
Datum: 27.03.2008
Gericht: Oberlandesgericht Köln
Spruchkörper: 15. Zivilsenat
Entscheidungsart: Urteil
Aktenzeichen: 15 U 175/07
ECLI: ECLI:DE:OLGK:2008:0327.15U175.07.00

Vorinstanz: Landgericht Köln, 22 O 469/05

Tenor:

Unter Zurückweisung seines weitergehenden Rechtsmittels wird das am 21.08.2007 verkündete Urteil des Einzelrichters der 22. Zivilkammer des Landgerichts Köln - 22 O 469/05 - teilweise abgeändert und wie folgt neu gefasst:

1. Die Beklagte wird verurteilt, an die E Services Leasing GmbH 46.731,01 € nebst Zinsen in Höhe von 5 %-Punkten über dem jeweiligen Basiszinssatz seit dem 20.07.2005 Zug um Zug gegen Herausgabe des PKW Mercedes-Benz Typ SLK 350 Roadster, Fahrzeug-Identitätsnummer XXX1, zu zahlen.
2. Es wird festgestellt, dass sich die Beklagte mit der Rücknahme des unter Ziffer 1. näher bezeichneten Pkw seit dem 20.07.2005 in Annahmeverzug befindet.
3. Die Beklagte wird ferner verurteilt, an den Kläger über den in dem Versäumnisurteil des Landgerichts Köln vom 02.01.2006 zugesprochenen und insoweit in dem angefochtenen Urteil aufrecht erhaltenen Betrag nebst Zinsen hinaus 967,98 € nebst Zinsen in Höhe von 5 %-Punkten über den jeweiligen Basiszinssatz seit dem 20.07.2005 zu zahlen, davon jedoch 924,57 € nur Zug um Zug gegen Übergabe und Übereignung der Kompletträder bestehend aus 7,5 J 17 Actic ET 35 5/112 S I Typ A / A757355072118 und 225/45 R 17 91 H Winter G und der Handy-

Halterung.

4. Im Übrigen wird die Klage abgewiesen.

Die Kosten des Rechtsstreits beider Instanzenzüge mit Ausnahme der durch die Säumnis der Beklagten verursachten Mehrkosten, die sie allein trägt, werden dem Kläger zu 17 % und der Beklagten zu 83 % auferlegt.

Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar. Den Parteien wird nachgelassen, die Zwangsvollstreckung durch die jeweils andere Partei durch Sicherheitsleistung in Höhe von 110 % des jeweils vollstreckbaren Betrages abzuwenden, wenn nicht die vollstreckende Partei Sicherheit in Höhe von 110 % des jeweils zu vollstreckenden Betrages leistet.

Die Revision wird nicht zugelassen.

Gründe:

I.

Der Kläger nimmt die Beklagte aus abgetretenem Recht der Leasinggeberin auf Rückabwicklung eines Kaufvertrages über einen Pkw der Marke Mercedes Benz, Typ SLK 350 Roadster, nach Erklärung des Rücktritts wegen Mängeln in Anspruch. Dem liegt folgender Sachverhalt zugrunde:

Der Kläger bestellte bei der Beklagten am 18.03.2004 den im Antrag näher bezeichneten Pkw zum Bruttopreis von 53.713,80 €. Der Nettopreis von insgesamt 46.305,00 € setzte sich aus dem Listenpreis von 37.500,00 € und den Preisen für Sonderausstattungen in der Gesamthöhe von 8.905,00 € zusammen, unter anderem für ein als "COMAND APS" bezeichnetes Betriebssystem zum Listenpreis von 2.790,00 €, mit dem ein Navigationsgerät, ein MP3-Player, ein Radio und ein Handy gesteuert werden können, für eine Handylvorrüstung mit Schnittstelle zum Preis von 460,00 € und für ein Sound-System Surround zum Preis von 650,00 € (Bl. 11 GA). Am 06.08.2004 schloss der Kläger mit der E Services Leasing GmbH (im Folgenden: Leasinggeberin) einen Leasingvertrag über diesen Pkw auf die Laufzeit von 36 Monaten bei einer monatlichen Leasingrate in Höhe von 680,89 € ab (Bl. 12 f. GA). In den in den Vertrag einbezogenen Allgemeinen Geschäftsbedingungen der Leasinggeberin (Bl. 14 f. GA, im Folgenden: AGB) heißt es unter Abschnitt XIII. (Rechte bei mangelhaftem Neu-, Vorführ- und Gebrauchtfahrzeug/Garantien):

"1. Gegen den Leasing-Geber stehen dem Leasing-Nehmer Ansprüche und Rechte wegen Fahrzeugmängeln nicht zu.

2. An deren Stelle tritt der Leasing-Geber sämtliche Ansprüche hinsichtlich Sachmängeln aus § 437 BGB in der jeweiligen Ausgestaltung des dem Leasing-Vertrag zugrundeliegenden Kaufvertrages über das Fahrzeug (Mängelbeseitigung, Lieferung einer mangelfreien Sache,

Rücktritt vom Kaufvertrag, Minderung des Kaufpreises, Schadensersatz und Anspruch auf Ersatz vergeblicher Aufwendungen) sowie etwaige zusätzliche Garantieansprüche gegen den Verkäufer/Dritten an den Leasing-Nehmer ab. Der Leasing-Nehmer nimmt die Abtretung an. Der Anspruch auf Erfüllung des Kaufvertrages (433 I 2), Ansprüche hinsichtlich Rechtsmängeln sowie Ansprüche auf Ersatz eines dem Leasing-Geber entstandenen Schadens sind nicht an den Leasing-Nehmer abgetreten. Der Leasing-Nehmer verpflichtet sich, die ihm abgetretenen Ansprüche im eigenen Namen mit der Maßgabe geltend zu machen, dass beim Rücktritt vom Kaufvertrag oder Herabsetzung des Kaufpreises (Minderung) etwaige Zahlungen des Verkäufers oder Garantieverpflichteten direkt an den Leasing-Geber zu leisten sind.

Für den Fall einer Vertragskündigung (vgl. Abschnitt X Ziffer 5 und Abschnitt XIV) erfolgt hiermit eine Rückabtretung der oben abgetretenen Ansprüche und Rechte wegen Fahrzeugmängeln an den Leasing-Geber, die dieser annimmt..." 7

Anschließend kaufte die Leasinggeberin den Pkw von der Beklagten. Nach Abschnitt VII (Sachmangel) Ziffer 2. a) der zum Gegenstand des Kaufvertrages gemachten Allgemeinen Geschäftsbedingungen für den Verkauf von fabrikneuen Kraftfahrzeugen – Neufahrzeug–Verkaufsbedingungen – (Bl. 90 f. GA) ist der Verkäufer berechtigt, Gewährleistungsansprüche auch bei einem vom Hersteller anerkannten Betrieb geltend zu machen. Der Pkw wurde an den Kläger im September 2004 ausgeliefert. Für die Anmeldung des Wagens am 15.09.2004 entstanden ihm Kosten in Höhe von 50,00 €. Er erwarb für den Pkw eine Handyhalterung zum Preis von 41,00 € und am 19.11.2004 Winter-Kompletträder zum Preis von 924,84 €, die ausschließlich für einen Pkw des betroffenen Typs genutzt werden können. 8

Bereits nach wenigen Tagen sah sich der Kläger veranlasst, Beanstandungen hinsichtlich des Zustandes des Pkw zu führen. An folgenden Terminen kam es zu Werkstattaufenthalten des Pkw, wozu der Kläger zunächst das Autohaus Auto T GmbH in F, eine Vertragswerkstatt von E aufsuchte, bei der letzten Reparatur die Niederlassung der Beklagten in L, und bei denen der Kläger seiner Darstellung nach Beanstandungen hinsichtlich der nachfolgend beschriebenen Aggregate führte: 9

27.09.2004	(2 Werk tage)	Handy-Lautsprecher (Soundsystem), COMMAND-Software	10
27.10.2004	(4 Werk tage)	Handy, Lautsprecher (Soundsystem), COMMAND-Software, Antenne	
12.11.2004	(2 Werk tage)	Handy, Lautsprecher (Soundsystem), COMMAND-Software, Telefon-Interface	
26.01.2005	(11 Werk tage)	Lautsprecher (Soundsystem), COMMAND-Software, Steuergerät, Handy-Halterung, Zündanlassschalter	
14.06.2005	(14 Werk tage)	Handy, Lautsprecher (Soundsystem), COMMAND-Software und vieles mehr, weswegen auf die mit der Klageschrift überreichte Übersicht (Bl. 16 GA im Folgenden: Reparaturbericht) verwiesen wird.	

Mit anwaltlichem Schreiben vom 08.03.2005 erklärte der Kläger unter In-Bezugnahme der Werkstatttermine und unter Anzeige weiterer Mängel betreffend die Lautsprecherboxen, das 11

Mobiltelefon, die PIN-Abfrage des Audio-Systems sowie die Klima- und Heizungsanlage den Rücktritt von dem Kaufvertrag und forderte die Beklagte auf, das Fahrzeug Zug um Zug gegen Erstattung der Kosten für die Handy-Halterung und die Winterreifen und Erstattung von Fahrtkosten in Höhe von 228,00 € unter Fristsetzung bis zum 18.03.2005 zurückzunehmen (Bl. 17 ff. GA). Mit Schreiben vom 15.03.2005 bat die Beklagte um Geduld, da über die Zustimmung zum Rücktritt noch nicht entschieden werden könne. Daraufhin forderte der Kläger die Beklagte mit Schreiben vom 20.05.2005 unter Hinweis darauf, dass es im Anschluss an die Schuldrechtsmodernisierung nicht mehr ihrer Zustimmung zur Wirksamkeit des Rücktrittes bedürfe, zur Erledigung der in ihrem Schreiben vom 08.03.2005 geltend gemachten Ansprüche innerhalb einer abschließenden Frist bis zum 06.06.2005 auf (Bl. 24 f. GA). Die Beklagte lehnte mit Schreiben vom 18.05.2005 einen Rücktritt ab und stellte gleichzeitig einen kaufmännischen Lösungsvorschlag in Aussicht (Bl. 26 GA). Unter In-Bezugnahme des Werkstatttermins vom 14.06.2005 und insoweit verbunden mit der Erklärung, dass dieser auf Anregung der Beklagten hin ohne Anerkennung einer Rechtspflicht geduldet worden sei, rügte der Kläger mit anwaltlichem Schreiben vom 15.07.2005, dass der Pkw nach wie vor Mängel aufweise, u. a. das COMMAND, das Radio, das Handy und die Lautsprecher betreffend, erklärte vorsorglich noch einmal den Rücktritt vom Vertrag und forderte nunmehr zur Rücknahme des Fahrzeuges bis zum 22.07.2005 Zug um Zug gegen Erstattung der im Schreiben vom 08.03.2005 bezifferten Kosten auf (Bl. 27 ff. GA). Die Beklagte bot mit weiterem Schreiben vom 20.07.2005 eine Überprüfung des Pkw auf Mängel an, ohne einen Rücktritt zu akzeptieren (Bl. 30 GA).

