

Oberlandesgericht Celle

Im Namen des Volkes

Urteil

11 U 32/09
5 O 362/08 Landgericht Verden
Verkündet am
10. Dezember 2009 ...,
Justizangestellte
als Urkundsbeamtin
der Geschäftsstelle

In dem Rechtsstreit

H. H. als Inhaber der Firma R., ... ,

Beklagter und Berufungskläger,

Prozessbevollmächtigte:
Rechtsanwälte ...

gegen

C. S., ... ,

Klägerin und Berufungsbeklagte,

Prozessbevollmächtigte:
Rechtsanwälte ...

hat der 11. Zivilsenat des Oberlandesgerichts Celle im schriftlichen Verfahren mit Schriftsatznachlass bis zum 3. Dezember 2009 durch den Vorsitzenden Richter am Oberlandesgericht ..., die Richterin am Amtsgericht ... und den Richter am Oberlandesgericht ... für Recht erkannt:

Die Berufung des Beklagten gegen das Urteil der Einzelrichterin der 5. Zivilkammer des Landgerichts Verden vom 21. Januar 2009 wird zurückgewiesen.

Der Beklagte trägt die Kosten des Berufungsverfahrens.

Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar.

Die Revision wird nicht zugelassen.

Gründe:

I.

Die Parteien streiten darüber, ob die Klägerin wirksam von einem Kaufvertrag über ein Kraftfahrzeug

zurückgetreten ist. insbesondere darüber, ob sie das Fahrzeug zwecks Nachbesserung zum Beklagten hätte verbringen müssen oder ob sie Nachbesserung an ihrem Wohnort verlangen durfte.

Die Klägerin wohnt in O.. Der Beklagte betreibt in B. einen Handel mit gebrauchten Kraftfahrzeugen. Die Klägerin kaufte vom Beklagten am 11. Januar 2008 einen Fiat Multipla für 9.800 € (Bl. 6 d. A.). Der Stand des KmZählers betrug 92.420. Die Parteien vereinbarten bei Vertragsschluss, dass der Zahnriemen des Fahrzeugs im Rahmen einer vom Beklagten vorzunehmenden Übergabeinspektion erneuert werden sollte. Der Beklagte übergab das Fahrzeug der Klägerin am 16. Januar 2008, ohne das Fahrzeug mit einem neuen Zahnriemen auszustatten. In dem von beiden Parteien unterzeichneten „CarGarantieÜbergabezertifikat“ vom selben Tage (Bl. 34 d. A.) wird der Zahnriemen als 'ohne sichtbare Schäden' bezeichnet.

Sofort nach der Übergabe zeigte die Klägerin dem Beklagten Mängel des Fahrzeuges an. Der Umfang der Mängelanzeige ist streitig. Zumindest teilte die Klägerin dem Beklagten mit, dass die Airbagkontrolle leuchtete. Der Beklagte teilte der Klägerin mit, dass er keine Reparaturarbeiten durchführe und verwies die Klägerin an das K. B.. Das Fahrzeug wurde dort für 510 € repariert (Rechnung Bl. 7 d. A.). Insgesamt befand sich das Fahrzeug zwecks Reparatur zweimal beim K. B.. Mit Schreiben vom 2. Juni 2008 (Bl. 30 d. A.) rügte die Klägerin gegenüber dem Beklagten, dass der Zahnriemen nicht erneuert worden sei. Auch leuchte die Kontrollleuchte des Airbags trotz zweimaliger Reparatur weiterhin auf. Die Klägerin forderte den Beklagten auf, die Mängel bis zum 17. Juni 2008 zu beseitigen. Die für das Fahrzeug abgeschlossene Versicherung (CarGarantie) forderte die Klägerin auf, das Fahrzeug dem Beklagten zwecks Reparatur vorzustellen (Bl. 62 d. A.). Die Klägerin ließ das Fahrzeug vom A. untersuchen. Aus dem Prüfbericht des A. vom 24. Juni 2008 (Bl. 9ff d. A.) geht hervor, dass bei einem KmStand von 102.807 die Zylinderkopfdichtung undicht sei, Mängel am Airbag und am Sicherheitsgurt vorlägen, die Klimaanlage ohne Funktion sei und der Zahnriemen ausgewechselt werden müsse. Die Klägerin meldete das Fahrzeug am 26. Juni 2008 ab. Sie forderte den Beklagten telefonisch auf, das Fahrzeug zur Reparatur abzuholen. Dies lehnte der Beklagte ab. Daraufhin trat die Klägerin mit Anwaltsschreiben vom 8. Juli 2008 (Bl. 31 d. A.) vom Kaufvertrag zurück.

