

**81** §§ 323 Abs. 1 und 5, 346 Abs. 1, 437 Nr. 2, 440 BGB; §§ 310 Abs. 3, 339 Abs. 1 ZPO

1. Die Frist des § 339 Abs. 1 ZPO bei einem Einspruch gegen ein im schriftlichen Vorverfahren gemäß § 331 Abs. 3 Satz 1 ZPO erlassenes Versäumnisurteil beginnt erst mit der Zustellung an beide Parteien.

2. Die in Leasingverträgen typische „Abtretung“ von Gewährleistungsrechten des Leasinggebers gegenüber dem Lieferanten an den Leasingnehmer ist bezüglich Rechten aus Rückgewährschuldverhältnis als Ermächtigung zur Prozessführung im eigenen Namen auszulegen.

3. Das Vorbringen des Leasingnehmers (oder Käufers) zu Reparaturterminen in Vertragswerkstätten der DaimlerChrysler AG, den Anlässen für diese und den entfaltenen Arbeiten ist der Entscheidung als unstreitig zugrunde zu legen, wenn sich der Beklagte Markenauto-Hersteller auf ein Bestreiten mit Nichtwissen beschränkt.

4. Bei erstmals nach 12 Tagen ab Übergabe des Pkw auftretenden und sich zeitnah trotz jeweiliger Vornahme von Gewährsarbeiten immer wieder zeigenden Elektronikmängeln kann bei einem Markenfabrikat auch ohne Geltung der Vermutung des § 476 BGB davon ausgegangen werden, dass der Mangel bereits bei Übergabe vorlag.

5. Auf die Beurteilung der Frage, ob die in der Lieferung einer mangelhaften Sache zu sehende Pflichtverletzung des Schuldners unerheblich im Sinne von § 323 Abs. 5 Satz 2 BGB ist, und bei der insofern gebotenen Abwägung der Interessen des Gläubigers an einer Rückabwicklung des Vertrages und der des Schuldners am Bestand des Vertrages unter Berücksichtigung der Umstände des Einzelfalles sind die zu § 459 Abs. 1 Satz 2 BGB a.F. entwickelten Grundsätze anzuwenden.

a. Dementsprechend sind nur geringfügige Mängel geeignet, das Rücktrittsrecht auszuschließen, insbesondere solche Mängel, die sich in Kürze von selbst erledigen werden oder mit ganz unerheblichem Aufwand schnell beseitigt werden können.

b. Es widerspricht dem Gebot umfassender Abwägung, wenn die Erheblichkeitsschwelle mit festen Prozentsätzen bestimmt würde.

c. Ein Mängelbeseitigungsaufwand von 3.900,00 € = 7,3 % des Kaufpreises unterschreitet unter Berücksichtigung der weiteren konkreten Umstände die Erheblichkeitsschwelle jedenfalls nicht (vgl. auch: OLG Köln, 3. ZS, Urt. v. 19.12.2006 – 3 U 70/06 – NJW 2007, 1694, 1696, bei Mängelbeseitigungsaufwand von 5 % und absolut 2.000,00 €).

6. Gibt der Leasingnehmer den Pkw u. a. wegen der den Rücktritt rechtfertigenden Mängel erneut in Reparatur, kann darin nicht ohne Weiteres ein Verzicht auf die Rechte aus dem zuvor erklärten Rücktritt gesehen werden.

7. Verfügt der Leasingnehmer/Käufer über einen Zweitwagen oder stellt ihm der Lieferant/Verkäufer ein Ersatzfahrzeug, kann er für die Zeit der Durchführung von Gewährleistungsarbeiten grundsätzlich keine Nutzungsausfallsentschädigung verlangen.

8. Dem Anspruch des Gewährleistungsberechtigten auf Ersatz vergeblicher Aufwendungen kann der Verpflichtete anspruchsmindernd Gegenforderungen auf Herausgabe des Aufwendungssurrogats und auf Wertersatz für gezogene Nutzungen hieraus entgegenhalten.

