

# Oberlandesgericht Stuttgart

## IM NAMEN DES VOLKES

### URTEIL

§§ 280, 281, 325, 437, 441 BGB

- 1. Der Käufer eines als "Neuwagen" verkauften Kraftfahrzeuges, das einen erheblichen Mangel im Sinne des § 437 BGB aufweist (hier: Fehlen der zugesicherten Werksgarantie), ist berechtigt, von der von ihm zunächst erklärten Minderung des Kaufpreises auf die Geltendmachung von Schadensersatz statt der ganzen Leistung (sog. großer Schadensersatz) umzuschwenken.**
- 2. Eine Fristsetzung zur Nacherfüllung ist entbehrlich, nachdem die Werksgarantie nachträglich nicht mehr erteilt werden kann und im übrigen eine endgültige und ernsthafte Erfüllungsverweigerung der Beklagten vorliegt.**

OLG Stuttgart, Urteil vom 01.02.2006, Az.: 3 U 106/05

#### **Tenor:**

1. Auf die Berufung des Klägers wird das Urteil der Einzelrichterin des Landgerichts Ulm vom 22.04.2005 (Az.: 2 O 410/04)

a b g e ä n d e r t:

(1) Die Beklagte wird verurteilt, an den Kläger 7.482,29 Euro nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit 28.06.2003, Zug um Zug gegen Herausgabe und Rückübereignung des Kraftfahrzeugs O...C... 1.4 Comfort, Fahrgestell-Nr. ...., zu bezahlen.

(2) Es wird festgestellt, dass sich die Beklagte mit der Rücknahme des vorgenannten Fahrzeugs in Annahmeverzug befindet.

(3) Im übrigen wird die Klage abgewiesen.

2. Die weitergehende Berufung wird zurückgewiesen.

3. Von den Kosten des Rechtsstreits in beiden Instanzen tragen der Kläger 17% und die Beklagte 83%.

4. Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar. Den Parteien wird nachgelassen, die Vollstreckung des Gegners durch Sicherheitsleistung in Höhe von 110 % des jeweils zu

vollstreckenden Betrages abzuwenden, wenn nicht die vollstreckende Partei ihrerseits vor der Vollstreckung Sicherheit in gleicher Höhe leistet.

4. Die Revision wird zugelassen.

Streitwert des Berufungsverfahrens: bis 9.000,-- Euro

### **Gründe:**

I.

Der Kläger verlangt aus abgetretenem Recht seiner Ehefrau die Rückabwicklung eines Kaufvertrages über einen Pkw O... C....

Zu den Einzelheiten wird auf den Tatbestand des landgerichtlichen Urteils Bezug genommen.

Das Landgericht hat der Klage nur teilweise stattgegeben und lediglich einen Minderungsanspruch des Klägers, in Höhe des vom Sachverständigen E... in dessen Gutachten vom 29.06.2004 (Bl. 61/71 d. A.) ermittelten Betrages, zuerkannt, während weitergehende Schadensersatzansprüche abgelehnt wurden.

Dagegen richtet sich die Berufung des Klägers, der seine erstinstanzlichen Anträge weiter verfolgt.

Der Kläger macht geltend, beim landgerichtlichen Urteil handle es sich um eine Überraschungsentscheidung, da die erkennende Richterin eine andere Rechtsauffassung vertreten habe, als ihre Referatsvorgängerin, ohne darauf hinzuweisen.

