Überhöhter Ölverbrauch als Sachmangel eines Gebrauchtwagens – herstellerübergreifender Vergleich

1. **Ebenso wie ein Neuwagen weist auch ein Gebrauchtwagen nicht nur dann keine i. S. von § 434 I 2 Nr. 2 BGB übliche Beschaffenheit auf, wenn er hinter dem – durch einen herstellerinternen Vergleich zu ermittelnden – Stand der Serie zurückbleibt. Ein Mangel i. S. von § 434 I 2 Nr. 2 BGB liegt vielmehr auch vor, wenn das Fahrzeug zwar dem Stand der Serie entspricht, aber hinter dem – durch einen Vergleich mit ähnlichen Fahrzeugen anderer Hersteller zu ermittelnden – jeweiligen Stand der Technik zurückbleibt.**

2. **Ein Audi-Gebrauchtwagen mit einem TFSI-Motor, dessen Ölverbrauch aufgrund konstruktiver Besonderheiten knapp 1 l/1.000 km beträgt, weist keine i. S. von § 434 I 2 Nr. 2 BGB übliche und deshalb vom Käufer zu erwartende Beschaffenheit auf und ist daher mangelhaft, wenn der Ölverbrauch vergleichbarer Fahrzeuge anderer Hersteller bei maximal 0,6 l/1.000 km liegt.**

3. **Führt der zunächst gebotene herstellerinterne Vergleich zu der Feststellung, dass ein Neu- oder Gebrauchtwagen eine i. S. von § 434 I 2 Nr. 2 BGB übliche Beschaffenheit hat, weil er dem Stand der Serie entspricht, ist ein herstellerübergreifender Vergleich vorzunehmen, weil andernfalls Serienfehler ohne Sanktion blieben. Bei diesem herstellerübergreifenden Vergleich haben Fahrzeuge des betroffenen Herstellers außer Betracht zu bleiben und dürfen nur solche Fahrzeuge berücksichtigt werden, die ebenfalls über das den (behaupteten) Mangel verursachende Bauteil verfügen. Es ist aber nicht erforderlich, dass dieses Bauteil bei den zum Vergleich herangezogenen Fahrzeugen anderer Hersteller so konstruiert ist wie bei dem (angeblich) mangelhaften Fahrzeug.**

4. **Dass Angaben des – am Kaufvertrag nicht beteiligten – Fahrzeugherstellers (hier: zum Ölverbrauch) zu einer Beschaffenheitsvereinbarung (§ 434 I 1 BGB) zwischen den Parteien eines Kfz-Kaufvertrages geführt haben, kann allenfalls angenommen werden, wenn die Parteien diese Angaben oder wenigstens ihren Gegenstand (hier: den Ölverbrauch) bei Abschluss des Kaufvertrages thematisiert haben.**

OLG Stuttgart, Urteil vom 06.09.2017 – 4 U 105/17

Sachverhalt: Der Kläger verlangt von dem Beklagten, einem gewerblichen Kfz-Händler, die Rückabwicklung eines Kaufvertrags über einen Gebrauchtwagen. Diesen Vertrag hat der Kläger als Verbraucher geschlossen.

Der Kläger kaufte von dem Beklagten am 18.04.2016 ein am 03.11.2009 erstzugelassenes Audi-Fahrzeug, das mit einem 2,0-Liter-TFSI-Bezinmotor ausgestattet ist und bei Abschluss des Kaufvertrags eine Laufleistung von 53.300 km aufwies. Dieser Pkw wurde dem Kläger am 23.04.2016 gegen Zahlung des Kaufpreises (21.700 €) übergeben.

In der Betriebsanleitung zu dem Fahrzeug heißt es unter anderem:

> „Abhängig von der Fahrweise und den Einsatzbedingungen kann der Ölverbrauch bis zu 0,5 l/1.000 km betragen. In den ersten 5.000 km kann der Verbrauch darüber liegen."

Mit Anwaltsschreiben vom 02.12.2016 behauptete der Kläger, der Ölverbrauch betrage 1 l/1.000 km, und forderte den Beklagten auf, den (behaupteten) Mangel bis zum 16.12.2016 zu beseitigen. Dem kam der Beklagte nicht nach. Daraufhin erklärte der Kläger am 19.12.2016 den Rücktritt vom Kaufvertrag.

Er hat geltend gemacht, sein Fahrzeug sei mangelhaft, weil es zumindest doppelt so viel Öl verbrauche wie vergleichbare Audi-Fahrzeuge und vergleichbare Fahrzeuge anderer Hersteller. Der Beklagte hat demgegenüber unter anderem vorgetragen, der Ölverbrauch betrage bei nahezu allen VW-/Audi-Fahrzeugen, die mit einem 2,0-TFSI-Motor ausgestattet seien, mehr als 0,5 l/1.000 km. Sollte das Fahrzeug des Klägers bereits bei der Übergabe mehr als 0,5 l Öl auf 1.000 km verbraucht haben, so habe es deshalb dem Stand der Technik entsprochen.

Das Landgericht hat die Klage mit der Begründung abgewiesen, ein Anspruch des Klägers auf Rückabwicklung des streitgegenständlichen Kaufvertrags scheitere daran, dass sein Fahrzeug nicht mangelhaft sei. Der Beklagte befinde sich deshalb weder mit der Rücknahme des Fahrzeugs in Verzug, noch müsse er dem Kläger vorgerichtliche Rechtsanwaltskosten ersetzen.

Nach der Vernehmung des Sachverständigen *F* im Termin vom 31.03.2017 stehe fest, dass das Fahrzeug des Klägers – wie von diesem behauptet – einen Ölverbrauch von etwas unter einem Liter auf 1.000 km aufweise. Diesen Verbrauch habe der Pkw auch schon im hier entscheidenden Zeitpunkt des Gefahrübergangs aufgewiesen, weil Grund dafür die Konstruktion des Motors und Fertigungstoleranzen seien. Zwar gebe es für die Messung des Ölverbrauchs kein normiertes Verfahren, wie es etwa für die Bestimmung des Schadstoffausstoßes existiere. Komme es aber wie hier auf den Schmierölverbrauch unter normalen Fahrbedingungen an, so sei eine Orientierung an dem üblichen Einsatz und der üblichen Fahrweise von Fahrzeugen der Klasse des streitgegenständlichen Fahrzeugs möglich. Davon sei der Sachverständige zwar bei seinem Test abgewichen, weil er dem Kläger das Fahrzeug nicht für circa einen Monat habe entziehen wollen und der für eine kürzere Nutzungszeit erforderliche stark überdurchschnittliche Autobahnanteil (rund 800 von 1.028 km) mit Geschwindigkeiten um 190 km/h nicht der Alltagsnutzung entspreche. Der Sachverständige habe jedoch aus dem so ermittelten Ölverbrauch von 0,84 l/1.000 km auf einen etwas höheren Ölverbrauch im Normaleinsatz schließen können, der nicht ganz 1 l/1.000 km erreiche.

Dieser Verbrauchswert liege indessen nicht über dem nach dem Kaufvertrag geschuldeten Wert. Betrachte man allein den Verbrauch als solchen, so verstoße der vom Sachverständigen ermittelte Ist-Wert weder gegen eine vertragliche Beschaffenheitsvereinbarung, noch eigne sich das Fahrzeug damit nicht mehr für die nach dem Vertrag vorausgesetzte oder die gewöhnliche Verwendung. Es weise zudem eine Beschaffenheit auf, die bei Sachen der gleichen Art üblich sei und die der Käufer nach Art der Sache erwarten müsse.

Eine Beschaffenheitsvereinbarung hinsichtlich des Ölverbrauchs hätten die Parteien weder im schriftlichen Kaufvertrag noch außerhalb dieses Vertrages getroffen. Die Betriebsanleitung mit der darin enthaltenen Angabe des Herstellers, der Verbrauch könne „bis zu 0,5 l/1.000 km betragen“ – und damit nicht mehr –, sei weder im schriftlichen Vertrag noch in den Verhandlungen der Parteien thematisiert worden, sodass die Angabe nicht zur vereinbarten Beschaffenheit geworden sein könne.

Das Fahrzeug eigne sich auch mit einem Ölverbrauch von 1 l/1.000 km für die nach dem Vertrag vorausgesetzte Verwendung. Zwar könne ein überhöhter Ölverbrauch die Verwendung als Fortbewegungsmittel beeinträchtigen, wenn er zu häufigeren Unterbrechungen der Fahrt zum Nachfüllen von Öl führe. Fasse der Öltank aber wie hier etwas mehr als vier Liter und liege der Verbrauch bei 1 l/1.000 km, fielen keine außerplanmäßigen Stopps an. Denn dann genüge es, wenn im Rahmen des ohnehin spätestens nach 800 km erforderlichen Tankstopps auch Öl nachgefüllt werde, wie dies der Sohn des Klägers in seiner Vernehmung vom 31.03.2017 als Praxis geschildert habe.

Genauso eigne sich das Fahrzeug für die gewöhnliche Verwendung und weise eine Beschaffenheit auf, die bei Sachen der gleichen Art üblich sei und die der Kläger als Käufer nach Art der Sache erwarten könne. Dies gelte auch unter Berücksichtigung der Eigenschaften, die der Kläger nach den öffentlichen Äußerungen des Verkäufers und der Fahrzeugherstellerin insbesondere in der Werbung oder bei der Kennzeichnung über bestimmte Eigenschaften des Fahrzeugs erwarten könne.

Aus dem Sachverhalt ergebe sich keine Beeinflussung des Vertragssolls durch Umstände i. S. von § 434 I 3 BGB. Weder der Beklagte noch die *AUDI AG* als Fahrzeugherstellerin hätten mit den Angaben zum Ölverbrauch in der Betriebsanleitung Werbung gemacht; Abweichendes sei nicht vorgetragen. Genauso wenig liege in der Betriebsanleitung eine „Kennzeichnung über bestimmte Eigenschaften".

Auch liege kein Mangel i. S. von § 434 I 2 Nr. 2 BGB vor. Die gewöhnliche Verwendung des streitgegenständlichen Fahrzeugs stimme mit der nach dem Vertrag vorausgesetzten Verwendung überein, und ein Ölverbrauch von 1 l/1.000 km sei bei Fahrzeugen der gleichen Art üblich.

