

von Rechtsanwalt **Nicolai Amereller**

## Gebraucht = mangelhaft? Das gilt beim Verkauf von Gebrauchtware

**Das neue Kaufrecht 2022 beschäftigt die Online-Händler stark. Was viele Händler umtreibt: Gelten die neuen, stark verschärften Regelungen für den rechtssicheren Verkauf von mangelhaften Waren auch (immer) beim Verkauf von Gebrauchtware? Oder unterliegt Gebrauchtware gar nicht den hohen Hürden einer wirksamen Negativvereinbarung?**

### Worum geht es?

Tausende Online-Händler haben sich auf den Verkauf von Gebrauchtware spezialisiert, da die Margen dort oftmals größer sind als beim Verkauf von Neuware. Ganze Branchen leben allein vom Verkauf gebrauchter Artikel, wie etwa Antiquariate, Antiquitätenhändler oder Second-Hand-Bekleidungsverkäufer. Viele weitere Händler haben zumindest auch gebrauchte Artikel im Sortiment, etwa beim Verkauf von Retourenware oder wiederaufgearbeiteten Geräten.

Der B2C-Markt für Gebrauchtware ist gigantisch.

Ab dem 01.01.2022 gilt ein neues Kaufrecht. Die neuen rechtlichen Vorgaben erschweren insbesondere den rechtssicheren Verkauf von Waren mit Mängeln.

Während nach bis zum 31.12.2021 geltender Rechtslage ausreichend ist, dass der Verkäufer den bzw. die vorhandenen Mangel/ Mängel bei der Beschreibung des Artikels angibt, um Mängelrechte des Käufers eben wegen dieses / dieser Mangels / Mängel auszuschließen, ändert sich die Rechtslage mit dem Jahreswechsel beim Verkauf von Unternehmern an Verbraucher dahingehend grundlegend.

## Der Hintergrund zum Verkauf von Mängelexemplaren

Geht es um den Verkauf von Ware mit eindeutigen Mängeln (z.B. Smartphone mit einem Riss im Display), dann ist es ab dem 01.01.2022 nicht mehr ausreichend, nur in der Artikelbeschreibung auf den Mangel bzw. die Mängel hinzuweisen. Dabei ist egal, ob es sich um mangelhafte Neu- oder Gebrauchtware handelt.

Anders als nach bisherigem Recht schließt die Kenntnis des Käufers vom Mangel, erfolgt der Verkauf von einem Händler an einen Verbraucher, Mängelrechte des Käufers eben wegen dieses Mangels ab dem 01.01.2022 nicht mehr aus.

Mit anderen Worten: Der Käufer kann dann, obwohl der Mangel in der Beschreibung genannt wurde, dessen Beseitigung bzw. die Nachlieferung eines mangelfreien Exemplars vom Verkäufer im Rahmen der Nacherfüllung verlangen.

Um diese absurde Situation zu vermeiden, sind Händler beim Verkauf von Mängelexemplaren an Verbraucher ab dem 01.01.2022 gezwungen

- der Verbraucher vor der Abgabe seiner Vertragserklärung eigens davon in Kenntnis zu setzen, dass ein bestimmtes Merkmal der Sache von den objektiven Anforderungen abweicht, und
- die Abweichung im Vertrag ausdrücklich und gesondert zu vereinbaren.

In der Praxis sind diese neuen Vorgaben nur durch Anpassungen des Bestellablaufs umsetzbar. So reicht insbesondere die Erwähnung der Abweichungen im Rahmen der regulären Artikelbeschreibung für ein eigens Inkenntnissetzen nicht aus.

Ferner muss für die ausdrückliche und gesonderte Vereinbarung eine Mitwirkung des Verbrauchers erfolgen, z.B. durch das aktive Anklicken einer nicht vorausgewählten Checkbox.

Wichtig ist damit ab dem 01.01.2022, dass der Verbraucher eigens, außerhalb der Eigenschaftsaufzählung in der Artikelbeschreibung von den vorhandenen Abweichungen / Mängeln der Ware in Kenntnis gesetzt wird und dazu eine gesonderte und ausdrückliche "Negativvereinbarung" mit ihm getroffen wird.

Mit anderen Worten: Viel Aufwand für Verkäufer von Mängelexemplaren ab dem 01.01.2022 durch die Umgestaltung des Bestellvorgangs.

Vor allem dann problematisch, wenn Mängelexemplare über Verkaufsplattformen (z.B. Amazon oder eBay) verkauft werden sollen. Denn dort haben die Verkäufer so gut wie keine Einwirkungsmöglichkeit auf die Gestaltung des Checkouts und können z.B. keine Checkbox einfügen, um mit dem Verbraucher eine

ausdrückliche Vereinbarung zu treffen.