Die Rechtsauffassung des Landgerichts sei fehlerhaft. Dem Käufer sei es nach neuem Kaufrecht grundsätzlich möglich, in Analogie zur Vorschrift des § 325 BGB von einer erklärten Minderung nach § 441 BGB auf einen Schadensersatzanspruch gemäß §§ 437 Ziff. 3, 280, 281 BGB umzuschwenken. Dies gelte insbesondere dann, wenn der Käufer erst nach Erklärung der Minderung erfahre, dass der Kaufgegenstand für ihn unverwertbar sei. Dann liege es nahe, ihn ebenso wie im Falle des Rücktritts nicht an seiner Minderungserklärung festzuhalten. Selbst bei einer völligen Wertlosigkeit, die zu einer Minderung auf Null führe, könne sich die Unverwertbarkeit des Kaufgegenstandes aus den persönlichen Verhältnissen des Minderungsberechtigten ergeben. In diesen Fällen sei es sachgerecht, dem Käufer weiterhin eine flexible Reaktion zu ermöglichen. Unter Bezugnahme auf eine von Derleder (in: NJW 2003, 998, 1002) vertretene Rechtsauffassung hält sich der Kläger demnach für berechtigt, auch nach ursprünglich gewählter Minderung noch im Wege einer elektiven Konkurrenz gem. § 325 BGB analog auf den großen oder kleinen Schadensersatzanspruch umzustellen und dadurch die Rückabwicklung des Kaufvertrages zu erreichen.

Nachdem die Beklagte eine falsche Zusicherung über die Neuwageneigenschaft des Fahrzeuges gegeben habe, lägen die Voraussetzungen eines Schadensersatzanspruches auch vor. Nach den vorgelegten Unterlagen sei nachgewiesen, dass zwischen Herstellungsdatum des Fahrzeuges und Abschluss des Kaufvertrages mehr als 12 Monate lagen. Dies hätte der Beklagten nach den Angaben im Fahrzeugschein, insbesondere aufgrund der Fahrzeug-Ident.-Nummer im Unterschied zum Kläger bzw. seiner Ehefrau beim Abschluss des Kaufvertrages bekannt sein müssen.

Zwischen den Parteien ist unstrittig, dass das vom Kläger seit dem 02.02.2005 stillgelegte Fahrzeug einen Kilometerstand von 20.600 aufweist.

Der Kläger beantragt,

1. das am 22. April 2005 verkündete Urteil der Einzelrichterin der 2. Zivilkammer des Landgerichts Ulm - Az.: 2 O 410/04 - teilweise abzuändern und wie folgt neu zu fassen:

a) Die Beklagte wird verurteilt, an den Kläger Euro 8.700,00 nebst Zinsen hieraus in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz nach § 247 BGB seit dem 28. Juni 2003 Zug-um-Zug gegen Rückübereignung des Kraftfahrzeugs O...C... 1.4. Comfort, Fahrgestell-Nr.: .... zu zahlen;

b) festzustellen, dass sich die Beklagte mit der Rücknahme des vorgenannten Fahrzeugs in Annahmeverzug befindet.

2. hilfsweise, das am 22. April 2005 verkündete Urteil der Einzelrichterin der 2. Zivilkammer des Landgerichts Ulm - Az.: 2 O 410/04 - aufzuheben und den Rechtsstreit zur anderweitigen Verhandlung in die I. Instanz zurückzuverweisen.

Die Beklagte beantragt,

kostenpflichtige Zurückweisung der Berufung.

Die Beklagte verteidigt das Urteil gegen die Angriffe der Berufung. Nach ihrer Rechtsauffassung ist das Wahlrecht des Klägers durch die erklärte Minderung erloschen. Im Übrigen habe der Kläger von Anfang an durch Einsichtnahme in den Kfz-Brief sämtliche Fahrzeugdaten überprüfen können. Bereits nach Durchführung der Reparatur wegen des Ölverlustes im Mai 2003 und damit vor der mit Schreiben vom 12.06.2003 beanspruchten Kaufpreisminderung, habe der Kläger erfahren, dass es sich bei dem Fahrzeug um keinen Neuwagen gehandelt habe.

Wegen des weiteren Vorbringens der Parteien in der Berufungsinstanz wird auf die gewechselten Schriftsätze nebst Anlagen sowie das Sitzungsprotokoll vom 12.10.2005 (Bl. 252/253) Bezug genommen.

Der Senat hat durch Beschluss vom 21.12.2005 mit Zustimmung der Parteien die Entscheidung des Rechtsstreits im schriftlichen Verfahren, mit der Möglichkeit, Schriftsätze bis zum 20.01.2006 einzureichen, angeordnet.

