



Ivo Bach

Anmerkung zu BGH, 13. Juli 2011, VIII ZR 215/10

(Unternehmereigenschaft bei branchenfremdem
Nebengeschäft)

JZ 2012, 150-152

Der Text der Entscheidung ist abrufbar unter: <http://juris.bundesgerichtshof.de/cgi-bin/rechtsprechung/document.py?Gericht=bgh&Art=en&sid=557bdaed6403b3cabcedfe24b91f052c&nr=57261&pos=0&anz=1>

I. Unternehmerbegriff

1. Die Verbraucherschützenden Sondervorschriften der §§ 312ff., 474ff. und 491ff. BGB enthalten weitreichende Abweichungen von den allgemeinen Regelungen. Ob die eine Partei Verbraucher und die andere Unternehmer ist, hat daher vielfach streitentscheidende Auswirkungen. Mit seiner Entscheidung zum branchenfremden Nebengeschäft einer GmbH hat der *BGH* den Unternehmerbegriff für den Verbrauchsgüterkauf weit gefasst:¹ Eine Druckerei-GmbH, die ihr altes Transportfahrzeug verkauft, tue dies als Unternehmer. Der *BGH* stützt sich dabei im Wesentlichen auf zwei Argumente: Zum einen sei bei der Frage, „ob bei Kaufleuten ein Unternehmergegeschäft i.S. der §§ 14, 474 BGB vorliegt“, die Vermutungsregel des § 344 Abs. 1 HGB analog anzuwenden (Rn. 18f.). Zum anderen finde eine enge Auslegung des Unternehmerbegriffs, wonach nur professionelle Verkäufer als Unternehmer i.S. der §§ 474ff. BGB anzusehen wären, „in der gesetzlichen Regelung keine Stütze und liefere auch dem weiten Schutzzweck der §§ 474ff. BGB zuwider, bei denen es auf die Schutzbedürftigkeit des Käufers und nicht auf die des Verkäufers ankommt“ (Rn. 20).

2. Der Rückgriff auf § 344 Abs. 1 HGB ist m.E. eine Nebelkerze. Die Vorschrift enthält nichts weiter als eine wi-

↑ JZ 2011, 150 ↑

↓ JZ 2011, 151 ↓

derlegliche Vermutung: Bis zum Beweis des Gegenteils wird jedes Geschäft als zum Betrieb des (Handels-)Gewerbes gehörig angesehen.² Das sagt aber nichts darüber aus, unter welchen Umständen die Vermutung widerlegt ist. Auf den konkreten Fall bezogen: § 344 Abs. 1 HGB gibt keine Auskunft darüber, ob ein Drucker, der sein Auto verkauft, dies im Rahmen seiner gewerblichen Tätigkeit tut. Die Vorschrift erschöpft sich vielmehr in der Anordnung, dass – wenn nein – der Drucker darlegen und beweisen muss, dass er sein Geld eigentlich nur mit Drucken verdient, im konkreten Fall aber ein Auto verkauft hat.³

3. Ausschlaggebend für die eigentliche Frage nach dem Inhalt des Unternehmerbegriffs ist demnach das zweite Argument des *BGH*. Und das hat es in sich. Nimmt man auf die Schutzwürdigkeit des Verkäufers nämlich keine Rücksicht, wird man wohl nicht nur die branchenfremd verkaufende GmbH als Unternehmer ansehen müssen, sondern auch branchenfremd verkaufende natürliche Personen. Der Malermeister, der seinen Kleintransporter an einen Verbraucher verkauft, unterläge dann ebenso den strengen Vorschriften der §§ 474ff. BGB wie der Anwalt, der seinen Kanzlei-PC veräußert. Hier kommt es jedoch zu schwer erklärbaren Widersprüchen: Verkauft der Malermeister nämlich zeitgleich mit seinem Betriebs-Transporter auch seinen Privat-Pkw, gilt er für das eine Geschäft als Unternehmer, für das andere demgegenüber nicht. Dasselbe gilt für den Anwalt, der zeitgleich seinen Kanzlei-PC und seinen privaten Rechner verkauft.