Die Zahlung der Leasingraten stellte der Kläger im Juni 2005 ein. Dies nahm die Leasinggeberin zum Anlass, den Leasingvertrag mit Schreiben vom 05.08.2005 fristlos zu kündigen (Bl. 31 GA). Hierauf reagierte der Kläger seinerseits mit der Erklärung des Rücktritts vom Leasingvertrag mit anwaltlichem Schreiben vom 08.08.2005 (Bl. 32 ff. GA). 12

Der Pkw befindet sich am Wohnsitz des Klägers und ist seit dem 08.01.2007 abgemeldet. Er weist einen Kilometerstand von 26.346 auf. 13

Der Kläger hat behauptet, der Pkw habe sich zwischen dem 27.09.2004 und dem 27.06.2005 wegen immer wieder auftretenden Mängeln insgesamt 34 Tage lang in der Werkstatt befunden. Diese Werkstattaufenthalte seien wegen der auf der Reparaturübersicht (Bl. 16 GA) aufgeführten Mängel, insbesondere am Handy, am Surround-System und am Command erforderlich gewesen. Der Pkw weise auch nach dem letzten Reparaturversuch noch die in dem Reparaturbericht mit handschriftlichem Kreuzzeichen versehenen Mängel, die bereits seit der Übergabe im September 2004 vorhanden gewesen seien, auf. Die Beklagte sei nicht in der Lage, Abhilfe zu schaffen, was Mitarbeiter der Werkstatt der Beklagten ihm gegenüber eingeräumt hätten. Er hat die Auffassung vertreten, bereits der Rücktritt vom 20.05.2005 sei wirksam gewesen. Hierzu hat er behauptet, die In-Reparaturgabe am 14.06.2005 sei ausdrücklich ohne Anerkennung einer Rechtspflicht erfolgt. Er hat ferner die Ansicht vertreten, ihm stehe ein Anspruch auf Nutzungsausfallsentschädigung in Höhe von 1.394,00 € zu, da man ihm – was unstreitig ist – für die Zeit der Werkstattaufenthalte einen Pkw Mercedes-Benz der A-Klasse ohne Telefon und Navigationssystem als Ersatzfahrzeug zur Verfügung gestellt habe. Ferner stünden ihm ein Anspruch auf Ersatz seiner Fahrtkosten zu den Werkstätten in der Höhe von 237,00 € und zu seinem Prozessbevollmächtigten in Höhe von 18,00 € sowie ein Anspruch auf Zahlung einer Schadenspauschale in Höhe von 25,00 € zu. 14

Der Kläger hat zunächst angekündigt zu beantragen, 15

1. die Beklagte zu verurteilen, an die E Services Leasing GmbH 53.713,80 € nebst Zinsen in Höhe von 8 %-Punkten über dem Basiszinssatz seit dem 20.07.2005 zu zahlen, und zwar Zug um Zug gegen Herausgabe des Pkw Mercedes-Benz Typ SLK 350 Roadster, Fahrzeug-Identitätsnummer XXX1,
 2. festzustellen, dass sich die Beklagte mit der Rücknahme des Pkw Mercedes-Benz Typ SLK 350 Roadster, Fahrzeug-Identitätsnummer XXX1, seit dem 20.07.2005 in Annahmeverzug befindet,
 3. die Beklagte zu verurteilen, an ihn 2.788,84 € nebst Zinsen in Höhe von 5 %-Punkten über dem Basiszinssatz seit dem 20.07.2005 zu zahlen.
- Auf den entsprechenden Verfahrensantrag des Klägers hin hat das Landgericht im schriftlichen Vorverfahren durch Versäumnisurteil vom 02.01.2006 sachantragsgemäß erkannt (41 f.). Gegen dieses ihr am 04.01.2006 und den Prozessbevollmächtigten des Klägers am 06.01.2006 zugestellte Urteil hat die Beklagte mit einem am 19.01.2006 bei dem Landgericht eingegangenen anwaltlichen Schriftsatz Einspruch eingelegt und diesen begründet.
- Der Kläger hat beantragt,
- das Versäumnisurteil des Landgerichts Köln vom 02.01.2006 aufrechtzuerhalten.
- Die Beklagte hat beantragt,
- die Klage abzuweisen.
- Sie hat die Auffassung vertreten, der Kläger sei nicht wirksam von dem Kaufvertrag zurückgetreten. Sie hat das Vorbringen des Klägers für unsubstanziert und nicht erwidernsfähig angesehen, weil es an einem detaillierten Vortrag hinsichtlich eines jeden angeblichen Mangels fehle, wann dieser geltend gemacht worden sei und in welcher Anzahl Nachbesserungsversuche mit welchem Ergebnis durchgeführt worden seien. Vorsorglich hat sie die behaupteten Beanstandungen mit Nichtwissen bestritten bis auf die Mängelanzeige vom 14.06.2005. Im Rahmen der von diesem Tag an entfalteten Arbeiten seien die Beanstandungen unabhängig von der Frage, ob diesen ein bei Gefahrübergang anhaftender Fehler zugrunde gelegen habe, jeweils vollständig und fachgerecht behoben worden. An diese In-Reparaturgabe anknüpfend hat sie die Auffassung vertreten, auf die Rücktrittserklärung vom 20.05.2005 könne ohnehin nicht abgestellt werden, weil der Kläger mit der vorbehaltlosen In-Reparaturgabe auf sein bis dahin etwa bestehendes Rücktrittsrecht verzichtet habe. Soweit dennoch Mängel anzunehmen seien, ergebe sich selbst auf der Grundlage des Vorbringens des Klägers nicht, dass die Mängel erheblich seien. Davon könne nur ausgegangen werden, wenn der Gesamtwert der Leistung in einem Umfang von 20 % bis 50 % betroffen sei. Sie hat die Auffassung vertreten, eine Anspruchsgrundlage für einen Nutzungsausfall trotz Stellung eines Ersatzfahrzeuges sei nicht ersichtlich. Die Anschaffung von Winterreifen und einer Handyhalterung stellten sich nicht als notwendige Verwendungen für den Pkw dar. Insoweit sei der Kläger auch nicht aktiv legitimiert. Jedenfalls müsse er sich auch die Nutzung dieser Gegenstände anrechnen lassen. Außerdem komme insoweit ein Wertersatz nur Zug um Zug gegen Herausgabe dieser Gegenstände in Betracht. Sie hat behauptet, der Kläger sei vorsteuerabzugsberechtigt, und hat sich wegen eines Anspruchs auf Nutzungsvergütung für mit dem Pkw zurückgelegte Kilometer vorsorglich auf die Einrede des nicht erfüllten Vertrages berufen.

Mit dem angefochtenen Urteil hat das Landgericht sein Versäumnisurteil nur insoweit aufrecht erhalten, als die Beklagte zur Zahlung 111,00 € nebst Zinsen in Höhe von 5 %-Punkten über dem jeweiligen Basiszinssatz aus 84,00 € seit dem 20.07.2005 und aus weiteren 27,00 € seit dem 19.11.2005 verurteilt worden ist, und hat die Klage unter Aufhebung des Versäumnisurteils im Übrigen abgewiesen. Die Kosten des Rechtsstreits mit Ausnahme der durch die Säumnis der Beklagten verursachten, die diese zu tragen habe, hat es dem Kläger auferlegt. Den Einspruch der Beklagten hat es mit der Begründung für fristgerecht eingelegt erachtet, weil auf die an den Prozessbevollmächtigten des Klägers zuletzt erfolgte Zustellung des Versäumnisurteils abzustellen sei. Bezüglich der Klageanträge zu 1. und 2. hat es die Auffassung vertreten, auf die Rücktrittserklärungen vom 08.03. und 20.05. könne nicht abgestellt werden, da diese infolge der In-Reparaturgabe am 14.06.2005 unerheblich geworden seien. Der im Anschluss an die Reparatur vom 14. bis 27.06.2005 erklärte Rücktritt vom 15.07.2005 sei unwirksam. Hinsichtlich der Mängel am Handy, Sound-System und Command lägen zwar mehrere Nachbesserungsversuche vor. Diese Mängel seien indes unerheblich im Sinne von § 323 Abs. 5 Satz 2 BGB. Hinsichtlich der darüber hinaus geltend gemachten Mängeln fehle es an einer Fristsetzung zur Nachbesserung. Auch ein Zusammenspiel aller behaupteten Mängel führe nicht zu einer unzumutbaren Belastung des Klägers durch die Einräumung eines weiteren Nachbesserungsversuchs. In Anbetracht der Unwirksamkeit des Rücktritts könne der Kläger auch nicht die Erstattung der Kosten für die Winterreifen, die Handy-Halterung, die Anmeldekosten und den Ersatz der Pauschale verlangen. Da weder eine verzögerliche Nachbesserung vorgelegen habe und die Mängel für die Beklagte auch nicht von Anfang an erkennbar gewesen seien, scheide auch ein Schadensersatzanspruch auf Nutzungsentschädigung aus. Fahrtkosten könnten nur für das mehrmalige Aufsuchen einer Werkstatt und auch nur in der Höhe von 111,00 € berücksichtigt werden.

Mit seiner form- und fristgerecht eingelegten sowie begründeten Berufung rügt der Kläger zunächst, dass das Landgericht den Einspruch der Beklagten als rechtzeitig angesehen hat. Seines Erachtens sei entgegen einer verbreiteten Ansicht auf das Datum der Zustellung an den Rechtsmittelführer abzustellen. Ein im schriftlichen Vorverfahren erlassenes Versäumnisurteil werde existent mit dem Eingang des unterschriebenen Exemplars bei der Geschäftsstelle, spätestens aber mit der Zustellung an eine der Parteien. Alles andere sei unpraktikabel und widerspreche der Handhabung bei der Anfechtung eines Vollstreckungsbescheides.

