

Gericht: OLG Stuttgart 12. Zivilsenat
Entscheidungsdatum: 14.09.2026
Aktenzeichen: 12 U 113/26
ECLI: ECLI:DE:OLGSTUT:2026:0914.12U113.26.00
Dokumenttyp: Beschluss
Quelle: 

Normen: § 346 BGB, § 522 Abs 2 ZPO

Leitsatz

Eine Zurückweisung einer Berufung nach § 522 Abs. 2 ZPO kommt nicht in Betracht, wenn der auf Rückabwicklung eines Kaufvertrages in Anspruch genommene Beklagte in der Berufungsbegründung geltend macht, dass der Kläger den Kaufgegenstand nach Schluss der mündlichen Verhandlung in der ersten Instanz weiter genutzt hat.

Verfahrensgang

vorgehend LG Ellwangen, 10. Juli 2026, 2 O 403/25

Tenor

Der Senat beabsichtigt, das Urteil des Landgerichts Ellwangen (Jagst) vom 10.07.2026, Az. 2 O 403/25, gemäß § 319 ZPO wie folgt zu berichtigen:

- in Tenor Ziff. 1 lautet der zu zahlende Betrag korrekt „15.535,96 €“ statt „15.539,96 €“;

- im Tatbestand auf S. 4 des Urteils lautet der Kilometerstand korrekt „133.111“ statt „113.111“.

Es handelt sich aus Sicht des Senats jeweils um Schreibfehler i.S.d. § 319 ZPO. Hinsichtlich des zu zahlenden Betrages in Tenor Ziff. 1 folgt dies daraus, dass das Landgericht in den Entscheidungsgründen auf S. 12 des Urteils ausgeführt hat, dass sich die Klägerin eine Nutzungsentschädigung in Höhe von 2.644,04 € auf den Kaufpreis anrechnen lassen müsse, und den sich hieraus rechnerisch ergebenden Betrag dort auch korrekt mit 15.535,96 € angegeben hat. Hinsichtlich der Angabe des Kilometerstands im Tatbestand auf S. 4 folgt dies daraus, dass nach den Schriftsätzen der Parteien der Kilometerstand unstreitig 133.111 beträgt und das Landgericht auf S. 7 und 12 des Urteils den Kilometerstand auch selbst korrekt angegeben hat.

Solange die Sache in der Rechtsmittelinstanz schwebt, kann auch das Rechtsmittelgericht eine solche Berichtigung vornehmen (BGH, Beschluss vom 06.03.2025 – I ZB 38/24, BeckRS 2025, 3873 Rn. 5; BeckOK ZPO/Elzer, 61. Ed. 1.7.2026, ZPO § 319 Rn. 45).

Gründe

B.

