Beweislastumkehr nach § 476 BGB bei einem älteren Gebrauchtwagen

1. **Die in § 476 BGB a.F. (= § 477 BGB n.F.) vorgesehene Beweislastumkehr kommt grundsätzlich auch dem Käufer einer gebrauchten Sache, insbesondere eines gebrauchten Kraftfahrzeugs, zugute.**

2. **Auch der Käufer eines älteren Gebrauchtwagens – hier: eines rund zwölf Jahre alten BMW 530d Touring mit einer Laufleistung von etwa 135.000 km – kann, wenn der Verkäufer nichts Gegenteiliges angegeben hat und die Parteien nichts Abweichendes vereinbart haben, davon ausgehen, dass das Fahrzeug uneingeschränkt fahrbereit ist.**

3. **Pkw der mittleren und der gehobenen Klasse erreichen heutzutage Gesamtfahrleistungen von 200.000 bis 300.000 km (im Anschluss an KG, Urt. v. 23.05.2013 – 8 U 58/12, juris Rn. 14 m. w. Nachw.). Deshalb kann bei der Berechnung der Nutzungsentschädigung, die der Käufer eines BMW 530d Touring dem Verkäufer bei einer Rückabwicklung des Kaufvertrags gemäß § 346 I, II 1 Nr. 1 BGB schuldet, ohne Weiteres eine zu erwartende Gesamtlaufleistung von 250.000 € angesetzt werden.**

LG Düsseldorf, Urteil vom 07.03.2018 – 23 O 236/16
(nachfolgend: OLG Düsseldorf, Urteil vom 30.11.2018 – 22 U 52/18)

Sachverhalt: Der Kläger begehrt die Rückabwicklung eines Kaufvertrags über einen Gebrauchtwagen.

Er kaufte von dem Beklagten, der unter der Firma „Autohaus *M*“ mit Kraftfahrzeugen handelt, am 15.02.2016 einen circa zwölf Jahre alten Pkw BMW 530d Touring zum Preis von 10.100 €. Dessen Laufleistung betrug damals ausweislich des schriftlichen Kaufvertrags circa 135.000 km. In dem Kaufvertrag heißt es außerdem:

> „Im Falle der Gewährleistung sorgt der Käufer dafür, dass das Fahrzeug zum Autohaus verbracht wird, und übernimmt alle für den Transport anfallenden Kosten. Aufgrund diverser optischen und technischen Mängel wurde ein Preisnachlass von 390 € vereinbart.“

Das Fahrzeug wurde dem Kläger, der es vor Abschluss des Kaufvertrags Probe gefahren hatte, am 18.02.2016 übergeben.

Mit anwaltlichem Schreiben vom 02.06.2016 zeigte der Kläger dem Beklagten einen Defekt des Turboladers an und forderte den Beklagten auf, seine Verpflichtung zur Mangelbeseitigung anzuerkennen. Der Beklagte wurde ferner aufgefordert, bis zum 09.06.2016 mitzuteilen, wann der Kläger ihm das Fahrzeug zur Reparatur bringen solle. Der Beklagte reagierte auf dieses Schreiben nicht.

Am 16.06.2016 brachte der Kläger seinen Pkw in die Werkstatt eines BMW-Vertragshändlers (Autohaus *L*-GmbH & Co. KG), der einen Kostenvoranschlag bezüglich der Reparatur bzw. eines Austauschs des Turboladers erstellte. Anschließend – mit anwaltlichem Schreiben vom 17.06.2016 – informierte der Kläger den Beklagten darüber, dass ausweislich des Kostenvoranschlags nicht nur der Turbolader defekt sei, sondern möglicherweise auch der Abgaskrümmer einen Riss aufweise, Er forderte den Beklagten (erneut) dazu auf, bis zum 23.06.2016 seine Pflicht zur Mangelbeseitigung anzuerkennen und zuzusagen, die Kosten für den Transport des Pkw nach Düsseldorf zu übernehmen. Der Beklagte teilte mit Schreiben vom 20.06.2016 unter anderem mit, dass er „aus Kulanz eine Überprüfung des Fahrzeugs“ anbiete.

Am 03.07.2017 erklärte der Kläger gegenüber dem Beklagten den Rücktritt vom Kaufvertrag.

Der Kläger behauptet, dass Anfang Mai 2016, nachdem er rund 5.000 km mit dem streitgegenständlichen Pkw zurückgelegt gehabt habe, ein Defekt des Turboladers eingetreten sei. Nach Auffassung des Klägers weist das Fahrzeug deshalb einen Sachmangel auf, dessen Beseitigung – so behauptet der Kläger – ausweislich des eingeholten Kostenvoranschlags einen Kostenaufwand von 2.546,23 €. erforderlich mache. Wegen des defekten Turboladers sei der Pkw nicht mehr fahrtüchtig gewesen. Darüber sei der Beklagte informiert worden. Die am 16.06.2016 durchgeführte Untersuchung des Fahrzeugs in der BMW-Vertragswerkstatt habe ergeben, dass der Abgaskrümmer einen Riss habe und ebenfalls defekt sei; dies sei mit hoher Wahrscheinlichkeit die Ursache für den Defekt des Turboladers. Der Kläger meint, er sei mangelbedingt wirksam von dem mit dem Beklagten geschlossenen Kaufvertrag zurückgetreten, nachdem der Beklagte eine Nachbesserung des Pkw mit Schreiben vom 20.06.2016 abgelehnt habe.

Mit seiner Klage hat der Kläger den Beklagten auf Zahlung von 10.617,65 € nebst Zinsen in Anspruch genommen. Dieser Betrag setzt sich zusammen aus dem Kaufpreis für das Fahrzeug (10.100 €), den Kosten für die An- und Abmeldung des Pkw (100 €), den Prämien für die Kfz-Versicherung (386,55 €) sowie der Kraftfahrzeugsteuer (177,59 €). Außerdem hat der Kläger die Feststellung des Annahmeverzugs des Beklagten sowie die Freistellung von vorgerichtlich entstandenen Rechtsanwaltskosten in Höhe von 975,95 € begehrt.

Der Beklagte ist der Klage entgegengetreten. Er behauptet, dass bei der Übergabe des Pkw an den Kläger weder der Turbolader noch der Abgaskrümmer defekt gewesen sei. Vielmehr habe das Fahrzeug – ein Gebrauchtwagen – den vereinbarten Zustand gehabt und keinen Mangel aufgewiesen. Die behaupteten Defekte, bei denen es sich lediglich um altersbedingten Verschleiß handele, könnten allenfalls nach der Übergabe des Fahrzeugs an den Kläger eingetreten sein. Hätten die behaupteten Defekte bereits bei der Übergabe vorgelegen – so behauptet der Beklagte –, dann wäre es dem Kläger nicht möglich gewesen, mit dem Pkw noch rund 5.000 km zurückzulegen. Der Beklagte ist schließlich der Auffassung, dass die behaupteten Mängel geringfügig seien und der Kläger jedenfalls deshalb nicht wirksam vom Kaufvertrag zurückgetreten sei. Abgesehen davon enthielten weder das Schreiben des Klägers vom 02.06.2016 noch das Schreiben vom 17.06.2016 eine wirksame Aufforderung zur Nacherfüllung. Vielmehr sei er, der Beklagte, lediglich aufgefordert worden, seine Pflicht zur Nachbesserung grundsätzlich anzuerkennen. Er, der Beklagte, habe eine Nacherfüllung nie grundsätzlich abgelehnt. Der Beklagte behauptet insoweit, er habe mit dem Kläger telefonisch in Kontakt gestanden und diesem mehrmals eine Überprüfung des Pkw angeboten. Alternativ habe er angeboten, einen generalüberholten Turbolader auf seine – des Beklagten – Kosten einzubauen, was der Kläger abgelehnt habe. Der Kläger habe vielmehr darauf bestanden, dass er, der Beklagte, die Kosten für eine Reparatur in einer BMW-Vertragswerkstatt an seinem Wohnort übernehme.

Die Klage hatte im Wesentlichen Erfolg.

Aus den Gründen: I. Die Klage ist … teilweise – in Höhe von 9.685,87 € – begründet, im Übrigen unbegründet. …

1. Der Kläger hat gegen den Beklagten einen Anspruch aus §§ 346 I, 437 Nr. 2 Fall 1, §§ 323 I Fall 2, §§ 433 I, 434 I BGB auf Zahlung von 9.660,87 € Zug um Zug gegen Rückübereignung des Pkw BMW 530d Touring, Fahrgestellnummer ….

Der Kläger hat gemäß § 349 BGB vertreten durch seinen Prozessbevollmächtigten am 03.07.2016 den Rücktritt gegenüber dem Beklagten erklärt. Der Kläger war gemäß § 437 Nr. 2 Fall 1, § 323 I Fall 2 BGB zum Rücktritt vom Kaufvertrag berechtigt.

a) Die Parteien haben … am 15.02.2016 einen schriftlichen Kaufvertrag über ein gebrauchtes Kfz zum Preis von 10.100 € geschlossen.

b) Das Kfz weist einen Sachmangel i. S. des § 434 I 2 Nr. 2 BGB auf. Danach liegt ein Sachmangel vor, wenn sich die Sache nicht für die gewöhnliche Verwendung eignet und demnach nicht die Beschaffenheit aufweist, die bei Sachen der gleichen Art üblich ist und die der Käufer nach der Art der Sache erwarten kann.

Vorliegend sind Teile des Motors, nämlich der Abgaskrümmer sowie der Turbolader, beschädigt. Dies steht aufgrund des Sachverständigengutachtens zur Überzeugung des Gerichts fest. Der Sachverständige *S* hat in seinem schriftlichen Gutachten schlüssig und nachvollziehbar dargelegt, dass der Abgaskrümmer eine deutlich sichtbare Rissbildung von circa 2 cm und einen weiteren minimalen Riss aufweist. Des Weiteren hat der Sachverständige in seinem Gutachten festgestellt, dass der Turbolader einen Defekt aufweist. Die Ladergehäuse zeigen massive Ölansammlungen auf. Das Turbinenrad zeigt zudem markante Ablagerungen in Form von verkoktem Motoröl auf der Turbinenseite. Die Turbinenseite weist spürbares Lagerspiel in radialer Richtung auf.

Wenngleich seitens des Sachverständigens ein kausaler Zusammenhang zwischen beiden Defekten feststellt werden konnte, sind sowohl der Abgaskrümmer als auch der Turbolader, wie vorstehend dargestellt, defekt. Insoweit handelt es sich auch unter Berücksichtigung von Alter und Laufleistung des Fahrzeugs nicht um eine Beschaffenheit, die insoweit erwartet werden kann. Auch der Käufer eines älteren Fahrzeugs kann mangels abweichender Angaben bzw. Vereinbarungen erwarten, dass das Fahrzeug uneingeschränkt fahrbereit ist. Durch den vom Sachverständigen festgestellten Mangel am Turbolader kommt es jedoch, wie im Gutachten ausgeführt worden ist, zu einem Leistungsverlust am Motor sowie möglicherweise zu unkontrollierten Überdrehzahlen. Der Riss im Abgaskrümmer führt zum Austreten von Abgasen und damit zu übermäßig starkem Abgasgeruch im Motorraum.

Hinsichtlich der konkreten Schäden wurde zwischen den Parteien auch nichts Abweichendes vereinbart. Im Kaufvertrag wurde lediglich festgehalten, dass das Fahrzeug „diverse Gebrauchsspuren entsprechend dem Alter des Fahrzeugs“ aufweist. Aufgezählt werden „diverse optische Mängel“ wie „Beulen, Kratzer, Dellen und Rost“. Hinsichtlich des vorgenannten Defekts an Abgaskrümmer und Turbolader enthält der Kaufvertrag jedoch keine Regelung.

b) Beide Mängel lagen bereits bei Gefahrübergang vor.

Für den Umstand, dass ein Mangel bereits bei Gefahrübergang, das heißt bei Übergabe des Fahrzeugs an den Kläger am 18.02.2016, vorgelegen hat, ist der Beklagte beweisbelastet. Insoweit ergibt sich aus § 477 BGB eine Umkehr der Beweislast, wonach vermutet wird, dass ein Sachmangel schon zur Zeit des Gefahrübergangs bestand, wenn dieser sich innerhalb von sechs Monaten zeigt. Die gesetzliche Vermutung geht dahin, dass der Mangel, der sich als Folgemangel zeigt, auch schon zum maßgeblichen Zeitpunkt des Gefahrübergangs als Grundmangel vorgelegen hat (BGH, Urt. v. 23.11.2005 – VIII ZR 43/05, NJW 2006, 434 Rn. 28). Die Vorschrift gilt auch für gebrauchte Sachen, insbesondere für Kfz (vgl. Palandt/*Weidenkaff,* BGB, 77. Aufl. [2018], § 477 Rn. 3).

Die Parteien haben einen Verbrauchsgüterkauf i. S. des § 474 I 1 BGB geschlossen. Der Kläger handelte bei Abschluss des Kaufvertrags als Verbraucher nach § 13 BGB, der Beklagte handelte in Ausübung seiner beruflichen Tätigkeit als Unternehmer nach § 14 BGB.

Es kann in diesem Zusammenhang offenbleiben, ob sich bereits Anfang Mai 2016 Motorprobleme zeigten, welche sich später als Mängel an Abgaskrümmer und Turbolader bestätigten. Eine entsprechende Mängelanzeige des Klägers erfolgte mit Schreiben vom 02.06.2016 und damit jedenfalls innerhalb der sechsmonatigen Frist gemäß § 477 BGB.

