

# Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



---

Geschäfts-Nr.: NP170035-O/U

Mitwirkend: Oberrichter lic. iur. P. Diggelmann, Vorsitzender, Oberrichterin  
lic. iur. E. Lichti Aschwanden und Oberrichter Dr. S. Mazan sowie  
Gerichtsschreiberin MLaw M. Schnarwiler

## Urteil vom 24. Mai 2018

in Sachen

**A.**\_\_\_\_\_,  
Kläger

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. X.\_\_\_\_\_

gegen

**B.**\_\_\_\_\_ **AG**,  
Beklagte

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. Y.\_\_\_\_\_

betreffend **Forderung**

**Berufung gegen ein Urteil des Einzelgerichtes (10. Abteilung) des Bezirks-  
gerichtes Zürich vom 25. September 2017; Proz. FV150245**

**Rechtsbegehren klagende Partei:**  
**(act. 2, act. 15 S. 1, act. 21 S. 2)**

- " 1. Es sei der Kaufpreis des von der Beklagten an den Kläger am 15. November 2013 für Fr. 19'500.00 verkauften "Land-Rover Freelander ..." um Fr. 6'015.35 zu mindern und die Beklagte zu verpflichten dem Kläger diesen Betrag zu bezahlen.
2. Es sei die Beklagte zu verpflichten dem Kläger Fr. 11'192.02 als Ersatz für weiteren Schaden zu bezahlen.
3. Es sei festzustellen, dass die Forderung der Beklagten für die von ihr im August 2014 (Auftrags-Nr. ...) durchgeführte Reparaturen am "Land-Rover Freelander ..." gemäss Rechnung vom 6. Oktober 2010 gegenüber dem Kläger in Höhe von Fr. 1'204.80 nicht besteht.

Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen (zzgl. 8% MwSt) zu Lasten der Beklagten."

- " 1. Die Widerklage sei vollumfänglich abzuweisen.

Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen (zzgl. 8% MwSt) zu Lasten der Widerklägerin."

**Rechtsbegehren beklagte Partei:**  
**(act. 17, act. 29 S. 2)**

- " 1. Es sei die Klage vollumfänglich abzuweisen.
2. Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zuzüglich Mehrwertsteuer zu Lasten des Klägers und Widerbeklagten."

Widerklage:

- " 1. Es sei die Klägerin und Widerbeklagte zu verpflichten, der Beklagten und Widerklägerin den Betrag von CHF 2'067.60 nebst Zins zu 5% seit 7. November 2014 zu bezahlen.
2. Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zuzüglich Mehrwertsteuer zu Lasten des Klägers und Widerbeklagten."

**Urteil des Bezirksgerichtes Zürich vom 25. September 2017:**

1. Die Klage wird abgewiesen.
2. Die Widerklage wird gutgeheissen. Demgemäss wird der Kläger verpflichtet, der Beklagten Fr. 2'067.60 zzgl. Zins seit dem 7. November 2014 zu bezahlen. Es wird davon Vormerk genommen, dass der Kläger die Widerklage im Umfang von Fr. 862.08 anerkannt hat.
3. Die Entscheidegebühr wird auf Fr. 3'500.– festgesetzt. Allfällige weitere Auslagen bleiben vorbehalten.
4. Die Gerichtskosten werden dem Kläger auferlegt und mit den geleisteten Vorschüssen verrechnet. Der Fehlbetrag von Fr. 72.– wird vom Kläger nachgefordert.
5. Der Kläger wird verpflichtet, der Beklagten eine Parteientschädigung von Fr. 4'000.– (inkl. Mehrwertsteuer) zu bezahlen.
6. [Schriftliche Mitteilung].
7. [Rechtsmittelbelehrung].

**Berufungsanträge:**

des Klägers (act. 63):

- "1. Das Urteil des Bezirksgerichts Zürich vom 25. September 2017 sei aufzuheben.
2. Es sei der Kaufpreis des von der Berufungsbeklagten an den Berufungskläger am 15. November 2013 für Fr. 19'500.00 verkauften "Land-Rover Freelander ..." um Fr. 6'015.35 zu mindern und die Berufungsbeklagte zu verpflichten, dem Berufungskläger diesen Betrag zu bezahlen.
3. Es sei die Berufungsbeklagte zu verpflichten, dem Berufungskläger Fr. 11'192.02 als Ersatz für weiteren Schaden zu bezahlen.
4. Es sei festzustellen, dass Forderung der Berufungsbeklagten für die von ihr im August 2014 (Auftrags-Nr. ...) durchgeführten Reparaturen am "Land-Rover Freelander ..." gemäss Rechnung vom 6. Oktober 2010 gegenüber dem Berufungskläger in Höhe von Fr. 1'204.80 nicht besteht.
5. Es seien die bereits vor erster Instanz angerufenen Zeugen C.\_\_\_\_\_, D.\_\_\_\_\_, E.\_\_\_\_\_ und F.\_\_\_\_\_ zu befragen;