- 1 Hinsichtlich der Erfolgsaussichten der Berufung gegen das Urteil des Landgerichts Ellwangen (Jagst) vom 10.07.2026 - dessen Berichtigung gemäß Buchst. A. unterstellt - weist der Senat auf seine vorläufige Rechtsauffassung hin:
- 2 **I.** Das Landgericht hat - auf Basis des Sach- und Streitstands zum Zeitpunkt des Schlusses der mündlichen Verhandlung erster Instanz - die Beklagte in Tenor Ziff. 1 zu Recht zur Zahlung eines Betrages in Höhe von 15.535,96 € (nebst Zinsen) Zug um Zug gegen Rückgabe und Rückübereignung des streitgegenständlichen Fahrzeugs verurteilt (dazu 1.). Eine Abänderung des erstinstanzlichen Urteils kommt allerdings im Hinblick auf den mit der Berufungsbegründung neu erhobenen Einwand der Beklagten in Betracht, die Klägerin habe das Fahrzeug nach Schluss der mündlichen Verhandlung erster Instanz weiter genutzt und damit weitere Gebrauchsvorteile erlangt (dazu 2.).
- 3 **1.** Das Landgericht hat zu Recht angenommen, dass der Klägerin ein - gemäß § 348 S. 1 BGB Zug um Zug gegen Rückgabe und Rückübereignung des streitgegenständlichen Fahrzeugs zu erfüllender - Anspruch auf Rückzahlung des Kaufpreises in Höhe von 18.180,00 € abzüglich der bis zum Schluss der mündlichen Verhandlung erster Instanz am 17.06.2026 erlangten Gebrauchsvorteile in Höhe von 2.644,04 € gemäß § 346 Abs. 1 BGB zusteht, nachdem sie mit Anwaltsschreiben vom 12.11.2025 (Anlage K 7) wirksam vom streitgegenständlichen Kaufvertrag gemäß §§ 437 Nr. 2, 323 Abs. 1 BGB zurückgetreten ist.
- 4 **a)** Das Landgericht hat insbesondere zu Recht festgestellt, dass das streitgegenständliche Fahrzeug jedenfalls insoweit Sachmängel i.S.d. § 434 Abs. 1, Abs. 3 S. 1 Nr. 2b) BGB aufweist, als die Ausstattungsmerkmale „Beheizbare Frontscheibe“ und „Totwinkel-Assistent“ entgegen den Angaben in dem als Anlage K 2 vorgelegten Inserat nicht vorhanden sind.
- 5 **aa)** Entgegen der Auffassung der Beklagten hat das Landgericht zutreffend festgestellt, dass sich das als Anlage K 2 vorgelegte Inserat gerade auf das streitgegenständliche Fahrzeug bezogen hat.
- 6 **(1)** Nach § 529 Abs. 1 Nr. 1 ZPO ist das Berufungsgericht an die vom erstinstanzlichen Gericht - nach durchgeführter Beweisaufnahme - getroffenen Tatsachenfeststellungen gebunden, soweit nicht konkrete Anhaltspunkte Zweifel an der Richtigkeit oder Vollständigkeit der entscheidungserheblichen Feststellungen begründen und deshalb eine erneute Feststellung gebieten (§ 529 Abs. 1 Nr. 1 Halbs. 2 ZPO). Konkrete Anhaltspunkte in diesem Sinne sind alle objektivierbaren rechtlichen oder tatsächlichen Einwände gegen die erstinstanzlichen Feststellungen. Derartige konkrete Anhaltspunkte können sich unter anderem aus dem Vortrag der Parteien, vorbehaltlich der Anwendung von Präklusionsvorschriften auch aus dem Vortrag der Parteien in der Berufungsinstanz ergeben (vgl. BGH, Beschluss vom 08.08.2023 - VIII ZR 20/23, NJW 2023, 3496, juris Rn. 15; BGH, Beschluss vom 04.09.2019 - VII ZR 69/17, NJW-RR 2019, 1343, juris Rn. 11). Die Prüfungskompetenz des Berufungsgerichts hinsichtlich der erstinstanzlichen Tatsachenfeststellung ist dabei nicht auf eine reine Rechtskontrolle beschränkt; denn bei der Berufungsinstanz handelt es sich auch nach Inkrafttreten des Zivilprozessreformgesetzes um eine zweite - wenn auch eingeschränkte - Tatsacheninstanz, deren Aufgabe in der Gewinnung einer „fehlerfreien und überzeugenden“ und damit „richtigen“ Entscheidung des Einzelfalles besteht (vgl. BGH, Beschluss vom 08.08.2023 - VIII ZR 20/23, NJW 2023, 3496, juris Rn. 15 m.w.N.). Vielmehr sind auch verfahrensfehlerfrei getroffene Tat-

sachenfeststellungen für das Berufungsgericht nach § 529 Abs. 1 Nr. 1 ZPO nicht bindend, wenn konkrete Anhaltspunkte dafür bestehen, dass die Feststellungen unvollständig oder unrichtig sind. Dabei können sich Zweifel an der Richtigkeit und Vollständigkeit der entscheidungserheblichen Feststellungen auch aus der Möglichkeit unterschiedlicher Wertung ergeben, insbesondere daraus, dass das Berufungsgericht das Ergebnis einer erstinstanzlichen Beweisaufnahme anders würdigt als das Gericht der Vorinstanz. Besteht aus der für das Berufungsgericht gebotenen Sicht eine gewisse - nicht notwendig überwiegende - Wahrscheinlichkeit dafür, dass im Fall der Beweiserhebung die erstinstanzliche Feststellung keinen Bestand haben wird, ist es zu einer erneuten Tatsachenfeststellung verpflichtet (vgl. BGH, Beschluss vom 08.08.2023 - VIII ZR 20/23, NJW 2023, 3496, juris Rn. 16; vgl. zu all dem auch: Zöller/Heßler, ZPO, 36. Aufl. 2025, § 529 Rn. 3 ff., 8, jeweils mit zahlreichen weiteren Nachweisen aus der höchstrichterlichen Rspr.).

