
Datum: 29.04.2014
Gericht: Oberlandesgericht Hamm
Spruchkörper: 28. Zivilsenat
Entscheidungsart: Urteil
Aktenzeichen: 28 U 51/13
ECLI: ECLI:DE:OLGHAM:2014:0429.28U51.13.00

Vorinstanz: Landgericht Bielefeld, 1 O 329/10
Schlagworte: Autokauf, Gebrauchtwagenkauf, Fehlschlagen der Nachbesserung, Symptom eines Mangels
Normen: BGB § 434
Leitsätze:
Zu den Anforderungen an den Beweis eines Sachmangels, wenn bestimmte Mangelsymptome wiederholt auftreten.

Tenor:

Auf die Berufung des Klägers wird – unter Zurückweisung des weitergehenden Rechtsmittels - das am 04. Februar 2013 verkündete Urteil der Einzelrichterin der 1. Zivilkammer des Landgerichts Bielefeld teilweise abgeändert.

Der Beklagte wird verurteilt, an den Kläger 803,19 € nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 18.01.2011 zu zahlen.

Im Übrigen bleibt die Klage abgewiesen.

Der Kläger trägt die Kosten des Rechtsstreits.

Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar.

Gründe

1

I.

2

Der Kläger verlangt von dem Beklagten Rückabwicklung eines Gebrauchtwagenkaufs, Ersatz diverser Werkstattkosten und eines Nutzungsausfallschadens sowie den Abschluss einer Garantieversicherung, hilfsweise die Feststellung der Pflicht zum Abschluss einer Garantie und zur Reparaturkostenerstattung.	3
Mit Kaufvertrag vom 24.11.2009 erwarb der Kläger von dem Beklagten ein Gebrauchtfahrzeug vom Typ Mercedes Benz E 280 CDI zum Preis von 18.300 €. Der Vertrag enthält sowohl einen formularmäßigen als auch einen handschriftlich hinzugesetzten Ausschluss der Sachmängelhaftung.	4
Die Parteien unterzeichneten unter dem 26.11.2009 ein Antragsformular zum Abschluss einer zweijährigen Garantie bei der Q2 GmbH. Der Antrag wurde nicht an die Garantiegeberin weitergeleitet.	5
Im März 2010 stellte der Kläger Schaltschwierigkeiten bei der Nutzung des mit einem Automatikgetriebe ausgestatteten Fahrzeugs fest, die sich durch Schaltrucke in den niedrigen Gängen bemerkbar machten. Nach seiner Darstellung ließ er danach bei der Fa. H in T eine Getriebespülung zum Preis von 333,20 € durchführen und anschließend bei der Mercedes-Benz Niederlassung M GmbH & Co in D ein Software-Update auf das Getriebesteuergerät aufspielen, wodurch Kosten von 299 € anfielen.	6
Der Kläger, handelnd durch seinen Sohn, den Zeugen B, nahm auch Kontakt zum Beklagten auf. Beide Parteien ließen sich sodann anwaltlich vertreten. Nachdem zunächst um eine klägerseits behauptete telefonische Einigung über die Rückabwicklung des Kaufs gestritten wurde, wurde das Fahrzeug Ende März 2010 dem Beklagten zwecks Nachbesserung überlassen.	7
Nach Darstellung des Beklagten ließ er durch den Kfz-Meisterbetrieb des Zeugen L das Getriebesteuergerät austauschen und das Getriebe anschließend durch Mercedes adaptieren. Der Kläger erhielt das Fahrzeug am 15.04.2010 zurück. Eine von ihm bei der Mercedes-Niederlassung N GmbH in Auftrag gegebene Fehlerspeicherauslese vom 16.04.2010 ergab, dass dort weiterhin ein Fehler im Bereich der elektronischen Getriebesteuerung hinterlegt war.	8
Mit Anwaltsschreiben vom 19.04.2010 rügte der Kläger das Fehlschlagen des ersten Nachbesserungsversuchs und setzte eine Nachfrist zum 30.04.2010.	9
Das Fahrzeug wurde erneut zum Betrieb des Zeugen L verbracht, wo ausweislich der Rechnung vom 12.05.2010 bei einem km-Stand von 123.641 zwei Lamellenträger und ein Dichtring ersetzt worden sein sollen. Außerdem soll nachfolgend wiederum eine Getriebeadaptation bei einer Mercedes Niederlassung erfolgt sein, bevor der Kläger das Fahrzeug – spätestens am 07.05.2010 – zurückerhielt.	10
Annähernd sechs Monate später, am 02.11.2010, ließ der Kläger erneut eine Fehlerdiagnose bei der Fa. Mercedes N GmbH durchführen, die bei einem Kilometerstand von 134.705 – wiederum einen Fehler im Bereich der elektronischen Getriebesteuerung ergab. Daraufhin erklärte er mit Anwaltsschreiben vom 04.11.2010 den Rücktritt vom Kaufvertrag.	11
Der Kläger hat behauptet, das Fahrzeug weise einen bei Übergabe angelegten Getriebemangel auf, der trotz der dem Beklagten mehrfach eingeräumten Reparaturmöglichkeiten nicht beseitigt worden sei. Ende Oktober 2010 seien erneut dieselben Getriebeprobleme aufgetreten wie im Frühjahr 2010. Er hat gemeint, wegen	12

Fehlschlagens der Nachbesserung könne er vom Kauf zurücktreten.

