

## Umgehungsgeschäft durch Vorschieben eines Verbrauchers als Verkäufer eines Gebrauchtwagens

1. Schiebt ein Kfz-Händler beim Verkauf eines Gebrauchtwagens an einen Verbraucher einen Verbraucher als Verkäufer vor, um das Fahrzeug unter Ausschluss der Haftung für Mängel zu verkaufen, so richten sich, weil ein Umgehungsgeschäft i. S. des [§ 475 I 2 BGB](#) vorliegt, Mängelrechte des Käufers gegen den Händler und nicht gegen den als Verkäufer vorgeschobenen Verbraucher (im Anschluss an [BGH, Urt. v. 22.11.2006 – VIII ZR 72/06](#), [BGHZ 170, 67 = NJW 2007, 759](#) Rn. 15 ff.).
2. Zwar ist zivilrechtlich nichts dagegen einzuwenden, dass der Angestellte eines Kfz-Händlers ein in seinem Eigentum stehendes Fahrzeug unter Inanspruchnahme betrieblicher Einrichtungen und Hilfsmittel privat verkauft. Ist das Fahrzeug indes nicht Eigentum des Angestellten, sondern des Händlers, so ist dies ein erstes und gewichtiges Anzeichen dafür, dass der Händler den Angestellten nur vorschiebt, um ein in Wirklichkeit vorliegendes Eigengeschäft zu verschleiern, also ein Umgehungsgeschäft i. S. des [§ 475 I 2 BGB](#) vorliegt.
3. Auch bei einem Umgehungsgeschäft i. S. des [§ 475 I 2 BGB](#) muss der Käufer dem Verkäufer grundsätzlich erfolglos eine Frist zur Nacherfüllung setzen, bevor er wegen eines Mangels den Kaufpreis mindern, vom Kaufvertrag zurücktreten und/oder Schadensersatz verlangen darf.

OLG Düsseldorf, Urteil vom 07.04.2008 – [I-1 U 203/07](#)

**Sachverhalt:** Der Kläger verlangt im Wesentlichen die Rückabwicklung eines Kaufvertrags über einen Gebrauchtwagen.

Die Beklagte zu 2., eine Gesellschaft bürgerlichen Rechts (BGB-Gesellschaft), handelt mit Kraftfahrzeugen. Der Beklagte zu 1 ist einer ihrer Angestellten.

Unter Begleitumständen, die zwischen den Parteien teilweise streitig sind, erwarb der als Verbraucher handelnde Kläger Ende 2005 einen gebrauchten BMW 730i für 7.900 €. Im schriftlichen Kaufvertrag findet sich in der Kopfzeile – über der vorgedruckten Überschrift „Kaufvertrag“ – die mutmaßlich von Hand hinzugesetzte Bezeichnung „PRIVATVERKAUF!“ Als Verkäufer des Fahrzeugs ist der Beklagte zu 1 aufgeführt; die Beklagte zu 2 wird in der Vertragsurkunde nicht erwähnt. In dem Kaufvertrag heißt es unter anderem vorgedruckt:

„Die Veräußerung erfolgt unter Ausschluss jeglicher Gewährleistung für Beschaffenheit und Verwendbarkeit. Der Erwerb erfolgt in gegebenem Zustand.“

Die von dem Kläger als Käufer und von dem Beklagten zu 1 als Verkäufer unterzeichnete Vertragsurkunde trat an die Stelle einer handschriftlich verfassten Vereinbarung, die der Kläger erst im Senatstermin vorgelegt hat. Aus diesem Dokument geht hervor, dass der Kläger ursprünglich sein Altfahrzeug in Zahlung geben sollte. Im Gegensatz zu dem später unterzeichneten Formularkaufvertrag enthält die ursprüngliche Vereinbarung keinen Gewährleistungsausschluss.

Der BMW 730i wurde dem Kläger am 22.12.2005 übergeben. Schon Anfang Januar 2006 traten Motorprobleme auf. Der Kläger leitete deshalb ein selbstständiges Beweisverfahren ein und erklärte mit anwaltlichem Schreiben vom 14.02.2006 gegenüber dem Beklagten zu 1 den Rücktritt vom Kaufvertrag, nachdem der Versuch, diesen Vertrag einverständlichen rückabzuwickeln, gescheitert war.