Die Klägerin verlangt mit ihrer Klage Rückzahlung des Kaufpreises in Höhe von 9.800 € sowie Erstattung der beim K. B. entstandenen Reparaturkosten in Höhe von 510 €, A.Kosten in Höhe von 61 €, Fahrtkosten zum K. B. in Höhe von 25 € sowie Erstattung der Abmeldekosten in Höhe von 5,60 €, mithin insgesamt 10.401,60 €. Die Klägerin lässt sich einen Vorteilsausgleich in Höhe von 0,05 € pro gefahrenem Kilometer, mithin einen Abzug in Höhe von 529,40 € gefallen (Berechnung Bl. 4 f. d. A.). Insgesamt macht die Klägerin 9.872,20 € geltend. Sie hat zudem Erstattung vorgerichtlicher Kosten in Höhe von 775,64 € verlangt.

Der Beklagte wendet im Wesentlichen ein, er habe entgegen der ursprünglichen Vereinbarung keinen neuen Zahnriemen geschuldet, weil der vorhandene Zahnriemen infolge seines optisch einwandfreien Zustandes nicht habe erneuert werden müssen und ein Wechsel noch nicht fällig gewesen sei (Bl. 28 d. A.). Wegen etwaiger Mängel hätte die Klägerin das Fahrzeug erneut zum K. B. zwecks Reparatur bringen müssen.

Das Landgericht hat den Beklagten unter Klageabweisung im Übrigen verurteilt, an die Klägerin 9.872,20 € nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 9. Juli 2008 Zug um Zug gegen Rückgabe und Übergabe des Pkws zu zahlen.

Das Landgericht hat im Wesentlichen ausgeführt, das von der Klägerin erworbene Fahrzeug sei mangelhaft. Der Beklagte habe trotz Aufforderung durch die Klägerin die Mängel nicht beseitigt. Nach Ablauf der hierfür gesetzten Frist habe die Klägerin vom Kaufvertrag zurücktreten können. Sie sei auch nicht gehalten gewesen, das Fahrzeug dem Beklagten beziehungsweise einer von diesem benannten dritten Person zwecks Nachbesserung vorzustellen. Erfüllungsort der Nacherfüllung sei derjenige Ort, wo die Kaufsache sich gemäß ihrer Zweckbestimmung befinde. Daher sei der Beklagte verpflichtet gewesen, das Fahrzeug von der Klägerin abzuholen (S. 5 LGU). Wegen der Einzelheiten wird auf die Gründe des angefochtenen Urteils Bezug genommen.

Gegen dieses Urteil richtet sich die Berufung des Beklagten. Der Beklagte wiederholt und vertieft sein Vorbringen. Er wendet gegen seine Verurteilung ein, er habe keinen neuen Zahnriemen geschuldet. Die Klägerin hätte das Fahrzeug wegen der Mängel bei ihm beziehungsweise bei einem von ihm

benannten Dritten zwecks Nachbesserung vorstellen müssen.

Der Beklagte beantragt,
unter Abänderung des Urteil der Einzelrichterin der 5. Zivilkammer des Landgerichts Verden vom 21. Januar 2009 die Klage abzuweisen.

Die Klägerin beantragt,
die Berufung zurückzuweisen.

Sie verteidigt das angefochtene Urteil.

Wegen der Einzelheiten des Vorbringens der Parteien im Berufungsverfahren wird auf den vorgetragenen Inhalt der gewechselten Schriftsätze nebst Anlagen Bezug genommen.

Der Senat hat zunächst beabsichtigt, die Berufung durch Beschluss nach § 522 Abs. 2 ZPO zurückzuweisen. Auf den Hinweisbeschluss des Senats vom 3. Juni 2009 (Bl. 117 d. A.) wird Bezug genommen.

Die Parteien haben einer Entscheidung im schriftlichen Verfahren zugestimmt.

II.

Die Berufung ist unbegründet. Sie ist daher zurückzuweisen. Zu Recht hat das Landgericht den Beklagten zur Rückzahlung des Kaufpreises sowie zur Zahlung von Schadensersatz verurteilt.

1. Die Klägerin kann vom mit dem Beklagten geschlossenen Kaufvertrag nach § 437 Nr. 2 BGB zurücktreten.

a) Das von der Klägerin erworbene Fahrzeug ist mangelhaft.

