Beweislastumkehr beim Verbrauchsgüterkauf

1. **Die in § 476 BGB angeordnete Beweislastumkehr fußt nicht allein auf dem Erfahrungssatz, dass ein Mangel, der sich innerhalb von sechs Monaten nach Übergabe der Kaufsache zeigt, schon bei der Übergabe vorhanden war. Sie hat vielmehr auch einen spezifisch verbraucherschützenden Charakter. Denn jedenfalls im Regelfall kann ein Unternehmer viel leichter beweisen, dass ein Mangel zum Zeitpunkt der Lieferung noch nicht bestand, als ein Verbraucher beweisen kann, dass der Mangel bereits bei Lieferung vorhanden war.**

2. **Eine Beweislastumkehr nach § 476 BGB ist nicht schon dann „wegen der Art des Mangels" ausgeschlossen, wenn nicht zu vermuten ist, dass der Mangel schon bei Gefahrübergang vorhanden war. Hinzukommen muss vielmehr, dass der Mangel, wäre er schon bei Gefahrübergang vorhanden gewesen, aufgrund der dem Unternehmer zur Verfügung stehenden Erkenntnismöglichkeiten nicht hätte erkannt werden können.**

OLG Stuttgart, Urteil vom 17.11.2004 – 19 U 130/04

Sachverhalt: Der Kläger verlangt die Rückabwicklung eines Kaufvertrags über einen Pkw.

Die Beklagte betreibt einen Handel mit Gebraucht- und Neufahrzeugen sowie eine Werkstatt mit Lackiererei. Am 28.10.2003 kaufte der Kläger, der dabei nicht in Ausübung einer gewerblichen oder selbstständigen beruflichen Tätigkeit handelte, von ihr einen als Vorführwagen genutzten Ford Fiesta Ambiente (Baujahr 2001, Erstzulassung 2002) zum Preis von 11.500 €. Sowohl ein Vertreter der Beklagten als auch der Kläger unterzeichneten an diesem Tag ein mit „Gebrauchtwagen-Übergabeprotokoll" überschriebenes Formular, das nach seinem Wortlaut „Grundlage für die einjährige Sachmängelhaftung des Verkäufers gegenüber dem Käufer" sein soll. In dem Protokoll wurden – jeweils durch Abhaken einer von drei vorgegebenen Möglichkeiten – unter anderem die Karosserie und die Sitze der Klassifizierung 1 sowie die Felgen der Klassifizierung 2 zugeordnet. Die Hinweise zum Gebrauchtwagen-Übergabeprotokoll enthalten unter anderem folgende Festlegungen:

> „*Klassifizierung 1:* einwandfreier Zustand, nur geringe Gebrauchsspuren und Verschleiß, regelmäßig gewartet, voll funktionstüchtig. – *Klassifizierung 2:* ohne Mängel und funktionsfähig, Gebrauchsspuren und Verschleiß sind altersgerecht und laufleistungsbedingt, kein Reparaturbedarf".

Auf den Sitzen war ein Fleck vorhanden.

Der Kaufpreis wurde am Tag des Kaufvertragsschlusses gegen Übergabe des Fahrzeugs gezahlt.

Mit Schreiben vom 26.11.2003 forderte der Kläger die Beklagte unter Fristsetzung bis zum 10.12.2003 auf, sich zur Beseitigung folgender Mängel bereitzuerklären:

- Die Felge auf der hinteren rechten Seite ist schadhaft.
- Der Rand am Kotflügel vorne rechts ist uneben, was auf eine Nachbesserung nach einem Schadensereignis zurückzuführen sein könnte.
- Der Rand am Kotflügel hinten links weist Lackbeschädigungen auf.
- Auf der Sitzbank befindet sich ein großer Fleck, der vermutlich daraus resultiert, dass an dieser Stelle eine Flüssigkeit ausgelaufen ist. Flecken befinden sich des Weiteren am Beifahrersitz.

Die Beklagte bekundete innerhalb der gesetzten Frist ihre Bereitschaft, die Felge hinten rechts auszutauschen sowie den Rücksitz zu reinigen. Bezüglich der übrigen vom Kläger vorgebrachten Mängel vertrat sie die Auffassung, diese lägen nicht vor. Nachbesserungsmaßnahmen wurden nicht durchgeführt.

