Beweislast für das Fehlschlagen der Nachbesserung

1. **Tritt ein Mangel erneut auf, nachdem der Verkäufer bereits einen Nachbesserungsversuch vorgenommen hat, und bleibt ungeklärt, ob dies auf unzureichende Bemühungen des Verkäufers oder auf eine unsachgemäße Behandlung der Kaufsache durch den Käufer zurückzuführen ist, so geht dies zulasten des Käufers.**

2. **Ein Verkäufer kann auf den Einwand, eine Mängelrüge i. S. des § 377 I, III HGB sei verspätet, auch stillschweigend verzichten. Ein solcher stillschweigender Verzicht wird in der Rechtsprechung bejaht, wenn der Verkäufer die beanstandete Ware vorbehaltlos zurückgenommen, vorbehaltlos Nachbesserung versprochen oder die Fehlerhaftigkeit der Waren vorbehaltlos anerkannt hat. Die vorbehaltlose Durchführung von Nachbesserungsarbeiten ist diesen Fällen gleichzustellen.**

3. **Ob ein behebbarer Mangel i. S. des § 323 V 2 BGB unerheblich ist, kann nicht allein anhand des für seine Beseitigung erforderlichen Kostenaufwands beurteilt werden. Vorrangig ist vielmehr zu berücksichtigen, ob und gegebenenfalls in welchem Ausmaß der Mangel die Gebrauchstauglichkeit der Kaufsache einschränkt.**

OLG Stuttgart, Urteil vom 20.09.2007 – 10 U 246/06
(nachfolgend: BGH, Urteil vom 11.02.2009 – VIII ZR 274/07)

Sachverhalt: Die Klägerin begehrt die Rückabwicklung eines Kaufvertrags über einen Pkw Maserati Quattroporte und Schadensersatz.

Sie bestellte das in Rede stehende Fahrzeug bei der Beklagten, die es zum Preis von 113.830,01 € brutto an die *A*-GmbH verkaufte. Die *A*-GmbH verleaste das Fahrzeug anschließend an die Klägerin. Ausweislich des Leasingvertrags sind jegliche Ansprüche und Rechte der Klägerin wegen Mängeln des Fahrzeugs gegen die *A*-GmbH ausgeschlossen. Zum Ausgleich wurden der Klägerin sämtliche der *A*-GmbH aus dem Kaufvertrag zustehenden Ansprüche und Rechte wegen nicht vertragsgemäßer Leistung und Mängeln abgetreten.

Wegen eines Defekts am Fensterheber der Fahrertür im August 2005 – das Fenster der Fahrertür ließ sich nur ruckweise öffnen und auch nur mit größten Schwierigkeiten wieder schließen – brachte die Klägerin das Fahrzeug zur Reparatur in die Werkstatt der Beklagten. Zwischen den Parteien ist streitig, ob danach erneut ein Fehler am Fensterheber der Fahrertür aufgetreten ist. Die Klägerin brachte den Pkw jedenfalls ein weiteres Mal zu der Beklagten, die verschiedene Arbeiten an dem Fahrzeug durchführte.

Wegen des angeblich fortbestehenden Defekts des Fensterhebers hat die Klägerin anschließend den Rücktritt vom Kaufvertrag erklärt. Sie hat behauptet, das Fenster habe sich nicht mehr bzw. nur unter großer Mühe schließen lassen. Nach dem zweiten Reparaturversuch der Beklagten sei der Fehler im November 2005 wieder aufgetreten, weswegen sie die Beklagte aufgefordert habe, das Fahrzeug zurückzunehmen. Der beanstandete Defekt beruhe nicht auf einem Einbruchsversuch. Ein solcher sei erst erfolgt, als sich das Fahrzeug im Rahmen der Rückabwicklung bei der Beklagten befunden habe. Diese sei daher, so meint die Klägerin, verpflichtet, den Kaufpreis abzüglich einer Nutzungsentschädigung von 9.905,87 € an die *A*-GmbH, Zug um Zug gegen Rückgabe des Fahrzeugs, zurückzuzahlen. Außerdem müsse die Beklagte ihr, der Klägerin, Schadensersatz unter anderem in Höhe der monatlichen Leasingraten für die Zet vom 07.12.2005 bis April 2006 leisten.

