
Datum: 22.07.2010
Gericht: Oberlandesgericht Hamm
Spruchkörper: 2. Zivilsenat
Entscheidungsart: Urteil
Aktenzeichen: I-2 U 242/09
ECLI: ECLI:DE:OLGHAM:2010:0722:I2U242.09.00

Vorinstanz: Landgericht Bielefeld, 6 O 26/09

Tenor:

Unter Zurückweisung der weitergehenden Berufung des Klägers wird die Be-klagte unter teilweiser Abänderung des am 09.11.2009 verkündeten Urteils des Einzelrichters der 6. Zivilkammer des Landgerichts Bielefeld verurteilt, an den Kläger 24.222,00 € nebst Zinsen in Höhe von 5% über dem Basiszinssatz ab dem 14.10.08 Zug um Zug gegen Rückgabe und Übereignung des Fahrzeuges VW EOS 1,6 l FSI, Fahrzeug-Ident-Nr. ##### zu zahlen.

Die Kosten des Rechtsstreits beider Instanzen werden gegeneinander aufgehoben.

Dieses Urteil ist vorläufig vollstreckbar.

Der Beklagten wird nachgelassen, die gegen sie gerichtete Vollstreckung durch Sicherheitsleistung in Höhe von 110% des vollstreckbaren Betrages abzuwenden, wenn nicht der Kläger vor der Vollstreckung Sicherheit in Höhe von 110% des zu vollstreckenden Betrages leistet.

Gründe:

I.

1

2

Der Kläger kaufte bei der Beklagten einen PKW mit Faltdach. Mit der Behauptung, dass Dach sei undicht, hat er die Beklagte auf Nachlieferung in Anspruch genommen. Hilfsweise hat er den Rücktritt erklärt und die Beklagte auf Rückabwicklung in Anspruch genommen.	3
Das Landgericht hat seine Klage abgewiesen. Zur Begründung hat es im Wesentlichen ausgeführt: Bei den vom Kläger gerügten Undichtigkeiten im hinteren Teil des Daches, in der Mitte des Daches und in Höhe der A-Säule links handle es sich um unterschiedliche Mängel. Dass im hinteren Bereich des Daches Wasser eindringe, habe der Kläger nicht bewiesen, weil der Sachverständige das nicht festgestellt habe. Eine Undichtigkeit im mittleren Bereiches des Daches habe sich bei der Untersuchung durch den Sachverständigen zwar ergeben. Es sei jedoch nicht festzustellen, dass dieser Sachmangel bei Gefahrübergang vorgelegen hätte. Die Vermutung des § 476 BGB greife nicht, weil sich dieser Mangel erst nach einer Zeit von über sechs Monaten ab Übergabe gezeigt habe. Gleiches gelte für Undichtigkeiten im Bereich der A-Säule. Wegen der Einzelheiten der Feststellungen des Landgerichts und seiner Entscheidungsgründe sowie wegen der in erster Instanz gestellten Anträge wird auf das Urteil des Landgerichts Bezug genommen.	4
Gegen das Urteil richtet sich die Berufung des Klägers. Er bekämpft mit näheren Ausführungen die Auffassung des Landgerichts, es handle sich bei den Undichtigkeiten um unterschiedliche Mängel und verfolgt damit seine insoweit schon in erster Instanz vertretene Auffassung, bei den Undichtigkeiten des Daches handle es sich um einen Mangel mit verschiedenen Erscheinungen, weiter. Daneben rügt er die Untersuchungsmethode des Sachverständigen (Beregnung mit Wasserschlauch) als zur Feststellung sämtlicher Undichtigkeiten unzureichend. Er verfolgt seine in erster Instanz gestellten Anträge weiter und beantragt,	5
abändernd	6
1.	7
die Beklagte zu verurteilen, an ihn ein Fahrzeug, Hersteller VW, Typ EOS - unter näherer Beschreibung, für die auf den im landgerichtlichen Urteil wiedergegebenen Antrag verwiesen wird - zu liefern und zu übereignen Zug um Zug gegen Rückgabe des Fahrzeuges VW-Eos 1,6 I FSI, Fahrzeug-Ident-Nr. #####,	8
hilfsweise	9
2.	10
die Beklagte zu verurteilen, an ihn Zug um Zug gegen Rückgabe des oben im Zug um Zug Teil des Antrages zu 1. bezeichneten Fahrzeuges 24.222,00 € nebst 5% Zinsen über dem Basiszinssatz seit dem 14.10.2008 zu zahlen.	11
Die Beklagte beantragt,	12
die Berufung zurück zu weisen.	13
Sie verteidigt die angefochtene Entscheidung mit näheren Ausführungen.	14
Wegen der Einzelheiten des Parteivorbringens wird auf den Inhalt der gewechselten Schriftsätze und ihrer Anlagen verwiesen.	15
II.	16