Die Vermutung ist auch gerade nicht mit der Art der Sache oder des Mangels unvereinbar. In diesem Zusammenhang berücksichtigt die Kammer auch, dass ein Fahrzeug, welches bereits bei Kauf eine nicht unerhebliche Laufleistung aufwies, naturgemäß einem gewissen Verschleiß unterliegt. Dies schließt jedoch nicht aus, dass ein verschleißbedingter Mangel bereits bei Gefahrübergang vorlag oder es sich um einen Mangel handelt, der auch unter Berücksichtigung von Alter, Laufleistung und Verschleiß ungewöhnlich ist.

Vor diesem Hintergrund bleibt der Beklagte nach § 477 BGB beweisbelastet für den Umstand, dass der Grundmangel bei Gefahrübergang noch nicht vorlag. Dies konnte im Rahmen der Beweiserhebung nicht festgestellt werden.

Das unter anderem zu der entsprechenden Behauptung des Beklagten eingeholte Sachverständigengutachten des Sachverständigen *S* vermag die Beweisfrage, ob die Mängel bei Übergabe nicht vorgelegen und es sich vielmehr um verschleißbedingte Mängel handelt, nicht mit Sicherheit zu beantworten. Der Sachverständige kommt hinsichtlich des defekten Abgaskrümmers zu dem Ergebnis, dass aus technischer Sicht keine aussagekräftige Entstehungsphase des Mangels am Abgaskrümmer – also vor oder nach Übergabe am 18.02.2016 – festgestellt werden kann. Zudem führt der Sachverständige hinsichtlich des defekten Turboladers aus, dass dieser Schaden auf einen schleichenden Verschleißprozess hindeute und einer Entstehungsphase vor der Übergabe kausal zugeordnet werden könne. Dabei stützt sich der Sachverständige auf das im Gutachten dargestellte Schadensbild und führt weiter aus, dass diese Auswirkungen aus technischer Sicht auf eine mögliche Ursache von unzureichenden Wartungsintervallen, insbesondere in Bezug auf den Austausch des Motoröls und des Ölfilters, hindeuteten. Insoweit sind die Ausführungen des Sachverständigen nachvollziehbar, wonach Schmutzpartikel durch zu altes und unzureichend gefiltertes Öl in den Motorkreislauf gelangen und dort Schäden an einzelnen Teilen des Turboladers verursachen können.

Soweit der Beklagte sich in seiner Stellungnahme zum Gutachten gegen die Feststellungen des Sachverständigen wendet, es läge ein Wartungsstau vor, ist zu berücksichtigen, dass der Sachverständige diese Feststellungen nicht nur auf die Serviceunterlagen, die Wartungsnachweise und den im Motorraum vorgefundenen Öl-Zettel stützt, sondern auch auf den in Augenschein genommenen Zustand von Motoröl und Bauteilen. Auch wenn der Sachverständige zum Zustand des Öls ausführt, dass dieses auch aufgrund der langen Standzeit dunkel gefärbt sei, hat er in verschiedenen Bauteilen massive Ölablagerungen festgestellt, die sich im Turbinenrad des Turboladers in Form von verkokten Motoröl gezeigt hätten.

Demgegenüber ergeben sich auch aus den Ausführungen des Sachverständigen keine Anhaltspunkte, dass der von ihm beschriebene und festgestellte Wartungsstau erst nach Übergabe des Fahrzeugs an den Kläger eingetreten ist. Auch wenn seitens des Klägers weder ein Ölwechsel noch eine sonstige Wartung vorgenommen wurde, ist eine Nutzung über einen Zeitraum von wenigen Monaten bei einer Fahrtstrecke von 5.000 km nicht so intensiv, dass hieraus abgeleitet werden kann, erst der Kläger habe Wartungsintervalle überschritten und dadurch die Beschädigung des Turboladers verursacht.

Auch soweit der Beklagte im Schriftsatz vom 27.12.2017 einwendet, die Begutachtung durch den Sachverständigen sei erst mehr als ein Jahr nach Gefahrübergang erfolgt, gibt dies keinen Anlass für eine abweichende Beurteilung. Weder aus dem Umstand, dass das Fahrzeug über eine Strecke von 5.000 km genutzt wurde, noch aus der anschließenden Abstellung in einer Tiefgarage ergeben sich Anhaltspunkte für eine dem Kläger vorwerfbare Beweisvereitelung oder Ähnliches.

c) Der Kläger hat dem Beklagten gemäß § 323 I BGB erfolglos eine angemessene Frist zur Nacherfüllung gesetzt.

Die Fristsetzung muss eine bestimmte und eindeutige Aufforderung zur Leistung, hier zur Nacherfüllung, enthalten (BGH, Beschl. v. 05.10.2010 – IV ZR 30/10, NJW 2011, 224 Rn. 7). Die Aufforderung muss mehr sein als bloß ein höfliches Drängen auf Vertragserfüllung. Die Aufforderung an den Schuldner, sich über seine Leistungsbereitschaft zu erklären, genügt nicht (Palandt/*Grüneberg,* BGB, 77. Aufl. [2018], § 323 Rn. 13).

Eine bestimmte und eindeutige Aufforderung, die über eine bloße Erklärung der Leistungsbereitschaft hinausgeht, liegt vor. Der Kläger, vertreten durch seinen Prozessbevollmächtigten, hat den Beklagten mit Schreiben vom 02.06.2016 zunächst aufgefordert, bis zum 09.06.2016 die Verpflichtung, den Mangel auf seine Kosten zu beseitigen, anzuerkennen. Gleichzeitig enthält die Aufforderung aber den Zusatz „und zwar bis zum 16.06.2016“ sowie die Bitte, bis zum 09.06.2016 mitzuteilen, wann der Kläger das Fahrzeug vorbeibringen soll, damit die Arbeiten durchgeführt werden. Es enthält damit die Aufforderung, bis zum 09.06.2016 anzuerkennen sowie den Mangel bis zum 16.06.2016 zu beseitigen.

Der Beklagte hat schließlich mit Schreiben vom 20.06.2016 dem Kläger mitgeteilt, dass er dem Kläger einen neuen Turbolader mit 50 % Selbstbeteiligung an den Kosten sowie aus Kulanz die Überprüfung des Fahrzeuges anbiete. Diese Reaktion ist nach Auffassung der Kammer als Ablehnung des Nacherfüllungsverlangens des Klägers zu werten. Zwar ist dem Beklagten grundsätzlich eine eigene Prüfungsmöglichkeit zuzubilligen. Im vorgenannten Schreiben, wie offenbar auch in der vorangegangenen Kommunikation, hat sich der Beklagte stets nur hinsichtlich einer hälftigen Kostenübernahme und insoweit auch nur zur Zahlung in Höhe von 750 € bereit erklärt. Aus dem Umstand, dass gleichzeitig „aus Kulanz“ die Überprüfung des Fahrzeugs angeboten wird, lässt sich nach verständiger Würdigung jedoch nicht ableiten, dass gegebenenfalls auch ein höherer Anteil bzw. sämtliche Reparaturkosten getragen würden. Hiergegen spricht der Hinweis des Beklagten im Schreiben vom 20.06.2016, dass es sich um „ein knapp 12-jähriges Fahrzeug mit einer Kilometerleistung von über 130 tkm für einen Bruchteil des Neuwagen-Preises“ handeln würde, da hierin bereits der Einwand zu sehen ist, dass der eingetretene Defekt verschleißbedingt ist und über die bloße Kulanz des Beklagten hinaus keine gewährleistungsrechtlichen Ansprüche des Klägers bestehen.

Soweit der Beklagte vorgetragen hat, er habe in unmittelbarem Kontakt zum Kläger gestanden, ist nicht ersichtlich, inwieweit sich hieraus – in Abweichung zum Inhalt des Schreibens vom 20.06.2016 – eine Bereitschaft des Beklagten zur Nacherfüllung ergeben soll.

Aufgrund der Ablehnung der Nacherfüllung durch den Beklagten ist schließlich auch unerheblich, ob der Kläger seinerseits durch die Vereinbarung im Kaufvertrag wirksam verpflichtet gewesen wäre, das Fahrzeug auf seine Kosten zu der Werkstatt des Beklagten nach Düsseldorf zu verbringen.

d) Ein Rücktritt des Klägers vom Kaufvertrag ist auch nicht gemäß § 323 V 2 BGB ausgeschlossen. Danach kann der Gläubiger, wenn der Schuldner die Leistung nicht vertragsgemäß bewirkt hat, vom Vertrag nicht zurücktreten, wenn die Pflichtverletzung unerheblich ist. Die Erheblichkeitsprüfung erfordert eine umfassende Interessenabwägung. Zu berücksichtigen ist bei behebbaren Mängeln vor allem der für die Mängelbeseitigung erforderliche Aufwand (vgl. Palandt/*Grüneberg,* a. a. O., § 323 Rn. 32). Die Erheblichkeit des Mangels ist in der Regel zu bejahen, wenn die Kosten der Beseitigung mindestens fünf Prozent der vereinbarten Gegenleistung ausmachen (vgl. BGH, Urt. v. 28.05.2014 – VIII ZR 94/13, BGHZ 201, 290 Rn. 30).

In diesem Zusammenhang sind die Ausführungen des Sachverständigen *S* zu berücksichtigen, welche für die Mängelbeseitigung einen Betrag von 7.897,20 € netto bzw. 9.397,67 € brutto ausweisen. Diese Beträge sind vom Sachverständigen nachvollziehbar und überzeugend nach dem System Audatex anhand des festgestellten Schadensbilds errechnet worden. Soweit der Beklagte hierzu einwendet, es handele sich um Stundensätze einer markengebundenen Fachwerkstatt, auf deren Reparatur der Kläger aufgrund des Fahrzeugalters keinen Anspruch habe, führt dies nicht dazu, dass die Mängel als unerheblich i. S. von § 323 V 2 BGB anzusehen sind. Vielmehr läge auch bei deutlich reduzierten Stundensätzen der Kostenaufwand für die Behebung zweifellos deutlich höher als fünf Prozent des Kaufpreises, mithin 505 €.

e) Gemäß der Rechtsfolge des § 346 I BGB hat der Kläger gegen die Beklagte einen Anspruch auf Rückzahlung des Kaufpreises abzüglich gezogener Nutzungen, Zug um Zug gegen Rückgabe des Fahrzeugs (§ 346 II 1 Nr. 2 BGB).

Von dem Kaufpreis in Höhe von 10.100 € ist eine Nutzungsentschädigung für 5.000 km in Abzug zu bringen. Diese errechnet sich hier wie folgt: \({\frac{\text{10.100 €}\times\text{5.000 km}}{\text{115.000 km}}} = \text{439,13 €}\).

Die Kammer geht hierbei gemäß § 287 ZPO von einer mutmaßlichen Gesamtlaufleistung von 250.000 km, 135.000 km bei Übergabe und tatsächlich gefahrenen 5.000 km aus.

Es genügt dem Schätzungsermessen und entspricht allgemeiner Rechtsprechungspraxis, sich an der typspezifischen Gesamtfahrleistung zu orientieren. Pkw der mittleren und gehobenen Klasse erreichen aufgrund des hohen Qualitätsstandards heutzutage Gesamtfahrleistungen von 200.000 bis 300.000 km (KG, Urt. v. 23.05.2013 – 8 U 58/12, juris Rn. 14 m. w. Nachw.; OLG Düsseldorf, Urt. v. 21.01.2008 – I-1 U 152/07; so beispielsweise auch LG Heilbronn, Urt. v. 15.08.2017 – 9 O 111/16; LG Regensburg, Urt. v. 15.12.2016 – 1 O 638/16). Für den streitgegenständlichen Pkw BMW 530d Touring ist nach Auffassung der Kammer nach den vorstehenden Erwägungen eine Gesamtfahrleistung von 250.000 km als realistisch anzunehmen.

Nach der gängigen Berechnungsformel (vgl. OLG Düsseldorf, Urt. v. 18.08.2008 – I-1 U 238/07, juris Rn. 52) ergibt sich somit ein Gebrauchsvorteil in Höhe von $\frac{\text{10.100 €}\times\text{5.000 km}}{\text{(250.000 km – 135.000 km)}} = \text{439,13 €}$.

2. Dem Kläger steht über die Rückzahlung des Kaufpreises hinaus ein weitergehender Zahlungsanspruch lediglich in Höhe einer Kostenpauschale von 25 € gegen den Beklagten zu.

a) Den Kostenaufwand des Klägers, der in Zusammenhang mit der Kommunikation mit dem Beklagten, der Einholung eines Kostenvoranschlags etc. entstanden ist und vom Beklagten im Wege des Schadensersatzes gemäß § 280 I BGB zu erstatten ist, schätzt die Kammer gemäß § 287 ZPO auf 25 €.

b) Hinsichtlich des geleisteten Kaufpreises steht dem Kläger weder ein Anspruch auf Herausgabe von Nutzungen gemäß § 346 I BGB noch auf Wertersatz gemäß § 347 I BGB, zu. Soweit der Kläger hinsichtlich der Höhe tatsächlicher oder jedenfalls möglicher Zinserträge auf den gesetzlichen Zinssatz gemäß § 246 BGB Bezug nimmt, entspricht dieser nicht den Zinsen, die als Nutzungen i. S. von §§ 346, 347 BGB zu erstatten sind. Maßgeblich sind insoweit die tatsächlich auf dem Markt erzielbaren Erträge. Zu deren Höhe ist weder vorgetragen, noch ist aus den Umständen ersichtlich, dass diese aufgrund des allgemeinen niedrigen Zinsniveaus im streitgegenständlichen Zeitraum überhaupt im positiven Bereich gelegen haben.

c) Hinsichtlich der Kosten für An- und Abmeldung, Kfz-Versicherung und -Steuer ergibt sich ein Anspruch weder aus §§ 280 ff. BGB noch aus § 347 II BGB. Hinsichtlich der Höhe der insoweit geltend gemachten Kosten ist der Kläger beweisfällig geblieben. Der Beklagte hat diese Positionen in der Klageerwiderung sowohl dem Grunde als auch der Höhe nach bestritten. Ein Beweisantritt seitens des Klägers erfolgte nicht.

