

# Oberlandesgericht München

Az.: 23 U 3551/20  
13 O 4777/16 LG München II



-  
In dem Rechtsstreit

...  
- Kläger und Berufungskläger -

Prozessbevollmächtigter:  
Rechtsanwalt ...

gegen

...  
- Beklagter und Berufungsbeklagter -

Prozessbevollmächtigte:  
Rechtsanwälte ...

wegen Rückabwicklung eines Kaufvertrages

-  
erlässt das Oberlandesgericht München - 23. Zivilsenat - durch den Vorsitzenden Richter am Oberlandesgericht ..., die Richterin am Oberlandesgericht ... und die Richterin am Oberlandesgericht ... am 17.11.2020 folgenden

## Beschluss

1. Der Senat beabsichtigt, die Berufung gegen das Urteil des Landgerichts München II vom 15.05.2020, Az. 13 O 4777/16, gemäß § 522 Abs. 2 ZPO zurückzuweisen, weil er einstimmig der Auffassung ist, dass die Berufung offensichtlich keine Aussicht auf Erfolg hat, der Rechtssache auch keine grundsätzliche Bedeutung zukommt, weder die Fortbildung des Rechts noch die Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung eine Entscheidung des Berufungsgerichts erfordert und die Durchführung einer mündlichen Verhandlung über die Berufung nicht geboten ist.
2. Hierzu besteht Gelegenheit zur Stellungnahme **bis zum 14.12.2020**.

## Gründe:

Das Landgericht hat die Klage zutreffend abgewiesen. Auf die Ausführungen im

landgerichtlichen Urteil wird Bezug genommen. Die Rügen der Berufung greifen demgegenüber nicht durch.

Der Kläger hat gegen den Beklagten keinen Anspruch auf Rückabwicklung des Kaufvertrags sowie Erstattung notwendiger Verwendungen und vergeblicher Aufwendungen, § 437 Nr. 2, § 434 Abs. 1, § 323 Abs. 1, §§ 346, 348 BGB.

Das Landgericht ist zutreffend zu dem Ergebnis gelangt, dass bei dem Fahrzeug kein Sachmangel im Sinn des § 434 Abs. 1 BGB vorliegt.

1. Nach § 434 Abs. 1 BGB ist eine Sache frei von Sachmängeln, wenn sie bei Gefahrübergang eine vertraglich vereinbarte Beschaffenheit aufweist (Satz 1), sich für eine nach dem Vertrag vorausgesetzte Verwendung eignet (Satz 2 Nr. 1), oder wenn sie sich für die gewöhnliche Verwendung eignet und eine Beschaffenheit aufweist, die bei Sachen der gleichen Art üblich ist und die der Käufer nach der Art der Sache erwarten kann (Satz 2 Nr. 2).
2. Der Kläger hat eine Beschaffenheitsvereinbarung dahingehend, dass das Fahrzeug auch im realen Betrieb und nicht nur auf dem Prüfstand lediglich 3,5 l pro 100 km verbraucht, nicht hinreichend dargelegt.
  - 2.1. Nach der ständigen Rechtsprechung des BGH setzt eine Beschaffenheitsvereinbarung im Sinn von § 434 Abs. 1 Satz 1 BGB voraus, dass der Verkäufer in vertragsgemäß bindender Weise die Gewähr für das Vorhandensein einer Eigenschaft der Kaufsache übernimmt und damit seine Bereitschaft zu erkennen gibt, für alle Folgen des Fehlens dieser Eigenschaft einzustehen (BGH, Urteil vom 12.03.2008, VIII ZR 253/05, juris Tz. 13; BGH, Urteil vom 26.04.2017, VIII ZR 80/16, juris Tz. 13). An das Vorliegen einer Beschaffenheitsvereinbarung nach § 434 Abs. 1 Satz 1 BGB sind strenge Anforderungen zu stellen; unter der Geltung des neuen Schuldrechts kommt sie nicht mehr im Zweifel, sondern nur noch in eindeutigen Fällen in Betracht (BGH, Urteil vom 20.03.2019, VIII ZR 213/18, juris Tz. 22).
  - 2.2. Der Kläger hat vorgetragen, der Zeuge D. habe in einem ersten Schritt das Fahrzeug mit einem Ausdruck aus den Internetseiten der T. Deutschland GmbH beworben. In einem zweiten Schritt habe er das Fahrzeug damit beworben, dass sich in Bezug auf eigene Erfahrungen und die Auswertung des Bordcomputers der Wert mit durchschnittlich 3,5 l pro 100 km bestätigt habe. Selbst wenn - was der Beklagte bestreitet - der Zeuge D. dies geäußert hat, läge keine Beschaffenheitsvereinbarung im Sinn von § 434 Abs. 1 Satz 1 BGB vor. Der Kläger selbst geht davon aus, dass der