Die Berufung des Klägers hat mit dem Hilfsantrag Erfolg. Sie ist - im Ergebnis - unbegründet, soweit das Landgericht den Hauptantrag abgewiesen hat.	17
A.	18
Das Fahrzeug des Klägers ist mangelhaft.	19
1.	20
Es weicht von der zu erwartenden Beschaffenheit, § 434 I 2 Nr. 2 BGB ab. Denn sein Dach ist nach den den Erkenntnissen des Sachverständigen folgenden und insoweit unangegriffenen Feststellungen des Landgerichts - im Bereich der A-Säule vorne links und im mittleren Bereich auf der rechten Seite - undicht.	21
2.	22
Dafür, dass die Undichtigkeit des Dachs bereits bei Gefahrübergang vorhanden war, streitet zu Gunsten des Klägers die Vermutung des § 476 BGB. Dass es sich um einen Verbrauchsgüterkauf handelt, ist dabei unstreitig.	23
a.	24
Die Undichtigkeit des Dachs - im Bereich der A-Säule links - hat sich noch in dem Monat, in dem die Übergabe erfolgte, gezeigt. (Übergabe war am 01.11.06; wegen Undichtigkeit im Bereich der linken A-Säule bzw. des linken Dachholmes war das Fahrzeug in der Zeit vom 27.11.06 bis zum 09.01.07 bei der Beklagten, die sich dabei der Firma T2 in X bediente, in Reparatur.)	25
Der Auffassung des Landgerichts, es handele sich bei Undichtigkeiten an verschiedenen Stellen des Daches um unterschiedliche Mängel, ist nicht beizupflichten. Denn es geht nicht um Undichtigkeiten an verschiedenen Stellen, deren Ursache an eben solchen verschiedenen Stellen - etwa an diskreter Stelle schadhafter Dichtung - auszumachen wäre. Vielmehr geht es um die Schließfunktion des Daches insgesamt. Der Sachverständige hat dazu bereits in seinem schriftlichen Gutachten [SVG9] anhand des Öffnungsvorganges dargestellt, dass beim Öffnen des Dachs genaue Abläufe erforderlich sind, und bei seiner Anhörung vor dem Landgericht einleuchtend ausgeführt, dass Undichtigkeiten durch die Grundkonstruktion entstehen, in deren Folge große Teile durch einen komplexen Vorgang in die richtige Position gebracht werden und dabei sehr viele Bewegungen und Richtungen aufeinander abgestimmt werden müssen. Schon das rechtfertigt die Feststellung, dass Undichtigkeiten an verschiedenen Stellen keine eigenständigen Mängel bedeuten, sondern nur Ausprägung einer sich aus der Konstruktion ergebenden Undichtigkeit sind. Darüber hinaus wird dieses Erkenntnis durch weitere Umstände gestützt:	26
Zum einen kann nach den - insoweit unangegriffenen und im übrigen angesichts der Komplexität des Dachaufbaus gut nachvollziehbaren - Feststellungen des Sachverständigen eine Einstellung dazu führen, dass die undichte Stelle beseitigt wird und dafür eine andere Stelle undicht wird. Zum anderen sind dem Hersteller des Fahrzeuges Dichtigkeitsprobleme des Faltdaches nicht unbekannt. Das zeigt der Vortrag der Beklagten, wonach der Hersteller Undichtigkeiten des Dachs (entsprechender Fahrzeuge) zum Anlass genommen hat, Dachkompetenzzentren einzurichten und dazu Mitarbeiter dieser Zentren für die "streitgegenständliche Problematik" speziell geschult hat. Darüber hinaus hat die Beklagte selbst Undichtigkeiten des Dachs an verschiedenen Stellen vorprozessual nicht als	27