4. In letzter Konsequenz müsste das Argument des *BGH* dazu führen, dass selbst ein angestellter Anwalt als Unternehmer zu qualifizieren wäre, wenn er einen PC verkauft, den er für sein (neudeutsch) „home-office“ genutzt hat. Dieser Konsequenz wird allerdings nur gewahrt, wer seinen Blick vom BGB löst und ihn auf die Verbrauchsgüterkauf-RiL richtet. Das BGB definiert in seinen §§ 13 und 14 die Begriffe „Verbraucher“ und „Unternehmer“ nämlich anders als die Richtlinie – den Verbraucherbegriff weiter und den Unternehmerbegriff entsprechend enger. Nach § 13 ist Verbraucher, wer „ein Rechtsgeschäft zu einem Zweck abschließt, der weder [seiner] gewerblichen noch [seiner] *selbständigen* beruflichen Tätigkeit zugerechnet werden kann“. Der angestellte Anwalt ist folglich auch dann Verbraucher, wenn er einen PC kauft, den er für sein home-office nutzen möchte. Nach Art. 1 Abs. 2 lit. a der Verbrauchsgüterkauf-RiL ist er es hingegen nicht. Danach ist nur Verbraucher, wer „zu einem Zweck handelt, der nicht [seiner] beruflichen oder gewerblichen Tätigkeit zugerechnet werden kann“. Das Kriterium der Selbständigkeit taucht in der Richtliniendefinition nicht auf.⁴ Umgekehrt ist nach § 14 BGB nur derjenige Unternehmer, der „bei Abschluss des Rechtsgeschäfts in Ausübung [seiner] gewerblichen oder *selbständigen* beruflichen Tätigkeit handelt“. Der angestellte Anwalt wird hierzulande also nicht als Unternehmer behandelt. Wiederum findet sich jedoch in der Richtliniendefinition des Unternehmerbegriffs (Art. 1 Abs. 2 lit. c) keine derartige Beschränkung auf Selbständige. Aus Sicht der Richtlinie kann dem angestellten Anwalt also durchaus Unternehmereigenschaft zugesprochen werden. Voraussetzung ist einzig, dass er in Ausübung – oder wie es die Richtlinie formuliert: im Rahmen – seiner beruflichen Tätigkeit handelt. Rechnet man branchenfremde Nebengeschäfte grundsätzlich der beruflichen Tätigkeit zu, so umfasst die Richtlinie auch Fallgestaltungen, in denen ein angestellter Anwalt seinen Home-Office-PC an einen Verbraucher verkauft. In letzter Konsequenz hätte die Rechtsprechung des *BGH* – projizierte man sie auf die Richtlinie – damit die paradoxe Wirkung, das deutsche Recht richtlinienwidrig zu machen.

5. Auf die Spitze treiben kann man das Ganze, wenn man berücksichtigt, dass der *EuGH* bei Zusammentreffen privater und beruflicher Zwecke (sog. dual use) grundsätzlich letzteren entscheidende Bedeutung zumisst, sofern sie keine völlig untergeordnete Rolle spielen.⁵ Um im Beispiel zu bleiben: Der Anwalt, der einen PC nicht nur deshalb

erwirbt, weil er darauf Filme schauen, Urlaubsfotos bearbeiten und Spiele spielen will, sondern darüber hinaus plant, das Textverarbeitungsprogramm auch für dienstliche Schriftsätze zu nutzen, ist nach Vorstellungen des *EuGH* kein Verbraucher.⁶ Verkauft er den planmäßig genutzten PC später an einen „echten“ Verbraucher weiter, so muss er in diesem Geschäft konsequenterweise als Unternehmer geführt werden. Im Zusammenspiel führen die *EuGH*-Rechtsprechung (zum dual use) und die *BGH*-Entscheidung (zum branchenfremden Nebengeschäft) zu einem absurden Ergebnis: Der, dem die §§ 474ff. BGB Vorteile gewähren, wenn er kauft, wird, sobald er verkauft, den Nachteilen eben jener Vorschriften ausgesetzt.