Zeuge mit diesen Ausführungen das Fahrzeug „beworben“ hat. Dass der Zeuge D. nähere Angaben dazu gemacht hat, wie er den Wert von 3,5 l pro 100 km ermittelt hat, d. h. welche Strecken unter welchen Bedingungen mit dem Fahrzeug zurückgelegt wurden, hat der Kläger nicht dargetan. Er hat vielmehr bei seiner informatorischen Anhörung in der mündlichen Verhandlung vom 25.07.2017 ausgeführt, der Zeuge D. habe ihm gesagt, 3,5 Liter seien ausreichend. Darüber, unter welchen Bedingungen bzw. auf welchen Strecken der Verbrauch festgestellt wurde, sei nicht gesprochen worden (S. 3 des Protokolls der mündlichen Verhandlung vom 25.07.2017, Bl. 59 d. A.). Der Senat verkennt nicht, dass es sich vorliegend nicht um ein Neufahrzeug handelt, sondern der Beklagte das Fahrzeug etwa 14 Monate lang als Vorführwagen genutzt hat. Allein der Umstand, dass dem Beklagten daher über die Herstellerangaben hinaus der tatsächliche Verbrauch bekannt war oder bekannt sein konnte, hat jedoch nicht zur Folge, dass die bloße Angabe, 3,5 Liter seien ausreichend, zu einer verbindlichen Zusage wird. Da die tatsächlichen Verbrauchswerte im üblichen Verkehrsgeschehen von einer Reihe unwägbarer, von Fall zu Fall verschiedener Faktoren abhängen, war für den Kläger nämlich ohne weiteres erkennbar, dass die sich bei seiner individuellen Fahrweise ergebenden Werte nicht dem genannten Verbrauchswert entsprechen müssen. Die Angaben des Zeugen D. stellen damit lediglich eine werbende, anpreisende Erklärung dar, nicht jedoch eine verbindliche Zusicherung.

3. Die Feststellung des Landgerichts, der Kläger habe nicht nachweisen können, dass der Kraftstoffverbrauch von den Herstellerangaben um mehr als 10 % abweicht, ist in sich widerspruchsfrei und nachvollziehbar.

3.1. Auch wenn der Käufer mehr an Angaben über den tatsächlichen Verbrauch unter realen Bedingungen als an dem Verbrauch auf dem Prüfstand interessiert ist, konnte der Kläger die Erklärung des Zeugen D. unter Vorlage des Datenblatts nur so verstehen, dass die Herstellerangaben auf einer verobjektivierenden Grundlage beruhten und sich der bei individueller Fahrweise erzielte Kraftstoffverbrauch mit den angegebenen Werten nicht decken musste (BGH, Urteil vom 18.06.1997, VIII ZR 52/96, juris Tz. 9). Der Kläger konnte daher nur erwarten, dass die im Datenblatt angegebenen Werte unter Testbedingungen reproduzierbar sind (OLG Hamm, Urteil vom 07.02.2013, 28 U 94/12, juris Tz. 37).

Nach der Rechtsprechung des BGH stellt es nur eine unerhebliche Minderung des Fahrzeugwertes dar, wenn der Kraftstoffverbrauch eines Fahrzeugs um weniger als 10 % von den Herstellerangaben abweicht, wobei die Abweichung vom Durchschnittswert maßgebend ist (BGH, Beschluss vom 08.05.2007, VIII ZR 19/05, juris Tz. 3).

3.2. Die durchgeführte Beweisaufnahme hat nicht ergeben, dass der Kraftstoffverbrauch von den Herstellerangaben um mehr als 10 % abweicht, dieser vielmehr in dem vom Hersteller angegebenen Intervall liegt.