6. Es sei wie vor der Vorinstanz beantragt ein gerichtliches Gutachten zur Bestimmung der Mangelhaftigkeit des Oelkühlers sowie des EGR-Kühlers in Auftrag zu geben;
7. Eventualiter sei das Urteil des Bezirksgerichts Zürich vom 25. September 2017 aufzuheben und zur Ergänzung des Sachverhalts (inkl. Befragung der bereits vor Vorinstanz genannten Zeugen C.\_\_\_\_\_, D.\_\_\_\_\_, E.\_\_\_\_\_ und F.\_\_\_\_\_ und der Erstellung eines gerichtlichen Gutachtens) sowie zur neuerlichen Beurteilung an die Vorinstanz zurück zu weisen;
7. Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zulasten der Berufungsbeklagten."

der Beklagten (act. 72):

"Es sei die Berufung vollumfänglich abzuweisen unter Kosten- und Entschädigungsfolgen (inkl. MWST) zu Lasten des Klägers und Berufungsklägers."

**Erwägungen:**

1. Sachverhaltsüberblick

1.1. Im Herbst 2013 interessierte sich der Kläger für den Kauf eines Occasionsfahrzeuges der Marke Land Rover Freelander .... Dabei stiess er auf die Beklagte, die damals über zwei Land Rover dieses Typs verfügte, wobei ein Fahrzeug ein automatisches Getriebe und das andere Fahrzeug ein handgeschaltetes Getriebe hatte. Der Verkäufer der Beklagten, G.\_\_\_\_\_, teilte dem Kläger mit, dass beim Fahrzeug mit dem automatischen Getriebe der Zylinderkopf defekt sei.

1.2. Nach einer Probefahrt entschied sich der Kläger für das handgeschaltete Fahrzeug. Mit Kaufvertrag vom 15. November 2013 erwarb der Kläger das Occasionsfahrzeug Land Rover Freelander ... für Fr. 19'500.00 (act. 4/5). Gemäss Kaufvertrag war das Fahrzeug erstmals am 1. Juni 2007 in Verkehr gesetzt worden und wies im Zeitpunkt des Kaufes 117'200 gefahrene Kilometer auf. Dem Kaufvertrag kann weiter entnommen werden, dass die Parteien eine einjährige

Occasionsgarantie AGVS, Quality 1 AG abschlossen (vgl. act. 18/3; act. 18/4) und die gesetzliche Gewährleistung vollständig ausschlossen (act. 4/5 S. 1).

1.3. Drei Tage nach dem Abschluss des Kaufvertrages stellte sich heraus, dass nicht das Fahrzeug mit automatischem Getriebe, sondern das vom Kläger gekaufte handgeschaltete Fahrzeug eine defekte Zylinderkopfdichtung hatte. Nachdem G.\_\_\_\_\_ den Kläger entsprechend orientiert hatte, erklärte sich dieser bereit, das Fahrzeug zu übernehmen, sofern die notwendigen Reparaturen vorgenommen würden. Am 18. Dezember 2013 wurde das Fahrzeug nach Durchführung der Reparaturarbeiten im Rahmen einer Fahrzeugprüfung durch das Strassenverkehrsamt des Kantons Zürich geprüft. Am 21. Dezember 2013 übergab die Beklagte dem Kläger das mit Kaufvertrag vom 15. November 2013 gekaufte Fahrzeug. In der Zwischenzeit verfügte der Kläger über ein Ersatzfahrzeug, welches ihm die Beklagte zur Verfügung gestellt hatte.

