Fehlschlagen der Nachbesserung – Beweislast

Es ist Sache des Käufers zu beweisen, dass ein Nachbesserungsversuch nicht zum Erfolg geführt hat. Dieser Beweislast genügt der Käufer zwar grundsätzlich, indem er nachweist, dass das von ihm gerügte Mangelsymptom weiterhin auftritt. Anders liegt es aber, wenn dem Symptom verschiedene Ursachen zugrunde liegen können und zwischen den Nachbesserungsarbeiten und dem Wiederauftreten des Mangelsymptoms ein längerer Zeitraum oder eine längere Fahrstrecke (hier: ca. sechs Monate bzw. 11.000 km liegen).

OLG Hamm, Urteil vom 29.04.2014 – 28 U 51/13

Sachverhalt: Der Kläger erwarb von dem Beklagten mit Kaufvertrag vom 24.11.2009 einen gebrauchten Pkw Mercedes Benz E 280 CDI zum Preis von 18.300 €. Der Vertrag enthält sowohl einen formularmäßigen als auch einen handschriftlich hinzugesetzten Ausschluss der Sachmängelhaftung.

Die Parteien unterzeichneten unter dem 26.11.2009 ein Antragsformular zum Abschluss einer zweijährigen Garantie bei der *G*-GmbH. Der Antrag wurde nicht an die Garantiegeberin weitergeleitet.

Im März 2010 stellte der Kläger Schaltschwierigkeiten bei der Nutzung des mit einem Automatikgetriebe ausgestatteten Fahrzeugs fest, die sich durch Schaltrucke in den niedrigen Gängen bemerkbar machten. Nach seiner Darstellung ließ er danach bei der Firma *F* in T. eine Getriebespülung zum Preis von 333,20 € durchführen und anschließend bei der *M*-GmbH & Co. in D., einer Mercedes-Benz-Niederlassung, ein Softwareupdate auf das Getriebesteuergerät aufspielen, wodurch Kosten von 299 € anfielen.

Handelnd durch seinen Sohn, den Zeugen *S*, nahm der Kläger auch Kontakt zum Beklagten auf. Beide Parteien ließen sich sodann anwaltlich vertreten. Nachdem zunächst über die Behauptung des Klägers, er habe sich telefonisch mit dem Beklagten über eine Rückabwicklung des Kaufvertrags geeinigt, gestritten worden war, wurde das streitgegenständliche Fahrzeug dem Beklagten Ende März 2010 zum Zwecke der Nachbesserung überlassen.

Der Beklagte ließ nach eigener Darstellung das Getriebesteuergerät im Kfz-Meisterbetrieb des Zeugen *L* das Getriebesteuergerät austauschen und das Getriebe anschließend durch Mercedes adaptieren. Der Kläger erhielt das Fahrzeug am 15.04.2010 zurück. Eine von ihm bei der Mercedes-Niederlassung *N*-GmbH in Auftrag gegebene Überprüfung des Fehlerspeichers am 16.04.2010 ergab, dass dort weiterhin ein Fehler im Bereich der elektronischen Getriebesteuerung hinterlegt war.

Mit Anwaltsschreiben vom 19.04.2010 rügte der Kläger, dass der erste Nachbesserungsversuch fehlgeschlagen sei, und setzte dem Beklagten eine Nachfrist bis zum 30.04.2010. Das Fahrzeug wurde erneut zum Betrieb des Zeugen *L* verbracht, wo ausweislich der Rechnung vom 12.05.2010 bei einem Kilometerstand von 123.641 zwei Lamellenträger und ein Dichtring ersetzt wurden. Außerdem soll nachfolgend wiederum eine Getriebeadaption bei einer Mercedes-Niederlassung erfolgt sein, bevor der Kläger das Fahrzeug (spätestens) am 07.05.2010 zurückerhielt.

Annähernd sechs Monate später, am 02.11.2010, ließ der Kläger erneut eine Fehlerdiagnose bei der *N*-GmbH durchführen, die bei einem Kilometerstand von 134.705 wiederum einen Fehler im Bereich der elektronischen Getriebesteuerung ergab. Daraufhin erklärte der Kläger mit Anwaltsschreiben vom 04.11.2010 den Rücktritt vom Kaufvertrag.

Der Kläger hat behauptet, das Fahrzeug weise einen Getriebemangel auf, der bei der Übergabe bereits angelegt gewesen sei, und den der Beklagte trotz mehrfach eingeräumter Reparaturmöglichkeiten nicht beseitigt habe. Ende Oktober 2010 seien erneut dieselben Getriebeprobleme aufgetreten wie im Frühjahr 2010. Die Arbeiten bei der Firma *F* und bei der *M*-GmbH & Co., so hat der Kläger weiter behauptet, seien nach telefonischer Absprache mit dem Beklagten erfolgt; dieser habe dabei die Übernahme der Kosten zugesagt.

