
Datum: 16.10.2009
Gericht: Oberlandesgericht Düsseldorf
Spruchkörper: 22. Zivilsenat
Entscheidungsart: Urteil
Aktenzeichen: I-22 U 166/08
ECLI: ECLI:DE:OLGD:2009:1016.I22U166.08.00

Rechtskraft: ja

Tenor:

Auf die Berufung des Klägers wird das Urteil des Landgerichts Wuppertal vom 24.9.2008 (Az.: 3 O 577/07) teilweise abgeändert und wie folgt neu gefasst:

1. Die Beklagte wird verurteilt, an den Kläger 9.528,60 Euro zuzüglich Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem jeweiligen Basiszinssatz aus 3.900,03 Euro seit dem 16.7.2007 sowie zuzüglich Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem jeweiligen Basiszinssatz aus jeweils weiteren 333,35 Euro seit dem 1.8.2007, 1.9.2007, 1.10.2007, 1.11.2007, 1.12.2007, 1.1.2008, 1.2.2008, 1.3.2008, 1.4.2008, 1.5.2008, 1.6.2008, 1.7.2008, 1.8.2008, 1.9.2008, 1.10.2008, 1.11.2008, 1.12.2008, 1.1.2009, 1.2.2009, 1.3.2009, 1.4.2009, 1.5.2009, 1.6.2009, 1.7.2009, 1.8.2009 zu zahlen.

Im übrigen wird die Klage abgewiesen und die weitergehende Berufung zurückgewiesen.

2. Die Kosten des Rechtsstreits trägt die Beklagte.

3. Die Kosten der Streithilfe trägt der Streithelfer selbst.

4. Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar.

A. 2

Der Kläger nimmt die Beklagte auf Rückabwicklung eines Vertrags über einen gebrauchten Pkw wegen vom Vorbesitzer vorübergehend vorgenommener technischer Veränderungen am Fahrzeug und Ungereimtheiten im Zusammenhang mit der Laufleistung in Anspruch. 3

Der Kläger erwarb bei der Rechtsvorgängerin der Beklagten (im Folgenden: Beklagten) einen gebrauchten Pkw, Marke BMW, Typ 330 DA, zum Preis von 24.200,00 Euro. Dieser wurde ihm unter dem 12.02.2007 von der Beklagten in Rechnung gestellt (Bl. 10 ff. GA). Der Kaufpreis wurde in Höhe von 21.700,00 Euro über ein von der Beklagten vermitteltes Darlehen der D. Bank finanziert. Der Kilometerzähler des Fahrzeugs wies zu diesem Zeitpunkt einen Kilometerstand vom 36.525 km aus. 4

An diesem Pkw hatte dessen Vorbesitzer, der Streithelfer, vorübergehend ein sogenanntes Chip-Tuning betrieben, bei dem durch Austausch eines Steuerungschips des Fahrzeugs die Motorleistung und das Drehmoment über das herstellerseits für diesen Typ vorgesehene Maß hinaus erhöht wird. Der Streithelfer baute den Tuning-Chip etwa zeitgleich mit dem Aufziehen breiterer Reifen ein. In diesem Zusammenhang hat der Kläger einen Beleg über die Änderungsabnahme vom 05.07.2004 (Bl. 19 f. GA) als Anlage zur Klageschrift zu den Akten gereicht, aus welchem sich ergibt, dass der Kilometerstand des Fahrzeugs zu diesem Zeitpunkt 20.450 km betragen haben soll (dort Seite 2; Bl. 20 GA oben). Demgegenüber wiesen die Wartungsunterlagen für den 13.07.2004 einen Kilometerstand von 8.932 km und auch die nachfolgend notierten Kilometerstände vom 28.11.05 und 09.12.05 einen Kilometerstand auf, der jeweils unter dem im Beleg über die Änderungsabnahme genannten Kilometerstand liegt. Der Tuning Chip verblieb bis kurz vor Weiterveräußerung des Fahrzeugs in demselben, so dass der Tuning Chip in der Zeit Juli 2004 bis Januar 2007, mithin über 2 ½ Jahre eingebaut war und in dieser Zeit etwa 27.600 km mit dem Fahrzeug zurückgelegt worden sind. 5

Der Kläger hat behauptet, die Lebenserwartung des Motors sei infolge des durchgeführten Chip-Tunings gemindert. Darüber hinaus ergebe sich aus den verschiedenen notierten Kilometerständen, dass am Kilometerzähler des Pkw manipuliert worden sei, tatsächlich sei die Fahrleistung des Pkw deutlich höher als im Kaufvertrag vereinbart. Dies werde auch aus dem Umstand ersichtlich, dass der Nebenintervenient einen Ölwechsel bereits bei einem notierten Kilometerstand von 14.388 km durchgeführt haben wolle, obwohl ein Ölwechsel erst nach 30.000 km vorgesehen sei. Der Kläger hat ein Nutzungsentgelt von 0,4 % je gefahrene tausend Kilometer für angemessen gehalten, weil die zu erwartende Laufleistung des Fahrzeugs insgesamt 250.000 km betrage. 6