- 7 **(2)** Derartige Zweifel liegen hier nicht vor. Die Beweiswürdigung des Landgerichts ist nicht zu beanstanden.
- 8 **(aa)** Nach § 286 ZPO hat der Tatrichter ohne Bindung an Beweisregeln und nur seinem Gewissen unterworfen die Entscheidung zu treffen, ob er an sich mögliche Zweifel überwinden und sich von einem bestimmten Sachverhalt als wahr überzeugen kann. Die Überzeugung des Tatgerichts von einem bestimmten Sachverhalt erfordert keine absolute, das Gegenteil denknotwendig ausschließende Gewissheit. Es genügt vielmehr ein nach der Lebenserfahrung ausreichendes Maß an Sicherheit, das vernünftige Zweifel nicht aufkommen lässt. Das Gesetz setzt eine von allen Zweifeln freie Überzeugung nicht voraus. Das Gericht darf keine unerfüllbaren Beweisanforderungen stellen und keine unumstößliche Gewissheit bei der Prüfung verlangen, ob eine Behauptung wahr und erwiesen ist. Ein Beweisergebnis muss deshalb nicht „zwingend“ sein. Dies gilt in besonderem Maß bei der Würdigung von Indizien (BGH, Urteil vom 7.11.2024 - III ZR 79/23, NJW 2025, 165 Rn. 39).
- 9 **(bb)** Nach diesem Maßstab hat das Landgericht aufgrund der durchgeführten Beweisaufnahme zu Recht die Überzeugung i.S.d. § 286 ZPO davon gewonnen, dass sich das als Anlage K 2 vorgelegte Inserat auf das streitgegenständliche Fahrzeug bezogen hat. Entgegen der Auffassung der Beklagten hat das Landgericht die vorliegenden Indizien und die Aussage des Zeugen G. vollständig, widerspruchsfrei und frei von Spekulationen gewürdigt.
- 10 **(aaa)** Auch nach Auffassung des Senats liegt ein gewichtiges Indiz dafür, dass sich das Inserat auf das streitgegenständliche Fahrzeug bezogen hat, darin, dass das Inserat mit einer bestimmten Fahrzeugnummer („L ..5“) versehen war, die Klägerin in ihrer per WhatsApp-Nachricht erfolgten Reservierungsanfrage (Anlage K 3) explizit auf diese Fahrzeugnummer Bezug genommen hat und ihr daraufhin ein Foto einer Seite eines Fahrzeugscheins übermittelt wurde, in welcher die Fahrzeugidentnummer (FIN) des streitgegenständlichen Fahrzeugs aufgeführt ist. Insoweit kann auf die vollumfänglich zutreffenden Ausführungen des Landgerichts verwiesen werden. Lediglich ergänzend merkt der Senat an, dass auch die letzten vier Ziffern der FIN des streitgegenständlichen Fahrzeugs mit der Zahlenangabe in der im Inserat angegebenen Fahrzeugnummer („..5“) übereinstimmen.
- 11 **(bbb)** Weiter stellt auch die übereinstimmende Angabe der Laufleistung im Inserat und im Kaufvertrag ein gewichtiges Indiz für - und nicht etwa gegen - die Zugehörigkeit des Inserats zum streitgegenständlichen Fahrzeug dar. Dieses Indiz wird nicht durch die Aus-

sage des Zeugen G. entkräftet. Soweit der Zeuge angegeben hat, dass der Kaufvertrag erst erstellt werde, nachdem die Probefahrt abgeschlossen sei, ist mit sehr hoher Wahrscheinlichkeit davon auszugehen, dass dies jedenfalls im vorliegenden Fall eben nicht so gehandhabt wurde. Denn die übereinstimmende Angabe der Laufleistung im Inserat und im Kaufvertrag ließe sich sonst nur erklären, wenn bei der Beklagten noch ein anderes Fahrzeug der Marke Seat mit exakt derselben Laufleistung vorhanden gewesen wäre. Das ist aber nur schwer vorstellbar, selbst wenn die Aussage des Zeugen G. zutreffen sollte, dass SEAT Leon Sportstourer häufiger von S. mit nahezu identischem Kilometerstand zurückkommen. Um welches konkrete andere Fahrzeug es sich hier gehandelt haben soll, konnte der Zeuge G. auch nicht angeben. Im Übrigen hält es der Senat auch für lebensnah, dass sich die Mitarbeiter der Beklagten - trotz des vom Zeugen G. geschilderten Interesses des Garantiegebers an einer Erfassung des richtigen Kilometerstands - zumindest nicht bei jedem Verkaufsvorgang nach Durchführung einer Probefahrt die Mühe machen, nochmals den aktuellen Kilometerstand abzulesen, zumal sich die Laufleistung durch eine Probefahrt nur unwesentlich erhöht.

