Anforderungen an ein Nacherfüllungsverlangen im Kaufrecht

1. **Ein taugliches Nacherfüllungsverlangen muss zwar die Bereitschaft des Käufers umfassen, dem Verkäufer die – angeblich mangelhafte – Kaufsache am Erfüllungsort der Nacherfüllung zur Verfügung zu stellen, damit der Verkäufer insbesondere prüfen kann, ob der behauptete Mangel besteht, ob er bereits bei Gefahrübergang vorgelegen hat und ob und gegebenenfalls wie er beseitigt werden kann. Einem Käufer, der vom Verkäufer Nacherfüllung verlangt, obliegt es aber in der Regel nicht, gleichzeitig ausdrücklich darauf hinzuweisen, dass er bereit sei, dem Verkäufer die Kaufsache am Ort der Nacherfüllung zur Verfügung zu stellen. Vielmehr kann von dem Verkäufer verlangt werden, sein Interesse an einer Untersuchung der Kaufsache zu bekunden (im Anschluss an OLG Düsseldorf, Urt. v. 08.09.2016 – I-5 U 99/15).**

2. **Ein Kfz-Käufer, dessen Fahrzeug einen Mangel – hier in Gestalt eines zu hohen Ölverbrauchs – aufweist, kann unter dem Gesichtspunkt der Schadensminderung (§ 254 II 1 Fall 2 BGB) gehalten sein, das Angebot des Fahrzeugherstellers anzunehmen, das Fahrzeug auf Kosten des Herstellers in einer Vertragswerkstatt so instand setzen zu lassen, wie es ein gerichtlich bestellter Sachverständiger in einem von dem Käufer initiierten selbstständigen Beweisverfahren empfohlen hat.**

OLG Koblenz, Urteil vom 29.11.2018 – 1 U 679/18

Sachverhalt: Der Kläger verlangt von dem beklagten Kfz-Händler, von dem er einen Gebrauchtwagen erworben hat, wegen eines Mangels Schadensersatz.

Mit Vertrag vom 13.05.2016 kaufte der Kläger als Verbraucher von dem Beklagten für 17.500 € einen am 01.10.2011 erstzugelassenen Audi A5 2.0 TFSI mit einer Laufleistung von 105.000 km.

Sobald der Kläger jeweils nur circa 800 km mit dem Fahrzeug zurückgelegt hatte, leuchtete eine Warnleuchte auf, die einen Ölmangel anzeigte. Der Kläger vermutete einen zu hohen Ölverbrauch und ließ deshalb im Autohaus *A* eine Ölverbrauchsmessung durchführen. Diese Messung ergab ausweislich der Rechnung des Autohauses vom 13.09.2016 einen Ölverbrauch von 1,09 l/1.000 km. Die Kosten für die Messung und das Nachfüllen von Öl beliefen sich auf 246,87 € (brutto). Außerdem erhielt der Kläger einen Kostenvoranschlag, wonach ein Kostenaufwand von 4.486,46 € netto (= 5.338,89 € brutto) erforderlich ist, um den Mangel, der für den zu hohen Ölverbrauch ursächlich ist, zu beseitigen.

Der Kläger informierte den Beklagten telefonisch über den zu hohen Ölverbrauch des streitgegenständlichen Fahrzeugs. Der weitere Inhalt des Telefonats ist zwischen den Parteien streitig. Anschließend wandte sich der Kläger an seinen späteren Prozessbevollmächtigten, der am 11.10.2016 ein Schreiben an den Beklagten sandte, in dem es unter anderem heißt:

> „Das Fahrzeug leidet unter einem zu hohen Ölverbrauch. Jeweils nach 800 km leuchtet die Warnlampe für Ölmangel auf. Es wurde ein Kostenvoranschlag bei der Firma Autohaus *A* eingeholt. Hiernach ist ein Betrag in Höhe von 5.338,89 € erforderlich, um den Mangel zu beseitigen. Kopie fügen wir bei. Unser Mandant hatte Ihnen den Mangel telefonisch bereits angezeigt. Sie hatten daraufhin auf die abgeschlossene Garantie verwiesen. Die *G*-AG wurde auch angeschrieben. Diese hat jedoch noch keine endgültige Zusage erteilt. Deren Schreiben fügen wir bei. Um die defekten Teile zur Verfügung zu stellen, muss jedoch zunächst der Motor ausgebaut werden. Es versteht sich von selbst, dass diesbezüglich von unserem Mandanten keine Entscheidung getroffen wird, da er auf die Nutzung des Fahrzeuges angewiesen ist. Wir bitten insofern um Mitteilung, wie Sie sich zu der Angelegenheit stellen. Rein vorsorglich werden Sie hiermit Namens unseres Mandanten aufgefordert, vorgenannten Mangel (sehr hoher Motorölverbrauch) zu beseitigen. Hierfür setzen wir eine Frist von zwei Wochen gerechnet ab Datum dieses Schreibens. Im Falle fruchtlosen Fristablaufs behält sich unser Mandant vor, ohne weitere Vorankündigung vom Vertrag zurückzutreten und/oder Schadensersatz zu verlangen.“

Am 28.11.2016 stellte der Kläger das Fahrzeug erneut im Autohaus *A* vor. Diesmal wurde eine Inspektion mit Ölwechsel durchgeführt, und die Zündkerzen sowie der Staub- und Pollenfilter wurden aus- und wieder eingebaut. Ein Mitarbeiter des Autohauses vermerkte auf der Rechnung vom 29.11.2016, die sich auf 475,16 € (brutto) belief, dass das hintere rechte Seitenteil und die rechte Tür des Fahrzeugs nachlackiert worden seien.