Der Kläger hat beantragt, 7

1) die Beklagte zu verurteilen, an ihn Zug um Zug gegen Rückgabe und Rückübergabe des Pkw BMW 330d, Fahrzeugidentnummer ..., 24.200,00 Euro nebst 6,99 % Zinsen für die Zeit vom 10.02.2007 bis zur Rechtshängigkeit und aus 24.200,00 Euro Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem jeweiligen Basiszinssatz seit Rechtshängigkeit, abzüglich eines Betrag zu zahlen, der sich wie folgt berechnet: 9,8 Cent x vom Kläger seit Übergabe am 12.02.2007 über den ausgewiesenen Kilometerstand von 36.525 hinaus gefahrene Kilometer gemäß Tachostand im Zeitpunkt der Rückgabe des vorbezeichneten Pkw an die Beklagte;

2) festzustellen, dass sich die Beklagte mit der Annahme des im Klageantrags zu Ziff. 91 bezeichneten Fahrzeugs in Verzug befindet;

3) die Beklagte zu verurteilen, ihn von den anwaltlichen Kosten der vorgerichtlichen Rechtsverfolgung durch die Rechtsanwälte B. und T., A.straße 31, 4... D., in Höhe eines Betrags von 1.085,04 Euro freizustellen.

Die Beklagte und der Streithelfer haben beantragt, 11

die Klage abzuweisen. 12

Die Beklagte hat behauptet, die vorübergehenden leistungssteigernden Maßnahmen am Fahrzeug hätten nicht zu einem höheren Verschleiß geführt. Augenscheinlich seien die Kilometerstände irrtümlich nicht immer richtig notiert worden. Der Nebenintervenient habe den Ölwechsel früher vorgenommen, weil er geglaubt habe, dies erhöhe die Lebensdauer des Motors. Die Beklagte hat eine Nutzungsvergütung von 0,5 % je gefahrene tausend Kilometer für angemessen gehalten. 13

Das Landgericht hat die Klage nach Beweisaufnahme durch Einholung eines Sachverständigengutachtens abgewiesen. Zur Begründung hat es auf das Ergebnis des Gutachtens verwiesen, wonach durch das Chip-Tuning zwar das Risiko erhöhten Verschleißes des Fahrzeugs begründet sei, Feststellungen zu einem tatsächlich eingetretenen höheren Verschleiß habe der Sachverständige aber nicht getroffen. Ein derartiger höherer Verschleiß werde auch vom Kläger nicht behauptet. Das Risiko erhöhten Verschleißes begründe indes keinen Mangel des Pkw, da Verschleiß von so vielen unterschiedlichen Einflussfaktoren abhängt, dass eine Zuordnung zum Chiptuning nicht vorgenommen werden könne. 14

Auch habe der Kläger eine Abweichung der vereinbarten von der tatsächlichen Fahrleistung nicht bewiesen, weil der Sachverständige eine Manipulation des Tachometers nicht habe feststellen können. Zwar gebe es tatsächlich die vom Kläger gerügten Ungereimtheiten in den Fahrzeugunterlagen, diese müssten aber nicht auf einer Manipulation des Tachometers beruhen, sondern könnten auch durch fehlerhafte Eintragungen in die Papiere bedingt sein. 15

Der Kläger wendet sich gegen das seinen Prozessbevollmächtigten am 29.09.2008 zugestellte landgerichtliche Urteil mit seiner am 01.10.2008 beim Oberlandesgericht eingegangenen und am 27.10.2008 begründeten Berufung. Er rügt insbesondere eine fehlerhafte Tatsachenfeststellung und eine Verletzung materiellen Rechts durch das landgerichtliche Urteil. Er macht geltend, dass bereits das Risiko eines höheren Verschleißes einen Sachmangel im Sinne des § 434 BGB darstelle. Dass ein derartiges erhöhtes Verschleißrisiko vorliege, habe der Sachverständige im Rahmen seines Gutachtens bestätigt und dies ergebe sich auch aus der Kundeninformation des Herstellers. Daher werde ein durchgeführtes Chip-Tuning allgemein als ein Sachmangel im Sinne des Gewährleistungsrechts angesehen. Dies um so mehr, als das Fahrzeug in diesem Falle nicht mehr der allgemeinen Käufererwartung entspreche. Zumindest hätte – so die Ansicht des Klägers – die Beklagte auf diesen Umstand hinweisen müssen. Da eine erhebliche Einwirkung auf den Motor ausgeübt werde, könne man entgegen der Auffassung des Landgerichts auch nicht von einem unerheblichen Mangel ausgehen. Die Aufklärung der Manipulation des Kilometerstandes durch das eingeholte Sachverständigengutachten sei unzureichend. 16

Der Kläger hat ursprünglich beantragt, 17

1) das Urteil des Landgerichts Wuppertal vom 24.09.2008, 3 O 577/07, aufzuheben; 18

19

2) die Beklagte zu verurteilen, an ihn Zug um Zug gegen Rückgabe und Rückübereignung des Pkw BMW 330d, Fahrzeugidentnummer ... 24.200,00 Euro nebst 6,99 % Zinsen für die Zeit vom 10.02.2007 bis zur Rechtshängigkeit und aus 24.200,00 Euro Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem jeweiligen Basiszinssatz seit Rechtshängigkeit, abzüglich eines Betrag zu zahlen, der sich wie folgt berechnet: 9,8 Cent x vom Kläger seit Übergabe am 12.02.2007 über den ausgewiesenen Kilometerstand von 36.525 hinaus gefahrene Kilometer gemäß Tachostand im Zeitpunkt der Rückgabe des vorbezeichneten Pkw an die Beklagte;

2) festzustellen, dass sich die Beklagte mit der Annahme des im Klageantrags zu Ziff 201 bezeichneten Fahrzeugs in Verzug befindet;

3) die Beklagte weitergehend zu verurteilen, ihn von den anwaltlichen Kosten der 21 vorgerichtlichen Rechtsverfolgung durch die Rechtsanwälte B. und T., A.-straße .., 4. D., in Höhe eines Betrags von 1.085,04 Euro freizustellen.