verschiedene Mängel angesehen. Denn sie hat, nachdem Undichtigkeiten im Bereich der A-Säule und hinten links aufgetreten waren dem Kläger - ohne zwischen einzelnen undichten Stellen zu differenzieren - mit Schreiben vom 02.10.07 [GA14] mitgeteilt, dass sie - neben der möglichen Dachinstandsetzung - auch bereit sei, das Fahrzeug zurück zu nehmen.

b. 28

Die Beklagte zeigt nichts auf, wonach die Vermutung des § 476 BGB mit der Art der Sache oder des Mangels unvereinbar wäre. 29

Soweit sie anführt, als Ursachen für die Undichtigkeit des Dachs kämen mangelnde Pflege der Dichtungen, Verschmutzungen oder Fehler im Bereich des Wasserablaufs in Betracht, sind denkbare Alternativursachen von vorne herein ungeeignet, aus ihnen die Unvereinbarkeit der Vermutung mit der Art der Sache oder des Mangels herzuleiten. Abgesehen davon hat der Sachverständige Pflegedefizite, Verschmutzungen oder Fehler im Bereich des Wasserablaufs nicht festgestellt. Er hat die Dichtbereiche des Dachs geprüft [SVG5] und dabei nichts über gefundene Verunreinigungen berichtet. Im weiteren Verlauf seines schriftlichen Gutachtens hat er im Zusammenhang mit möglicherweise geringem Elastizitätsverlust der Dichtungen und der Möglichkeit, dass die Dichteigenschaften durch Schmutzrückstände herabgesetzt werden können, ausgeführt, dass es aus technischer Sicht dennoch zu keinem Wassereintritt der vorgefundenen Form kommen sollte [SVG9]. 30

c. 31

Soweit die Beklagte die Auffassung vertritt, die vom Sachverständigen gefundenen Mängel in Form von Undichtigkeiten seien mit den Ursprungsmängeln nicht identisch, ist dem nicht zu folgen. Dazu wird zunächst auf das unter a. Gesagte verwiesen. Undichtigkeit des Daches an verschiedenen Stellen sind nur Ausprägung der unzureichenden Schließfunktion des Daches insgesamt. 32

Soweit der Vortrag der Beklagten, sie habe die Undichtigkeiten, die Gegenstand der Werkstattaufenthalte ab dem 27.11.06 und ab dem 11.06.07 waren, abgestellt, dahin zu verstehen sein sollte, dass sie mit ihren Reparaturen Schließfähigkeit insgesamt hergestellt habe und die vom Sachverständigen gefundenen Undichtigkeiten auf neuer Ursache beruhten, ergibt sich keine andere Bewertung. 33

Zum einen legt die Beklagte keine unterschiedlichen Ursachen der Undichtigkeiten dar. Zum anderen folgt aus dem unstreitigen Befund des Sachverständigen, dass die Beklagte Dichtigkeit des Dachs weder hergestellt hat, noch, dass die Ursache mangelhafter Dichtigkeit in anderer Ursache, als dem von Anfang an nicht gewährleistenden Zusammenspiel der Konstruktionskomponenten des Daches zu suchen ist. Das gleiche Ergebnis, nämlich, dass es der Beklagten nicht gelungen ist, durch die Reparaturversuche ab dem 27.11.06 und dem 11.06.07 Dichtigkeit des Daches herzustellen, ergibt sich im übrigen auch und bereits deshalb, weil es danach erneut zu einem Wassereintritt gekommen ist (unstreitig hinten links), wegen dem der Kläger den Wagen am 21.08.07 erneut bei der Beklagten vorgestellt hat. 34

Angemerkt sei in diesem Zusammenhang, dass der Sachverständige Undichtigkeit im Bereich der linken A-Säule gefunden hat, was Gegenstand der ersten Beanstandung des Klägers noch im Monat der Übergabe gewesen ist. Warum das Landgericht zu dem Ergebnis gekommen ist, für Undichtigkeiten im Bereich der A-Säule gelte Gleiches wie für die Undichtigkeit in der Mitte des Daches (= Mangel hat sich innerhalb von 6 Monaten nicht 35

gezeigt) erschließt sich auch unter Berücksichtigung der Auffassung des Landgerichts, bei Undichtigkeiten an verschiedenen Stellen handele es sich um verschiedene Mängel, nicht.