26

In der Sache wiederholt er im Wesentlichen sein erstinstanzliches Vorbringen. Er rügt, das Landgericht sei Unrecht davon ausgegangen, der Reparaturbericht stamme nicht aus dem Hause der Beklagten. Vielmehr habe die Beklagte die behaupteten Mängel mit dem Reparaturbericht bestätigt und anerkannt. Zu beanstanden sei auch, dass das Landgericht nicht schon auf den Rücktritt vom 20.05.2005 abgestellt habe, da er die erneute Reparaturmöglichkeit ausdrücklich ohne Anerkennung einer Rechtspflicht zugelassen habe. Fehlerhaft sei auch gewesen, dass das Landgericht weder die von ihm benannten Zeugen S und M zum weiteren Vorhandensein der Mängel vernommen noch hierzu, wie in seinem Beweisbeschluss vom 02.06.2006 vorgesehen (Bl. 102 f. GA), das schriftliche Gutachten eines Sachverständigen eingeholt habe. Der Zeuge A, der seine Behauptung, er habe ihm erklärt, man bekomme die Probleme nicht in den Griff, nicht bestätigt habe, habe wahrheitswidrig ausgesagt. Es sei von einem mannigfachen Ausfall des offenbar defekten Steuerungselementes auszugehen. Die Mängel seien entgegen der Auffassung des Landgerichts erheblich. Zu seinen Gunsten müsste berücksichtigt werden, dass der Pkw in seiner Funktion stark beeinträchtigt gewesen sei und es sich um ein Fahrzeug der Luxusklasse handele. Die insoweit von dem Landgericht vorgenommene Ermittlung des

27

Reparaturaufwandes sei fehlerhaft, zumal deswegen, weil sie ohne Hilfe eines Sachverständigen stattgefunden habe. Auf dieser Grundlage sei auch der von ihm geltend gemachte Schadensersatzanspruch begründet. Die Anwaltskosten seien zu erstatten, weil sich die Beklagte mit der Nachbesserung in Verzug befunden habe. Ihm stehe ein Anspruch auf Nutzungsentschädigung zu, weil sich die Beklagte mit der Rücknahme des Fahrzeugs in Verzug befunden habe.

Der Kläger beantragt sinngemäß,

28

das Urteil des Landgerichts Köln vom 21.08.2007 – 22 O 469/05 – teilweise abzuändern und

1. die Beklagte zu verurteilen, an die E Services Leasing GmbH 53.713,80 € nebst Zinsen in der Höhe von 8 %-Punkten über dem jeweiligen Basiszinssatz seit dem 20.07.2005 Zug um Zug gegen Herausgabe des Pkw Mercedes-Benz, Typ SLK 350 Roadster, Fahrzeug-Identitätsnummer XXX1, zu zahlen,

2. festzustellen, dass sich die Beklagte mit der Rücknahme des vorbezeichneten Pkw seit dem 20.07.2005 in Annahmeverzug befindet, und

3. die Beklagte über den mit dem vorbezeichneten Urteil aus dem Versäumnisurteil aufrechterhaltenen Betrag hinaus zu verurteilen, an ihn 2.677,84 € nebst Zinsen in Höhe von 5 %-Punkten über dem jeweiligen Basiszinssatz seit dem 20.07.2005 zu zahlen.

Die Beklagte beantragt sinngemäß,

33

die Berufung zurückzuweisen.

34

Sie verteidigt das Urteil des Landgerichts als im Ergebnis rechtsfehlerfrei. Sie hält ihre Auffassung aufrecht, das Versäumnisurteil sei anstelle einer für Urteile typischen Verkündung erst mit der Zustellung an beide Parteien existent geworden. Ferner vertritt sie die Ansicht, dass Vorbringen des Klägers zur Authentizität des Reparaturberichts und zur Glaubwürdigkeit des Zeugen A sei unerheblich. Sie hält das Vorbringen des Klägers zu angeblichen Mängeln und vergeblichen Nachbesserungsversuchen nach wie vor für nicht hinreichend substantiiert und bestreitet dieses vorsorglich. Aus diesem Grund komme es ihres Erachtens auch nicht auf die Frage der Erheblichkeit von Mängeln an. Zu einer Stellungnahme zur Erheblichkeitsschwelle sehe sie sich, wie bereits erstinstanzlich dargetan, ohne vorherige Klärung der Ursache der angeblich noch vorhandenen Mängel auch nicht in der Lage. Wegen der von dem Kläger mit dem Pkw bisher zurückgelegten Kilometer beruft sie sich weiterhin vorsorglich auf einen Anspruch auf Nutzungsentschädigung, insoweit in erster Linie auf ein Zurückbehaltungsrecht, hilfsweise rechnet sie auf.

35

Wegen der weiteren Einzelheiten des Sach- und Streitstandes wird auf die wechselseitigen Schriftsätze der Parteivertreter nebst den mit eingereichten Unterlagen sowie die Sitzungsniederschrift des Landgerichts vom 31.10.2006 (Bl. 117 ff. GA) ergänzend Bezug genommen.

36

II.

37

Die gemäß § 511 ff. ZPO zulässige Berufung des Klägers hat in der Sache zum überwiegenden Teil Erfolg; im Übrigen ist sie unbegründet.

38

(1) Allerdings hat die Berufung des Klägers nicht schon deswegen Erfolg, weil das Versäumnisurteil des Landgerichts vom 02.01.2006 (Bl. 41 f. GA) entsprechend der

39

Auffassung des Klägers rechtskräftig geworden wäre. Vielmehr ist der Prozess in Folge des Einspruchs der Beklagten gemäß § 342 ZPO in die Lage zurückversetzt worden, in der er sich vor dem Eintritt ihrer Versäumnis der Verteidigungsanzeigefrist befand. Der bei dem Landgericht am 19.01.2006 eingegangene Einspruch der Beklagten (Bl. 47 GA) war gemäß § 338 ff. ZPO zulässig. Insbesondere ist der Einspruch fristgemäß im Sinne von § 339 ZPO eingelegt worden, da die Zwei-Wochen-Rechtsbehelfsfrist nicht schon mit der Zustellung des Versäumnisurteils an die Beklagte am 04.01.2006 (Bl. 45 GA) begann, sondern erst mit der nachfolgenden Zustellung an die weitere Partei, nämlich an den Kläger zu Händen seines Prozessbevollmächtigten am 06.01.2006 (Bl. 46 GA).

(1.1) Wie die Frist des § 339 Abs. 1 ZPO bei einem Einspruch gegen ein im schriftlichen Vorverfahren gemäß § 331 Abs. 3 Satz 1 ZPO erlassenes Versäumnisurteil zu berechnen ist, ist umstritten. 40

(1.1.1) Nach der weit überwiegenden Rechtsprechung und auch der herrschenden Meinung im Schrifttum beginnt die Einspruchsfrist erst zu laufen, wenn das Versäumnisurteil gemäß § 310 Abs. 3 Satz 1 ZPO an beide Parteien zugestellt ist. Während ein Versäumnisurteil grundsätzlich gemäß § 310 Abs. 1 und 2 ZPO mit der Verkündung rechtliche Existenz erlange, werde ein im schriftlichen Vorverfahren erlassenes Versäumnisurteil gemäß § 310 Abs. 3 ZPO erst mit der letzten Zustellung des Versäumnisurteils existent (*BGH, NJW 1994, 3359 (3360); OLG Brandenburg, NJW-RR 1996, 766 (767); OLG Frankfurt, NJW 1981, 291 (291); OLG Nürnberg, NJW 1978, 832 (833); Thomas/Putzo-Reichold, ZPO, 28. Auflage, § 310 Rn. 3; Zöller-Herget, ZPO, 26. Auflage, § 339 Rn. 4; Münchener Kommentar – Prütting, ZPO, 3. Auflage, § 339 Rn. 6; Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann-Hartmann, ZPO, 66. Auflage, § 310 Rn. 11; Zugehör NJW 1992, 2261 (2263)*). Auf der Grundlage dieser Auffassung hat die Beklagte den Einspruch am 19.01.2006 rechtzeitig eingelegt. Die Zwei-Wochen-Frist des § 339 Abs. 1 ZPO begann erst mit der (letzten) Zustellung des Versäumnisurteils an den Kläger am 06.01.2006 gemäß §§ 222 Abs. 1 ZPO, 187 Abs. 1 BGB am 07.01.2006 um 0.00 Uhr und endete gemäß §§ 222 Abs. 1 ZPO, 188 Abs. 2 BGB am 20.01.2006 um 24.00 Uhr. 41

(1.1.2) Nach der Gegenauffassung beginnt die Frist des § 339 Abs. 1 ZPO für jede Partei gesondert, sobald das Versäumnisurteil an sie zugestellt ist (*LG Bückeburg, NJW-RR 1986, 1508 (1508); Schneider NJW 1978, 833 (833); Rau MDR 2001, 794 (797)*). Danach wird ein im schriftlichen Vorverfahren erlassenes Versäumnisurteil bereits mit der Übermittlung an die Geschäftsstelle (*so Rau, a. a. O., 795*) bzw. mit der ersten Hinausgabe aus dem inneren Gerichtsbetrieb (*so LG Bückeburg, a. a. O., 1508, und Schneider, a. a. O., 833*), spätestens aber mit der ersten Zustellung an eine der Parteien (*so Rau, a. a. O., 795*) existent. Die in § 331 Abs. 3 Satz 1 Hs. 2 ZPO erwähnte Übermittlung an die Geschäftsstelle führe eine Bindung des Gerichts gemäß § 318 ZPO herbei, weshalb bereits dann schon nicht mehr von dem bloßen Entwurf eines Urteils gesprochen werden könne (*so Rau, a. a. O., 795*). Auf der Grundlage dieser Auffassung wäre der Einspruch der Beklagten vom 19.01.2006 verfristet gewesen, da die Rechtsbehelfsfrist am 18.01.2006, 24.00 Uhr, abgelaufen gewesen wäre. 42

(1.2.) Der Senat schließt sich der überwiegenden Auffassung in Rechtsprechung und Literatur an. 43

(1.2.1) Maßgeblich ist die spezielle Vorschrift des § 310 Abs. 3 Satz 1 ZPO. Nach dem klaren Wortlaut dieser Bestimmung stellt die Zustellung den Ersatz für die Verkündung, mit der ein Urteil grundsätzlich gemäß § 310 Abs. 1 und 2 ZPO existent wird, dar. In § 331 Abs. 3 Satz 1 Hs. 2 ZPO ist lediglich der Zeitpunkt bestimmt, ab dem ein Versäumnisurteil nicht mehr ergehen darf, während dort nicht geregelt ist, wann ein Versäumnisurteil entsteht. Außerdem 44

stellt die Bindung gemäß § 318 ZPO eine andere Rechtsfolge dar, als die Möglichkeit Einspruch zu erheben (vgl. *Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann-Hartmann, a. a. O., § 310 Rn. 11*). Auch die Argumentation, mit der ersten Hinausgabe aus dem inneren Gerichtsbetrieb entstehe das Versäumnisurteil, da die Grundsätze über zustellungsbedürftige Beschlüsse gemäß § 329 Abs. 2 Satz 2 ZPO anwendbar seien, überzeugt nicht. Dagegen spricht bereits, dass das Versäumnisurteil im schriftlichen Vorverfahren, obwohl eine mündliche Verhandlung nicht voraus gegangen ist, gerade nicht als Beschluss, sondern als Urteil ergeht. Urteile werden – wie bereits ausgeführt – grundsätzlich mit ihrer Verkündung existent und die Zustellung eines davon abweichend nicht aufgrund mündlicher Verhandlung ergangenen (Versäumnis-)Urteils stellt sich insoweit anders als bei Beschlüssen im Sinne von § 329 Abs. 2 ZPO als Ersatz für die Verkündung dar. Dem kann nicht entgegen gehalten werden, dass im Gegensatz zur früheren Rechtslage (§§ 310 Abs. 2 Satz 1, 318 Abs. 1 ZPO a. F.) nicht mehr zwischen der Entstehung durch amtliche Zustellung der Urteilsformen an beide Parteien und dem Beginn der Rechtsmittelfrist durch weitere Zustellung des vollständigen Urteils im Parteibetrieb differenziert werde (*so aber Schneider, a. a. O., 833*). Denn dies ändert nichts daran, dass die Zustellung gemäß § 310 Abs. 3 Satz 1 ZPO weiterhin die Funktion hat, das nicht verkündete Versäumnisurteil zur Entstehung zu bringen.