Soweit der Kläger im Termin am 13.03.2017 klargestellt hat, dass diese Kosten für den Zeitraum zwischen Kauf und Rücktritt geltend gemacht werden sollen, ist zudem zu berücksichtigen, dass nach dem klägerischen Vortrag der Mangel erst Anfang Mai 2016 aufgetreten sein soll und das Fahrzeug damit knapp drei Monate nutzbar war und auch tatsächlich genutzt wurde.

3. Der Klageantrag zu 2 ist zulässig. Der Kläger hat ein rechtliches Interesse an der Feststellung des Annahmeverzugs. Denn dies erleichtert die Vollstreckung des Leistungsurteils (BGH, Urt. v. 28.10.1987 – VIII ZR 206/86, juris Rn. 21).

Der Antrag ist auch begründet. Aufgrund des wörtlichen Angebots des Klägers (vgl. § 295 BGB) im Schreiben seiner Prozessbevollmächtigten vom 03.07.2016, das Fahrzeug zurückzugeben, befindet sich der Beklagte seit dem 12.07.2016 im Annahmeverzug. In dem vorgenannten Schreiben wird der Beklagten aufgefordert mitzuteilen, wann die Übergabe des Fahrzeugs erfolgen kann.

4. Der Klageantrag zu 3, mit dem Zahlung „an den Kläger zu Händen der Rechtsanwälte *J* & *M* beantragt wird, ist als Freistellungsantrag hinsichtlich vorgerichtlicher Rechtsanwaltskosten in Höhe von 957,95 € auszulegen.

Soweit der Beklagte in der Klageerwiderung die Zahlung entsprechender Kosten durch den Kläger mit Nichtwissen bestritten hat, kommt dieser Frage aufgrund der begehrten Freistellung keine Bedeutung zu. Umstände für eine Zahlung durch eine Rechtsschutzversicherung und ein damit verbundener Forderungsübergang sind weder vorgetragen noch sonst ersichtlich.

Ein entsprechender Freistellungsanspruch des Klägers ergibt sich aus §§ 280 I, II, 286 I BGB. Der Beklagte befand sich mit der vom Kläger geltend gemachten Nacherfülllung in Verzug. Hinsichtlich der Höhe vorgerichtlicher Kosten berechnet sich der Betrag nach einer 1,3-fachen Geschäftsgebühr sowie der Auslagenpauschalen von 20 € und 19 % Umsatzsteuer nach einem Gegenstandswert von 10.100 €.
…

Hinweis: Die Berufung des Beklagten hatte keinen Erfolg. Das OLG Düsseldorf hat sie mit Urteil vom 30.11.2018 – 22 U 52/18 – zurückgewiesen und ausgeführt:

> „A. Die zulässige Berufung des Beklagten ist unbegründet. Die Entscheidung des Landgerichts beruht nicht auf einer Rechtsverletzung (§ 546 ZPO) und die nach § 529 ZPO zugrunde zu legenden Tatsachen rechtfertigen keine andere Entscheidung (§ 513 ZPO).

I. Der Kläger hat gegen den Beklagten – auch unter Berücksichtigung des Berufungsvorbringens des Beklagten – einen Anspruch aus §§ 346 I, 437 Nr. 2 Fall 1, § 323 I Fall 2, §§ 434 I, 433 I BGB auf Zahlung von insgesamt (9.660,87 € + 25 € =) 9.685,87 € Zug um Zug gegen Rückübereignung des in Rede stehenden Pkw.

1 Das Fahrzeug wies im maßgeblichen Zeitpunkt des Gefahrübergangs *zwei Sachmängel* i. S. des § 434 I 2 Nr. 2 BGB, und zwar in Gestalt eines Mangels am Turbolader sowie eines Mangels am Abgaskrümmer, auf. Die diesbezüglichen Ausführungen des Landgerichts sind sowohl in rechtlicher Hinsicht (insbesondere in Bezug auf die Beweislast des Beklagten unter Anwendung der Vermutung des § 476 BGB a.F. bzw. seit 01.01.2018 § 477 BGB n.F.; *im Folgenden:* § 477 BGB) als auch in tatsächlicher Hinsicht (Beweiswürdigung) in keiner Weise zu beanstanden.

1.1 Unter Anwendung der Vermutung des § 477 BGB ist – wie bereits vom Landgericht im Ergebnis zutreffend ausgeführt – davon auszugehen, dass das streitgegenständliche Fahrzeug bereits bei Übergabe an den Kläger (§ 446 Satz 1 BGB) am 18.02.2016 Mängel i. S. von § 434 I 2 Nr. 2 BGB aufgewiesen hat.

Der BGH hat – unter Aufgabe bzw. Änderung seiner früheren Rechtsprechung – in seinem – insbesondere für den Verkauf von gebrauchten Fahrzeugen mit höherem Alter bzw. höherer Laufleistung – grundlegenden und weitreichenden Urteil vom 12.10.2016 (VIII ZR 103/15, BGHZ 212, 224 = ZIP 2016, 2272), das vom Landgericht im angefochtenen Urteil vom 07.03.2018 jedenfalls ergänzend hätte berücksichtigt werden müssen, ausgeführt, dass § 477 BGB richtlinienkonform zum einen dahin auszulegen ist, dass die dort vorgesehene Beweislastumkehr zugunsten des Käufers schon dann greift, wenn diesem der Nachweis gelingt, dass sich innerhalb von sechs Monaten ab Gefahrübergang ein mangelhafter Zustand (eine Mangelerscheinung) gezeigt hat, der – unterstellt, er hätte seine Ursache in einem dem Verkäufer zuzurechnenden Umstand – dessen Haftung wegen Abweichung von der geschuldeten Beschaffenheit begründen würde. Dagegen muss der Käufer weder darlegen und nachweisen, auf welche Ursache dieser Zustand zurückzuführen ist, noch, dass diese in den Verantwortungsbereich des Verkäufers fällt (im Anschluss an EuGH, Urt. v. 04.06.2015 – C-497/13, ECLI:EU:C:2015:357 = NJW 2015, 2237 Rn. 70 – Faber).

Dabei hat der BGH weiter klargestellt, dass § 477 BGB zum anderen richtlinienkonform dahin auszulegen ist, dass dem Käufer die dort geregelte Vermutungswirkung auch dahin zugutekommt, dass der binnen sechs Monaten nach Gefahrübergang zutage getretene mangelhafte Zustand zumindest im Ansatz schon bei Gefahrübergang vorgelegen hat (im Anschluss an EuGH, Urt. v. 04.06.2015 – C-497/13, ECLI:EU:C:2015:357 = NJW 2015, 2237 Rn. 72 – Faber).

Zur Begründung hat der BGH dort unter anderem ausgeführt, dass die Vermutung des § 477 BGB bereits dann einsetzt, wenn offen ist, ob der eingetretene mangelhafte Zustand auf einer dem Verkäufer zuzurechnenden Ursache oder auf einem sonstigen Grund beruht (BGH, Urt. v. 12.10.2016 – VIII ZR 103/15, BGHZ 212, 224 = ZIP 2016, 2272 Rn. 39 ff.). Folge der in zweifacher Hinsicht gebotenen richtlinienkonformen Auslegung des § 477 BGB ist eine im größeren Maß als bisher angenommene Verschiebung der an sich gemäß § 363 BGB dem Käufer obliegenden Beweislast auf den Verkäufer (BGH, Urt. v. 12.10.2016 – VIII ZR 103/15, BGHZ 212, 224 = ZIP 2016, 2272 Rn. 54 ff. m. w. Nachw.).

Der Verkäufer hat den Beweis zu erbringen, dass die aufgrund eines binnen sechs Monaten nach Gefahrübergang eingetretenen mangelhaften Zustands eingreifende gesetzliche Vermutung, bereits zum Zeitpunkt des Gefahrübergangs habe – zumindest ein in der Entstehung begriffener – Sachmangel vorgelegen, nicht zutrifft. Er hat also darzulegen und nachzuweisen, dass ein Sachmangel zum Zeitpunkt des Gefahrübergangs noch nicht vorhanden war, weil er seinen Ursprung in einem Handeln oder Unterlassen nach diesem Zeitpunkt hat und dem Verkäufer damit nicht zuzurechnen ist. Gelingt ihm diese Beweisführung nicht ‚rechtlich hinreichend', greift zugunsten des Käufers die Vermutung des § 477 BGB auch dann ein, wenn die Ursache für den mangelhaften Zustand oder der Zeitpunkt ihres Auftretens offengeblieben ist, also letztlich ungeklärt geblieben ist, ob überhaupt ein vom Verkäufer zu verantwortender Sachmangel i. S. von § 434 I BGB vorlag.

Daneben verbleibt dem Verkäufer die – vom EuGH (Urt. v. 04.06.2015 – C-497/13, ECLI:EU:C:2015:357 = NJW 2015, 2237 – Faber) nicht gesondert erörterte – Möglichkeit, sich darauf zu berufen und nachzuweisen, dass das Eingreifen der Beweislastumkehr des § 477 BGB ausnahmsweise bereits deswegen ausgeschlossen sei, weil die Vermutung, dass bereits bei Gefahrübergang im Ansatz ein Mangel vorlag, mit der Art der Sache oder eines derartigen Mangels unvereinbar (§ 477 letzter Halbsatz BGB) sei (vgl. BGH, Urt. v. 14.09.2005 – VIII ZR 363/04, NJW 2005, 3490, 3492 f.; vgl. auch Art. 5 III der Verbrauchsgüterkaufrichtlinie).

Zur Widerlegung der Vermutung des § 477 BGB hat der Verkäufer den Beweis des Gegenteils (§ 292 ZPO) dahin zu erbringen, dass der binnen sechs Monaten nach Gefahrübergang aufgetretene mangelhafte Zustand auf eine nach Gefahrübergang eingetretene, ihm nicht zuzurechnende Ursache – sei es auf ein Verhalten des Käufers oder eines Dritten, sei es auf sonstige Umstände (EuGH, Urt. v. 04.06.2015 – C-497/13, ECLI:EU:C:2015:357 = NJW 2015, 2237 Rn. 73 ff. – Faber), etwa eine übliche Abnutzungserscheinung nach Gefahrübergang – zurückzuführen ist (vgl. BGH, Urt. v. 12.10.2016 – VIII ZR 103/15, BGHZ 212, 224 = ZIP 2016, 2272 Rn. 59 m. w. Nachw.). Hierfür ist eine Erschütterung der Vermutung nicht ausreichend; erforderlich ist vielmehr der volle Beweis des Gegenteils der vermuteten Tatsache. Es ist damit die volle richterliche Überzeugung nach § 286 I ZPO gefordert, wobei es eines für das praktische Leben brauchbaren Grads von Gewissheit bedarf, der Zweifeln Schweigen gebietet, ohne sie völlig auszuschließen (vgl. BGH, Urt. v. 12.10.2016 – VIII ZR 103/15, BGHZ 212, 224 = ZIP 2016, 2272 Rn. 60 m. w. Nachw.).

Für eine Herabsetzung des Beweismaßes zugunsten des Verkäufers dahin gehend, dass die Vermutung des § 477 BGB schon dann ausgeschlossen sei, wenn mit ‚überwiegender Wahrscheinlichkeit' anzunehmen sei, dass der später aufgetretene mangelhafte Zustand erst auf einem nach Lieferung in Gang gesetzten Kausalverlauf beruhe (etwa auf einem Fehlgebrauch der Sache), ist kein Raum. § 292 ZPO beansprucht – auch im Einklang mit den vom EuGH hervorgehobenen Grundsätzen der Äquivalenz und der Effektivität – generelle Geltung (vgl. BGH, Urt. v. 12.10.2016 – VIII ZR 103/15, BGHZ 212, 224 = ZIP 2016, 2272 Rn. 61 m. w. Nachw.). Allerdings ist zu berücksichtigen, dass auch die volle richterliche Überzeugungsbildung nach § 286 I ZPO keine absolute oder unumstößliche Gewissheit im Sinne des wissenschaftlichen Nachweises voraussetzt. Daher darf sich ein Richter dadurch, dass sich ein Gutachter nur auf Wahrscheinlichkeitsgrade festlegt, nicht von der Bildung einer persönlichen Überzeugung – insbesondere zum Grad einer praktischen Wahrscheinlichkeit bestimmter Ursachenzusammenhänge – abhalten lassen (vgl. BGH, Urt. v. 12.10.2016 – VIII ZR 103/15, BGHZ 212, 224 = ZIP 2016, 2272 Rn. 62 m. w. Nachw.).