OLG Köln, Urt. v. 27.3.2008, 15 U 175/07

Aus den Gründen:

I. Der Kl. nimmt die Bekl. 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 Kl. bestellte bei der Bekl. am 18.3.2004 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 Handylvorrichtung mit Schnittstelle zum Preis von 460,00 € und für ein Sound-System Surround zum Preis von 650,00 €. Am 6.8.2004 schloss der Kl. 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. In den in den Vertrag einbezogenen Allgemeinen Geschäftsbedingungen der Leasinggeberin (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 zugrunde liegenden 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...“

Anschließend kaufte die Leasinggeberin den Pkw von der Bekl.. Nach Abschnitt VII (Sachmangel) Ziffer 2. a) der zum Gegenstand des Kaufvertrages gemachten Allgemeinen Geschäftsbedingungen für den Verkauf von fabrikneuen Kraftfahrzeugen – Neufahrzeug-Verkaufbedingungen – ist der Verkäufer berechtigt, Gewährleistungsansprüche auch bei einem vom Hersteller anerkannten Betrieb geltend zu machen. Der Pkw wurde an den Kl. im September 2004 ausgeliefert. Für die Anmeldung des Wagens am 15.9.2004 entstanden ihm Kosten in Höhe von 50,00 €. Er erwarb für den Pkw eine Handhalterung zum Preis von 41,00 € und am 19.11.2004 Winter-Komplettäder zum Preis von 924,84 €, die ausschließlich für einen Pkw des betroffenen Typs genutzt werden können.

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

27.9.2004 (2 Werkstage) Handy-Lautsprecher (Soundsystem), COMMAND-Software  
 27.10.2004 (4 Werkstage) Handy, Lautsprecher (Soundsystem), COMMAND-Software, Antenne

- 12.11.2004 (2 Werktage) Handy, Lautsprecher (Soundsystem), COMMAND-Software, Telefon-Interface
- 26.1.2005 (11 Werktage) Lautsprecher (Soundsystem), COMMAND-Software, Steuergerät, Handy-Halterung, Zündanlassschalter
- 14.6.2005 (14 Werktage) 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 8.3.2005 erklärte der Kl. unter In-Bezugnahme der Werkstatttermine und unter Anzeige weiterer Mängel betreffend die Lautsprecherboxen, das Mobiltelefon, die PIN-Abfrage des Audio-Systems sowie die Klima- und Heizungsanlage den Rücktritt von dem Kaufvertrag und forderte die Bekl. 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 18.3.2005 zurückzunehmen. Mit Schreiben vom 15.3.2005 bat die Bekl. um Geduld, da über die Zustimmung zum Rücktritt noch nicht entschieden werden könne. Daraufhin forderte der Kl. die Bekl. mit Schreiben vom 20.5.2005 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 8.3.2005 geltend gemachten Ansprüche innerhalb einer abschließenden Frist bis zum 6.6.2005 auf. Die Bekl. lehnte mit Schreiben vom 18.5.2005 einen Rücktritt ab und stellte gleichzeitig einen kaufmännischen Lösungsvorschlag in Aussicht. Unter In-Bezugnahme des Werkstatttermins vom 14.6.2005 und insoweit verbunden mit der Erklärung, dass dieser auf Anregung der Bekl. hin ohne Anerkennung einer Rechtspflicht geduldet worden sei, rügte der Kl. mit anwaltlichem Schreiben vom 15.7.2005, 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 22.7.2005 Zug um Zug gegen Erstattung der im Schreiben vom 8.3.2005 bezifferten Kosten auf. Die Bekl. bot mit weiterem Schreiben vom 20.7.2005 eine Überprüfung des Pkw auf Mängel an, ohne einen Rücktritt zu akzeptieren.

Die Zahlung der Leasingraten stellte der Kl. im Juni 2005 ein. Dies nahm die Leasinggeberin zum Anlass, den Leasingvertrag mit Schreiben vom 5.8.2005 fristlos zu kündigen. Hierauf reagierte der Kl. seinerseits mit der Erklärung des Rücktritts vom Leasingvertrag mit anwaltlichem Schreiben vom 8.8.2005.

Der Pkw befindet sich am Wohnsitz des Kl. und ist seit dem 8.1.2007 abgemeldet. Er weist einen Kilometerstand von 26.346 auf.

Der Kl. hat behauptet, der Pkw habe sich zwischen dem 27.9.2004 und dem 27.6.2005 wegen immer wieder auftretenden Mängeln insgesamt 34 Tage lang in der Werkstatt befunden. Diese Werkstattaufenthalte seien wegen der auf der Reparaturübersicht 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 Bekl. sei nicht in der Lage, Abhilfe zu schaffen, was Mitarbeiter der Werkstatt der Bekl. ihm gegenüber eingeräumt hätten. Er hat die Auffassung vertreten, bereits der Rücktritt vom 20.5.2005 sei wirksam gewesen. Hierzu hat er behauptet, die In-Reparaturgabe am 14.6.2005 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.

Die Bekl. hat beantragt, die Klage abzuweisen. Sie hat die Auffassung vertreten, der Kl. sei nicht wirksam von dem Kaufvertrag zurückgetreten.