6. Dies kann nur überzeugen, wenn die Schutzwürdigkeit einer Person tatsächlich, wie der *BGH* meint, von ihrer Rolle im Kaufgeschäft abhängt, wenn also der Käufer per se schutzbedürftig ist und der Verkäufer per se nicht. Dass der Gesetzgeber diese Überzeugung nicht teilt, zeigt der Umstand, dass die §§ 474ff. BGB nicht auch dann anzuwenden sind, wenn es sich beim Verkäufer um einen „echten“ Verbraucher handelt (also bei c2c-Geschäften).⁷ Die §§ 14, 474ff. BGB sind also keineswegs auf dem Verkäufer-Auge blind. Sie greifen vielmehr nur dann, wenn ein Schutzwürdigkeitsgefälle besteht. Das Argument des *BGH* trägt also nicht.

7. Der Kern des Problems ist ein anderer – nämlich die von der Richtlinie vorgegebene grobschlächtige Einteilung in schutzwürdig und nicht schutzwürdig: Wer zu privaten Zwecken handelt, ist schutzwürdig, wer zu gewerblichen oder beruflichen Zwecken handelt, nicht. Es kommt also nur auf die Profession an, nicht auf die Professionalität. Das

[↑ JZ 2011, 151 ↑](#)

[↓ JZ 2011, 152 ↓](#)

kann man rechtspolitisch durchaus kritisieren. Dass der Malermeister, der einen Transporter für seine privaten Ausflüge kauft, schutzwürdiger sein soll als derjenige, der den Transporter für die Fahrt zu seinen Kunden braucht, ist keineswegs zwingend. Im Hinblick auf die Bedeutung des Berufs für die private Existenzsicherung ließe sich durchaus auch das Gegenteil vertreten. Dasselbe gilt selbstverständlich, wenn der Maler den Transporter wieder verkauft. De lege ferenda erscheint es wünschenswert, die Schutzwürdigkeit von Käufer wie Verkäufer generell danach zu bemessen, ob er hinsichtlich des betreffenden Geschäfts über hinreichende Erfahrung verfügt oder nicht.⁸

8. De lege lata hat der (europäische wie der deutsche) Gesetzgeber zumindest für den Fall des Verkaufs ein Hintertürchen geschaffen: Die Begrenzung des Unternehmerbegriffs auf Geschäfte, die „in den Rahmen“ der gewerblichen oder beruflichen Tätigkeit fallen, ebnet den Weg für eine an konkreten Schutzwürdigkeitserwägungen – und damit an der Professionalität – orientierte Auslegung des Unternehmerbegriffs. Dieses Hintertürchen hat der *BGH* mit seiner Entscheidung geschlossen, statt es zu nutzen. Das ist bedauerlich. Bedauerlich ist ferner, dass auch der europäische Gesetzgeber – bewusst oder unbewusst – im Begriff ist, das Hintertürchen zu schließen oder zumindest zu verengen: Mit der neuen Verbraucherrechte-RiL⁹ erhält der (europäische) Unternehmerbegriff einen neuen, noch breiteren Wortlaut: Das betreffende Geschäft muss nicht mehr „im Rahmen“ der

beruflichen oder gewerblichen Tätigkeit erfolgen, sondern nur noch „zu Zwecken“ erfolgen, die der gewerblichen, geschäftlichen, handwerklichen oder beruflichen Tätigkeit zugeordnet werden können“.

II. Erfordernis eines Nacherfüllungsverlangens

9. Der zweite Komplex der Entscheidung betrifft die Notwendigkeit einer Nachfristsetzung für den Rücktritt. Dabei geht es im Wesentlichen¹⁰ um die Frage, ob eine solche Fristsetzung entbehrlich ist, wenn der Verkäufer eine Gewährleistung per – unwirksamer – AGB ausgeschlossen hat. Der *BGH* verneint diese Frage und gibt dabei seine bisherige Rechtsprechung auf. Bisher hatte der *BGH* nämlich aus dem AGB-rechtlichen Grundsatz, wonach sich der Verwender einer AGB nicht auf deren Unwirksamkeit berufen darf, gefolgert, dass sich ein Verkäufer, der die Mängelgewährleistungsrechte des Käufers per AGB ausschließt, später nicht auf den Umstand berufen darf, dass der Käufer ihn tatsächlich nicht zur Nacherfüllung aufgefordert hat.¹¹ In der Tat ging dieser Schluss zu weit: Der genannte AGB-rechtliche Grundsatz besagt nur, dass es dem Verwender einer AGB, die sich nun für ihn selbst als nachteilig herausstellt, nicht erlaubt sein kann, sich auf die Unwirksamkeit jener AGB zu berufen. Stützt sich indes die andere Partei auf die Unwirksamkeit der AGB, muss es dem Verwender selbstverständlich möglich sein, die – ihm günstigen – Voraussetzungen des dispositiven Rechts geltend zu machen.¹²