Bei Beachtung dieser Grundsätze wird den im Schrifttum geäußerten Bedenken, dass mit der oben aufgezeigten Beweislastverteilung die Grenzen zwischen Sachmängelhaftung (§ 434 BGB) und Haltbarkeitsgarantie (§ 443 BGB) verwischt würden, angemessen Rechnung getragen. Zudem kommen dem Verkäufer in den Fällen, in denen dem Käufer eine zumindest fahrlässige Beweisvereitelung anzulasten ist, Beweiserleichterungen bis hin zu einer Beweislastumkehr zugute. Unabhängig davon kann der Käufer in Einzelfällen gehalten sein, nach den Grundsätzen der sekundären Darlegungslast Vortrag zu seinem Umgang mit der Sache nach Gefahrübergang zu halten (BGH, Urt. v. 12.10.2016 – VIII ZR 103/15, BGHZ 212, 224 = ZIP 2016, 2272 Rn. 63 m. w. Nachw.)

Unter Berücksichtigung dieser (im Zeitpunkt des am 07.03.2018 verkündeten erstinstanzlichen Urteils bereits seit Längerem – nebst umfangreicher Kommentierung in der Literatur – vorliegenden) Änderung der Rechtsprechung des BGH ist der Beklagte dafür darlegungs- und beweisfällig, dass das Eingreifen der Beweislastumkehr des § 477 BGB ausnahmsweise bereits deswegen ausgeschlossen sei, weil die Vermutung, dass bereits bei Gefahrübergang im Ansatz ein Mangel vorlag, mit der Art der Sache (dazu unter 1.1.1) bzw. mit der Art des Mangels bzw. der Mängel i. S. § 477 Halbsatz 2 BGB unvereinbar ist (dazu unter 1.1.2). Der Beklagte ist auch hinreichende Darlegungen bzw. den ihm obliegenden (Gegen-)Beweis i. S. von § 477 Halbsatz 1 BGB, § 292 ZPO fällig geblieben, dass die Mängel des Fahrzeugs am Turbolader und am Abgaskrümmer im Zeitpunkt des Gefahrübergangs noch nicht vorlagen (dazu unter 1.2).

1.1.1 Der Beklagte ist im Rahmen der – vom EuGH (Urt. v. 04.06.2015 – C-497/13, ECLI:EU:C:2015:357 = NJW 2015, 2237 – Faber) nicht gesondert erörterten – Möglichkeit, sich darauf zu berufen und nachzuweisen, dass das Eingreifen der Beweislastumkehr des § 477 BGB ausnahmsweise bereits deswegen ausgeschlossen sei, weil die Vermutung, dass bereits bei Gefahrübergang im Ansatz ein Mangel vorlag, *mit der Art der Sache oder der Art des Mangels unvereinbar* (§ 477 letzter Halbsatz BGB) sei (vgl. BGH, Urt. v. 14.09.2005 – VIII ZR 363/04, NJW 2005, 3490, 3492 f.; vgl. auch Art. 5 III der Verbrauchsgüterkaufrichtlinie), hinreichende Darlegungen bzw. einen Beweis fällig geblieben.

Die – vom Verkäufer darzulegenden bzw. zu beweisenden – Voraussetzungen der Ausnahmeregel des § 477 Halbsatz 2 BGB (‚es sei denn') führen nicht schon bei ernsthaften Zweifeln an der Anfänglichkeit zum Ausschluss des § 477 Halbsatz 1 BGB, sondern erst dann, wenn das konkrete Erscheinungsbild der Sache oder des Mangels dem Anschein nach aufgrund eines typischen Geschehensablaufs nach allgemeiner Lebenserfahrung auf eine nachträgliche Mangelentstehung schließen lässt und deshalb das Vorliegen des Mangels bei Gefahrübergang hinreichend wahrscheinlich ist; der Käufer kann dann aber den Anschein durch den Nachweis der ernsthaften Möglichkeit eines anderen Geschehensablaufs erschüttern (vgl. Palandt/*Weidenkaff,* BGB, 77. Aufl. [2018], § 477 Rn. 9 m. w. Nachw.).

Eine Unvereinbarkeit der Vermutung des § 477 Halbsatz 1 BGB mit der Art der Sache betrifft insbesondere leicht verderbliche Waren; sie kann aber auch bei gebrauchten Sachen (insbesondere Kraftfahrzeugen) wegen Alters oder Abnutzung eingreifen, wobei indes die Art des Mangels zu berücksichtigen ist (vgl. OLG Köln, Urt. v. 11.11.2013 – 22 U 88/03, NJW-RR 2004, 268; OLG Celle, Urt. v. 04.08.2004 – 7 U 30/04, NJW 2004, 3566; Palandt/*Weidenkaff,* a. a. O., § 477 Rn. 10 m. w. Nachw.; Erman/*Grunewald,* BGB, 14. Aufl. [2014], § 476 Rn. 7 m. w. Nachw.).

Bei dem Ausnahmetatbestand des § 477 Halbsatz 2 BGB hat der deutsche Gesetzgeber in erster Linie an gebrauchte Sachen (und damit auch an gebrauchte Fahrzeuge) gedacht. Hier – so die amtliche Begründung (vgl. BT-Drs. 14/6040, S. 245) – bestehe ‚schon wegen des sehr unterschiedlichen Grads der Abnutzung' kein allgemeiner Erfahrungssatz des Inhalts, dass ein Mangel, der sich binnen sechs Monaten zeige, schon bei Übergabe vorhanden gewesen sei. Der als Ausnahme konzipierte Tatbestand ‚Art der Sache' rechtfertigt indes keinen allgemeinen Ausschluss der Vermutung des § 477 Halbsatz 1 BGB beim Verkauf von gebrauchten Fahrzeugen. Der Gesichtspunkt der Abnutzung ist nicht tragfähig, um die Beweisvermutung des § 477 BGB bei gebrauchten Fahrzeugen generell auszuschließen. Wo indes gewöhnlicher Verschleiß und Alterung und daraus resultierende Folgeschäden vorliegen, ist § 477 BGB mangels Vertragswidrigkeit von vorneherein kein Thema, denn es fehlt bereits ein Sachmangel, und ohne einen solchen stellt sich schon die Zeitfrage (i. S. von § 477 BGB) nicht. Es ist insoweit im Ansatz verfehlt, jeden technischen Defekt ausnahmslos mit einem Sachmangel gleichzusetzen (vgl. *Reinking/Eggert,* Der Autokauf, Rn. 3330 ff., 3335, 3384 ff. m. w. Nachw.). Bei bestimmten Typen, etwa Oldtimern, kann ein Fall der Unvereinbarkeit der Vermutung des § 477 BGB wegen der Art der Sache anzunehmen sein, gegebenenfalls im Rahmen einer Gesamtschau beider Unvereinbarkeitstatbestände (nach Art der Sache bzw. nach Art des Sachmangels, vgl. *Reinking/Eggert,* a. a. O., Rn. 3336, 3384 ff. m. w. Nachw.).

Gemessen daran mag das vom Kläger – spätestens – Anfang Juni 2016 hinreichend gerügte Mangelsymptom „Leistungsverlust des Motors, Verdacht auf Defekt des Turboladers“ zwar auf einen bei einem Gebrauchtwagen mit einer Laufleistung von circa (135.000 km + 5.000 km =) 140.000 km grundsätzlich in Betracht zu ziehenden verschleißbedingten Defekt zurückzuführen sein. Dies führt indes gerade nicht bereits zu einer Verneinung der (vorgelagerten) und vom Beklagten als Verkäufer dazulegenden bzw. zu beweisenden Voraussetzung, dass die Anwendung der Vermutung des § 477 Halbsatz 1 BGB schon wegen Unvereinbarkeit der Vermutung mit der ‚Art der Sache‘ i. S. von § 477 Halbsatz 2 Fall 1 BGB ausgeschlossen ist. Vielmehr ist der Beklagte – entsprechend den nachstehenden Feststellungen des Senats zur Beweislast des Beklagten gemäß §§ 292, 286 ZPO im Rahmen der Vermutung von § 477 BGB und zur entsprechenden Beweiswürdigung im angefochtenen Urteil auf Grundlage der Ausführungen des Sachverständigen *S* (im Lichte der o. a. Rechtsprechung) – dafür beweisfällig, dass es sich bei den vom Kläger bereits circa vier Monate bzw. bereits nach einer Laufleistung von 5.000 km seit Gefahrübergang gerügten Mängeln um normalen Verschleiß des konkret in Rede stehenden Fahrzeugtyps bzw. Fahrzeugs handelt und infolgedessen die Vermutung des § 477 BGB bereits deswegen ausgeschlossen ist, weil der vom Kläger gerügte Mangel mit der ‚Art der Sache‘ (d. h. hier dem konkret in Rede stehenden gebrauchten Kraftfahrzeug, Baujahr 2004, Laufleistung ca. 135.000 km) i. S. von § 477 Halbsatz 2 Fall 1 BGB unvereinbar ist.

1.1.2 Eine Unvereinbarkeit der Vermutung des § 477 Halbsatz 2 Fall 2 BGB mit der *Art des Sachmangels* kommt insbesondere für einen Tierkauf (Eintritt der Infektion, Ausbruch der Krankheit) in Betracht. Von einer Unvereinbarkeit der Vermutung mit der Art des Sachmangels ist indes nicht bereits auszugehen bei einem Sachmangel, der typischerweise jederzeit nach Übergabe eintreten kann (z. B. ein Karosserieschaden an einem gebrauchten Fahrzeug) und für sich genommen keinen hinreichend wahrscheinlichen Rückschluss auf das Vorliegen bei Gefahrübergang zulässt (vgl. BGH, Urt. v. 14.09.2005 – VIII ZR 363/04, NJW 2005, 3490, 3492; Urt. v. 21.12.2005 – VIII ZR 49/05, NJW 2006, 1195 Rn. 15; Urt. v. 11.07.2007 – VIII ZR 110/06, NJW 2007, 2619 Rn. 10), wohl aber dann, wenn es sich um eine äußerliche Beschädigung handelt, die auch einem fachlich nicht versierten Käufer hätte auffallen müssen (BGH, Urt. v. 14.09.2005 – VIII ZR 363/04, NJW 2005, 3490, 3492; Urt. v. 21.12.2005 – VIII ZR 49/05, NJW 2006, 1195 Rn. 16; Palandt/*Weidenkaff,*, a. a. O., § 477 Rn 11 m. w. Nachw.; *Witt,* ZGS 2007, 386, 391).

Der BGH (Urt. v. 14.09.2005 – VIII ZR 363/04, NJW 2005, 3490, 3492) hat dazu in den Gründen ausgeführt, dass schon der Wortlaut von § 477 BGB erkennen lässt, dass die Vermutung im Regelfall zugunsten des Käufers eingreifen und nur ausnahmsweise wegen der Art der Sache oder des Mangels ausgeschlossen sein soll. Mit diesem Regel-?Ausnahme-?Verhältnis wäre es nicht zu vereinbaren, die Vermutung immer schon dann scheitern zu lassen, wenn es um einen Mangel geht, der jederzeit auftreten kann, und es demzufolge an einer hinreichenden Wahrscheinlichkeit dafür fehlt, dass er bereits bei Gefahrübergang vorhanden war. Die Vermutungsregelung liefe dann regelmäßig gerade in den Fällen leer, in denen der Entstehungszeitpunkt des Mangels nicht zuverlässig festgestellt werden kann. Durch eine derartige Einengung der Beweislastumkehr würde der mit der Regelung intendierte Verbraucherschutz weitgehend ausgehöhlt. Ob dem Berufungsgericht in dem vom BGH entschiedenen Fall auch darin zu folgen war, dass die Vermutung des § 477 BGB dann nicht eingreift, wenn der Verkäufer den Mangel, sofern dieser schon bei Gefahrübergang vorhanden war, nicht erkennen konnte, bedurfte dort keiner Entscheidung. Nach den Feststellungen des Berufungsgerichts war die dortige Verformung der Karosserie im vorderen rechten Bereich des Fahrzeugs für den Mitarbeiter der Beklagten erkennbar. Der BGH hat dort indes weiter ausgeführt, dass die Vermutung, dass ein Mangel bereits bei Gefahrübergang vorgelegen hat, dann i. S. von § 477 Halbsatz 2 Fall 2 BGB mit der Art des Mangels unvereinbar ist, wenn es sich um äußerliche Beschädigungen der Kaufsache handelt, die auch dem fachlich nicht versierten Käufer auffallen müssen. Denn in einem solchen Fall ist zu erwarten, dass der Käufer den Mangel bei der Übergabe beanstandet. Hat er die Sache ohne Beanstandung entgegengenommen, so spricht dies folglich gegen die Vermutung, der Mangel sei schon bei Gefahrübergang vorhanden gewesen. Um eine derartige Beschädigung handelte es sich nach den Feststellungen im dortigen Fall indessen nicht, sondern es handelte sich dort um eine geringfügige Beschädigung, die dem dortigen Kläger bei der Übergabe des Fahrzeugs nicht auffallen musste (vgl. BGH, Urt. v. 14.09.2005 – VIII ZR 363/04, NJW 2005, 3490, 3492 f.).