Nach der höchstrichterlichen Rechtsprechung sei entscheidend, ob ein Ölverbrauch von 1 l/1.000 km in dem Sinne „nicht ungewöhnlich" sei, dass es eine nicht unerhebliche Anzahl vergleichbarer Fahrzeuge mit ähnlicher Beschaffenheit gebe wie das verkaufte Fahrzeug bzw. – anders ausgedrückt – dass Fahrzeuge in nennenswerter Größenordnung bekannt seien, die ähnliche Ölverbrauchswerte aufwiesen. Die Vergleichsgruppe sei dabei nach der herrschenden Meinung in der obergerichtlichen Rechtsprechung herstellerübergreifend zu bilden. Es sei also nicht nur auf Fahrzeuge des VW-Konzerns mit 2,0-Liter- oder auch noch 1,8-Liter-Benzinmotoren mit Turboaufladung, einer Laufleistung von circa 50.000 km und einem Alter von sechs bis sieben Jahren abzustellen, sondern auch auf Fahrzeuge anderer Hersteller, die der Sachverständige *F* mit herangezogen habe. Letztlich könne aber offenbleiben, wie die Vergleichsgruppe zu bilden sei. Denn auch bei einem dem Kläger günstigeren herstellerübergreifenden Vergleich führten der – vom Sachverständigen bestätigte – Marktanteil des VW-Konzerns in diesem Segment von mindestens 25 % und der nach den Recherchen des Sachverständigen in weit über der Hälfte der streitgegenständlichen Motoren dieses Konzerns zu beobachtende Ölverbrauch von teilweise sogar 1,5 l/1.000 km dazu, dass in der gesamten Klasse ein solcher Verbrauch nicht mehr ungewöhnlich sei.

Es wäre systemwidrig, die Fahrzeugklasse unter Ausschluss der Fahrzeuge des Herstellers des konkret interessierenden Fahrzeugs zu bilden. Der Schlüssel liege darin, dass die inzwischen gefestigte höchstrichterliche Rechtsprechung den Begriff „üblich“ in § 434 I 2 Nr. 2 BGB mit „nicht unüblich“ gleichsetze und damit schon eine „nennenswerte“ Zahl von Fällen gleicher Art als „übliche“ Eigenschaft angesehen werde. Schon dies führe bei zunehmender Marktkonzentration auf wenige Hersteller, die zudem zum Teil baugleiche Fahrzeuge anböten, dazu, dass nicht nur der VW-Konzern, sondern in nahezu jeder Fahrzeugklasse wenige Hersteller das „nicht Ungewöhnliche“ definierten, soweit es sich nicht um Ausreißer handele.

Ein Sachmangel liege auch nicht deshalb vor, weil der Kläger als Käufer nach der Art der Sache einen unter 1 l/1.000 km liegenden Verbrauch hätte erwarten dürfen. Denn ein Käufer dürfe in der Regel nur das erwarten, was üblich sei. Eine objektiv gerechtfertigte abweichende Käufererwartung zum tatsächlichen Ölverbrauch sei nicht vorgetragen und angesichts der breiten Diskussion des Problems in Internetforen und Autozeitschriften auch sonst nicht anzunehmen.

Werde der Grund für den Ölmehrverbrauch gegenüber dem sonst in der Klasse von anderen Herstellern erreichten Verbrauch von 0,1–0,5 l/1.000 km fokussiert, so ergebe sich kein anderes Ergebnis; ein Verstoß gegen die Anforderungen von § 434 I 2 Nr. 2 BGB liege auch dann nicht vor. Denn der wesentliche Grund für den gegenüber an sich nach den Ausführungen des Sachverständigen erreichbaren und von anderen Herstellern auch tatsächlich erreichten Ölverbrauch von 0,1 l bis maximal 0,5 l auf 1.000 km vorliegenden Mehrverbrauch beim VW-Konzern liege darin, dass dieser entschieden habe, kurze Kolben zu verwenden, was zu einer geringeren Stabilität des Kolbens im Zylinder führe und es damit dem an sich für die Schmierung vorgesehenen Öls erlaube, leichter in den Brennraum einzudringen, wo es mit verbrenne und damit fehle. Dies stelle keinen Konstruktionsfehler dar, der einen Sachmangel i. S. von § 434 I 2 Nr. 2 BGB darstelle. Wie der Sachverständige *F* dargelegt habe, sei die gegenüber konventioneller Planung geringere Kolbenlänge die Folge einer Optimierung des Treibstoffverbrauchs, da der Reibungswiderstand im Zylinder bei geringerer Kolbenlänge proportional geringer werde und damit auch der Treibstoffverbrauch sinke. Damit könne die bewusste Entscheidung für einen kürzeren Kolben nicht als Konstruktionsfehler angesehen werden, sondern müsse als eine innovative Methode zur Senkung des Kraftstoffverbrauchs bewertet werden, auch wenn dies mit einem höheren Schmierölverbrauch erkauft werde.

Ein Sachmangel liege auch nicht darin, dass der Hersteller nicht durch sonstige Maßnahmen dafür Sorge getragen habe, dass der kürzere Kolbenhub zu einem möglichst geringen Mehrverbrauch an Öl geführt habe. Die bei der Herstellung des Fahrzeugs noch nicht erfolgte Erhöhung des Kurbelgehäuse-Innendrucks könne insoweit außer Betracht bleiben, weil sie beim vorliegenden Fahrzeug bereits nachträglich erfolgt sei, wie der Sachverständige bei seinen Recherchen erfahren habe. Durch andere Kolbenringe hätte sich, wie die nach der Produktion des hier interessierenden Fahrzeugs im Jahr 2009 erfolgte Weiterentwicklung des Motors zeige, der Ölverbrauch senken lassen. Auch darin liege aber kein Konstruktionsfehler. Die Verkürzung der Kolben sei – wie dargelegt – eine innovative Weiterentwicklung außerhalb des bisherigen Erfahrungsbereichs des Motorbaus gewesen. Es könne zwar vom Hersteller verlangt werden, dass er die Neukonstruktion auf Sicherheitsrelevanz und Praxistauglichkeit überprüfe, bevor sie in die Produktion gehe. Dabei könnten aber außerhalb der Sicherheitsrelevanz nicht alle in den Auswirkungen untergeordneten Folgen der Neuentwicklung ohne den Dauer- und Massentest auf der Straße vorhergesehen werden. Genau dies habe den Sachverständigen dann veranlasst, nicht von einem „Konstruktionsfehler“, sondern von einem „Konstruktionsmangel“ zu sprechen. In korrekte juristische Begriffe übersetzt handele es sich aber nicht um einen „Mangel“, sondern um eine technische Imperfektion, die damals nicht gegen den einzuhaltenden Stand der Technik verstoßen habe. Die Bewertung des Sachverständigen könne auch deshalb übernommen werden, weil allein durch verbesserte Kolbenringe zwar eine Reduzierung des Ölverbrauchs erreicht werden könne, aber nicht auf die bei anderen Herstellern, die noch die übliche Kolbenlänge verbauten, erreichbaren 0,1 l–0,5 l/1.000 km. Dies zeige sich schon daran, dass auch die vom VW-Konzern ab 2005 verbauten Kolbenringe mit Wellenmuster nicht dazu geführt hätten, dass der Ölverbrauch auf unter 0,5 l/1.000 km gefallen sei. Selbst ohne diese Ringe liege nach Vornahme der auch bei diesem Fahrzeug erfolgten Erhöhung des Kurbelgehäuse-Innendrucks ein Verbrauch von nur noch 1 l/1.000 km vor. Alle dieser Verbrauchswerte lägen zudem immer noch deutlich unter den 1,5 l/1.000 km, die in der bisherigen Rechtsprechung als mangelfrei angesehen worden seien, was – da die Fälle immer erst nach einiger Zeit vor Gericht kämen – an den etwas älteren Normalverbrauchswerten liege.

Die Befürchtungen des Klägers, dass der hohe Ölverbrauch auf sonstige Schäden am Motor hindeute oder solche deshalb in Zukunft mit erhöhter Wahrscheinlichkeit einträten, habe der Sachverständige *F* nicht bestätigen können.

Gegen dieses Urteil wendet sich der Kläger mit seiner Berufung, wobei er – über die ursprüngliche Klage hinaus – von dem Beklagten die Erstattung von Reparaturkosten in Höhe von 477,85 € nebst Rechtshängigkeitszinsen verlangt (Berufungsantrag zu 4). Zur Begründung des Rechtsmittels trägt der Kläger im Wesentlichen vor:

Die Feststellung des Landgerichts, der bei dem Fahrzeug vorhandene Ölverbrauch von etwas unter einem Liter auf 1.000 km sei kein Mangel i. S. von § 434 I 2 Nr. 2 BGB, sei unzutreffend. Das Landgericht habe die Feststellung des Sachverständigen *F* nicht berücksichtigt, dass der übliche Ölverbrauch bei einem 4-Zylinder-Turbomotor mit einem Hubraum von circa zwei Litern zwischen 1 l/1.000 km und maximal 5 l/10.000 km liege, also 0,1–0,5 l/1.000 km betrage. Am 28.04.2017 habe der Sachverständige für solche Motoren einen Ölverbrauch von 0,2 l/1.000 km als üblich festgestellt, insbesondere bei mittelmäßigen bis guten Motoren. Für das streitgegenständliche Fahrzeug habe der Sachverständige hingegen einen Ölverbrauch von 0,84 l/1.000 km ermittelt, wobei er erklärt habe, dass bei kürzeren Fahrtstrecken und mehreren Kaltstarts der Ölverbrauch etwas höher liegen könne, sodass der von ihm mit 1 l/1.000 km angegebene Ölverbrauch im realistischen Bereich liege. Bereits daraus ergebe sich, dass der Ölverbrauch seines – des Klägers – Fahrzeug nicht üblich sei und das Landgericht einen Mangel hätte annehmen müssen.

Nach gefestigter Rechtsprechung habe die Prüfung, ob eine übliche und deshalb zu erwartende Beschaffenheit gegeben sei, in zwei Schritten zu erfolgen. Zunächst sei ein Vergleich mit baugleichen, hinsichtlich Laufleistung, Alter und Ausstattung vergleichbaren Fahrzeugen desselben Herstellers vorzunehmen. Dabei gelange man unter Berücksichtigung der Feststellungen des Sachverständigen zu dem Ergebnis, dass zwei Drittel aller Fahrzeuge der Marken Audi und Volkswagen mit baugleichem 2,0-Liter-TFSI-Motor und ähnlichem Alter und ähnlicher Laufleistung einen erhöhten Ölverbrauch aufwiesen, sodass bei einem herstellerinternen Vergleich der Ölverbrauch als üblich anzusehen sei. Allerdings sei nach gefestigter Rechtsprechung auch bei Gebrauchtfahrzeugen im zweiten Schritt ein herstellerübergreifender Vergleich vorzunehmen. Diesen habe der Sachverständige durchgeführt und dabei festgestellt, dass vergleichbare Fahrzeuge anderer Hersteller ganz überwiegend einen Ölverbrauch von 0,1 l–0,5 l/1.000 km hätten. Lediglich bei einem Hersteller sei der Ölverbrauch solcher Motoren ebenfalls problematisch, wobei davon bei diesem Hersteller nur weniger als zehn Prozent der Fahrzeuge betroffen seien. Bei einem korrekt durchgeführten herstellerübergreifenden Vergleich ergebe sich deshalb, dass der Ölverbrauch seines – des Klägers – Fahrzeug und damit die Beschaffenheit dieses Fahrzeugs nicht üblich sei.