Das Landgericht hat die Klage nach Einholung eines Gutachtens des Sachverständigen Dipl.-Ing. *I* abgewiesen. Es hat ausgeführt, die Beweisaufnahme habe nicht sicher ergeben, dass der vom Sachverständigen vorgefundene Mangel am Getriebe schon bei der Übergabe des Fahrzeugs an den Kläger vorhanden gewesen sei. Der Sachverständige habe eine Identität der im Früjahr 2010 bzw. Ende Oktober 2010 gerügten Mängel aus technischer Sicht nicht feststellen können. Die Bestätigung des Zeugen *S*, dass das Schaltruckeln seit Mai 2010 unverändert vorhanden gewesen sei, reiche nicht aus, weil die Aussagen des Zeugen teilweise widersprüchlich gewesen seien. Deshalb sei auch nicht bewiesen, dass der Beklagte zugesagt habe, die Kosten für die Arbeiten bei der Firma *F* und der *M*-GmbH & Co. zu übernehmen.

Eine Nutzungsausfallentschädigung stehe dem Kläger nicht zu, weil der Beklagte die ihm gesetzte kurze Frist nicht schuldhaft überschritten habe. Den Abschluss eines Garantievertrages könne der Klägers schon deshalb nicht mit Erfolg verlangen, weil ein Vertragsabschluss infolge Zeitablaufs unmöglich geworden sei.

Die Berufung des Klägers, der nach Erlass des erstinstanzlichen Urteils für 1.600 € einen generalüberholten Wandler in das streitgegenständliche Fahrzeug einbauen ließ, hatte nur in geringem Umfang Erfolg.

Aus den Gründen: II. … Die Klage ist lediglich begründet, soweit mit ihr der Ersatz der durch die Firma *F* und durch die erste Fehlerspeicherauslese entstandenen Kosten in Höhe von 333,20 € bzw. 14,99 € und des Nutzungsausfallschadens in Höhe von 455 € … begehrt wird; im Übrigen ist sie unbegründet.

Im Einzelnen:

1. Der Kläger kann von dem Beklagten nicht die Rückzahlung des Kaufpreises in Höhe von 18.300 € Zug um Zug gegen Rückübereignung des streitgegenständlichen Fahrzeugs verlangen.

a) Eine Einigung der Parteien über die Rückabwicklung des Kaufs lässt sich nicht feststellen, sie wird von dem Kläger in der Berufungsinstanz auch nicht mehr geltend gemacht.

Eine solche Vereinbarung lässt sich dem klägerischen Vorbringen auch nicht schlüssig entnehmen. Selbst wenn der Beklagte in einem im März 2010 mit dem Zeugen *S* geführten Telefonat zum Ausdruck gebracht haben sollte, der Kläger möge den Wagen zurückbringen und er zahle den Kaufpreis zurück, lässt sich das unstreitige spätere Verhalten der Parteien nur dahin verstehen, dass sie an dieser etwaigen Absprache nicht festhalten wollten. Der Kläger hat dem Beklagten nachfolgend mehrfach Gelegenheit zur Nachbesserung eingeräumt und letztlich unter dem 04.11.2010 den Rücktritt vom Vertrag erklärt, ohne dabei auf die – bestrittene – Einigung über die Rückabwicklung des Vertrags zurückzukommen.

b) Der Kläger kann auch nicht gemäß den §§ 346, 323, 437 Nr. 2, 434 BGB die Rückabwicklung des Fahrzeugkaufs verlangen.

Der mit Schriftsatz vom 04.11.2010 erklärte Rücktritt hat das Vertragsverhältnis der Parteien nicht in ein Rückabwicklungsschuldverhältnis umgewandelt, weil es an einem Rücktrittsgrund fehlt.

aa) Der Beklagte kann sich allerdings gegenüber dem vom Kläger geltend gemachten Gewährleistungsrecht nicht auf den in den Vertrag aufgenommenen Haftungsausschluss berufen.

Der formularmäßige Gewährleistungsausschluss erweist sich schon deshalb als unwirksam, weil er gegen § 309 Nr. 7a und b BGB verstößt. Danach kann in Allgemeinen Geschäftsbedingungen die Haftung für Schäden aus einer vom Verwender pflichtwidrig und schuldhaft verursachten Verletzung des Lebens, des Körpers oder der Gesundheit sowie für sonstige Schäden, die auf grobem Verschulden des Verwenders beruhen, nicht ausgeschlossen oder begrenzt werden.