Nachdem der Senat seinen Hinweisbeschluss vom 17.12.2008 (vgl. Bl. 145/146 GA) erlassen 22 hat, beantragt der Kläger nunmehr,

1. die Beklagte zu verurteilen, an ihn 9.602,13 Euro nebst Zinsen in Höhe von 5 23 Prozentpunkten über dem jeweiligen Basiszinssatz seit dem 13.6.2007 zu zahlen.
2. die Beklagte weitergehend zu verurteilen, den Kläger von den anwaltlichen Kosten der vorgerichtlichen Rechtsverfolgung durch die Rechtsanwälte B. und T., A.-straße ..., 4. D., in Höhe eines Betrags von 1.085,04 Euro freizustellen.

Die Beklagte und der Streithelfer beantragen, 24

die Berufung zurückzuweisen. 25

Sie verteidigen das landgerichtliche Urteil unter Bezugnahme auf ihr erstinstanzliches 26 Vorbringen. Zur Begründung verweist sie auf das erstinstanzlich eingeholte Sachverständigengutachten, welches, wie die Beklagte meint, einen durch das Chip-Tuning verursachten Verschleiß gerade nicht nachgewiesen habe. Jedenfalls aber sei ein – unterstellt – derartiger Mangel unwesentlich. Auch die Feststellung, dass eine Tachometermanipulation nicht nachzuweisen sei, sei nicht zu beanstanden.

Der Streithelfer meint überdies, mit dem Chip-Tuning sei nicht zwingend der Umstand 27 verbunden, dass das erzeugte Leistungspotential des Fahrzeugs auch tatsächlich abgerufen werde, denn das Chip-Tuning könne auch eine Verringerung des Kraftstoffverbrauches bewirken.

B. 28

Die Berufung ist zulässig und – mit Ausnahme eines Betrages in Höhe von 73,53 Euro, eines 29 Teiles der begehrten Zinsen sowie des Freistellungsantrages – begründet.

I. 30

Der Kläger hat gegen die Beklagte infolge des Rücktritts einen Zahlungsanspruch in Höhe 31 von 9.528,60 EUR gemäß §§ 433; 434 Abs. 1; 437 Nr. 2; 440; 323; 346 BGB.

1. 32

33

Zwischen den Parteien ist unstreitig ein wirksamer Kaufvertrag über den Pkw zustande gekommen. Das Fahrzeug war mit einem Mangel im Sinne des § 434 Abs. 1 BGB behaftet. Erstinstanzlich hat der Kläger sich insoweit auf zwei Mängel berufen: Zum einen hat er das durchgeführte Chip-Tuning gerügt (nachfolgend a)), zum anderen hat er eine Manipulation des Kilometerzählers behauptet (nachfolgend b)).

a) Hinsichtlich des sogenannten Chip-Tunings gilt folgendes: 34

aa) Im Ergebnis macht der Kläger zu Recht geltend, der Mangel des Pkw sei dadurch begründet, dass der Chipeinsatz das Risiko eines erhöhten Motorenverschleißes in sich berge. 35

(1) Zwar weicht die Beschaffenheit des Pkw durch den zeitweiligen Einbau des Chip-Tunings nicht von der vertraglich vereinbarten Beschaffenheit i.S.d. § 434 Abs. 1 S. 1 BGB ab. Eine ausdrückliche Vereinbarung dahingehend, dass am Pkw ein Chip-Tuning nicht durchgeführt wurde, ist von den Parteien nicht getroffen worden. Aber auch an einer konkludenten oder stillschweigenden Beschaffenheitsvereinbarung, die auch im Kaufrecht grundsätzlich möglich ist (Palandt/ Weidenkaff, BGB, 68. Aufl. 2009, § 434, Rn. 17), fehlt es im vorliegenden Fall, weil die Frage der Manipulation des Motors zwischen den Parteien augenscheinlich überhaupt nicht erörtert wurde. Auch aus der Typbezeichnung des Fahrzeugs nebst Leistungsangabe lässt sich eine Beschaffenheitsvereinbarung im vorliegenden Fall nicht ableiten. Denn typischerweise enthalten diese Angaben nicht zusätzlich die Erklärung, es seien keinerlei Veränderungen am Fahrzeug vorgenommen worden, sondern es werden nur wesentliche Veränderungen erfasst, die den Motor nicht mehr als Originalmotor erscheinen lassen (OLG Düsseldorf ZfS 2005, 130 ff. – zitiert nach Juris, dort Rn. 20). Darüber hinaus lag eine Abweichung im vorliegenden Fall schon deswegen nicht vor, weil zum Zeitpunkt der Übergabe unstreitig der Originalchip wieder eingesetzt war. 36