Nach seiner Behauptung erfolgten die Arbeiten bei der Fa. H und der Fa. Mercedes M nach telefonischer Absprache mit dem Beklagten, der dabei die Übernahme der Kosten zugesagt habe. Daneben hat der Kläger die Erstattung der durch die Fehlerauslesen bei der Fa. Mercedes N entstandenen Kosten in Höhe von 14,99 € und 26,13 € verlangt sowie wegen Überschreitung der zum 30.04.2010 gesetzten Nachbesserungsfrist eine Nutzungsausfallentschädigung in Höhe von (7 x 65 €/Tag =) 455 €. 13

Neben dem Verlangen nach Rückabwicklung des Kaufs und Kostenerstattung hat der Kläger den Abschluss einer zweijährigen Garantie für das Fahrzeug begehrt, wozu er behauptet hat, der Beklagte habe dies beim Kauf zugesagt. 14

Der Beklagte hat behauptet, er sei erst nach Durchführung der Arbeiten der Fa. H und der Fa. Mercedes M am 23.03.2010 über Getriebeprobleme informiert worden. Nach den – von ihm aus Kulanz in Auftrag gegebenen - Arbeiten der Fa. L, für die er 2.223,23 € und 2.144,80 € bezahlt habe, sei das Fahrzeug jeweils mängelfrei gewesen. Soweit im Oktober 2010 neue Getriebeprobleme aufgetreten sein sollten, beruhten diese auf der Fahrweise des Klägers oder auf normalem Verschleiß, seien jedenfalls bei Übergabe nicht vorhanden gewesen. 15

Der Beklagte hat sich auf den Gewährleistungsausschluss berufen und behauptet, der Kläger habe beim Kauf bestätigt, das Fahrzeug für seinen Gewerbebetrieb zu erwerben. 16

Die gesetzten Fristen hat der Beklagte als zu kurz beanstandet, so dass er nach seiner Ansicht keinen Nutzungsausfall schulde. Dem Kläger sei jedenfalls vorzuwerfen, dass er keinen günstigeren Mietwagen genommen habe. 17

Das Landgericht hat die Parteien persönlich angehört, den Zeugen B vernommen, ein Gutachten des Sachverständigen Dipl.-Ing. S eingeholt und sodann die Klage abgewiesen. 18

Der Kläger könne nicht die Rückabwicklung des Fahrzeugkaufs verlangen. Die Beweisaufnahme habe nicht sicher ergeben, dass der von dem Sachverständigen vorgefundene Mangel am Getriebe bei Gefahrübergang vorhanden gewesen sei. Der Sachverständige habe die Identität der jeweils gerügten Mängel aus technischer Sicht nicht feststellen können. Dass der Kläger die Durchführung von Reparaturarbeiten durch die Fa. L bestreite, sei angesichts der vorgelegten Rechnungen unbeachtlich. Dass der Zeuge B bestätigt habe, dass das Schaltrucken seit Mai 2010 unverändert vorhanden gewesen, reiche zur Überzeugungsbildung nicht aus, weil dessen Aussagen teils widersprüchlich gewesen seien. 19

Weil Zweifel an der Richtigkeit der Aussage des Zeugen bestünden, sei auch nicht bewiesen, dass der Beklagte die Kostenübernahme für die Arbeiten der Fa. H und Mercedes M erklärt habe. 20

Nutzungsausfall könne der Kläger nicht verlangen, weil die Überschreitung der kurzen Frist vom Beklagten nicht verschuldet gewesen sei, weil dieser die nach den Arbeiten der Fa. L erforderliche Getriebeadaptation bei Mercedes nicht früher habe bewerkstelligen können. 21

Den Abschluss einer Garantie könne der Kläger schon deshalb nicht verlangen, weil die Erfüllung einer etwaigen Pflicht hierzu infolge Zeitablaufs unmöglich geworden sei. 22

Wegen der weiteren Einzelheiten wird auf das angefochtene Urteil Bezug genommen. 23

Nach Erlass des erstinstanzlichen Urteils ließ der Kläger durch die Fa. E Arbeiten am Getriebe des streitgegenständlichen Fahrzeugs ausführen. Ausweislich der Rechnung vom 27.02.2013 über 1.600 € wurde ein generalüberholter Wandler verbaut.

Mit der Berufung verfolgt der Kläger vordringlich seine erstinstanzlichen Begehren weiter, wozu er sein Sach- und Rechtsvorbringen vertieft. 25

Er greift die landgerichtliche Beweismwürdigung an, soweit es um die Aussage des Zeugen B geht. Dessen Mängelbeschreibung habe sich mit den späteren Feststellungen des Sachverständigen S gedeckt, woraus auf einen fortlaufend bestehenden - identischen - Getriebemangel geschlossen werden könne. 26

Außerdem vertritt der Kläger die Ansicht, das Landgericht habe die Beweislast verkannt. Die Beklagte sei für die Ordnungsgemäßheit der Reparatur beweispflichtig, wofür die Vorlage von Rechnungen nicht ausreiche. Außerdem habe der Sachverständige an den ausgebauten Lamellenträgern keinen Mangel feststellen können, was dafür spreche, dass die Fa. L die Ursache nicht gefunden habe. 27

Der Kläger hat gerügt, dass das Landgericht keine weiteren Fahrzeuguntersuchungen des Sachverständigen zur Mangelursache veranlasst habe. 28

Die durch die Arbeiten der Fa. H und der Fa. Mercedes M verursachten Kosten hält der Kläger aus Sachmängelrecht für ersatzfähig. Im Übrigen sei dem Zeugen B zu folgen, der die Zusage der Kostenübernahme durch den Beklagten bestätigt habe. 29

Für die Erstattungsfähigkeit des Nutzungsausfalls sei es nicht erforderlich, dass der Beklagte mit der Nachbesserung in Verzug gewesen sei. 30

Hinsichtlich der Garantie habe das Landgericht versäumt, den Zeugen zu befragen. Für den Fall, dass der Beklagte nicht mehr in der Lage sei, die Garantie abzuschließen, sei festzustellen, dass er hierzu verpflichtet gewesen sei und wegen des Nichtabschlusses schadensersatzpflichtig sei. 31