(1.2.2) Dieses Ergebnis führt nicht zur Rechtsunsicherheit. Der säumigen Partei ist es unbenommen, innerhalb von zwei Wochen nach der Zustellung an sie Einspruch einzulegen. Ist die Zustellung des Versäumnisurteils an die andere Partei später oder innerhalb zwei Wochen nach Zustellung an sie nicht erfolgt, steht dies der Statthaftigkeit des Einspruchs gegen das noch nicht existente Versäumnisurteil nicht entgegen (*BGH, NJW 1996, 1969 (1970); OLG Brandenburg, a. a. O., 767; Zuehör, a. a. O., 2263*). Wenn dieser Zeitraum, der nach allgemeinen Regeln berechnet werden kann, ungenutzt verstrichen ist, bleibt es der säumigen Partei ferner unbenommen, bei der Geschäftsstelle des betroffenen Gerichts nachzufragen, ob die Frist tatsächlich bereits abgelaufen ist oder nicht (*so etwa: OLG Nürnberg, a. a. O., 833*). Außerdem rechtfertigen es Praktikabilitätsbedenken nicht, von der gesetzlichen Regelung des § 310 Abs. 3 Satz 1 ZPO abzuweichen (*BGH, NJW 1994, a. a. O., 3360*). Die praktischen Schwierigkeiten, die durch diese Sonderregelung entstehen können, sind vom Gesetzgeber in Kauf genommen worden, als er sich gegen die Anwendung des § 329 Abs. 2 Satz 2 ZPO auf Versäumnisurteile im schriftlichen Vorverfahren entschieden hat (*so auch: Zuehör, a. a. O., 2262*). 45

(1.2.3) Entgegen der Auffassung des Klägers (*so auch Rau, a. a. O., 797*) zwingt auch der Vergleich mit den für einen Vollstreckungsbescheid geltenden Regelungen nicht zu dem Schluss, dass die Frist des § 339 Abs. 1 ZPO bereits mit der ersten Zustellung beginnt. Zwar steht ein Vollstreckungsbescheid einem Versäumnisurteil gemäß § 700 Abs. 1 ZPO gleich. Im Gegensatz zum Versäumnisurteil im schriftlichen Vorverfahren ist aber der Vollstreckungsbescheid aufgrund der spezialgesetzlichen Regelung des § 699 Abs. 1 Satz 1 ZPO bereits mit seinem Erlass rechtlich existent. Deshalb muss der Vollstreckungsbescheid gemäß § 699 Abs. 4 Satz 1 ZPO auch nur dem Antragsgegner zugestellt werden. Dem entsprechend beginnt die Einspruchsfrist gegen einen Vollstreckungsbescheid gemäß §§ 700 Abs. 1, 339 Abs. 1 ZPO mit der Zustellung an den Antragsgegner. Eine Übertragung dieser spezialgesetzlichen Regelungen betreffend das Mahnverfahren unter gleichzeitiger Verdrängung der bei Erlass eines Urteils geltenden Bestimmungen des § 310 BGB ist nicht angängig. 46

(2) Die Klage ist zulässig. 47

- (2.1) Soweit der Kläger mit den Klageanträgen zu 1. und 2. Ansprüche aus einem Kaufvertrag-Rückgewährschuldverhältnis verfolgt, liegt ein zulässiger Fall gewillkürter Prozessstandschaft vor. Aufgrund Abschnitt XIII. Ziffer 2. AGB ist der Kläger ermächtigt im Sinne von § 185 Abs. 1 BGB analog, den behaupteten Anspruch der Leasinggeberin gegen die Beklagte auf Rückzahlung des Kaufpreises gemäß § 346 Abs. 1 BGB und die Feststellung des Annahmeverzugs der Beklagten mit der Rücknahme des Pkw im eigenen Namen geltend zu machen. Insoweit handelt es sich bei der Begriffswahl "Abtretung" rechtstechnisch um eine falsche Bezeichnung, die unschädlich ist. Da die Übertragung des Anspruchs auf Erfüllung des Kaufvertrages (gemäß "§ 433 Abs. 1 Satz 2 BGB") nach Satz 3 der AGB-Bestimmung ausdrücklich ausgenommen ist, hat auch die Rückabwicklung des Kaufvertrages ausschließlich zwischen dem Leasinggeber und dem Lieferanten zu erfolgen (vgl. BGH, WM 1992, 1609 (1611), für den Anspruch aus der Wandelung vor Inkrafttreten des Schuldrechtsmodernisierungsgesetzes; Staudinger-Stoffels, BGB – Neubearbeitung 2004, Leasing, Rn. 237, S. 1015). Dem trägt die Regelung in Satz 5 der vorbezeichneten AGB-Bestimmung Rechnung, wonach sich der Leasingnehmer verpflichtet, die ihm "abgetretenen" Ansprüche im eigenen Namen mit der Maßgabe geltend zu machen, dass beim Rücktritt vom Kaufvertrag oder bei der Herabsetzung des Kaufpreises etwaige Zahlungen des Verkäufers oder Garantieverpflichteten direkt an den Leasinggeber zu leisten sind. Der Kläger hat auch ein eigenes schutzwürdiges Interesse daran, das fremde Recht geltend zu machen, als seine rechtlichen Interessen wegen etwaiger Mängel an dem geleasteten Pkw maßgeblich durch die "abgetretenen" Gewährleistungsrechte gewahrt werden.
- (2.2) Das für den Klageantrag zu 2. gemäß § 256 Abs. 1 ZPO erforderliche Feststellungsinteresse des Klägers ergibt sich aus den Vorschriften über die Zulässigkeit der Zwangsvollstreckung aus einer Zug-um-Zug-Verurteilung gemäß §§ 756 Abs. 1, 765 Nr. 1 ZPO. 49
- (3) Die Klage ist zum überwiegenden Teil auch begründet. 50
- (3.1) Der Leasinggeberin steht gegenüber der Beklagten ein Anspruch auf Rückzahlung des Kaufpreises in Höhe von 53.713,80 € abzüglich des Wertes der aus dem Pkw gezogenen Nutzungen in Höhe von 6.982,79 €, also in Höhe von 46.731,01 €, Zug um Zug gegen Rückgabe des Pkw an die Beklagte gemäß §§ 346 Abs. 1, 437 Nr. 2, 323 Abs. 1, 440 Satz 2, Hs. 1 BGB zu. Entsprechend der Auffassung des Klägers ist der Kaufvertrag bereits aufgrund des Rücktrittsschreibens vom 08.03.2005, nochmals bestätigt durch anwaltliches Schreiben vom 20.05.2005, in ein Rückgewährschuldverhältnis umgewandelt worden. 51
- (3.1.1) Dem Kläger stand das gesetzliche Rücktrittsrecht gemäß § 437 Nr. 2, 323 BGB aus abgetretenem Recht der Leasinggeberin zu. Das Rücktrittsrecht ist von der in Abschnitt XIII. Ziffer 2. AGB enthaltenen Übertragungsregelung ausdrücklich erfasst. Auch wenn es sich insoweit nicht um einen Anspruch im Sinne der §§ 194 Abs. 1, 398 Satz 1 BGB handelt, sondern um ein Gestaltungsrecht, ist eine "Abtretung", wie insoweit wörtlich zu nehmen, gemäß den §§ 398, Satz 2, 413 BGB möglich (Palandt-Grüneberg, BGB, 67. Auflage, § 413 Rn. 5; Staudinger-Stoffels, a. a. O., Rn. 215; Münchener Kommentar – Koch, BGB, 5. Auflage, Leasing, Rn. 92). 52
- (3.1.2) Der Pkw wies zum Zeitpunkt des Gefahrübergangs (§ 446 BGB) Mängel im Sinne von § 434 BGB auf, die zum Zeitpunkt der Rücktrittserklärung vom 08.03.2005 und deren Bestätigung vom 20.05.2005 trotz mindestens zweimaligen Nacherfüllungsversuchen der Beklagten weiterhin vorhanden waren. Das Landgericht hat in dem angefochtenen Urteil entsprechende Feststellungen getroffen. Danach wurde der Kläger wegen der von ihm behaupteten Ausfälle des Command-Systems verbunden mit den Ausfällen des Navigations- 53

Systems, des MP3-Players, des Radios und des Telefons sowie des Knisterns im Lautsprecher mehrfach in der Werkstatt vorstellig, so dass ein wiederholtes Fehlschlagen der Nachbesserung gegeben sei (S. 6, Abs. 2 UA). Die von dem Landgericht festgestellten Tatsachen hat der Senat seiner Entscheidung gemäß § 529 Abs. 1 ZPO zugrunde zu legen, soweit nicht konkrete Anhaltspunkte dafür bestehen, die Zweifel an der Richtigkeit und Vollständigkeit der entscheidungserheblichen Feststellungen begründen. Festgestellt in diesem Sinn sind unter anderem solche Tatsachen, zu denen das Gericht des ersten Rechtszuges aufgrund einer freien Beweismwürdigung gemäß § 286 Abs. 1 ZPO die Entscheidung getroffen hat, dass sie wahr oder nicht wahr sind (BGH, NJW 2004, 2152). Begründete Zweifel in diesem Sinn liegen grundsätzlich dann vor, wenn eine gewisse – nicht notwendig überwiegende – Wahrscheinlichkeit dafür besteht, dass im Fall der Beweiserhebung die erstinstanzlichen Feststellungen keinen Bestand haben werden, sich also deren Unrichtigkeit herausstellt (BGH, NJW 2003, 3480). Zu den Feststellungen in diesem Sinn gehören auch die aufgrund Vertragsauslegung gewonnenen und der Entscheidung zugrunde gelegten Tatsachen (BGH, NJW 1994, 2757 ff., für die ergänzende Vertragsauslegung). Soweit die Beklagte diese Feststellungen jedenfalls indirekt in Frage stellt, als sie weiterhin ihre Rechtsauffassung verfolgt, der Vortrag des Klägers sei insoweit unsubstanziert, und sie diese vorsorglich bestreitet, führt dies zu keiner anderweitigen Entscheidung.