II.

Die in zulässiger Weise eingelegte Berufung des Klägers ist weitgehend begründet. Der Kläger hat Anspruch auf Rückabwicklung des Kaufvertrages im Wege des sog. großen Schadensersatzes nach den §§ 437 Nr. 3, 281 Abs. 1 S. 3, 346 BGB. Allerdings hat er sich die von ihm gezogenen Gebrauchsvorteile anrechnen zu lassen.

1. Der Kläger ist in analoger Anwendung des § 325 BGB berechtigt, von der von ihm zunächst erklärten Minderung des Kaufpreises auf die Geltendmachung von Schadensersatz statt der ganzen Leistung (sog. großer Schadensersatz) umzuschwenken.

a) Das Landgericht hat mit zutreffender Begründung festgestellt, dass der von der Beklagten verkaufte PKW eine vereinbarte Beschaffenheit nicht aufwies, da die zugesicherte Werksgarantie nicht vorlag. Ein Mangel i.S.d. § 437 BGB ist damit gegeben, welchen die Beklagte nach § 280 Abs. 1 S. 2 BGB zu vertreten hat. Dieser Mangel ist auch erheblich, so dass der Kläger gem. § 281 Abs. 1 S. 3 BGB die Rückgängigmachung des Kaufvertrages im Wege des großen Schadensersatzes verlangen kann. Eine Fristsetzung zur Nacherfüllung ist entbehrlich, nachdem die Werksgarantie nachträglich nicht mehr erteilt werden kann und im übrigen eine endgültige und ernsthafte Erfüllungsverweigerung der Beklagten vorliegt.

b) Der Kläger ist berechtigt, trotz der von ihm zunächst erklärten Kaufpreisminderung gem. § 325 BGB analog Schadensersatz geltend zu machen.

Nach der gesetzlichen Regelung in § 325 BGB wird das Recht, bei einem gegenseitigen Vertrag Schadensersatz zu verlangen, durch den Rücktritt nicht ausgeschlossen. Soweit sich der Käufer für die Minderung entscheidet und an dieser Wahl festhält, werden dadurch Schadensersatzansprüche wegen zusätzlicher, nicht schon durch die Herabsetzung des Kaufpreises ausgeglichener Nachteile ebenfalls nicht ausgeschlossen, wohl aber, soweit es sich um Schadensersatz statt der Leistung handelt (vgl. Palandt/Putzo, BGB, 65. Aufl., § 437 Rnr. 31; § 441 Rnr. 19; Bamberger/Roth, BGB, Stand Januar 2005, § 437 Rnr. 164; MüKomm/BGB-Westermann, 4. Aufl., § 437 Rnr. 18). Ebenso wie beim Rücktritt handelt es sich bei der Minderung um eine Gestaltungsrecht, welches mit seiner Ausübung grundsätzlich unwiderruflich wird (vgl. Palandt/Putzo, § 441 Rnr. 10; Bamberger/Roth, § 441 Rnr. 162). Mit Einführung des Schuldrechtsmodernisierungsgesetzes wurde allerdings durch die neue Regelung des § 325 BGB dem Gläubiger das Recht eingeräumt, trotz erklärten Rücktritts vom Vertrag weiterhin Schadensersatz statt der Leistung verlangen zu können (vgl. Palandt/Grüneberg, § 325 Rnr. 1 f.). Inwieweit der Gläubiger sich in entsprechender Anwendung des § 325 BGB von der erklärten Minderung wieder lösen und ebenfalls - wie beim Rücktritt - Schadensersatz statt der ganzen Leistung verlangen darf, ist bisher ungeklärt, obergerichtliche Rechtsprechung hierzu liegt - soweit ersichtlich - noch nicht vor. In dem von der Berufung zitierten Aufsatz von Derleder (NJW 2003, 998, 1002) wird die Auffassung vertreten, dass der minderungsberechtigte Käufer trotz ausgeübten Gestaltungsrechts in bestimmten Fällen weiterhin das Recht haben sollte, in Analogie zu § 325 BGB auf die Geltendmachung von Schadensersatz - auch in Form des sog. "großen" Schadensersatzes - umzuschwenken. Dies sei insbesondere in solchen Fällen geboten, wenn der Käufer zunächst "voreilig" gemindert habe, sich später dann aber herausstelle, dass der Kaufgegenstand für ihn unverwertbar sei. Derleder selbst weist darauf hin, dass die methodischen Voraussetzungen für eine derartige Analogie zweifelhaft sein könnten, da es hierfür einer planwidrigen Unvollständigkeit bei Novellierung des neuen Leistungsstörungenrechtes bedürfe. Im Ergebnis hält er aber eine analoge Anwendung des § 325 BGB für eine sachgerechte Fortschreibung des in dieser Norm enthaltenen Programms. Danach behalte zwar die Wahl zwischen Rücktritt und Minderung weiterhin ihre Gestaltungswirkung. Der Käufer könne aber nach gewählter Minderung ebenso wie nach gewähltem Rücktritt weiterhin zum kleinen oder großen Schadensersatzanspruch umschwenken (ebenso Palandt/Putzo, § 437 Rnr. 31; MüKomm/BGB-Westermann, § 437 Rnr. 3; Erman/Grunewald, BGB, § 437 Rnr. 13.). Der Senat schließt sich dieser Auffassung an, da keine sachlichen Gründe erkennbar sind, einen Gläubiger, der sich zunächst für sein Recht auf Minderung entscheidet, aber später den großen Schadensersatz geltend machen möchte, anders zu behandeln, als einen Gläubiger, der sich zunächst für den Rücktritt vom Vertrag entschieden hat, aber über § 325 BGB dennoch seine Schadensersatzansprüche weiter verfolgen kann.