Der Kläger beantragt sinngemäß, 32

unter Abänderung des am 04.02.2013 verkündeten Urteils des Landgerichts Bielefeld, 33

den Beklagten zu verurteilen, 34

I. an ihn 18.300 € nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 20.11.2010 Zug um Zug gegen Übergabe und Übereignung des Mercedes Benz E 280 CDI mit der Fahrzeug-Ident-Nr. ### zu zahlen; 35

II. an ihn weitere 1.128,32 € nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 17.01.2011 zu zahlen; 36

III. für den zu I. genannten Mercedes mit der Q GmbH eine Garantievereinbarung Komfort Plus für ein Gebrauchtfahrzeug über eine Laufzeit von 24 Monaten abzuschließen; 37

hilfsweise zum Klageantrag zu III.: 38

IV. festzustellen, dass der Beklagte verpflichtet gewesen sei, für den Mercedes mit der Q GmbH eine Garantievereinbarung Komfort Plus für ein Gebrauchtfahrzeug über eine Laufzeit 39

von 24 Monaten abzuschließen;	
hilfsweise zu den Klageanträgen zu I. und III.:	40
V. festzustellen, dass der Beklagte durch den Nichtabschluss der Garantie zur Erstattung der Reparaturkosten gemäß den Garantiebedingungen der Q GmbH für eine Garantieversicherung Komfort Plus für ein Gebrauchtfahrzeug verpflichtet ist.	41
Der Beklagte beantragt,	42
die Berufung zurückzuweisen.	43
Er verteidigt das angefochtene Urteil unter Vertiefung seiner erstinstanzlichen Darlegungen.	44
Wegen der Einzelheiten des Berufungsvorbringens wird auf die gewechselten Schriftsätze Bezug genommen.	45
Der Senat hat die Parteien persönlich angehört, die Zeugen B und L uneidlich vernommen und ein mündliches Gutachten des Sachverständigen Dipl.-Ing. C eingeholt, das dieser – auf der Grundlage eines schriftlichen Vorberichts vom 11.01.2014 – im Verhandlungstermin am 03.04.2014 erstattet hat. Wegen des Ergebnisses der Beweisaufnahme wird auf jene Kurzstellungnahme und den zu dem Termin verfassten Berichterstattevermerk Bezug genommen.	46
II.	47
Die Berufung des Klägers hat nur in geringem Umfang Erfolg.	48
Die Klage ist lediglich begründet, soweit mit ihr der Ersatz der durch die Fa. H und durch die erste Fehlerspeicherauslese entstandenen Kosten in Höhe von 333,20 € bzw. 14,99 € und des Nutzungsausfallschadens in Höhe von 455 € - nebst Zinsen – begehrt wird; im Übrigen ist sie unbegründet.	49
Im Einzelnen:	50
1.	51
Der Kläger kann von dem Beklagten nicht die Rückzahlung des Kaufpreises in Höhe von 18.300 € Zug um Zug gegen Rückübereignung des streitgegenständlichen Fahrzeugs verlangen.	52
a) Eine Einigung der Parteien über die Rückabwicklung des Kaufs lässt sich nicht feststellen, sie wird von dem Kläger in der Berufungsinstanz auch nicht mehr geltend gemacht.	53
Eine solche Vereinbarung lässt sich dem klägerischen Vorbringen auch nicht schlüssig entnehmen. Selbst wenn der Beklagte in einem im März 2010 mit dem Zeugen B geführten Telefonat zum Ausdruck gebracht haben sollte, der Kläger möge den Wagen zurückbringen und er zahle den Kaufpreis zurück, lässt sich das unstreitige spätere Verhalten der Parteien nur dahin verstehen, dass sie an dieser etwaigen Absprache nicht festhalten wollten. Der Kläger hat dem Beklagten nachfolgend mehrfach Gelegenheit zur Nachbesserung eingeräumt und letztlich unter dem 04.11.2010 den Rücktritt vom Vertrag erklärt, ohne dabei auf die – bestrittene – Einigung über die Rückabwicklung des Vertrags zurückzukommen.	54
	55

b) Der Kläger kann auch nicht gemäß den §§ 346, 323, 437 Nr. 2, 434 BGB die Rückabwicklung des Fahrzeugkaufs verlangen.

Der mit Schriftsatz vom 04.11.2010 erklärte Rücktritt hat das Vertragsverhältnis der Parteien nicht in ein Rückabwicklungsschuldverhältnis umgewandelt, weil es an einem Rücktrittsgrund fehlt. 56

aa) Der Beklagte kann sich allerdings gegenüber dem vom Kläger geltend gemachten Gewährleistungsrecht nicht auf den in den Vertrag aufgenommenen Haftungsausschluss berufen. 57

Der formularmäßige Gewährleistungsausschluss erweist sich schon deshalb als unwirksam, weil er gegen § 309 Nr. 7 a) und b) BGB verstößt. Danach kann in Allgemeinen Geschäftsbedingungen die Haftung für Schäden aus einer vom Verwender pflichtwidrig und schuldhaft verursachten Verletzung des Lebens, des Körpers oder der Gesundheit sowie für sonstige Schäden, die auf grobem Verschulden des Verwenders beruhen, nicht ausgeschlossen oder begrenzt werden. 58