Das Landgericht hat die Klage mit der Begründung abgewiesen, die Klägerin habe nicht bewiesen, dass die Reparaturmaßnahmen der Beklagten erfolglos geblieben seien und die Nachbesserung als fehlgeschlagen zu gelten habe. Zwar habe der Sachverständige festgestellt, dass sich die geöffnete Scheibe der Fahrertür erst nach mehrmaligem Betätigen des Schalters und dann nur stückweise schließen ließ, wofür ein Defekt des Sensors des Einklemmschutzes ursächlich gewesen sei. Möglicherweise sei der Sensor jedoch nachträglich bei einem Einbruchsversuch beschädigt worden. Unerheblich sei die Behauptung der Klägerin, der mutmaßliche Einbruchsversuch könne nur erfolgt sein, als sich das Fahrzeug vom 06.12.2005 bis zum 13.02.2006 bei der Beklagten befunden habe. Unabhängig davon sei ein Rücktritt mangels Erheblichkeit des Fehlers ausgeschlossen. Durch die Erneuerung des Sensors noch während des Besichtigungstermins durch den Gerichtssachverständigen sei offenkundig geworden, dass sich der gerügte Fehler mit geringem technischen und finanziellen Aufwand dauerhaft habe beseitigen lassen.

Die Berufung der Klägerin hatte keinen Erfolg.

Aus den Gründen: II. … Zu Recht hat das Landgericht die Klage abgewiesen, weil sie unbegründet ist.

1. Der Klägerin steht kein Recht zum Rücktritt vom Kaufvertrag gemäß den §§ 434 I 2 Nr. 1 und 2, 437 Nr. 2, 440 I 2, 323 I, 346, 398 BGB zu.

a) Die Klägerin ist berechtigt, ein etwaiges Rücktrittsrecht in eigenem Namen auszuüben, nachdem ihr … nicht nur etwaige Nacherfüllungsansprüche abgetreten worden sind, sondern auch das Recht zum Rücktritt …

b) Es ist auch davon auszugehen, dass der von der Klägerin behauptete Mangel bereits bei Übergabe des Fahrzeugs vorgelegen hat. Das Urteil des Landgerichts enthält keine Feststellungen zum Zeitpunkt des Gefahrübergangs. Auch die Parteien tragen hierzu nicht vor. Die Übergabe muss allerdings nach der Bestellung des Fahrzeugs am 11.05.2005 erfolgt sein. Da sich der Mangel das erste Mal bereits im August 2005, somit wenige Monate nach der Bestellung, zeigte und es sich bei dem hierfür ursächlichen Sensor im Einklemmschutz des Fensters nicht um ein Fahrzeugteil handelt, mit welchem der Fahrzeugnutzer bei normalem Gebrauch in Berührung kommt, ist davon auszugehen, dass die Schadensanlage schon bei Übergabe vorhanden war. Letztlich wird dies von der Beklagten auch nicht infrage gestellt.

c) Gewährleistungsansprüche der Klägerin sind weiterhin nicht deswegen ausgeschlossen, weil das Fahrzeug nach § 377 III HGB als genehmigt gilt.

Dabei kann dahinstehen, ob die Klägerin ausreichend dargetan hat, dass die *A*-GmbH als Käuferin oder sie als deren Erfüllungsgehilfin (*Hopt,* in: Baumbach/Hopt, HGB, 32. Aufl., § 377 Rn. 55) die Rügeobliegenheit des Käufers nach § 377 HGB erfüllt hat, nachdem sich der Mangel zum ersten und zweiten Mal gezeigt hatte. Denn die Beklagte hat auf die Geltendmachung des Verspätungseinwandes konkludent dadurch verzichtet, dass sie auf die ersten beiden Mängelrügen der Klägerin hin vorbehaltlos Reparaturarbeiten an dem Fahrzeug durchgeführt hat. Ein solcher stillschweigender Verzicht wird in der Rechtsprechung dann bejaht, wenn der Verkäufer die beanstandeten Waren vorbehaltlos zurückgenommen, vorbehaltlos Nachbesserung versprochen oder die Fehlerhaftigkeit der Waren vorbehaltlos anerkannt hat (BGH, Urt. v. 25.11.1998 – VIII ZR 259/97, NJW 1999, 1259 [1260]; Urt. v. 19.06.1991 – VIII ZR 149/90, NJW 1991, 2633 [2634]; OLG Stuttgart, Urt. v. 29.09.1998 – 6 U 45/98). Die vorbehaltlose Nachbesserung ist diesen Fällen gleichzustellen.