(2) Dass das Fahrzeug sich zur vertraglich vorausgesetzten Verwendung nicht eigne, wird vom Kläger nicht behauptet, so dass ein Mangel im Sinne des. § 434 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 BGB ebenfalls ausscheidet. 37

(3) Allerdings weicht infolge des Chip-Tunings die Beschaffenheit des Pkw von der Beschaffenheit ab, die bei Sachen der gleichen Art üblich ist, § 434 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 BGB. Grundsätzlich kann auch die Art der Vorbenutzung einen Mangel i.S.d. § 434 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 BGB begründen (Palandt/Weidenkaff a.a.O., Rn. 29), wenn diese von dem, was ein Käufer üblicherweise erwarten darf, erheblich abweicht. Eine derartige Abweichung ist jedenfalls dann gegeben, wenn der Einsatz des Tuning-Chips zu einem übermäßigen Verschleiß des Motors geführt hätte, was indes nach den Feststellungen im erstinstanzlichen Urteil nicht der Fall ist. An diese Feststellungen ist der Senat gem. § 529 Abs. 1 Nr. 1 ZPO gebunden, sie werden mit der Berufung auch nicht angegriffen. 38

Der Kläger wendet sich vielmehr gegen die dem landgerichtlichen Urteil zugrunde liegende Rechtsauffassung, allein das vom Sachverständigen angeführte Risiko eines erhöhten Verschleißes vermöge einen Mangel i.S.d. § 434 Abs. 1 BGB nicht zu begründen. Dieser Berufungsangriff dringt durch. Es ist allgemein anerkannt, dass auch das Risiko erhöhten Verschleißes einen Mangel zu begründen vermag, so z.B. wenn das veräußerte Fahrzeug über einen längeren Zeitraum als Taxi oder Fahrschulwagen benutzt wurde und deswegen typischerweise mit erhöhtem Verschleiß zu rechnen ist (BGH MDR 1976, 1012 f. – zitiert nach Juris; OLG Nürnberg, Urt. v. 28.03.1985, Az. 8 U 3845/84 – zitiert nach Beck-online). Ein Mangel einer Sache kann auch vorliegen, wenn ein bestehendes Risiko bei Verwendung der Sache nicht ausgeräumt werden kann. Dieser Gedanke kann aus baurechtlichen 39

Entscheidungen hergeleitet werden. So haben der Bundesgerichtshof (vgl. z.B. BGH WM 1968, 1220, 1221) und das Reichsgericht (vgl. z.B. RGZ 85, 252, 253) für ein ehemals mit echtem Schwamm befallenes Haus - trotz zwischenzeitlicher Entfernung des Schwammes - entschieden, dass es für das Vorliegen eines Mangels schon der Verdacht, dass das von Neuem befallen werden könne, ausreichend sein könne. Dies gelte insbesondere, wenn dieser Verdacht nicht ausgeräumt worden sei. Ein Baumangel soll auch anzunehmen sein, wenn eine Ungewissheit über die Risiken des Gebrauchs bestehen (vgl. dazu die Übersicht bei Werner/Pastor, Der Bauprozess, 12. Aufl., Rn 1466 und 1514).

Ob eine derartige risikoerhöhende Nutzung vorgelegen hat, ergab sich aus dem Vorbringen der Parteien zunächst nicht sicher, weil nicht mitgeteilt worden ist, über welchen Zeitraum der Tuning-Chip tatsächlich im Fahrzeug verbaut war. Nach einem diesbezüglichen Hinweis des Senates hat der Kläger nunmehr vorgetragen (Bl. 158 ff. GA), ihm sei durch den Streitverkündeten im Rahmen des Telefonats mitgeteilt worden, der Tuning-Chip sei im Zusammenhang mit dem Aufziehen breiterer Reifen eingebaut worden. Insoweit hat der Kläger einen Beleg über die Änderungsabnahme vom 05.07.2004 (Bl. 19 f. GA) als Anlage zur Klageschrift zu den Akten gereicht, aus welchem sich ergibt, dass der Kilometerstand des Fahrzeugs zu diesem Zeitpunkt 20.450 km betragen haben soll (dort Seite 2; Bl. 20 GA oben). Demgegenüber war für den 13.07.2004 unstreitig ein Kilometerstand von 8.932 km in den Wartungsunterlagen vermerkt (Bl. 6 GA.). Da auch die nachfolgend notierten Kilometerstände vom 28.11.05 und 09.12.05 unter dem im Beleg über die Änderungsabnahme genannten Kilometerstand liegen, ist davon auszugehen, dass der Einbau bei einem Stand von etwa 9.000 km erfolgte. 40

Darüber hinaus hat der Streitverkündete dem Kläger nach dessen Vortrag mitgeteilt, der Chip sei bis kurz vor der Weiterveräußerung des Fahrzeugs dort verblieben. Daraus ergibt sich, dass der Tuning-Chip in etwa Anfang 2007 (Ankauf am 09.01.2007, Bl. 157 GA.) bei einem Kilometerstand von etwa 36.600 km wieder ausgebaut worden ist. 41

Diesem Sachvortrag ist seitens des Streitverkündeten nicht widersprochen worden, er hat insoweit keine Stellungnahme abgegeben. Auch die Beklagte hat dieses Vorbringen nicht bestritten. Insbesondere der Hinweis, dass die Umstände des Einbaus der Beklagten "nicht bekannt" gewesen seien (Bl. 179 d. GA.), stellt schon von seinem Wortlaut her kein Bestreiten der klägerischen Behauptungen dar. Letztlich ist also davon auszugehen, dass der Chip in der Zeit Juli 2004 bis Januar 2007, mithin über 2 ½ Jahre eingebaut war und in dieser Zeit etwa 27.600 km mit dem Fahrzeug zurückgelegt wurden. 42