Nachdem der Sachverständige in dem selbstständigen Beweisverfahren sein Gutachten erstattet hatte, erhob der Kläger Klage, die er sowohl gegen den Beklagten zu 1 als auch gegen die Beklagte zu 2 richtete. Mit gleicher Post forderte die Rechtsanwältin des Klägers die Gesellschafter der Beklagten zu 2 auf, dem Kläger bis zum 15.02.2007 den Kaufpreis für das Fahrzeug zurückzuzahlen. Zur Begründung machte sie – wie auch in der Klageschrift – geltend, dass der streitgegenständliche Kaufvertrag ein unzulässiges Umgehungsgeschäft i. S. des [§ 475 I 2 BGB](#) sei.

Der Beklagte zu 1 lehnte eine Rückabwicklung des Kfz-Kaufvertrags unter Berufung auf den vertraglich vereinbarten Gewährleistungsausschluss ab. Die Beklagte zu 2 trat der Klage mit der Begründung entgegen, sie habe mit dem Fahrzeugverkauf nichts zu tun.

Das Landgericht hat die Klage in vollem Umfang abgewiesen. Der – ausdrücklich und unübersehbar mit „Privatverkauf“ überschriebene – Kaufvertrag sei ein Geschäft zwischen zwei Privatleuten und kein Verbrauchsgüterkauf, sodass der vereinbarte Gewährleistungsausschluss wirksam sei. Es sei dem Beklagten zu 1 auch nicht verwehrt, sich auf diesen Haftungsausschluss zu berufen; Anhaltspunkte für ein arglistiges Verhalten des Beklagten zu 1 lägen nicht vor. Die Beklagte zu 2 müsse sich nicht so behandeln lassen, als habe sie den BMW 730i in ihrer Eigenschaft als Unternehmerin an den Kläger verkauft. Es könne nämlich nicht davon ausgegangen werden, dass die Beklagte zu 2 den den Beklagten zu 1 als Verkäufer nur vorgeschoben habe.

Die Berufung des Klägers, der damit sein erstinstanzliches Klageziel weiterverfolgte, hatte zum Teil Erfolg.

Aus den Gründen: II. ... 1. Die zweitbeklagte BGB-Gesellschaft ist zur Rückzahlung des Kaufpreises von unstreitig 7.900 € Zug um Zug gegen Rückgabe des streitgegenständlichen BMW 730i verpflichtet ([§ 437 Nr. 2 Fall 1](#), [§§ 323 I, II](#), [346 I BGB](#) i. V. mit [§ 475 I BGB](#)).

a. Die Beklagte zu 2 muss sich als Verkäuferin des Fahrzeugs behandeln lassen. Das folgt aus [§ 475 I 2 BGB](#). Das Landgericht hat die Anwendbarkeit dieser Vorschrift zu Unrecht verneint.

Nach den gesamten Umständen, unter denen der Kauf des BMW 730i angebahnt, abgeschlossen und abgewickelt worden ist, liegt ein Fall eines unzulässigen Umgehungsgeschäfts vor. Die Beklagte zu 2 hat ihren Angestellten, den Beklagten zu 1, als Verkäufer lediglich vorgeschoben und damit ein Händler-Eigengeschäft verschleiert.

Gewiss kann auch ein Angestellter eines Kfz-Betriebs einen Pkw unter Inanspruchnahme betrieblicher Einrichtungen und Hilfsmittel privat verkaufen. Dagegen ist zivilrechtlich nichts einzuwenden, wenn das Fahrzeug in seinem Eigentum steht. Gehört es indes zum Betriebsvermögen seines Arbeitgebers, so ist das ein erstes und gewichtiges Anzeichen für eine Verschleierung eines in Wirklichkeit vorliegenden Händlergeschäfts.

In dem Fahrzeugbrief, den der Senat sich hat vorlegen lassen, ist der Beklagte zu 1 nicht eingetragen. Er hat auch keinen Kaufvertrag oder eine sonstige Urkunde vorlegen können, die auf ihn als Eigentümer oder als Verfügungsberechtigten hinweist. Wann und auf welche Weise er den Wagen erhalten hat, kann der Senat nicht nachvollziehen. Gegenüber dem Kläger soll der Beklagte zu 1 erwähnt haben, er habe den Wagen von einer Erbengemeinschaft bekommen und würde ihn „quasi als Zwischenhändler“ veräußern. Unterlagen, die diesen Zwischenerwerb des Beklagten zu 1 belegen könnten, liegen nicht vor. Schon das lässt vermuten, dass der Wagen zu keinem Zeitpunkt zum Vermögen des Beklagten zu 1 gehört hat, sondern Bestandteil des Betriebsvermögens der Beklagten zu 2 gewesen ist. Bestätigt wird diese Einschätzung durch die äußeren Umstände, unter denen der Kaufvertrag zustande gekommen ist und abgewickelt wurde.