Die Klägerin hat auch bewiesen, dass sie die Beklagte umgehend informiert hat, nachdem sich der Defekt des Fensterhebers zum dritten Mal anlässlich eines Geschäftsbesuchs in M. zeigte. Der Zeuge *C* hat den Vortrag der Klägerin bestätigt, dass ihr Geschäftsführer sich, als sich die Scheibe beim Abstellen des Fahrzeugs auf dem Parkplatz nicht mehr schließen ließ, direkt vor Ort telefonisch bei der Beklagten beschwerte. Aus seiner Aussage ergibt sich, dass das Problem beim Schließen der Scheibe zum dritten Mal anlässlich des Kundentermins in M. auftrat. Der Zeuge hat nämlich angegeben, dass der Geschäftsführer der Klägerin gesagt habe, das sei jetzt schon das dritte Mal, dass dieser Mangel auftauche. Der Senat hat – trotz des Verwandtschaftsverhältnisses des Zeugen zu dem Geschäftsführer der Klägerin – keinen Anlass, an seinen Angaben und seiner Glaubwürdigkeit zu zweifeln, nachdem er ruhig und sachlich aussagte und das Geschehen auf dem Parkplatz detailliert zu schildern vermochte, insbesondere hinsichtlich der Empörung des Geschäftsführers der Klägerin. Seinem Aussageverhalten waren auch keinerlei Tendenzen zu entnehmen, dieses auf die Interessen der Klägerin abzustimmen. So räumte der Zeugen offen ein, wenn er sich an Einzelheiten nicht mehr erinnern konnte, etwa die Zeitpunkte, zu denen die von der Klägerin gerügten Mängel aufgetreten seien.

d) Entgegen der vom Landgericht vertretenen Auffassung ist ein Rücktrittsrecht der Klägerin nicht nach § 323 V 2 BGB wegen Unerheblichkeit der behaupteten Pflichtverletzung ausgeschlossen.

Ob ein erheblicher oder unerheblicher Mangel vorliegt, kann bei behebbaren Fehlern nicht allein nach dem – im vorliegenden Falle mit einem in Rechnung gestellten Betrag von 331,56 € brutto geringen – Kostenaufwand ihrer Reparatur beurteilt werden. Eine etwaige Einschränkung der Gebrauchstauglichkeit ist vorrangig zu berücksichtigen. Das ergibt sich schon aus dem Wortlaut der vorgenannten Vorschrift, wonach es auf die Erheblichkeit der Pflichtverletzung ankommt. Der Verkäufer ist gemäß den §§ 433 I 2, 434 I BGB verpflichtet, dem Käufer die Sache frei von Sachmängeln zu übergeben. Die Sache ist nach § 434 I 1 und 2 Nr. 1 BGB frei von Sachmängeln, wenn sie die vereinbarte Beschaffenheit hat oder – mangels Beschaffenheitsvereinbarung – sich für die nach dem Vertrag vorausgesetzte Verwendung eignet. Vorliegend wäre die Gebrauchstauglichkeit des Fahrzeugs durch den behaupteten Schließdefekt des Fensters in erheblicher Weise dadurch eingeschränkt, dass es im öffentlichen Verkehrsraum nicht ohne Bewachung abgestellt werden könnte, ohne einen Einbruch oder – angesichts des hohen Fahrzeugwerts besonders zu befürchten – einen Diebstahl zu riskieren.