Der Sachverständige *F* sei zu dem Ergebnis gekommen, dass ursächlich für den erhöhten Ölverbrauch ungünstige Fertigungstoleranzen und die Verwendung sehr kurzer Kolben sei. Soweit das Landgericht in seinem Urteil versucht habe, den vom Sachverständigen darin gesehenen „Konstruktionsmangel“ zu „übersetzen“, fehle seinen Ausführungen die tatsächliche Grundlage. Die Frage, ob der Motor in diesem Zustand noch dem „Stand der Technik“ entspreche, habe der Sachverständige *F* nicht beantwortet. Dass es sich um einen Konstruktionsmangel handele und dies vom Sachverständigen auch so gemeint gewesen sei, zeige sich letztlich auch daran, dass der Hersteller zunächst über Jahre nicht in der Lage gewesen sei, durch geeignete Veränderungen den Ölverbrauch deutlich abzusenken, weshalb es in den USA eine Rückrufaktion gegeben und der Generalimporteur in der Schweiz eine Kulanzregelung getroffen habe. Dies zeige, dass die Konstruktion mangelhaft sei, da sie sich andernfalls aufgrund der angeblichen Vorteile durchgesetzt hätte.

Der pauschale Verweis des Landgerichts darauf, dass die hier gegebenen Ölverbrauch von 1 l/1.000 km deutlich unter dem – in der bisherigen Rechtsprechung nicht beanstandeten – Verbrauch von 1,5 l/1.000 km liege, rechtfertige keine abweichende Beurteilung. Ein Vergleich habe fahrzeugbezogen stattzufinden und sei an den berechtigten Erwartungen des Käufers bei Abschlusses des Kaufvertrags auszurichten. Sachverhalte, die völlig andere Fahrzeuge beträfen, die zudem vor knapp 30 Jahren hergestellt worden seien, seien demgegenüber unerheblich.

Zur Begründung der Klagerweiterung trägt der Kläger vor, dass sein Fahrzeug am 10.04.2017 bei einem Kilometerstand von 66.472 mit Zündaussetzern und unrundem Motorlauf in eine Werkstatt habe verbracht werden müssen. Dort seien unter anderem die Zündkerzen erneuert worden, wofür ihm – dem Kläger – 325,73 € in Rechnung gestellt worden seien, die er auch bezahlt habe. Am 20.04.2017 habe er das Fahrzeug wegen derselben Phänomene erneut in eine Werkstatt verbringen müssen. Diesmal sei die Zündspule ersetzt worden, wofür ihm 152,12 € in Rechnung gestellt worden seien, die er ebenfalls bezahlt habe. Schließlich sei das Fahrzeug am 24.04.2017 wegen Zündaussetzern und einem unrunden Motorlauf abermals in die Werkstatt verbracht worden. Dort sei festgestellt worden, dass im dritten und im vierten Zylinder eine abweichende/zu niedrige Kompression und mithin ein Motorschaden vorliege. Dessen Ursache sei der überhöhte Ölverbrauch bzw. dessen Ursache.

Die Berufung hatte mit den zuletzt gestellten Anträgen vollumfänglich Erfolg.

Aus den Gründen: B.... I. Dem Kläger steht der mit dem Klageantrag (Berufungsantrag) zu 1 geltend gemachte Anspruch auf Rückzahlung des Kaufpreises (abzüglich eines Nutzungsersatzes in Höhe von 1.181,32 €) aus § 346 I BGB i. V. mit § 433 I 2, § 434 I 2 Nr. 2, § 437 Nr. 2 Fall 1, § 323 I BGB infolge des von ihm mit Anwaltsschreiben vom 19.12.2016 wirksam erklärten Rücktritts vom Kaufvertrag nebst Verzugszinsen zu.

1. Sowohl aufgrund des bereits aufgrund der erstinstanzlichen Beweisaufnahme festgestellten Ölverbrauchs des Fahrzeugs von etwas unter einem Liter auf 1.000 km als auch des nach den Feststellungen des Sachverständigen *E* letztlich durch die Konstruktion des Motors (insbesondere der auch als Ölabstreifringe bezeichneten Kolbenringe) bewirkten Motorschadens wies das vom Kläger gekaufte Fahrzeug bei Gefahrübergang (§ 434 I 1, § 446 Satz 1 BGB) einen vom Beklagten als Verkäufer zu vertretenden Sachmangel i. S. von § 434 I 2 Nr. 2 BGB auf:

a) Das Landgericht hat ... gestützt auf die Ermittlungen des Sachverständigen *F* (Probefahrt nebst Ölverbrauchsmessung[en]), deren Ergebnisse dieser im Termin vom 31.03.2017 wiedergegeben hat, festgestellt, dass das Fahrzeug des Klägers einen Ölverbrauch von etwas unter einem Liter auf 1.000 km aufweist, und zwar bereits zum Zeitpunkt des Gefahrübergangs (Übergabe am 23.04.2016), weil der Ölverbrauch auf ungünstige Fertigungstoleranzen zwischen Kolben und Bohrung zurückzuführen ist (und nicht auf einen Schaden am Motor oder am Turbolader), die naturgemäß bei dem vorliegenden Fahrzeug von Anfang an vorhanden waren, wobei der Ölverbrauch bei dem vom Kläger gekauften Fahrzeug zunächst sogar noch höher gewesen sein dürfte, nachdem bei dem Fahrzeug vor dem Erwerb durch den Kläger im Jahr 2013 bei einer Laufleistung von circa 35.000 km als Maßnahme zur Reduzierung des Ölverbrauchs der Kurbelgehäuse-Innendruck erhöht worden ist.

Dieser Schmierölverbrauchswert liegt sowohl dann, wenn man die Feststellungen des erstinstanzlich tätigen Sachverständigen *F* zugrunde legt, als auch nach den Feststellungen des vom Senat beauftragten Sachverständigen *E* entgegen der vom Landgericht ... vertretenen Auffassung deutlich über dem nach dem Kaufvertrag der Parteien geschuldeten Wert und begründet einen Sachmangel i. S. von § 434 I 2 Nr. 2 BGB:

aa) Zutreffend hat das Landgericht allerdings ... festgestellt, dass die Parteien eine Beschaffenheitsvereinbarung i. S. von § 434 I 1 BGB zum Ölverbrauch nicht getroffen haben und deshalb der vom Sachverständigen ermittelte Ist-Ölverbrauch nicht gegen eine vertragliche Beschaffenheitsvereinbarung verstößt.

Soweit der Kläger auf Seite 7 der Berufungsbegründung … davon spricht, bei korrekter Anwendung des Gesetzeswortlauts ergebe sich aus der Angabe zum Ölverbrauch in der Betriebsanleitung, dass die Parteien eine „Beschaffenheitsvereinbarung“ dahin gehend getroffen hätten, dass kein Ölverbrauch von mehr als 0,5 l auf 1.000 km erwartet werden könne, will der Kläger offenbar keine Beschaffenheitsvereinbarung i. S. von § 434 I 1 BGB behaupten. Denn diese Ausführungen erfolgten im Rahmen der Begründung seiner Auffassung, die Angabe in der Betriebsanleitung sei … eine öffentliche Äußerung des Fahrzeugherstellers i. S. von § 434 I 3 BGB.

Sollte der Kläger eine Beschaffenheitsvereinbarung im Rechtssinne behaupten wollen, könnte er hiermit keinen Erfolg haben. Denn wie das Landgericht … zutreffend und unangegriffen festgestellt hat, wird die Betriebsanleitung des Fahrzeugs in der Kaufvertragsurkunde nicht thematisiert und hat auch keine Partei behauptet, die Betriebsanleitung und die darin enthaltene Angabe des Herstellers zum Ölverbrauch sei in den Verhandlungen der Parteien, die zum Abschluss des Vertrags geführt haben, thematisiert worden, weshalb die Angabe in der Betriebsanleitung, der Verbrauch könne bis zu 0,5 l/1.000 km betragen, auch nicht auf diesem Wege zur vereinbarten Beschaffenheit geworden sein kann. Dass entgegen diesen Feststellungen des Landgerichts das Thema Ölverbrauch allgemein oder die Angabe der Betriebsanleitung im Besonderen im Rahmen der Kaufvertragsverhandlungen auch nur angesprochen wurde, behauptet auch die Berufung nicht. Ohne derartige Umstände kann aber nicht angenommen werden, dass Angaben des Herstellers als am Kaufvertrag nicht beteiligten Dritten über Eigenschaften des Fahrzeugs zu einer entsprechenden Beschaffenheitsvereinbarung führen (vgl. *Reinking/Eggert,* Der Autokauf, 13. Aufl., Rn. 482), denn bei technischen Daten, die der Händler in der Regel nicht selbst überprüfen kann, kann ein Käufer nicht erwarten, dass der Verkäufer in vertragsmäßig bindender Weise die Gewähr für die Richtigkeit der Angabe übernehmen will (BGH, Urt. v. 29.06.2016 – VIII ZR 191/15, NJW 2016, 3015 Rn. 34). Eine Beschaffenheitsvereinbarung hinsichtlich des Ölverbrauchs wäre mithin auch bei Behauptung einer solchen nicht schlüssig dargelegt.

bb) Zu Recht und von der Berufung nicht angegriffen hat das Landgericht auch festgestellt, dass der Ölverbrauch unter dem Gesichtspunkt der Verwendungseignung (§ 434 I 2 Nr. 1 bzw. § 434 I 2 Nr. 2 Halbsatz 1 BGB) keinen Mangel begründet.

(1) Maßstab für das Vorliegen eines Mangels unter dem Gesichtspunkt der Verwendungseignung ist vorliegend § 434 I 2 Nr. 2 BGB und nicht § 434 I 2 Nr. 1 BGB. Denn es ist nichts dafür ersichtlich oder vorgetragen, dass die Parteien eine bestimmte Verwendung durch den Kläger vertraglich vorausgesetzt hätten, welche über die gewöhnliche Verwendung i. S. von § 434 I 2 Nr. 2 BGB hinausginge oder von dieser abwiche (vgl. BGH, Urt. v. 04.03.2009 – VIII ZR 160/08, NJW 2009, 2056 Rn. 8; *Reinking/Eggert,* a. a. O., Rn. 429).