1.4. Nach der Übergabe des Fahrzeuges am 21. Dezember 2013 sollen nach der Darstellung des Klägers wiederholt Probleme aufgetreten sein. So macht der Kläger geltend, dass sich eine erste Panne bereits am 25. Dezember 2013 – das heisst vier Tage nach der Übergabe – ereignet haben soll und das Fahrzeug wegen Kühlwasserverlustes stehen geblieben sei; in der Folge sei es zu einer ganzen Serie von Pannen gekommen. Der Kläger führt die Probleme darauf zurück, dass wegen eines defekten Oelkühlers Oel ins Kühlwasser gelangt sei, wodurch die Kühlschläuche porös geworden seien; das dadurch austretende Kühlwasser sei durch einen undichten EGR-Kühler in den Brennraum gelangt, wodurch es zur Überhitzung des Zylinderkopfes gekommen sei. Der defekte Oelkühler in Kombination mit dem undichten EGR-Kühler seien somit ursächlich für den anfänglichen Defekt an der Zylinderkopfdichtung; mit dem Ersatz der defekten Zylinderkopfdichtung sei die Beklagte nicht den Problemen mit dem Fahrzeug auf den Grund gegangen, sondern habe nur die Symptome bekämpft.

1.5. Mit dem vorliegenden Verfahren verlangt der Kläger im Wesentlichen eine Minderung des Kaufpreises und Ersatz für den durch das Fahrzeug verursachten Schaden.

## 2. Prozessgeschichte, wesentlichen Verfahrensschritte

2.1. Am 13. Oktober 2015 machte der Kläger das vorliegende Verfahren durch Einreichung des Schlichtungsgesuchs beim Friedensrichteramt der Stadt Zürich 3 + 9 rechtshängig. Da sich die Parteien nicht einigen konnten, stellte der Friedensrichter am 8. Dezember 2015 die Klagebewilligung aus (act. 1).

2.2. Mit Klage vom 14. Dezember 2015 gelangte der Kläger ans Bezirksgericht Zürich und stellte die obgenannten Anträge (act. 2). Da die Klage keine Begründung enthielt, stellte das Bezirksgericht die Klage dem Beklagten in Anwendung Art. 245 Abs. 1 ZPO zu (act. 9) und lud die Parteien auf den 23. Mai 2016 zur Hauptverhandlung vor (act. 11). Anlässlich der Hauptverhandlung hielt der Kläger an seinem Rechtsbegehren fest und begründete seine Klage (act. 15). Die Beklagte erstattete die Klageantwort und erhob Widerklage mit den obgenannten Rechtsbegehren (act. 17). Im Anschluss daran erklärten sich die Parteien damit einverstanden, das Verfahren schriftlich fortzuführen (VI-Prot, S. 10). Am 22. Juni 2016 erstattete der Kläger die Replik und Widerklageantwort (act. 21). Die Duplik und Widerklagereplik der Beklagten datiert vom 3. Oktober 2016 (act. 29). Am 14. November 2016 erstattete der Kläger die Widerklageduplik (act. 35). Anlässlich einer Instruktionsverhandlung vom 13. März 2017 konnte keine Einigung erzielt werden (Prot. I S 16). In der Folge führte das Bezirksgericht ein Beweisverfahren durch (act. 40), wobei G.\_\_\_\_\_ am 17. Mai 2017 als Zeuge einvernommen wurde (act. 53). Die Stellungnahmen der Parteien zum Beweisergebnis datieren vom 24. Mai 2017 (act. 56 [Beklagte]) bzw. 29. Mai 2017 (act. 57 [Kläger]). Mit Urteil vom 25. September 2017 wies das Bezirksgericht die Klage ab und hiess die Widerklage gut (act. 66).

2.3. Mit Berufung vom 13. November 2017 stellte der Kläger die obgenannten Anträge (act. 63). Die Berufungsantwort datiert vom 19. Januar 2018 (act. 72). Die Berufungsantwort wurde dem Kläger am 9. April 2018 zur Kenntnis zugestellt (act. 75).

### 3. Formelles

Erstinstanzliche Endentscheide der Bezirksgerichte im ordentlichen Verfahren sind mit Berufung nach Art. 308 ff. ZPO anfechtbar (vgl. Art. 308 Abs. 1 lit. a ZPO). Der Streitwert der zuletzt aufrecht erhaltenen Rechtsbegehren übersteigt die Streitwertgrenze von Fr. 10'000.00 (Art. 308 Abs. 2 ZPO). Auf die rechtzeitig schriftlich und begründet eingereichte Berufung des Klägers ist einzutreten.

### 4. Materielles

#### 4.1. Parteistandpunkte

4.1.1. Die Parteien sind sich darin einig, dass die Beklagte in der Zeit zwischen dem Vertragsabschluss (15. November 2013) und vor der Übergabe des Fahrzeuges (21. Dezember 2013) die defekte Zylinderkopfdichtung auswechselte (act. 1 Rz. 4 [Kläger], act. 17 Rz. 8 [Beklagte]). Unbestritten ist ferner, dass die Beklagte im gleichen Zeitraum auch den Oelkühler austauschte (act. 21 Rz. 35 ff. und 138 ff. [Kläger]; Prot I S. 7 zu Ziff. 10 und act. 29 Rz. 7.9 [Beklagte]). Umstritten ist jedoch, ob diese Reparaturarbeiten fachmännisch ausgeführt wurden.