Der Kläger erwog nun, von dem mit dem Beklagten geschlossenen Kaufvertrag zurückzutreten, und beantragte mit anwaltlichem Schriftsatz vom 20.12.2016 beim LG Bad Kreuznach die Durchführung eines selbstständigen Beweisverfahrens. In diesem Verfahren wurde ein Sachverständigengutachten zu der Frage eingeholt, ob das Fahrzeug Vorschäden aufweise, und zu der Frage, ob das Fahrzeug einen erhöhten Verbrauch von Motoröl aufweise und wie und mit welchem Aufwand dieser Mangel gegebenenfalls beseitigt werden könne. Der Sachverständige *S* stellte in seinem schriftlichen Gutachten vom 27.03.2017 fest, dass das Fahrzeug nicht nachlackiert worden sei, jedoch mit 1,78 l/1.000 km anstelle der üblichen 0,5 l/1.000 km einen deutlich erhöhten Ölverbrauch aufweise, der nicht dem Stand der Technik entspreche. Bei Fahrzeugen dieses Typs – so der Sachverständige – trete ein erhöhter Ölverbrauch ab einer Laufleistung von etwa 100.000 km häufiger auf. Die Herstellervorgaben sähen in einem solchen Fall vor, zunächst den Ölabscheider und den Simmerring der Kurbelwelle zu erneuern und ein Softwareupdate aufzuspielen. Die Kosten für diese Maßnahmen beliefen sich auf 300 € netto; die Maßnahmen seien erfahrungsgemäß aber nicht zielführend. Nach den Vorgaben des Herstellers seien deshalb im nächsten Schritt die Kolben mitsamt den Kolbenringen auszutauschen, was mit Kosten in Höhe von rund 3.200 € netto verbunden sei. Anschließend sei der Ölverbrauch in der Regel normal.

Der Kläger hat erstinstanzlich vorgetragen, er habe dem Beklagten telefonisch angeboten, ihm das streitgegenständliche Fahrzeug zur Verfügung zu stellen. Darauf sei der Beklagte nicht eingegangen, sondern habe ihn – den Kläger – auf eine Reparaturkostenversicherung verwiesen. Er – der Kläger – habe dem Beklagten erklärt, dass der Versicherer (*G*-AG) nicht leiste, und dem Beklagten angeboten, das Fahrzeug zu ihm zu bringen, damit der Beklagte nachbessern oder der Kaufvertrag rückabgewickelt werden könne. Der Beklagte sei am Telefon sehr laut geworden und habe erklärt, dass er dem Kläger weder den Kaufpreis erstatten noch das Fahrzeug reparieren könne.

Gegen den im Termin vom 26.01.2018 säumigen Kläger hat das Landgericht auf Antrag des Beklagten ein die Klage abweisendes Versäumnisurteil erlassen. Gegen dieses Urteil hat der Kläger rechtzeitig Einspruch eingelegt und zur Begründung auf sein bisheriges Vorbringen verwiesen.

Der Beklagte hat geltend gemacht, dass der erhöhte Ölverbrauch eine für diesen Fahrzeugtyp typische Verschleißerscheinung sei. Dies sei dem Kläger beim Erwerb des Fahrzeugs bekannt gewesen oder hätte ihm bekannt sein müssen. Bei dem Telefonat habe der Kläger gesagt, dass sich sein Fahrzeug schon in einer Werkstatt befinde und dort repariert werde. Er – der Beklagte – solle Reparaturkosten in Höhe von 5.000 € zahlen. Daraufhin habe er – der Beklagte – entgegnet, dass der Kläger ihm das Fahrzeug bringen solle; er könne nicht einfach 5.000 € zahlen, ohne den Wagen gesehen zu haben. Der Kläger habe erwidert, dass sich sein Anwalt melden werde, und aufgelegt.

Mit Urteil vom 04.05.2018 hat das Landgericht den Beklagten auf einen entsprechenden Hilfsantrag des Klägers verurteilt, den Mangel „erhöhten Ölverbrauch“ des streitgegenständlichen Fahrzeugs zu beseitigen. Im Übrigen hat es das klageabweisende Versäumnisurteil vom 26.01.2018 aufrechterhalten.

Zur Begründung hat das Landgericht ausgeführt, der mit dem Hauptantrag verfolgte Anspruch auf Schadensersatz (§ 437 Nr. 3, §§ 434 I, 280 I, III, 281 BGB) in Höhe von 5.255,42 € nebst Zinsen bestehe nicht, weil der Kläger dem Beklagten keine angemessene Frist zur Nacherfüllung gesetzt habe. Nach der Rechtsprechung des BGH setzte ein taugliches Nacherfüllungsverlangen des Käufers unter anderem voraus, dass der Käufer bereit sei, dem Verkäufer die Kaufsache am rechten Ort – dem Erfüllungsort der Nacherfüllung – zur Verfügung zu stellen. Dies sei gemäß § 269 I BGB der Ort, an dem der Schuldner zum Zeitpunkt der Entstehung des Schuldverhältnisses seinen Wohn- oder Geschäftssitz gehabt habe, hier also der Sitz des Beklagten. Dem Verkäufer müsse ermöglicht werden zu prüfen, ob der behauptete Mangel bestehe, ob er bei Gefahrübergang bereits vorgelegen habe und ob und wie er beseitigt werden könne. Der Verkäufer sei grundsätzlich nicht verpflichtet, sich auf ein Nacherfüllungsverlangen des Käufers einzulassen, bevor dieser ihm die Gelegenheit zu einer solchen Untersuchung der Kaufsache gegeben habe. Der Kläger habe dem Beklagten indes zu keinem Zeitpunkt Gelegenheit gegeben, das Fahrzeugs am Sitz des Beklagten zu untersuchen. Eine Frist zur Nacherfüllung zu setzen, sei auch nicht ausnahmsweise entbehrlich gewesen, weil nicht davon ausgegangen werden könne, dass der Beklagte die Nacherfüllung ernsthaft und endgültig verweigert habe. Der Kläger habe Entsprechendes nicht bewiesen; der Inhalt des Telefonats sei zwischen den Parteien streitig geblieben.