B. 36

Weil das Fahrzeug des Klägers mangelbehaftet ist, stehen jenem die sich aus § 437 BGB ergebenden Rechte zu. 37

1. 38

Nachlieferung, die der Kläger in erster Linie begehrt, kann er indessen nicht verlangen 39

a. 40

Dabei kann dahin stehen, ob und inwieweit ein Käufer - der Kläger hat hier zunächst Nacherfüllung durch Nachbesserung verlangt - an seine einmal getroffene Wahl, § 439 I BGB, gebunden ist. 41

b. 42

Denn Nacherfüllung durch Ersatzlieferung verweigert die Beklagte zu Recht, § 439 III 1 BGB 43

aa. 44

Zwar ist Nachlieferung nicht von vorne herein ausgeschlossen, weil das Modell nur noch mit einem 5 kW stärkeren Motor lieferbar ist. Auch ein Modell mit einem etwas stärkeren Motor ist erfüllungstauglich. Denn dahin ist der zwischen den Parteien geschlossene Kaufvertrag für den Fall einer herstellerseitigen Umstellung des Modells auf einen etwas stärkeren Motor ergänzend auszulegen. 45

bb. 46

Die Beklagte hat indessen - dazu wird auf ihren Vortrag GA28f verwiesen - dargelegt, dass sich die Kosten einer Nachlieferung auf rund 9.000,00 € belaufen. Dem ist der Kläger außer pauschalem Bestreiten - dazu wird auf dessen Vortrag GA49 verwiesen - nicht weiter entgegen getreten. Angesichts dessen, dass der Sachverständige die Kosten einer Nacherfüllung durch Nachbesserung mit deutlich über 500,00 €, was eine Spanne bis zu 750,00 € eröffnen mag, beziffert hat, verursacht eine Nacherfüllung durch Nachlieferung gegenüber einer Nacherfüllung durch Nachbesserung unverhältnismäßige Kosten. 47

Abgesehen davon: Unabhängig von der Richtigkeit der von der Beklagten aufgemachten Kostenpositionen im übrigen ist jedenfalls zutreffend, dass der Händler bei einer Nachlieferung den Wertverlust des gelieferten Fahrzeuges zu tragen hat, den die Beklagte zutreffend allein aufgrund der Zulassung und Ingebrauchnahme des Fahrzeuges mit 15% des Kaufpreises (rund 3.000,00 €) beziffert. Bereits das rechtfertigte die Annahme unverhältnismäßiger Kosten. 48

2. 49

Dem gegenüber ist das Rücktrittsbegehren des Klägers gerechtfertigt. 50

a. 51

52

Den Rücktritt hat der Kläger im Verlaufe des Prozesses für den Fall erklärt, dass er mit seinem Nachlieferungsbegehren nicht durchdringt. Das begegnet keinen Bedenken.

b. 53

Neben der Rücktrittserklärung bedarf es eines Rücktrittsgrundes. Dass das gelieferte Fahrzeug mangelhaft war, ist ausgeführt. Der Rücktritt setzt demnach zusätzlich lediglich eine Fristsetzung oder deren Entbehrlichkeit voraus. Beide Voraussetzungen sind gegeben. 54