Nach Ablauf der gesetzten Frist erklärte der Kläger mit Schreiben vom 10.02.2004 den Rücktritt vom Kaufvertrag und forderte die Beklagte auf, das Fahrzeug gegen Rückzahlung des Kaufpreises spätestens bis zum 25.02.2003 zurückzunehmen. Das Fahrzeug wird vom Kläger weiter genutzt.

Das Landgericht hat der Klage stattgegeben. Zur Begründung hat es im Wesentlichen ausgeführt: Das Fahrzeug sei mangelhaft. Die Karosserie entspreche nicht der vereinbarten Klassifizierung 1, weil – was der Sachverständige festgestellt habe – der vordere rechte Kotflügel und der Stoßfänger wegen einer seitlichen Krafteinwirkung leicht nach innen verformt seien. Zugunsten des Käufers streite die Bestimmung des § 476 BGB, nach welcher die Mangelhaftigkeit zum Zeitpunkt des Gefahrübergangs vermutet werde. Die Beklagte habe den Beweis des Gegenteils, das Nichtvorhandensein des Karosserieschadens am vorderen rechten Kotflügel zum Zeitpunkt der Übergabe, nicht geführt. Das Übergabeprotokoll sei hierzu nicht geeignet, da es nicht mit der notwendigen Sorgfalt erstellt worden sei. Auch die Vernehmung des Zeugen *K* habe der Einzelrichterin nicht die Überzeugung verschaffen können, dass bei Gefahrübergang jeder Mangel tatsächlich erfasst worden sei. Die gesetzte Nachfrist sei fruchtlos abgelaufen. Die Pflichtverletzung sei erheblich, das Fahrzeug weise neben dem Schaden vorne rechts einen Schaden an der Felge sowie Flecke auf der Sitzbank auf, die sich nahezu auf die Hälfte des Polsters erstreckten. Deshalb könne offenbleiben, ob auch der Lackschaden hinten links am Radlauf den Rücktritt vom Vertrag rechtfertigen könne.

Die Berufung der Beklagten hatte nur zu einem geringen Teil Erfolg.

Aus den Gründen: B. … II. Zu Recht ist das Landgericht … zu dem Ergebnis gelangt, dass das Fahrzeug mangelhaft ist und der Käufer deshalb zum Rücktritt vom Kaufvertrag gemäß §§ 437 Nr. 2, 323 BGB berechtigt war.

1. Nach § 434 I 1 BGB ist die Sache frei von Sachmängeln, wenn sie bei Gefahrübergang die vereinbarte Beschaffenheit aufweist. Dabei ist die Auffassung des Landgerichts, durch die Unterzeichnung des Übergabeprotokolls sei eine Vereinbarung über die Beschaffenheit des Fahrzeugs zustande gekommen, zutreffend. Die gegenteilige Auffassung der Berufung, das Protokoll solle keine über die vertraglich geschuldete Beschaffenheit hinausgehenden Rechte und Pflichten begründen, ist unrichtig. Sie lässt außer Acht, dass das unterzeichnete Protokoll „Grundlage für die einjährige Sachmängelhaftung“ sein soll.

2. Gleichfalls zutreffend sind die Darlegungen der ersten Instanz, der Kläger habe bewiesen, dass das Fahrzeug nicht die vereinbarte Beschaffenheit aufweise.

a) Die Karosserie entspricht wegen der durch seitliche Krafteinwirkung verursachten Verformung des vorderen rechten Kotflügels und der Stoßstange nach innen nicht der im Übergabeprotokoll vereinbarten Klassifizierung 1, die mit „Einwandfreier Zustand, nur geringe Gebrauchsspuren und Verschleiß, regelmäßig gewartet, voll funktionstüchtig“ umschrieben ist. Die anders lautende, erstmals in der Berufung geäußerte Auffassung, es handle sich um „geringe Gebrauchsspuren“ im Sinne der Klassifizierung 1, was dem Werturteil und dem Willen der Vertragsparteien entsprochen habe, ist nicht zutreffend. Sie setzt voraus, dass sowohl die Beklagte als auch der Kläger von dieser Erscheinung bei Vertragsschluss Kenntnis gehabt hätten. Damit, dass es sich bei den Verformungen nicht um objektiv geringe Gebrauchsspuren handelt, hat sich der Sachverständige in seinem Gutachten auseinandergesetzt.