Der Kläger habe jedoch gegen den Beklagten einen Anspruch auf Nacherfüllung, mithin auf Beseitigung des Mangels „erhöhte Ölverbrauch“ (§ 437 Nr. 1, § 439 I Fall 1 BGB). Ein Sachmangel i. S. des § 434 I 2 Nr. 2 BGB sei gegeben, da der unstreitige Ölverbrauch von 1,78 l/1.000 km, der nach den Ausführungen des Sachverständigen in dem selbstständigen Beweisverfahren nicht dem Stand der Technik entspreche, jedenfalls bei einem Fahrzeug der gehobenen Qualitätsklasse auch bei einer Laufleistung von 105.000 km nicht zu erwarten gewesen sei. An dieser Beurteilung ändere sich auch nichts dadurch, dass andere Fahrzeuge gleichen Typs diesen Mangel ebenfalls aufwiesen. Andernfalls wären Konstruktions- oder Fertigungsfehler, die einer ganzen Bauserie anhaften, nicht geeignet, einen Mangel zu begründen. Maßgeblich müsse der Stand der Technik sein; damit sei nach den Feststellungen des Sachverständigen ein Ölverbrauch, der die Angaben des Herstellers um mehr als das Dreifache übersteige, aber nicht zu vereinbaren. Auch die übrigen Voraussetzungen des Nacherfüllungsanspruchs lägen vor, insbesondere sei gemäß § 476 BGB a.F. davon auszugehen, dass der Mangel bereits bei Gefahrübergang vorgelegen habe. Wie der Beklagte den Mangel behebe, bleibe allein ihm überlassen; entscheidend sei, dass der geschuldete Erfolg eintrete.

Gegen diese Entscheidung wendet sich der Kläger mit seiner Berufung. Er verfolgt im Wesentlichen seinen erstinstanzlich mit dem Hauptantrag geltend gemachten Schadensersatzanspruch weiter und meint, aus der bloßen Aufforderung zur Nacherfüllung müsse nicht ausdrücklich hervorgehen, dass der Käufer bereit sei, dem Verkäufer die Kaufsache am Erfüllungsort der Nacherfüllung zur Verfügung zu stellen. Gegenteiliges könne auch der Rechtsprechung des BGH nicht entnommen werden.

In der mündlichen Verhandlung vor dem Berufungsgericht hat der Kläger außerdem erklärt, dass er das Fahrzeug inzwischen veräußert habe. Er habe den Wagen zunächst auf Anraten seiner Werkstatt stillgelegt, da ein Motorschaden gedroht habe. Anschließend habe er das Fahrzeug im Dezember 2017 oder im Januar 2018 für 10.000 € oder 10.500 € verkauft.

Der Beklagte möchte mit seiner Anschlussberufung erreichen, dass das Urteil des Landgerichts aufgehoben und die Klage insgesamt abgewiesen wird. Er macht geltend, ein fiktiver Schaden des Klägers könne allenfalls in der von dem Gutachter festgestellten Höhe (300 €) bestehen.

Im Übrigen – so trägt der Beklagte vor – habe die *AUDI AG* mit Schreiben vom 22.05.2018 angeboten, dass bei dem streitgegenständlichen Fahrzeug auf ihre Kosten in einer von dem Kläger zu bestimmenden Vertragswerkstatt die Kolben einschließlich der Kolbenringe ausgetauscht werden. Der darüber informierte Kläger sei auf dieses Angebot nicht eingegangen, sondern habe stattdessen Berufung eingelegt.

Sowohl die Berufung als auch die Anschlussberufung hatten jeweils zum Teil Erfolg.

Aus den Gründen: II. 1. Die Berufung des Klägers

Die Berufung des Klägers … hat in der Sache … nur zu einem geringen Teil Erfolg. Zwar steht dem Kläger der geltend gemachte Schadensersatzanspruch gemäß §§ 434 I, 437 Nr. 3, §§ 280 I, III, 281 BGB dem Grunde nach zu; von den 5.255,42 €, die der Kläger insoweit begehrt, ist jedoch lediglich der Betrag von 246,87 € ersatzfähig, den der Kläger für die Schadensfeststellung (Messung des erhöhten Ölverbrauchs) ausweislich der Rechnung des Autohauses *A* vom 13.09.2016 aufwenden musste. Auf Ersatz der außerdem geltend gemachten Schadenspositionen in Höhe von 4.486,46 € (Kostenvoranschlag des Autohauses *A* vom 14.09.2016; Nettobetrag) und 475,16 € (Rechnung des Autohauses *A* vom 29.11.2016) hat der Kläger keinen Anspruch.

a) Gegen die Entscheidung des Landgerichts wendet der Kläger zu Recht ein, dass er dem Beklagten mit dem Schreiben seines Prozessbevollmächtigten vom 11.10.2016 eine wirksame Frist zur Nacherfüllung gemäß § 281 I BGB gesetzt hat.