Daraus folgt, dass auch (und gerade) bei verdeckten Mängeln einem Verbraucher die Anwendbarkeit der Vermutung des § 477 BGB nicht verwehrt werden kann und es bei einem gewerblichen Verkäufer nicht auf dessen konkrete Möglichkeiten zur Mangelerkennung ankommen kann (vgl. BGH, Urt. v. 11.07.2007 – VIII ZR 110/06, NJW 2007, 2619 Rn. 11; *Reinking/Eggert,* a. a. O., Rn. 3341 m. w. Nachw.; Palandt/*Weidenkaff,* a. a. O., § 477 Rn. 9). Im Fall der Ausnahmeregelung des § 477 Halbsatz 2 Fall 2 BGB bleibt dem Verkäufer damit im Ergebnis nur die – in aller Regel wenig erfolgversprechende – Möglichkeit, darzulegen und zu beweisen, dass dem Käufer das bevorstehende Erreichen der Verschleißgrenze (d. h. der damit einhergehende Funktionsausfall) schon bei Übergabe hätte auffallen müssen (vgl. *Reinking/Eggert,* a. a. O., Rn. 3397 f. m. w. Nachw.).

Gemessen daran ist hier weder vorgetragen noch sonst ersichtlich, dass dem Kläger die Mängel des Fahrzeugs am Turbolader bzw. am Auspuffkrümmer im Zeitpunkt des Gefahrübergangs bzw. – zumindest – der dadurch bedingte, kurzfristig bevorstehende Funktionsausfall hätten auffallen müssen.

1.2 Da damit § 477 BGB nicht ausnahmsweise gemäß § 477 Halbsatz 2 BGB ausgeschlossen ist, ist der Beklagte hier ihm obliegende hinreichende Darlegungen bzw. den ihm obliegenden (Gegen-)Beweis (§§ 286, 292 ZPO) im Sinne der Vermutungsregel des § 477 BGB fällig geblieben, dass die Mängel des Fahrzeugs am Turbolader bzw. am Auspuffkrümmer im Zeitpunkt des Gefahrübergangs noch nicht vorlagen.

Der Beklagte hat insbesondere weder dargelegt noch den ihm obliegenden Vollbeweis i. S. von §§ 286, 292 ZPO erbracht, dass der binnen sechs Monaten nach Gefahrübergang aufgetretene mangelhafte Zustand auf eine erst nach Gefahrübergang eingetretene, ihm nicht zuzurechnende Ursache – sei es auf ein Verhalten des Käufers oder eines Dritten, sei es auf sonstige Umstände, etwa eine übliche Abnutzungserscheinung nach Gefahrübergang – zurückzuführen ist. Vielmehr ist die Beklagte bei verständiger Würdigung der erstinstanzlichen Tatsachenfeststellung auch unter Berücksichtigung seines Berufungsvorbringens dafür darlegungs- bzw. beweisfällig, dass der vom Kläger – unstreitig spätestens – Anfang Juni 2016 (nach einer Fahrleistung seit Gefahrübergang von nur ca. 5.000 km bzw. bei einer Gesamtlaufleistung des Fahrzeugs von ca. 140.000 km) gerügte Leistungsverlust infolge der Mängel des Turboladers bzw. des Abgaskrümmers nicht auch schon bei der Übergabe des Fahrzeugs – etwa 3,5 Monate zuvor am 15.02.2016 (bei einem Kilometerstand von ca. 135.000) – vorgelegen hat bzw. in diesem Zeitpunkt nicht zumindest technisch bereits angelegt war.

1.2.1 Der Beklagte hat den ihm obliegenden Vollbeweis i. S. von § 286, 292 ZPO nicht dadurch geführt, dass es im *Kaufvertrag* vom 15.02.2016 (Anlage K 1, dort im vorgedruckten Text oberhalb des Unterschriftenfelds) unter anderem heißt *‚Das Fahrzeug wurde Probe gefahren, alle Funktionen wurden vor der Auslieferung überprüft.‘*

Als Privaturkunde könnte der vorstehende Inhalt des Kaufvertrags – ungeachtet der weiteren Frage, ob diese AGB-Vereinbarung überhaupt wirksam wäre – gemäß § 416 ZPO vollen Beweis allenfalls dafür erbringen, dass die in ihm enthaltenen Erklärungen von den Ausstellern abgegeben bzw. die dort enthaltenen Handlungen vorgenommen worden sind (vgl. BGH, Urt. v. 14.09.2005 – VIII ZR 363/04, NJW 2005, 3490, 3493). Mehr als ein Indiz für die vom Verkäufer zu beweisende Haupttatsache der Mängelfreiheit bei Übergabe ist dies indes nicht (vgl. *Reinking/Eggert,* a. a. O., Rn. 3344, 2501 ff. m. w. Nachw.).

Auch gegen eine Vermutung der Richtigkeit und Vollständigkeit dieser Formulierung im Kaufvertrag und der darin enthaltenen Sachverhalte zulasten des Käufers sprechen durchgreifende Bedenken, da es dem Käufer in aller Regel – und auch hier – nicht möglich bzw. jedenfalls nicht zumutbar war bzw. ist, alle technischen Einzelfunktionen eines Fahrzeugs einer hinreichenden Überprüfung zu unterziehen. Zudem ist es einem ‚verdeckten‘ Mangel ja gerade immanent, dass er nur durch eine fachmännische Untersuchung aufgedeckt werden kann.

Demgegenüber steht dem Verkäufer im Rahmen des oben angegebenen, von ihm zu führenden Vollbeweises (§ 477 BGB; §§ 286, 292 ZPO) die Möglichkeit offen, etwa durch eine im Einzelnen dokumentierte Übergabeinspektion (insbesondere auch mit einem Protokoll zu den maßgeblichen Fahrzeugdaten bzw. -befunden) und durch entsprechende Unterlagen zur Vita des Fahrzeugs (insbesondere Servicehefte, Inspektions-/Wartungs-/Reparaturrechnungen etc.) seine Beweissituation zu verbessern (vgl. *Reinking/Eggert,* a. a. O., Rn. 3347 m. w. Nachw.).

1.2.2. Auch unter Berücksichtigung der *Ausführungen des Sachverständigen S* hat der Beklagte nicht den ihm obliegenden Vollbeweis geführt, dass die beiden Mängel (am Turbolader bzw. am Abgaskrümmer) bei Übergabe am 15.02.2016 noch nicht vorlagen bzw. nicht zumindest technisch angelegt waren, sondern erst danach bis Anfang Mai 2016 auf Basis eigenständiger technischer Ursachen erstmals eingetreten sind. Zu den damit bereits im Zeitpunkt des Gefahrübergangs – auf Basis der unwiderlegten Vermutung des § 477 BGB – anzunehmenden Mängeln des Fahrzeugs hat der Sachverständige zusammenfassend folgende Ausführungen getroffen, die das Landgericht – unter Berücksichtigung von §§ 529, 531 ZPO mit Bindungswirkung für das Berufungsverfahren – zutreffend dahin gehend gewürdigt hat, dass damit der vom Beklagten zu führende Gegenbeweis i. S. von § 477 BGB, §§ 286, 292 ZPO nicht geführt worden ist:

1.2.2.1 Der *Turbolader* weist einen Defekt dahin gehend auf, dass das Ladergehäuse innen massive Ölansammlungen und das Turbinenrad markante Ablagerungen in Form von verkoktem Motoröl auf der Turbinenseite sowie die Turbinenwelle spürbares Lagerspiel in radialer Richtung aufzeigt. Diese Mängel deuten aus technischer Sicht auf einen schleichenden Verschleißprozess hin, dessen Entstehungsphase dem Zeitraum vor der Übergabe am 18.02.2016 kausal zugeordnet werden kann. Auch der vom Sachverständigen festgestellte Wartungsstau – insbesondere am Motor – deutet auf eine längere Entstehungsphase der festgestellten Mängel am Turbolader hin (vgl. zusammenfassend S. 14 f. des Gutachtens).

Ob damit der Vollbeweis i. S. von § 286 ZPO geführt ist, dass am 18.02.2016 der Mangel am Turbolader bereits vorhanden war, kann dahinstehen. Jedenfalls ist der Beklagte den ihm obliegenden (Gegen-)Beweis i. S. von § 477 BGB, §§ 292, 286 ZPO fällig geblieben, dass er am 18.02.2016 noch nicht vorhanden war.

1.2.2.2 Der *Abgaskrümmer* weist – so der Sachverständige *S* weiter – eine deutlich sichtbare Rissbildung auf einer Länge von circa 2 cm auf; dort ist das Material „durchgerissen“. Ein weiterer minimaler Riss ist zudem an der Oberseite des Abgaskrümmers vorhanden. Aus technischer Sicht konnte der Sachverständige keine aussagekräftige Feststellung dazu treffen, ob dieser Mangel des Abgaskrümmers vor oder nach der Übergabe am 18.02.2016 entstanden ist (vgl. S. 14 des Gutachtens).

Ob damit der Vollbeweis i. S. von § 286 ZPO geführt ist, dass am 18.02.2016 der Mangel am Abgaskrümmer bereits vorhanden war, kann ebenfalls dahinstehen. Jedenfalls ist der Beklagte den ihm obliegenden (Gegen-)Beweis i. S. von § 477 BGB, §§ 292, 286 ZPO fällig geblieben, dass er am 18.02.2016 noch nicht vorhanden war.

1.3 Unter Berücksichtigung der vorstehenden Feststellungen des Senats bleiben die *Berufungseinwände des Beklagten*, soweit er weiterhin das Vorliegen jedweder Mängel im Zeitpunkt des Gefahrübergangs bzw. insoweit seine Beweislast im vorstehenden Umfang in Abrede stellt, ohne Erfolg.

1.3.1 Der Beklagte macht insbesondere ohne Erfolg geltend, das Fahrzeug sei zum Zeitpunkt der Übergabe unstreitig uneingeschränkt fahrbereit gewesen und vom Kläger über circa vier Monate bzw. fast 5.000 km beanstandungsfrei genutzt worden. Der Beklagte schuldete dem Kläger im Zeitpunkt des Gefahrübergangs nicht nur ein ‚fahrbereites', sondern vielmehr ein insgesamt mangelfreies Fahrzeug.

1.3.2 Die vorstehenden Feststellungen des Senats geltend entsprechend für den weiteren Berufungseinwand des Beklagten, soweit der Sachverständige am 23.06.2017 – also erst mehr als ein Jahr nach Gefahrübergang und einer Strecke von fast 5.000 km – Defekte festgestellt habe, lägen hierdurch bedingte Einschränkungen der Fahrbereitschaft bei Übergabe und den folgenden circa vier Monaten (bis zum Eintritt des Leistungsverlusts, der Abstellung des Fahrzeugs und der Einstellung dessen weiteren Nutzung) nicht vor. Es kommt nicht auf den zeitlichen Abstand zwischen dem Gefahrübergang (18.02.2016) und dem Zeitpunkt des (ersten bzw. zweiten) Ortstermins des Sachverständigen (23./28.06.2017) an, da zwischen den Parteien unstreitig ist, dass der Kläger die Mangelsymptome – spätestens – Anfang Juni 2016, das heißt circa 3,5 Monate nach Gefahrübergang am 18.02.2016 und damit innerhalb der Sechsmonatsfrist des § 477 BGB gerügt hat.

1.3.3 Der Beklagte macht mit seiner Berufung ebenso ohne Erfolg geltend, soweit der Sachverständige eine Rissbildung am Abgaskrümmer festgestellt habe, die auf einen ‚schleichenden Verschleißprozess' hindeute und zu deren Entstehungszeitpunkt der Sachverständige keine Angaben habe machen können, sei ein ‚normaler Verschleiß' als mögliche Ursache bei einem Fahrzeug mit diesem Alter und dieser Laufleistung gerade nicht ausgeschlossen, und zu möglichen anderen Ursachen fehlten Aussagen im Sachverständigengutachten, sodass der Kläger für einen Sachmangel beweisfällig sei. Der Beklagte hat – entsprechend der oben angegebenen Rechtsprechung des BGH – die Vermutung des § 477 BGB gemäß §§ 292, 286 ZPO zu entkräften, dass der – spätestens – Anfang Juni 2016 erstmals zur Funktionsbeeinträchtigung/-untauglichkeit des Fahrzeugs führende Verschleiß nicht auf einem übermäßigen Verschleiß beruht. Dass dem Sachverständigen dazu keine Aussage möglich war, geht nach der oben angegebenen Rechtsprechung des BGH zulasten des Verkäufers.

Dass sich die Gewährleistungshaftung des Verkäufers damit faktisch bzw. im Ergebnis durch die Obliegenheit des Verkäufers, die Vermutung des § 477 BGB gemäß §§ 292, 286 BGB zu entkräften, inhaltlich im Sinne einer sechsmonatigen garantieähnlichen Haftung darstellt bzw. dahin gehend erweitert wird, ist daher – im Regelfall – die Konsequenz aus der oben angegebenen Entscheidung des BGH vom 12.10.2016.

1.3.4 Die Berufung des Beklagten wendet – aus den vorstehenden Gründen – ebenso ohne Erfolg ein, auch hinsichtlich des Turboladers habe das Landgericht die Beweislast des Klägers verkannt, und der Kläger sei für einen Sachmangel auch insoweit beweisfällig, denn der Sachverständige habe insoweit lediglich Vermutungen zu möglichen Ursachen (insbesondere in Bezug auf unzureichende Wartungs- bzw. Ölwechselintervalle) angestellt.