(2) Dass sich das vom Kläger gekaufte Fahrzeug auch bei einem Ölverbrauch von (knapp unter) 1 l/1.000 km zur gewöhnlichen Verwendung (als Fortbewegungsmittel im Straßenverkehr) eignet, hat das Landgericht zutreffend festgestellt. Hiergegen erinnert die Berufung auch nichts, sondern macht (allein) geltend, die Annahme des Landgerichts, der Ölverbrauch begründe keinen Mangel i. S. von § 434 I 2 Nr. 2 BGB, sei unter dem Gesichtspunkt der Beschaffenheit, die bei Sachen der gleichen Art üblich sei, falsch.

cc) Hiermit hat die Berufung Erfolg. Denn entgegen der Auffassung des Landgerichts wies das Fahrzeug bei Gefahrübergang aufgrund seiner den erhöhten Ölverbrauch bewirkenden Konstruktion des Motors (kurze Kolben und Konstruktion der Ölabstreifringe) nicht die Beschaffenheit auf, die bei Sachen der gleichen Art üblich ist und die der Käufer nach der Art der Sache erwarten konnte, weshalb ein Sachmangel i. S. von § 434 I 2 Nr. 2 BGB zum Zeitpunkt des Gefahrübergangs vorlag.

(1) Allerdings ergibt sich entgegen der Auffassung der Berufung ein Sachmangel nicht bereits aus der Angabe in der Betriebsanleitung des Fahrzeugs, der Ölverbrauch betrage (jedenfalls nach den ersten gefahrenen 5.000 km) bis zu 0,5 l/1.000 km (und damit eben nicht mehr), auch wenn der tatsächliche Ölverbrauch mit knapp 1 l/1.000 km deutlich über dieser Angabe liegt.

(a) Ob es sich bei derartigen Angaben in einer Betriebsanleitung (oder Gebrauchsanleitung) um öffentliche Äußerungen i. S. von § 434 I 3 BGB handelt, ist nicht abschließend geklärt.

Die Kommentarliteratur, welche das Landgericht … für seine Ansicht, es handle sich bei den Angaben in der Betriebsanleitung nicht um öffentliche Äußerungen i. S. von § 434 I 3 BGB, anführt (Palandt/*Weidenkaff,* BGB, 76. Aufl., § 434 Rn. 35; jurisPK-BGB/*Pammler,* 8. Aufl., § 434 Rn. 108; Staudinger/*Matusche-Beckmann,* BGB, Neubearb. 2013, § 434 Rn. 104), verneint ausdrücklich lediglich, dass sich bei einer Bedienungsanleitung oder Gebrauchsanweisung um eine „Kennzeichnung (über bestimmte Eigenschaften der Sache)“ i. S. von § 434 I 3 BGB handelt, nicht hingegen (explizit), dass es sich um eine sonstige öffentliche Äußerung im Sinne dieser Vorschrift handeln kann. Die Begründung hierfür (soweit eine solche erfolgt), nämlich dass Betriebsanleitungen nicht der Eigenschaftsbeschreibung, sondern dem ordnungsgemäßen Gebrauch nach dem Kauf dienen (so jurisPK-BGB/*Pammler,* a. a. O., § 434 Rn. 108), spricht allerdings dafür, dass sie generell nicht unter § 434 I 3 BGB fallen sollen.

Demgegenüber hat das OLG München in der auch in der Berufungsbegründung zitierten Entscheidung vom 28.05.2014 (3 U 4742/13, juris) die Angabe in der dort in Rede stehenden Bedienungsanleitung zur „Punktbelastung“ eines Anhängers ohne Weiteres (allerdings auch ohne nähere Begründung) als „öffentliche Äußerung“, und zwar als „Kennzeichnung über bestimmte Eigenschaften der Sache“ (nämlich der Punktbelastung), angesehen (OLG München, Urt. v. 28.05.2014 – 3 U 4742/13, juris Rn. 14, 16; dem zustimmend *Reinking/Eggert,* a. a. O., Rn. 483 und 499).

(b) Die Frage kann vorliegend aber deshalb dahinstehen, weil die Angabe in der Bedienungsanleitung zum Ölverbrauch die Kaufentscheidung des Klägers gar nicht beeinflussen konnte (§ 434 I 3 Halbsatz 2 Fall 3 BGB). Denn der Kläger hat bei seiner Anhörung durch den Senat erklärt, er habe die Betriebsanleitung mit der Angabe des Ölverbrauchs erstmals drei Wochen nach Abschluss des Kaufvertrags (und damit auch nach Übergabe des Fahrzeugs) im Anschluss an eine Fahrt nach Südtirol gelesen, weil bei dieser der hohe Ölverbrauch aufgefallen sei. Kannte aber der Käufer die öffentliche Äußerung zum Zeitpunkt des Kaufs nicht, konnte sie für seine Entscheidung nicht von Bedeutung sein (vgl. Staudinger/*Matusche-Beckmann,* a. a. O., § 434 Rn. 112; i. E. auch BeckOK-BGB/*Faust,* Stand: 01.02.2017, § 434 Rn. 87 a. E.).

(2) Entgegen der vom Landgericht vertretenen Auffassung begründet der Ölverbrauch von (knapp) 1 l/1.000 km einen Sachmangel, weil damit das Fahrzeug nicht der üblichen Beschaffenheit von Sachen gleicher Art entspricht, die der Käufer (Kläger) nach der Art der Sache erwarten konnte.

(a) Maßstab dafür, welche Beschaffenheit der Käufer „nach Art der Sache“ erwarten kann, ist nach der Rechtsprechung des BGH die objektiv berechtigte Käufererwartung, die sich in Ermangelung abweichender Anhaltspunkte jedenfalls im Regelfall an der üblichen Beschaffenheit gleichartiger Sachen orientiert (BGH, Urt. v. 29.06.2011 – VIII ZR 202/10, NJW 2011, 2872 Rn. 12 m. w. Nachw.; Urt. v. 04.03.2009 – VIII ZR 160/08, NJW 2009, 2056 Rn. 11). Als übliche Beschaffenheit kann der Käufer in technischer Hinsicht grundsätzlich nicht mehr erwarten, als dass das Fahrzeug dem jeweiligen Stand der Technik entspricht (BGH, Urt. v. 04.03.2009 – VIII ZR 160/08, NJW 2009, 2056 Rn. 11; OLG Hamm, Urt. v. 16.06.2015 – 28 U 165/13, NJW-RR 2016, 178 Rn. 14 m. w. Nachw., dort als ständige Rechtsprechung bezeichnet), und zwar in der jeweiligen Fahrzeugklasse und Preiskategorie (*Reinking/Eggert,* a. a. O., Rn. 456; vgl. auch BGH, Urt. v. 07.02.2007 – VIII ZR 266/06, NJW 2007, 1351 Rn. 20 [zum Pferdekauf]). Bei der Ermittlung des Stands der Technik ist dabei nicht nur der technische Stand der Serie zu berücksichtigen (wie der Beklagte in erster Instanz gemeint hat), vielmehr ist auf den technischen Entwicklungsstand der gesamten Automobilindustrie abzustellen und mithin ein herstellerübergreifender Vergleich vorzunehmen. Der üblichen Beschaffenheit, nach der sich die objektiv berechtigte Käufererwartung grundsätzlich bemisst, entspricht ein Fahrzeug also nicht nur dann nicht, wenn es den „Stand der Serie“ (des jeweiligen Herstellers) nicht erfüllt, sondern auch dann nicht, wenn es hinter dem Stand der Technik vergleichbarer Fahrzeuge anderer Hersteller zurückbleibt. Diese bei Neufahrzeugen gefestigte obergerichtliche Rechtsprechung (zahlreiche Nachw. bei *Reinking/Eggert,* a. a. O., Rn. 446 mit Fn. 76) hat der BGH in der „Dieselpartikelfilter-Entscheidung“ (Urt. v. 04.03.2009 – VIII ZR 160/08, NJW 2009, 2056) in der Sache bestätigt, indem er klargestellt hat, dass Vergleichsmaßstab (auch) Fahrzeuge anderer Hersteller sind, die mit einem Dieselpartikelfilter ausgestattet sind (BGH, Urt. v. 04.03.2009 – VIII ZR 160/08, NJW 2009, 2056 Rn. 9 f.).

Diese für Neufahrzeuge entwickelte Rechtsprechung hat das Landgericht zutreffend auf den hier in Rede stehenden Kauf von Gebrauchtfahrzeugen übertragen. In der Entscheidung BGHZ 181, 170 (BGH, Urt. v. 20.05.2009 – VIII ZR 191/07, BGHZ 181, 170 = NJW 2009, 2807) hat der BGH in einem Gebrauchtwagenfall ausgesprochen, dass sich die objektiv berechtigte Käufererwartung im Regelfall an der üblichen Beschaffenheit gleichartiger Sachen orientiert (BGH, Urt. v. 20.05.2009 – VIII ZR 191/07, BGHZ 181, 170 = NJW 2009, 2807 Rn. 14; ebenso BGH, Urt. v. 29.06.2016 – VIII ZR 191/15, NJW 2016, 3015 Rn. 42). Der Käufer eines Gebrauchtwagens erwartet aber ebenfalls (und kann grundsätzlich auch erwarten), dass das Fahrzeug dem Stand der Technik zur Zeit der Herstellung des Fahrzeugs entspricht, weshalb auch insoweit ein fabrikatsübergreifender Vergleich vorzunehmen ist (ebenso etwa OLG Düsseldorf, Urt. v. 19.06.2006 – I-1 U 38/06, NJW 2006, 2858, 2860; OLG Stuttgart, Urt. v. 15.08.2006 – 10 U 84/06, NJW-RR 2006, 1720, 1722; OLG Oldenburg, Urt. v. 04.03.2011 – 6 U 243/10, zit. bei *Reinking/Eggert,* a. a. O., Rn. 441; aus der Literatur *Reinking/Eggert,* a. a. O., Rn. 3007 ff., insbesondere Rn. 3008 und Rn. 3012; Palandt/*Weidenkaff,* a. a. O., § 434 Rn. 29, und Staudinger/*Matusche-Beckmann,* a. a. O., § 434 Rn. 90). Wie das OLG Düsseldorf (Urt. v. 19.06.2006 – I-1 U 38/06, NJW 2006, 2858, 2860) richtig ausgeführt hat, würde sonst der Anspruch des Käufers auf Lieferung marktüblicher durchschnittlicher Qualität unzulässig verkürzt. Bei dem fabrikatsübergreifenden Vergleich ist mithin die Ist-Beschaffenheit der repräsentativen Gruppe von vergleichbaren Fahrzeugen entscheidend; liegt die Qualität des Kaufobjekts unter diesem Niveau, ist es grundsätzlich mangelhaft (*Reinking/Eggert,* a. a. O., Rn. 3012).