Auf der Basis dieser Tatsachen hat der Sachverständige N. sein erstinstanzliches Gutachten ergänzt. Zwar hat der Sachverständige in seinem Gutachten ausgeführt, dass es nicht möglich sei, den Verschleiß nachzuweisen, der durch zeitweilige Chip-Tuning entstanden sei. Allerdings hat er in diesem Zusammenhang weiter überzeugend ausgeführt, mit hoher statistischer Wahrscheinlichkeit erreiche ein über 27.500 km leistungsgesteigerter Motor nicht die Gesamtleistung des Aggregates oder einiger Teile hiervon, die derselbe erreicht hätte, wenn er unter unveränderten Leistungsbedingungen betrieben worden wäre. Für den vorliegenden Rechtsstreit bedeutet dies, dass das vom Sachverständigen in seinem Gutachten beschriebene Risiko der hohen Wahrscheinlichkeit einer verkürzten Gesamtleistung des Motors und der damit zusammenhängenden Aggregate infolge des zeitweiligen Chip-Tunings einen Sachmangel darstellt. Dieser Mangel ist nach den überzeugenden Ausführungen des Sachverständigen auch nicht ausgeräumt. Berücksichtigt man überdies die Verkehrsanschauung, so geht diese – auch bei einem nur zeitweiligen Einbau eines Chip-Tunings – von einem höheren Verschleiß und einer darauf 43

zurückzuführenden geringeren Gesamtleistung des Motors aus.

Soweit der Streithelfer in seinem Schriftsatz vom 21.9.2009 ausführt, mit dem Chip-Tuning sei nicht zwingend der Umstand verbunden, dass das erzeugte Leistungspotential des Fahrzeugs auch tatsächlich abgerufen werde, denn das Chip-Tuning könne auch eine Verringerung des Kraftstoffverbrauches bewirken, greift dieser Einwand nicht. Denn jedenfalls ist durch diesen – hypothetischen - Umstand nicht zwingend das Risiko eines höheren Verschleißes – beim Betrieb des Fahrzeugs mit dem Chip-Tuning - ausgeschlossen. 44

bb) Aus den vorgenannten Gründen kann hier dahinstehen, ob in dem zeitweiligen Chip-Tuning und dem Erlöschen der Betriebserlaubnis ein Mangel zu sehen ist. Fraglich ist, ob der Annahme, das Fahrzeug sei mangelhaft, nicht der nachträgliche erneute Austausch des Tuning-Chips gegen den werksseitig verbauten Originalchip entgegen steht. 45

b) Die abweichend vom Kaufvertrag höhere Laufleistung des Motors eines Gebrauchtfahrzeugs stellt grundsätzlich einen Mangel dar, weil die vereinbarte Beschaffenheit des Pkw's und die tatsächliche Beschaffenheit voneinander abweichen (BGH NJW 2007, 1346 – zitiert nach Juris, dort Rn. 14). Dementsprechend wäre der Kläger zum Rücktritt berechtigt, sofern tatsächliche und vereinbarte Laufleistung voneinander abwichen. 46

Der Kläger hat indes die von ihm behauptete Manipulation des Kilometerzählers und damit die tatsächlich höhere Laufleistung nicht zu beweisen vermocht. An die Feststellungen des Landgerichts ist der Senat gem. § 529 Abs. 1 Nr. 1 ZPO gebunden. Insbesondere begründen keine konkreten Anhaltspunkte Zweifel an der Richtigkeit der landgerichtlichen Feststellungen. Denn die mit dem Pkw übergebenen schriftlichen Unterlagen weisen zwar widersprüchliche Angaben auf, sie führen aber nicht zwingend zu dem Schluss, dass hier eine Manipulation des Kilometerzählers erfolgte, sondern lassen – wie das Landgericht zu Recht ausführt – auch die Möglichkeit offen, dass die Eintragungen in die Unterlagen fehlerhaft vorgenommen worden sind. Auch der nach den Unterlagen beim Kilometerstand von 14.388 km vorgenommene Ölwechsel lässt nicht zwingend auf eine höhere Laufleistung schließen, da es – gerade in Bastler- und/oder Tuningkreisen – durchaus nicht unüblich ist, Ölwechsel in geringeren als vom Hersteller vorgegebenen Abständen vorzunehmen. Manipulationen am Kilometerzähler konnten seitens des Sachverständigen nicht festgestellt werden, so dass insgesamt die Feststellungen des Landgerichts insoweit nicht zu beanstanden sind. Der Kläger rügt mit der Berufung auch eher allgemein, dass die hierzu vorhandenen Aufklärungsmöglichkeiten nicht ausgeschöpft worden seien (Bl. 130 d. GA.), hierzu verweist er auf nach dem Gutachten des Sachverständigen N. möglicherweise beim Hersteller vorhandene weitere Informationen (vgl. Bl. 76 unten d. GA.). Er behauptet indes nicht konkret, dass der Hersteller, hier die Fa. BMW, derartige weitere Informationen besitzt und zur Herausgabe dieser Sicherungssysteme bereit wäre. 47