c) Der Kläger kann daher von der Beklagten die Rückabwicklung des Kaufvertrages verlangen. Allerdings hat sich der Kläger nach der sinngemäß heranzuziehenden Vorschrift des § 346 BGB die von ihm gezogenen Nutzungen anrechnen zu lassen. Nachdem das Fahrzeug mit einem Kilometerstand von 1.900 verkauft wurde und zwischenzeitlich einen solchen von 20.600 aufweist, hat der Kläger der Beklagten die von ihm gefahrenen 18.700 km zu vergüten. Der Senat schätzt den Wert der gezogenen Nutzungen gem. § 287 ZPO auf 1.309,00 Euro. Dabei wurde eine Gesamtleistung des PKW von 150.000 km zugrunde gelegt, so dass sich eine Restfahrleistung von 129.400 km ergibt. Im Verhältnis zum Kaufpreis von 8.700,00 Euro entspricht die Nutzungsvergütung pro Kilometer damit einem Betrag von rd. 7 Cent. Für die zu vergütenden 18.700 km ergibt dies einen Betrag von 1.309,00 Euro (vgl. Reinking/Eggert, Der Autokauf, 8. Aufl., Rnr. 1554 ff.).

2. Weiterhin hat der Kläger Anspruch auf Ersatz der entstandenen Reparaturkosten in Höhe von 91,29 Euro, wie im landgerichtlichen Urteil ausgeführt.
3. Die Beklagte befindet sich in Annahmeverzug, da sie sich weigert, den vom Kläger angebotenen PKW zurückzunehmen.
4. Hinsichtlich des dem Kläger zu ersetzenden Verzugsschadens kann auf die Ausführungen im erstinstanzlichen Urteil Bezug genommen werden.
5. Die Kostenentscheidung ergibt sich aus den §§ 92 Abs. 1, 97 Abs. 1 ZPO.

Die Entscheidung zur vorläufigen Vollstreckbarkeit beruht auf den §§ 708 Nr. 10, 711 ZPO.

6. Die Revision ist zuzulassen, weil die Sache zur Klärung des Verhältnisses der Rechte des Käufers aus § 437 BGB grundsätzliche Bedeutung hat und deshalb auch die Fortbildung des Rechts eine Entscheidung des Revisionsgerichts erfordert (§ 543 Abs. 2 ZPO).