4.1.2. Der Kläger macht geltend, dass bereits am 25. Dezember 2013 – d.h. vier Tage nach Übergabe am 21. Dezember 2013 – eine erste Panne infolge Kühlwasserverlusts aufgetreten sei (act. 21 Rz. 24 ff. und S. 35 Rz. 141). Anschliessend hätten sich weitere vergleichbare Pannen ereignet. Daraus schliesst der Kläger, dass die Beklagte mit der Auswechslung der Zylinderkopfdichtung nicht dem Ursprung der Probleme auf den Grund gegangen sei, sondern nur die Symptome bekämpft habe (act. 15 Rz. 15, act. 63 Rz. 18). Der Kläger behauptet, ein Defekt am Oelkühler sowie ein undichter EGR-Kühler seien ursächlich für die unzähligen Probleme mit dem Fahrzeug gewesen. Durch den defekten Oelkühler sei Oel ins Kühlwasser gelangt, wodurch die Kühlschläuche porös geworden seien und Kühlwasser entwichen sei (act. 15 Rz. 11/14, act. 21 S. 10 Rz. 35). Das austretende Kühlwasser sei sodann über den undichten EGR-Kühler in den Brennraum gelangt, wobei es zur Überhitzung des Zylinderkopfes gekommen sei. Der defekte Oelkühler in Kombination mit dem undichten EGR-Kühler seien somit ur-

sächlich für den anfänglichen Defekt an der Zylinderkopfdichtung (act. 21 S. 11 Rz. 40).

4.1.3. Die Beklagte wendet dagegen ein, dass der Austausch der Zylinderkopfdichtung nicht zu beanstanden sei und dass ein neuer Oelkühler fachmännisch eingebaut worden sei (act. 29 Rz. 7.9, act. 72 Rz 6.8). Das Fahrzeug sei in einwandfreiem Zustand übergeben worden. Das Strassenverkehrsamt des Kantons Zürich habe bei der Inspektion vom 18. Dezember 2013 keine Mängel am Fahrzeug festgestellt und einen entsprechend positiven Prüfbericht erstattet (act. 17 Rz. 12; act. 29 Rz. 6.3, act. 72 Rz. 6.4). Der Kläger habe darauf verzichtet, kurz nach dem Kauf des Fahrzeuges im Rahmen einer vorsorglichen Beweisführung eine Beweisabnahme zu verlangen; heute könne der Beweis für die Behauptungen des Klägers nicht mehr erbracht werden, was dieser zu verantworten habe (Prot I S. 7 zu Ziff. 11, act. 29 S. 3 f. Rz. 5). Die vom Kläger behauptete Kausalkette sei eine reine Mutmassung und werde bestritten (act. 72 Rz. 6.9).

#### 4.2. Rechtliche Würdigung

4.2.1. Mit Kaufvertrag vom 15. November 2013 vereinbarten die Parteien, dass der Kläger von der Beklagten einen Land Rover Freelander ... gegen den Kaufpreis von Fr. 19'500.00 erwirbt. Dabei handelt es sich um einen Kaufvertrag nach Art. 184 ff. OR. Das gültige Zustandekommen des Kaufvertrages ist unbestritten. Die Parteien haben zudem eine Occasionsgarantie (AGVS Garantie) für die Dauer vom 28. Dezember 2013 bis 27. Dezember 2014 vereinbart und die gesetzliche Gewährleistung vollständig wegbedungen (act. 14/2, 14/3 und 14/4). Unbestritten ist ebenfalls, dass das erworbene Fahrzeug einen Defekt an der Zylinderkopfdichtung aufwies, weshalb diese im Einverständnis des Klägers vor der Übergabe des Fahrzeuges am 21. Dezember 2013 ausgewechselt wurde. Ferner wurde der Oelkühler vor der Übergabe des Fahrzeuges am 21. Dezember 2013 ersetzt.