Auf den handschriftlichen Vertragszusatz, der gleichfalls einen umfassenden Ausschluss der Sachmängelhaftung enthält und bei dem es sich um eine Individualvereinbarung handeln könnte, kann sich der Beklagte gemäß den §§ 474, 475 I BGB nicht berufen, weil von einem Verbrauchsgüterkauf auszugehen ist. Das hat das Landgericht in der angefochtenen Entscheidung mit zutreffender Begründung festgestellt, ohne dass der Beklagte dem entgegengetreten ist. Das eigene Verhalten des Beklagten in Reaktion auf die Mängelrügen des Klägers – die Inauftraggabe kostspieliger Nachbesserungsarbeiten, statt einer Berufung auf den im Vertrag vorgesehenen Haftungsausschluss – spricht deutlich dafür, dass der Beklagte vorprozessual selbst nicht von einem Unternehmergeschäft ausgegangen ist. Dass er die Mängelarbeiten nur aus Kulanz in Auftrag gegeben haben will, ist nicht plausibel.

bb) Der Vertragsrücktritt des Klägers war aber nicht wirksam, weil sich nicht feststellen lässt, dass der zur Begründung des Rücktritts geltend gemachte Sachmangel bereits im Zeitpunkt des Gefahrübergangs, das heißt bei Fahrzeugübergabe Ende November 2009, vorgelegen hat.

Weil nicht die negative Abweichung von einer vereinbarten Beschaffenheit i. S. des § 434 I 1 BGB im Raum steht und sich das Fahrzeug für die gewöhnliche Nutzung eignet (§ 434 I 2 Nr. 2 Fall 1 BGB), kommt nur ein Mangel i. S. des § 434 I 2 Nr. 2 Fall 2 BGB in Betracht. Dazu müsste die Beschaffenheit des Fahrzeugs im Zeitpunkt der Übergabe von der Beschaffenheit abweichen, die bei Sachen der gleichen Art üblich ist und die der Käufer nach der Art der Sache erwarten kann.

(1) Der Käufer – hier also der Kläger – ist für das Vorliegen eines Sachmangels beweispflichtig. Das gilt auch, wenn er die Kaufsache nach einer erfolgten Nachbesserung wieder entgegengenommen hat. In diesem Fall muss der Käufer das Fortbestehen des Mangels, mithin die Erfolglosigkeit des Nachbesserungsversuchs beweisen (BGH, Urt. v. 11.02.2009 – VIII ZR 274/07, NJW 2009, 1341 Rn. 15; Urt. v. 09.03.2011 – VIII ZR 266/09, NJW 2011, 1664 Rn. 11). Nach der letztgenannten Entscheidung des BGH soll der Käufer seiner Beweispflicht für das Fehlschlagen der Nachbesserung dabei durch den Nachweis genügen, dass das Mangelsymptom weiterhin auftritt. In der dortigen Konstellation lag zwischen dem letzten Nachbesserungsversuch und dem Rücktritt ein Zeitraum von einer Woche. Anders verhalte es sich nur dann, wenn das erneute Auftreten des Mangelsymptoms möglicherweise auf einer unsachgemäßen Behandlung der Kaufsache nach deren erneuter Übernahme durch den Käufer beruht (BGH, Urt. v. 09.03.2011 – VIII ZR 266/09, NJW 2011, 1664 Rn. 16).

Hat sich der vom Käufer zu beweisende Mangel innerhalb der ersten sechs Monate nach Übergabe gezeigt, so wird vermutet, dass die Sache bereits bei Gefahrübergabe mangelhaft war (§ 476 BGB). Dass sich der Mangel, der zur Grundlage des Rücktritts gemacht wird, innerhalb dieser Frist gezeigt hat, hat im Streitfall der Käufer zu beweisen (BeckOK-BGB/*Faust,* Stand: 2011, § 476 Rn. 4; Staudinger/*Matusche-Beckmann,* BGB, Neubearb. 2014, § 476 Rn. 15).

Wurden während der ersten sechs Monate nach Übergabe aufgrund Mängelrügen des Käufers Nachbesserungsarbeiten ausgeführt und treten später erneut Mangelsymptome auf, muss der Käufer die Identität der Mängel nachweisen. Hierzu reicht allein die Feststellung der Gleichartigkeit der jeweils aufgetretenen Mängelerscheinungen jedenfalls dann nicht aus, wenn hierfür verschiedene Ursachen in Betracht kommen und wenn zwischen der Nachbesserung und dem Wiederauftreten des Mangelsymptoms ein längerer Zeitraum oder eine längere Fahrstrecke liegen (vgl. *Reinking/Eggert,* Der Autokauf, 12. Aufl., Rn. 1007 f., OLG Saarbrücken, Urt. v. 25.10.2011 – 4 U 540/10, NJW-RR 2012, 285). Etwas anderes ergibt sich auch nicht aus der vorbezeichneten Entscheidung des BGH vom 09.03.2011.