1.3.5 Die vorstehenden Feststellungen des Senats geltend entsprechend für den weiteren Berufungseinwand des Beklagten, es lägen laut Gutachten gerade keine Nachweise dafür vor, dass seit dem 21.09.2010 kein Ölwechsel mehr stattgefunden habe, sondern vielmehr habe der Sachverständige im Motorraum noch einen Ölwechselzettel vom 21.09.2012 vorgefunden, was für nicht im Serviceheft vermerkte Wartungen und gegen die Annahme eines Wartungsstaus spreche. Der Beklagte muss den Einwand eines übermäßigen, im Zeitpunkt des Gefahrübergangs bereits angelegten Verschleißes widerlegen, wofür die von ihm vorgetragenen Indizien bzw. Vermutungen (ohne hinreichende Vermutungsgrundlage) jedenfalls nicht genügen. Denn der Beklagt legt für weitere – turnusmäßig notwendige – Motoröl- und Motorölfilterwechsel zwischen dem 21.09.2012 (bei Kilometerstand 113.250) und der Fahrzeugübergabe an den Kläger am 18.02.2016 (immerhin rund drei Jahre und fünf Monate bzw. rund 21.750 km später) gerade keinerlei Belege vor und trägt auch keinerlei tragfähigen Indizien für angebliche weitere, nicht im Serviceheft vermerkte Wartungen vor.

1.3.6 Soweit der Beklagte weiter geltend macht, Feststellungen des Sachverständigen zum Alter (bzw. einer Überalterung) und zum Zustand des Motoröls und Aussagen zum Ursachenzusammenhang und zu erforderlichen Wartungs-/Ölwechselintervallen (bezogen auf Laufleistung bzw. auf Zeitintervalle) sowie zu Anzeigen in der im Fahrzeug vorhandenen Wartungsanzeige fehlten im Gutachten, das damit auf bloßen Spekulationen beruhe, hat er auch damit keinen Erfolg.

Tatsächlich hat der Sachverständige ausgeführt, dass ‚das Motoröl *augenscheinlich* entsprechende Alterungsprozesse aufweist' (vgl. S. 11 des Gutachtens; Hervorhebung durch den Senat). Damit meint der Sachverständige aber – ausweislich seiner nachfolgenden Ausführungen – hinreichend zweifelsfrei mit einem längeren Motorbetrieb (ohne turnusmäßig notwendige Ölwechsel) einhergehende, augenfällige Verschmutzungen des Motoröls verursachte Alterungsprozesse im Sinne einer augenscheinlichen/-fälligen Überalterung des Motoröls.

Zudem hat der Sachverständige den Mangel des Turboladers aus seiner technischen Sicht auf eben diesen Zustand des Motoröls bzw. Motorölfilters zurückgeführt (vgl. zu den schädlichen Auswirkungen von kleinsten Fremdkörpern in überaltertem Öl insbesondere S. 12 des Gutachtens). Zugleich hat der Sachverständige seine technischen Ausführungen zum Turbolader mit der Klarstellung abgeschlossen, dass sich durch einen weiteren Fahrbetrieb infolge des überalterten, verschmutzten Motoröls nebst Motorölfilter kurzfristig ein kapitaler mechanischer Schaden am Turbolader eingestellt hätte (vgl. S. 12 des Gutachtens, vorletzter Absatz). Auch daraus folgt, dass der Beklagte für einen ‚normalen Verschleiß' des Turboladers den ihm obliegenden (Gegen-)Beweis i. S. von § 477 BGB, §§ 292, 286 ZPO fällig geblieben ist.

1.3.7 Entsprechend den vorstehenden Feststellungen des Senats hat das Landgericht – entgegen der Annahme der Berufung des Beklagten – die Beweislast des Klägers nicht verkannt, sondern den Beklagten – wenngleich ohne Bezugnahme auf die aktuelle Rechtsprechung des BGH – zutreffend für beweisfällig erachtet.

1.3.7.1 Daran ändert auch der Hinweis der Berufung des Beklagten nichts, dass normale Abnutzung bzw. normaler Verschleiß gemäß BGH (Urt. v. 15.10.2003 – VIII ZR 227/02, juris Rn. 12) bereits mit dem Abschluss des Produktionsprozesses einsetze. Dafür, dass eine innerhalb der Sechsmonatsfrist auftretende Funktionsbeeinträchtigung bzw. ein innerhalb dieses Zeitraums auftretender Funktionsausfall eines Fahrzeugs auf ‚normalem Verschleiß' und nicht auf ‚übermäßigem Verschleiß' beruht, dessen Ursachen im Zeitpunkt des Gefahrübergangs noch nicht vorhanden bzw. auch noch nicht zumindest angelegt waren, ist der Beklagte als Verkäufer beweispflichtig und – wie oben festgestellt – beweisfällig geblieben.

1.3.7.2 Aus den gleichen Gründen geht auch der weitere Berufungseinwand des Beklagten fehl, hier habe der Sachverständige nicht ausschließen können, dass die von ihm festgestellten Zustände erst nach Gefahrübergang aufgetreten seien. Der Beklagte hätte den ihm obliegenden Beweis i. S. von § 477 BGB, §§ 292, 286 ZPO erst geführt, wenn der Sachverständige hätte ausschließen können, dass hier im Zeitpunkt des Gefahrübergangs kein ‚übermäßiger Verschleiß' vorlag bzw. nicht zumindest bereits angelegt war. Zum anderen ist es insoweit auch nicht entscheidungserheblich, ob das Fahrzeug bei Gefahrübergang (noch) funktionstauglich bzw. fahrtüchtig war, da auch ein solches (noch) funktionstaugliches bzw. fahrtaugliches Fahrzeug den verdeckten Mangel eines übermäßigen Verschleißes in sich tragen kann und dessen (von § 477 BGB gesetzlich vermutetes) Vorliegen bei Gefahrübergang er – als Verkäufer – dann gemäß §§ 292, 286 ZPO entkräften muss, wenn dieser (verdeckte) Mangel innerhalb von sechs Monaten nach Gefahrübergang (durch Funktions-/Fahruntauglichkeit des Fahrzeugs oder auf sonstige Weise) zutage tritt.

2. Die beiden vorstehenden (behebbaren) Mängel sind auch erheblich, da sie sich – unter der notwendigen Interessen- bzw. Gesamtabwägung im Einzelfall – nicht als unerhebliche Pflichtverletzung i. S. von § 323 V 2 BGB darstellen, denn mit ihrer Beseitigung sind Kosten von deutlich mehr als der Regel-Bagatellgrenze von fünf Prozent des Kaufpreises (hier 505 €) verbunden. Insoweit erhebt die Berufung des Beklagten keinen Angriff gegen die diesbezüglichen Ausführungen im angefochtenen Urteil.

3. Der durch anwaltliches Schreiben des Klägers vom 03.07.2016 (Anlage K 6) erklärte Rücktritt ist berechtigt, da der Beklagte die vom Kläger durch Schreiben vom 02.06.2016 (Anlage K 2) und vom 17.06.2016 (Anlage K 4) geforderte *Nacherfüllung* bereits durch sein undatiertes Schreiben (nach Angabe des Beklagten vom 20.06.2016, nach Angabe des Klägers bei seinem Prozessbevollmächtigten eingegangen am 27.06.2016) i. S. von § 323 II Nr. 1, § 281 II Fall 1 BGB (dazu unter 3.1), jedenfalls und erst recht aber durch seine Erklärungen im vorliegenden Prozess (dazu unter 3.2) *ernsthaft und endgültig verweigert* hat.

An eine ernsthafte und endgültige (Nach-)Erfüllungsverweigerung sind nach ständiger Rechtsprechung regelmäßig strenge Anforderungen dahin gehend zu stellen, dass der Schuldner eindeutig – im Sinne eines „letzten Wortes“ – zum Ausdruck bringen muss, er werde seinen Vertragspflichten nicht nachkommen (vgl. BGH, Urt. v. 01.07.2015 – VIII ZR 226/14, juris Rn. 33; *Reinking/Eggert,* a. a. O., Rn. 945 m. w. Nachw.). Ob der Käufer zuvor seinerseits ein Nacherfüllungsverlangen gestellt hatte, das den Anforderungen des BGH genügt (vgl. *Reinking/Eggert,* a. a. O., Rn. 893 ff. m. w. Nachw.), ist zwar regelmäßig irrelevant (vgl. OLG Frankfurt a. M., Beschl. v. 23.02.2016 – 4 U 214/15, juris Rn. 4 f.), kann aber in der notwendigen Gesamtschau in die Bewertung des Verhaltens des Verkäufers einfließen (vgl. *Reinking/Eggert,* a. a. O., Rn. 947).

Die tatsächlichen Voraussetzungen für die Annahme einer endgültigen und ernsthaften (Nach-)Erfüllungsverweigerung hat – da Ausnahmetatbestand – regelmäßig der Käufer zu beweisen. Wesentliche Beweisbedeutung (i. S. eines Urkundenbeweises) hat dabei die gewechselte Korrespondenz. Zudem kann schon der eigene Vortrag des beklagten Verkäufers die Annahme einer ernsthaften und endgültigen Erfüllungsverweigerung rechtfertigen, sodass es keiner (weiteren) Sachaufklärung mehr bedarf (vgl. *Reinking/Eggert,* a. a. O., Rn. 959 m. w. Nachw.).

3.1 Gemessen an den vorstehenden Grundsätzen durfte der Kläger das *(nach Angaben des Beklagten am 20.06.2016 versandte, nach Angaben des Klägers am 27.06.2016 bei dessen Prozessbevollmächtigten eingegangene) Schreiben des Beklagten (Anlage K 5)* in der notwendigen Gesamtschau aller nach seinem Empfängerhorizont maßgeblichen Umstände als ernsthafte und endgültige Verweigerung der Nacherfüllung verstehen.

3.1.1 Dies folgt daraus, dass der Beklagte dort eingangs ausgeführt hat, dass die Aussagen im anwaltlichen Schreiben des Klägers vom 17.06.2016 (Anlage K 4) ‚nicht zutreffend‘ seien. Damit hat der Beklagte bereits eingangs ausdrücklich den seitens des Klägers durch eine BMW-Werkstatt festgestellten Schaden am Turbolader und den (nach dortiger Sichtprüfung des durch den Turbolader teilweise verdeckten Krümmers) zu vermutenden Riss im Abgaskrümmer bestritten.

3.1.2 Soweit der Beklagte im Folgenden dem Kläger ohne Rechtspflichtanerkennung einen neuen Turbolader (mit einer Selbstbeteiligung von 50 % von 1.500 € bzw. 750 €) angeboten hat, gilt dazu Folgendes:

3.1.2.1 Damit hat der Beklagte hinreichend zum Ausdruck gebracht, dass er gerade keinerlei Arbeiten an dem Fahrzeug zur Erfüllung eines Gewährleistungs- bzw. Nacherfüllungsanspruchs des Klägers vornehmen wolle, sondern nur Arbeiten außerhalb dessen, also im Wege der Kulanz.

3.1.2.2 Zudem hat der Beklagte zu dem weiteren vom Kläger gerügten und vom Beklagten im ersten Absatz des oben angegebenen Schreibens bereits ausdrücklich bestrittenen Mangel (dem Riss im Abgaskrümmer) keinerlei weitere Stellung bezogen. Dabei ist zu berücksichtigen, dass jeder einzelne Mangel des Fahrzeugs als Kaufgegenstand Gegenstand eines eigenen Gewährleistungs-/Nacherfüllungsanspruchs ist; dies gilt auch – konsequentermaßen – für die Frage der Nacherfüllungsbereitschaft bzw. -verweigerung. Verlangt der Käufer daher – wie hier – die Beseitigung von zwei Mängeln, ist der Verkäufer aber lediglich – zudem nur vermeintlich außerhalb seiner Gewährleistungspflichten bzw. aus bloßer ‚Kulanz' – bereit, einen der beiden (vorbehaltlich einer ebenso aus bloßer ‚Kulanz' erfolgenden Prüfung und zudem nur unter Kostenbeitrag des Käufers, dazu sogleich) zu beheben, braucht der Käufer sich auf eine Teilinstandsetzung nicht einzulassen. Auch wenn § 266 BGB nicht unmittelbar anwendbar ist, trifft der daraus folgende Gedanke des Gesetzgebers im Hinblick auf den notwendigen Gläubigerschutz auch auf diesen Fall zu (vgl. *Reinking/Eggert,* a. a. O., Rn. 953; vgl. auch *Kniffka,* in: Kniffka/Koeble, Kompendium des Baurechts, 4. Aufl. [2014], 6. Teil Rn. 193).

3.1.2.3 Darüber hinaus hat der Beklagte seine lediglich aus Kulanz angebotenen Arbeiten (zudem beschränkt auf den Turbolader) kategorisch von einem Zuschuss des Klägers in Höhe von 50 % eines neuen Turboladers bzw. 750 € abhängig gemacht, auf den er – jedenfalls in diesem Zeitpunkt – keinen Anspruch hatte.