4.2.2. Gemäss Art. 197 OR haftet der Verkäufer dem Käufer sowohl für zugesicherte Eigenschaften als auch dafür, dass die Sache nicht körperliche oder rechtliche Mängel habe, die ihren Wert oder ihre Tauglichkeit zum vorausgesetzten Gebrauch aufheben oder erheblich mindern. Folglich haftet der Verkäufer dem



Kläger für "zugesicherte Eigenschaften" und für "körperliche oder rechtliche Mängel". Diese Regelung ist dispositives Gesetzesrecht. Die gesetzliche Gewährspflicht kann vertraglich aufgehoben oder beschränkt werden, wobei gemäss Art. 199 OR eine Vereinbarung über die Aufhebung oder Beschränkung der Gewährspflicht ungültig ist, wenn der Verkäufer dem Käufer die Gewährsmängel arglistig verschwiegen hat. Diese Freizeichnung bezieht sich nur auf Mängel, weil nicht gleichzeitig eine Eigenschaft zugesichert und die Haftung bei Fehlen der zugesicherten Eigenschaft ausgeschlossen werden kann (BGE 109 II 24 E. 4).

4.2.3. Im vorliegenden Fall schlossen die Parteien im Kaufvertrag vom 15. November 2013 die gesetzliche Gewährleistung für Mängel vollständig aus und vereinbarten eine einjährige Occasionsgarantie AGVS, Quality 1 AG (act. 4/5 S. 1). Als sich nachträglich herausstellte, dass das gekaufte Fahrzeug eine defekte Zylinderkopfdichtung hatte, vereinbarten die Parteien, dass die defekte Zylinderkopfdichtung auszuwechseln war; unbestritten ist ferner, dass die Beklagte im Zug dieser Reparaturarbeiten auch den Oelkühler ersetzte. Es ist selbstverständlich, dass sich die Beklagte in dieser ergänzenden Vereinbarung verpflichtete, die Reparaturarbeiten fachmännisch zu erledigen. Mit anderen Worten ist von einer Zusicherung auszugehen, dass die Reparaturarbeiten – das heisst die Auswechslung der Zylinderkopfdichtung und des Oelkühlers – einwandfrei ausgeführt werden. Umgekehrt war keine komplette Mängelfreiheit des im Kaufzeitpunkt 6 Jahre alten und 117'200 gefahrene Kilometer aufweisenden Occasionsfahrzeuges zugesichert. Wenn der Kläger in der Berufung sinngemäss geltend macht, es sei vereinbart gewesen, dass ein vollständig mängelfreies Occasionsfahrzeug übergeben werde (act. 63 Rz. 42), ist er darauf hinzuweisen, dass er gemäss Kaufvertrag ein Occasionsauto mit der speziellen Abmachung "Durch die abgeschlossene Occasionsgarantie wird die gesetzliche Gewährleistung vollständig ausgeschlossen" abschloss (act. 4/5 S. 1). Der Kläger führt selbst aus, die Parteien hätten nachträglich vereinbart, dass "alles ordnungsgemäss zu repariert" sei (act. 63 Rz. 42 mit Hinweis auf act. 16/13), was so zu verstehen ist, dass die Reparaturarbeiten – das heisst die Auswechslung der Zylinderkopfdichtung und des Oelkühlers – einwandfrei ausgeführt werden. Insgesamt wurde somit keine Mängelfreiheit des Fahrzeuges im Allgemeinen zugesichert; immerhin war die Beklagte ver-

pflichten, die zugesicherten Reparaturarbeiten am Zylinderkopf und den Einbau eines neuen Oelkühlers einwandfrei auszuführen.

4.2.4. Damit ist die entscheidende Frage, ob die zugesicherten Reparaturarbeiten – das heisst die Auswechslung der Zylinderkopfdichtung und des Oelkühlers – in der Zeit zwischen dem Vertragsabschluss (15. November 2013) und der Übergabe des Fahrzeuges (23. Dezember 2013) einwandfrei ausgeführt wurden.

a. Der Kläger argumentiert, dass sich bereits am 25. Dezember 2013 – das heisst vier Tage nach der Übergabe des Fahrzeuges am 21. Dezember 2013 – eine erste Panne wegen Kühlwasserverlustes ereignet habe. In der Folge hätten sich eine ganze Reihe vergleichbarer Pannen ereignet. Der Kläger schliesst daraus, dass die Beklagte mit der Auswechslung der Zylinderkopfdichtung und dem Einbau eines neuen Oelkühlers nur die Symptome bekämpft habe, der Ursache des Problems aber nicht auf den Grund gegangen sei (act. 63 Rz. 18). Effektiv sei durch den defekten Oelkühler Oel ins Kühlwasser gelangt, welches über den undichten EGR-Kühler in den Brennraum gelangt sei, wodurch es zur Überhitzung des Zylinderkopfes gekommen sei. Wie erwähnt bestritt die Beklagte sowohl den vom Kläger behaupteten Kausalverlauf als auch die Behauptung des Klägers, dass sich die erste Panne einer ganzen Pannenserie am 25. Dezember 2013 ereignet habe.