Unstreitig war der BMW auf dem Betriebsgelände abgestellt. Das allein besagt zwar nichts, denn auf Parkplätzen von Autohäusern können selbstverständlich auch Fahrzeuge von Betriebsangehörigen abgestellt sein. So lagen die Dinge hier jedoch nicht, wie der Kläger gegenüber dem Senat glaubhaft versichert hat. Er hat berichtet: Der Wagen habe damals in der Verkaufshalle gestanden und sei mit einem Preisschild in den Farben Rot und Weiß bestückt gewesen. Das Ganze habe so ausgesehen, als werde ein Fahrzeug von dem Autohaus, nicht von einem Angestellten, angeboten und verkauft.

Dem kann, anders als das Landgericht meint, nicht entgegengesetzt werden, der schriftliche Kaufvertrag sei ausdrücklich und unübersehbar als „PRIVATVERKAUF“ bezeichnet worden. Diese Bezeichnung ist vielmehr, wovon der Senat nach den gesamten Umständen bei der gebotenen Gesamtschau überzeugt ist, Bestandteil der beabsichtigten Verschleierung. Motiv dafür war, wie dem Senat aus zahlreichen vergleichbaren Fällen bekannt ist, den älteren BMW 730i „unter Ausschluss jeglicher Gewährleistung“ zu verkaufen. Als Unternehmerin hätte die Beklagte zu 2 diesen Haftungsausschluss gegenüber dem Kläger als Verbraucher nicht durchsetzen können ([§ 475 I 1 BGB](#)). Dass der vorformulierte Gewährleistungsausschluss in der Kaufvertragsurkunde (Anlage K 1) wegen Nichtbeachtung der Vorgaben des [§ 309 Nr. 7 lit. a und b BGB](#) unwirksam ist, haben die Beteiligten allem Anschein nach nicht bedacht. Dass man das Ziel verfolgt hat, den BMW 730i unter Haftungsausschluss an den Kläger zu verkaufen, geht im Übrigen auch daraus hervor, dass die zunächst ohne Freizeichnungsklausel abgeschlossene und schriftlich niedergelegte Vereinbarung von dem Formularvertrag (Anlage K 1) abgelöst wurde.

Auch die Geschehnisse nach dem Auftreten des Motorschadens Anfang Januar 2006 machen deutlich, dass die Beklagte zu 2 die eigentliche Verkäuferin des Fahrzeugs gewesen ist. Nachdem der Kläger mit dem Wagen auf einer Rückfahrt von K. aufgrund eines Motorschadens liegen geblieben war, wurde er von dem Beklagten zu 1 gemeinsam mit einem der Inhaber der Beklagten zu 2 abgeholt. Das hat die Beklagte zu 2 nicht, jedenfalls nicht beachtlich, bestritten. Unstreitig ist auch, dass das Fahrzeug zum Betriebsgelände der Beklagten zu 2 gebracht wurde. Dem Kläger wurde eine Reparatur gegen eine Eigenbeteiligung in Höhe von 1.000 € angeboten. All das deutet auf ein Interesse der Beklagten zu 2 in ihrer Eigenschaft als Kfz-Händlerin an dem Fortbestand des Kaufvertrags hin. Dass man dem Beklagten zu 1, ihrem Angestellten, lediglich habe helfen wollen, ein Privatgeschäft aufrechtzuerhalten, kann der Senat nach den Gesamtumständen ausschließen.

b) Unter den gegebenen Umständen ist allein die Beklagte zu 2 aus der Sachmängelhaftung verpflichtet und dementsprechend passivlegitimiert (vgl. [BGH, Urt. v. 22.11.2006 – VIII ZR 72/06](#), [BGHZ 170, 67 = NJW 2007, 759](#) Rn. 15 ff.).

Der Kläger ist gegenüber der Beklagten zu 2 zum Rücktritt berechtigt, weil das Fahrzeug im Zeitpunkt der Übergabe mangelhaft gewesen ist. Das ist das Ergebnis des Gutachtens, das der Kläger im selbstständigen Beweisverfahren eingeholt hat. Der Sachverständige R hat in seinem Gutachten vom 06.12.2006 festgestellt, dass die Ursache für den hier vorliegenden Motorschaden bereits vor der Übergabe des Fahrzeugs an den Kläger (22.12.2005) vorgelegen habe. Auch die Beklagten gehen von einem Schaden aus, der im Zeitpunkt der Übergabe bereits vorhanden war. Sie berufen sich nicht etwa auf einen Fahr- oder Bedienungsfehler des Klägers. Geltend gemacht wird auch nicht, dass der Motorschaden die Folge von normalem Verschleiß gewesen sei. Wäre dies der Fall, müsste die Beklagte zu 2 nicht haften (st. Rspr. des Senats in Übereinstimmung mit [BGH, Urt. v. 23.11.2005 – VIII ZR 43/05](#), [NJW 2006, 434](#) Rn. 19). Die Möglichkeit eines Verschleißschadens hat der Sachverständige nicht diskutiert, jedenfalls nicht ernsthaft in Betracht gezogen. Vielmehr hat er andere Schadensursachen aufgezeigt, die sämtlich außerhalb der Risikosphäre des Klägers liegen.