- 12 **(ccc)** Gegenüber diesen gewichtigen Indizien für die Zugehörigkeit des Inserats zum streitgegenständlichen Fahrzeug hat der Umstand, dass im Inserat als Zeitpunkt der Erstzulassung „07/2022“ angegeben ist, während die Erstzulassung des streitgegenständlichen Fahrzeugs am 07.02.2022 erfolgt ist, nur geringen Beweiswert. Der Senat teilt insoweit die Einschätzung des Landgerichts, dass sich dieser Umstand zwanglos auf einen Tippfehler zurückführen lässt, zumal die Zahl des Tages der Erstzulassung des streitgegenständlichen Fahrzeugs mit der Zahl des Monats der Erstzulassung des im Inserat beworbenen Fahrzeugs übereinstimmt.
- 13 **(ddd)** Gleiches gilt auch für den gegenüber dem Inserat um 380,00 € höheren Kaufpreis, der sich ebenfalls plausibel erklären lässt. So enthielt der im Kaufvertrag vereinbarte Kaufpreis von 18.180,00 € unstreitig die Kosten einer Gebrauchtwagengarantie und einen Abzug in Höhe von 500,00 € im Hinblick auf einen fehlenden Zweitschlüssel. Es erscheint ohne weiteres möglich, dass der Klägerin für die Gebrauchtwagengarantie ein Betrag von 880,00 € berechnet wurde. Dem steht die Aussage des Zeugen, dass dies nicht sein könne, nicht entgegen, zumal der Zeuge seine Aussage auch nicht weiter begründet hat.
- 14 **(eee)** Vor diesem Hintergrund hat das Landgericht schließlich zu Recht der Einschätzung des Zeugen G., dass er nicht davon ausgehe, dass das Inserat zum streitgegenständlichen Fahrzeug gehört hat, keinen Beweiswert zugemessen. Der Zeuge hat seine Einschätzung ausschließlich auf die vorstehend bereits erörterten Abweichungen bei der Erstzulassung und beim Kaufpreis gestützt. Seine Einschätzung ist demnach nicht belastbar.
- 15 **(fff)** Die gebotene Gesamtwürdigung sämtlicher Indizien und Beweismittel lässt damit entgegen der Auffassung der Beklagten mit einem den Anforderungen des § 286 ZPO genügenden Maß an Gewissheit darauf schließen, dass sich das als Anlage K 2 vorgelegte Inserat auf das streitgegenständliche Fahrzeug bezogen hat. Die Übersendung eines Fotos des zum streitgegenständlichen Fahrzeug gehörenden Fahrzeugscheins und der identische Kilometerstand lassen zwar eine Verwechslung nicht als völlig ausgeschlossen erscheinen. Wie dargelegt, bedarf es aber auch keiner unumstößlichen Gewissheit, sondern nur eines nach der Lebenserfahrung ausreichenden Maßes an Sicherheit, das

vernünftige Zweifel nicht aufkommen lässt. Ein solches Maß an Sicherheit hat das Landgericht aufgrund der vorliegenden Indizien hier zu Recht erlangt.