Auf den handschriftlichen Vertragszusatz, der gleichfalls einen umfassenden Ausschluss der Sachmängelhaftung enthält und bei dem es sich um eine Individualvereinbarung handeln könnte, kann sich der Beklagte gemäß den §§ 474, 475 Abs. 1 BGB nicht berufen, weil von einem Verbrauchsgüterkauf auszugehen ist. Das hat das Landgericht in der angefochtenen Entscheidung mit zutreffender Begründung festgestellt, ohne dass der Beklagte dem entgegen getreten ist. Das eigene Verhalten des Beklagten in Reaktion auf die Mängelrügen des Klägers – die Inauftraggabe kostspieliger Nachbesserungsarbeiten, statt einer Berufung auf den im Vertrag vorgesehenen Haftungsausschluss – spricht deutlich dafür, dass der Beklagte vorprozessual selbst nicht von einem Unternehmergegeschäft ausgegangen ist. Dass er die Mängelarbeiten nur aus Kulanz in Auftrag gegeben haben will, ist nicht plausibel. 59

bb) Der Vertragsrücktritt des Klägers war aber nicht wirksam, weil sich nicht feststellen lässt, dass der zur Begründung des Rücktritts geltend gemachte Sachmangel bereits im Zeitpunkt des Gefahrübergangs, d.h. bei Fahrzeugübergabe Ende November 2009 vorgelegen hat. 60

Weil nicht die negative Abweichung von einer vereinbarten Beschaffenheit im Sinne des § 434 Abs. 1 S. 1 BGB im Raum steht und sich das Fahrzeug für die gewöhnliche Nutzung eignet (§ 434 Abs. 1 S. 2 Nr. 2, 1. Alt. BGB), kommt nur ein Mangel im Sinne des § 434 Abs. 1 S. 2 Nr. 2, 2. Alt. BGB in Betracht. Dazu müsste die Beschaffenheit des Fahrzeugs im Zeitpunkt der Übergabe von der Beschaffenheit abweichen, die bei Sachen der gleichen Art üblich ist und die der Käufer nach der Art der Sache erwarten kann. 61

(1) Der Käufer – hier also der Kläger – ist für das Vorliegen eines Sachmangels beweispflichtig. Das gilt auch, wenn er die Kaufsache nach einer erfolgten Nachbesserung wieder entgegen genommen hat. In diesem Fall muss der Käufer das Fortbestehen des Mangels, mithin die Erfolglosigkeit des Nachbesserungsversuchs beweisen (BGH; Urt. v. 11.02.2009, VIII ZR 274/07, NJW 2009, 1341 Tz 15, Urt. v. 09.03.2011, VIII ZR 266/09, NJW 2011, 1664 Tz 11). Nach der letztgenannten Entscheidung des BGH soll der Käufer seiner Beweispflicht für das Fehlschlagen der Nachbesserung dabei durch den Nachweis genügen, dass das Mangelsymptom weiterhin auftritt. - In der dortigen Konstellation lag zwischen dem letzten Nachbesserungsversuch und dem Rücktritt ein Zeitraum von einer Woche. - Anders verhalte es sich nur dann, wenn das erneute Auftreten des Mangelsymptoms möglicherweise auf einer unsachgemäßen Behandlung der Kaufsache nach deren erneuter Übernahme durch den Käufer beruht (BGH a.a.O. Tz 16). 62

Hat sich der vom Käufer zu beweisende Mangel innerhalb der ersten sechs Monate nach Übergabe gezeigt, so wird vermutet, dass die Sache bereits bei Gefahrübergabe mangelhaft war (§ 476 BGB).	63
Dass sich der Mangel, der zur Grundlage des Rücktritts gemacht wird, innerhalb dieser Frist gezeigt hat, hat im Streitfall der Käufer zu beweisen (BeckOK-Faust, 2011, § 476 BGB Rn 4; Staudinger-Matusche-Beckmann, 2014, § 476 BGB Rn 15).	64
Wurden während der ersten sechs Monate nach Übergabe aufgrund Mängelrügen des Käufers Nachbesserungsarbeiten ausgeführt und treten später erneut Mangelsymptome auf, muss der Käufer die Identität der Mängel nachweisen. Hierzu reicht allein die Feststellung der Gleichartigkeit der jeweils aufgetretenen Mängelerscheinungen jedenfalls dann nicht aus, wenn hierfür verschiedene Ursachen in Betracht kommen und wenn zwischen der Nachbesserung und dem Wiederauftreten des Mangelsymptoms ein längerer Zeitraum oder eine längere Fahrstrecke liegen (vgl. Reinking/Eggert, Autokauf, 12. Aufl., Rn 1007f., OLG Saarbrücken, Ur. v. 25.10.2011, 4 U 540/10, NJW-RR 2012, 285). Etwas anderes ergibt sich auch nicht aus der vorbezeichneten Entscheidung des BGH vom 09.03.2011.	65
(2) Dies vorangeschickt, hat der Kläger den ihm obliegenden Beweis nicht erbracht:	66
Dabei hat sich der Senat allerdings nicht gemäß § 529 Abs. 1 S. 1 ZPO an die auf der Grundlage des Gutachtens des Sachverständigen S getroffenen Feststellungen des Landgerichts gebunden gesehen. Der Kläger hat mit der Berufung zu Recht gerügt, dass erstinstanzlich versäumt worden sei, durch weitere Fahrzeuguntersuchungen der Ursache der – sachverständigenseits bestätigten - Schaltrücke auf den Grund zu gehen.	67
Der Senat hat deshalb den Sachverständigen Dipl.-Ing. C mit einer ergänzenden Untersuchung des streitgegenständlichen Fahrzeugs beauftragt. Dieser hat allerdings nur noch eingeschränkt gutachterliche Feststellungen treffen können, weil der Kläger – ohne dies aktenkundig zu machen – nach Ergehen des landgerichtlichen Urteils Instandsetzungsarbeiten am Getriebe seines Fahrzeugs hat ausführen lassen und so dessen Zustand eigenmächtig verändert hat. Wie der Sachverständige C ausgeführt hat – und zwischen den Parteien auch nicht im Streit ist, schaltet das Getriebe nun im Wesentlichen ordnungsgemäß.	68
Auf der Grundlage der erstinstanzlichen Beweiserhebung durch die Fahrzeugbegutachtung des Sachverständigen S lässt sich dagegen lediglich feststellen, dass das Fahrzeug im Zeitpunkt der damaligen Begutachtung im Juni 2012 einen Mangel im Sinne des § 434 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 BGB aufwies, der sich durch ein Schaltrucken in den niedrigen Gängen bemerkbar machte. Weil das Fahrzeug zu diesem Zeitpunkt annähernd dieselbe Laufleistung wie zur Zeit des Rücktritts am 04.11.2010 aufwies, bestehen auch keine durchgreifenden Zweifel, dass dieser Mangelzustand schon zum damaligen Zeitpunkt vorhanden war.	69
Den Nachweis, dass sich dieser Mangel innerhalb der ersten sechs Monate nach Übergabe gezeigt hat, so dass die Vermutung des § 476 BGB greift, hat der Kläger jedoch auch in zweiter Instanz nicht erbracht.	70
(a) Hierzu genügt nicht, dass die zur Zeit des Rücktritts vorhandenen Mangelsymptome mit jenen identisch gewesen sein mögen, die im März/April 2010 aufgetreten waren. Angesichts des beträchtlichen Zeitablaufs seit den Arbeiten im Frühjahr 2010 – annähernd sechs Monate – und der zwischenzeitlich zurückgelegten Fahrstrecke von mehr als 11.000 km lässt die Gleichartigkeit der Symptomatik hier nicht den Schluss auf dieselbe Mangelursache zu. Das	71