(b) In Anwendung dieser von der Rechtsprechung entwickelten Grundsätze ergibt sich, dass das vom Kläger gekaufte Fahrzeug bei dem vom Sachverständigen *F* unangegriffen festgestellten Ölverbrauch von knapp unter 1 l/1.000 km nicht dem Stand der Technik zum Zeitpunkt der Herstellung (2009) entspricht und damit nicht die zu erwartende übliche Beschaffenheit gleichartiger Sachen aufweist:

(aa) Der Kläger geht im Berufungsrechtszug selbst davon aus, dass unter Berücksichtigung der von ihm insoweit nicht angegriffenen Feststellungen des gerichtlichen Sachverständigen bei einem herstellerinternen Vergleich (also bei Berücksichtigung von Fahrzeugen des VW-Konzerns mit 2,0-Liter- oder auch noch 1,8-Liter-Benzinmotoren mit Turboaufladung, einer Laufleistung von circa 50.000 km und einem Alter von 6–7 Jahren) der Ölverbrauch des von ihm gekauften Fahrzeugs als üblich anzusehen ist, das Fahrzeug also dem „Stand der Serie“ entspricht. In Streit steht mithin nur noch, ob entgegen der Auffassung des Landgerichts ein herstellerübergreifender Vergleich ergibt, dass der Ölverbrauch von 0,84 l/1.000 km nicht mehr als üblich angesehen werden kann, weil das Fahrzeug insoweit nicht dem damaligen Stand der Technik, also dem des Jahres 2009, entspricht.

(bb) Der herstellerübergreifende Vergleich ergibt, dass ein Ölverbrauch von knapp 1 l/1.000 km nicht dem damaligen Stand der Technik vergleichbarer Fahrzeuge anderer Hersteller entspricht und somit unüblich ist, was nach den oben dargestellten Kriterien zu einem Sachmangel i. S. von § 434 I 2 Nr. 2 führt:

Nach den Feststellungen des Sachverständigen *F* bestehen bei nach Motorisierung, Alter, Laufleistung und Fahrzeugklasse vergleichbaren Fahrzeugen der Hersteller *F*, *H*, *B* und *M* derartige „Ölverbrauchsprobleme“ nicht und kennt lediglich der Hersteller *R* ein vergleichbares Problem, wenn auch nicht so ausgeprägt wie bei VW und Audi (weniger als zehn Prozent der Fahrzeuge mit vergleichbarer Motorisierung sind bei *R* betroffen statt zwei Drittel bei Audi/Volkswagen, so der Sachverständige). Weiter hat der Sachverständige *F* festgestellt, dass bei Motoren wie sie hier in Rede stehen (1,8-Liter- bzw. 2,0-Liter-Benzinmotoren mit Turboaufladung) der übliche Ölverbrauch selbst bei „mittelmäßigen“ Motoren 0,2 l/1.000 km nicht überschreitet, allerdings Verbräuche bis 0,5 l/1.000 km noch im Rahmen liegen würden. Damit hat der Sachverständige seine Aussage auf Seite 7 des Protokolls vom 31.03.2017, wonach bei einem 4-Zylinder-Turbomotor mit einem Hubraum von circa zwei Litern der Ölverbrauch 1 l /10.000 km bis maximal 5 l/10.000 km, also 0,1 l/1.000 km bis maximal 0,5 l/1.000 km, betrage, in der Sache bekräftigt.

Nach den Ausführungen des Sachverständigen *E* im Termin vom 23.08.2016 liegt der übliche Ölverbrauch bei (Turbo-)Motoren dieser Bauart und dieser Motorgeneration bei 1–2 l auf 20.000–30.000 km, also bei maximal 0,1 l/1.000 km; als „Erfahrungswert“ liege der maximale Ölverbrauch bei 0,5–0,6 l auf 1.000 km.

Der Ölverbrauch des Fahrzeugs des Klägers von knapp 1 l/1.000 km weicht mithin vom üblichen Verbrauch vergleichbarer Motoren in vergleichbaren Fahrzeugen ganz erheblich ab, selbst wenn man nicht auf den üblichen Verbrauch von 0,1 l/1.000 km (Sachverständiger *E*) bzw. 0,2 l/1.000 km (Sachverständiger *F*), sondern auf den „Maximalwert“ von 0,5–0,6 l/1.000 km abstellt.

(cc) Mit Recht wendet sich die Berufung gegen die Ausführungen des Landgerichts, mit denen es … dennoch eine Abweichung von der üblichen Beschaffenheit bei Durchführung eines herstellerübergreifenden Vergleichs verneint. Dessen insoweit maßgebliche Erwägung, ein Ölverbrauch wie er beim Kfz des Klägers festgestellt wurde, sei schon deshalb nicht unüblich, weil Fahrzeuge mit den 2-Liter-Benzinmotoren von Volkswagen und Audi, also einem Motor, wie er auch im Fahrzeug des Klägers verbaut wurde, einen Marktanteil von mindestens 25 % des Gesamtmarktes hätten, verkennt den Zweck des herstellerübergreifenden Vergleichs und beruht auf einem Missverständnis der Rechtsprechung des BGH. Denn der „herstellerübergreifende Vergleich“ wird ja gerade deshalb durchgeführt, weil bei einem nur fabrikatsinternen Vergleich Konstruktions- und Fertigungsfehler, die einer ganzen Bauserie anhaften, ohne Sanktion blieben (*Reinking/Eggert,* a. a. O., Rn. 446). Die Auffassung des Landgerichts ist mit dem Grundsatz, dass auf den technischen Entwicklungsstand der gesamten Automobilindustrie zurückzugreifen ist (*Reinking/Eggert,* a. a. O., Rn. 44), nicht vereinbar und führte genau zu dem Ergebnis, das durch den herstellerübergreifenden Vergleich (und zwar auch bei Gebrauchtwagen) vermieden werden soll, nämlich einer unzulässigen Verkürzung des Anspruchs des Käufers auf Lieferung marktüblicher durchschnittlicher Qualität (vgl. OLG Düsseldorf, Urt. v. 19.06.2006 – I-1 U 38/06, NJW 2006, 2858, 2860). Zu Unrecht beruft sich das Landgericht insoweit … auf *Reinking/Eggert,* denn wie sich aus deren Ausführungen in Rn. 3012 ergibt, kommt es auch nach ihrer Auffassung für die übliche Beschaffenheit auf das faktische Niveau von Qualität und Leistung an, also beim fabrikatsübergreifenden Vergleich auf die Ist-Beschaffenheit der repräsentativen Gruppe von vergleichbaren Fahrzeugen, und ist die Kaufsache grundsätzlich mangelhaft, wenn ihre Qualität unter diesem Niveau liegt. Auch der BGH hat in der Dieselpartikelfilter-Entscheidung (BGH, Urt. v. 04.03.2009 – VIII ZR 160/08, NJW 2009, 2056) einen Sachmangel (nur) deshalb verneint, weil die Fahrzeuge aller Hersteller, die mit einem Dieselpartikelfilter ausgestattet sind, nach dem damaligen Stand der Technik für einen überwiegenden Kurzstreckeneinsatz nicht geeignet waren (BGH, Urt. v. 04.03.2009 – VIII ZR 160/08, NJW 2009, 2056 Rn. 10).

Bestimmen damit letztlich die Ölverbräuche anderer Hersteller den Rahmen des Üblichen, so entspricht ein solcher Verbrauch auch der objektiv berechtigten Käufererwartung, da sich diese – wie oben dargelegt – in Ermangelung abweichender Anhaltspunkte regelmäßig an der üblichen Beschaffenheit gleichartiger Sachen orientiert, und kommt es nicht darauf an (wie das Landgericht … meint), dass andere Hersteller in der gleichen Fahrzeugklasse in ihren Betriebsanleitungen einen Ölverbrauch bis 1,5 l/1.000 km angeben. Liegt dann (wie hier) der tatsächliche Verbrauch des Fahrzeugs gegenüber dem üblichen Verbrauch vergleichbarer Fahrzeuge (Motoren) anderer Hersteller um (mindestens) die Hälfte höher, ist ein Sachmangel i. S. von § 434 I 2 Nr. 2 letzter Halbsatz BGB gegeben.

(dd) Das gegenteilige Ergebnis des Landgerichts träfe nur zu, wenn für den herstellerübergreifenden Vergleich nicht auf Fahrzeuge der gleichen Fahrzeugklasse, des gleichen Alters und vergleichbarer Preisklasse mit 4-Zylinder-Benzinmotor mit Turboaufladung und einem Hubraum von circa zwei Litern abzustellen wäre, sondern nur Fahrzeuge mit einem Motor einzubeziehen wären, der – wie der beim Fahrzeug des Klägers verbaute Motor – kürzere Kolben mit großem Kippmoment und eine bestimmte Gestaltung des Ölabstreifrings (Kolbenrings) aufweist. Das ist aber nicht der Fall und lässt sich auch nicht aus der „Dieselpartikelfilter-Entscheidung“ ableiten. Zwar versteht der BGH „Sachen der gleichen Art“ i. S. von § 434 I 2 Nr. 2 BGB eng und sieht als solche nur Sachen an, welche das die Ursache für den geltend gemachten Mangel (hier: Ölverbrauch) setzende Bauteil auch besitzen (dort: Partikelfilter eines Diesel-Pkw als Ursache des Mangels, weshalb Vergleichsfahrzeuge nur Diesel-Pkw mit Partikelfilter und nicht alle Diesel-Pkw sein konnten). Die Ursache des hohen Ölverbrauchs liegt nach den Feststellungen der Sachverständigen *F* und *E* in der Verwendung speziell gestalteter Kolben (diese sind kürzer als üblich) und Kolbenringe (Ölabstreifringe. Kolben und Kolbenringe besitzen aber nicht nur die 1,8-Liter- und 2,0-Liter-TFSI-Motoren von Audi und Volkswagen, sondern auch alle anderen 4-Zylinder-Benzinmotoren mit Turboaufladung vergleichbaren Hubraums, sie sind nur gegebenenfalls etwas anders konstruiert (etwa die Kolben länger). Mit anderen Worten: Auch sämtliche anderen vom Senat und den Sachverständigen in den Vergleich einbezogene Motoren besitzen die Bauteile, welche die Ursache des Mangels „zu hoher Ölverbrauch“ darstellen, nur in etwas anderer Gestalt (Konstruktion). Die Dieselpartikelfilter-Entscheidung besagt (nur), dass in den Vergleich lediglich Fahrzeuge einbezogen werden dürfen, welche ebenfalls über das mangelverursachende Bauteil (Aggregat) verfügen, nicht hingegen, dass die Vergleichsgruppe dadurch noch enger zu ziehen ist, dass nur solche Fahrzeuge einzubeziehen sind, bei denen das Bauteil gleich konstruiert ist. Dies würde im Ergebnis auch darauf hinauslaufen, dass Konstruktionsfehler keinen Mangel begründen könnten.