II. 1. Der Leasinggeberin steht gegenüber der Bekl. 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 Bekl. gem. §§ 346 Abs. 1, 437 Nr. 2, 323 Abs. 1, 440 Satz 2, Hs. 1 BGB zu. Entsprechend der Auffassung des Kl. ist der Kaufvertrag bereits aufgrund des Rücktrittsschreibens vom 8.3.2005, nochmals bestätigt durch anwaltliches Schreiben vom 20.5.2005, in ein Rückgewährschuldverhältnis umgewandelt worden.

a) Dem Kl. 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 i.S.d. §§ 194 Abs. 1, 398 Satz 1 BGB handelt, sondern um ein Gestaltungsrecht, ist eine „Abtretung“, wie insoweit wörtlich zu nehmen, gem. den §§ 398, Satz 2, 413 BGB möglich (Palandt-Grüneberg, BGB, 67. Auflage, § 413 Rdnr. 5; Staudinger-Stoffels, a. a. O., Rdnr. 215; Münchener Kommentar – Koch, BGB, 5. Auflage, Leasing, Rdnr. 92).

b) Der Pkw wies zum Zeitpunkt des Gefahrübergangs (§ 446 BGB) Mängel im Sinne von § 434 BGB auf, die zum Zeitpunkt der Rücktrittserklärung vom 8.3.2005 und deren Bestätigung vom 20.5.2005 trotz mindestens zweimaligen Nacherfüllungsversuchen der Bekl. weiterhin vorhanden waren (wird ausgeführt).

Das Vorbringen des Kl. ist insoweit nicht unsubstanziert. Die Termine, zu denen der Pkw zur Werkstatt verbracht wurde, und die diesen zugrunde liegenden Beanstandungen sind von dem Kl. 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.

Das LG durfte seiner Entscheidung das diesbezügliche Vorbringen des Kl. auch zugrunde legen. Das Vorbringen der Bekl., sie bestreite die Werkstattaufenthalte und die von dem Kl. in diesem Zusammenhang gerügten Mängel mit Nichtwissen ist gem. § 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 i.S.v. § 138 Abs. 3 ZPO. Dem Senat ist – worauf im Termin zur Berufungsverhandlung hingewiesen worden ist – bekannt, dass sämtliche Besuche in den Fachwerkstätten der Bekl. EDV-mäßig festgehalten sind 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 Bekl. abrechnet. Dementsprechend (vgl. auch: BGH, NJW-RR 2002, 612 (613)) ist der Schluss gerechtfertigt, dass sich die Bekl. innerhalb ihres eigenen Geschäftsbereichs hinlänglich informieren und sich zu dem entsprechenden Vorbringen des Kl. 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 Bekl. bei der Erfüllung von Nacherfüllungsansprüchen ihrer Vertragswerkstätten unter Einschluss der von dem Kl. bei den Werkstattterminen bis einschließlich 26.1.2005 aufgesuchten Vertragswerkstatt in F als

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

Nicht zu beanstanden ist auch die Feststellung des LG, dass die Beanstandungen schon bei Gefahrübergang, das heißt bei Übernahme des Pkw durch den Kl. gemäß § 446 BGB vorliegen. 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 einschränkunglos – zumindest mitursächlich für alle Werkstattbesuche waren, wurden bereits nach 12 Tagen ab Übergabe gemeldet. Sie blieben zeitnah bis zum 26.1.2005 Gegenstand von drei weiteren Rügen. Insoweit streitet zwar nicht die Vermutung des § 476 BGB für die Richtigkeit der Darstellung des Kl.. Diese Vorschrift ist nicht anwendbar, da die Leasinggeberin als die maßgebliche Vertragspartnerin der Bekl. als juristische Person nicht Verbraucher ist i.S.v. § 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 Bekl. bzw. ihre Vertragspartnerin jeweils auf die Beanstandungen des Kl. 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 Bekl. 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.

c) Der Rücktritt ist nicht gem. §§ 437 Nr. 2, 323 Abs. 5 Satz 2 BGB ausgeschlossen. Die Pflichtverletzung der Bekl. ist nicht unerheblich.