gilt auch, weil den einleuchtenden Ausführungen der beiden in diesem Rechtsstreit tätigen Sachverständigen für das monierte ruckhafte Schalten des Automatikgetriebes eine Vielzahl von Ursachen in Betracht kommt. Bei einem älteren Fahrzeug wie dem streitgegenständlichen ist nach der Lebenserfahrung nicht auszuschließen, dass nacheinander verschiedene Defekte entstehen, die sich in gleicher Weise funktionsstörend zeigen.

Weitere Anknüpfungstatsachen, die den Schluss auf die Identität des zur Zeit des Rücktritts anzunehmenden Getriebemangels mit dem im Frühjahr 2010 zu Tage getretenen Mangel rechtfertigen, sind nicht sicher feststellbar. 72

(b) Das gilt zunächst, soweit der Kläger behauptet, der Wagen habe nach Rückerhalt nach dem zweiten Nachbesserungsversuch des Beklagten Ende April/Anfang Mai 2010 durchweg dieselben Schaltprobleme gezeigt wie zuvor. 73

Dass die Mangelsymptomatik durchgehend vorhanden gewesen sein soll, hat das Landgericht nach Anhörung des Klägers und seines Sohnes als Zeugen nicht feststellen können. Insoweit besteht für den Senat Bindungswirkung nach § 529 Abs. 1 Nr. 1 ZPO. Die Berufung zeigt keine konkreten Anhaltspunkte auf, die Zweifel an der Richtigkeit oder Vollständigkeit dieser Feststellung wecken und deshalb eine erneute Feststellung durch den Senat gebieten. 74

Das Landgericht hat den Zeugen B zweimal vernommen und sorgfältig dessen Angaben und die eigenen des Klägers gewürdigt. Die Bedenken gegen die Glaubhaftigkeit der Bekundungen des Zeugen hat das Landgericht nachvollziehbar darauf gestützt, dass der Zeuge zu Einzelfragen unterschiedliche Angaben gemacht hat. Das Landgericht hat seine Zweifel daran, dass das ruckhafte Schalten durchgehend unverändert vorhanden gewesen sein soll, überzeugend darauf gestützt, dass zwischen dem Rückerhalt des Fahrzeugs und der erneuten Beanstandung des Klägers ca. sechs Monate und eine Fahrleistung von 11.000 km lagen, - und das, obwohl zu jener Zeit schon Anwälte mandatiert waren. Eine plausible Erklärung hierfür hat der Kläger nie geliefert. Vielmehr hat er im Anwaltsschreiben vom 04.11.2010 selbst davon gesprochen, dass der Mangel „nunmehr erneut“ aufgetreten sei; auch in der Klageschrift heißt es, Ende Oktober 2010 habe der Kläger „erneut“ erhebliche Probleme beim Schalten festgestellt. 75

(c) Der Kläger macht weiterhin ohne Erfolg geltend, die vom Beklagten eingeschaltete Fa. L habe keine oder jedenfalls keine zielführenden Mängelbeseitigungsarbeiten an dem Fahrzeug ausgeführt, so dass danach der ursprüngliche Mangel unverändert fortbestanden habe. 76

Zwar hat der Sachverständige C festgestellt, dass – im scheinbaren Gegensatz zur Rechnung der Fa. L vom 22.04.2010 – im Fahrzeug das werkseitige Original-Steuergerät verbaut ist. Weil das Getriebe damit nun – bis auf eine Einstellungenauigkeit – einwandfrei arbeitet, lässt das darauf schließen, dass dort nicht die Ursache der früheren Schaltrucke zu finden ist. 77

Auch hat der Sachverständige C ebenso wenig wie der Sachverständige S an den ihm vorgelegten Lamellenträgern, bei denen es sich um diejenigen handeln soll, die beim zweiten Nachbesserungsversuch durch die Fa. L ausgebaut worden sein sollen, Schäden feststellen können, die auf die Ursächlichkeit für die Schaltrucke hinweisen. 78

Gleichwohl bleiben Zweifel daran, dass der Getriebemangel, der sich im Frühjahr 2010 gezeigt hatte, nach den von dem Beklagten veranlassten Nachbesserungsarbeiten nicht behoben war.