e) Ein Rücktritt der Klägerin vom Kaufvertrag scheitert jedoch daran, dass es ihr nicht gelungen ist, die Mangelhaftigkeit des Fahrzeugs i. S. der §§ 437, 434 I 1, 2 BGB zum Zeitpunkt ihrer Rücktrittserklärung und damit einhergehend ein Fehlschlagen der Nacherfüllung wegen zwei erfolgloser Nachbesserungsversuche gemäß § 440 BGB zu beweisen.

aa) Die Klägerin ist, da sie die Ansprüche der Käuferin geltend macht, sowohl für die Mangelhaftigkeit der Sache (BGH, Urt. v. 23.11.2005 – VIII ZR 43/05, NJW 2006, 434 Rn. 20; Urt. v. 02.06.2004 – VIII ZR 329/03, NJW 2004, 2299 [2300]) als auch für das Fehlschlagen der Nacherfüllung gemäß § 440 BGB beweispflichtig (Staudinger/*Matusche-Beckmann,* BGB, Neubearb. 2004, § 440 Rn. 34; MünchKomm-BGB/*Westermann,* 4. Aufl., § 440 Rn. 13; *Faust,* in: Bamberger/Roth, BGB, 2003, § 440 Rn. 43; *Reinking/Eggert,* Der Autokauf, 9. Aufl., Rn. 393; vgl. auch BGH, Urt. v. 21.02.1990 – VIII ZR 216/89, NJW-RR 1990, 886 [888] ...). Diese Beweislastverteilung ergibt sich betreffend § 440 Satz 1, 2 BGB daraus, dass diese Vorschrift ergänzend zu § 323 II BGB eine Ausnahmebestimmung zu § 323 I BGB darstellt, wonach es vor einem Rücktritt einer Fristsetzung zur Nacherfüllung bedarf.

bb) Nach dem Ergebnis der Beweisaufnahme ist der Senat davon überzeugt, dass das Fahrzeug im August und September/Oktober 2005 zweimal wegen derselben Fehlfunktion der Fahrertürscheibe von der Beklagten in Arbeit genommen wurde. Der Zeuge *C* hat glaubhaft bestätigt, vor dem Geschehen im November 2005 in M. zu unterschiedlichen Zeitpunkten Beschwerden des Geschäftsführers der Klägerin über wiederholt aufgetretene Schwierigkeiten bei diesem Fenster gehört zu haben. Vor diesem Hintergrund lässt sich aus der wiederholten Bereitschaft der Beklagten zu zum Teil umfangreichen Arbeiten in diesem Bereich unschwer auf das (wiederholte) Auftreten der beanstandeten Fehlfunktionen schließen.

cc) Auch nach dem Ergebnis der Beweisaufnahme in zweiter Instanz bleibt jedoch ungeklärt, ob die Beschädigung des Sensors auf einem Produktfehler oder einer Beschädigung im Rahmen eines Einbruchsversuchs beruht. Dabei kann dahinstehen, ob – wie vom Landgericht für möglich gehalten – der als Fehlerursache in Betracht zu ziehende Einbruchsversuch schon vor den beiden Nachbesserungsversuchen erfolgt war oder erst nach der zweiten Reparatur. Auch wenn tatsächlich die ersten beiden Beanstandungen auf einem Produktfehler beruhten, ließe sich ein Fehlschlagen der zweiten Nachbesserung nur feststellen, wenn auszuschließen wäre, dass der Einbruchsversuch bei der dritten Beanstandung im November 2005 schon erfolgt war. Diese Feststellung ist nicht möglich.

Dem Zeugen *O* sind Beschädigungen an dem Fahrzeug zu keinem Zeitpunkt aufgefallen. Der Vortrag der Klägerin, die Zeugin *S* habe ihren Geschäftsführer bei der Rückgabe des Fahrzeugs seitens der Beklagten auf eine Macke an der Scheibe aufmerksam gemacht, hat sich nicht bestätigt. Die Zeugin *S* konnte sich nicht daran erinnern, die Schäden an der Scheibe, Kratzspuren oder Beulen bei Rückgabe des Fahrzeugs seitens der Beklagten Anfang 2006 oder zu einem anderen Zeitpunkt bemerkt zu haben.