(1) Zunächst ist das Fahrzeug mangelhaft, weil es über keinen neuen Zahnriemen verfügt. Der Senat hat dazu in seinem Hinweisbeschluss vom 3. Juni 2009 ausgeführt: 'Der Beklagte hat der Klägerin am 11. Januar 2008 ein Fahrzeug verkauft, welches über einen erneuerten Zahnriemen verfügen sollte. Die Verpflichtung zur Erneuerung des Zahnriemens ergibt sich aus der vom Beklagten unterschriebenen Übergabedurchsicht (Bl. 13 d. A.). Der Beklagte hat der Klägerin dann am 16. Januar 2008 ein Fahrzeug ohne erneuerten Zahnriemen ausgehändigt. Damit weicht der übergebene vom geschuldeten Gegenstand nachteilig ab. Der Kaufgegenstand leidet daher unter einem Mangel. Die Voraussetzungen eines Mangels wären nur dann zu verneinen, wenn der ursprüngliche Kaufvertrag abgeändert und ein neuer Zahnriemen danach nicht geschuldet worden wäre. Dies hat der Beklagte zunächst nicht behauptet. Er hat lediglich behauptet, der Klägerin erklärt zu haben, warum ein Zahnriemenwechsel nicht durchgeführt worden sei (Bl. 45 d. A.). Erst nach der mündlichen Verhandlung vor dem Landgericht und insoweit vom gewährten Schriftsatznachlass (Bl. 50 d. A.) nicht umfasst - hat der Beklagte ein Einverständnis der Klägerin hinsichtlich des unterlassenen Zahnriemenwechsels behauptet (Bl. 56 d. A.). Das Landgericht hat diesen nach Schluss der mündlichen Verhandlung vorgetragenen neuen Sachverhalt daher zu Recht unberücksichtigt gelassen. Der Beklagte ist zudem für seine Behauptung einer nachträglichen Vertragsänderung beweisfällig geblieben. Die Voraussetzungen seiner Vernehmung als Partei (Beweisangebot Bl. 56 d. A.) liegen in der Person des Beklagten nicht vor'.

Der Beklagte ist der Auffassung, sein Vortrag hinsichtlich einer einvernehmlichen Änderung des Kaufvertrages sei erstinstanzlich unstreitig gewesen und hätte daher vom Landgericht berücksichtigt werden müssen. deshalb komme es auf seine Beweisfähigkeit nicht an (Bl. 136 d. A.). Dem vermag der Senat nicht zu folgen. Bereits aus dem Anwaltsschreiben vom 2. Juni 2008 (Bl. 60 d. A.) geht hervor, dass die Klägerin zwischenzeitlich (Hervorhebung durch den Senat) feststellen musste, dass der Zahnriemen entgegen dem Kaufvertrag und entgegen der Übergabedurchsicht nicht erneuert worden sei. Damit ist zwischen den Parteien streitig, ob eine einvernehmliche Vertragsänderung erfolgt ist. denn sonst hätte die Klägerin nicht 'zwischenzeitlich' eine Abweichung des gelieferten vom geschuldeten Kaufgegenstand bemerken können. Rechte der Klägerin wären zudem entgegen der Auffassung des Beklagten auch bei einer bloßen Entgegennahme des Fahrzeugs in Kenntnis des Mangels nicht ausgeschlossen. Gemäß § 442 Abs. 1 BGB sind Rechte des Käufers wegen eines Mangels ausgeschlossen, wenn er den Mangel bei

Vertragsschluss kennt. Nach dem eigenen Vortrag des Beklagten konnte die Klägerin den Mangel nicht bei Vertragsschluss kennen, sondern erst bei Übergabe des Kaufgegenstandes nach der durchgeführten Übergabeinspektion.

(2) Darauf kommt es im Ergebnis jedoch nicht einmal an. Denn das Landgericht ist auch zu Recht von einem Mangel des Airbags ausgegangen. Die Rüge des Beklagten (Bl. 107 d. A.), das Landgericht sei zu Unrecht davon ausgegangen, der Mangel des Airbags sei unstreitig, greift nicht durch. Das Bestreiten des Mangels des Airbags erfolgte erstmals mit Schriftsatz des Beklagten vom 6. Januar 2009, der erst nach der erstinstanzlichen mündlichen Verhandlung vom 17. Dezember 2008 beim Landgericht einging (Bl. 54 d. A.). Das Landgericht hat es abgelehnt, nach § 156 Abs. 1 ZPO die Wiedereröffnung der Verhandlung anzuordnen (S. 6 LGU). Dieses Bestreiten ist 'neu' iSd § 531 Abs. 1 ZPO. Neu ist auch der in einem in erster Instanz nicht nachgelassenen Schriftsatz enthaltene und deshalb nach § 296a ZPO unberücksichtigt gebliebene Vortrag (HKZPO/ Wöstmann, 3. Aufl. 2009, § 531 Rn 6 m.w.N.). Gründe, dieses neue Vorbringen gemäß § 531 Abs. 2 ZPO zuzulassen, sind nicht ersichtlich.