Gerne zeigt Ihnen die IT-Recht Kanzlei Umsetzungsmöglichkeiten für **eigene Onlineshops** und **eBay.de** auf.

## Doch was gilt nun für den Verkauf von Gebrauchtware?

Wie immer in der Juristerei: Es kommt ganz darauf an.

Geht es um Gebrauchtware, die mit alterstypischen Gebrauchs- und Abnutzungsspuren angeboten wird, aber ansonsten voll funktionsfähig und mangelfrei ist, besteht nach der Rechtsauffassung der IT-Recht Kanzlei keine Notwendigkeit eines eigens Inkennnissetzen sowie einer Negativvereinbarung hinsichtlich der Gebrauchteigenschaft und damit einhergehender, vorhandener, alterstypischer Gebrauchsspuren.

Das gilt natürlich erst Recht, wenn die Ware zwar gebraucht ist, aber gar keine Gebrauchs- oder Abnutzungsspuren aufweist.

### Beispiel:

Verkauf eines 2 Jahre alten, gebrauchten Smartphones, welches leichte, alterstypische Gebrauchs- und Abnutzungsspuren am Gehäuse aufweist und voll funktionsfähig ist, welches ausdrücklich als Gebrauchtware unter Hinweis auf Alter und die vorhandenen Gebrauchs- und Abnutzungsspuren in der Artikelbeschreibung angeboten wird.

Hier hat der Käufer auch ab dem 01.01.2022 keine Mängelrechte wegen der Gebrauchteigenschaft und der alterstypischen Gebrauchs- und Abnutzungsspuren.

Geht es dagegen um Gebrauchtware, die bei einem Vergleich mit entsprechender Neuware nicht nur durch typische Gebrauchs- und Abnutzungsspuren abweicht, sondern darüber hinaus auch noch Funktionseinschränkungen / Mängel aufweist, müssen Verkäufer beim Verkauf an Verbraucher wegen der Funktionseinschränkungen / Mängel den komplexen Weg einer wirksamen Negativvereinbarung gehen, sollen die Mängelrechte des Käufers dahingehend ausgeschlossen sein.

Beispiel:

Verkauf eines 2 Jahre alten, gebrauchten Smartphones, welches leichte, alterstypische Gebrauchs- und Abnutzungsspuren am Gehäuse aufweist. Ferner ist das Display durch einen Riss beschädigt und dadurch nur noch eingeschränkt funktionsfähig.

Das Anbieten "nur" unter Darstellung in der Artikelbeschreibung als Gebrauchtware und Hinweis auf Alter, die vorhandenen Gebrauchs- und Abnutzungsspuren in der Artikelbeschreibung sowie auf den vorhandenen Riss und die damit einhergehende Funktionsbeschränkung reichen künftig nicht mehr aus.

Der Riss führt dazu, dass das Smartphone nicht mehr den objektiven Anforderungen entspricht. Der Verbraucher müsste daher über diese negative Abweichung eigens in Kenntnis gesetzt werden und der Verkäufer müsste mit dem Verbraucher eine ausdrückliche und gesonderte Vereinbarung dahingehend treffen. Nur auf diesem Wege kann erreicht werden, dass wegen des Risses im Nachhinein keine Mängelrechte geltend gemacht werden können.

Zur nochmaligen Veranschaulichung ein weiteres Beispiel in zwei Varianten:

Wird ein antiquarisches Buch aus dem Jahr 1921 als Gebrauchtware angeboten, dann entspricht dieses Buch den objektiven Anforderungen, auch wenn Seiten vergilbt sind, das Buch modrig riecht und manche Seiten Eselsohren aufweisen. Denn diese "Gebrauchsspuren" dürften bei Sachen derselben Art, also anderen gebrauchten Büchern, die 100 Jahre alt sind, üblich und damit zu erwarten sein.

Da in diesem Fall das Buch den objektiven Anforderungen entspricht und auch den subjektiven Anforderungen genügt, wenn die genannten "Gebrauchsspuren" in der Artikelbeschreibung erwähnt werden, liegt kein Sachmangel vor und es bedarf keines eigenen Inkenntnissetzens über die Abweichung und keiner Negativvereinbarung, um dahingehend Mängelrechte des Käufers zu vermeiden.

Fehlen dagegen mehrere Seiten und sind weitere Seiten des Buches aus dem Jahr 1921 zerrissen, so wird es schwieriger zu bejahen, dass ein solches Buch noch den objektiven Anforderungen genügt. In diesem Fall ist anzuraten, wie beim Verkauf eines Mängel exemplars vorzugehen, und - macht man sich den Aufwand von eigens Inkenntnissetzen und Negativvereinbarung bereits - dabei am besten alle Beschaffenheitsmerkmale (vergilbte Seiten, modriger Geruch, Eselsohren, Fehlen bestimmter Seiten, Risse in bestimmten Seiten) anzugeben.