2. 48

Der Kläger hat den Rücktritt mit anwaltlichem Schreiben vom 05.06.2007 erklärt. Eine vorherige Fristsetzung war bezüglich des Risikos eines durch den Chipeinsatz etwa eingetretenen Verschleißes gem. § 326 Abs. 5 BGB entbehrlich, weil es sich hierbei nicht um einen behebbaren Mangel handelt und bei Gebrauchtfahrzeugen die Nachlieferung einer gleichwertigen Ersatzsache regelmäßig ausscheidet (BGH NJW 2006, 2839 ff.; 2008, 1517 ff. – beide zitiert nach Juris). 49

Der Ausübung des Rücktrittsrechts steht das aus § 242 BGB abzuleitende Verbot widersprüchlichen Verhaltens nicht entgegen. Der Kläger hat – zwar – wenige Tage nach 50

Abschluss des Kaufvertrags vom durchgeführten Chip-Tuning erfahren und zunächst versucht, den Tuning-Chip vom Nebenintervenienten zu erwerben (vgl. E-Mail vom 15.02.2007, Bl. 43 d. GA.). Allerdings hat der Kläger insoweit unwidersprochen und nachvollziehbar bestritten, ernsthaft an einem Kauf interessiert gewesen zu sein, ihm sei es um die Sicherung von Beweismitteln gegangen (Bl. 45 d. GA.), so dass eine Verwirkung aus diesem Grunde nicht angenommen werden kann.

Es liegt auch keine unerhebliche Pflichtverletzung gemäß § 323 Abs.5 Satz 2 BGB vor. Die Beklagte (vgl. Bl. 214 GA) und der Streithelfer (vgl. Bl. 228 GA) wenden eine unerhebliche Pflichtverletzung ein, die nicht zum Rücktritt berechtige. Dieser Ansicht ist nicht zu folgen, denn hier liegt der nicht ausgeräumte Verdacht eines schwerwiegenden Mangels (vgl. dazu auch Palandt/Grüneberg, BGB, 68. Auflage, § 323 Rn 32) in Gestalt der Verringerung der Gesamtleistung des Motors und der damit zusammenhängenden Aggregate, z.B. des Getriebes, vor, so dass für die Annahme einer unerheblichen Pflichtverletzung kein Raum verbleibt.

3. 52

Gemäß § 346 Abs. 1 BGB sind im Falle eines Rücktritts die empfangenen Leistungen zurück zu gewähren, und der Wert der gezogenen Nutzungen ist zu ersetzen. Für das vorliegende Verfahren bedeutet dies im Einzelnen: 53

Der vom Kläger bar entrichtete Kaufpreisanteil in Höhe von 2.500,00 Euro ist zurück zu gewähren. Zusätzlich steht dem Kläger gegenüber der Beklagten im Zuge der Rückabwicklung gem. §§ 346 ff. BGB ein Anspruch auf Zahlung der bis zum Rücktritt geleisteten Nettokreditraten, ohne Zinsen und Finanzierungskosten zu. Ferner hat er Anspruch auf die nach Rücktritt geleisteten Bruttokreditraten. Dieser Zahlungsanspruch ist darüber hinaus um die dem Händler zu erstattende Nutzungsausfallentschädigung zu kürzen (vgl. nur OLG Hamm NZV 2006, 421 – zitiert nach Juris, dort Rn. 26; Palandt/Grüneberg, BGB, Kommentar, 68. Aufl. 2009, § 359, Rn. 8; Reinking/Eggert, a.a.O., Rn. 796 – zitiert nach Juris). 54

Der Kläger hat unwidersprochen vorgetragen, er habe monatlich Nettokreditraten an die finanzierende Bank von Februar bis Juni 2007 in Höhe von 266,67 Euro geleistet. Die Nettokreditraten sind dergestalt zu ermitteln, dass Nettodarlehensbetrag von 21.700,00 Euro und die Kosten und Zinsen enthaltende Darlehenssumme von 27.125,87 Euro (Bl. 11 d. GA.) zueinander ins Verhältnis gesetzt werden. Demnach beträgt der Nettodarlehensbetrag 79,99 % des Gesamtdarlehens. 79,99 % der ersten Darlehensraten in Höhe von 333,35 Euro beträgt 266,67 Euro als monatliche Nettokreditrate. 55

Nach dem Rücktritt ist der Kläger berechtigt, an die finanzierende Bank noch geleistete Bruttokreditraten ersetzt zu verlangen (OLG Hamm a.a.O., Rn. 29), da er die Zahlungen im Hinblick auf das bestehende Rechtsverfolgungsrisiko erbracht hat und die weiteren Zahlungen durch das Verhalten der Beklagten herausgefordert wurden. Hierzu hat der Kläger vorgetragen, er habe insgesamt ab dem Monat Juli des Jahres 2007 Bruttokreditbeträge von 6.333,65 Euro (vgl. Bl. 162 GA) und von 2.666,80 Euro gezahlt. Bei einem monatlichen Betrag in Höhe von 333,35 Euro ergibt dies insgesamt 26 Raten beginnend ab Juli 2007, mithin einen Gesamtbetrag von 8.667,10 Euro. Daraus ergibt sich folgende Berechnung: 56