b) Auch die vorhandene Beschädigung des Lacks am Radlauf hinten links entspricht nicht der für die Karosserie gewählten Klassifizierung 1, die Verformung der Felge hinten rechts nicht jener der vereinbarten Klassifizierung 2. Rückbank und Beifahrersitz weisen sichtbare Flecken auf, die sich nahezu auf die Hälfte der Polster erstrecken. Dagegen wird von der Berufung nichts erinnert.

3. Vergebens wendet sich das Rechtsmittel gegen die Annahme der ersten Instanz, die Verformung des vorderen rechten Kotflügels und der Stoßstange, die einen Sachmangel darstellt, hätte zum Zeitpunkt des Gefahrübergangs, hier der Übergabe des Fahrzeugs am 28.10.2003, vorgelegen.

Macht der Käufer, wie hier der Kläger, unter Berufung auf das Vorliegen von Mängeln Rechte gem. § 437 BGB geltend, nachdem er die Kaufsache entgegengenommen hat, trifft ihn grundsätzlich die Darlegungs- und Beweislast dafür, dass die den Mangel begründenden Umstände zum Zeitpunkt des Gefahrübergangs vorgelegen haben. Im Fall des hier vorliegenden Verbrauchsgüterkaufs (§ 474 I 1 BGB) kehrt jedoch die Bestimmung des § 476 BGB die Beweislast um. Ist ein Sachmangel binnen sechs Monaten seit Gefahrübergang aufgetreten, wird in zeitlicher Hinsicht vermutet, dass der Mangel bereits im Zeitpunkt des Gefahrübergangs vorlag, es sei denn diese Vermutung ist mit der Art der Sache oder der Art des Mangels unvereinbar.

a) Wenn das Rechtsmittel vorbringt, die Bestimmung des § 476 BGB fände nur dann Anwendung, wenn ein Mangel bei Gefahrübergang zwar vorhanden aber nicht erkennbar gewesen und erst nachträglich in Erscheinung getreten sei, was aus der Formulierung „sich zeigen“ folge, greift es nicht durch.

aa) Die von der Berufung vorgenommene Auslegung des Wortlauts der Regelung des § 476 BGB ist nicht zutreffend. Sie verkennt, dass der Anwendungsbereich der Bestimmung erst mit Gefahrübergang eröffnet ist. Steht fest, dass der Sachmangel bereits bei Gefahrübergang vorhanden war, bedarf der Verbraucher als Käufer der Beweislastumkehr des § 476 BGB nicht, um seine Rechte nach § 437 BGB wahrnehmen zu können. Anders ist es dagegen jedenfalls auch dann, wenn nicht festgestellt werden kann, ob die einen Sachmangel begründende Erscheinung bereits bei Gefahrübergang vorlag, weil Käufer sie erst nach diesem Zeitpunkt wahrnimmt, ihm sich diese mithin erst nach Gefahrübergang zeigt (vgl. *Graf v. Westphalen,* ZGS 2004, 341, Staudinger/*Matusche-Beckmann,* BGB, Neubearb. 2004, § 476 Rn. 12, 13 a. E.).

bb) Das steht im Einklang mit der Bestimmung des § 442 BGB und der ersatzlosen Streichung der Regelung des § 464 BGB a. F. durch das Gesetz zur Modernisierung des Schuldrechts. Nach § 442 BGB sind die Rechte des Käufers bei Mängeln ausgeschlossen, wenn der Käufer den Mangel bei Vertragsschluss kennt oder, soweit keine Arglist oder Garantieübernahme i. S. des § 276 I 1 BGB seitens des Verkäufers vorliegt, ihm der Mangel infolge grober Fahrlässigkeit unbekannt geblieben ist. Nach § 464 BGB in seiner bis zum 31.12.2001 geltenden Fassung waren Gewährleistungsrechte darüber hinaus ausgeschlossen, wenn der Käufer die Sache in Kenntnis des Mangels ohne Vorbehalt angenommen hatte. Wegen des Wegfalls dieser Regelung dürfte eine grundsätzliche Beschränkung der Rechte des Käufers als Verbraucher bei Mängeln, die dieser bei der Annahme erkannt hat, nicht mehr in Betracht kommen (vgl. z. B. *Wendlandt,* ZGS 2004, 88; auch *Köhler,* JZ 2003, 1081). Jedenfalls scheidet eine Einschränkung der Rechte aus, wenn der Verbraucher, wie hier, den Mangel nicht erkannt hat.