b. Trotz verschiedenen Beweisanträgen des Klägers verzichtete die Vorinstanz in diesem Zusammenhang auf die Durchführung eines Beweisverfahrens. Sie führte aus, dass der Kläger mit dem Fahrzeug seit der Übernahme (Stand 117'200 km) intensiv gefahren sei. Weder aus den Rechnungen und Tagebucheinträgen noch aus einem am 27. März 2015 durchgeführten TCS-Occasionstest (vgl. act. 16/15) lasse sich rechtsgenügend der Schluss ziehen, dass die Beklagte die Zylinderkopfdichtung und den Oelkühler vor der Übergabe nicht fachgerecht ausgetauscht habe. Die Beklagte bestreite dies substantiiert und beruft sich insbesondere auf den Bericht des Strassenverkehrsamtes vom 18. Dezember 2013. Zudem sei auch nicht sicher, dass die ins Recht gelegten Fahrzeugteile vom streitgegenständlichen Fahrzeug stammten. Aufgrund der Zeitdauer, der gefahrenen Kilometer und der mittlerweile erfolgten Reparaturen lasse sich nicht mehr

aussagekräftig rekonstruieren, ob die Beklagte die Zylinderkopfdichtung und die Oelkühleinheit vor der Übergabe fachmännisch repariert habe. Der Kläger habe die Folgen dieser Beweislosigkeit zu tragen. Im Übrigen bestreite der Kläger nicht, dass die durch die Beklagten ausgetauschte Zylinderkopfdichtung immer noch im Fahrzeug sei und erkläre, dass das Fahrzeug heute "einwandfrei" funktioniere, was den Schluss zulasse, dass es keinen Mangel an der von der Beklagten ausgewechselten Zylinderkopfdichtung gebe (act. 66 S. 27 E. 3.6).

c. Damit nimmt die Vorinstanz eine antizipierte Beweiswürdigung vor, die nicht vertretbar ist. Ausgangspunkt ist, dass der Kläger wiederholt darauf hinwies, dass es bereits am 25. Dezember 2013 – d.h. vier Tage nach der Übergabe am 21. Dezember 2013 – zu einer Panne mit Kühlwasserverlust gekommen sei und dass dies der Anfang einer ganzen Serie von Pannen gewesen sei. Wenn es unmittelbar nach der Übergabe des Fahrzeuges zu einer ersten Panne mit Kühlwasserverlust und anschliessend zu einer ganzen Serie vergleichbarer Pannen gekommen sein sollte, können die Pannen entgegen der Darstellung der Vorinstanz nicht auf die intensive Nutzung des Fahrzeuges seit der Übergabe und auf zwischenzeitlich vorgenommenen Reparaturen zurückzuführen sein. Wenn der Kläger behauptet, dass sich unmittelbar nach der Übergabe des reparierten Autos erste Pannen ereignet hätten, weil die zugesicherten Reparaturarbeiten nicht korrekt ausgeführt worden seien, hat er Anspruch auf beweismässige Abklärung dieser rechtserheblichen strittigen Behauptung. Dabei ist einerseits die umstrittene Tatsachenbehauptung zu klären, ob es unmittelbar nach der Übergabe des Fahrzeuges am 25. Dezember 2013 zu einer ersten Panne und anschliessend zu einer ganzen Serie von Pannen gekommen ist; diesbezüglich wird insbesondere der Zeuge G. \_\_\_\_\_ zu befragen sein, wobei auch weitere Beweismittel – diverse Rechnungen, Tagebucheinträge betreffend Verlust von Kühlwasser – berücksichtigt werden können. Andererseits wird zu klären sein, ob sich der vom Kläger behauptete Kausalverlauf nachweisen lässt, wonach ein defekter Oelkühler in Kombination mit einem undichten EGR-Filter Ursache für die unmittelbar nach der Übergabe des Fahrzeuges aufgetretene Panne und die daran anschliessenden Pannen gewesen sein können; diesbezüglich wird es erforderlich sein, ein Gutachten einzuholen. Es besteht zwar durchaus die Möglichkeit, dass sich ein Gut-

achter ausser Stande sieht, sich nach längerer Zeit zur Qualität der zugesicherten Reparaturarbeiten bei der Übergabe des Fahrzeuges zuverlässig zu äussern. Dies kann jedoch nicht in vorweggenommener Beweiswürdigung angenommen werden. Vielmehr würde ein solches Beweisergebnis dazu führen, dass der beweispflichtige Gegner die Folgen der Beweislosigkeit zu tragen hätte (Art. 8 ZGB).