b) Ferner ist das vom Kläger gekaufte Fahrzeug auch schon deshalb mangelhaft, weil sein Motor so konstruiert war, dass bereits bei einem Kilometerstand von circa 66.000 ein Motorschaden in der Form eintrat, dass infolge (nunmehr) beschädigter Kolbenringe im Zylinder kein ausreichender Druck mehr aufgebaut wird (zu niedrige Kompression) und es zu Zündaussetzern kommt. Ursache hierfür ist die gewählte Konstruktion der Kolben und insbesondere der Kolbenringe (so die überzeugenden, von den Parteien auch nicht infrage gestellten Ausführungen des Sachverständigen *E*). Die Einschätzung des Sachverständigen *F* und – sich darauf stützend – des Landgerichts, Schäden am Motor seien in Zukunft nicht mit erhöhter Wahrscheinlichkeit zu erwarten, traf mithin nicht zu. Auch deshalb liegt ein Sachmangel i. S. von § 434 I 2 Nr. 2 BGB vor.

aa) Denn dadurch ist zwar der „Stand der Serie“ nicht unterschritten, weil es nach den Ausführungen des Sachverständigen *E* bei dem im Fahrzeug des Klägers verbauten Motortyp ein „übliches Problem“ darstellt, dass ein derartiger Schaden konstruktionsbedingt bereits bei circa 66.000 km (trotz einer zu erwartenden Gesamtfahrleistung von 300.000 km) auftritt. Der Stand der Serie ist aber bereits dann nicht unterschritten, wenn ein solcher Schaden infolge der konstruktiven Besonderheit in einer nennenswerten Zahl von Fällen auftritt (vgl. BGH, Urt. v. 10.03.2009 – VIII ZR 34/08, NJW 2009, 1588 Rn. 14; *Reinking/Eggert,* a. a. O., Rn. 3013).

bb) Der Motor und damit das Fahrzeug sind aber dennoch aufgrund dessen Konstruktion mangelhaft:

Nach den Ausführungen des Sachverständigen *E* ist ein derartiger Schaden nach circa 66.000 km bei einer (sonst) üblichen Laufleistung des Motors von 300.000 km „eher unüblich“ und durch die spezielle Konstruktion des Kolbenrings bedingt, sodass das Fahrzeug nicht die übliche Beschaffenheit aufweist. Denn bauart- und typbedingte Besonderheiten sind zwar grundsätzlich hinzunehmen, jedoch nur, solange sie nicht Gebrauchstauglichkeit oder Verkehrssicherheit beeinträchtigen (OLG Brandenburg, Urt. v. 21.02.2007 – 4 U 121/06, NJW-RR 2007, 928, 929; OLG Koblenz, Urt. v. 26.06.2003 – 5 U 62/03, NJW-RR 2003, 1380; OLG Frankfurt a. M., Urt. v. 17.05.1991 – 25 U 21/90, DAR 1992, 381; *Reinking/Eggert,* a. a. O., Rn. 462). Bewirkt eine „konstruktive Besonderheit“ wie hier die Konstruktion der Kolbenringe einen vom Käufer (Nutzer) nicht zu verhindernden Motorschaden, liegt eine Schwachstelle in der verwendeten Technologie vor, die die Bandbreite der technisch möglichen und zulässigen Lösungsansätze überschreitet (vgl. *Reinking/Eggert,* a. a. O., Rn. 468, 470; LG Bielefeld, Urt. v. 13.04.2011 – 3 O 193/09, juris Rn. 28). Von einer „innovativen Weiterentwicklung“, wie das Landgericht meint, kann mithin keine Rede sein.

2. Die übrigen Voraussetzungen für einen wirksamen Rücktritt nach §437 Nr. 2 Fall 1, § 323 I BGB liegen vor, nachdem der Kläger erfolglos eine angemessene Frist zur Nachbesserung und damit Nacherfüllung (vgl. § 437 Nr. 1, § 439 I Fall 1 BGB) gesetzt hat und die in der Lieferung des mangelhaften Fahrzeugs liegenden Pflichtverletzung auch nicht i. S. von § 323 V 2 BGB unerheblich ist. Letzteres wäre dann gegeben, wenn der Mangel geringfügig wäre (BGH, Urt. v. 28.05.2014 – VIII ZR 94/13, BGHZ 201, 290 = NJW 2014, 3229 Rn. 16 m. w. Nachw.), was hier aber nicht der Fall ist:

a) Nach der Rechtsprechung des BGH erfordert die Beurteilung der Frage, ob eine Pflichtverletzung unerheblich ist, eine umfassende Interessenabwägung auf der Grundlage der Umstände des Einzelfalls, wobei im Rahmen dieser umfassenden Interessenabwägung bei behebbaren Mängeln grundsätzlich auf die Kosten der Mängelbeseitigung und nicht auf das Ausmaß der Funktionsbeeinträchtigung abzustellen ist. Dabei ist von einer Geringfügigkeit eines behebbaren Mangels und damit von einer Unerheblichkeit der Pflichtverletzung in der Regel auszugehen, wenn die Kosten der Mangelbeseitigung im Verhältnis zum Kaufpreis geringfügig sind (zum Ganzen: BGH, Urt. v. 28.05.2014 – VIII ZR 94/13, BGHZ 201, 290 = NJW 2014, 3229 Rn. 16 f.), was wiederum dann nicht mehr anzunehmen ist, wenn der Mangelbeseitigungsaufwand mehr als fünf Prozent des Kaufpreises beträgt (BGH, Urt. v. 28.05.2014 – VIII ZR 94/13, BGHZ 201, 290 = NJW 2014, 3229 Rn. 30).

b) Hier liegt ein behebbarer Mangel vor, dessen Beseitigung einen Aufwand von deutlich mehr als fünf Prozent des Kaufpreises erfordert:

aa) Wie der Sachverständige *E* dargelegt hat, besteht seitens des Herstellers Audi die Möglichkeit, optimierte Kolben und Kolbenringe einzubauen, was das „Problem“ behebt, mithin sowohl dazu führt, dass der Ölverbrauch auf ein übliches Niveau von 1–2 l auf 20.000–30.000 km (also auf maximal 1 l/1.000 km) sinkt, als auch die konstruktive Ursache für die Beschädigung der Kolbenringe und den dadurch bewirkten Defekt des Motors beseitigt. Die Annahme des Landgerichts …, eine Reduzierung des Ölverbrauchs auf das bei anderen Herstellern erreichte Niveau ließe sich nicht erreichen, trifft mithin nicht zu.

bb) Den Aufwand hierfür hat der Sachverständige *E* mit 5.500 € brutto ermittelt, er liegt also bei circa 25 % des Kaufpreises von 21.700 € und damit weit über der 5-%-Schwelle.

3. Verjährung – wie vom Beklagten in Bezug auf den Motorschaden (bzw. die aus diesem resultierende Ansprüche) eingewandt – ist nicht eingetreten:

a) Der Rücktritt wäre nach § 218 I 1 BGB unwirksam, wenn der Nacherfüllungsanspruch (§ 439 I BGB) verjährt wäre. Das kommt schon deshalb nicht in Betracht, weil der Kläger nicht einmal ganz acht Monate nach Beginn der Verjährungsfrist (Übergabe, § 438 II BGB) zurückgetreten ist und damit zu einem Zeitpunkt, als der Nacherfüllungsanspruch keinesfalls verjährt war, denn selbst wenn die Parteien – was der Beklagte nicht einmal vorträgt – durch Vereinbarung die zweijährige Gewährleistungsfrist (§ 438 I Nr. 3 BGB) verkürzt hätten, wäre nur eine Verkürzung auf ein Jahr zulässig gewesen, weil ein Verbrauchsgüterkauf vorliegt (§ 474 I 1, II BGB i. V. mit § 475 II BGB).

b) Die Ansprüche aus dem Rücktritt (hier: auf Rückzahlung des Kaufpreises) aus §§ 346, 347 BGB verjähren nicht nach § 438 BGB, sondern nach §§ 195, 199 BGB (also innerhalb der dreijährigen Regelverjährungsfrist, s. BGH, Urt. v. 15.11.2006 – VIII ZR 3/06, NJW 2007, 674 Rn. 37; Palandt/*Weidenkaff,* a. a. O., § 438 Rn. 20). Diese hat also erst mit Ablauf des 31.12.2016 zu laufen begonnen und kann mithin keinesfalls schon abgelaufen sein.

4. Dem Kläger steht folglich ein Anspruch auf Rückzahlung des Kaufpreises in Höhe von 21.700 € nach § 346 I BGB zu.

a) Der Kläger hat sich hierauf durch den im Termin vom 23.08.2017 gestellten geänderten Antrag zu 1 aufgrund der von ihm mit dem Fahrzeug gefahrenen 13.430 km Nutzungsersatz in Höhe von 1.181,32 € anrechnen lassen. Dies entspricht auch exakt der Vergütung für Gebrauchsvorteile, die er dem Beklagten nach § 346 I, II 1 Nr. 1 BGB schuldet: Aufgrund des jetzigen unstreitigen Kilometerstands von 66.730 und des Kilometerstands von 53.300 bei Übergabe des Fahrzeugs, also vom Kläger gefahrener 13.430 km, eines Kaufpreises von 21.700 € und einer zu erwartenden Gesamtfahrleistung von 300.000 km ergibt sich nach der Formel

$${\frac{\text{Bruttokaufpreis}\times\text{gefahrene Kilometer}}{\text{voraussichtliche Restlaufleistung}}}$$

(s. nur BGH, Urt. v. 02.06.2004 – VIII ZR 329/03, NJW 2004, 2299 [unter II 3]; Urt. v. 17.05.1995 – VII-I ZR 70/94, NJW 1995, 2159 [unter III 2]; *Reinking/Eggert,* a. a. O., Rn. 3560 ff., insbesondere Rn. 3563 f.) der Betrag von

$${\frac{\text{21.700 €}\times\text{14.300 km}}{\text{(300.000 km – 53.300 km)}}} = \text{1.181,32 €.}$$

b) Die mit dem Klagantrag zu 1 weiter geltend gemachten Zinsen stehen dem Kläger als Verzugs-(Verzögerungs-)Schaden aus § 280 I 1, II BGB i. V. mit §§ 286 I, 288 I BGB zu, da der Beklagte mit Ablauf der im Rücktrittsschreiben gesetzten Frist (04.01.2017), das insoweit eine wirksame, mit der die Fälligkeit begründenden Handlung zulässigerweise (vgl. nur BGH, Urt. v. 13.07.2010 – XI ZR 27/10, NJW 2010, 2940 Rn. 13; Palandt/*Grüneberg,* BGB, 76. Aufl., § 286 Rn. 16) verbundene Mahnung darstellte, in Schuldnerverzug geraten ist.