Anzahlung. 2.500,00 Euro 57

Nettokreditraten (März 07 bis Juni 07), 4 x 266,67 Euro 1.066,68 Euro 58

Bruttokreditraten (ab Juli 2007: 26 x 333,35 Euro) 8.667,10 Euro	59
An- und Abmeldekosten <u>60,00 Euro</u>	60
Insgesamt: 12.293,78 Euro	61
c) Vom vorstehenden Betrag ist eine Nutzungsentschädigung abzuziehen. Ihre Höhe ist grundsätzlich gemäß § 287 ZPO zu schätzen. Die Schätzung ist anhand einer linearen Wertschundformel unter Berücksichtigung des konkreten Gebrauchtwagenpreises und der zu erwartenden Restlaufleistung vorzunehmen (so auch Reinking/Eggert, a.a.O., Rn. 1455 m.w.N. zur Rechtsprechung in Rn. 1457).	62
Hiervon gehen im Ansatz auch die Parteien übereinstimmend aus. Dabei ist die Gesamtlaufleistung des Fahrzeugs zu schätzen, die bei dem hier in Rede stehenden Drei-Liter Dieselmotor mit 250.000 km zu veranschlagen sein dürfte (vgl. die auf Dieselfahrzeuge bezogenen Rechtsprechungsnachweise bei Reinking/Eggert a.a.O.). Die demgegenüber von der Beklagten angesetzte Gesamtfahrleistung von 200.000 km erscheint demgegenüber für ein Dieselfahrzeug mit dem hier eingebauten starken Motor zu gering. Anders als die Parteien die Nutzungsentschädigung berechnen ist allerdings nicht die Gesamtfahrleistung zum Kaufpreis für das gebrauchte Fahrzeug ins Verhältnis zu setzen, sondern die zu erwartende Restlaufleistung. Bei Übergabe betrug der Kilometerstand des Fahrzeugs 36.525 km, so dass zu diesem Zeitpunkt eine Restlaufleistung von 213.475 km zu erwarten war. Bei dem zwischen den Parteien vereinbarten Kaufpreis von 24.200,00 Euro ergibt sich daraus eine Nutzungsausfallentschädigung von 11 ct. je gefahrenen Kilometer. Die Nutzungsentschädigung ist auch nicht auf den Zeitpunkt der Rückgabe zu beziehen, wie der Kläger ausweislich seines Klageantrags annimmt, sondern vielmehr auf den Zeitpunkt der letzten mündlichen Verhandlung.	63
Der Kläger hat nach dem Hinweis des Senats vom 17.12.2008 (vgl. Bl. 145/146 GA) den aktuellen Kilometerstand mit 61.663 km angegeben (vgl. Bl. 163 GA), so dass sich ab Übergabe des Fahrzeugs an ihn eine Fahrleistung von 25.138 km ergibt. Daraus folgt eine Nutzungsentschädigung in Höhe von 2.765,18 Euro (25.138 x 0,11 Euro).	64
12.293,78 Euro	65
abzüglich Nutzungsentschädigung <u>2.765,18 Euro</u>	66
zuzusprechender Gesamtbetrag 9.528,60 Euro.	67
Da der Kläger, mit seinem zuletzt in mündlicher Verhandlung vom 18.9.2009 modifizierten Klageantrag, insgesamt jedoch 9.602,13 Euro begehrt hat, ist dieser Klageantrag in Höhe von 73,53 Euro ohne Erfolg.	68
II.	69
Hinsichtlich der verlangten Zinsen gilt folgendes:	70
1. Soweit der Kläger die Verzinsung der Anzahlung in Höhe von 2.500 Euro ab dem 12.02.2007 (Kaufvertragsschluss) begehrt, ist dies zumindest teilweise unschlüssig. Denn zwar können Zinsen gezogene Nutzungen i.S.d. § 346 Abs. 1 BGB sein (BGH NJW 2007, 1346 – zitiert nach Juris, dort Rn. 38). Dies setzt aber voraus, dass die Beklagte entsprechende Nutzungen gezogen oder nach entgegen der Regeln einer ordnungsgemäßen Wirtschaft nicht gezogen hat. Hierfür besteht indes im vorliegenden Fall kein Anhalt. Somit	71

besteht ein Anspruch auf Verzinsung dieses Teilbetrags gem. §§ 286, 288 Abs. 1 BGB erst mit Verzugseintritt. Dieser ist mangels anderer Anhaltspunkte jedenfalls mit Zugang des Schreibens vom 12.06.2007 (Bl. 17 d. GA.) eingetreten, weil die Beklagte mit diesem Schreiben die Rückabwicklung des Vertrags endgültig verweigert hat, indem sie den Kläger auf den Klageweg verwiesen hat, § 286 Abs. 2 Nr. 3 BGB. Unter Berücksichtigung der üblichen Postlaufzeiten von drei Tagen ist Verzug somit am 15.07.2007 eingetreten und die Schuld in Höhe von 2.500,00 Euro ab dem 16.07.07 zu verzinsen. Die Zinshöhe ergibt sich mit fünf Prozentpunkten über dem Basiszinssatz aus § 288 Abs. 1 S. 2 BGB. Dies entspricht auch insoweit dem geänderten Antrag des Klägers (Bl. 162 GA).