Der vom Kläger erklärte Rücktritt vom Kauf ist nicht deshalb ausgeschlossen, weil der Mangel nur unerheblich ist. Die Dinge liegen im Gegenteil vielmehr so, dass an der Erheblichkeit des Mangels in Form eines gravierenden Motorschadens kein Zweifel besteht.

Von den Beklagten wird nicht, auch nicht hilfsweise, geltend gemacht, der Kläger habe zunächst unter Fristsetzung Nacherfüllung verlangen müssen. Da es sich bei der Einhaltung des Nacherfüllungsvorranges – auch in einem Umgehungsfall i. S. des [§ 475 I 2 BGB](#) – um eine Voraussetzung der Schließigkeit eines sogenannten Sekundäranspruchs wie dem Recht auf Rücktritt handelt, hat der Senat diesen Gesichtspunkt von Amts wegen geprüft. Die Klage scheitert nicht daran, dass der Kläger keinem der Beklagten eine Frist zur Nacherfüllung – hier in der Variante der Nachbesserung – gesetzt hat, bevor er vom Kaufvertrag zurückgetreten ist. Denn die Fristsetzung ist entbehrlich, weil die Beklagten eine kostenlose Motorinstandsetzung ernsthaft und endgültig verweigert haben ([§ 323 II Nr. 1 BGB](#)). Im Übrigen liegen besondere Umstände i. S. des [§ 323 II Nr. 3 BGB](#) vor, die unter Abwägung der beiderseitigen Interessen den sofortigen Rücktritt rechtfertigen. Angesichts der Verschleierungstaktik der Beklagten zu 2 bei Abschluss des Kaufvertrags und ihrem jetzigen Leugnen jeglicher Haftung ist es dem Kläger nicht zuzumuten, sich auf eine Nachbesserung durch die Beklagte zu 2 einzulassen. Davon abgesehen hat er zumindest dem Beklagten zu 1 Gelegenheit gegeben, die Rückabwicklung des Kaufs durch eine Instandsetzung des Motors abzuwenden. Unter diesen Umständen kann die Beklagte zu 2 sich nicht mit Erfolg auf den Nacherfüllungsvorrang berufen.

c) Aufgrund des wirksamen Rücktritts hat die Beklagte zu 2 den Kaufpreis in Höhe von 7.900 € an den Kläger zurückzuzahlen. Dieser Betrag ist nicht etwa um eine Nutzungsvergütung zu kürzen, denn die Beklagten haben davon abgesehen, für die vom Kläger zurückgelegte Fahrstrecke eine Nutzungsvergütung zu verlangen und die Gegenforderung zur Aufrechnung zu stellen.

Was den geltend gemachten Zinsanspruch angeht, so gilt Folgendes:

Der Kläger begehrt Zinsen in Höhe von fünf Prozentpunkten über dem Basiszins seit dem 01.03.2006. Auf diesen Tag datiert er den Annahmeverzug des Beklagten zu 1 und ersichtlich auch den Zahlungsverzug beider Beklagten. Die Beklagte zu 2 hat er allerdings erst mit Anwaltsschreiben vom 08.02.2007 unter Fristsetzung bis zum 15.02.2007 zur Zahlung aufgefordert. Vor diesem Zeitpunkt kann die Beklagte zu 2, um die es hier allein geht, nicht in Zahlungsverzug geraten sein. Zu beachten ist allerdings auch, dass der Kläger seinerseits die Rückgabe des Fahrzeugs schuldete, sodass die Beklagte zu 2 ein ihren Zahlungsverzug ausschließendes Zurückbehaltungsrecht hatte. Zur Zahlung des Betrags von 7.900 € war sie nur Zug um Zug gegen Rückgabe des Pkw verpflichtet. Anders liegen die Dinge ab dem Zeitpunkt, zu dem die Beklagte zu 2 sich im Verzug mit der Annahme des Fahrzeugs befunden hat.