(2) Dies vorangeschickt, hat der Kläger den ihm obliegenden Beweis nicht erbracht:

Dabei hat sich der Senat allerdings nicht gemäß § 529 I 1 ZPO an die auf der Grundlage des Gutachtens des Sachverständigen *I* getroffenen Feststellungen des Landgerichts gebunden gesehen. Der Kläger hat mit der Berufung zu Recht gerügt, dass erstinstanzlich versäumt worden sei, durch weitere Fahrzeuguntersuchungen der Ursache der – sachverständigenseits bestätigten – Schaltrucke auf den Grund zu gehen.

Der Senat hat deshalb den Sachverständigen Dipl.-Ing. *C* mit einer ergänzenden Untersuchung des streitgegenständlichen Fahrzeugs beauftragt. Dieser hat allerdings nur noch eingeschränkt gutachterliche Feststellungen treffen können, weil der Kläger – ohne dies aktenkundig zu machen – nach Ergehen des landgerichtlichen Urteils Instandsetzungsarbeiten am Getriebe seines Fahrzeugs hat ausführen lassen und so dessen Zustand eigenmächtig verändert hat. Wie der Sachverständige *C* ausgeführt hat – und zwischen den Parteien auch nicht im Streit ist – schaltet das Getriebe nun im Wesentlichen ordnungsgemäß.

Auf der Grundlage der erstinstanzlichen Beweiserhebung durch die Fahrzeugbegutachtung des Sachverständigen *I* lässt sich dagegen lediglich feststellen, dass das Fahrzeug im Zeitpunkt der damaligen Begutachtung im Juni 2012 einen Mangel i. S. des § 434 I 2 Nr. 2 BGB aufwies, der sich durch ein Schaltrucken in den niedrigen Gängen bemerkbar machte. Weil das Fahrzeug zu diesem Zeitpunkt annähernd dieselbe Laufleistung wie zur Zeit des Rücktritts am 04.11.2010 aufwies, bestehen auch keine durchgreifenden Zweifel, dass dieser Mangelzustand schon zum damaligen Zeitpunkt vorhanden war.

Den Nachweis, dass sich dieser Mangel innerhalb der ersten sechs Monate nach Übergabe gezeigt hat, sodass die Vermutung des § 476 BGB greift, hat der Kläger jedoch auch in zweiter Instanz nicht erbracht.

(a) Hierzu genügt nicht, dass die zur Zeit des Rücktritts vorhandenen Mängelsymptome mit jenen identisch gewesen sein mögen, die im März/April 2010 aufgetreten waren. Angesichts des beträchtlichen Zeitablaufs seit den Arbeiten im Frühjahr 2010 – annähernd sechs Monate – und der zwischenzeitlich zurückgelegten Fahrstrecke von mehr als 11.000 km lässt die Gleichartigkeit der Symptomatik hier nicht den Schluss auf dieselbe Mangelursache zu. Das gilt auch, weil den einleuchtenden Ausführungen der beiden in diesem Rechtsstreit tätigen Sachverständigen für das monierte ruckhafte Schalten des Automatikgetriebes eine Vielzahl von Ursachen in Betracht kommt. Bei einem älteren Fahrzeug wie dem streitgegenständlichen ist nach der Lebenserfahrung nicht auszuschließen, dass nacheinander verschiedene Defekte entstehen, die sich in gleicher Weise funktionsstörend zeigen.

Weitere Anknüpfungstatsachen, die den Schluss auf die Identität des zur Zeit des Rücktritts anzunehmenden Getriebemangels mit dem im Frühjahr 2010 zutage getretenen Mangel rechtfertigen, sind nicht sicher feststellbar.

(b) Das gilt zunächst, soweit der Kläger behauptet, der Wagen habe … nach dem zweiten Nachbesserungsversuch des Beklagten Ende April/Anfang Mai 2010 durchweg dieselben Schaltprobleme gezeigt wie zuvor.