aa. 55

Eine Frist zur Nacherfüllung hat der Kläger mit Schreiben vom 03.12.06 [GA10] bis zum 08.12.06 gesetzt. Diese Frist erscheint angesichts dessen, dass sich das Fahrzeug bereits seit dem 27.11.06 zur Reparatur bei der Beklagten befand, angemessen. Im übrigen hätte, falls man die Frist für zu kurz ansieht, die Fristsetzung eine angemessene Frist in Lauf gesetzt, die jedenfalls bei Rückgabe des Fahrzeugs am 09.01.07 abgelaufen war. Davon, dass die Undichtigkeit des Dachs zu dieser Zeit nicht - dauerhaft - beseitigt war, ist nach dem oben Gesagten auszugehen. Nach Fristablauf war der Kläger zum Rücktritt berechtigt. Ein einmal nach § 323 I BGB begründetes Rücktrittsrecht geht nicht dadurch unter, dass der Gläubiger zunächst weiterhin Erfüllung verlangt, BGH NJW 2006, 1198. Dass der Kläger nach Fristablauf Nachlieferung verlangte, hindert den Rücktritt deshalb ebenso wenig, wie der Umstand, dass er sich auf weitere Nachbesserung eingelassen hat. 56

Zwar ist nicht ausgeschlossen, dass die Ausübung des Rücktrittsrechts durch den Gläubiger im Einzelfall mit dem Gebot von Treu und Glauben, § 242 BGB, nicht zu vereinbaren sein kann, wenn etwa der Rücktritt zur Unzeit erklärt wird, so beispielsweise in kurzer Zeit, nachdem der Gläubiger erneut die Leistung angefordert hat, BGH a.a.O. Das mag auch der Fall sein, wenn der Gläubiger einen eingeräumten Nachbesserungsversuch grundlos vereitelt. 57

So liegt die Sache hier aber nicht. 58

Der letzte Nachbesserungsversuch der Beklagten ab dem 31.08.07 war mit der Rückgabe des Fahrzeuges am 07.09.07 beendet. Eine Vereitelung weiterer Nachbesserung liegt in der Abholung des Fahrzeugs am 07.09.07 nicht. Abgesehen davon, dass nichts dazu vorgetragen ist, dass die Beklagte der Abholung widersprochen hätte und deshalb davon auszugehen ist, dass die Abholung mit ihrem Wissen und Wollen erfolgte, befand sich der Wagen bereits seit dem 31.08.07 bei ihr bzw. bei der von ihr beauftragten Fa. T2 zur Nachbesserung. 59

Weitere Nachbesserung hat der Kläger nicht gefordert, sondern vielmehr noch nicht einmal zugelassen, weil die Beklagte das von ihm verlangte Leihfahrzeug nicht stellen wollte. Dazu hat der Kläger bei seiner Anhörung durch den Senat unwidersprochen erklärt: Am 17.09.07 habe W (von T2 in X) angerufen und als Termin den 20.09.07 genannt. Für ihn sei entscheidend gewesen, ob die Fahrtkosten übernommen werden oder er einen Leihwagen bekomme. Damit sei W nicht einverstanden gewesen. Er - der Kläger - hätte das Fahrzeug bringen sollen. Damit sei er nicht einverstanden gewesen, weil er keine Kosten habe übernehmen wollen. Das hat der Mitarbeiter der Beklagten Hücker bei seiner Anhörung durch den Senat im Ergebnis bestätigt. Er hat erklärt, man sei so verblieben, dass die Beklagte den Wagen nach X verbringe, der Kläger aber keinen Leihwagen bekomme. Das - Gestellung eines Leihwagens - sei abgelehnt worden. Nach den übereinstimmende Erklärungen des Klägers und des von der Beklagten entsandten Vertreters ist ein weiterer 60

Mangelbeseitigungsversuch der Beklagten daran gescheitert, dass die Beklagte dem Verlangen des Klägers nach einem Leihfahrzeug nicht entsprechen wollte.

Daraus ergibt sich keine treuwidrige Vereitelung der dem Kläger seitens der Beklagten angebotenen weiteren Mängelbeseitigung (Vorstellung des Fahrzeuges am 20.09.07) durch diesen. Zwar mag der Kläger, worauf die Beklagte in erster Instanz abgestellt hat, keinen Anspruch auf Gestellung eines Leihwagens während der Nachbesserung gehabt haben. Indessen musste der Kläger der Beklagten, nachdem mehrere Versuche, das Dach dicht zu bekommen, gescheitert waren, keine weiteren Nachbesserungsversuche einräumen. Vor diesem Hintergrund ist es nicht treuwidrig, dass der Kläger die Ermöglichung weiterer Nachbesserung durch die Beklagte von der Gestellung eines Leihwagens abhängig gemacht hat. 61