Der Zeuge L hat anschaulich und glaubhaft geschildert, dass er bei dem zweiten Werkstattaufenthalt des Fahrzeugs als Ursache für die Schaltprobleme einen herausgesprengten Sicherungsring in einem der zum Getriebe gehörenden Lamellenträger ausgemacht habe und zur Mangelbeseitigung die gesamte Bauteileinheit nebst Lamellen habe austauschen müssen, weil dies aufgrund zwischenzeitlicher technischer Änderungen der Ersatzbauteile notwendig gewesen sei. Dabei habe er das beim ersten Werkstattaufenthalt ausgetauschte Steuergerät wieder rückgebaut, weil es – entgegen seiner ersten Annahme – nicht die Ursache der Schaltprobleme gewesen sei. Dies erklärt, warum der Sachverständige C bei seiner Fahrzeuguntersuchung ein Steuergerät im Fahrzeug vorfand, welches vom Produktionsdatum zum Herstellungszeitpunkt des Fahrzeugs passt. 80

Der Sachverständige C hat diese Schilderung des Zeugen aus technischer Sicht auch für möglich gehalten, weil er bei der Besichtigung der ihm vorgelegten ausgebauten Bauteile sein Augenmerk nicht auf den Sprengring gelegt hat. 81

Einer ergänzenden Begutachtung durch den Sachverständigen zur Absicherung der Richtigkeit der Annahme des Zeugen L bedarf es nicht. Selbst wenn sich erweisen sollte, dass aus sachverständiger Sicht der Zustand des Sicherungsringes bzw. der ihn umgebenden Nut nicht darauf schließen lässt, dass dort die Ursache der Schaltrücke lag, kann nicht ausgeschlossen werden, dass der im Frühjahr 2010 zu Tage getretene Getriebemangel nach den vom Beklagten veranlassten Arbeiten beseitigt und im Oktober 2010 ein neuer Getriebemangel aufgetreten war. 82

Wie der Sachverständige C ausgeführt hat, kann auch die Adaption eines Getriebes – die hier jeweils nach den Arbeiten der Fa. L durch eine Mercedes-Niederlassung durchgeführt wurde – dazu führen, dass Schaltrücke beseitigt werden. Bleibt davon die eigentliche Problemursache unberührt, liegt es nahe, dass diese sich nach der Adaption alsbald – nicht erst nach ca. sechs Monaten und einer Laufleistung von 11.000 km – wieder zeigt. 83

Weil diese Möglichkeit hier nicht ausgeschlossen werden kann, geht das zu Lasten des beweispflichtigen Klägers. Weitere Beweiserhebungen sind nicht veranlasst. Insbesondere ist auch eine Untersuchung des später von der Fa. E ausgebauten und nicht mehr vorhandenen Wandlers, welcher nach den Erklärungen des Sachverständigen ebenfalls als Ursache der Schaltrücke in Frage kommt, nicht mehr möglich. 84

2. 85

a) Auch wenn der Kläger dementsprechend mit seinem Rückabwicklungsverlangen keinen Erfolg hat, so kann er von dem Beklagten doch Ersatz der Kosten der Fa. H i.H.v. 333,20 € verlangen. 86

Der Anspruch ergibt sich aus einer zwischen dem Kläger, vertreten durch seinen Sohn, und dem Beklagten zustande gekommenen Vereinbarung über die Übernahme jener Kosten durch den Beklagten. 87

Der Senat hat hierzu - mangels einer in diesem Punkt überzeugenden Beweiswürdigung des Landgerichts - den Beklagten persönlich angehört und den Zeugen B vernommen. Danach steht fest, dass der Beklagte versprochen hat, die durch die Getriebespülung entstehenden 88

Kosten zu erstatten.

Der Beklagte selbst hat – in Abweichung von seinem schriftsätzlichen Vortrag – eingeräumt, dass er vor Ausführung jener Arbeiten mit dem Sohn des Klägers telefonierte und von dem Vorhaben, bei der Fa. H Arbeiten zur Beseitigung der Schaltprobleme ausführen zu lassen, Kenntnis hatte. Soweit er bestritten hat, die Übernahme der Kosten zugesagt zu haben, folgt der Senat ihm nicht. Vielmehr erscheint insoweit die Aussage des Zeugen B glaubhaft, der bestätigt hat, dass mit dem Beklagten abgesprochen war, die Rechnung der Fa. H auf ihn ausstellen zu lassen und der Beklagte eine Kostenerstattung versprochen hat. Der Zeuge hat sich ersichtlich um eine korrekte Wiedergabe seiner Erinnerung bemüht und dabei auch Wissenslücken eingeräumt. So hat er bekundet, nicht mehr sicher zu wissen, ob auch die nachfolgenden Arbeiten bei der Fa. Mercedes M in gleicher Weise mit dem Beklagten abgesprochen waren. Selbst nach Vorlage der Rechnung der Fa. Mercedes M, die ebenso wie jene der Fa. H auf den Beklagten ausgestellt war, hat er sich nicht erinnern können, dass dem eine Absprache mit dem Beklagten zugrunde lag. 89