d. Insbesondere verfängt der Hinweis der Vorinstanz nicht, die Beklagte habe zutreffend geltend gemacht, der Prüfbericht des Strassenverkehrsamtes vom 18. Dezember 2013 (act. 18/6) belege, dass die Reparaturarbeiten korrekt ausgeführt worden seien; wenn sich am 25. Dezember 2013 eine erste Panne und anschliessend eine ganze Serie von Pannen ereignet haben sollte, ist es nicht ausgeschlossen, dass ein Problem des Fahrzeuges bei der Motorfahrzeugkontrolle übersehen wurde, sofern die hier interessierende Thematik überhaupt Gegenstand der Prüfung war. Auch der Hinweis der Vorinstanz, die Beklagte habe zutreffend darauf hingewiesen, der Kläger habe zugegeben, dass die eingebaute Zylinderkopfdichtung immer noch im Fahrzeug sei und einwandfrei funktioniere, ist nicht überzeugend; der Kläger machte wiederholt geltend, dass die Beklagte den Ursachen des Problems nicht auf den Grund gegangen sei, weshalb nach der Beseitigung der Ursachen die Zylinderkopfdichtung einwandfrei funktioniert.

e. Der Vollständigkeit halber ist festzuhalten, dass darauf verzichtet werden kann, nebst der Zeugenbefragung von G.\_\_\_\_\_ und der Einholung eines Gutachtens weitere Beweismittel abzunehmen, die im erst- und/oder zweitinstanzlichen Verfahren beantragt wurden. Zunächst kann auf eine Zeugeneinvernahme von C.\_\_\_\_\_ verzichtet werden (Beweisantrag in act. 15 Rz. 15 [Klagebegründung], act. 21 Rz. 39 ff. [Replik], act. 57 Rz. 31 [Schlussvortrag] und act. 63 Rz. 52 ff. [Berufungsverfahren]). C.\_\_\_\_\_ war Garagist bei der H.\_\_\_\_\_ Garage in .../BE, wo das Fahrzeug vom 12. Mai 2015 bis am 27. Juli 2015 repariert wurde (act. 15 Rz. 13). Da C.\_\_\_\_\_ in Bezug auf das Beweisthema, ob das Fahrzeug in der Zeit vom 15. November 2013 (Abschluss des Kaufvertrages) bis am 21. Dezember 2013 (Übergabe des Fahrzeuges) fachmännisch repariert wurde, keine eigenen Wahrnehmungen machen könnte, kommt er als Zeuge nicht in Frage (Art. 169 ZPO) Aus dem gleichen Grund erübrigt sich eine Zeugeneinvernahme von

F.\_\_\_\_\_ (Beweisantrag in act. 21 Rz. 60 [Replik]) und act. 63 Rz. 78 [Berufungsverfahren]). F.\_\_\_\_\_ führte am 27. März 2015 den TCS Occasionstest durch (act. 16/15). In Bezug auf die mehr als ein Jahr vorher ausgeführten Reparaturarbeiten konnte sich F.\_\_\_\_\_ kein eigenes Bild machen, weshalb auch er als Zeuge ausser Betracht fällt (Art. 169 ZPO). Sodann ist auch die Zeugeneinvernahme von D.\_\_\_\_\_ entbehrlich (Beweisantrag in act. 21 Rz. 73 [Replik], act. 57 Rz. 30 [Schlussvortrag]) und act. 63 Rz. 53 [Berufungsverfahren]). D.\_\_\_\_\_ ist der frühere Eigentümer des Fahrzeuges. Der Kläger verspricht sich aus der Einvernahme des früheren Eigentümers eine Bestätigung seiner Annahme, dass beim Fahrzeug schon früher vergleichbare Probleme aufgetreten sind. Nach der unbestrittenen Darstellung der Parteien wurden in der Zeit zwischen dem 15. November 2013 (Verkauf des Fahrzeuges) und dem 21. Dezember 2013 (Übergabe des Fahrzeuges) Reparaturarbeiten durchgeführt, die allfällige vorbestehende Mängel hätten beheben sollen. Für den vorliegenden Prozess ist nicht der vorbestehende Zustand des Fahrzeuges, sondern die einwandfreie Ausführung der zugesicherten Reparaturarbeiten massgebend, wozu sich der Zeuge D.\_\_\_\_\_ nicht äussern kann. Schliesslich ist auch auf eine Zeugenbefragung von E.\_\_\_\_\_ – Werkstattchef bei der Beklagten (act. 35 Rz. 57) – zu verzichten. Im erstinstanzlichen Verfahren beantragte der Kläger bis zum Abschluss des doppelten Schriftenwechsels keine Einvernahme von E.\_\_\_\_\_. Erstmals verlangte der Kläger die Einvernahme von E.\_\_\_\_\_ in der Widerklageduplik (act. 35 Rz. 57) und in der Stellungnahme zum Beweisergebnis (act. 57 Rz. 29). Da die Einvernahme von E.\_\_\_\_\_ im Zusammenhang mit den Klagebegehren – und nicht in Bezug auf die Widerklagethematik – beantragt wurde, wurde der Beweisantrag im erstinstanzlichen Verfahren verspätet gestellt (Art. 219 i.V.m Art. 229 ZPO) und erweist sich im Berufungsverfahren als unzulässiges Novum (Art. 317 ZPO).