b) Zutreffend stellt die Berufung dagegen nicht darauf ab, dass die Vermutung wegen der Art der Sache, weil es sich um ein gebrauchtes Kraftfahrzeug handelt, nicht zur Anwendung komme. Dabei kann offenbleiben, ob dieses Merkmal bei Vorliegen der tatsächlichen Voraussetzungen von Amts wegen oder nur auf Einrede hin zu prüfen ist (dazu *Reinking,* ZGS 2003, 105). Entgegen einer verbreiteten Auffassung sind Gebrauchtwagen keineswegs generell dem Ausnahmetatbestand des § 476 Halbsatz 2 Fall 1 BGB zu unterstellen (vgl. auch BGH, Urt. v. 02.06.2004 – VIII ZR 329/03, BGHZ 159, 215 = NJW 2004, 2299; *Graf v. Westphalen,* ZGS 2004, 341; *Reinking,* DAR 2004, 550; *S. Lorenz,* … NJW 2004, 3020; *Roth,* ZIP 2004, 2025; vgl. ferner Staudinger/*Matusche-Beckmann,* a. a. O., § 476 Rn. 28 ff. m. w. Nachw.). Das wäre mit der Richtlinie 1999/44/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 25.05.1999 zu bestimmten Aspekten des Verbrauchsgüterkaufs und der Garantien für Verbrauchsgüter (ABlEG Nr. L 171 v. 07.07.1999, S. 12; im Folgenden: Verbrauchsgüterkauf-Richtlinie), die von ihrem sachlichen Anwendungsbereich her auch gebrauchte Sachen erfasst (Art. 1 II lit. b; Art. 7 Verbrauchsgüterkauf-Richtlinie), ebenso wenig zu vereinbaren, wie mit dem Umkehrschluss aus §§ 474 I 2, 478 I 1 BGB, die Ausnahmebestimmungen für gebrauchte Sachen enthalten (dazu *Mankowski,* EWiR § 476 BGB 1/03, 465 m. umfangr. Nachw.).

c) Erfolglos macht das Rechtsmittel geltend, die in zeitlicher Hinsicht wirkende Vermutung, dass der Mangel bereits zum Zeitpunkt des Gefahrübergangs vorlag, sei nicht anwendbar, weil sie mit der Art des Mangels unvereinbar sei (§ 476 Halbsatz 2 Fall 2 BGB), da eine Vermutung dafür, dass der Schaden schon bei Gefahrübergang vorhanden gewesen sei, nicht bestehe.

aa) Nähergetreten werden könnte dieser Auffassung dann, wenn die Beweisregelung des § 476 BGB nur auf dem allgemeinen Erfahrungssatz aufbaute, was sich innerhalb von sechs Monaten zeigt, war vermutlich schon bei Übergabe vorhanden (*Reinking/Eggert,* Der Autokauf, 8. Aufl., Rn. 1345; *Faust,* in Bamberger/Roth, BGB, § 476 Rn. 4 m. w. Nachw.; vgl. ferner Staudinger/*Matusche-Beckmann,* a. a. O., § 476 Rn. 35 ff. m. w. Nachw.; *S. Lorenz,* NJW 2004, 3020 [3022]; MünchKomm-BGB/*S. Lorenz,* 4. Aufl., § 476 Rn. 17). Kann wie hier, weil eine nähere Eingrenzung nicht möglich ist, der Zeitpunkt der seitlichen Krafteinwirkung auf den vorderen rechten Kotflügel und die Stoßstange ebenso gut in den Zeitraum nach Gefahrübergang fallen, hat der herangezogene allgemeine Erfahrungssatz keine Gültigkeit. Es gibt keine Erfahrung hinsichtlich des Zeitpunkts des Schadenseintritts. Ein hinreichend wahrscheinlicher Rückschluss auf das Vorliegen des Schadens bereits zur Zeit des Gefahrübergangs ist also nicht möglich.

bb) Dass ausschließlich diese Erwägung der gesetzlichen Bestimmung des § 476 BGB zugrunde liegt, lässt sich jedoch weder der Vorschrift selbst, ihrer systematischen Stellung noch den Gesetzgebungsmaterialien entnehmen.