Soweit er dagegen bestätigt hat, dass die Getriebebspülung vereinbarungsgemäß auf Kosten des Beklagten erfolgen sollte, erscheint das plausibel. Zum einen verfügte der Beklagte nicht über eine eigene Werkstatt, so dass er etwaig erforderliche Mängelarbeiten ohnehin über einen Drittbetrieb ausführen lassen musste; zum anderen standen nur verhältnismäßig geringe Kosten im Raum. Dass der Beklagte, der sich im Senatstermin als vielbeschäftigter Gewerbebetreibender dargestellt hat, Arbeiten dieses (geringen) Umfangs auf seine Kosten ausführen lässt, ohne sich selbst zuvor ein Bild von dem gerügten Mangel zu machen, erscheint nicht lebensfern. 90

b) Der Kläger kann nicht Erstattung der Kosten der Fa. Mercedes M in Höhe von 299 € verlangen. 91

aa) Soweit es um die behauptete Kostenübernahmevereinbarung geht, verbleiben Zweifel, ob diese sich auch auf diese Kosten erstreckte. Der Zeuge B, der die maßgeblichen Gespräche für den Kläger mit dem Beklagten führte, hat sich, wie ausgeführt, nicht sicher daran erinnern können. Auch wenn die eigene Aussage des Beklagten, der eingeräumt hat, auch von jenen Arbeiten vorab informiert worden zu sein, sowie die Tatsache, dass auch diese Fremdrechnung auf den Beklagten ausgestellt wurde, für eine entsprechende Vereinbarung spricht, kann der dem Kläger obliegende Beweis nicht als geführt angesehen werden. 92

bb) Der Ersatzanspruch folgt auch nicht aus den §§ 280 Abs. 1 437 Nr. 3, 434 BGB. 93

Im Zeitpunkt des Anfalls der Kosten fehlte es an einer von dem Beklagten gemäß § 276 BGB zu vertretenden Pflichtverletzung. Es gibt keinen Anhaltspunkt dafür, dass der Beklagte den im März 2010 zu Tage getretenen Mangel am Getriebe bereits zuvor hätte erkennen können und müssen und deshalb die Auslieferung eines mangelhaften Fahrzeugs verschuldet war. 94

Die anderen Konstellationen, in denen von einer vom Verkäufer zu vertretenden Pflichtverletzung auszugehen ist, hat das Landgericht zutreffend für den Zeitpunkt der in Rede stehenden Vermögensinvestitionen verneint. 95

cc) (Etwaig) voreilig einem Dritten in Auftrag gegebene Arbeiten zur Mängelbeseitigung sind auch nicht gemäß den §§ 284, 437 Nr. 3, 434 BGB erstattungsfähig. 96

dd) Der Anspruch ergibt sich auch nicht aus dem Gesichtspunkt des Schadensersatzes wegen unterlassenen Abschlusses einer Garantiever sicherung, §§ 280 Abs. 1, 281, 433 97

- (1) Abgesehen davon, dass der Kläger selbst nicht dargelegt hat, dass er im Falle eines Garantieabschlusses von der Garantiegeberin Ersatz der in Rede stehenden Kosten der Fa. Mercedes M hätte verlangen können, lässt sich nicht feststellen, dass der Beklagte verpflichtet war, für den Abschluss einer solchen Garantie bei der Q GmbH Sorge zu tragen. 98
- Dem schriftlichen Kaufvertrag lässt sich eine solche Verpflichtung des Beklagten nicht entnehmen. Dort finden sich keine entsprechenden Hinweise. 99
- Der Kläger hat in seiner persönlichen Anhörung vor dem Senat keine belastbaren Angaben dazu machen können, dass der Beklagte versprochen hat, für den Abschluss einer zweijährigen Garantie für das streitgegenständliche Fahrzeug zu sorgen. 100
- Der Zeuge B hat bekundet, dass der Wagen eine zweijährige Garantie bekommen sollte. Seine Annahme, dass der Beklagte sich darum kümmern würde, stützte er darauf, dass nach seiner Erinnerung der Kläger nur eine Durchschrift der Garantieunterlagen erhielt, während das Original beim Beklagten verblieben sei. 101
- Der Beklagte hat demgegenüber erklärt, er habe dem Kunden – also dem Kläger oder seinem Sohn – erklärt, sie müssten den Antrag selbst zur Garantiegeberin schicken. Bei einem Verkauf an einen Privatmann sei es bei ihm allerdings üblich, dass er sich selbst darum kümmere. 102
- Auch wenn der vollständig ausgefüllte und beidseits unterschriebene Garantieantrag und die vom Beklagten geschilderten üblichen Gepflogenheiten beim Verbrauchsgüterkauf für die Richtigkeit der klägerischen Darstellung sprechen, genügt das nicht für eine sichere Überzeugungsbildung des Senats. Ein Missverständnis der Parteien hinsichtlich der Frage, wer für die Einreichung des Garantieantrags bei der Garantiegeberin Sorge zu tragen hatte, ist nicht auszuschließen. 103
- (2) Ein weiteres kommt hinzu: Es fehlt an der für einen Schadensersatzanspruch statt der Leistung notwendigen Nacherfüllungsaufforderung mit Fristsetzung. Der Kläger, dem nach eigenen Bekunden bereits wenige Wochen nach dem Kauf bekannt war, dass bei der Garantieversicherung kein Antrag eingereicht worden war, hätte den Beklagten hierzu unter Frist auffordern müssen, was er nicht getan hat. Eine solche Aufforderung war auch nicht entbehrlich, insbesondere nicht wegen ernsthafter und endgültiger Leistungsverweigerung des Beklagten. Das gilt auch dann, wenn man dem Zeugen B glaubt, dass der Beklagte – angesprochen auf die fehlende Garantie – gesagt haben soll, der Zeuge möge sich nicht einmischen. 104
- c) Der Kläger kann Zahlung einer Nutzungsausfallentschädigung in Höhe von 455 € für die Zeit vom 30.04. bis 07.05.2010 verlangen. 105
- Der Anspruch folgt aus den §§ 280 Abs. 1, 437 Nr. 3, 434 BGB. 106
- Jedenfalls nach den glaubhaften Bekundungen des Zeugen L ist davon auszugehen, dass das Getriebe des Fahrzeugs im März 2010 einen Mangel im Sinne des § 434 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 BGB aufwies, welcher - unter Zugrundelegung der Vermutung des § 476 BGB - bereits bei Übergabe vorhanden war. Nachdem der Beklagte das Fahrzeug einmal zur Nachbesserung erhalten hatte, aber die ersten Arbeiten der Fa. L ausweislich des Fehlerausleseprotokolls der Fa. Mercedes N vom 16.04.2010 keinen Erfolg gezeigt hatten, hatte er nunmehr die in der 107