3.2.1. Das Landgericht hat insoweit ausgeführt, der Sachverständige habe dargelegt, beim viermaligen Durchfahren eines vorgegebenen Fahrzyklus habe sich ein Mittelwert für den kombinierten Verbrauch von 3,57 l je 100 km ergeben. Zweifel an der Richtigkeit der gutachterlichen Ausführungen bestünden nicht, der Sachverständige habe seine Ausführungen klar, schlüssig nachvollziehbar und überzeugend gemacht und in der mündlichen Verhandlung vom 24.01.2020 zu den Einwänden der Parteien Stellung genommen und deren Fragen erschöpfend beantwortet.

3.2.2. Die Feststellungen des Landgerichts sind für den Senat grundsätzlich bindend. Konkrete Anhaltspunkte i.S. des § 529 Abs. 1 ZPO, aus denen sich Zweifel an der Richtigkeit und Vollständigkeit der Feststellungen des Landgerichts ergeben könnten, sind weder dargetan noch sonst ersichtlich.

3.2.2.1. Entgegen der Ansicht des Klägers hat das Landgericht nicht völlig ausgeblendet, dass es sich bei dem streitgegenständlichen Fahrzeug nicht um ein Fahrzeug mit reinem Verbrennungsmotor handelt. Das Landgericht hat vielmehr ausgeführt, der Sachverständige habe erläutert, dass für den Fall, dass die Batterie nicht zu 100 % geladen ist, eine Korrektur der gemessenen Werte erforderlich würde. Aufgrund einer fehlenden Messung der Energieflüsse könne keine messtechnische Aussage dazu getroffen werden, wie der Ladezustand der Batterie gewesen sei. Eine Messung des Energieflusses habe nicht erfolgen können, da das Fahrzeug hierfür erst hätte nachgerüstet werden müssen. Nach den Angaben des Sachverständigen sei jedoch nicht mit einem erheblichen Korrekturbedarf und daher nicht mit erheblichen Abweichungen der Messwerte zu rechnen. Zum einen sei das Fahrzeug durch ein zweimaliges Durchfahren des Normzyklus vorkonditioniert worden. Zum anderen sei zu erwarten, dass mit sehr hoher Wahrscheinlichkeit derselbe kombinierte Verbrauchswert erreicht würde, da bei einer Korrektur der Wert für den Verbrauch innerorts nach oben, der Wert für den Verbrauch außerorts nach unten korrigiert werden müsste.

3.2.2.2. Die Auffassung des Landgerichts ist nicht zu beanstanden. Das Landgericht hat sich umfassend mit den schriftlichen und mündlichen Ausführungen des Sachverständigen auseinandergesetzt.

Das Landgericht hat ausführlich dargelegt, weshalb es den Angaben des

Sachverständigen R. folgt, dass auch bei einer Messung der Energieflüsse nicht mit einem erheblichen Korrekturbedarf zu rechnen sei. Der Sachverständige hat in seiner ergänzenden gutachtlichen Stellungnahme vom 02.10.2019 (S. 5, Bl. 222 d. A.) umfassend dargelegt, dass das streitgegenständliche Fahrzeug vor den durchgeführten Verbrauchsmessungen zweimal im gesamten Normzyklus vorkonditioniert wurde. Danach seien die vier Verbrauchsmessungen im NEFZ durchgeführt worden. Bei dieser Vorgehensweise werde jeweils vor und nach jeder Messung der charakteristische Ladezustand der Hybridbatterie erreicht, mit lediglich kleinen Schwankungen. Diese Schwankungen würden zusätzlich dadurch ausgeglichen, dass insgesamt vier Messungen des Kraftstoffverbrauchs durchgeführt und ein Mittelwert gebildet wurde. Aus technischer Sicht sei daher zu prognostizieren, dass sich im kombinierten Verbrauchswert keine Änderungen ergeben werden und der im Gutachten ursprünglich benannte Mehrverbrauch von 8,18 % mit sehr hoher Wahrscheinlichkeit sich mit geringen möglichen Abweichungen aufgrund der üblichen Toleranzen bei einer erneuten Prüfung wieder ergeben werde bzw. festgestellt werden würde (S. 5/6 des Gutachtens, Bl. 221/222 d. A.). Soweit der Sachverständige auf den „ursprünglich benannten Mehrverbrauch von 8,18 %“ Bezug nimmt, ist zu berücksichtigen, dass die Herstellerangaben einen Verbrauch von 3,3 l bis 3,6 l pro 100 km angeben und der im Gutachten ermittelte Mittelwert 3,57 l pro 100 km beträgt, mithin innerhalb des Intervalls liegt. Ein Mehrverbrauch von 8,18 % liegt lediglich in Bezug auf den unteren Wert des Intervalls von 3,3 l pro 100 km vor.