Dass die Mangelsymptomatik durchgehend vorhanden gewesen sein soll, hat das Landgericht nach Anhörung des Klägers und seines Sohns als Zeugen nicht feststellen können. Insoweit besteht für den Senat Bindungswirkung nach § 529 I Nr. 1 ZPO. Die Berufung zeigt keine konkreten Anhaltspunkte auf, die Zweifel an der Richtigkeit oder Vollständigkeit dieser Feststellung wecken und deshalb eine erneute Feststellung durch den Senat gebieten.

Das Landgericht hat den Zeugen *S* zweimal vernommen und sorgfältig dessen Angaben und die eigenen des Klägers gewürdigt. Die Bedenken gegen die Glaubhaftigkeit der Bekundungen des Zeugen hat das Landgericht nachvollziehbar darauf gestützt, dass der Zeuge zu Einzelfragen unterschiedliche Angaben gemacht hat. Das Landgericht hat seine Zweifel daran, dass das ruckhafte Schalten durchgehend unverändert vorhanden gewesen sein soll, überzeugend darauf gestützt, dass zwischen dem Rückerhalt des Fahrzeugs und der erneuten Beanstandung des Klägers ca. sechs Monate und eine Fahrleistung von 11.000 km lagen, und das, obwohl zu jener Zeit schon Anwälte mandatiert waren. Eine plausible Erklärung hierfür hat der Kläger nie geliefert. Vielmehr hat er im Anwaltsschreiben vom 04.11.2010 selbst davon gesprochen, dass der Mangel „nunmehr erneut“ aufgetreten sei; auch in der Klageschrift heißt es, Ende Oktober 2010 habe der Kläger „erneut“ erhebliche Probleme beim Schalten festgestellt.

(c) Der Kläger macht weiterhin ohne Erfolg geltend, die vom Beklagten eingeschaltete Firma *L* habe keine oder jedenfalls keine zielführenden Mängelbeseitigungsarbeiten an dem Fahrzeug ausgeführt, sodass danach der ursprüngliche Mangel unverändert fortbestanden habe.

Zwar hat der Sachverständige *C* festgestellt, dass – im scheinbaren Gegensatz zur Rechnung der Firma *L* vom 22.04.2010 – im Fahrzeug das werkseitige Original-Steuergerät verbaut ist. Weil das Getriebe damit nun – bis auf eine Einstellungenauigkeit – einwandfrei arbeitet, lässt das darauf schließen, das dort nicht die Ursache der früheren Schaltrucke zu finden ist. Auch hat der Sachverständige *C* ebenso wenig wie der Sachverständige *I* an den ihm vorgelegten Lamellenträgern, bei denen es sich um diejenigen handeln soll, die beim zweiten Nachbesserungsversuch durch die Firma *L* ausgebaut worden sein sollen, Schäden feststellen können, die auf die Ursächlichkeit für die Schaltrucke hinweisen.

Gleichwohl bleiben Zweifel daran, dass der Getriebemangel, der sich im Frühjahr 2010 gezeigt hatte, nach den von dem Beklagten veranlassten Nachbesserungsarbeiten nicht behoben war.

Der Zeuge *L* hat anschaulich und glaubhaft geschildert, dass er bei dem zweiten Werkstattaufenthalt des Fahrzeugs als Ursache für die Schaltprobleme einen herausgesprengten Sicherungsring in einem der zum Getriebe gehörenden Lamellenträger ausgemacht habe und zur Mangelbeseitigung die gesamte Bauteileinheit nebst Lamellen habe austauschen müssen, weil dies aufgrund zwischenzeitlicher technischer Änderungen der Ersatzbauteile notwendig gewesen sei. Dabei habe er das beim ersten Werkstattaufenthalt ausgetauschte Steuergerät wieder rückgebaut, weil es – entgegen seiner ersten Annahme – nicht die Ursache der Schaltprobleme gewesen sei. Dies erklärt, warum der Sachverständige *C* bei seiner Fahrzeuguntersuchung ein Steuergerät im Fahrzeug vorfand, welches vom Produktionsdatum zum Herstellungszeitpunkt des Fahrzeugs passt.

Der Sachverständige *C* hat diese Schilderung des Zeugen aus technischer Sicht auch für möglich gehalten, weil er bei der Besichtigung der ihm vorgelegten ausgebauten Bauteile sein Augenmerk nicht auf den Sprengring gelegt hat.

Einer ergänzenden Begutachtung durch den Sachverständigen zur Absicherung der Richtigkeit der Annahme des Zeugen *L* bedarf es nicht. Selbst wenn sich erweisen sollte, dass aus sachverständiger Sicht der Zustand des Sicherungsrings bzw. der ihn umgebenden Nut nicht darauf schließen lässt, dass dort die Ursache der Schaltrucke lag, kann nicht ausgeschlossen werden, dass der im Frühjahr 2010 zutage getretene Getriebemangel nach den vom Beklagten veranlassten Arbeiten beseitigt und im Oktober 2010 ein neuer Getriebemangel aufgetreten war.