(3.1.2.1) Das Vorbringen des Klägers ist insoweit nicht unsubstanziert. Die Termine, zu denen der Pkw zur Werkstatt verbracht wurde, und die diesen zugrunde liegenden Beanstandungen sind von dem Kläger auf der Grundlage der Ziffer I der Gründe dieses Urteils (datenmäßige Auflistung, In-Bezugnahme des Reparaturberichts, Darstellung des bestrittenen Vorbringens des Klägers) dargetan, ferner, dass die in dem Reparaturbericht mit * versehenen Beanstandungen immer noch nicht beseitigt sind. Die Mangelercheinungen sind angegeben; einer technisch versierteren Darstellung, insbesondere der Mitteilung der konkreten Ursachen – etwa nach sachverständiger Beratung -, bedurfte es nicht. 54

(3.1.2.2) Das Landgericht durfte seiner Entscheidung das diesbezügliche Vorbringen des Klägers auch zugrunde legen. Das Vorbringen der Beklagten, sie bestreite die Werkstattaufenthalte und die von dem Kläger in diesem Zusammenhang gerügten Mängel mit Nichtwissen bis auf die am 14.06.2005 gerügten, ist gemäß § 138 Abs. 4 ZPO unerheblich. Nach dieser Vorschrift ist ein Bestreiten mit Nichtwissen einmal dann nicht zulässig, wenn die bestreitende Partei aufgrund von Handlungen aus dem eigenen Wahrnehmungsbereich in der Lage ist, auf das Vorbringen der anderen Partei konkret zu erwidern im Sinne von § 138 Abs. 3 ZPO. Dem Senat ist – worauf im Termin zur Berufungsverhandlung hingewiesen worden ist – bekannt, dass sämtliche Besuche in den Fachwerkstätten der Beklagten EDV-mäßig festgehalten und sie auf diese Dateien unmittelbar Zugriff hat. Das gilt zumal in den Fällen, in denen die Vertragswerkstatt Mängelbeseitigungsarbeiten auf Gewährungsbasis vornimmt, da sie diese im Innenverhältnis mit der Beklagten abrechnet. Dementsprechend (vgl. auch: BGH, NJW-RR 2002, 612 (613)) ist der Schluss gerechtfertigt, dass sich die Beklagte innerhalb ihres eigenen Geschäftsbereichs hinlänglich informieren und sich zu dem entsprechenden Vorbringen des Klägers sachgerecht äußern konnte. Im Übrigen ist ein Bestreiten mit Nichtwissen auch dann grundsätzlich nicht zulässig, wenn es um Handlungen oder Wahrnehmungen bei sonstigen Personen geht, bei denen die bestreitende Partei Informationen einholen könnte, soweit dies ihr möglich und zumutbar ist, etwa weil sie diese selbst für den betreffenden Vorgang eingeschaltet hatte und Arbeiten unter ihrer Anleitung ausgeführt wurden. Insoweit ist festzustellen, dass sich die Beklagte bei der Erfüllung von Nacherfüllungsansprüchen ihrer Vertragswerkstätten unter Einschluss der von dem Kläger bei den Werkstattterminen bis einschließlich 26.01.2005 aufgesuchten Vertragswerkstatt in F 55

als Erfüllungsgehilfen im Sinne von § 278 BGB bediente (vgl.: BGH, NJW 1991, 882 (883); Reinking/Eggert, *Der Autokauf*, 9. Auflage, Rn. 410). Bei der Vermittlung von Kaufverträgen über Markenfahrzeuge der Beklagten und der Abwicklung solcher Verträge handelten die Vertragswerkstätten der Beklagten nicht in bloßer Geschäftspartnerschaft ohne eigenverantwortliche Aufsicht der Beklagten (vgl. hierzu: Musielack, ZPO, 5. Auflage, § 138 Rn. f.), sondern insbesondere bei der Behandlung von geltend gemachten Gewährleistungsansprüchen als Agenturen unter der Aufsicht der Beklagten. Eine Informationsbeschaffung durch die Beklagten bei der von dem Kläger namentlich aufgeführten Vertragswerkstatt war ihr ohne Weiteres möglich und zumutbar.

(3.1.2.3) Nicht zu beanstanden ist auch die allerdings lediglich inzident gebliebene Feststellung des Landgerichts, dass die Beanstandungen schon bei Gefahrübergang, das heißt bei Übernahme des Pkw durch den Kläger gemäß § 446 BGB vorlagen. Dieser Schluss lässt sich auch ohne Einholung eines schriftlichen Gutachtens ziehen. Die Ausfälle betreffend das Telefon, das Sound-System und die Command-Software, die – fast einschränkungslos – zumindest mitursächlich für alle Werkstattbesuche waren, wurden bereits nach 12 Tagen ab Übergabe gemeldet. Sei blieben zeitnah bis zum 26.01.2005 Gegenstand von drei weiteren Rügen. Insoweit streitet zwar nicht die Vermutung des § 476 BGB für die Richtigkeit der Darstellung des Klägers. Diese Vorschrift ist nicht anwendbar, da die Leasinggeberin als die maßgebliche Vertragspartnerin der Beklagten als juristische Person nicht Verbraucher ist im Sinne von § 13 BGB. Dies entwertet die Indizwirkung der zeitnah der Übergabe erstmals aufgetretenen und zeitnah immer wieder in Erscheinung getretenen Ausfälle nicht. Hinzu kommt, dass die Beklagte bzw. ihre Vertragspartnerin jeweils auf die Beanstandungen des Klägers hin Arbeiten entfalteten, diese aber nicht in Rechnung stellten, sondern Gewährsarbeiten erbrachten. Für die Durchführung der Arbeiten aus erklärter bloßer Kulanz ist nichts ersichtlich. Wer aber auf Gewähr arbeitet, gibt konkludent zu erkennen, dass er vom Vorhandensein eines Mangels bei Übergabe ausgeht. Für einen Pkw der von der Beklagten vertriebenen Marke erscheinen die o. a. Mängel unter weiterer Berücksichtigung des Alters und der Fahrleistung zum Zeitpunkt der Beanstandungen auch so ungewöhnlich, so dass der Senat unter Berücksichtigung der Gesamtumstände von dem Vorhandensein dieser Mängel zum Zeitpunkt des Gefahrübergangs überzeugt ist.

56

(3.1.2.4) Soweit die Beklagte erstmals in der Berufungserwiderung einwendet, dass "Command-System" sei entgegen dem Vorbringen des Klägers kein Steuer(ungs)gerät und ein Fahrzeug der vorliegenden Art verfügte über zahlreiche Steuergeräte (Bl. 258 GA), kann sie hiermit gem. § 531 Abs. 2 ZPO nicht gehört werden. Der Kläger hat persönlich zu Protokoll der ersten mündlichen Verhandlung des Landgerichts am 16.05.2006 (Bl. 79 GA) erklärt, bei dem "Command" handele es sich um das Betriebssystem mit dem großen Display. Darüber würden das Navigationssystem, MP3-Radio und Telefon gesteuert. Es handele sich mithin um das Steuerelement. Das anschließende Bestreiten des Prozessbevollmächtigten "des Klägers" (Bl. 80 GA), wobei es sich hinsichtlich der Parteibezeichnung offensichtlich um ein Versehen im Diktat oder der Niederschrift handelte, als sinngemäß nur eine Äußerung des Prozessbevollmächtigten des Beklagten protokolliert werden sollte, bezieht sich nicht hierauf, sondern auf den danach von dem Kläger persönlich geschilderten "Vorgang" bezüglich des Herunterfahrens des Seitenfensters auf der Beifahrerseite ohne Betätigung von Tasten. Zudem entspricht die Begriffswahl und Definition der aus den Unterlagen der Beklagten (vgl. den Reparaturbericht, Bl. 16 = 134 GA, und den "Reparaturauftrag", Bl. 135 ff. GA). Dieses Vorbringen ist daher neu und gemäß § 531 Abs. 2 ZPO nicht zuzulassen. Zudem würde seine Zulassung eine andere Bewertung nicht rechtfertigen, insbesondere nichts daran ändern, dass der Vortrag des Klägers zu den sich immer wieder zeigenden selben "Ausfällen", was auch immer deren Ursache gewesen sein

57

mag und die jedenfalls die Vertragswerkstatt in F nicht in den Griff zu bekommen wusste, der Entscheidung zugrunde zu legen ist.

(3.1.2.5) Aufgrund des Reparaturberichts (Bl. 16 GA) steht zur Überzeugung des Senats auch fest, dass der Pkw zum Zeitpunkt der Rücktrittserklärung vom 08.03.2005, deren Bestätigung vom 20.05.2005 und darüber hinaus am 14.06.2005 jedenfalls weiterhin die Mängel betreffend das Handy, den Lautsprecher (Sound-System) und die Command-Software mit den damit verbundenen Ausfällen aufwies. Unter anderem diese Beanstandungen sind ausdrücklich mit weiteren Beschreibungen der Mangelercheinungen in den Reparaturbericht aufgenommen worden. Hinsichtlich der einzelnen Beanstandungen sind die Abhilfemaßnahmen, deren es bei unberechtigter Beanstandung nicht bedurft hätte, dargestellt. Der Senat sieht sich auch in der Lage, entgegen den Bekundungen des im Termin zur Beweisaufnahme vor dem Landgericht am 31.10.2006 (Bl. 117 ff. GA) vernommenen Zeugen A und ohne Vernehmung der insoweit von dem Kläger (bereits erstinstanzlich Bl. 131 GA) benannten Zeugen S und M (Bl. 231 GA) festzustellen, dass der Reparaturbericht ohne die handschriftlichen Zusätze aus der Filiale der Beklagten stammt. Denn dieser ist identisch mit dem dem Schreiben der Beklagten an den Kläger vom 05.07.2005 beigefügten Reparaturbericht, den die Herren S und M aus dem Hause der Beklagten dem Inhalt dieses Schreibens nach "wunschgemäß" an den Kläger übermittelten (Bl. 133 f. GA). Die in dem Reparaturbericht dargestellten Mängel korrespondieren zudem mit denen in dem für den Werkstatttermin vom 14. bis 27.06.2005 erstellten Reparaturauftrag vom 07.06.2005 (Bl. 135 – 140 GA). Vom Zeitpunkt der Stellungnahme der Beklagten mit Schriftsatz vom 07.12.2006 (Bl. 145 ff. GA) an auf den Schriftsatz des Prozessbevollmächtigten des Klägers vom 10.11.2006 (Bl. 130 ff. GA), dem die vorbezeichneten Urkunden in Kopie beigefügt waren, ist zudem von der Unstreitigkeit des diesbezüglichen Vorbringens des Klägers auszugehen, da die Beklagte dieses nicht bestritten, sondern sich darauf beschränkt hat, ihre Auffassung darzutun, auf die Authentizität des Reparaturberichts komme es nicht an (S. 2 ihres vorbezeichneten Schriftsatzes, letzter Absatz, Bl. 152GA).