Die in § 476 BGB enthaltene Beweislastumkehr hat vielmehr einen spezifisch verbraucherschützenden Charakter. Das ergibt sich aus der Stellung der Bestimmung in dem mit Verbrauchsgüterkauf überschriebenen Unterabschnitt im 8. Abschnitt des 2. Buches des BGB (vgl. dazu statt aller Diskussionsentwurf [Disk-E] eines Schuldrechtsmodernisierungsgesetzes vom 04.08.2000, S. 532). Geht es um den Schutz des Verbrauchers beim Verbrauchsgüterkauf, also dann, wenn ein Verbraucher i. S. des § 13 BGB von einem Unternehmer i. S. des § 14 BGB eine bewegliche Sache kauft (§ 474 I 1 BGB), bezweckt die Bestimmung des § 476 BGB zum Schutz des Verbrauchers einen Ausgleich der Stellung von Verbraucher und Unternehmer am Markt. Das auszugleichende Defizit liegt in der nur eingeschränkten tatsächlichen Möglichkeit des Verbrauchers, den ihm obliegenden Beweis zu führen, dass ein Mangel, den er nach Gefahrübergang wahrnimmt, der sich also „zeigt“ i. S. des § 476 BGB, bereits bei Gefahrübergang vorhanden war (§ 363 BGB). Dieser Auffassung liegt die bereits Mitte der 90er Jahre des letzten Jahrhunderts geäußerte Vorstellung zugrunde, dass es einem Gewerbetreibenden – jedenfalls im Regelfall – viel leichter sei zu beweisen, dass die Vertragswidrigkeit nicht zum Zeitpunkt der Lieferung bestand und sie beispielsweise auf unsachgemäßen Gebrauch durch den Verbraucher zurückzuführen sei, als umgekehrt für den Verbraucher, dass der Mangel bereits bei Lieferung vorgelegen habe (vgl. Unterrichtung des Bundesrats durch die Bundesregierung über den Vorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates über den Verbrauchsgüterkauf und Garantien für Verbrauchsgüter vom 18.09.1996, BR-Drs. 696/96, S. 13; *Hermanns,* ZfS 2001, 437 [438]). Das steht im Einklang mit Art. 5 III der Verbrauchsgüterkauf-Richtlinie (dazu *Staudenmayer,* in: Grundmann/Medicus/Rolland, Europäisches Kaufgewährleistungsrecht, S. 40; *ders.,* NJW 1999, 2393 [2396]) und entspricht den Darlegungen im Diskussionsentwurf eines Schuldrechtsmodernisierungsgesetzes vom 04.08.2000. Dort wird zu der, der Bestimmung des § 476 BGB entsprechenden, inhaltlich unveränderten Vorschrift des § 474 DisK-E ausgeführt, „Grundlage der Vorschrift sind die schlechteren Beweismöglichkeiten des Verbrauchers und die – jedenfalls in engem zeitlichen Zusammenhang mit der Übergabe – ungleich besseren Erkenntnismöglichkeiten des Unternehmers“, weswegen die Bestimmung einen „spezifisch verbraucherschützenden Charakter“ habe. Die Formulierung des § 474 DisK-E wurde für die nun in § 476 BGB enthaltene Regelung in den – gleichlautenden – Entwürfen eines Gesetzes zur Modernisierung des Schuldrechts vom 09.05.2001 (BT-Drs. 14/6040, S. 245; BR-Drs. 338/01, S. 245) beibehalten. Die unveränderte Bestimmung des § 476 BGB ist Gesetz geworden.