Soweit die Beklagte mit nicht nachgelassenem Schriftsatz vom 05.07.2010 geltend macht, der Kläger habe den Termin vom 20.09.07 einseitig abgesagt, gibt das keinen Anlass, erneut in die mündliche Verhandlung einzutreten. Unabhängig davon, dass der Vortrag nach Schluss der mündlichen Verhandlung erfolgt ist, trifft er nach dem geschilderten Ergebnis der Anhörung der Parteien nicht zu. Der Kläger hat den Termin vom 20.09.07 nicht einseitig abgesagt. Vielmehr scheiterte seine Durchführung - das ist ausgeführt - an der fehlenden Bereitschaft der Beklagten, einen Leihwagen zu stellen. 62

bb. 63

Unabhängig davon wäre eine Fristsetzung entbehrlich gewesen. §§ 440 BGB. Dazu ist unstreitig, dass sich der Wagen in der Zeit vom 27.11.06 bis zum 09.01.07, in der Zeit vom 11.06.07 bis zum 22.06.07 und in der Zeit vom 31.08.07. bis zum 07.09.07 bei der Beklagten bzw. bei der von ihr herangezogenen Werkstatt in X zur Reparatur von Dachundichtigkeiten befand. Die Nacherfüllung durch Nachbesserung gilt daher als fehlgeschlagen. Für die Anzahl der Nacherfüllungsversuche ist unerheblich, dass die Beklagte dabei teilweise Undichtigkeiten nicht reproduzieren konnte. 64

c. 65

Unerheblichkeit des Mangels, § 323 V 2 BGB reklamiert die Beklagte nicht. Sie ist, auch wenn der Sachverständige die Mangelbeseitigungskosten mit lediglich deutlich über 500,00 € beziffert hat, bei Dachundichtigkeiten, die trotz mehrfacher Mangelbeseitigungsversuche nicht abgestellt wurden, auch nicht anzunehmen und hier jedenfalls nicht festzustellen, weil die Beklagte selbst Rückabwicklung angeboten hat. 66

d. 67

Eine Entscheidung über Wertersatz für Nutzungen steht nicht an. 68

Aus dem Vorbringen der Beklagten ergibt sich nicht, dass sie einen Anspruch auf Wertersatz für Nutzungen dem mit dem Hilfsantrag begehrten Zahlungsanspruch im Wege der Einrede oder der Aufrechnung entgegen setzten und zum Gegenstand des Rechtsstreits machen wollte. Insbesondere hat sie auf die Ankündigung des Hilfsantrages, GA72, der sich auf Rückzahlung des vollen Kaufpreises richtet, lediglich ausgeführt, sie behalte sich vor, diesen Antrag anzuerkennen, GA75. Dass sie Wertverlust des Fahrzeuges durch Nutzung in ihre Berechnungen zur Darlegung unverhältnismäßiger Kosten der Nachlieferung im Vergleich zur Nacherfüllung einbezogen hatte, reicht für eine Geltendmachung von Wertersatz für Nutzungen gegenüber dem Hilfsantrag nicht aus. 69

Soweit die Beklagte mit nicht nachgelassenem Schriftsatz vom 05.07.10 geltend macht, Gebrauchsvorteile müsse sich der Kläger - der nach seinen Angaben im Senatstermin inzwischen ca. 51.000 km mit dem Wagen gefahren ist - anrechnen lassen, gibt das keinen Anlass, erneut in die mündliche Verhandlung einzutreten. Ein Anspruch auf Wertersatz für Nutzungen geht der Beklagten durch dieses Urteil nicht verloren.	70
C.	71
Die verlangten Zinsen stehen dem Kläger als Rechthängigkeitszinsen zu.	72
D.	73
Die Kostenentscheidung folgt aus §§ 97, 92 ZPO; die zur vorläufigen Vollstreckbarkeit aus §§ 708 Ziff. 10, 711 ZPO. Die Zulassung der Revision, § 543 II ZPO, ist nicht veranlasst.	74