10. Freilich kratzt das Verhalten des Verkäufers an den Grenzen von Treu und Glauben: Wer einen Nacherfüllungsanspruch des Käufers auszuschließen versucht, handelt widersprüchlich, wenn er anschließend argumentiert, der Käufer hätte Nacherfüllung verlangen müssen. Allerdings fällt dieselbe Widersprüchlichkeit auch dem Käufer zur Last. Seine Rücktrittserklärung setzt die Unwirksamkeit des Gewährleistungsausschlusses voraus. Dies bedeutet aber, dass ihm auch ein Nacherfüllungsanspruch zusteht, der nach der Wertung des deutschen Rechts vorrangig geltend zu machen ist.¹³ Man kann also durchaus ein Unentschieden konstatieren und deswegen ganz von einem Rekurs auf Treu und Glauben absehen. Soweit es um die Beantwortung der konkreten Frage nach den Folgen eines unwirksamen Gewährleistungsausschlusses geht, ist dem *BGH* daher zuzustimmen.

11. Allerdings führt diese Antwort unmittelbar zu einer Folgefrage, der sich der *BGH* verschließt: Muss ein Verbraucher überhaupt Nacherfüllung verlangen, bevor er zurücktreten kann? Die Richtlinie stellt eine solche Hürde nämlich nicht auf. Ihr Art. 3 Abs. 5 sieht ein Rücktrittsrecht vielmehr schon dann vor, „wenn der Verkäufer nicht innerhalb einer angemessenen Frist Abhilfe geschaffen hat“. Der Verkäufer muss also aktiv werden, nicht der Käufer. Vom Käufer wird man allenfalls eine Anzeige des Mangels verlangen können, weil sonst vom Verkäufer keine Abhilfe erwartet werden kann und demnach keine Frist zu laufen beginnt – und auch dies gilt nur, wenn der Verkäufer nicht anderweitig von dem Mangel Kenntnis erlangt hat.¹⁴ Nach europäischen Vorgaben hätte der *BGH* dem Käufer also ein Rücktrittsrecht zubilligen müssen – jedenfalls auf Basis dessen, dass er von einem Verbrauchsgüterkauf i.S. der Richtlinie ausgeht.¹⁵ Vor allem aber ist dem *BGH* der Vorwurf zu machen, wieder einmal eine bekanntermaßen problematische Frage nicht dem *EuGH* zur

Vorabentscheidung vorgelegt zu haben. Hierin liegt sowohl ein Verstoß gegen die Vorlagepflicht nach Art. 267 Abs. 3 AEUV als auch ein Entzug des gesetzlichen Richters i.S. des Art. 101 Abs. 1 Satz 2 GG.¹⁶

¹ Für das Verbraucherdarlehen hatte er dies bereits 2008 getan – *BGHZ* 179, 126ff.

² *Joost*, in: *Ebenroth/Boujong/Joost/Strohn*, HGB, 2. Aufl. 2008, § 344 Rn. 1 und 9.

³ Kritisch auch *Matusche-Beckmann* LMK 2011, 323360, die darauf hinweist, dass § 344 HGB nach h.M. bei Handelsgesellschaften leerläuft, weil diese überhaupt keine private Rechtssphäre besitzen.

⁴ Die Erweiterung des Verbraucherbegriffs durch den deutschen Gesetzgeber stellt keinen Verstoß gegen die Richtlinie dar: Verträge, die der potentielle Verbraucher zu nicht-selbständigen beruflichen Zwecken schließt, fallen von vornherein nicht in deren Anwendungsbereich. Aus diesem Grund ändert auch der vollharmonisierende Charakter der neuen Verbraucherrechte-RiL nichts an der Bewertung der deutschen Umsetzung als richtlinienkonform: Was nicht in den Anwendungsbereich der Richtlinie fällt, unterliegt auch nicht deren Vollharmonisierungsgebot.