Mangelhaftigkeit des Fahrzeugs begründete Vertragspflichtverletzung zu vertreten. Der Beklagte hat nichts zu seiner Entlastung von dem gemäß § 280 Abs. 1 S. 2 BGB vermuteten Verschulden vorgetragen.

Der vorübergehende Verlust der Gebrauchsmöglichkeit eines Kfz stellt einen Vermögenschaden dar, wenn der Geschädigte für die Zeit des Nutzungsausfalls auf die Anmietung eines Ersatzwagens verzichtet (OLG Saarbrücken a.a.O., s. auch Reinking/Eggert Rn 3734ff.). 108

Soweit der Beklagte bestreitet, dass der Kläger das Fahrzeug nach Durchführung der zweiten Nachbesserungsarbeiten durch die Fa. L erst am 07.05.2010 zurückerhalten hat, ist dies als unerheblich zurückzuweisen, weil es an konkretem Gegenvortrag zu einer früheren Rückgabe fehlt. 109

Gegen den Nutzungswillen des Klägers in der Zeit vom 30.04. bis zum 07.05.2010 erhebt der Beklagte dagegen keine stichhaltigen Einwände, ebenso wenig wie gegen den lediglich pauschal als unangemessenen zurückgewiesenen Ansatz von 65 €/Tag. Der Einwand des Mitverschuldens wegen unterlassener Anmietung eines Ersatzwagens ist gleichfalls als unsubstanziert zurückzuweisen, weil der Beklagte nicht dargelegt hat, dass und in welchem Umfang die Miete eines Ersatzfahrzeugs günstiger gewesen wäre. 110

d) Der Klage ist auch begründet, soweit der Kläger Ersatz der Kosten der am 16.04.2010 durch die Fa. Mercedes N durchgeführten Fehlerspeicherauslese i.H.v. 14,99 € begehrt. 111

Der Anspruch folgt aus den §§ 280 Abs. 1, 437 Nr. 3, 434 BGB; zur Begründung wird auf obige Ausführungen zu c) Bezug genommen. Die Inauftraggabe der Fehlerspeicherauslese war eine erforderliche Maßnahme zur Mangelfeststellung. 112

e) Nicht begründet ist indessen der Anspruch auf Ersatz der Kosten der Fehlerauslese vom 02.11.2010. 113

Insoweit fehlt es an den Voraussetzungen eines Anspruchs aus den §§ 280 Abs. 1, 437 Nr. 3, 434 BGB, weil nicht feststellbar ist, dass diese Kosten in Zusammenhang mit der Entdeckung eines bei Übergabe angelegten Mangels stehen. Das ergibt sich aus den Ausführungen zum Rückabwicklungsverlangen. 114

3. 115

Soweit die Hauptforderung des Klägers begründet ist, ergibt sich der darauf entfallende Zinsanspruch ab dem 18.01.2011 aus den §§ 291, 288 Abs. 1 BGB. 116

4. 117

Die Klage ist indessen unbegründet, soweit der Kläger mit ihr einen Anspruch auf Abschluss einer Garantie mit der Q GmbH geltend macht. 118

a) Abgesehen davon, dass sich – wie bereits ausgeführt - nicht mit der notwendigen Sicherheit feststellen lässt, dass der Beklagte eine entsprechende Pflicht übernommen hat, hat das Landgericht zutreffend ausgeführt, dass es dem Beklagten durch Zeitablauf unmöglich geworden ist, eine etwaig übernommene Pflicht, für den Abschluss einer zweijährigen Garantie ab Wiederzulassung (26.11.2009) Sorge zu tragen, zu erfüllen. 119

5. 120

Mit seinen Hilfsbegehren dringt der Kläger auch nicht durch.	121
Dabei erachtet der Senat die Feststellungsanträge bereits als unzulässig, weil es an einem Feststellungsinteresse im Sinne des § 256 ZPO fehlt. Es gilt der Vorrang der Leistungsklage; der Kläger hat nicht dargelegt, warum er sein mit den Hilfsanträgen verfolgtes Ziel nicht gleichermaßen durch eine Leistungsklage verfolgen kann.	122
Dass die Anträge im Übrigen auch in der Sache keinen Erfolg hätten, ergibt sich aus den vorstehenden Ausführungen.	123
III.	124
Die Kostenentscheidung ergibt sich aus § 92 Abs. 2 Nr. 1 ZPO. Weil das Maß des Unterliegens des Beklagten geringfügig war und keine besonderen Kosten ausgelöst hat, war eine Kostenquotelung nicht veranlasst.	125
Die Entscheidung über die vorläufige Vollstreckbarkeit folgt aus den §§ 708 Nr. 10, 711, 713 ZPO.	126
Die Revision war nicht zuzulassen.	127
Die Rechtssache hat keine grundsätzliche Bedeutung, § 543 Nr. 1 ZPO. Ebenso wenig erfordern die Fortbildung des Rechts oder die Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung eine Entscheidung des Revisionsgerichts, § 543 Nr. 2 ZPO.	128