## Abgrenzung nicht immer einfach - im Zweifelsfall besser die "große Lösung" wählen

Die neue Rechtslage führt dazu, dass Verkäufer von Gebrauchtwaren den genauen Zustand jeder einzelnen Ware künftig noch besser im Blick haben müssen. Es muss quasi eine Inventarisierung erfolgen und es müssen entsprechende Prozesse geschaffen werden, die Waren treffsicher einzustufen.

Hier werden sich in der Praxis auch Abgrenzungsfragen stellen, da der Übergang von Gebrauchsspuren zu Beschädigungen manchmal fließend ist.

Als Abgrenzungsmöglichkeit kommt dabei in Betracht, sich als Verkäufer in die Position eines objektiven Verbrauchers zu versetzen, der die angebotene Ware vor sich liegen hat und sich dabei die Frage zu stellen:

Ist die Ware nur gebraucht und weist höchstens reine Gebrauchsspuren auf oder ist diese bereits mangelhaft, da beschädigt und nicht mehr voll funktionsfähig?

Wenn das Ergebnis auf "nur gebraucht" fällt, kann die "kleine Lösung" gefahren werden, wenn "bereits mangelhaft", sollte im Zweifel auf die "große Lösung" (also mit "eigens Inkennntnissetzen" und Negativvereinbarung) gesetzt werden.

## Objektive Eignung muss immer anhand eines Klassenvergleichs bestimmt werden

Mit guten Gründen lässt sich vertreten, dass die "Gebrauchteigenschaft" einer Ware nicht bereits per se als Negativabweichung von der objektiven Eignung, also als Mangel, anzusehen ist, wenn die Ware ausdrücklich als Gebrauchtware angeboten wird.

Während bei Bewerbung von Neuware die Lieferung einer bereits gebrauchten Ware selbstverständlich einen Mangel darstellt, ist dies beim ausdrücklichen Angebot von Gebrauchtware nicht anzunehmen.

Die Neufassung des § 434 Abs. 1 BGB bestimmt ab dem 01.01.2022:

*"Die Sache ist frei von Sachmängeln, wenn sie bei Gefahrübergang den subjektiven Anforderungen, den objektiven Anforderungen und den Montageanforderungen dieser Vorschrift entspricht."*

Hinweis: Montageanforderungen (die ohnehin nur auf einen Teil der Waren überhaupt zutreffen) sollen bei der hiesigen Betrachtung hier einmal ausgeblendet bleiben.

Ein Sachmangel ist zum einen deswegen abzulehnen, weil die Sache bei Angebot als Gebrauchtware hinsichtlich ihrer Beschaffenheit den subjektiven Anforderungen entspricht, sie also die vereinbarte (gebrauchte) Beschaffenheit aufweist. Ein Mangel aus subjektiver Sicht liegt dann also wegen der Gebrauchteigenschaft nicht vor.

Zum anderen ist ein Sachmangel deswegen abzulehnen, weil eine gebrauchte Ware nicht alleine wegen ihrer Gebrauchteigenschaft nicht den objektiven Anforderungen genügt (kommen keine anderweitigen Mängel / Funktionseinschränkungen hinzu).

Eine als Gebrauchtware unter zutreffender Zustandsbeschreibung angebotene Sache wird vielmehr, betrachtet man rein die Gebrauchteigenschaft, die objektiven Anforderungen erfüllen.

Dies deswegen, weil beim Verkauf von Gebrauchtware für die Bestimmung der maßgeblichen objektiven Anforderungen nicht auf eine entsprechende Neuware, sondern auf eine vergleichbare Gebrauchtware abzustellen ist. Auch diesbezüglich führt die reine Gebrauchteigenschaft nicht zu einem "Durchfallen" bei der Erfüllung der objektiven Anforderungen.

Denn: Nach § 434 Abs. 3 Nr. 2 Buchstabe a) BGB n.F. entspricht eine Sache dann hinsichtlich ihrer Beschaffenheit den objektiven Anforderungen, wenn sie

"eine Beschaffenheit aufweist, die bei Sachen derselben Art üblich ist und die der Käufer erwarten kann unter Berücksichtigung (...) der Art der Sache"

Dies bedeutet, dass beim Verkauf von ausdrücklich als solcher angebotener Gebrauchtware hinsichtlich der Erfüllung der objektiven Anforderungen nicht auf eine entsprechende Ware im Neuzustand zu schauen ist, sondern auf eine Sache derselben Art und damit auf eine vergleichbare, gebrauchte Sache.