Es kann in diesem Zusammenhang dahinstehen, ob und inwieweit sich der Käufer eines mangelhaften Gebrauchtwagens (insbesondere mit bereits hohem Alter bzw. hoher Laufleistung) bei Verwendung eines neuen oder neuwertigen Ersatzteils im Wege des sogenannten Vorteilsausgleichs einen Abzug ‚neu für alt' gefallen lassen muss, wobei § 439 BGB eine solche Kostenbeteiligung des Käufers nicht vorsieht (vgl. *Reinking/Eggert,* a. a. O., Rn. 3492, 768, 779 ff.). Ersetzt der Verkäufer ein schadhaftes Altteil – aus eigener Entscheidung – durch ein Neuteil, begründet dies allein jedenfalls noch keine Zuschusspflicht des Käufers (vgl. OLG Hamm, Urt. v. 23.02.2006 – 28 U 164/05, juris Rn. 27; *Reinking/Eggert,* a. a. O., Rn. 3493 m. w. Nachw. in Fn. 83). Eine solche Zuschusspflicht wird auch nicht dadurch ausgelöst, dass der Verkäufer zur Verwendung eines Gebrauchtteils an sich berechtigt gewesen wäre (vgl. *Reinking/Eggert,* a. a. O., Rn. 779 m. w. Nachw.).

Gemessen daran hat der Beklagte hier – abgesehen davon, dass er seine Rechtspflicht zur Gewährleistung/Nacherfüllung ausdrücklich geleugnet hat – seine (nur vermeintlichen) Kulanzleistungen auch noch in unberechtigter Weise kategorisch von einem Zuschuss des Klägers als Gewährleistungsgläubiger zu einer Mängelbeseitigung durch Einbau eines Turboladers als Neuteil abhängig gemacht (vgl. BGH, Urt. v. 02.09.2010 – VII ZR 110/09, juris Rn. 21 ff.; vgl. auch BGH, Urt. v. 25.03.1976 – VII ZR 259/75, juris; *Reinking/Eggert,* a. a. O., Rn. 773, 954 m. w. Nachw.; vgl. zur Möglichkeit eines Zurückbehaltungsrechts im privaten Baurecht analog § 273 BGB, indes nur in Gestalt einer ausreichenden Sicherheitsleistung des Bestellers: BGH, Urt. v. 22.03.1984 – VII ZR 50/82, juris; *Werner/Pastor,* Der Bauprozess, 15. Aufl. [2015], Rn. 3210 m. w. Nachw.; *Kniffka,* in: Kniffka/Koeble, a. a. O., 6. Teil Rn. 55, 66, 176 m. w. Nachw.).

Es kommt hier also nicht darauf an, inwieweit der Beklagte durch Durchführung der Reparatur bzw. des Ersatzes des alten, gebrauchten Turboladers durch ein Neuteil einen Anspruch auf einen Zuschuss gegen den Kläger hätte erwerben können und welche Möglichkeiten ihm insoweit gegebenenfalls offengestanden hätten. Dem Beklagten war es zwar unbenommen, nach der Mängelrüge des Klägers zu versuchen, mit diesem – vor der Nacherfüllung – eine Kostenteilungs-/Zuschussabrede als nacherfüllungsbegleitende Maßnahme zu treffen. Er durfte indes die Zahlung eines Zuschusses von 50 % der Kosten des Neuteils bzw. in Höhe von 750 € nicht mit der Erfüllung seiner vertraglichen bzw. gesetzlichen Pflicht zum Tätigwerden im Rahmen seiner Gewährleistungs-/Nacherfüllungspflichten im Sinne einer kategorischen (Vor-)Bedingung verknüpfen (vgl. *Reinking/Eggert,* a. a. O., Rn. 954 m. w. Nachw.; *Kniffka,* in: Kniffka/Koeble, a. a. O., 6. Teil Rn. 194 m. w. Nachw. in Fn. 733).

3.1.3 Soweit der Beklagte im Folgenden hinzugefügt hat, eine Überprüfung des Fahrzeugs habe er auch angeboten, ist dies – in der notwendigen Gesamtschau der weiteren oben und unten angegebenen Formulierungen des Schreibens – nach dem maßgeblichem objektiven Empfängerhorizont dahin gehend zu verstehen, dass der Beklagte diese Prüfung lediglich als Voraussetzung bzw. (aufschiebende) Bedingung für sein vorstehendes bloßes Kulanzangebot formuliert hat.

3.1.4 Dabei ist ergänzend zu berücksichtigen, dass der Beklagte selbst diese bloße Überprüfung des Fahrzeugs nicht als Teil seiner Gewährleistungs-/Nacherfüllungspflichten dargestellt hat, sondern im letzten Satz dieses Schreibens ausdrücklich erklärt hat, auch die bloße Überprüfung des Fahrzeugs erfolge ‚ohne jegliche Anerkennung einer Rechtspflicht' bzw. ‚aus Kulanz'.

3.1.5 Dafür, dass der Beklagte mit seinem oben angegebenen Schreiben nach dem maßgeblichen objektiven Empfängerhorizont jegliche Gewährleistungsansprüche des Klägers ernsthaft und endgültig in Abrede gestellt hat, sprechen zudem auch der dritte und der vierte Absatz. Dort weist der Beklagte den Kläger ‚hilfsweise' darauf hin, dass er (der Kläger) ein ‚knapp 12-jähriges Fahrzeug mit einer Kilometerleistung von 130 tkm für den Bruchteil des Neuwagen-Preises erworben' habe. Auch damit hat der Beklagte nach dem objektiven Empfängerhorizont hinreichend zweifelsfrei und damit ernsthaft und endgültig zum Ausdruck gebracht, dass er die beiden vom Kläger gerügten Mängel bei einem solchen Fahrzeug offenbar als grundsätzlich außerhalb seiner Gewährleistungspflichten liegend erachtet hat, und nochmals seine Ansicht deutlich kundgetan, dass der Kläger – indes nur vorbehaltlich der ebenfalls allein aus ‚Kulanz' angebotenen Prüfung – daher auch bei der Mangelbeseitigung als solcher auf seine ‚Kulanz' angewiesen sei und darüber hinaus zuvor zudem jedenfalls den bereits bezifferten Zuschuss für den Einbau eines neuen Turboladers leisten müsse.

Insoweit liegt dem vorliegenden Fall ein anderer Sachverhalt zugrunde als dem Urteil des BGH vom 13.07.2011 – VIII ZR 215/10, juris Rn. 26 –, in dem die dortige Beklagte dem Kläger – von sich aus – angeboten hatte, sich aus Kulanz an den Kosten einer etwaigen Mängelbeseitigung beteiligen zu wollen. In diesem Angebot hat der BGH schon deshalb keine Verweigerung der Nacherfüllung gesehen, weil der dortige Kläger von der dortigen Beklagte zuvor nicht Nacherfüllung, sondern sogleich die Rückabwicklung des Kauvertrags verlangt hatte (insoweit ist die Darstellung bei *Reinking/Eggert,* a. a. O., Rn. 948 unzureichend und irreführend verkürzt).

3.1.6 Soweit der Beklagte in erster Instanz vorgetragen hat, er habe ‚in unmittelbarem Kontakt zum Kläger' gestanden, hat das Landgericht dazu zutreffend ausgeführt, dass der Beklagte schon nicht hinreichend vorgetragen hat noch sonst ersichtlich ist, inwieweit sich hieraus – in Abweichung zum Inhalt des oben angegebenen Schreibens des Beklagten von Ende Juni 2016 – eine weitergehende Bereitschaft des Beklagten zur Nacherfüllung ergeben haben soll. Dies gilt wiederum umso mehr, als der Beklagte bis zuletzt die vom Sachverständigen überzeugend festgestellten Mängel am Turbolader bzw. Abgaskrümmer ausdrücklich (wenn auch nur hilfsweise) bestritten hat bzw. bestreitet (dazu sogleich).

3.2 Denn es ist in der notwendigen Gesamtschau nicht nur das vorgerichtliche (Erklärungs-)Verhalten, sondern auch das *(Erkärungs-)Verhalten des Beklagten im vorliegenden Prozess* zu berücksichtigen (vgl. *Reinking/Eggert,* a. a. O., Rn. 956 ff. m. w. Nachw. in Fn. 197, 198; vgl. auch *Kniffka,* in: Kniffka/Koeble, a. a. O., 6. Teil Rn. 193 m. w. Nachw.).

In dem prozessualen Bestreiten eines Mangels (sei es primär, sei es hilfsweise) liegt zwar noch nicht ohne Weiteres eine ernsthafte und endgültige Verweigerung der Nacherfüllung (vgl. BGH, Urt. v. 20.01.2009 – X ZR 45/07, juris Rn. 12; OLG Celle, Urt. v. 04.08.2004 – 7 U 30/04, juris Rn. 14; *Reinking/Eggert,* a. a. O., Rn. 958 m. w. Nachw. in Fn. 204, 205). Maßgeblich sind insoweit vielmehr die Umstände des jeweiligen Einzelfalls. Eine ernsthafte und endgültige Erfüllungsverweigerung ist indes regelmäßig anzunehmen, wenn der Verkäufer die Mängelbeseitigung mit dem (sei es primären, sei es sekundären) Einwand, Mängel lägen nicht vor, zum einen beharrlich und zum anderen sogar dann noch verweigert, wenn die vom Kläger als Käufer geltend gemachten (und noch nicht beseitigten) Mängel durch ein gerichtlich beauftragtes Gutachten bestätigt worden sind (vgl. BGH, Urt. v. 09.10.2008 – VII ZR 80/07, juris, Urt. v. 08.11.2001 – VII ZR 373/99, juris; *Kniffka,* in: Kniffka/Koeble, a. a. O., 6. Teil Rn. 193).

Ein auf Zahlung von (voraussichtlichen) Mängelbeseitigungskosten bzw. auf Rückabwicklung gerichteter Gewährleistungsanspruch hat dementsprechend regelmäßig Erfolg, wenn der Mangel oder die Mängel bis zuletzt noch vorhanden ist bzw. sind, der Verkäufer während des Prozesses keine Bemühungen unternommen hat, dem Käufer eine vollständige bzw. hinreichende Mängelbeseitigung noch einmal anzubieten, und auch noch im Zeitpunkt der letzten mündlichen Verhandlung in der Tatsacheninstanz an seiner (primären bzw. sekundären) Auffassung festhält, es liege keinerlei Mangel vor bzw. er sei daher auch nicht zur Mängelbeseitigung verpflichtet (BGH, Beschl. v. 28.10.2010 – VI-I ZR 82/09, juris; *Kniffka,* in: Kniffka/Koeble, a. a. O., 6. Teil Rn. 193 m. w. Nachw. in Fn. 728–730). Denn das alles lässt *ex post* den Schluss zu, dass der Verkäufer sein bereits vorgerichtliches Erklärungsverhalten bereits damals in gleicher Weise verstanden wissen wollte bzw. dieses vom Käufer auch nach objektivem Maßstab so verstanden werden durfte. Dafür spricht auch der auf Abweisung des Gewährleistungs-/Rückabwicklungsanspruchs gerichtete Klageantrag des Verkäufers jedenfalls dann, wenn – wie hier – alle Streitpunkte in einem längeren Rechtsstreit über zwei Instanzen ausgetragen worden sind und mit dem Klageabweisungsantrag (über das weiterhin aufrechterhaltene Bestreiten jedweder – hier sachverständig festgestellter – Fahrzeugmängel hinaus) hinreichend deutlich zum Ausdruck gebracht wird, dass – damals wie heute – der Beklagte in Bezug auf seine (wie ausgeführt: unzutreffende) Einschätzung der Sach- und Rechtslage (auch in Bezug auf die Beweislast) nicht mehr umzustimmen war und es sich insoweit um sein ‚letztes Wort' im oben angegebenen Sinne einer ernsthaften und endgültigen Erfüllungsverweigerung gehandelt hat (vgl. BGH, Urt. v. 08.12.1983 – VII ZR 139/82, juris Rn. 6 ff.; *Kniffka,* in: Kniffka/Koeble, a. a. O., 6. Teil Rn. 193).

3.3 Unter Berücksichtigung der vorstehenden Feststellungen sind auch die diesbezüglichen *Berufungseinwände des Beklagten* nicht gerechtfertigt.

3.3.1 Entgegen der Annahme der Berufung des Beklagten kann dahinstehen, ob die beiden Schreiben des Klägervertreters vom 02.06.2016 und vom 17.06.2016 ein ordnungsgemäßes Nacherfüllungsverlangen enthalten, da der Beklagte sie – ausweislich seines Schreibens von Ende Juni 2016 – jedenfalls als Nacherfüllungsverlangen verstanden hat und eine Nacherfüllung – wie oben vom Senat festgestellt – ernsthaft und endgültig verweigert hat.

3.3.2 Insoweit kann dahinstehen, dass der Kläger den Beklagten in den beiden Schreiben vom 02.06.2016 und vom 17.06.2016 – ungeachtet der Frage, ob er vom Beklagten eine Anerkenntniserklärung bzw. eine Kostenübernahme fordern durfte – auch jeweils zur Durchführung von Nacherfüllungsleistungen innerhalb einer bestimmten Frist (bis zum 16.06.2016 bzw. – im Sinne einer weiteren Nachfrist – bis zum 23.06.2016) aufgefordert hat, ohne dass der Beklagte entsprechende Aktivitäten im Sinne einer Nacherfüllung entfaltet hat.