Aus der bisherigen Rechtsprechung des BGH kann nicht geschlossen werden, dass bereits aus der bloßen Aufforderung zur Nacherfüllung ausdrücklich hervorgehen muss, dass der Käufer bereit ist, dem Verkäufer die Sache an dessen Sitz (dem Erfüllungsort) zur Überprüfung der gerügten Mängel zur Verfügung zu stellen.

Der Käufer einer mangelhaften Sache genügt seiner Pflicht, dem Verkäufer die Untersuchung der Sache zu ermöglichen, indem er diesem auf Aufforderung hierzu Gelegenheit gibt. Ein ausdrückliches Anbieten, die Sache zu überprüfen, ist nicht Voraussetzung für einen Schadensersatzanspruch nach §§ 434 I, 437 Nr. 3, §§ 280 I, III, 281 I BGB (vgl. OLG Düsseldorf, Urt. v. 08.09.2016 – I-5 U 99/15, BeckRS 2016, 17929).

Die Rechtsprechung des BGH zu dieser Frage bis zu dem Urteil vom 01.07.2015 (VIII ZR 226/14, MDR 2015, 1199) hat das OLG Düsseldorf (Urt. v. 08.09.2016 – I-5 U 99/15, BeckRS 2016, 17929 Rn. 27–35) zutreffend wie folgt zusammengefasst:

> „Dem Kläger sind die Gewährleistungsrechte auch nicht abgeschnitten, weil er zwar eine Nacherfüllungsmöglichkeit eingeräumt hat, der Beklagten aber nicht ausdrücklich eine Untersuchung des Getriebes auf die behaupteten Mängel hin angeboten hat. Zwar ist der Käufer verpflichtet, dem Verkäufer eine Nacherfüllungsmöglichkeit einzuräumen, bevor der Schadensersatzanspruch eröffnet ist. Und diese Obliegenheit des Käufers umfasst nach der neueren Rechtsprechung des BGH auch die Bereitschaft, dem Verkäufer den Kaufgegenstand am Erfüllungsort zur Prüfung der Mängel zur Verfügung zu stellen (vgl. hierzu BGH, Urt. v. 10.03.2010 – VIII ZR 310/08, NJW 2010, 1448 Leitsatz und Rn. 12; Urt. v. 19.12.2012 – VIII ZR 96/12, NJW 2013, 1074 Leitsatz 1 und Rn. 24; Urt. v. 01.07.2015 – VIII ZR 226/14, MDR 2015, 1199 Leitsatz 2 und Rn. 30). Dem Verkäufer soll dies zur Einschätzung dienen, ob er sich auf die gewählte Art der Nacherfüllung einlassen muss oder berechtigt ist, sie – insbesondere nach § 439 III BGB – zu verweigern (BGH, Urt. v. 10.03.2010 – VIII ZR 310/08, NJW 2010, 1448 Rn. 13).

Diese Obliegenheit zum Einräumen der Untersuchungsmöglichkeit hat der BGH zunächst anhand eines Falles begründet, in dem der Käufer eines Fahrzeugs ausdrücklich eine vorangehende Ersatzlieferung durch den Verkäufer verlangt hatte und das Fahrzeug erst nach deren Durchführung zu Untersuchungszwecken zur Verfügung stellen wollte (BGH, Urt. v. 10.03.2010 – VIII ZR 310/08, NJW 2010, 1448). Auch im nachfolgenden Urteil hat der BGH über eine Streitigkeit zu entscheiden gehabt, bei der die Parteien sich konkret darüber auseinandergesetzt haben, ob und insbesondere wo dem Verkäufer die Möglichkeit zur Mangelfeststellung zu gewähren sei; dort hat der BGH entschieden, dass dies am Erfüllungsort zu erfolgen habe und der Verkäufer nicht auf den Ort verwiesen werden könne, an dem sich die Sache zufällig gerade befinde (BGH, Urt. v. 13.04.2011 – VIII ZR 220/10, BGHZ 189, 196 = NJW 2011, 2278 Rn. 13 f.). Später hat der BGH unter Bezugnahme auf diese Rechtsprechung ausgeführt, bereits beim Nacherfüllungsverlangen müsse die Bereitschaft umfasst sein, dem Verkäufer die Sache zur Untersuchung zur Verfügung zu stellen, mit der Konsequenz, dass dieser nicht verpflichtet sei, sich auf ein Nacherfüllungsverlangen einzulassen, bevor ihm diese Möglichkeit eingeräumt werde (BGH, Urt. v. 19.12.2012 – VIII ZR 96/12, NJW 2013, 1074 Rn. 24). Auch in diesem Fall stritten die Parteien allerdings konkret darüber, wo diese Untersuchung zu ermöglichen sei. Käuferseits war die Möglichkeit zur Mangelprüfung eingeräumt worden, allerdings nicht an dem Ort, an dem sie verkäuferseits verlangt worden war. Auch in diesem Urteil hat der BGH daher nicht thematisiert, ob nur bei Verlangen einer Mangelprüfung die Bereitschaft des Käufers bestehen müsse, diese (am richtigen Ort) zu ermöglichen, oder ob der Käufer diese von sich aus vorab und eigeninitiativ anzubieten habe. Dies war wiederum nicht notwendig, weil ein entsprechendes Begehren auch dort verkäuferseits bereits geäußert worden war.