Wie der Sachverständige *C* ausgeführt hat, kann auch die Adaption eines Getriebes – die hier jeweils nach den Arbeiten der Firma *L* durch eine Mercedes-Niederlassung durchgeführt wurde – dazu führen, dass Schaltrucke beseitigt werden. Bleibt davon die eigentliche Problemursache unberührt, liegt es nahe, dass diese sich nach der Adaption alsbald – nicht erst nach ca. sechs Monaten und einer Laufleistung von 11.000 km – wieder zeigt.

Weil diese Möglichkeit hier nicht ausgeschlossen werden kann, geht das zulasten des beweispflichtigen Klägers. Weitere Beweiserhebungen sind nicht veranlasst. Insbesondere ist auch eine Untersuchung des später … ausgebauten und nicht mehr vorhandenen Wandlers, welcher nach den Erklärungen des Sachverständigen ebenfalls als Ursache der Schaltrucke infrage kommt, nicht mehr möglich.

2. a) Auch wenn der Kläger dementsprechend mit seinem Rückabwicklungsverlangen keinen Erfolg hat, so kann er von dem Beklagten doch Ersatz der Kosten der Firma *F* in Höhe von 333,20 € verlangen. Der Anspruch ergibt sich aus einer zwischen dem Kläger, vertreten durch seinen Sohn, und dem Beklagten zustande gekommenen Vereinbarung über die Übernahme jener Kosten durch den Beklagten.

Der Senat hat hierzu – mangels einer in diesem Punkt überzeugenden Beweiswürdigung des Landgerichts – den Beklagten persönlich angehört und den Zeugen *S* vernommen. Danach steht fest, dass der Beklagte versprochen hat, die durch die Getriebespülung entstehenden Kosten zu erstatten.

Der Beklagte selbst hat – in Abweichung von seinem schriftsätzlichen Vortrag – eingeräumt, dass er vor Ausführung jener Arbeiten mit dem Sohn des Klägers telefonierte und von dem Vorhaben, bei der Firma *F* Arbeiten zur Beseitigung der Schaltprobleme ausführen zu lassen, Kenntnis hatte. Soweit er bestritten hat, die Übernahme der Kosten zugesagt zu haben, folgt der Senat ihm nicht. Vielmehr erscheint insoweit die Aussage des Zeugen *S* glaubhaft, der bestätigt hat, dass mit dem Beklagten abgesprochen war, die Rechnung der Firma *F* auf ihn ausstellen zu lassen, und der Beklagte eine Kostenerstattung versprochen hat. Der Zeuge hat sich ersichtlich um eine korrekte Wiedergabe seiner Erinnerung bemüht und dabei auch Wissenslücken eingeräumt. So hat er bekundet, nicht mehr sicher zu wissen, ob auch die nachfolgenden Arbeiten bei der *M*-GmbH & Co. in gleicher Weise mit dem Beklagten abgesprochen waren. Selbst nach Vorlage der Rechnung der *M*-GmbH & Co., die ebenso wie jene der Firma *F* auf den Beklagten ausgestellt war, hat er sich nicht erinnern können, dass dem eine Absprache mit dem Beklagten zugrunde lag.

Soweit er dagegen bestätigt hat, dass die Getriebespülung vereinbarungsgemäß auf Kosten des Beklagten erfolgen sollte, erscheint das plausibel. Zum einen verfügte der Beklagte nicht über eine eigene Werkstatt, sodass er etwaig erforderliche Mängelarbeiten ohnehin über einen Drittbetrieb ausführen lassen musste; zum anderen standen nur verhältnismäßig geringe Kosten im Raum. Dass der Beklagte, der sich im Senatstermin als vielbeschäftigter Gewerbebetreibender dargestellt hat, Arbeiten dieses (geringen) Umfangs auf seine Kosten ausführen lässt, ohne sich selbst zuvor ein Bild von dem gerügten Mangel zu machen, erscheint nicht lebensfern.

b) Der Kläger kann nicht Erstattung der Kosten der *M*-GmbH & Co. in Höhe von 299 € verlangen.

aa) Soweit es um die behauptete Kostenübernahmevereinbarung geht, verbleiben Zweifel, ob diese sich auch auf diese Kosten erstreckte. Der Zeuge *S*, der die maßgeblichen Gespräche für den Kläger mit dem Beklagten führte, hat sich, wie ausgeführt, nicht sicher daran erinnern können. Auch wenn die eigene Aussage des Beklagten, der eingeräumt hat, auch von jenen Arbeiten vorab informiert worden zu sein, sowie die Tatsache, dass auch diese Fremdrechnung auf den Beklagten ausgestellt wurde, für eine entsprechende Vereinbarung spricht, kann der dem Kläger obliegende Beweis nicht als geführt angesehen werden.

bb) Der Ersatzanspruch folgt auch nicht aus den §§ 280 I, 437 Nr. 3, 434 BGB.