58

(3.1.3) Der Rücktritt ist nicht gemäß §§ 437 Nr. 2, 323 Abs. 5 Satz 2 BGB ausgeschlossen. Die Pflichtverletzung der Beklagten ist nicht unerheblich.

59

(3.1.3.1) Die Beurteilung der Frage, ob die Pflichtverletzung eines Schuldners unerheblich im Sinne von § 323 Abs. 5 Satz 2 BGB ist, erfordert eine Abwägung der Interessen des Gläubigers an einer Rückabwicklung des Vertrages und der des Schuldners am Bestand des Vertrages unter Berücksichtigung der Umstände des Einzelfalles (*BGH, NJW 2006, 1960 (1961); OLG Köln, NJW 2007, 1694 (1696); OLG Düsseldorf, ZGS 2007, 157 (159); OLG Brandenburg, NRW-RR 2007, 928 (929); OLG Bamberg, DAR 2006, 456 (458); OLG Nürnberg, NJW 2005, 2019 (2020); LG Karlsruhe, NJW-RR 2005, 1368 (1368); Münchener Kommentar – Ernst, BGB, a. a. O., § 323 Rn. 243; Soergel-Gsell, BGB, 13. Auflage, § 323 Rn. 216; Staudinger-Otto, BGB – Neubearbeitung 2004, § 323 C 30; Palandt-Grüneberg, a. a. O., § 323 Rn. 32; Juris PK-Alpmann, BGB, § 281 Rn. 83; Reinking/Eggert, a. a. O., Rn. 427*). Bei einem Rücktritt aufgrund kaufrechtlicher Gewährleistungsrechte liegt die Pflichtverletzung in der Lieferung einer mangelhaften Sache, § 433 Abs. 1 Satz 2 BGB. Da es für die Beurteilung der Erheblichkeit zumindest auch auf die objektive Störung dieser Pflicht, das heißt auf das Ausmaß der Mangelhaftigkeit ankommt, ist bei der Abwägung insbesondere zu berücksichtigen, ob und ggfls. mit welchem Kostenaufwand sich der Mangel beseitigen lässt (*OLG Köln, NJW 2007, a.a.O., 1696; OLG Düsseldorf, a. a. O., 159 f.; OLG Düsseldorf, NJW-RR 2004, 1060 (1061); OLG Bamberg, a. a. O., 458; OLG Nürnberg, a. a. O., 2020 f.; Münchener Kommentar –Ernst, a. a. O., § 323 Rn. 243; Staudinger-Otto, a. a. O.,*

60

§ 323 C 30; *Juris PK-Alpmann, a. a. O.*). Umstritten ist, ob die von der Rechtsprechung zu § 459 Abs. 1 Satz 2 BGB a. F. entwickelten Grundsätze auf die Bestimmung der Grenze der Unerheblichkeit nach § 323 Abs. 5 Satz 2 BGB übertragbar sind. Nach einem Teil des Schrifttums soll dies möglich sein (*Bamberger/Roth/Faust, BGB, 2. Auflage, § 437 Rn. 26; Jauernig-Stadler, BGB, 12. Auflage, § 323 Rn. 20; Anwaltkommentar/Dauner-Lieb, BGB, § 281 Rn. 33 und § 323 Rn. 36*). Eine dahingehende Tendenz dürfte auch der Gesetzesbegründung zu entnehmen sein (*Bundestagsdrucksache 14/6040, S. 187, 231*). Danach wäre der Begriff der unerheblichen Pflichtverletzung besonders eng auszulegen, denn von § 459 Abs. 1 Satz 2 BGB a. F. wurden nur geringfügige Mängel erfasst, insbesondere solche, die sich in Kürze von selbst erledigen würden oder mit ganz unerheblichem Aufwand schnell beseitigt werden könnten (*Münchener Kommentar – Ernst, a. a. O., § 323 Rn. 243; Staudinger-Otto, a. a. O., § 323 C 30; Palandt-Putzo, BGB, 60. Auflage, § 459 Rn. 13*). Diese Auffassung ist in Rechtsprechung und Literatur teilweise auf Ablehnung gestoßen (*OLG Düsseldorf, ZGS 2007, a. a. O., 160; OLG Brandenburg, a. a. O., 929; Staudinger-Otto, a. a. O., § 323 C 30; Reinking/Eggert, a. a. O., Rn. 426*). Teilweise wird eine deutliche Anhebung der Erheblichkeitsschwelle gefordert (*OLG Bamberg, a. a. O., 458; Palandt-Grüneberg, a. a. O., § 323 Rn. 32; Palandt-Heinrichs, a. a. O., § 281 Rn. 47; Münchener Kommentar – Ernst, a. a. O., § 323 Rn. 243; Soergel-Gsell, a. a. O., § 323 Rn. 213; Bamberger/Roth/Grothe, a. a. O., § 323 Rn. 39; Juris PK-Alpmann, a. a. O., § 281 Rn. 82*). Ein erheblicher Mangel soll erst bei Beseitigungskosten in der Höhe von mindestens 10 % des Kaufpreises (*OLG Bamberg, a. a. O., 458; Palandt-Grüneberg, a. a. O., § 323 Rn. 32; Palandt-Heinrichs, a. a. O., § 281 Rn. 47*) oder dann vorliegen, wenn der Gesamtwert der Leistung in einem Umfang betroffen ist, der eine Minderung von ca. 20 % bis 50 % zulassen würde (*Münchener Kommentar – Ernst, a. a. O., § 323 Rn. 243*).

(3.1.3.2) Der Senat hält dafür, die Vorschrift des § 323 Abs. 5 Satz 2 BGB weiterhin einschränkend auszulegen. Bei dieser Regelung handelt es sich, wie schon § 441 Abs. 1 Satz 2 BGB zeigt, um eine Ausnahme zu dem bei einer Pflichtverletzung grundsätzlich eröffneten Rücktrittsrecht, das nur in dem Ausnahmefall der Unerheblichkeit ausgeschlossen sein soll, weil nur dann das Interesse des Käufers an der Rückabwicklung in der Regel geringer ist und der Verkäufer unzumutbar belastet würde (*BGH, NJW 2006, 1960 (1961)*). Es widerspräche auch einer umfassenden Abwägung, wenn die Erheblichkeitsschwelle mit festen Prozentsätzen bestimmt würde. Denn die Beeinträchtigung des Leistungsinteresses des Käufers ist nicht identisch mit den Beseitigungskosten, sondern kann von weiteren Umständen des Einzelfalls abhängen (*Münchener Kommentar – Westermann, a. a. O., § 437 Rn. 11; Münchener Kommentar – Ernst, a. a. O., § 323 Rn. 243; Soergel-Gsell, a. a. O., § 323 Rn. 215*). Dementsprechend ist auch die bisherige Rechtsprechung nicht von einheitlichen Grenzen ausgegangen. So wurde die Unerheblichkeit im Sinne des § 323 Abs. 5 Satz 2 BGB etwa bejaht bei einer Abweichung des Kraftstoffverbrauchs von den Herstellerangaben um weniger als 10 % (*BGH, NJW 2007, 2111 (2112)*), bei einem Mangelbeseitigungsaufwand von knapp 1 % (*BGH, NJW 2005, 3490 (3493)*), von unter 3 % (*OLG Düsseldorf, NJW-RR 2004, a. a. O., 1061*) bzw. ca. 4,5 % des Kaufpreises (*LG Kiel, MDR 2005, 384 (384)*). Dagegen wurde die Unerheblichkeit verneint bei einem Mangelbeseitigungsaufwand von mehr als 5 % des Kaufpreises bzw. absolut 2.000,00 € (*OLG Köln, NJW 2007, a. a. O., 1696*) und bei einer Abweichung der Höchstgeschwindigkeit von mehr als 5 % von den Angaben im Verkaufsprojekt (*OLG Düsseldorf, NJW 2005, 3504 (3505)*).

61

(3.1.3.3) Der weitere Streit, ob es sich bei § 323 Abs. 5 Satz 2 BGB weiterhin um eine Bagatellgrenze wie zu § 459 Abs. 1 Satz 2 BGB a. F. handelt, kann vorstehend jedoch letztlich offen bleiben, weil sich die Beanstandungen des Klägers auch nach den strengeren

62

Anforderungen als erheblich darstellen. Die Beklagte ist darlegungs-, jedenfalls beweisfällig dafür geblieben, dass der Aufwand für die Beseitigung der vom Kläger behaupteten Mängel so gering ist, dass von einem unerheblichen Mangel gesprochen werden könnte. Die Beweislast dafür, dass die Voraussetzungen des Ausnahmetatbestandes des § 323 Abs. 5 Satz 2 BGB vorliegen, trägt der Verkäufer (*OLG Düsseldorf, ZGS 2007, a. a. O., 159; Münchener Kommentar – Ernst, a. a. O., § 323 Rn. 243; Soergel-Gsell, a. a. O., § 323 Rn. 217*). Zu einer Darlegung, welche Kosten bei einer Mangelbeseitigung entstehen, hat sich die Beklagte trotz eines entsprechenden Hinweises des Landgerichts vom 06.11.2006 (Bl. 128 GA) nicht in der Lage gesehen. Soweit sie insoweit vorgebracht hat, dass ihr für einen substantiierten Vortrag eine Untersuchung des Pkw ermöglicht werden müsse, übersieht sie, dass ihr der Pkw in der Zeit vom 14. bis 27.06.2005 (auch) zur Untersuchung der dem Rücktritt vom 08.03./20.05.2005 zugrunde liegenden Mängel hinreichend lange Zeit zur Verfügung stand. Geht man einmal mit dem vom Landgericht von den aus der Bestellsurkunde ersichtlichen Listenpreisen aus und legt einen Mängelbeseitigungsaufwand von 3.900,00 € zugrunde, macht dies 7,3 % des Kaufpreises von 53.730,80 € aus. Vom Prozentsatz her wäre die vom 7. Zivilsenat des Oberlandesgerichts Köln aufgestellte Grenze von 5 % (*OLG Köln, NJW 2007, a. a. O., 1696*) deutlich überschritten. Zudem kann sich die Erheblichkeit eines Mangels nicht nur im Verhältnis der aufzuwendenden Kosten bei Nacherfüllung zu dem Kaufpreis zeigen, sondern auch darin, dass der Mängelbeseitigungsaufwand absolut gesehen erheblich ist, was gerade bei hochwertigen Kaufsachen eine Rolle spielt (*OLG Köln, NJW 2007, a. a. O., 1696; Palandt-Grüneberg, a. a. O., § 323 Rn. 32; Münchener Kommentar – Westermann, a. a. O., § 437 Rn. 12; Ermann-Grunewald, BGB, 11. Auflage, § 437 Rn. 7*). Vorliegend würden allein die Kosten für den Austausch des Command-Systems bei mindestens 2.790,00 € und damit über der vom 7. Zivilsenat des Oberlandesgerichts Köln bei einem Betrag von 2.000,00 € angenommenen Erheblichkeitsgrenze liegen. Zu berücksichtigen ist ferner, dass es sich vorliegend um einen Neuwagen handelt, bei dem die Unerheblichkeitsgrenze tendenziell enger zu ziehen ist als bei einem Gebrauchtwagen (*OLG Düsseldorf, ZGS 2007, a. a. O., 160*). Das Leistungsinteresse des Käufers eines Neuwagens ist in der Regel größer als das eines Gebrauchtwagenkäufers, da durch den Kauf eines Neuwagens jeglicher Kompromiss bezüglich der Qualität des Fahrzeugs ausgeschlossen werden soll. Hier kommt hinzu, dass vor allem die vom Kläger ausgewählte Sonderausstattung von den behaupteten Mängeln betroffen ist. Mit seiner Auswahl hat der Kläger gezeigt, dass er gerade diesen zusätzlichen Komfort wünschte. Die Sonderausstattung hat dadurch eine über den bloßen Erhalt der Leistung hinausgehende Bedeutung, so dass das diesbezügliche Leistungsinteresse des Klägers besonders groß ist. Im vorliegenden Fall hat zudem der Ausfall des Command weitreichende Folgen für die Gebrauchstauglichkeit des Pkw, da sich dieser Mangel auf die Benutzung des Navigationsgeräts, des MP3-Spielers, des Radios und des Handys auswirkt. Darüber hinaus spricht die Vielzahl der Beanstandungen für die Erheblichkeit, da die Gesamtwirkung aller Mängel berücksichtigt werden muss (*Münchener Kommentar – Westermann, a. a. O., § 437 Rn. 12; Ermann-Grunewald, a. a. O., § 437 Rn. 7; Reinking/Eggert, a. a. O., Rn. 426*). Schließlich konnten die Beanstandungen trotz mehrfacher Nachbesserungsversuche jedenfalls bis zum Zeitpunkt der Rücktrittserklärung nicht behoben werden, so dass nicht davon ausgegangen werden kann, die Mängel könnten mit unerheblichem Aufwand schnell beseitigt werden.