Kommt es mithin – auch – auf die besseren Erkenntnismöglichkeiten des Unternehmers an, ist die in zeitlicher Hinsicht wirkende Vermutung des § 476 BGB wegen der Art des Mangels nicht schon dann ausgeschlossen, wenn nicht zu vermuten ist, dass der Mangel schon bei Gefahrübergang vorhanden war, weil es hierfür an einem allgemeinen Erfahrungssatz mangelt. Hinzukommen muss vielmehr, dass der Mangel, wäre er bei Gefahrübergang vorhanden gewesen, aufgrund der dem Unternehmer zur Verfügung stehenden Erkenntnismöglichkeiten nicht hätte erkannt werden können (vgl. *Wietoska,* ZGS 2004, 8 [10]; *Graf v. Westphalen,* ZGS 2004, 341 [342]; vgl. *Augenhofer,* ZGS 2004, 385 [386]). Das ist vorliegend nicht der Fall. Der Zustand der vorderen rechten Seite des Fahrzeugs hätte für das ein Autohaus betreibende Unternehmen, das zudem über eine Werkstatt mit Lackiererei verfügt, bei der gebotenen Sorgfalt erkannt werden müssen.

d) Wird der Anwendungsbereich der Bestimmung durch die Möglichkeit des jederzeitigen Eintritts des Schadens nicht berührt, bedarf die Frage, unter welchen Voraussetzungen die Beweislastumkehr wegen der Art des Mangels ausgeschlossen ist, hier keiner Entscheidung. Die Beklagte hat – worauf in der Sitzung hingewiesen wurde – keine Tatsachen vorgetragen, die insoweit ernstliche Zweifel begründen könnten, dass der erkennbare Mangel nicht bereits bei Gefahrübergang vorhanden gewesen sein könnte. Deshalb kommt es nicht darauf an, ob hinsichtlich der Verursachung des Schadens nach Gefahrübergang der Beweis des Gegenteils geführt werden müsste, oder ob es ausreichend wäre, wenn der Unternehmer Tatsachen vorträgt und ggf. beweist, die die konkrete Möglichkeit des Eintritts des Mangels nach Gefahrübergang nahelegen (vgl. dazu *Reinking,* ZGS 2003, 105 [106]; *Wietoska,* ZGS 2004, 8 [10]; *Staudenmayer,* a. a. O.; *Roth,* ZIP 2004, 2025 [2027]).

e) Entgegen der Auffassung der Berufung hat die Beklagte den ihr wegen der Anwendbarkeit der Bestimmung des § 476 BGB obliegenden Beweis des Gegenteils (§ 292 ZPO), dass der Mangel zum Zeitpunkt des Gefahrübergangs nicht vorhanden gewesen sei, nicht geführt.

aa) Das vorgelegte und im Zusammenhang mit der Übergabe gefertigte Protokoll ist unrichtig. Die Flecke auf den Sitzen sind nicht aufgeführt, obwohl sie bei Übergabe des Fahrzeugs unstreitig vorhanden waren. Wenn das Landgericht daraus den Schluss zieht, das spreche gegen eine sorgfältige Erstellung des Protokolls mit der Folge, dass der Verkäufer die Rückwirkungsvermutung nicht widerlegt habe, dann ist diese Würdigung nicht nur vertretbar, sondern naheliegend; ihr folgt der Senat. Mit ihrer gegenteiligen Wertung versucht die Berufung nur, ihre Auffassung an die Stelle des Landgerichts zu setzen. Sie verkennt insbesondere dass dann, wenn vor der Reinigung die Flecken festgestellt werden, erst der Erfolg der Maßnahme abzuwarten ist, bevor ein Zustand der Sitze des Fahrzeugs ohne Flecken durch das Protokoll bescheinigt werden kann.