b) Sowohl das Recht des Käufers, gemäß §§ 437 Nr. 2, 441 BGB den Kaufpreis zu mindern, als auch der Anspruch auf Schadensersatz statt der Leistung gemäß §§ 437 Nr. 3, 280, 281 BGB setzen voraus, dass der Käufer dem Verkäufer erfolglos eine angemessene Frist zur Nacherfüllung bestimmt hat (BGHZ 162, 219 = NJW 2005, 1348). Erst wenn der Käufer erfolglos eine angemessene Frist zur Nacherfüllung gesetzt hat, kann er gemäß § 440 BGB vom Kaufvertrag zurücktreten.

(1) Die Klägerin setzte dem Beklagten mit Anwaltsschreiben vom 2. Juni 2008 eine Frist zur Beseitigung der Mängel bis zum 17. Juni 2008 (Bl. 60 d. A.). Diesem Nachbesserungsverlangen kam der Beklagte nicht nach, weshalb die Klägerin berechtigt war, vom Vertrag zurückzutreten.

(2) Der Beklagte kann nicht einwenden, dass die Klägerin das Fahrzeug zur Nachbesserung bei ihm hätte vorstellen müssen. Nach Auffassung des Beklagten ist Erfüllungsort der Nachbesserung der Betriebssitz des zur Nacherfüllung Verpflichteten (Bl. 101, 102 d. A.).

(a) Diese Auffassung kann sich auf die Rechtsprechung des 20. Zivilsenats des Oberlandesgerichts München stützen. In einem Urteil vom 20. Juni 2007 (OLGR München 2007, 796 = NJW 2007, 3214) hat dieser Senat ausgeführt, der Nacherfüllungsanspruch sei der modifizierte Erfüllungsanspruch. Die Lieferung einer mangelhaften Sache führe mangels Bewirkens der im Kaufvertrag geschuldeten Leistung nicht zur Erfüllung. Vielmehr verwandele sich der ursprüngliche Lieferanspruch des Käufers in einen Nacherfüllungsanspruch nach §§ 437 Nr. 1, 439 BGB. An die Stelle des Anspruchs auf Übereignung der Kaufsache (§ 433 Abs. 1 Satz 1 BGB) trete das Wahlrecht zwischen Nachbesserung und Nachlieferung (§ 439 Abs. 1 BGB). Daher dränge es sich auf, dem dem Erfüllungsanspruch modifiziert entsprechenden Nacherfüllungsanspruch denselben Leistungsort zuzuweisen.

(b) Diese Auffassung entspricht nicht derjenigen des 15. Zivilsenats des Oberlandesgerichts München (NJW 2006, 449 f. m.w.N.) sowie der vorherrschenden Rechtsprechung (OLG Köln NJWR 2006, 677) und Literatur (Palandt/Heinrichs, BGB, 66. Aufl. 2007, § 269 Rn 15 m.w.N.; Palandt/Weidenkaff, § 439 Rn 3a. MünchKommBGB/Westermann § 439 Rn 7. Huber, Der Nacherfüllungsanspruch im neuen Kaufrecht, NJW 2002, 1006. weitergehend Bamberger/Roth/Faust, 2. Aufl. 2007, § 439 Rn 13 'momentaner Belegungsort'. Erman/Grunewald, 12. Aufl. 2008, § 439 Rn 3). Ist bei dem Kauf eines Fahrzeugs für private Zwecke für die Durchführung der Nacherfüllung ein Ort im Vertrag nicht bestimmt und war beiden Seiten bei Vertragsschluss klar, dass das Fahrzeug bestimmungsgemäß beim Käufer sein wird, ist Erfüllungsort der Nacherfüllung der Wohnsitz des Käufers (OLG München NJW 2006, 449 f. m.w.N.; Palandt/Heinrichs, BGB, 66. Aufl. 2007, § 269 Rn 15 m.w.N.). Der Bundesgerichtshof ist der letztgenannten Auffassung des 15. Zivilsenats des Oberlandesgerichts München ausdrücklich gefolgt (BGH NJWR 2008, 724 = MDR 2008, 552). Der Bundesgerichtshof hat dort zum Werkvertragsrecht ausgeführt, dass im Zweifel die Nachbesserung dort zu erbringen ist, wo das nachzubessernde Werk sich vertragsgemäß befindet und dass dies auch für den kaufrechtlichen Nacherfüllungsanspruch gilt.