Der Zeuge *C* hat ausgesagt, Beschädigungen in Form von Kratzspuren seien ihm anlässlich des dritten Auftretens des Schließdefekts, als er auf dem Parkplatz gewartet, um das Auto herumgelaufen und es angeschaut habe, nicht aufgefallen. Er gehe davon aus, dass dies der Fall gewesen wäre, wenn sie zu diesem Zeitpunkt schon vorhanden gewesen sein sollten. Dies führt den Senat jedoch nicht zu der hinreichend sicheren Überzeugung, die auf einen Einbruch hindeutenden Beschädigungen hätten zu diesem Zeitpunkt noch nicht vorgelegen. Der Zeuge *C* hatte sich selbst nicht an dem Fenster zu schaffen gemacht, um den Defekt zu beheben. Er hatte, wie er angegeben hat, damals keinen Anlass, auf solche Spuren zu achten. Sie sind ihm nach seiner Aussage auch bei späterer Gelegenheit nicht aufgefallen. Selbst dem Geschäftsführer der Klägerin, der das Fahrzeug benutzt und gepflegt hat, sind nach dessen Angaben in der mündlichen Verhandlung in der Berufungsinstanz die Kratzspuren noch nicht einmal zu einem Zeitpunkt aufgefallen, als sie mit Sicherheit bereits vorhanden waren, nämlich als er das Fahrzeug zu dem Termin mit dem Gerichtssachverständigen gefahren hat. Somit lässt sich nicht ausschließen, dass der Zeuge *C*, der einen weitaus geringeren Bezug zu dem Fahrzeug hatte und weniger Augenmerk auf es legte, die vorgenannten Schäden auch dann nicht bemerkt hätte, wenn sie schon vorgelegen haben sollten, als sich der Defekt zum dritten Mal zeigte. Danach lässt sich ein sicherer Zeitpunkt für ihre Verursachung nicht feststellen. Ob der Defekt des Sensors des Einklemmschutzes – von Anfang an oder jedenfalls bei seiner dritten Beanstandung – auf einen Produktfehler oder Einbruchsversuch zurückzuführen ist, lässt sich nicht mehr aufklären.

dd) Der Ausgang des Rechtsstreits hängt daher von der Frage ab, ob die Klägerin die Mangelhaftigkeit des Fahrzeugs und damit ein Fehlschlagen der Nachbesserung nach der zweiten Reparatur durch die Beklagte schon mit dem – vom Sachverständigen festgestellten – Sensordefekt bewiesen hat, der Zeitpunkt eines Einbruchsversuchs als möglicher Ursache für das erneute Auftreten der Fehlfunktion als „sonstiger Umstand“ i. S. von § 440 Satz 2 BGB also von der Beklagten zu beweisen wäre, oder ob zusätzlich der von der Klägerin zu führende Nachweis erforderlich ist, dass ein Einbruchsversuch als mögliche Ursache der Funktionsstörung ausscheidet.