bb) Gleichfalls vermag die Berufung mit ihren Ausführungen zum Inhalt und Zustandekommen des Protokolls – wenn auch nur mittelbar – die Auffassung der ersten Instanz, nicht infrage zu stellen. Der Senat kann sich, wie schon das Landgericht, keine Überzeugung davon verschaffen, dass der Mangel am Fahrzeug vorne rechts, wäre er vorhanden gewesen, vom Zeugen *K* erkannt wurde bzw. bei Erkennen im Protokoll seinen Niederschlag gefunden hätte. Eine genaue Überprüfung der Karosserie im Einzelnen war nicht erforderlich, weil in dem Protokoll eine Beschreibung eines jeden Bauteils nicht vorzunehmen war. Die pauschale Umschreibung durch eine entsprechende Klassifizierung genügte. Folglich war eine zielgerichtete Prüfung insoweit nicht geboten (vgl. *Reinking,* ZGS 2003, 105 [106]; *Mankowski,* EWiR § 476 BGB 1/03, 465), Hinzu kommt auch hier der Umstand, dass die unstreitig vorhandenen Flecke von dem Zeugen in dem Protokoll gerade nicht aufgeführt wurden.

4. Im Ergebnis zu Recht ist das Landgericht weiter zu der Auffassung gelangt, der Kaufvertrag sei rückabzuwickeln, weil der Kläger durch Erklärung vom 11.02.2004 wirksam vom Vertrag zurückgetreten sei (§ 349 BGB). Nach §§ 437 Nr. 2, 440, 323 I, II BGB kann der Gläubiger nach Gefahrübergang bei einem behebbaren Mangel vom Kaufvertrag zurücktreten, wenn er dem Schuldner erfolglos eine angemessene Frist zur Nacherfüllung gesetzt hat oder eine Fristsetzung entbehrlich ist.

a) Der vorliegende Sachmangel ist behebbar. Beide Parteien gehen übereinstimmend davon aus, dass die Verformungen beseitigt werden können, um den vertragsgemäßen Zustand des Fahrzeugs herzustellen.

b) Den erfolglosen Ablauf der vom Kläger gesetzten angemessenen Frist zur Nacherfüllung stellt das Landgericht zutreffend fest, wogegen von den Parteien nichts erinnert wird. Allerdings war die Fristsetzung nicht auf die Vornahme der Nacherfüllung, hier in Form der Nachbesserung, sondern auf die Erklärung des Einverständnisses hiermit bezogen. Jedoch kann die Frage, ob für die Frist zur Nacherfüllung nach § 323 I BGB die Aufforderung des Gläubigers an den Schuldner genügt, sich über seine Leistungsbereitschaft zu erklären (vgl. BGHZ 142, 36 [42]; *Ramming,* ZGS 2002, 209), dahinstehen. Eine Fristsetzung, verbunden mit der Aufforderung, die Nacherfüllung vorzunehmen, war nach § 323 II Nr. 1 BGB entbehrlich. Die Beklagte hat die Nacherfüllung bezüglich des Mangels am Fahrzeug vorne rechts ernsthaft und endgültig verweigert. Eine ernsthafte und endgültige Verweigerung liegt vor allem dann vor, wenn der Schuldner seine Pflicht zur Beseitigung des Mangels schlechthin bestreitet (vgl. statt aller BGH, Urt. v. 05.12.2002 – VII ZR 360/01, NJW 2003, 580; BGHZ 50, 160 [166]). So ist es hier. Die Beklagte hat sowohl vorprozessual innerhalb der von dem Kläger gesetzten Erklärungsfrist als auch noch im Prozess eine Verantwortlichkeit für die Verformung stets in Abrede gestellt. Es ist mithin nichts dafür ersichtlich, dass eine Aufforderung zur Vornahme der Nacherfüllung verbunden mit einer Fristsetzung eine Änderung dieser Einstellung hätte bewirken können.