- 16 **bb)** Das Landgericht hat weiter zutreffend festgestellt, dass im vorliegenden Fall von den Anforderungen des § 434 Abs. 3 BGB nicht gemäß § 476 Abs. 1 S. 2 BGB abgewichen werden konnte. Die Bestimmung des § 476 Abs. 1 S. 2 BGB verlangt, dass der Verbraucher vor Abgabe seiner Vertragserklärung eigens davon in Kenntnis gesetzt wird, dass ein bestimmtes Merkmal der Ware von den objektiven Anforderungen abweicht, und dass diese Abweichung im Vertrag ausdrücklich und gesondert vereinbart wird (BeckOK BGB/Faust, 79. Ed. 1.5.2026, BGB § 476 Rn. 20). Diese Voraussetzungen sind hier nicht erfüllt.
- 17 **(1)** Die schriftlichen Vertragsunterlagen genügen den Anforderungen des § 476 Abs. 1 S. 2 BGB nicht. Der Passus in der sog. Übernahme-Checkliste (Anlage K 1), dass der Käufer die „Ausstattung gemäß der vereinbarten Spezifikationen“ bestätigt, lässt völlig offen, auf welche „vereinbarten Spezifikationen“ hiermit Bezug genommen wird. Entsprechendes gilt für den in den „Bedingungen“ (Anlage K 1) unter der Rubrik „Der Käufer bestätigt die Abweichung von der objektiven Vertragsmäßigkeit“ enthaltenen Passus „Ich wurde vor dem Verkauf auf die Abweichungen (siehe sonstige Vereinbarungen) hingewiesen und bin damit einverstanden“. Auch insoweit erschließt sich nicht, auf welche „sonstigen Vereinbarungen“ hiermit Bezug genommen wird.
- 18 **(2)** Auch mündlich wurde den Anforderungen des § 476 Abs. 1 S. 2 BGB nicht genügt. Dabei bedarf es keiner Entscheidung der umstrittenen Frage, ob eine Vereinbarung i.S.d. § 476 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 BGB auch mündlich erfolgen kann (vgl. zum Meinungsstand BeckOK BGB/Faust, 79. Ed. 1.5.2026, BGB § 476 Rn. 28 m.w.N.). Eine mündliche Vereinbarung, für deren Vorliegen die Beklagte die Beweislast trägt (vgl. MüKoBGB/S. Lorenz, 9. Aufl. 2024, BGB § 476 Rn. 40), ist jedenfalls nicht erwiesen. Das Landgericht hat nicht feststellen können, dass der Zeuge G. die Klägerin im Verkaufsgespräch über die fehlenden Ausstattungsmerkmale informiert hat. Auch insoweit bestehen keine Zweifel an der Richtigkeit oder Vollständigkeit der Feststellungen des Landgerichts i.S.d. § 529 Abs. 1 Nr. 1 ZPO. Die diesbezügliche Beweiswürdigung des Landgerichts weist keine Fehler auf.
- 19 **(aa)** Die vom Landgericht informatorisch angehörte Klägerin hat bestritten, vom Zeugen G. über fehlende Ausstattungsmerkmale informiert worden zu sein. Ausstattungsmerkmale seien bei der Besichtigung nicht besprochen worden.
- 20 **(bb)** Demgegenüber hat der Zeuge G. zwar bekundet, er habe die Klägerin anhand eines Gutachtens über die beim Fahrzeug vorhandenen Ausstattungsmerkmale in Kenntnis gesetzt. Es bestehen jedoch erhebliche Zweifel an der Glaubhaftigkeit dieser Aussage. Wie das Landgericht zutreffend festgestellt hat, hat der Zeuge erhebliche Erinnerungslücken bezüglich des Verkaufsvorgangs offenbart. So wusste der Zeuge etwa nicht mehr sicher, ob die Klägerin eine Anzahlung überwiesen hatte. Auch waren ihm die erfolgten WhatsApp-Nachrichten, für die er nach eigenem Bekunden zuständig sei, nicht mehr innerlich. Weiter hatte er keine sichere Erinnerung mehr daran, ob er mit der Klägerin über einen CD-Spieler und Sportsitze gesprochen hat. Auch wusste er nicht mehr genau, was die restlichen Punkte waren, die der Klägerin wichtig gewesen sein sollen. Zudem wusste er nicht mehr sicher, ob die Klägerin eine EVB-Nummer selbst mitgebracht hatte. Schließlich wusste er nicht mehr, ob er mit der Klägerin die Checkliste durchgegangen ist und ob in der Checkliste alle Punkte in Ordnung waren. Angesichts dieser erheblichen

Erinnerungslücken sind insgesamt erhebliche Zweifel an der Zuverlässigkeit der Angaben des Zeugen zum Ablauf des Verkaufsgesprächs veranlasst.