Wiederum unter Bezugnahme auf die vorangehende Rechtsprechung und in deren Fortführung hat der BGH nunmehr entschieden, dass ein Verkäufer nicht verpflichtet sei, ‚sich auf ein Nacherfüllungsverlangen des Käufers einzulassen, bevor dieser ihm nicht Gelegenheit zu einer solchen Untersuchung der Kaufsache' gegeben habe (BGH, Urt. v. 01.07.2015 – VIII ZR 226/14, MDR 2015, 1199 Rn. 30). Es ist aber nicht davon auszugehen, dass der BGH damit ein generelles Erfordernis dahin gehend begründen wollte, dass ein Käufer dem Verkäufer die Überprüfung der Mängel unabhängig von dessen Verlangen oder Interesse anzubieten habe. Der BGH führt im genannten Urteil konkret aus, ein Käufer könne nicht vor Einräumen einer Gelegenheit zur Untersuchung des Fahrzeugs im Hinblick auf gerügte Mängel die verbindliche Zustimmung zur Nachbesserung verlangen. Schon die Formulierung ‚Gelegenheit zur Untersuchung' spricht dafür, dass ein Käufer einem entsprechenden Wunsch des Verkäufers in angemessener Weise nachzukommen hat.

Dabei ist zu bedenken, dass der BGH in den folgenden Ausführungen des Urteils wiederum entscheidend darauf abstellt, dass der Käufer dort bereits eine verbindliche Erklärung verlangt hatte, obwohl eben noch keine Untersuchung stattgefunden hatte. Dagegen hat der BGH keine Ausführungen dahin gehend getroffen, bereits die bloße Aufforderung zur Nacherfüllung müsse mit der Erklärung versehen werden, dass die Mängelprüfung ermöglicht werde. Der BGH hat also seine bisherige Rechtsprechung bestätigt, dass einerseits die Bereitschaft des Käufers bestehen muss, dem Verkäufer eine verlangte Untersuchung der Kaufsache hinsichtlich des Vorliegens von geltend gemachten Mängeln zu ermöglichen. Zum anderen hat der BGH klargestellt, dass ein Verkäufer nicht verpflichtet ist, sich vor dem Ermöglichen einer solchen Untersuchung hinsichtlich seiner Bereitschaft zur Mängelbeseitigung zu erklären. Insgesamt ist aber auch nach dem letzten hierzu ergangenen Urteil des BGH … keine Obliegenheit des Käufers anzunehmen, bei einem Nacherfüllungsverlangen gleichzeitig eigeninitiativ auch die Möglichkeit zur Überprüfung der Mängel anzubieten; dies gilt jedenfalls, solange nicht ersichtlich ist, dass der Verkäufer die Mängel überhaupt überprüfen möchte und der Käufer hierzu tätig werden muss. … Eine Obliegenheit zu einem diesbezüglich klarstellenden Hinweis wäre auch überspitzt, weil vom Verkäufer zumindest verlangt werden kann, sein Interesse an einer Mängelprüfung zunächst zu verdeutlichen."

Vor diesem Hintergrund ist in dem hier zu beurteilenden Fall mit dem Schreiben vom 11.10.2016 ein wirksames Nacherfüllungsverlangen gegeben. In diesem Schreiben hat der Kläger lediglich informatorisch darauf hingewiesen, dass er einen Kostenvoranschlag eingeholt hat, ausweislich dessen ein Betrag in Höhe von 5338,89 € aufgewendet werden muss, um den Mangel zu beseitigen. Er hat gerade keine verbindlichen Erklärungen des Verkäufers zu der Angelegenheit verlangt. Damit war er aber auch nicht verpflichtet, mit dem Nacherfüllungsverlangen gleichzeitig eigeninitiativ die Möglichkeit zur Überprüfung der Mängel anzubieten. Eine solche Obliegenheit hätte nur dann bestanden, wenn der Beklagte zuvor das Verlangen geäußert hätte, die Mängel zu überprüfen. Hiervon kann im vorliegenden Fall aber nicht ausgegangen werden. Zwar gab es vor dem anwaltlichen Schreiben vom 11.10.2016 ein Telefonat zwischen den Parteien, der Inhalt ist jedoch – hiervon ist auch das Landgericht ausgegangen – streitig geblieben. Während der Kläger behauptet, er habe in diesem Telefonat angeboten, das Fahrzeug dem Beklagten zur Verfügung zu stellen, und dieser sei darauf nicht eingegangen, behauptet der Beklagte, er habe den Kläger aufgefordert, das Fahrzeug vorbeizubringen, und dieser habe entgegnet, das Fahrzeug sei schon in der Werkstatt und werde repariert. Beweis für den Inhalt des Telefonats hat keine Seite angeboten. Letztlich hat der Kläger das Fahrzeug nicht reparieren lassen, und auch aus dem Inhalt des Schreibens vom 11.10.2016 („Unser Mandant hatte Ihnen den Mangel telefonisch angezeigt. Sie hatten daraufhin auf die abgeschlossene Garantie verwiesen.“) kann gerade nicht geschlossen werden, dass der Beklagte den Wunsch geäußert hätte, den gerügten Mangel zu überprüfen.

Damit stellt das anwaltliche Schreiben vom 11.10.2016 ein wirksames Nacherfüllungsverlangen dar.