Damit lässt sich festhalten, dass sich der Verkauf von als solcher beschriebener Gebrauchtware, die nur an Gebrauchs- und Abnutzungsspuren, nicht aber Beschädigungen "leidet", sich durch die neue Rechtslage nicht verkompliziert. Das Rad dreht sich aber, sobald auch Beschädigungen bzw. Funktionseinschränkungen vorliegen.

## Abweichende Ansicht und wohl Klärung durch die Rechtsprechung nötig

An dieser Stelle sei ausdrücklich darauf hingewiesen, dass dazu auch eine abweichende Ansicht vertreten wird. Diese geht davon aus, dass die Gebrauchteigenschaft per se einen "vereinbarungspflichtigen" Mangel darstellt.

Zu dieser Ansicht mag auch beigetragen haben, dass sich in den Erwägungsgründen der Warenkauf-Richtlinie eine mehrdeutige Passage findet. So heißt es in Erwägungsgrund (36) der Richtlinie (EU) 2019/771:

*"Um für ausreichende Flexibilität der Vorschriften zu sorgen, beispielsweise im Hinblick auf den Verkauf von gebrauchten Waren, sollten die Parteien die Möglichkeit haben, von den in dieser Richtlinie vorgesehenen objektiven Anforderungen an die Vertragsmäßigkeit abzuweichen. Eine solche Abweichung sollte nur möglich sein, wenn der Verbraucher eigens davon unterrichtet wurde und wenn er ihr gesondert von anderen Erklärungen oder Vereinbarungen und durch sein aktives und eindeutiges Verhalten zugestimmt hat."*

Diese kann dahingehend (miss)verstanden werden, dass bei Gebrauchtware immer so vorzugehen sei.

Nach Auffassung der IT-Recht Kanzlei ist der Erwägungsgrund jedoch dahingehend zu verstehen, dass insbesondere bei Gebrauchtware die darin geschilderte Flexibilität einer Negativvereinbarung häufiger notwendig ist, eben weil Gebrauchtware natürlich häufiger an Mängeln leidet als Neuware.

Die Aussage ist aber nicht so zu verstehen, dass beim Verkauf von Gebrauchtware generell eine Negativvereinbarung erforderlich ist (nur weil es sich um Gebrauchtware handelt).

In jedem Fall wird eine Klärung der Rechtslage bzw. zumindest Konkretisierung durch die Rechtsprechung abzuwarten bleiben. Leider ist das neue Kaufrecht 2022 in manchen Punkten zum einen wenig eindeutig, zum anderen wenig praxistauglich. Hier wird die Rechtsprechung massiv gefragt sein.

Die IT-Recht Kanzlei wird die Rechtsprechung zum neuen Kaufrecht nicht nur für ihre **Update-Service-Mandanten** permanent im Blick behalten, sondern auch zu wichtigen Entscheidungen auf der Webseite veröffentlichen.

## Fazit

Gebraucht ist nicht gleich mangelhaft.

Nach derzeitigem Stand der Dinge vertritt die IT-Recht Kanzlei die Ansicht, dass alleine die Eigenschaft als Gebrauchtware nicht dazu führt, dass beim Verkauf die hohen Hürden von Mängel-exemplaren, nämlich das eigens Inkenntnissetzen sowie die Negativvereinbarung zu erfüllen sind.

Dies gilt jedoch nur, sofern die Gebrauchtware unbeschädigt und voll funktionsfähig ist und der Zustand hinsichtlich Gebrauchteigenschaft sowie Gebrauchs- bzw. Abnutzungsspuren in der Artikelbeschreibung auch zutreffend angegeben wird.

Die (fließende) Grenze, ab welcher eine "Negativvereinbarung" erforderlich wird, dürfte dort zu ziehen sein, wo typische, altersgerechte Gebrauchs- und Abnutzungsspuren, die keinen Einfluss auf die Funktion der Ware haben in eine Funktionseinschränkung bzw. Beschädigung übergehen.

Im Zweifelsfall sollte besser die "große Lösung", also mit eigens Inkenntnissetzen sowie Negativvereinbarung gewählt werden. Dies gilt im Übrigen auch dann, wenn bei einer Gebrauchtware Teile fehlen, und sei es auch nur beim Zubehör.

Generell muss hier beobachtet werden, wie sich die Gerichte dazu positionieren werden. Wir werden dazu selbstverständlich informieren.

Sie möchten rechtlich auf der sicheren Seite sein und (nicht nur in Bezug auf das neue Kaufrecht 2022) up-to-date bleiben? Wir sichern Sie mit unseren **Schutzpaketen inkl. Update-Service** ab.

Sprechen Sie uns gerne an.

Autor:

**RA Nicolai Amereller**

Rechtsanwalt