3.2.2.3. Anhaltspunkte für eine mangelnde Sachkunde des Sachverständigen hat das Landgericht nicht gesehen und der Kläger auch nicht nachvollziehbar dargetan.

Eine mangelnde Sachkunde des Sachverständigen ergibt sich nicht daraus, dass der Sachverständige R. mit einem Sachverständigen zusammenarbeitet, dessen Qualifikation mit „Sachverständiger für Kfz, Hybrid- und Elektrofahrzeuge, Anlagen und techn. Geräte; Leistungsmessung; Messtechnik“ umschrieben ist und er diesen nicht bei der Erstattung des Gutachtens hinzugezogen hat. Weshalb sich hieraus eine mangelnde Eignung des Sachverständigen Rauscher ergeben soll, erschließt sich nicht.

Anhaltspunkte für eine mangelnde Sachkunde des Sachverständigen ergeben sich auch nicht daraus, dass dieser als Ergebnis seiner Begutachtung einen Mittelwert und nicht ein Intervall angegeben hat. Die Angabe eines Intervalls war nicht erforderlich, da die Begutachtung nicht im Rahmen des Zulassungsverfahrens erfolgte, sondern im Rahmen der Überprüfung der Herstellerangaben.

- 3.2.2.4. Soweit der Kläger in seiner Berufung beanstandet, bei der Messung sei der ermittelte Kraftstoffverbrauch innerorts um 16,13 % geringer ausgefallen als im Datenblatt hinterlegt und dies widerspreche jedem wirtschaftlichen Denken und Handeln, ist zu berücksichtigen, dass der Sachverständige dies widerspruchsfrei und nachvollziehbar in seiner Anhörung ausführlich erläutert hat (S. 4/5 des Protokolls der mündlichen Verhandlung vom 25.07.2019, Bl. 260/261 d. A.). Weitere Fragen hierzu hätte der Kläger in dieser Anhörung stellen können.
- 3.2.2.5. Soweit der Kläger in der Berufung vorbringt, die dritte Messung sei atypisch und damit unbrauchbar (S. 9 der Berufungsbegründung, Bl. 332 d. A.), ist zu berücksichtigen, dass der persönlich anwesende Kläger insoweit Fragen in der Anhörung des Sachverständigen am 25.07.2019 hätte stellen können.
- 3.3. Ein Sachverständigengutachten zum realen Verbrauch musste das Landgericht nicht erholen, da hinsichtlich des realen Verbrauchs keine Beschaffenheitsvereinbarung vorliegt (s. Ziffer 2).
- 3.4. Entgegen der Ansicht des Klägers war das Landgericht nicht verpflichtet, die T. Deutschland GmbH nach § 142 ZPO zur Vorlage sämtlicher für die Begutachtung des Verbrauchs erforderlicher Informationen vorzulegen. Insoweit ist bereits nicht ersichtlich, welche Informationen die T. Deutschland GmbH vorlegen soll. Soweit der Kläger ausgeführt hat, es sollten insbesondere die für die Messung relevanten Informationen zur Korrektur des Verbrauchs über die Energieflüsse des Elektroantriebs sowie Daten und Einbauanleitung der Vorbereitung zur Strommessung mittels einer Messzange zwischen Hybridbatterie und Elektromotor vorgelegt werden, ist eine Vorlage nicht erforderlich, da der Sachverständige ausgeführt hat, es sei nicht mit einem erheblichen Korrekturbedarf und daher nicht mit erheblichen Abweichungen der Messwerte zu rechnen (s. Ziffer 3.2.2.1).

Da die Berufung keine Aussicht auf Erfolg hat, wird aus Kostengründen die Rücknahme der Berufung empfohlen.

...

Vorsitzender Richter  
am Oberlandesgericht

...

Richterin  
am Oberlandesgericht

...

Richterin  
am Oberlandesgericht