Andere Maßstäbe für ein wirksames Nacherfüllungsverlangen ergeben sich auch nicht aus der Entscheidung des BGH vom 19.07.2017 (VIII ZR 278/16, NJW 2017, 2758), auf die das Landgericht Bezug genommen hat und die auch nach der Entscheidung des OLG Düsseldorf vom 08.09.2016 ergangen ist. In diesem nunmehr von dem BGH entschiedenen Fall hatte die Käuferin die Verkäuferin unter Fristsetzung zur Nachbesserung des defekten Fahrzeugs aufgefordert. Die Verkäuferin hatte daraufhin die Nachbesserung an ihrem Sitz in Berlin angeboten. Die Käuferin verlangte sodann unter Aufrechterhaltung der gesetzten Frist die Überweisung eines Transportkostenvorschusses oder die Abholung des nicht fahrbereiten Fahrzeugs durch die Beklagte. Der BGH hat erneut betont, dass ein taugliches Nacherfüllungsverlangen auch die Bereitschaft des Käufers umfassen muss, dem Verkäufer die Kaufsache zur Überprüfung der erhobenen Mängelrügen am rechten Ort, nämlich dem Erfüllungsort der Nacherfüllung, für eine entsprechende Untersuchung zur Verfügung zu stellen, und danach dargelegt, dass die Käuferin gegen diese Obliegenheit nicht verstoßen habe, da sie nicht gehalten gewesen sei, der Beklagten das Fahrzeug an deren Geschäftssitz in Berlin zur Verfügung zu stellen, bevor nicht der geforderte Transportkostenvorschuss bei ihr eingegangen war, da die Verkäuferin zur Tragung dieser Kosten aus § 439 II BGB verpflichtet gewesen sei.

Aus diesen Ausführungen kann aber – ebenso wenig wie aus den vorangegangenen Entscheidungen des BGH – abgeleitet werden, dass der Käufer eingeninitiativ mit dem Nacherfüllungsverlangen ausdrücklich darauf hinweisen muss, dass er bereit ist, die Kaufsache am Erfüllungsort der Nachbesserung zur Überprüfung des gerügten Mangels zur Verfügung zu stellen. In dem von dem BGH zuletzt entschiedenen Fall war es vielmehr gerade so, dass die Verkäuferin ausdrücklich die Nacherfüllung an ihrem Sitz angeboten hatte und Streit darüber entbrannt war, ob ein Transportkostenvorschuss gefordert werden durfte. Das ursprüngliche Nacherfüllungsverlangen der Käuferin enthielt nach dem in der Entscheidung mitgeteilten Sachverhalt („forderte die Klägerin sie am 19.05.2015 unter Fristsetzung bis zum 30.05.2015 zur Nachbesserung auf“) auch gerade keinen eigeninitiativen Hinweis der Käuferin auf ihre Bereitschaft, das Fahrzeug, zur Überprüfung von Mängeln am Erfüllungsort zur Verfügung zu stellen. Dennoch hatte die auf Zahlung von Schadensersatz gerichtete Klage der Käuferin letztendlich Erfolg; in der Entscheidung des BGH wurde das Nacherfüllungsverlangen der Käuferin gerade nicht als unwirksam angesehen.

Die Angemessenheit der gesetzten Frist im hier zu entscheidenden Fall („zwei Wochen, gerechnet ab Datum dieses Schreibens“) unterliegt keinen Bedenken; auch in dem zuletzt vom BGH entschiedenen Fall (BGH, Urt. v. 19.07.2017 – VIII ZR 278/16, NJW 2017, 2758) war die Frist von elf Tagen nicht als unangemessen angesehen worden.

b) Die übrigen Voraussetzungen für den von dem Kläger geltend gemachten Schadensersatzanspruch gemäß §§ 434 I, 437 Nr. 3, §§ 280 I, III, 281 I BGB sind ebenfalls gegeben.

Bei dem erhöhten Ölverbrauch des streitgegenständlichen Fahrzeugs handelt es sich um einen Sachmangel, der bereits bei Gefahrübergang vorlag; insoweit kann auf die überzeugenden Ausführungen des Landgerichts verwiesen werden. Die wirksam gesetzte Frist für die Nacherfüllung ist fruchtlos verstrichen. Das Verschulden des Beklagten wird gemäß § 280 I 2 BGB vermutet.

c) Im Rahmen der Schadensberechnung ist zunächst festzuhalten, dass der Kläger hier das mangelhafte Fahrzeug behalten und damit Schadensersatz in Form des sogenannten „kleinen Schadensersatzes“ geltend gemacht hat. Dieser bemisst sich grundsätzlich nach den erforderlichen Kosten zur Herstellung einer mangelfreien Leistung (vgl. BeckOK-BGB/*Lorenz,* 47. Edition, § 281 Rn. 71). Die bewirkte Leistung soll durch nachträgliche Herstellungsmaßnahmen in den Zustand versetzt werden, den sie dem Schuldverhältnis zufolge haben soll (vgl. MünchKomm-BGB/*Ernst,* 7. Aufl., § 281 Rn. 134).

Nach dem in dem selbstständigen Beweisverfahren eingeholten Sachverständigengutachten, das von den Parteien insoweit nicht in Zweifel gezogen worden ist, ist hierfür eine Reparatur mit Austausch von Kolben samt Kolbenringen erforderlich, für die 3.200,86 € netto aufgewendet werden müssen. Der erforderliche Herstellungsaufwand beläuft sich mithin auf lediglich diesen Betrag; der höhere Betrag (4.486,46 € netto), der sich aus dem Kostenvoranschlag des Autohauses *A* vom 14.09.2016 ergibt und den der Kläger geltend macht, ist nicht ersatzfähig.