(c) Im Übrigen wiederholt der Senat seine Auffassung, dass das Verlangen des Beklagten, das Fahrzeug bei ihm vorzuführen, nicht nachvollziehbar ist, weil der Beklagte unstreitig über keine Reparaturwerkstatt verfügt, in der die entsprechenden Nacherfüllungshandlungen hätten vorgenommen werden können. Die Klägerin hat bereits mit ihrem Prozesskostenhilfeantrag vom 29.

September 2008 vorgetragen, der Beklagte habe sie gebeten, das Fahrzeug zur Firma K. B. zwecks Reparatur zu verbringen, weil er keine eigene Werkstatt betreibe (Bl. 2 d. A.). Diesen Vortrag hat der Beklagte ausdrücklich bestätigt (Bl. 43 d. A.). Wenn der Beklagte über keine eigene Reparaturwerkstatt verfügt, kann er nicht rügen, das Landgericht habe verkannt, dass das Fahrzeug zu ihm zwecks Reparatur hätte verbracht werden müssen.

2. Die Klägerin kann aufgrund der Mangelhaftigkeit des Fahrzeugs auch Schadensersatz nach § 437 Nr. 3 BGB verlangen. Die Reparatur und Fahrtkosten waren in erster Instanz unstrittig. Auch die Bemessung der Nutzungsentschädigung durch das Landgericht aufgrund einer Schätzung nach § 287 ZPO mit 0,5% des Kaufpreises pro gefahrene 1.000 Kilometer (S. 6 LGU) begegnet vor dem Hintergrund, dass der Beklagte in erster Instanz keine höhere Nutzungsentschädigung eingewandt hat, keinen Bedenken. Die gegen das Urteil erhobenen Einwendungen des Beklagten (Bl. 107 d. A.) greifen auch hier nicht durch.

Die Kostenentscheidung beruht auf § 97 Abs. 1 ZPO. Die Entscheidung über die vorläufige Vollstreckbarkeit folgt aus § 708 Nr. 10, § 711, § 713 ZPO.

Entgegen der ursprünglichen Absicht hat der Senat die Revision nicht zugelassen. Zwar weicht der Senat von der Rechtsprechung des 20. Zivilsenats des Oberlandesgerichts München (OLGR München 2007, 796 = NJW 2007, 3214) ab. Bei Abfassung des Urteils hat sich aber herausgestellt, dass diese Rechtsfrage vor kurzem vom Bundesgerichtshof entschieden worden ist. Der Bundesgerichtshof hat ausgeführt, dass als Erfüllungsort der Gewährleistung der Ort anzusehen ist, an dem sich die Sache zum Zeitpunkt der Gewährleistung bestimmungsgemäß befindet. Der Bundesgerichtshof hat sich dabei ausdrücklich auf die erstgenannte Entscheidung des Oberlandesgerichts München (NJW 2006, 449) gestützt (BGH NJWRR 2008, 724). Diese Entscheidung des Bundesgerichtshofs war für den Senat zum Zeitpunkt des Erlasses des genannten Hinweisbeschlusses noch nicht bekannt. Zwar ist der Einwand des Beklagten richtig, Grundlage der genannten Entscheidung des Bundesgerichtshofs sei eine werkvertragliche Streitigkeit gewesen. Der Bundesgerichtshof hat in dieser Entscheidung aber ausgeführt: 'Nach der dem Gesetz zugrunde liegenden Wertung ist vor diesem Hintergrund als Erfüllungsort der Gewährleistung (§ 269 BGB) nach altem wie nach neuem Recht der Ort anzusehen, an dem sich die Sache zum Zeitpunkt der Gewährleistung bestimmungsgemäß befindet (so auch für den kaufrechtlichen Nacherfüllungsanspruch, OLG München NJW 2006, 449)'. Der Bundesgerichtshof hat sich daher in einer nach der Entscheidung des 20. Zivilsenats des Oberlandesgerichts München veröffentlichten Entscheidung gegen dessen Rechtsprechung und für die gegenteilige Auffassung des 15. Zivilsenats des Oberlandesgerichts München entschieden und ausgeführt, auch im Kaufrecht sei Erfüllungsort der Gewährleistung der Ort, an dem sich die Sache zum Zeitpunkt der Gewährleistung bestimmungsgemäß befindet. Damit hat sich der Bundesgerichtshof auch für das Kaufrecht zu dieser Rechtsfrage im genannten Sinne geäußert.

Die Sache hat daher keine grundsätzliche Bedeutung mehr. Der Senat hält es deshalb nicht mehr für geboten, die Revision zuzulassen.