- 21 **(cc)** Bei dieser Beweislage hat das Landgericht richtigerweise nicht die Überzeugung i.S.d. § 286 ZPO davon gewinnen können, der Zeuge G. habe die Klägerin im Verkaufsgespräch über die fehlenden Ausstattungsmerkmale informiert. Dabei muss nicht darüber befunden werden, ob mit dem Landgericht schon nicht davon ausgegangen werden kann, dass der Zeuge G. überhaupt diejenige Person war, die das Verkaufsgespräch mit der Klägerin geführt hat. Es besteht jedenfalls kein ausreichendes Maß an Gewissheit, dass der Zeuge im Verkaufsgespräch, mag dieses auch von ihm geführt worden sein, die Klägerin über fehlende Ausstattungsmerkmale informiert hat. Vielmehr steht hier letztlich Aussage gegen Aussage, ohne dass den Angaben des Zeugen G. größerer Glaube geschenkt werden könnte als denjenigen der Klägerin.
- 22 **b)** Das Landgericht hat auch zu Recht angenommen, dass die Rechte der Klägerin wegen der Mängel nicht gemäß § 442 Abs. 1 BGB ausgeschlossen sind. Eine positive Kenntnis der Klägerin von den Mängeln bei Vertragsschluss lässt sich nicht feststellen. Wie vorstehend ausgeführt, hat das Landgericht entgegen der Auffassung der Beklagten unter zutreffender Beweismwürdigung gerade nicht festgestellt, dass die Klägerin vom Zeugen G. über die fehlenden Ausstattungsmerkmale informiert wurde. Hieran ist der Senat gemäß § 529 Abs. 1 Nr. 1 ZPO gebunden.
- 23 **c)** Schließlich ist der Rücktritt auch nicht gemäß § 323 Abs. 5 S. 2 BGB ausgeschlossen.
- 24 **aa)** Die Beurteilung, ob eine unerhebliche Pflichtverletzung i.S.d. § 323 Abs. 5 S. 2 BGB vorliegt, erfordert eine umfassende Interessenabwägung auf der Grundlage der Umstände des Einzelfalls (BGH, Urteil vom 06.05.2026 – VIII ZR 257/23, BeckRS 2026, 12783 Rn. 42 m.w.N.). Die Darlegungs- und Beweislast für die tatsächlichen Voraussetzungen der Unerheblichkeit der Pflichtverletzung liegt beim Verkäufer (BGH, Urteil vom 06.05.2026 – VIII ZR 257/23, BeckRS 2026, 12783 Rn. 42; BeckOK BGB/H. Schmidt, 79. Ed. 1.8.2026, BGB § 323 Rn. 53).
- 25 **bb)** Im vorliegenden Fall sind keine Umstände ersichtlich, welche die Unerheblichkeit der Pflichtverletzung begründen könnten. Die Beklagte hat solche Umstände bereits nicht vorgetragen. Allein der angeführte Umstand, dass das Fahrzeug uneingeschränkt fahrbereit war und die Klägerin mit diesem 17.000 km zurückgelegt hat, vermag die Unerheblichkeit der Pflichtverletzung nicht zu begründen.
- 26 **2.** In Betracht kommt jedoch, dass die Beklagte mit ihrem Einwand, die Klägerin habe das Fahrzeug nach Schluss der mündlichen Verhandlung erster Instanz weiter genutzt und damit weitere Gebrauchsvorteile erlangt, Erfolg hat. Bei diesem Einwand handelt es sich um ein erst nach dem Schluss der mündlichen Verhandlung erster Instanz neu entstandenes Verteidigungsmittel, welches ohne die sich aus § 531 Abs. 2 ZPO ergebenden Beschränkungen im Berufungsverfahren zu berücksichtigen ist (vgl. BGH, Beschluss vom 22.04.2010 – I ZR 17/09, NJW-RR 2010, 1478 Rn. 7). In der Sache muss sich die Klägerin auf ihren Rückgewähranspruch die bis zum Schluss der mündlichen Verhandlung in der letzten Tatsacheninstanz entstandenen Gebrauchsvorteile anrechnen lassen (vgl. OLG Düsseldorf, Urteil vom 18.08.2016 – 3 U 20/15, BeckRS 2016, 18226 Rn. 55; MüKoBGB/Gaier, 10. Aufl. 2025, BGB § 346 Rn. 86; BeckOK BGB/H. Schmidt, 79. Ed. 1.8.2026, BGB § 346 Rn. 48). Daraus folgt, dass der Entscheidung über die Berufung die bis zum Schluss der mündlichen Verhandlung in der Berufungsinstanz entstandenen