3.3.3 Soweit der Beklagte nunmehr geltend macht, er habe von seinem eigenen Prüfungsrecht Gebrauch machen wollen und – wie erneut unter Beweisantritt vorgetragen werde – dem Kläger, mit dem ‚fortwährend telefonischer Kontakt bestanden' habe, wiederholt unmittelbar die Prüfung des Fahrzeugs angeboten, worüber das Landgericht hätte Beweis erheben müssen, hat er damit weiterhin keinen Erfolg. Zum einen substanziiert der Beklagte den angeblichen Zeitpunkt bzw. Zeitraum des ‚fortwährenden telefonischen Kontakts' nicht in der gemäß § 138 I ZPO notwendigen Weise. Dies gilt insbesondere auch für den Vortrag des Beklagten, auch während der beiden anwaltlichen Schreiben (vom 02.06.2016 und vom 17.06.2016) hätten die Parteien in einem unmittelbaren telefonischen Kontakt gestanden. Zum anderen hat der Beklagte in seinem Schreiben (das nach seinen Angaben vom 20.06.2016 datiert und nach Angaben des Klägers am 27.06.2016 bei dessen Prozessbevollmächtigten eingegangen sein soll), das sich – insoweit unstreitig – als Reaktion auf das letzte Nacherfüllungsverlangen des Klägers vom 17.06.2016 (mit Nachfrist bis zum 23.06.2017) darstellt, seine vertraglichen Gewährleistungspflichten vollumfänglich bestritten, dem Kläger nur Kulanzprüfungen/-leistungen in Bezug auf den Turbolader unter unstatthaften Bedingungen (insbesondere unter Forderung eines hälftigen Zuschusses in Höhe von 750 € zu einem neuen Turbolader) angeboten und zudem zu dem weiteren vom Kläger gerügten Mangel am Abgaskrümmer keinerlei Stellung bezogen (siehe im Einzelnen bereits oben).

3.3.4 Soweit der Beklagte geltend macht, das Landgericht habe verkannt, dass er vorgetragen habe, dass er – unter Beweisantritt – bedingungslos die Prüfung des Fahrzeugs im Hinblick auf den behaupteten Defekt und – bei Vorliegen der Eintrittspflicht – auch eine Instandsetzung angeboten habe, bzw. er habe dem Kläger wiederholt den Einbau eines generalüberholten Turboladers auf seine Kosten angeboten, trägt der Beklagte schon nicht vor, dass dies noch nach seinem (angeblich vom 20.06.2016 datierenden) Schreiben erfolgt sein soll, das sich damit als ‚letztes Wort' des Beklagten im oben angegebenen Sinne einer ernsthaften und endgültigen Erfüllungsverweigerung darstellt.

3.3.5 Entgegen der Annahme der Berufung des Beklagten ist die Auslegung des oben angegebenen Schreibens des Beklagten durch das Landgericht auch nicht deswegen fehlerhaft im Sinne einer (ernsthaften und endgültigen) Ablehnung (der Nacherfüllung) erfolgt, weil er dort doch die bedingungslose und kostenfreie Überprüfung des Fahrzeugs angeboten habe. Der Beklagte verkennt dabei, dass er selbst diese Überprüfung – und darüber hinaus auch Leistungen in Bezug auf den Turbolader – ausdrücklich als ‚Kulanzmaßnahme' in sein Belieben gestellt hat, die er zudem von der Zahlung eines hälftigen Zuschusses durch den Kläger zum Einbau eines Turboladers als Neuteil abhängig gemacht hat, auf dessen Zahlung er – entsprechend den oben angegebenen Feststellungen – jedenfalls in diesem Zeitpunkt keinen Anspruch hatte.

3.3.6 Entgegen der Annahme der Berufung des Beklagten handelte es sich, soweit dort vom Beklagten eine Beteiligung von 50 % der Kosten für einen neuen Turbolader gefordert worden ist, keineswegs (und erst recht nicht ‚offenkundig') um ein „Alternativangebot", sondern um das einzige Kulanzangebot, auf das sich der Kläger – wie bereits oben festgestellt – nicht einlassen musste, sondern das der Kläger vielmehr – in der notwendigen Gesamtschau – als ernsthafte und endgültige (Nach-)Erfüllungsverweigerung erachten durfte.

3.3.7. Soweit der Beklagte geltend macht, insoweit sei sein vorrangiges Prüfungsrecht als Verkäufer und die Begrenzung der Nacherfüllung auf eine zeitwertgerechte Instandsetzung zu berücksichtigen, da ein Neuteil zu einer (vom Kläger auszugleichenden) Wertsteigung führe, ist dies zwar grundsätzlich zutreffend, berechtigte den Beklagten indes nicht zur Forderung eines Zuschusses als Bedingung für – zudem vermeintlich nur aus ‚Kulanz' und nicht im Rahmen seiner Gewährleistungspflichten – erfolgende Beseitigung der Mängel des Turboladers.

3.3.8.1 Ohne Erfolg bleibt schließlich auch der weitere Berufungseinwand, soweit das Landgericht ausgeführt habe, er – der Beklagte – habe vorgetragen, dass das Fahrzeug keinen Mangel aufgewiesen habe, sei dies – wie vom Landgericht verkannt – ‚nur hilfsweise' geschehen. Es ist zwar dem Beklagten im Zivilprozess gestattet, seine Einwände in primäre und sekundäre Einwände zu gliedern bzw. zu staffeln. Bestreitet indes ein Beklagter auch noch in zweiter Instanz des Zivilprozesses – wenn auch nur hilfsweise – die Mangelhaftigkeit einer Kaufsache, obgleich es zu deren Mangelhaftigkeit durch ein gerichtlich beauftragtes Sachverständigengutachten sowohl der Sache als auch der zeitlichen Entwicklung nach beweiskräftige Ausführungen vorliegen, kann sich daraus – wie hier – in der notwendigen Gesamtschau die Annahme einer ernsthaften und endgültigen (Nach-)Erfüllungsverweigerung rechtfertigen. In einem solchen Fall handelt es sich – anders als dies im Falle eines vom Käufer (insbesondere ohne hinreichende vorherige Beweissicherung) bereits beseitigten Mangels sein mag – auch nicht um ein sogenanntes bloßes ‚prozesstaktisches Bestreiten' (vgl. BGH, Urt. v. 21.12.2005 – VIII ZR 49/05, juris Rn. 25; Urt. v. 20.01.2009 – X ZR 45/07, juris Rn. 10 ff. m. w. Nachw.; *Kniffka,* in: Kniffka/Koeble, a. a. O., 6. Teil Rn. 194 m. w. Nachw. in Fn. 737 f.).

3.3.8.2 Der Beklagte kann sich auch nicht mit Erfolg darauf stützen, das Gutachten des Sachverständigen *S* habe doch gerade nicht den Vollbeweis i. S von § 286 ZPO erbracht, dass das Fahrzeug bereits im Zeitpunkt des Gefahrübergangs mangelhaft gewesen sei. Denn auch die Frage, ob in der notwendigen Gesamtschau (d. h. einschließlich des Prozessverhaltens des beklagten Verkäufers nach gerichtlicher Einholung eines Sachverständigengutachtens) eine ernsthafte und endgültige Erfüllungsverweigerung anzunehmen ist, muss nunmehr im Lichte der oben angegebenen Rechtsprechung des BGH (insbesondere des o. a. Urteils vom 12.10.2016) geprüft bzw. beurteilt werden.

Der beklagte Verkäufer kann sich daher insbesondere nicht darauf stützen, seinem auch noch nach Vorliegen eines gerichtlich beauftragten Sachverständigengutachtens gezeigten Prozessverhalten könne nur dann Erklärungswert im Sinne einer ernsthaften und endgültigen Erfüllungsverweigerung beigemessen werden, wenn der klagende Käufer durch das Sachverständigengutachten den (dem Käufer indes ja gerade nicht obliegenden) Vollbeweis eines bereits im Zeitpunkt des Gefahrübergangs vorliegenden Mangels erbracht habe. Stellt vielmehr der beklagte Verkäufer seine Gewährleistungspflicht auch noch nach Vorliegen eines gerichtlich beauftragten Sachverständigengutachtens in erster bzw. zweiter Instanz in Abrede, obgleich sich aus dem eingeholten Sachverständigengutachten ergibt, dass er im Hinblick auf das gemäß § 477 BGB gesetzlich (befristet für sechs Monate) vermutete Vorliegen eines Mangels bereits im Zeitpunkt des Gefahrübergangs – im Lichte der aktuellen BGH-Rechtsprechung (insbesondere des o. a. Urteils vom 12.10.2016) – den ihm obliegenden (Gegen-)Beweis i. S. von §§ 286, 292 ZPO fällig geblieben ist und ihn demnach dafür die Gewährleistungspflicht trifft, stellt dies eine hinreichende Grundlage für die Annahme dar, dass an dieser – vertrags- bzw. gesetzwidrigen – Verweigerungshaltung des beklagten Verkäufers auch eine frühere (weitere) Fristsetzung seitens des klagenden Käufers nichts geändert hätte, sodass sie sich insoweit als sein ‚letztes Wort' im Sinne einer ernsthaften und endgültigen Erfüllungsverweigerung darstellt.

Da ein Verkäufer die Nacherfüllung – auch bei aus seiner Sicht unklarer Sach- bzw. Rechtslage – nicht mit dem Einwand verweigern darf, ob ein Mangel vorliege, müsse erst durch einen Sachverständigen (sei es als Privat-, sei es als Gerichtsgutachten) geklärt werden (vgl. *Kniffka,* in: Kniffka/Koeble, a. a. O., 6. Teil Rn. 193 m. w. Nachw.), kann er erst recht nicht das Vorliegen einer ernsthaften und endgültigen Erfüllungsverweigerung auch noch dann bestreiten, wenn er nach gerichtlicher Klärung der Mangelhaftigkeit im Zeitpunkt des Gefahrübergangs durch ein Sachverständigengutachten (mit einem zu seinen Lasten gehenden Ergebnis, *non liquet*) seine Gewährleistungspflichten weiterhin uneingeschränkt, ernsthaft und endgültig (wenngleich prozessual nur hilfsweise) auch noch in zweiter Instanz in Abrede stellt.

Die vorstehenden Feststellungen des Senats gelten im vorliegenden Fall umso mehr, als sich hier aus dem Gutachten des Sachverständigen *S* – wie oben vom Senat bereits festgestellt – ergibt, dass die Mängel am Turbolader und das augenscheinlich überalterte Motoröl in technischer/fachlicher Hinsicht einer Entstehungsphase vor Gefahrübergang am 18.02.2016 kausal zugeordnet werden können. Dementsprechend hat der Beklagte hier gerade nicht nur die Vermutung des § 477 BGB nicht entkräften können, sondern die Ausführungen des Sachverständigen stützen vielmehr maßgeblich den Vortrag des (insoweit eben nicht beweispflichtigen) Klägers.

4. Nachdem der Kläger durch anwaltliches Schreiben vom 03.07.2016 (Anlage K 6) – entsprechend den vorstehenden Feststellungen: wirksam – den *Rücktritt vom Kaufvertrag erklärt* hat, ist der Beklagte verpflichtet, dem Kläger Zug um Zug gegen Rückgabe des Fahrzeugs den Kaufpreis in Höhe von 10.100 € abzüglich einer Nutzungsvergütung in (vom Landgericht in üblicher und von der Berufung des Beklagten nicht angegriffener Weise berechneter) Höhe von 439,13 €, somit 9.660,87 €, zurückzuerstatten.

5. Außerdem schuldet der Beklagte dem Kläger gemäß § 439 II BGB (vgl. BGH, Urt. v. 30.04.2014 – VIII ZR 275/13, BGHZ 201, 83 = juris Rn. 11; Palandt/*Weidenkaff,* a. a. O., § 439 Rn. 11) bzw. jedenfalls – auch soweit man § 439 II BGB auf Sachverständigenkosten beschränken wollte – gemäß § 280 BGB i. V. mit § 287 ZPO (Palandt/*Weidenkaff,* a. a. O., § 439 Rn. 11; Palandt/*Grüneberg,* BGB, 77. Aufl. [2018], § 249 Rn. 56) eine *Unkostenpauschale in Höhe von 25 €* (vgl. Palandt/*Grüneberg,* a. a. O., § 249 Rn. 58).

Den eigenen erstattungsfähigen Kostenaufwand des Klägers in Zusammenhang mit dem von dem Beklagten zu vertretenden Mangel, der insbesondere infolge einer ersten fachkundigen Abklärung der Mangelsymptome mit entsprechenden Kommunikations- und Fahrkosten des in W. wohnenden Klägers zwecks Einholung des Kostenvoranschlags der Autohaus *L*-GmbH & Co. KG in H. (Anlage K 3) verbunden war, schätzt der Senat auf Basis dieser hinreichenden Schätzungsgrundlagen – wie bereits das Landgericht – in gemäß § 287 ZPO statthafter Weise auf 25 €.

II. Der *Klageantrag zu 2* ist zulässig und aufgrund des wörtlichen Angebots des Klägers (vgl. § 295 BGB) im Schreiben seiner Prozessbevollmächtigten vom 03.07.2016, das Fahrzeug zurückzugeben, begründet. Dagegen erhebt die Berufung des Beklagten auch keine (gesonderten) Angriffe.

> III. Der *Klageantrag zu 3*, mit dem Zahlung ‚an den Kläger zu Händen der Rechtsanwälte *J* & *M*' beantragt wird hat das Landgericht zutreffend als Freistellungsantrag hinsichtlich vorgerichtlicher Rechtsanwaltskosten in Höhe von 957,95 € ausgelegt und dem Kläger zutreffend – und zudem ebenfalls ohne diesbezügliche (gesonderte) Berufungsangriffe des Beklagten – zuerkannt. …"

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.