2. Darüberhinaus kann der Kläger eine Verzinsung der gezahlten Kreditraten wie folgt verlangen: 72

a) Die zwischen dem 1.3.2007 und 1.7.2007 gezahlten Kreditraten kann der Kläger infolge des Verzugseintrittes seit dem 16.7.2007 in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz verlangen. Dies entspricht einem Betrag in Höhe von Nettokreditraten (März 07 bis Juni 07, 4 x 266,67 Euro) von 1.066,68 Euro sowie einer Bruttokreditrate (gezahlt am 1.7.2007) in Höhe von 333,35 Euro, also insgesamt einem Betrag von 1.400,03 Euro. 73

b) Auf die nach dem 16.7.2007 gezahlten Bruttokreditraten (ab August 2007: 25 x 333,35 Euro = 8.333,75 Euro) stehen dem Kläger ebenfalls aus dem Gesichtspunkt des Verzuges Zinsen zu. Insoweit war nach der endgültigen Weigerung der Beklagten aus dem Schreiben vom 12.6.2007 (jeweils) eine erneute Inverzugsetzung entbehrlich. Da jedoch der Kläger diese Raten erst nach dem Verzugseintritt gezahlt hat, können Zinsen hierauf erst ab dem jeweiligen Zahlungstermin zu dem der Kläger die Raten gezahlt hat, beansprucht werden. 74

c) Die Zinshöhe von fünf Prozentpunkten über dem Basiszinssatz folgt § 288 Abs. 1 S. 2 BGB. Dies entspricht auch insoweit dem geänderten Antrag des Klägers (Bl. 162 GA). 75

III. 76

Dem Kläger steht gegen die Beklagte kein Anspruch auf Freistellung von außergerichtlichen Rechtsanwaltskosten in begehrter Höhe zu. Ein solcher Anspruch auf Schadensersatz folgt weder aus Verzug gemäß § 286 BGB noch aufgrund einer Schlechtleistung der Beklagten gemäß § 437 Nr 3 BGB i.V.m. § 280 Abs. 1 Satz 1 BGB. 77

Zunächst ist dem Vortrag des Klägers nicht zu entnehmen, für welche - genaue - Leistung seines Prozessbevollmächtigten er Schadensersatz verlangt. Die hierzu vorgelegte Kostenrechnung seiner Rechtsanwälte vom 11.7.2007 weist lediglich eine Geschäftsgebühr im Leistungszeitraum vom 19.2.2007 bis 11.7.2007 aus (vgl. Bl. 21 GA). Weitere Einzelheiten werden dort nicht mitgeteilt. Ungeachtet dessen gilt folgendes: 78

Wie zuvor dargestellt, bestand Verzug mangels anderweitig mitgeteilter Tatsachen im vorliegenden Rechtsstreit erst mit Zugang des Schreibens der Beklagten vom 12.06.2007 (Bl. 17 GA). Denn die Beklagte hat mit diesem Schreiben die Rückabwicklung des Vertrags endgültig verweigert, indem sie den Kläger auf den Klageweg verwiesen hat, § 286 Abs. 2 Nr. 3 BGB. Unter Berücksichtigung der üblichen Postlaufzeiten von drei Tagen ist Verzug demnach am 15.07.2007 eingetreten. Einen früheren Verzugseintritt hat der Kläger nicht dargelegt. Vor diesem Hintergrund fehlt es zu dem Zeitpunkt, als der Kläger durch Schreiben seiner Prozessbevollmächtigten vom 5.6.2007 den Rücktritt vom Kaufvertrag erklärt hat, an einem Verzugseintritt. 79

Auch aufgrund einer Schlechtleistung der Beklagten kann der Kläger keinen Schadensersatz gem. § 437 Nr. 3 BGB i.V.m. § 280 Abs. 1 Satz 1 BGB verlangen. Denn ein etwaiges Verschulden des Beklagten ist nicht dargelegt; insbesondere zu einer möglicherweise bestehenden Kenntnis der Mitarbeiter der Beklagten, hat der Kläger nichts vorgetragen. Vielmehr hat er sogar in seiner Replik vom 8.2.2008 (vgl. Bl. 38 GA) ausgeführt, auf ein Verschulden der Beklagten komme es nicht an.

Eines Hinweises des Senates hierzu bedurfte es nicht, da gemäß § 139 Abs. 2 Satz 1 ZPO insoweit lediglich eine Nebenforderung betroffen war. Zu den Nebenforderungen gemäß § 4 Abs. 1 Halbsatz 2 ZPO gehören die vor Klageerhebung entstandenen Kosten, insbesondere auch vorprozessuale Kosten zur Durchsetzung eines Anspruchs (Zöller/Herget, ZPO, 27. Aufl., § 4 Rn. 12 f. m.w.N.). 81

C. 82

Die Kostenentscheidung folgt aus §§ 92 Abs.2, 101 ZPO. Soweit die Kostenentscheidung auf § 92 Abs.2 ZPO beruht, ist die Zuviehforderung verhältnismäßig geringfügig und hat keine höheren Kosten veranlasst. 83

Die Entscheidung zur vorläufigen Vollstreckbarkeit folgt aus §§ 708 Nr. 10, 713 ZPO. 84

Die Revision ist nicht zuzulassen, da kein gesetzlicher Grund im Sinne des § 543 Abs. 2 ZPO vorliegt. 85

Streitwert: 9.602,13 EUR. 86

R. F. Dr. T. 87