Gebrauchsvorteile zugrunde zu legen sind. Dies gilt auch bei einem etwaigen Vorgehen nach § 522 Abs. 2 ZPO, weil auch in diesem Fall ein dem Schluss der mündlichen Verhandlung entsprechender Zeitpunkt existiert (vgl. BGH, Urteil vom 28.07.2011 - VII ZR 180/10, NJW-RR 2011, 1528 Rn. 13; OLG Karlsruhe, Urteil vom 27.04.2016 - 7 U 92/15, BeckRS 2016, 15271 Rn. 13). Der Senat wird daher bei streitigem Fortgang des Verfahrens noch Feststellungen dazu zu treffen haben, ob und gegebenenfalls in welchem Umfang die Klägerin nach Schluss der mündlichen Verhandlung erster Instanz weitere Gebrauchsvorteile des Fahrzeugs erlangt hat. Insofern bleibt zunächst die diesbezügliche Einlassung der Klägerin in einer gegebenenfalls noch einzuholenden Berufungserwidern abzuwarten.

27 **II.** Das Landgericht hat zu Recht in Tenor Ziff. 2 die Feststellung ausgesprochen, dass sich die Beklagte mit der Rücknahme des streitgegenständlichen Fahrzeugs in Annahmeverzug befindet. Die Klägerin hat der Beklagten die Rückgabe und Rückübereignung des streitgegenständlichen Fahrzeugs in Annahmeverzug (§§ 293 ff. BGB) begründender Weise angeboten. Da Leistungsort im Falle des Rücktritts der Ort ist, an dem sich die Sache vertragsgemäß befindet, genügt gemäß § 295 BGB das wörtliche Angebot der Klägerin im Anwaltsschreiben vom 25.11.2025 (Anlage K 7), das Fahrzeug bei ihr abzuholen (vgl. OLG Köln, Beschluss vom 28. März 2011 - I-3 U 174/10 -, Rn. 10, juris).

28 **III.** Schließlich hat das Landgericht die Beklagte in Tenor Ziff. 3 auch zu Recht zur Zahlung von vorgerichtlichen Rechtsanwaltskosten in Höhe von 655,75 € an die Klägerin verurteilt. Der Anspruch ergibt sich aus §§ 280 Abs. 1, 437 Nr. 3 BGB. Die Pflichtverletzung der Beklagten liegt darin, dass sie kein mangelfreies Fahrzeug geliefert hat (vgl. MüKoBGB/Ernst, 10. Aufl. 2025, BGB § 280 Rn. 77). Das Vertretenmüssen der Beklagten wird gemäß § 280 Abs. 1 S. 2 BGB vermutet; sie hat nichts zu ihrer Entlastung vorgetragen.

C.

29 Aus den vorstehend unter B.I.2. genannten Gründen kommt jedenfalls derzeit ein Vorgehen nach § 522 Abs. 2 ZPO nicht in Betracht. Der Senat regt gleichwohl eine Berufungsrücknahme an. Die Fortführung des Berufungsverfahrens mit dem alleinigen Ziel der Abänderung des erstinstanzlichen Urteils wegen weiterer von der Klägerin erlangter Gebrauchsvorteile erscheint im Hinblick auf die hierdurch entstehenden weiteren Prozesskosten nicht sinnvoll. Denn die Beklagte kann ihren Anspruch gegen die Klägerin auf Herausgabe weiterer erlangter Gebrauchsvorteile auch außerhalb des vorliegenden Berufungsverfahrens realisieren. Von der Rechtskraft des erstinstanzlichen Urteils wären im Falle einer Berufungsrücknahme nur die bis zum Schluss der mündlichen Verhandlung erster Instanz erlangten Gebrauchsvorteile erfasst, sodass sämtliche nach Schluss der mündlichen Verhandlung erster Instanz bis zur Durchführung der Rückabwicklung erlangten weiteren Gebrauchsvorteile von dem im erstinstanzlichen Urteil titulierten Rückzahlungsanspruch noch in Abzug zu bringen wären.

D.

30 Die Parteien erhalten Gelegenheit zur Stellungnahme **binnen zwei Wochen**.

Sonstiger Langtext

Nicht rechtskraftfähig.