Zwar hindert das bloße Bestehen eines Leistungsverweigerungsrechts nach §§ 348, 320 BGB den Eintritt des Schuldnerverzugs (s. nur Palandt/*Grüneberg,* a. a. O., § 320 Rn. 12), dies gilt aber dann nicht, wenn der Gläubiger bei der Mahnung die Gegenleistung in Annahmeverzug begründender Weise anbietet (BGH, Urt. v. 20.07.2005 – VIII ZR 275/04, NJW 2005, 2848, 2851; Palandt/*Grüneberg,* a. a. O., § 320 Rn. 12; *Reinking/Eggert,* a. a. O., Rn. 1196).

Ein solches Angebot ist hier seitens des Klägers erfolgt, indem er im Rücktrittsschreiben Zug um Zug gegen Rückzahlung des Kaufpreises Rückgabe und Rückübereignung des Fahrzeugs angeboten hat. Dies reichte nach § 295 Satz 1 Fall 2 BGB aus, weil es sich bei der Rücknahme des Fahrzeugs durch den Verkäufer um eine Holschuld handelt (*Reinking/Eggert,* a. a. O., Rn. 1206, 1220a). Denn nach wohl einhelliger neuerer obergerichtlicher Rechtsprechung ist auch nach neuem Schuldrecht ein einheitlicher (gemeinsamer) Erfüllungsort für die zurückzugewährenden Leistungen an dem Ort anzunehmen, an dem sich das vom Käufer zurückzugebende Fahrzeug bestimmungsgemäß (vertragsgemäß) befindet (umfangreiche Nachw. bei *Reinking/Eggert,* a. a. O., Rn. 680 und 687, darunter auch OLG Stuttgart, Urt. v. 13.01.2016 – 9 U 183/15, juris Rn. 7 ff.; OLG Schleswig, Urt. v. 05.09.2012 – 3 U 99/11, juris Rn. 17 ff. mit ausführlicher Begründung).

II. Der zulässige Berufungs-(Klage-)Antrag zu 2 auf Feststellung des Annahmeverzugs des Beklagten mit der Rücknahme des Fahrzeugs (ein Feststellungsinteresse für einen solchen Antrag besteht angesichts der mit der Feststellung verbundenen Vereinfachung und Beschleunigung des Zugriffs in der Zwangsvollstreckung – §§ 756 I, 765 Nr. 1 ZPO; OLG Düsseldorf, Urt. v. 08.03.2016 – 21 U 110/14, juris Rn. 34; *Reinking/Eggert,* a. a. O., Rn. 1273) ist aus den oben unter B I 4 b dargestellten Erwägungen auch begründet.

III. Der Kläger hat unter dem Gesichtspunkt des Schadensersatzes auch Anspruch auf Erstattung der mit Antrag zu 3 eingeklagten vorgerichtlichen Rechtsanwaltskosten als notwendige und damit gemäß § 249 BGB einen Teil des ersatzfähigen Schadens darstellende Kosten der Rechtsverfolgung (vgl. nur Palandt/*Grüneberg,* a. a. O., § 249 Rn. 56 f. m. zahlreichen Nachw.) nebst den geltend gemachten Verzugszinsen, die mit dem Rücktrittsschreiben vom 19.12.2016 ebenfalls angemahnt wurden.

1. Zwar steht dem Kläger ein entsprechender Schadenersatzanspruch nicht unter dem Gesichtspunkt des Verzuges zu, wie der Beklagte in erster Instanz mit Recht geltend gemacht hat, denn zu dem Zeitpunkt, als die Anwaltskosten entstanden, war der Beklagte weder mit der von ihm geschuldeten Nacherfüllung (Nachbesserung) noch mit seinen sich aus dem Rückgewährschuldverhältnis nach erfolgtem Rücktritt zu erfüllenden Verpflichtungen in Verzug, da bereits die Aufforderung zur Nacherfüllung durch die Klägervertreter erfolgte.

2. Dem Kläger steht jedoch unabhängig von den Voraussetzungen des Verzugs ein Anspruch auf Erstattung der vorgerichtlichen Rechtsanwaltskosten aus § 280 I 1 BGB infolge der als schuldhaft erfolgt anzusehenden Verletzung der den Beklagten als Verkäufer treffenden Pflicht zur sachmangelfreien Lieferung des Fahrzeugs (§ 433 I 2 BGB) als Schadensersatz neben der Leistung zu.

a) Bereits in der Lieferung einer mangelhaften Sache liegt eine Pflichtverletzung i. S. von § 280 I 1 BGB (s. nur (BGH, Urt. v. 28.05.2014 – VIII ZR 94/13, BGHZ 201, 290 = NJW 2014, 3229 Rn. 16; Urt. v. 19.06.2009 – V ZR 93/08, BGHZ 181, 317 = NJW 2009, 2674 Rn. 13; Palandt/*Grüneberg,* a. a. O., § 280 Rn. 35; jeweils m. w. Nachw.).

b) Diese Pflichtverletzung hat der Beklagte auch zu vertreten, denn nach § 280 I 2 BGB hätte er als Schuldner dartun und im Streitfall beweisen müssen, dass er die Pflichtverletzung nicht zu vertreten hat (s. nur Palandt/*Grüneberg,* a. a. O., § 280 Rn. 40), das heißt, als Verkäufer hätte er dartun müssen, dass er den Mangel nicht kennen musste (BGH, Urt. v. 15.07.2008 – VIII ZR 211/07, BGHZ 177, 224 = NJW 2008, 2837 Rn. 29; Palandt/*Grüneberg,* a. a. O., § 280 Rn. 19). Dies hat der Beklagte nicht ansatzweise getan, obwohl hierfür angesichts der von ihm selbst … vorgelegten Veröffentlichungen und der aus diesen ersichtlichen Diskussion des erhöhten Ölverbrauchs bei dem hier in Rede stehenden Motortyp und dessen Ursachen (kurze Kolben, Konstruktion des Ölabstreifrings) und angesichts der vom Beklagten nicht angegriffenen Feststellungen des Sachverständigen *F* dazu, wie häufig Kunden, die ein Fahrzeug, in dem ein solcher Motor verbaut war, gegenüber ihren Händlern über „Ölverbrauchsprobleme“ geklagt haben, umso mehr Anlass bestanden hätte.

c) Da es sich bei den vorgerichtlichen Rechtsanwaltskosten um einen Schaden handelt, der durch in der Lieferung des mangelhaften Fahrzeugs liegende Pflichtverletzung endgültig entstanden war und durch Nacherfüllung nicht mehr beseitigt werden könnte, ist er als Schadenersatz neben der Leistung unabhängig von den Voraussetzungen des § 281 BGB ersatzfähig (vgl. nur Palandt/*Grüneberg,* a. a. O., § 280 Rn. 18; nach „alter Terminologie“ liegt ein Mangelfolgeschaden vor, vgl. Palandt/*Weidenkaff,* a. a. O., § 437 Rn. 39, 52).

d) Verjährung ist insoweit nicht eingetreten. Der Beklagte hat schon nicht vorgetragen, dass die Parteien die gesetzliche Verjährungsfrist von zwei Jahren ab Übergabe (§ 437 Nr. 3 BGB i. V. mit § 438 I Nr. 3, II BGB) für Schadensersatzansprüche, die auf Mängeln beruhen – grundsätzlich auch beim Verbrauchsgüterkauf zulässigerweise (§ 475 III BGB) – verkürzt haben.

3. Auch der Höhe nach sind die geltend gemachten Rechtsanwaltskosten nicht zu beanstanden (1,3-fache Geschäftsgebühr aus 21.700 € nebst Post- und Telekommunikationsdienste-Pauschale von 20 € sowie 19 % MwSt. hierauf).

IV. Dem Kläger steht auch der mit der Klagerweiterung (Berufungsantrag zu 4) geltend gemachte Anspruch auf Ersatz von Reparaturkosten nebst Rechtshängigkeitszinsen zu.

1. Die damit verbundene Klagerweiterung ist zulässig, weil die Voraussetzungen des § 533 ZPO vorliegen, falls man nicht ohnehin einen Fall des § 264 Nr. 2 ZPO annehmen will – da der bisherige Streitgegenstand nicht durch einen anderen ersetzt wird (vgl. Zöller/*Greger,* ZPO, 31. Aufl., § 264 Rn. 3) –, auf den nach der Rechtsprechung des BGH § 533 ZPO nicht anwendbar ist (BGH, Urt. v. 22.04.2010 – IX ZR 160/09, NJW-RR 2010, 1286 Rn. 6 m. w. Nachw. aus der Rspr. des BGH):

a) Eine in der Erweiterung um den Antrag zu 4 liegende Klagänderung ist jedenfalls nach § 533 Nr. 1 ZPO i. V. mit § 263 ZPO sachdienlich, weil mit der geänderten Klage dieser Streitpunkt miterledigt werden kann, dadurch ein neuer Prozess vermieden wird und mit dem neuen Antrag auch kein völlig neuer Streitstoff eingeführt wird (vgl. Zöller/*Greger,* a. a. O., § 263 Rn. 13 mit zahlreichen Nachw. aus der Rspr. des BGH).

b) Die Klagänderung kann auch i. S. von § 533 Nr. 2 ZPO auf Tatsachen gestützt werden, die der Senat seiner Entscheidung ohnehin nach § 529 ZPO zugrunde zu legen hat. Denn soweit der Kläger die Klagänderung auf im Berufungsrechtszug neue Tatsachen i. S. von § 531 II 1 ZPO stützt, sind diese entweder unstreitig und deshalb nach der ständigen Rechtsprechung des BGH (grundlegend BGH, Urt. v. 18.11.2004 – IX ZR 229/03, BGHZ 161, 138, 141 ff.; aus neuerer Zeit etwa BGH, Beschl. v. 13.01.2015 – VI ZR 551/13, r+s 2015, 212 Rn. 5; zahlreiche w. Nachw. bei Zöller/*Heßler,* ZPO, 31. Aufl., § 531 Rn. 20) zu berücksichtigen (Werkstattaufenthalte, der Anlass für diese; die durchgeführten Maßnahmen; die in Rechnung gestellten Kosten; deren Bezahlung durch den Kläger) oder nach § 531 II 1 Nr. 1 ZPO zu berücksichtigen (Motorschaden und Ursache für diesen). Denn ausweislich der … vorgelegten Rechnung zum dritten Werkstattaufenthalt wurde erst bei diesem festgestellt, dass im dritten und vierten Zylinder eine abweichende/zu niedrigere Kompression vorliegt, woraus der Kläger den Motorschaden ableitet. Diese Leistung wurde von der Werkstatt erst am 10.5.2015 und mithin nach Verkündung des erstinstanzlichen Urteils erbracht.