Zwar fällt es grundsätzlich nicht in den Aufgabenbereich des Käufers, die Ursache eines Mangels herauszufinden und die Gründe seiner Entstehung anzugeben. Vielmehr genügt er regelmäßig seiner Darlegungs- und Beweispflicht, wenn er das Erscheinungsbild des Fehlers hinreichend genau beschreibt und nachweist. Dies genügt jedoch dann nicht, wenn die Ursache des gerügten Defekts sowohl in der Beschaffenheit des Fahrzeugs als auch in einer – der Verkäuferseite nicht zurechenbaren – unsachgemäßen Behandlung des Fahrzeugs durch dritte Personen begründet sein kann (vgl. OLG Hamm, Urt. v. 06.02.2006 – 2 U 197/05, DAR 2006, 390 [zur Darlegungslast des Käufers bei der Mängelanzeige]; BGH, Urt. v. 02.06.2004 – VIII ZR 329/03, NJW 2004, 2299 [zum Nachweis eines Mangels hinsichtlich eines Fahrfehlers als möglicher Mangelursache]). Denn ein „Fehlschlagen“ der Nachbesserung setzt nach dem aus § 11 Nr. 10b AGBG übernommenen Begriff, der ausweislich der Gesetzesbegründung nicht verändert werden sollte (BT-Drs. 14/6040, S. 233; s. hierzu, Staudinger/*Matusche-Beckmann,* a. a. O., § 440 Rn. 17; *Faust,* in: Bamberger/Roth, a. a. O., § 440 Rn. 30), und der zu dieser Vorschrift ergangenen Rechtsprechung (BGH, Urt. v. 02.02.1994 – VIII ZR 262/92, NJW 1994, 1004 – von den hier nicht einschlägigen Fällen der Unmöglichkeit, unberechtigten Verweigerung, Unzulänglichkeit oder ungebührlichen Verzögerung abgesehen – einen misslungenen Nachbesserungsversuch voraus. Von einer – vorliegend behaupteten zweifach – misslungenen Nachbesserung kann nur dann die Rede sein, wenn die Maßnahme nicht zu einer dauerhaften Beseitigung eines seit Gefahrübergang bestehenden Mangels geführt hat. Voraussetzung ist somit, jedenfalls wenn im Rahmen der Nachbesserung keine neuen Mängel aufgetreten sind, das Fortbestehen eines seit Gefahrübergang vorhandenen Mangels. An dem Nachweis des Fehlschlagens fehlt es jedoch, wenn der zum Zeitpunkt der Rücktrittserklärung beanstandete, wiederholt aufgetretene Defekt auch durch ein nicht von Verkäuferseite zu verantwortendes Fehlverhalten dritter Personen verursacht worden sein kann. Dann kann weder von einer Mangelhaftigkeit der Sache i. S. des § 437 BGB noch von zwei gescheiterten – eine erfolglose Fristsetzung zur Nacherfüllung entbehrlich machenden – Nachbesserungsversuchen ausgegangen werden.

Umstände, die dafür sprechen könnten, dass der Klägerin eine Fristsetzung zur Nacherfüllung nach § 440 Satz 1 BGB aus anderen Gründen unzumutbar gewesen wäre, sind weder vorgetragen noch ersichtlich. Es ist insbesondere nicht bewiesen, dass ein etwaiger Einbruchsversuch stattgefunden hat, als sich das Fahrzeug im Rahmen der Rückabwicklung bei der Beklagten befand, und dieser deswegen eine Verletzung von Obhutspflichten vorzuwerfen wäre.

Auch die in der mündlichen Verhandlung vor dem Senat vom Klägervertreter vorgebrachte Argumentation, aus dem Bestreiten der Beklagten hinsichtlich des erneuten Auftretens der Fehlfunktion im November 2005 folge zwangsläufig, dass der Einbruchsversuch nicht vor der dritten Beanstandung vorgelegen habe, führt nicht weiter. Soweit sich die Klägerin damit hilfsweise den Vortrag der Beklagten hinsichtlich des behaupteten Mangels zu eigen gemacht haben sollte, hätte dies nur zur Folge, dass es – nach dann unstreitigem Vortrag der Parteien – an einem Mangel fehlen würde. Der Klägerin stünden auch unter diesem Gesichtspunkt keine Gewährleistungsrechte nach § 437 BGB zu.

Der Klägerin steht somit kein Rücktrittsrecht zu.

2. Aus den vorgenannten Gründen stehen der Klägerin auch die geltend gemachten weiteren Schadens- bzw. Aufwendungsersatz- und Feststellungsansprüche nicht zu.

Die Klage war daher abzuweisen.

3. …

4. Die Revision ist zuzulassen. Von grundsätzlicher Bedeutung ist die Rechtsfrage, ob von einem Fehlschlagen der Nacherfüllung i. S. des § 440 BGB bereits dann auszugehen ist, wenn das Fortbestehen einer seit Gefahrübergang vorhandenen Funktionsstörung nach zweimaliger Nachbesserung bewiesen ist, oder ob hierfür der weitere Beweis erforderlich ist, dass eine mögliche – nicht auf einer vertragswidrigen Beschaffenheit beruhende – Mangelursache (hier: Einbruchsversuch) ausscheidet.

Hinweis: Die Revision der Klägerin hatte keinen Erfolg; der BGH hat sie mit Urteil vom 11.02.2009 – VIII ZR 274/07 – zurückgewiesen.

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.