Da der Kläger das streitgegenständliche Fahrzeug nicht hat reparieren lassen, stellt sich die Frage, ob er fiktive Mängelbeseitigungskosten in Höhe von 3.200,86 € ersetzt verlangen kann. Für das Werkvertragsrecht hat der BGH unter Aufgabe seiner bisherigen Rechtsprechung durch Urteil vom 22.02.2018 (VII ZR 46/17, NJW 2018, 1463), entschieden, dass der Besteller, der das Werk behält und den Mangel nicht beseitigen lässt, im Rahmen des kleinen Schadensersatzes gegen den Unternehmer gemäß § 634 Nr. 4, §§ 280 I, III, 281 BGB seinen Schaden nicht nach fiktiven Mängelbeseitigungskosten verlangen kann. In Bezug auf den Schadensersatzanspruch gemäß § 437 Nr. 3, §§ 280 I, III, 281 BGB aus Kaufverträgen wegen des Mangels einer Kaufsache wurde bislang auf der Grundlage der bisherigen Rechtsprechung zum Werkvertragsrecht angenommen, dass auch ein Käufer seinen zu ersetzenden Schaden im Rahmen des kleinen Schadensersatzes auf der Grundlage der Mängelbeseitigungskosten unabhängig von einer Beseitigung des Mangels berechnen kann. Ob dies vor dem Hintergrund der erfolgten Rechtsprechungsänderung zum Werkvertragsrecht weiterhin Gültigkeit haben kann, hat der BGH in der Entscheidung vom 22.02.2018 offengelassen.

Auch im hier zu entscheidenden Fall kann diese Frage letztlich offenbleiben, da die Besonderheit besteht, dass die streitverkündete *AUDI AG* mit Schreiben vom 22.05.2018, gerichtet an den Prozessbevollmächtigten des Klägers, vorgelegt von der Beklagten als Anlage zur Berufungserwiderung und Anschlussberufung, unstreitig ausdrücklich angeboten hat, die von dem Sachverständigen *S* in dem selbstständigen Beweisverfahren empfohlene Reparatur (Austausch von Kolben samt Kolbenringen; Kosten 3.200,86 € netto) bei einem Audi-Vertragspartner, den der Kläger benennen soll, durchzuführen. Dabei wurde ausdrücklich betont, dass der Kläger nicht mit Kosten belastet werden wird. Bei dem Autohaus *A*, bei dem der Kläger seinen Kostenvoranschlag eingeholt hat und bei dem er das Fahrzeug auch für die Schadensermittlung und später zur Inspektion vorgestellt hat, handelt es sich ausweislich des Aufdrucks auf dem Kostenvoranschlag … um einen Audi-Vertragspartner. Der Kläger wäre mithin im Rahmen der ihm obliegenden Schadensminderungspflicht gehalten gewesen, diesen Weg zu wählen und das Fahrzeug bei dem Autohaus *A* (oder einer anderen Audi-Vertragswerkstatt seines Vertrauens) auf Kosten der streitverkündete *AUDI AG* so wie von dem Sachverständigen *S* empfohlen reparieren zu lassen.

Die Schadensminderungspflicht nach § 254 II 1 Fall 1 BGB hat den Zweck, bei bereits eingetretenen Schäden den Schadensumfang möglichst gering zu halten und unnötige Kosten bei der Schadensbeseitigung zu vermeiden (BeckOK-BGB/*Lorenz,* a. a. O., § 254 Rn. 29). Im Rahmen der Schadensminderungspflicht wird deshalb von dem Geschädigten als vernünftigem und sorgfältigem Menschen erwartet, dass er dazu beiträgt, den Schaden nicht unnötig groß werden zu lassen (vgl. NK-BGB/*Knöfler,* 3. Aufl., § 254 Rn. 29). Die Schadensminderungsobliegenheit des § 254 II BGB ist ein Anwendungsfall des allgemeinen Grundsatzes von Treu und Glauben und kommt dann zum Zuge, wenn der Geschädigte Maßnahmen unterlässt, die ein ordentlicher und verständiger Mensch zur Schadensabwendung oder Minderung ergreifen würde. Ein Verstoß gegen die Schadensminderungspflicht kann letztlich auch dazu führen, dass ein Anspruch entfällt (vgl. OLG Rostock, Urt. v. 17.01.2002 – 1 U 33/00, ZIP 2002, 429).

Von Letzterem ist auch im vorliegenden Fall auszugehen. Der Kläger hätte den Mangel in seiner Werkstatt, dem Autohaus *A*, für ihn kostenlos reparieren lassen können. Damit wäre aber letztlich sein Anspruch auf Mängelbeseitigung vollständig erfüllt gewesen und der vertragsgemäße Zustand hergestellt worden. Auf mehr hatte der Kläger insoweit keinen Anspruch.

Das entsprechende Angebot der streitverkündeten *AUDI AG* vom 22.05.2018 ist zwar erst während des Berufungsverfahrens abgegeben und dem Senat vorgelegt worden, der Inhalt dieses Angebots an den Kläger ist jedoch zwischen den Parteien unstreitig, sodass diese dem Kläger angebotene Möglichkeit der Schadensbeseitigung auch im Berufungsverfahren zu berücksichtigen ist.

Der Kläger hat keine Gründe geltend gemacht, warum es für ihn nicht zumutbar sein könnte, das Angebot der *AUDI AG* anzunehmen.