2. Der Antrag ist aus §§ 280 I 1, III, 281 I 1 BGB auch begründet.

a) Einer Zuerkennung der geltend gemachten Kosten für die Werkstattaufenthalte als Schadensersatz steht nicht entgegen, dass es sich um Aufwendungen handelt, die zugleich Verwendungen auf die Kaufsache darstellen. Denn auch wenn – wie vorliegend – der Käufer den Rücktritt vom Vertrag erklärt hat, enthält § 347 II BGB für Verwendungsersatzansprüche keine abschließende Spezialregelung, die einen Schadenersatzanspruch ausschlösse. § 347 II BGB stellt eine abschließende Regelung vielmehr nur insoweit dar, als Aufwendungen allein als Folge eines Rücktritts im Rahmen und auf Grundlage eines Rückgewährschuldverhältnisses ersetzt verlangt werden, während dann, wenn der Gläubiger daneben (§ 325 BGB) Anspruch auf Schadensersatz hat, dieser Anspruch neben den Aufwendungs- und Verwendungsersatzanspruch nach § 347 II BGB tritt (BGH, Urt. v. 20.07.2005 – VIII ZR 275/04, BGHZ 163, 381 = NJW 2005, 2848 [unter II 1 b]). Denn § 325 beschränkt die Möglichkeit, Schadenersatz auch im Fall des Rücktritts vom Kaufvertrag zu verlangen, nicht auf die Kompensation bestimmter Schäden, sondern lässt bei Ausübung des Rücktrittsrechts die sich aus anderen Normen ergebenden, nach § 249 BGB regelmäßig auf vollständigen Ausgleich gerichteten Schadensersatzansprüche in ihrer gesamten Reichweite bestehen (BGH, Urt. v. 14.04.2010 – VIII ZR 145/09, NJW 2010, 2426 Rn. 17), das heißt, der zum Schadensersatz berechtigte Käufer soll auch nach dem Erlöschen seiner Erfüllungsansprüche verlangen können, vermögensmäßig so gestellt zu werden, wie er bei ordnungsgemäßer Erfüllung durch den Verkäufer stünde (BGH, Urt. v. 14.04.2010 – VIII ZR 145/09, NJW 2010, 2426 Rn. 18). Dem in § 325 BGB zum Ausdruck gekommenen Willen des Gesetzgebers kann nur dadurch Geltung verschafft werden, dass die grundsätzlich anwendbaren Bestimmungen der §§ 346, 347 BGB hinsichtlich der dort geregelten Vermögenspositionen (Nutzungen, Verwendungen) nicht die Herstellung eines am Erfüllungsinteresse ausgerichteten Zustands hindern (BGH, Urt. v. 14.04.2010 – VIII ZR 145/09, NJW 2010, 2426 Rn. 22 m. w. Nachw.).

b) Der Kläger als Käufer kann hier gemäß § 433 I 2, §nbsp;434 I 2 Nr. 2, 437 Nr. 3 BGB i. V. mit §§ 280 I 1, III, 281 I BGB die Kosten für die beiden Werkstattaufenthalte verlangen. Es handelt sich um Schadensersatz statt der Leistung, da der Schaden nicht trotz Festhaltens am Vertrag entstanden ist, sondern auf dem endgültigen Ausbleiben der vertragsgemäßen Leistung – Lieferung eines mangelfreien Pkw – beruht (vgl. BGH, Urt. v. 14.04.2010 – VIII ZR 145/09, NJW 2010, 2426 Rn. 13; Urt. v. 19.06.2009 – V ZR 93/08, BGHZ 181, 317 = NJW 2009, 2674 Rn. 9)

aa) Die Voraussetzungen für Schadensersatz statt der Leistung liegen vor. Die nach § 281 I 1 BGB geforderte Frist zur Nacherfüllung hat der Kläger erfolglos gesetzt (s. oben B I 2). Die Frage, ob der Käufer (Gläubiger) trotz erklärten wirksamen Rücktritts Schadenersatz statt der Leistung in Form des kleinen Schadenersatzes geltend machen kann (vgl. Palandt/*Grüneberg,* a. a. O., § 325 Rn. 2), stellt sich hier nicht, weil der Kläger an der Rückabwicklung festhält.

bb) Die Kosten für die Werkstattaufenthalte stellen schon deshalb einen ersatzfähigen Schaden dar, weil es zu diesen bei ordnungsgemäßer Erfüllung des Vertrags durch den Beklagten (Lieferung eines mangelfreien Fahrzeugs) nicht gekommen wäre, da sie mangelbedingt waren. Denn der unrunde Motorlauf mit Zündaussetzern, den der Kläger bei seiner Anhörung durch den Senat anschaulich geschildert hat und der Anlass für die Werkstattaufenthalte war, beruhte – wie sich aus den Ausführungen des Sachverständigen *E* ergibt – auf dem Motorschaden, der wiederum auf dem konstruktiven Mangel des Motors (Gestaltung der Kolben und insbesondere der Kolbenringe) beruht, der wiederum das von Anfang an vom Kläger gerügte Mangelsymptom „zu hoher Ölverbrauch“ verursachte.

cc) Im Übrigen wären die Kosten für die Werkstattaufenthalte auch ersatzfähig, wenn die Erscheinungen, die sie veranlassten (unrunder Motorlauf, Zündaussetzer) nicht durch den konstruktiven Mangel des Motors verursacht worden wären. Denn der große Schadensersatz (statt der Leistung) umfasst auch nicht mangelbedingte Aufwendungen, solange die Rentabilitätsvermutung gilt (vgl. BGH, Urt. v. 12.03.2009 – VII ZR 26/06, NJW 2009, 1870 Rn. 19; Urt. v. 31.03.2006 – V ZR 51/05, NJW 2006, 1582 Rn. 24; Urt. v. 15.03.2000 – XII ZR 81/97, NJW 2000, 2342, 2343; Palandt/*Weidenkaff,* a. a. O., § 281 Rn. 23 f.; Palandt/*Grüneberg,* a. a. O., § 249 Rn. 60; *Reinking/Eggert,* a. a. O., Rn. 3492). Diese ist auch vorliegend anwendbar. Mit anderen Worten: Müsste der Kläger das Fahrzeug nicht zurückgeben, amortisierten sich die Reparaturen noch durch dessen weitere Nutzung.

c) Der Anspruch des Klägers ist auch nicht, wie der Beklagte meint, wegen eines Mitverschuldens i. S. von § 254 II 1 BGB (Verletzung der Schadensminderungspflicht) ausgeschlossen oder eingeschränkt. Dem Kläger kann nicht vorgeworfen werden, dass er das Fahrzeug nicht weiter nutzen wollte, ohne die Ursache des unrunden Motorlaufs und der Zündaussetzer zu kennen bzw. ohne diese Phänomene möglichst beheben zu lassen. Zu Recht weist die Berufungsreplik darauf hin, dass die Fehlersuche nicht zur Frage erfolgte, wie hoch der Motorölverbrauch ist, sondern zu den Ursachen der Zündaussetzer und des unrunden Motorlaufs. Dem Kläger kann mithin nicht vorgeworfen werden, er hätte auf die Werkstattaufenthalte verzichten müssen, weil ihm der hohe Ölverbrauch bekannt war.

d) Verjährung ist auch insoweit nicht eingetreten (s. oben B III 2 d).

V. Auf Antrag des Klägers ist auch festzustellen, dass im Übrigen der Rechtsstreit in der Hauptsache erledigt ist.

1. Bei dem in der einseitig geblieben teilweise Erledigungserklärung des Klägers … liegenden Antrag auf Feststellung der teilweisen Erledigung der Hauptsache handelt es sich um eine nach § 264 Nr. 2 ZPO privilegierte Klagänderung (Antragsbeschränkung durch einen Übergang von einem Leistungsantrag zu einem Feststellungsantrag, s. nur BGH, Urt. v. 19.06.2008 – IX ZR 84/07, NJW 2008, 2580 Rn. 8), sodass § 533 ZPO schon nicht anwendbar ist.

2. Der Antrag ist auch begründet, weil in der Höhe des Differenzbetrags zwischen dem ursprünglichen und dem zuletzt mit dem Antrag zu 1 geltend gemachten Zahlbetrag von (21.700 € – 20.518,68 € =) 1.181,32 € die Erledigung der Hauptsache eingetreten ist.

a) Eine (hier: teilweise) Erledigung der Hauptsache liegt dann vor, wenn die eingereichte Klage auch insoweit zulässig und begründet war, aber durch ein nach Eintritt der Rechtshängigkeit eingetretenes Ereignis gegenstandslos geworden ist (BGH, Urt. v. 19.06.2008 – IX ZR 84/07, NJW 2008, 2580 Rn. 10 m. w. Nachw.).

b) Das ist hier der Fall. Der Antrag zu 1 war zunächst in voller Höhe zulässig und begründet, weil der Anspruch auf Rückzahlung des vollen Kaufpreises bestand. Denn es findet keine automatische Verrechnung des Anspruchs auf Rückzahlung des Kaufpreises mit dem Anspruch des Verkäufers auf Nutzungsersatz statt, vielmehr muss der Verkäufer Letzteren geltend machen (BGH, Urt. v. 26.06.1991 – VIII ZR 198/90, BGHZ 115, 47 = NJW 1991, 2484 [unter III]; OLG Düsseldorf, Urt. v. 08.03.2016 – I-21 U 110/14, juris Rn. 33; *Reinking/Eggert,* a. a. O., Rn. 1181 m. w. Nachw.). Teilweise unbegründet wurde die Klage insoweit mithin erst, als und nachdem der Beklagte im Rechtsstreit mit seinem Vorbringen …, der Kläger müsse sich in jedem Fall eine Nutzungsentschädigung für die von ihm zwischenzeitlich gefahrenen Kilometer anrechnen lassen, seinen Anspruch auf Nutzungsersatz geltend gemacht hat (der Verkäufer ist nicht gezwungen aufzurechnen, sondern kann sich darauf beschränken, den ihm zustehenden Gegenanspruch auf Nutzungsersatz im Wege der Einrede geltend zu machen, vgl. nur BGH, Urt. v. 16.10.2009 – V ZR 203/08, NJW 2010, 146 Rn. 20; *Reinking/Eggert,* a. a. O., Rn. 1183). …

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.