c) Der Rücktritt ist nicht gemäß § 323 V 2 BGB ausgeschlossen, weil die Beklagte jedenfalls in erster Instanz nicht dargelegt hat, dass die Pflichtverletzung unerheblich sei. Dabei besteht die Pflichtverletzung freilich nicht, wie das Landgericht zu meinen scheint, in der Leistung der mangelhaften Sache, sondern in der Nichterfüllung der – verweigerten – Nacherfüllungsverpflichtung hinsichtlich der Beschädigung vorne rechts (statt aller *S. Lorenz,* NJW 2002, 2497; *Ball,* NZV 2004, 217 [218]). Die Pflichtverletzung ist nicht unerheblich. Eine etwa in den Ausführungen in der Berufungsbegründungsschrift, es handle sich bei dieser Erscheinung um eine „geringe Gebrauchsspur“ oder die Verformung sei „erkennbar, aber kaum wahrnehmbar“, enthaltene anders lautende Behauptung, kann nicht berücksichtigt werden (§ 531 II ZPO). Abgesehen davon fehlt es weiter an einem innerhalb der Berufungsbegründungsfrist gehaltenen Vortrag zu dem für die Mängelbeseitigung erforderlichen Aufwand, was der Beklagten aufgrund ihrer Tätigkeit in der Automobilbranche ohne Weiteres möglich gewesen wäre, und was durch ihre Ausführungen in dem Schriftsatz vom 27.10.2004 … belegt wird. Dass der Beklagte auf das Fehlen eines Vortrags hierzu – aufgrund des möglicherweise verfehlten, aber maßgebenden rechtlichen Standpunkts des Landgerichts – hätte hingewiesen werden müssen (vgl. BGH, Urt. v. 19.02.2004 – III ZR 147/03, NJW-RR 2004, 927; Urt. v. 23.09.2004 – VII ZR 173/03), macht die Berufung auch nicht mittelbar geltend. Aus diesem Grund kommt es nicht darauf an, ob sich … die Unerheblichkeit der Pflichtverletzung anhand eines feststehenden Verhältnisses des Nachbesserungsaufwands zum Kaufpreis bestimmen ließe (OLG Düsseldorf, Beschl. v. 27.02.2004 – I-3 W 21/04, DAR 2004, 392), wovon die Berufung ausgeht.

5. Besteht das Recht zum Rücktritt wegen eines Mangels, ist unerheblich, ob … die Beschädigung hinten links und … der jetzige Zustand der Felge bereits bei Gefahrübergang vorhanden waren. Gleichfalls kann es dahinstehen, ob der Kläger trotz der Bestimmung des § 266 BGB zu einer Entgegennahme der von der Beklagten angebotenen Teilnacherfüllung, nämlich hinsichtlich der Sitze und der Felge, verpflichtet gewesen wäre (vgl. BGH, Urt. v. 16.05.2002 – VII ZR 479/00, NJW 2002, 3019; Urt. v. 08.07.2004 – VII ZR 317/02, BauR 2004, 1616).

6. Weitere Feststellungen zum Zustand des Fahrzeugs bei Gefahrübergang sind nicht geboten, auch wenn der Beklagten insoweit, sollten die anderen Erscheinungen nicht bereits bei Gefahrübergang vorgelegen haben, Wertersatz- oder Schadensersatzansprüche zustehen könnten (§ 346 II 1 Nr. 3, III 1 Nr. 3, IV BGB, vgl. z. B. die Darstellung des Meinungsstands bei *Rheinländer,* ZGS 2004, 178). Solche hat die Beklagte nicht geltend gemacht, sondern lediglich Wertersatz für die vom Kläger gezogenen Nutzungen begehrt (§ 346 I, II 1 Nr. 1 BGB). Die Methode zur Berechnung des Werts der gezogenen Nutzungen durch das Landgericht nach § 287 II ZPO wird von Parteien des Rechtsstreits ausdrücklich – auch für die Berufungsinstanz – hingenommen. Da der Kläger das Fahrzeug im bisherigen Umfang weiter nutzt, war der Wert dieser Nutzungen bis zum Zeitpunkt der letzten mündlichen Verhandlung vor dem Senat in Höhe von weiteren 255,19 € zu berücksichtigen.

III. Weil die Beklagte zu einer Zug um Zug zu erbringenden Leistung zu verurteilen war, hat die erste Instanz dem weiteren Antrag des Klägers, den Annahmeverzug des Schuldners hinsichtlich der ihm gebührenden Leistung festzustellen, gleichfalls zu Recht entsprochen.

C. 1. Die Revision ist zulassen. Die Frage, unter welchen Voraussetzungen die in zeitlicher Hinsicht wirkende Vermutung des § 476 BGB zur Anwendung kommt, wenn sich ein Sachmangel innerhalb von sechs Monaten zeigt, hat grundsätzliche Bedeutung (§ 543 II Nr. 1 ZPO) …

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.