Die Beurteilung der Frage, ob die Pflichtverletzung eines Schuldners unerheblich i.S.v. § 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); Soergel-Gsell, BGB, 13. Auflage, § 323 Rdnr. 216; Staudinger-Otto, BGB – Neubearbeitung 2004, § 323 C 30; Palandt-Grüneberg, a. a. O., § 323 Rdnr. 32). 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 ggfs. mit welchem Kostenaufwand sich der Mangel beseitigen lässt (OLG Köln, NJW 2007, a.a.O., 1696). Umstritten ist, ob die von der Rspr. 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 Rdnr. 26; Jauernig-Stadler, BGB, 12. Auflage, § 323 Rdnr. 20; Anwaltkommentar/Dauner-Lieb, BGB, § 281 Rdnr. 33 und § 323 Rdnr. 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, § 323 Rdnr. 243; Staudinger-Otto, § 323 C 30; Palandt-Putzo, BGB, 60. Auflage, § 459 Rdnr. 13). Diese Auffassung ist in Rspr. und Lit. teilweise auf Ablehnung gestoßen (Staudinger-Otto, § 323 C 30; Reinking/Eggert, a. a. O., Rdnr. 426). Teilweise wird eine deutliche Anhebung der Erheblichkeitsschwelle gefordert (Palandt-Grüneberg, § 323 Rdnr. 32; Palandt-Heinrichs, § 281 Rdnr. 47; Münchener Kommentar – Ernst, § 323 Rdnr. 243; Soergel-Gsell, § 323 Rdnr. 213; Bamberger/Roth/Grothe, § 323 Rdnr. 39). Ein erheblicher Mangel soll erst bei Beseitigungskosten in der Höhe von mindestens 10 % des Kaufpreises (OLG Bamberg, 458; Palandt-Grüneberg, § 323 Rdnr. 32; Palandt-Heinrichs, § 281 Rdnr. 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, § 323 Rdnr. 243).

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 Einzelfalles abhängen (Münchener Kommentar – Westermann, § 437 Rdnr. 11; Münchener Kommentar – Ernst, § 323 Rdnr. 243; Soergel-Gsell, § 323 Rdnr. 215). Dementsprechend ist auch die bisherige Rspr. nicht von einheitlichen Grenzen ausgegangen. So wurde die Unerheblichkeit i.S.d. § 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, 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, 1696) und bei einer Abweichung der Höchstgeschwindigkeit von mehr als 5 % von den Angaben im Verkaufsprojekt (OLG Düsseldorf, NJW 2005, 3504 (3505)).

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 Kl. auch nach den strengeren Anforderungen als erheblich darstellen. Die Bekl. ist darlegungs-, jedenfalls beweisfällig dafür geblieben, dass der Aufwand für die Beseitigung der vom Kl. 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, 159; Münchener Kommentar – Ernst, § 323 Rdnr. 243; Soergel-Gsell, § 323 Rdnr. 217). Zu einer Darlegung, welche Kosten bei einer Mangelbeseitigung entstehen, hat sich die Bekl. trotz eines entsprechenden Hinweises des LG nicht in der Lage gesehen. Soweit sie insoweit vorgebracht hat, dass ihr für einen substanziierten Vortrag eine Untersuchung des Pkw ermöglicht werden müsse, übersieht sie, dass ihr der Pkw in der Zeit vom 14. bis 27.6.2005 (auch) zur Untersuchung der dem Rücktritt vom 8.3./20.5.2005 zugrunde liegenden Mängel hinreichend lange Zeit zur Verfügung stand. Geht man einmal mit dem LG 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 OLG Köln aufgestellte Grenze von 5 % (OLG Köln, NJW 2007, 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 Mangelbeseitigungsaufwand absolut gesehen erheblich ist, was gerade bei hochwertigen Kaufsachen eine Rolle spielt (OLG Köln, NJW 2007, 1696; Palandt-Grüneberg, § 323 Rdnr. 32; Münchener Kommentar – Westermann, § 437 Rdnr. 12; Ermann-Grünwald, BGB, 11. Auflage, § 437 Rdnr. 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 OLG 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, 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 Kl. ausgewählte Sonderausstattung von den behaupteten Mängeln betroffen ist. Mit seiner Auswahl hat der Kl. 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 Kl. 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, § 437 Rdnr. 12; Ermann-Grünwald, § 437 Rdnr. 7; Reinking/Eggert, Rdnr. 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.

Die Wirksamkeit des am 8.3.2005 erklärten und mit Schreiben vom 20.5.2005 wiederholten Rücktritts ist entgegen der Auffassung der Bekl. auch nicht in Folge des „Reparaturauftrages“ vom 7.6.2005 und der In-Reparaturgabe am 14.06.2005 wirkungslos geworden. Richtig ist, dass die Rspr. 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 zugestimmt hat (vgl.: BGH, NJW-RR 1998, 680 (681); NJW 1996, 2647 (2648); OLG Köln, NJW-RR 1993, 565 (565)). Diese Rspr. 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 1.1.2002 ist das Wandelungsrecht 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 i.S.d. §§ 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, Rdnr. 415). Die Voraussetzun-