Im Zeitpunkt des Anfalls der Kosten fehlte es an einer von dem Beklagten gemäß § 276 BGB zu vertretenden Pflichtverletzung. Es gibt keinen Anhaltspunkt dafür, dass der Beklagte den im März 2010 zutage getretenen Mangel am Getriebe bereits zuvor hätte erkennen können und müssen und deshalb die Auslieferung eines mangelhaften Fahrzeugs verschuldet war.

Die anderen Konstellationen, in denen von einer vom Verkäufer zu vertretenden Pflichtverletzung auszugehen ist, hat das Landgericht zutreffend für den Zeitpunkt der in Rede stehenden Vermögensinvestitionen verneint.

cc) (Etwaig) voreilig einem Dritten in Auftrag gegebene Arbeiten zur Mängelbeseitigung sind auch nicht gemäß den §§ 284, 437 Nr. 3, 434 BGB erstattungsfähig.

dd) Der Anspruch ergibt sich auch nicht aus dem Gesichtspunkt des Schadensersatzes wegen unterlassenen Abschlusses einer Garantieversicherung (§§ 280 I, 281, 433 BGB).

(1) Abgesehen davon, dass der Kläger selbst nicht dargelegt hat, dass er im Falle eines Garantieabschlusses von der Garantiegeberin Ersatz der in Rede stehenden Kosten der *M*-GmbH & Co. hätte verlangen können, lässt sich nicht feststellen, dass der Beklagte verpflichtet war, für den Abschluss einer solchen Garantie bei der *G*-GmbH Sorge zu tragen.

Dem schriftlichen Kaufvertrag lässt sich eine solche Verpflichtung des Beklagten nicht entnehmen. Dort finden sich keine entsprechenden Hinweise.

Der Kläger hat in seiner persönlichen Anhörung vor dem Senat keine belastbaren Angaben dazu machen können, dass der Beklagte versprochen hat, für den Abschluss einer zweijährigen Garantie für das streitgegenständliche Fahrzeug zu sorgen. Der Zeuge *S* hat bekundet, dass der Wagen eine zweijährige Garantie bekommen sollte. Seine Annahme, dass der Beklagte sich darum kümmern würde, stützte er darauf, dass nach seiner Erinnerung der Kläger nur eine Durchschrift der Garantieunterlagen erhielt, während das Original beim Beklagten verblieben sei. Der Beklagte hat demgegenüber erklärt, er habe dem Kunden – also dem Kläger oder seinem Sohn – erklärt, sie müssten den Antrag selbst zur Garantiegeberin schicken. Bei einem Verkauf an einen Privatmann sei es bei ihm allerdings üblich, dass er sich selbst darum kümmere.

Auch wenn der vollständig ausgefüllte und beidseits unterschriebene Garantieantrag und die vom Beklagten geschilderten üblichen Gepflogenheiten beim Verbrauchsgüterkauf für die Richtigkeit der klägerischen Darstellung sprechen, genügt das nicht für eine sichere Überzeugungsbildung des Senats. Ein Missverständnis der Parteien hinsichtlich der Frage, wer für die Einreichung des Garantieantrags bei der Garantiegeberin Sorge zu tragen hatte, ist nicht auszuschließen.

(2) Ein Weiteres kommt hinzu: Es fehlt an der für einen Schadensersatzanspruch statt der Leistung notwendigen Nacherfüllungsaufforderung mit Fristsetzung. Der Kläger, dem nach eigenen Bekunden bereits wenige Wochen nach dem Kauf bekannt war, dass bei der Garantieversicherung kein Antrag eingereicht worden war, hätte den Beklagten hierzu unter Frist auffordern müssen, was er nicht getan hat. Eine solche Aufforderung war auch nicht entbehrlich, insbesondere nicht wegen ernsthafter und endgültiger Leistungsverweigerung des Beklagten. Das gilt auch dann, wenn man dem Zeugen *S* glaubt, dass der Beklagte – angesprochen auf die fehlende Garantie – gesagt haben soll, der Zeuge möge sich nicht einmischen.

c) Der Kläger kann Zahlung einer Nutzungsausfallentschädigung in Höhe von 455 € für die Zeit vom 30.04. bis 07.05.2010 verlangen. Der Anspruch folgt aus den §§ 280 I, 437 Nr. 3, 434 BGB.