⁵ *EuGH* v. 20. 1. 2005, C-464/01– Gruber/BayWa, Slg. 2005 I-439 = *NJW* 2005, 653. Zwar ist diese Entscheidung zum Verbraucherbegriff des Art. 13 EuGVÜ ergangen. Allerdings lassen sich die beiden wesentlichen Argumente des *EuGH* ohne Weiteres verallgemeinern: der negativ formulierte Wortlaut und die fehlende besondere Schutzwürdigkeit desjenigen, der nicht zu rein privaten Zwecken handelt; siehe hierzu auch *Schmidt-Räntsch*, in: *Bamberger/Roth*, Beck'scher Online Kommentar BGB, § 13 Rn. 12.

⁶ Hierzulande stellen die Gerichte auf den Schwerpunkt der (avisierten) Nutzung ab: Verbraucher ist, wer den Kaufgegenstand mehr privat als beruflich nutzen will; vgl. etwa *OLG Celle* NJW-RR 2004, 1645; *OLG Naumburg* NJW-RR 1998, 1351; *OLG Rostock* OLG-NL 1994, 77.

⁷ Auch die Richtlinie will selbstverständlich nur dort Anwendung finden, wo der Verbraucher-Käufer einem Unternehmer-Verkäufer gegenübersteht – nur wird der Unternehmerbegriff eben weiter gefasst.

⁸ De lege ferenda sollte dies m.E. auch dann gelten, wenn es sich bei der betreffenden Person nicht um eine natürliche, sondern um eine juristische handelt: Ob der Malermeister sein Geschäft allein betreibt oder in Gesellschaft eines Kollegen, sagt nichts über die Professionalität in Sachen Auto(ver)kauf aus.

⁹ RiL 2011/83/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 25. 10. 2011 über die Rechte der Verbraucher, zur Abänderung der RiL 93/13/EWG des Rates und der RiL 1999/44/EG des Europäischen Parlaments und des Rates sowie zur Aufhebung der RiL 85/577/EWG des Rates und der RiL 97/7/EG des Europäischen Parlaments und des Rates, ABl. EU 2011 L 304/64ff.

¹⁰ Am Rande betonte der *BGH* wieder einmal, dass ein bloßes Bestreiten des Mangels nicht als endgültige und ernsthafte Erfüllungsverweigerung zu werten ist und deshalb nicht zur Entbehrlichkeit einer Fristsetzung führt (*BGH* JZ 2012, 147, 149 Rn. 24, unter Verweis auf *BGH* NJW 2006, 1195); mit Recht krit. gegenüber dieser Rechtsprechung *Schulte-Nölke* ZGS 2011, 385; zustimmend hingegen *Matusche-Beckmann* LMK 2011, 323360.

¹¹ *BGH* NJW 2007, 674, 678.

¹² Ebenfalls zustimmend *Matusche-Beckmann* LMK 2011, 323360.

¹³ Zu der Problematik, ob der Verkäufer technisch betrachtet ein „Recht zur zweiten Andienung“ hat, siehe ausführlich *Mankowski* JZ 2011, 781ff.

¹⁴ Siehe zu diesem Problem ausführlich und jeweils m.w.N. *Leible*, in: *Gebauer/Wiedmann*, Zivilrecht unter europäischem Einfluss, 2. Aufl. 2010, Kap. 10 Rn. 96f.; *Unberath* ZEuP 2005, 5, 29.

¹⁵ Hält man die Entscheidung des *EuGH* zur Unternehmereigenschaft des Verkäufers für falsch und die Richtlinie folglich für nicht anwendbar, stellt sich die Frage nach dem Erfordernis eines

Nacherfüllungsverlangens nur dann, wenn man eine einheitliche Auslegung des deutschen Rechts anstrebt; siehe hierzu allgemein *Mayer/Schürnbrand* JZ 2004, 545ff.

¹⁶ So auch *Schulte-Nölke* ZGS 2011, 385; vgl. zu den Voraussetzungen unter denen das Absehen von einer Vorlage an den *EuGH* eine Verletzung des Art. 101 Abs. 1 S. 2 GG darstellt BVerfGE 82, 159, 194ff.; 126, 286, 315ff. (= JZ 2010, 1177 mit Anm. *Classen*) sowie jüngst die Entscheidung vom 24. 10. 2011 – 2 BvR 1969/09.