Soweit der Kläger in der mündlichen Verhandlung in der Berufungsinstanz am 08.11.2018 erstmals behauptet hat, dass er das streitgegenständliche Fahrzeug im Dezember 2017 oder im Januar 2018 verkauft habe, handelt es sich bei diesem bestrittenen und nicht unter Beweis gestellten Vortrag um ein neues Angriffsmittel, das gemäß § 531 II Nr. 3 BGB in der Berufungsinstanz nicht zu berücksichtigen ist. Der Kläger hat keine Gründe angegeben, warum er nicht bereits in erster Instanz vorgetragen hat, dass er das Fahrzeug verkauft hat. Spätestens als er in der mündlichen Verhandlung am 13.04.2018 in erster Instanz nach den Hinweisen des Landgerichts betreffend die Problematik der wirksamen Fristsetzung für die Nacherfüllung den Hilfsantrag stellte, den Beklagten zu verurteilen, den Mangel des erhöhten Ölverbrauchs zu beseitigen, hätte es die allgemeine Prozessförderungspflicht des § 282 BGB geboten, zu einem inzwischen erfolgten Verkauf des Fahrzeugs vorzutragen; dies hat der Kläger aus Nachlässigkeit unterlassen (vgl. Zöller/*Heßler,* ZPO, 32. Aufl., § 531 Rn. 30).

d) Die von dem Kläger als Schadensposition geltend gemachten 475,16 € (Rechnung des Autohauses *A* vom 29.11.2016) sind nicht nach §§ 434 I, 437 Nr. 3, §§ 280 I, III, 281 BGB ersatzfähig, da ein Zusammenhang dieses aufgewendeten Betrags mit dem Mangel des erhöhten Ölverbrauchs des streitgegenständlichen Fahrzeugs nicht ersichtlich ist. Der Kläger hat zu einem solchen Zusammenhang nichts vorgetragen. Ausweislich der Rechnung vom 29.11.2016 wurde eine Inspektion mit Ölwechsel durchgeführt, außerdem wurden Zündkerzen aus- und eingebaut, ebenso wurde der Staub- und Pollenfilter aus- und eingebaut. Ein Zusammenhang mit dem geltend gemachten Mangel ergibt sich mithin auch nicht aus der vorgelegten Rechnung.

e) Eine ersatzfähige Schadensposition stellen dagegen die 293,78 € dar, die der Kläger ausweislich der Rechnung des Autohauses *A* vom 13.09.2016 aufwenden musste, um den streitgegenständlichen Mangel, den erhöhten Ölverbrauch des Fahrzeugs, durch eine Ölverbrauchsmessung feststellen zu lassen. Der Zinsanspruch folgt aus § 291 BGB. Die beantragte Verzinsung ab dem 30.05.2016 ist nicht schlüssig dargelegt worden.

f) Der Kläger hat keinen Anspruch auf die beantragte Feststellung, dass der Beklagte verpflichtet ist, dem Kläger sämtlichen Schaden zu ersetzen, der diesem durch die Reparatur seines Fahrzeugs gemäß unverbindlicher Reparaturkostenkalkulation der Firma Autohaus *A* vom 14.09.2016 entstehen wird. Der Anspruch auf Nacherfüllung gemäß § 437 Nr. 1 BGB ist untergegangen, da der Kläger nach fruchtlosem Fristablauf Schadensersatz geltend gemacht hat. Im Rahmen der Schadensminderungspflicht war er verpflichtet, auf das Angebot der *AUDI AG* zur Reparatur des Fahrzeugs gemäß dem Gutachten des Sachverständigen *S* einzugehen. Nur in Bezug auf diese angebotene Reparatur könnte folglich der Feststellungsanspruch bestehen. Der Kläger ist auf das Angebot der *AUDI AG* jedoch nicht eingegangen; davon abgesehen dürfte das Angebot aufgrund seiner Formulierung („Mit Kosten wird ihr Mandant nicht belastet werden.“) auf umfassend gemeint sein und so zum Beispiel auch etwaige Kosten eines Mietwagens für den Kläger während der Zeit der Reparatur miteinbeziehen.

g) Da der Kläger lediglich einen Schadensersatzanspruch in Höhe von 293,78 € hat, errechnen sich die erstattungsfähigen vorgerichtlichen Rechtsanwaltsgebühren auf der Grundlage dieses Gegenstandswertes auf 83,60 € brutto (...). Der Zinsanspruch ergibt sich aus § 291 BGB.

2. Die Anschlussberufung des Beklagten

Die Anschlussberufung des Beklagten, der in der Berufungsinstanz die Aufhebung des Urteils der ersten Instanz und die Abweisung der Klage inklusive des Hilfsantrags beantragt hat, ist zulässig und hat in der Sache überwiegend Erfolg.

Die Verurteilung auf den Hilfsantrag hin ist entfallen; eine Verpflichtung des Beklagten zur Nacherfüllung besteht nicht. Der kaufrechtliche Nacherfüllungsanspruch des Klägers ist untergegangen, da dem Kläger der von ihm mit dem Hauptantrag verfolgte Schadensersatzanspruch gemäß §§ 434 I, 437 Nr. 3, §§ 280 I, III, 281 BGB dem Grunde nach zusteht. Ersatzfähig sind von dem insoweit mit der Klage geltend gemachten Betrag in Höhe von 5.255,42 € jedoch lediglich 293,78 €. Insofern kann auf die obigen Ausführungen unter II 1 verwiesen werden. ...

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.