(3.1.4) Die Wirksamkeit des am 08.03.2005 erklärten und mit Schreiben vom 20.05.2005 wiederholten Rücktritts ist entgegen der Auffassung der Beklagten auch nicht in Folge des "Reparaturauftrages" vom 07.06.2005 und der In-Reparaturgabe am 14.06.2005 wirkungslos geworden. Richtig ist, dass die Rechtssprechung die Berufung des Berechtigten auf sein Rücktrittsrecht wegen unzulässiger Rechtsausübung gemäß § 242 BGB unter Umständen für

ausgeschlossen erachtet hat, wenn der Käufer der (erfolgreichen) Fehlerbeseitigung zustimmt hat (vgl.: BGH, NJW-RR 1998, 680 (681); NJW 1996, 2647 (2648); OLG Köln, NJW-RR 1993, 565 (565)). Diese Rechtssprechung ist allerdings nicht unmittelbar auf den vorliegenden Fall übertragbar. Diesen Entscheidungen lag die vor dem Inkrafttreten des Schuldrechtsmodernisierungsgesetzes gültige Gesetzeslage zugrunde, nach der der Vollzug der Wandelung das Einverständnis des Verkäufers (§ 465 BGB) oder deren Ersetzung durch gerichtliche Entscheidung voraussetzte und der Käufer bis dahin grundsätzlich nach seinem freien Ermessen zu einem anderen Gewährleistungsanspruch übergehen konnte. Seit dem 01.01.2002 ist das Wandlungsrecht indes durch das Rücktrittsrecht ersetzt und als einseitiges Gestaltungsrecht des Käufers ausgestaltet. Mit der wirksamen Ausübung des Rücktrittsrechts wandelt sich der Vertrag unter gleichzeitigem Erlöschen der daraus fließenden Erfüllungsansprüche in ein Rückgewährschuldverhältnis im Sinne der §§ 346 ff. BGB um. Eine Abkehr von dieser gesetzlichen Rechtsfolge setzt eine Vereinbarung der Kaufvertragsparteien über die Fortgeltung des Vertrages in der Erfüllungsebene oder zumindest einen einseitigen Verzicht des Gewährleistungsberechtigten auf sein Rücktrittsrecht voraus. Für eine entsprechende Vereinbarung der Parteien ist ungeachtet der Frage, ob dieser überhaupt rechtliche Wirkung zukommen könnte, da die Aufhebung des Rückabwicklungsverhältnisses die Rechtsstellung der Leasinggeberin als Vertragspartner des Kaufvertrages unmittelbar betrifft, nichts vorgetragen und nichts ersichtlich. Richtig ist, dass unter Umständen ein konkludenter Verzicht des Berechtigten auf sein Rücktrittsrecht zu bejahen sein kann, wenn der Käufer der (erfolgreichen) Fehlerbeseitigung zustimmt (vgl.: Reinking/Eggert, a. a. O., Rn. 415). Die Voraussetzungen für die Annahme eines einseitigen Verzichts liegen indes nicht vor. Es ist unstreitig, dass der Kläger einen Verzicht wörtlich oder sinngemäß jedenfalls ausdrücklich nicht erklärt hat. Aber auch eine entsprechende konkludente Erklärung kann nicht festgestellt werden. Die Beklagte durfte das in der In-Reparaturgabe des Pkw zu sehende Verhalten des Klägers bei verständiger Würdigung nicht dahingehend verstehen, dass dieser auf die Rechte aus dem bis dahin erklärten Rücktritt verzichten wolle. Wie der Reparaturbericht belegt, wies der Pkw zu Beginn des Monats Juni 2005 diverse und erhebliche Mängel auf. Das Aufsuchen der Werkstatt einer Niederlassung der Beklagten stellte sich daher aus der für sie erkennbaren Sicht des Klägers als dringend notwendig dar, um die weitere Nutzung des Fahrzeugs bis zur abschließenden Erklärung der Beklagten über ihr mit Schreiben vom 15.03.2005 in Aussicht gestelltes eventuelles Einverständnis mit der Rückabwicklung und bis zum Eingang des von ihr mit Schreiben vom 18.05.2005 in Aussicht gestellten kaufmännischen Lösungsvorschlags ohne das Risiko einer erheblichen weiteren, ihm vorwerfbaren Schädigung des Wagens sicherzustellen. Der Zur-Verfügung-Stellung des Pkw ging die Einschaltung des Prozessbevollmächtigten durch den Kläger voraus, der für ihn den Rücktritt erklärt hatte, erstmals mit Schreiben vom 08.03.2005 und sodann kurze Zeit vor In-Reparaturgabe. Unter diesen Umständen konnte die Beklagte nicht ernsthaft davon ausgehen, der Kläger wolle entgegen dem ihm gegenüber erklärten und ihr offenbarten anwaltlichen Rat auf eine Rückabwicklung des Kaufvertrages verzichten. Im Übrigen ist davon auszugehen, dass der Kläger den Pkw mit der Erklärung "ohne Anerkennung einer Rechtspflicht" in die Werkstatt der Beklagten brachte. Der Erklärung des Klägers in dem anwaltlichen Schreiben vom 15.07.2005, er habe Reparaturmaßnahmen auf die Anregung der Beklagten hin ohne Anerkennung einer Rechtspflicht geduldet, ist die Beklagte in ihrem Erwidierungsschreiben vom 20.07.2005 nicht entgegengetreten. Sie ist der Entscheidung daher als unstreitig zugrunde zu legen. Sie lässt sich unter Berücksichtigung dessen, dass diese Erklärung durch einen juristischen Laien erfolgte, zwanglos dahingehend verstehen, dass auf etwaige bisher in Folge des Rücktritts entstandene Rechte nicht verzichtet werde. Selbst wenn man die Abgabe dieser Erklärung mit diesem Sinngehalt bei In-Reparaturgabe als streitig ansehen wollte, ginge dies zu Lasten der Beklagten, da sie dafür, dass die In-Reparaturgabe ohne den vorbezeichneten Vorbehalt erfolgte, mangels

Beweisantrages beweisfällig geblieben ist. Insoweit beruft sich die Beklagte nämlich auf einen rechtsvernichtenden Einwand, für den sie nach allgemeinen zivilprozessualen Grundsätzen die Darlegungs- und Beweislast trägt.

(3.1.5) Der Kaufpreis ist gemäß § 346 Abs. 1 BGB um den Wert der von dem Kläger bis zur Abmeldung des Pkw am 08.01.2007 gezogenen Nutzungen zu kürzen, die der Senat gemäß § 287 ZPO auf der Grundlage einer voraussichtlichen Gesamtlaufzeit des konkret betroffenen Pkw von 200.000 Km auf 0,5 % des Bruttoeinkaufspreises je gefahrene 1.000 km (*vgl.: BGH, NJW 2005, 2848 (2850)*), also bei einem unstreitigen km-Stand von 26.346 auf 6.982,79 € schätzt. 64

(3.2) Der Feststellungsantrag zu Ziffer 2. ist begründet, da sich die Beklagte mit der Rücknahme des Pkw aufgrund des Rücktrittschreibens vom 08.03. seit dem 19.03.2005, aufgrund des Rücktrittsbestätigungsschreibens vom 20.05. seit dem 07.06.2005, jedenfalls aber aufgrund des nochmaligen Rücktrittsschreibens vom 15.07.2005 seit dem – wie beantragt – 20.07.2005 in Annahmeverzug gemäß §§ 293 ff. BGB befindet. Der Kläger hat der Beklagten in den vorgenannten Schreiben die Abholung des Pkw gemäß § 295 Satz 1 BGB wörtlich angeboten. Ein auf Abholung gerichtetes wörtliches Angebot war hinlänglich, da es sich bei der Pflicht des Käufers, die Kaufsache gemäß § 346 Abs. 1 BGB zurückzugewähren, um eine Holschuld handelt. Denn der diesbezügliche Erfüllungsort befindet sich an dem Ort, an dem sich die Kaufsache in Erfüllung des Kaufvertrages befindet, also am Wohnsitz des Klägers. Die Zug-um-Zug-Gegenleistung war bis zum damaligen Zeitpunkt gegenüber dem, was dem Kläger nach Maßgabe der Ausführungen zu Ziffer 3.3. dieses Urteils zusteht, auch nur geringfügig überhöht, steht also der Annahme des Annahmeverzuges nicht entgegen. 65

(3.3) Dem Kläger stehen die mit dem Klageantrag zu 3. verfolgten Ansprüche aus eigenem Recht nur zum Teil zu. 66