Jedenfalls nach den glaubhaften Bekundungen des Zeugen *S* ist davon auszugehen, dass das Getriebe des Fahrzeugs im März 2010 einen Mangel i. S. des § 434 I 2 Nr. 2 BGB aufwies, welcher – unter Zugrundelegung der Vermutung des § 476 BGB – bereits bei Übergabe vorhanden war. Nachdem der Beklagte das Fahrzeug einmal zur Nachbesserung erhalten hatte, aber die ersten Arbeiten der Firma *F* ausweislich des Fehlerausleseprotokolls der *N*-GmbH vom 16.04.2010 keinen Erfolg gezeigt hatten, hatte er nunmehr die in der Mangelhaftigkeit des Fahrzeugs begründete Vertragspflichtverletzung zu vertreten. Der Beklagte hat nichts zu seiner Entlastung von dem gemäß § 280 I 2 BGB vermuteten Verschulden vorgetragen.

Der vorübergehende Verlust der Gebrauchsmöglichkeit eines Kfz stellt einen Vermögensschaden dar, wenn der Geschädigte für die Zeit des Nutzungsausfalls auf die Anmietung eines Ersatzwagens verzichtet (OLG Saarbrücken, Urt. v. 25.10.2011 – 4 U 540/10, s. auch *Reinking/Eggert,* a. a. O., Rn. 3734 ff.).

Soweit der Beklagte bestreitet, dass der Kläger das Fahrzeug nach Durchführung der zweiten Nachbesserungsarbeiten durch die Firma *L* erst am 07.05.2010 zurückerhalten hat, ist dies als unerheblich zurückzuweisen, weil es an konkretem Gegenvortrag zu einer früheren Rückgabe fehlt.

Gegen den Nutzungswillen des Klägers in der Zeit vom 30.04. bis zum 07.05.2010 erhebt der Beklagte dagegen keine stichhaltigen Einwände, ebenso wenig wie gegen den lediglich pauschal als unangemessen zurückgewiesenen Ansatz von 65 €/Tag. Der Einwand des Mitverschuldens wegen unterlassener Anmietung eines Ersatzwagens ist gleichfalls als unsubstanziiert zurückzuweisen, weil der Beklagte nicht dargelegt hat, dass und in welchem Umfang die Miete eines Ersatzfahrzeugs günstiger gewesen wäre.

d) Der Klage ist auch begründet, soweit der Kläger Ersatz der Kosten der am 16.04.2010 durch die *N*-GmbH durchgeführten Fehlerspeicherauslese in Höhe von 14,99 € begehrt.

Der Anspruch folgt aus den §§ 280 I, 437 Nr. 3, 434 BGB; zur Begründung wird auf obige Ausführungen zu c) Bezug genommen. Die Inauftraggabe der Fehlerspeicherauslese war eine erforderliche Maßnahme zur Mangelfeststellung.

e) Nicht begründet ist indessen der Anspruch auf Ersatz der Kosten der Fehlerauslese vom 02.11.2010.

Insoweit fehlt es an den Voraussetzungen eines Anspruchs aus den §§ 280 I, 437 Nr. 3, 434 BGB, weil nicht feststellbar ist, dass diese Kosten in Zusammenhang mit der Entdeckung eines bei Übergabe angelegten Mangels stehen. Das ergibt sich aus den Ausführungen zum Rückabwicklungsverlangen …

4. Die Klage ist … unbegründet, soweit der Kläger mit ihr einen Anspruch auf Abschluss einer Garantie mit der *G*-GmbH geltend macht.

Abgesehen davon, dass sich – wie bereits ausgeführt – nicht mit der notwendigen Sicherheit feststellen lässt, dass der Beklagte eine entsprechende Pflicht übernommen hat, hat das Landgericht zutreffend ausgeführt, dass es dem Beklagten durch Zeitablauf unmöglich geworden ist, eine etwaig übernommene Pflicht, für den Abschluss einer zweijährigen Garantie ab Wiederzulassung (26.11.2009) Sorge zu tragen, zu erfüllen.

5. Mit seinen Hilfsbegehren dringt der Kläger auch nicht durch.

Dabei erachtet der Senat die Feststellungsanträge bereits als unzulässig, weil es an einem Feststellungsinteresse i. S. des § 256 ZPO fehlt … Dass die Anträge im Übrigen auch in der Sache keinen Erfolg hätten, ergibt sich aus den vorstehenden Ausführungen …

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.