Die Beklagte zu 2 befindet sich seit dem 15.02.2007 in Annahmeverzug ([§ 293 BGB](#)). Der Kläger hat den BMW 730i der Beklagten zu 2 zwar nicht tatsächlich zur Rücknahme angeboten. Der Senat kann auch nicht feststellen, dass die Beklagte zu 2 die Rücknahme verweigert hat, bevor sie das Schreiben der Anwältin des Klägers vom 08.02.2007 erhalten hat. Erstmals mit diesem Schreiben wird die Rückgabe der Beklagten zu 2 angeboten. Dem Beklagten zu 1 wurde ein solches Angebot bereits mit Schreiben vom 14.02.2006 unterbreitet. Er hat darauf ebenso wenig reagiert wie später die Beklagte zu 2 auf das Schreiben vom 08.02.2007. Da beide Beklagten sich auch in der Folgezeit geweigert haben, das Fahrzeug zurückzunehmen, ist Annahmeverzug festzustellen, und zwar für die Beklagte zu 2 mit Wirkung ab dem 15.02.2007. Damit befand sie sich ab diesem Tag auch im Verzug mit der Rückzahlung des Kaufpreises, sodass sie dem Kläger eine Verzinsung gemäß [§ 288 I BGB](#) schuldet.

Gemäß [§ 437 Nr. 3 BGB](#) i. V. mit [§ 280 I BGB](#) hat sie dem Kläger auch die geltend gemachten vorgewandten Anwaltskosten zu ersetzen. Einwendungen zur Höhe der Forderung sind nicht erhoben und auch nicht ersichtlich.

2. Unbegründet ist die Klage, soweit sie gegen den Beklagten zu 1 gerichtet ist. Unter dem Gesichtspunkt der Sachmängelhaftung kann der Beklagte zu 1 nicht in Anspruch genommen werden (vgl. [BGH, Urt. v. 22.11.2006 – VIII ZR 72/06, BGHZ 170, 67 = NJW 2007, 759](#) Rn. 15 ff.). Auch unter dem Blickwinkel des Verschuldens bei den Vertragsverhandlungen scheidet eine Haftung des Beklagten zu 1 aus. Als nur vorgeschobener Verkäufer unterliegt der Beklagte zu 1 nicht der Eigenhaftung gemäß [§ 311 III BGB](#). Der Senat kann nicht feststellen, dass der Beklagte zu 1 in besonderem Maße Vertrauen für sich in Anspruch genommen hat und dadurch die Vertragsverhandlung oder den Vertragsschluss erheblich beeinflusst hat. Aus der maßgeblichen Sicht des Klägers handelte es sich bei dem Beklagten zu 1 um einen Angestellten der Beklagten zu 2, der sich als „Quasi- Zwischenhändler“ aufgespielt hat. Wer sich als Verkäufer geriert, kann dann, wenn ihn keine Verkäuferhaftung trifft, nicht ohne Weiteres einem Dritten i. S. des [§ 311 III BGB](#) gleichgestellt werden. Der Beklagte zu 1 hat kein besonderes persönliches Vertrauen in Anspruch genommen. Der Kläger hat ihm ein solches Vertrauen auch nicht entgegengebracht. Ob und inwieweit der Beklagte zu 1 ein eigenes wirtschaftliches Interesse am Abschluss des Kaufvertrags gehabt hat, das eine Eigenhaftung gemäß [§ 311 III BGB](#) gleichfalls begründen könnte, vermag der Senat nicht zu beurteilen. Es wäre Sache des Klägers gewesen, dazu näher vorzutragen.

Ohne Erfolg macht der Kläger darüberhinaus geltend, der Beklagte zu 1 sei ihm aus unerlaubter Handlung, zumindest aus [§ 823 II BGB](#) i. V. mit [§ 263 StGB](#), zum Schadensersatz verpflichtet. Der Senat kann die Voraussetzungen des [§ 263 StGB](#) nicht feststellen. Nicht jedes verschleierte Kfz-Eigengeschäft bedeutet zugleich einen Betrug im Sinne dieser Vorschrift. Allerdings besteht schon der Verdacht, dass die Beklagten im bewussten und gewollten Zusammenwirken versucht haben, den Kläger hinters Licht zu führen. Die erforderliche Gewissheit hat der Senat indes nicht. ...

#### **Probleme beim Autokauf?**

Als spezialisierter Rechtsanwalt helfe ich Ihnen gerne weiter – ganz gleich, ob Sie Käufer oder Verkäufer sind. Interessiert? Nutzen Sie das Kontaktformular auf <https://autokaufrecht.info/sofortberatung/> oder rufen Sie mich unverbindlich an

**(0 23 27) 8 32 59-99.**