(3.3.1) Im Ergebnis zu Recht hat das Landgericht dem Kläger einen Anspruch auf Ersatz des Nutzungsausfalls für die Zeiträume der Werkstattaufenthalte der Pkw in Höhe von 1.394,00 € aus dem Gesichtspunkt des Schadenersatzes gemäß § 437 Nr. 3 i. V. m. §§ 280 Abs. 1 und 2, 286 BGB verweigert. Dem Kläger ist jedenfalls kein ersatzfähiger Schaden entstanden. In der höchstrichterlichen Rechtsprechung ist anerkannt, dass ein Anspruch auf Nutzungsausfall mangels fühlbarer Beeinträchtigungen nicht besteht, wenn der Geschädigte über ein zweites Fahrzeug verfügt, dessen ersatzweiser Einsatz ihm zuzumuten ist (*BGH, NJW 1970, 1120 (1121); NJW 1976, 286 (286)*). Etwas anderes gilt nur dann, wenn das Ersatzfahrzeug nicht den besonderen Nutzungszwecken des beschädigten Fahrzeugs ausreichend gerecht wird (*BGH NJW 1970, a. a. O., 1121*). Es ist unstreitig, dass die Beklagte dem Kläger für die Zeit der Nacherfüllung einen Pkw Mercedes-Benz der A-Klasse als Ersatzfahrzeug zur Verfügung gestellt hat. Die Benutzung des Ersatzfahrzeugs war dem Kläger zumutbar. Zwar war es nicht mit Navigationssystem und Telefon ausgestattet. Der Kläger hat aber weder dargelegt, dass die Benutzung dieser Sonderausstattung für ihn auch in der Reparaturzeit wirtschaftlichen Wert hatte und er auf diese nicht nur aus Bequemlichkeit verzichten musste, noch, dass er gegenüber der Beklagten seinen Bedarf an dieser Sonderausstattung für die Reparaturzeit geltend gemacht hat. 67

(3.3.2) Dem Kläger steht gegenüber der Beklagten ein Anspruch auf Ersatz seiner vergeblichen Aufwendungen gemäß §§ 437 Nr. 3, 284 BGB in Höhe von 973,84 € zu. 68

(3.3.2.1) Aufgrund der Wirksamkeit seines Rücktrittes ist der Kläger mit diesem Anspruch nicht ausgeschlossen, § 325 BGB. Der Kläger ist auch aktiv legitimiert. Der Anspruch auf 69

Ersatz vergeblicher Aufwendungen ist von der Gewährleistungsregelung gemäß Abschnitt XIII. Ziffer 2. AGB ausdrücklich erfasst. Die im letzten Satz dieser Bestimmung vorgesehene Abtretungsvereinbarung für den Fall der Kündigung durch die Leasinggeberin kommt nicht zum Zuge. Dabei kann dahinstehen, ob sich der Kläger mit der Zahlung der Leasingraten in Anbetracht der Wirksamkeit des Rücktritts vor Kündigungserklärung in Verzug befand und deswegen die Voraussetzungen der Kündigung aus wichtigem Grund nicht vorlagen. Denn die Auslegung der in den AGB enthaltenen Abtretungsvereinbarungen ergibt, dass von der Rückabtretung nicht solche Ansprüche des Leasingnehmers erfasst werden sollten, mit denen dieser bereits entstandene Eigenschäden bzw. Eigenaufwendungen geltend machen kann. Denn die Rückabtretung sollte nur dazu dienen, dass der Leasinggeber die Gewährleistungsrechte für die Zukunft zurückerhalte. Der Leasingnehmer sollte für den zurückliegenden Zeitraum, in dem er sich vertragstreu verhalten hat, ersichtlich nicht rechtlos gestellt werden.

(3.3.2.2) Durch die bis zum maßgeblichen Rücktritt fehlgeschlagenen Nacherfüllungsversuche hat die Beklagte eine Pflicht verletzt, für die sie gemäß § 280 Abs. 1 Satz 2 BGB einzustehen hat. Eine vergebliche Fristsetzung zur Nacherfüllung gemäß § 281 Abs. 1 BGB war gemäß § 440 Satz 1 BGB, wie ausgeführt, entbehrlich. Die Pflichtverletzung war auch nicht unerheblich, § 281 Abs. 1 Satz 3 BGB.

70

(3.3.2.3) Der Höhe nach berechnet sich der Aufwendungsersatzanspruch des Klägers wie folgt:

71

-	Winter-Kompleträder	924,84 €
-	Kosten der Handy-Halterung	140,00 €
-	Pkw-Anmeldekosten	+ 50,00 €
		1.114,84 €
-	abzüglich Wert der gezogenen Nutzungen	- 146,86 €
-	Differenz	967,98 €

72

Unter Aufwendungen versteht man von dem Gläubiger im Hinblick auf den Erhalt der Leistung erbrachte freiwillige Vermögensopfer (*BGH, NJW 2005, a. a. O., 2850; Palandt-Heinrichs, a. a. O., § 284 Rn. 6*). Aufwendungen auf die Kaufsache, die sich später als mangelhaft herausstellt, sind in der Regel vergeblich, wenn der Kaufvertrag wegen Mangelhaftigkeit rückabgewickelt wird (*BGH, NJW 2005, a. a. O., 2850*). Im Vertrauen auf den Erhalt der Leistung im Anschluss an den Vertragsabschluss erwarb der Kläger Winter-Kompleträder zum Bruttopreis von 924,84 € (Rechnung der Firma N vom 20.11.2004, Bl. 35 GA) sowie eine Handy-Halterung für 140,00 €, ferner wandte er für die Anmeldung des Pkw 50,00 € auf. Dieses Vorbringen ist unstrittig. Soweit die Beklagte erstinstanzlich geltend gemacht hat, der Kläger habe den Pkw als Unternehmer erworben, so dass er vorsteuerabzugsberechtigt sei und deswegen nur die Nettobeträge geltend machen könne, geht der Senat wie das Landgericht von einem privaten Erwerb des Klägers aus. Dies ist nicht zum Nachteil der Beklagten, da dem Kläger andernfalls nicht nur Zinsen in Höhe von 5 %-Punkten über dem jeweiligen Basiszinssatz zuzusprechen wären, sondern in Höhe von 8 %-Punkten. Der Anspruch ist indes für die Zeit, in der der Kläger die Kaufsache nutzen konnte, zu kürzen, da für die gezogenen Nutzungen Wertersatz zu leisten ist, §§ 281 Abs. 5, 284, 346 Abs. 1 und Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 BGB, der unter Zugrundelegung einer

73

Gesamtlaufzeit des Pkw von 200.000 Km gemäß § 287 ZPO auf 0,5 % der Aufwendungen je gefahrene 1.000 km (vgl.: BGH, NJW 2005, a. a. O., 2850), und damit bei einer tatsächlichen Km-Leistung von 26.346 auf 146,86 € geschätzt werden kann.

(3.3.2.4) Der Aufwendungsersatzanspruch bezüglich der Handy-Halterung und der Winterreifen in der Höhe anteiliger 924,57 € (1.114,84 € - 50,00 € = 1.064,84 € - 0,5 % je gefahrene 1.000 km) steht auf die Einrede der Beklagten unter der Beschränkung der Übergabe und Übereignung der Gegenstände, für die der Kläger Kostenersatz begehrt. 74

(3.3.3) Ein über den Betrag von 111,00 € hinausgehender Anspruch auf Ersatz von Fahrtkosten wegen der Wahrnehmung von Werkstattterminen steht dem Kläger aus der einzig in Betracht kommenden Anspruchsgrundlage des § 439 Abs. 2 i. V. m. § 398 BGB nicht zu. Wie von dem Landgericht angenommen und insoweit in der Berufung nicht angegriffen befand sich der Pkw nicht auch am 17.01.2005 in der Werkstatt in F. Zudem ist dem Kläger ein Rechenfehler unterlaufen, als die Entfernung zwischen seinem Wohnort und der Werkstatt in F unstreitig 35 km beträgt (Bl. 19 GA) und nicht, wie geltend gemacht, 70 km (Bl. 9, 20 GA). 75

(3.3.4) Dem Kläger steht auch kein Anspruch auf Ersatz von Fahrtkosten zu seinem Prozessbevollmächtigten und auf Ersatz einer Pauschale in Höhe von 25,00 € zu. Insoweit handelt es sich nicht um Kosten, die zur Wahrnehmung eines Nacherfüllungstermins angefallen sind. Vielmehr macht der Kläger Kosten der Rechtsverfolgung geltend, die deswegen nicht erstattungsfähig sind, weil sie der Durchsetzung eines Anspruchs gemäß § 346 Abs. 1 BGB dienen und sich die Beklagte bei Anfall dieser Kosten mit der Beauftragung zur Erklärung des Rücktritts von dem Kaufvertrag nicht im Schuldnerverzug befand. 76

(4) Der Schriftsatz der Prozessbevollmächtigten der Klägerin vom 06.03.2008 (Bl. 273 ff. GA), der vom Tatsächlichen und Rechtlichen her letztlich nichts Neues enthält, gibt zu einer abweichenden Entscheidung nach vorhergehender Wiedereröffnung der mündlichen Verhandlung keine Veranlassung. Das gilt insbesondere, soweit sich die Klägerin zur Stützung ihrer Auffassung, auf das etwa zum 08.03. und / oder 20.05.2005 bestehende Rücktrittsrecht habe der Kläger durch In-Reparaturgabe des Pkw am 14.06.2005 verzichtet, auf den Beschluss der Einzelrichterin des 8. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Köln vom 12.12.2005 – 8 W 30/05 – bezieht (Bl. 278 ff. GA). Diese Entscheidung betrifft ungeachtet dessen, dass sie ihrer Begründung nach offensichtlich auf der bis zum 31.12.2001 geltenden Gesetzeslage ergangen ist und von einem Wahlrecht trotz Rücktrittserklärung ausgeht, den hier nicht gegebenen Fall, dass sich der Käufer hinsichtlich der ihm eröffneten Nachbesserungsrechte noch nicht festgelegt hat. 77

Die Kostenentscheidung folgt aus §§ 92 Abs. 1, 97 Abs. 1, 281 Abs. 3 ZPO. Die Vollstreckbarkeitsentscheidung ergeht nach §§ 708 Nr. 10, 711 ZPO. 78

Die Entscheidung über die Nichtzulassung der Revision beruht auf § 543 Abs. 2 ZPO. Die Rechtssache hat über die höchstrichterlich geklärten Fragen hinaus keine grundsätzliche Bedeutung und weder die Fortbildung des Rechts noch die Sicherung einer einheitlichen Rechtssprechung erfordern eine Entscheidung des Revisionsgerichts. Vielmehr liegt der Entscheidung über die höchstrichterlich geklärten Fragen hinaus eine Einzelfallbewertung zugrunde. 79

Der Gegenstandswert der Berufung wird – in teilweiser Abänderung der vorläufigen Festsetzung mit Beschluss vom 04.12.2007, der auf einem Additionsfehler in der Klagebegründung und auf einem Zahlendreher beruht – auf 57.391,64 € festgesetzt. 80