gen für die Annahme eines einseitigen Verzichts liegen indes nicht vor. Es ist unstrittig, dass der Kl. einen Verzicht wörtlich oder sinngemäß jedenfalls ausdrücklich nicht erklärt hat. Aber auch eine entsprechende konkludente Erklärung kann nicht festgestellt werden. Die Bekl. durfte das in der In-Reparaturgabe des Pkw zu sehende Verhalten des Kl.s 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 Bekl. stellte sich daher aus der für sie erkennbaren Sicht des Kl. als dringend notwendig dar, um die weitere Nutzung des Fahrzeugs bis zur abschließenden Erklärung der Bekl. über ihr mit Schreiben vom 15.3.2005 in Aussicht gestelltes eventuelles Einverständnis mit der Rückabwicklung und bis zum Eingang des von ihr mit Schreiben vom 18.5.2005 in Aussicht gestellten kaufmännischen Lösungsvorschlags ohne das Risiko einer erheblichen weiteren, ihm vorwerfbareren Schädigung des Wagens sicherzustellen. Der Zur-Verfügung-Stellung des Pkw ging die Einschaltung des Prozessbevollmächtigten durch den Kl. voraus, der für ihn den Rücktritt erklärt hatte, erstmals mit Schreiben vom 8.3.2005 und sodann kurze Zeit vor In-Reparaturgabe. Unter diesen Umständen konnte die Bekl. nicht ernsthaft davon ausgehen, der Kl. wolle entgegen dem ihm gegenüber erklärten und ihr offenbarten anwaltlichen Rat auf eine Rückabwicklung des Kaufvertrages verzichten. Im Übrigen ist davon auszugehen, dass der Kl. den Pkw mit der Erklärung „ohne Anerkennung einer Rechtspflicht“ in die Werkstatt der Bekl. brachte. Der Erklärung des Kl. in dem anwaltlichen Schreiben vom 15.7.2005, er habe Reparaturmaßnahmen auf die Anregung der Bekl. hin ohne Anerkennung einer Rechtspflicht geduldet, ist die Bekl. in ihrem Erwidierungsschreiben vom 20.7.2005 nicht entgegengetreten. Sie ist der Entscheidung daher als unstrittig 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 Bekl., da sie dafür, dass die In-Reparaturgabe ohne den vorbezeichneten Vorbehalt erfolgte, mangels Beweisantrages beweisfällig geblieben ist. Insoweit beruft sich die Bekl. nämlich auf einen rechtsvernichtenden Einwand, für den sie nach allgemeinen zivilprozessualen Grundsätzen die Darlegungs- und Beweislast trägt.

e) Der Kaufpreis ist gemäß § 346 Abs. 1 BGB um den Wert der von dem Kl. bis zur Abmeldung des Pkw am 8.1.2007 gezogenen Nutzungen zu kürzen, die der Senat gemäß § 287 ZPO auf der Grundlage einer voraussichtlichen Gesamtlauzeit 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 unstrittigen km-Stand von 26.346 auf 6.982,79 € schätzt.

2. Die Bekl. befindet sich mit der Rücknahme des Pkw aufgrund des Rücktrittsschreibens vom 8.3. seit dem 19.3.2005, aufgrund des Rücktrittsbestätigungsschreibens vom 20.5. seit dem 7.6.2005, jedenfalls aber aufgrund des nochmaligen Rücktrittsschreibens vom 15.7.2005 seit dem – wie beantragt – 20.7.2005 in Annahmeverzug gemäß §§ 293 ff. BGB. Der Kl. hat der Bekl. 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 Kl..

3. Im Ergebnis zu Recht hat das LG dem Kl. einen Anspruch auf Ersatz des Nutzungsausfalls für die Zeiträume der Werkstattaufenthalte des Pkw's in Höhe von 1.394,00 € aus dem Gesichtspunkt des Schadenersatzes gem. § 437 Nr. 3 i. V. m. §§ 280 Abs. 1 und 2, 286 BGB verweigert. Dem Kl. ist jedenfalls kein ersatzfähiger Schaden entstanden. In der höchstrichterlichen Rspr. 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, 1121). Es ist unstrittig, dass die Bekl. dem Kl. für die Zeit der Nacherfüllung einen Pkw Mercedes-Benz der A-Klasse als Ersatzfahrzeug zur Verfügung

gestellt hat. Die Benutzung des Ersatzfahrzeugs war dem Kl. zumutbar. Zwar war es nicht mit Navigationssystem und Telefon ausgestattet. Der Kl. 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 Bekl. seinen Bedarf an dieser Sonderausstattung für die Reparaturzeit geltend gemacht hat.