4.3.5. Weiter ist zu prüfen, ob allfällige weitere Mängel am Fahrzeug arglistig verschwiegen wurden, so dass die Aufhebung der Gewährspflicht nicht zu beachten wäre (Art. 199 OR). Für die Behauptung, die Beklagte habe ihr bekannte Mängel arglistig verschwiegen, ist der Kläger beweispflichtig. Die Vorinstanz befragte zum Beweisthema des arglistigen Verschweigens von Mängeln durch die Beklagte G.\_\_\_\_\_ als Zeugen. G.\_\_\_\_\_ war damals Autoverkäufer bei der Beklagte und

verkauft dem Kläger das streitgegenständliche Fahrzeug. Zur generellen Glaubwürdigkeit des Zeugen G. \_\_\_\_\_ ist festzuhalten, dass er unter der Strafandrohung von Art. 307 StGB aussagte; zudem sind keine Anhaltspunkte ersichtlich, dass er wegen spezieller Beziehungen zu einer Prozesspartei zu deren Gunsten oder Ungunsten aussagen könnte, weshalb der Zeuge grundsätzlich als glaubwürdig einzustufen ist (vgl. act. 53 S. 2-4). Entscheidend ist aber, dass keine Zweifel an der Glaubhaftigkeit der Aussagen von G. \_\_\_\_\_ angebracht sind. So erklärte der Zeuge vor erster Instanz, dass ihm beim Fahrzeug im Zeitpunkt des Verkaufs kein Mangel bekannt gewesen sei; wenn Mängel bekannt gewesen wären, hätte die Beklagte das Fahrzeug nicht verkauft (act. 53 S. 5). Da die Beklagte den Kläger über den Mangel an der Zylinderkopfdichtung von sich aus aufklärte, ist nicht ersichtlich, weshalb die Beklagte dem Kläger andere Mängel arglistig hätte verschweigen sollen. Die Aussage des Zeugen G. \_\_\_\_\_ ist im gesamten Kontext nachvollziehbar und glaubhaft. Die Abnahme von weiteren Beweismitteln im Zusammenhang mit dem Beweisthema des arglistigen Verschweigens von Mängeln erübrigt sich. Wie erläutert wurde die Zeugenbefragung von E. \_\_\_\_\_ verspätet beantragt. Von den übrigen Zeugen und von einem Gutachten sind für dieses Beweisthema keine Aufschlüsse zu erwarten.

4.4. Zusammenfassend ist festzuhalten, dass für den Ausgang des Verfahrens entscheidend ist, ob die zugesicherten Reparaturarbeiten fachmännisch ausgeführt wurden. Zu diesem Thema ist das Beweisverfahren im Sinn der Erwägungen zu ergänzen und insbesondere ein Gutachten einzuholen. Damit den Parteien der Instanzenzug erhalten bleibt, ist die Sache gestützt auf Art. 318 Abs. 1 lit. c Ziff. 2 ZPO an die Vorinstanz zurückzuweisen. Falls dem Kläger der rechtsgenügende Beweis für die von ihm behauptete mangelhafte Reparatur des Fahrzeuges gelingen sollte, hätte sich die Vorinstanz auch zum quantitativen Teil der Klage – Kaufpreisminderung in der Höhe von Fr. 6'015.35 und Schadenersatz von Fr. 11'192.02 – zu äussern. Dazu hat sich die Vorinstanz bislang noch nicht geäußert, weil sie die Klage aus anderen Gründen abwies.

## 5. Gerichtskosten und Parteientschädigung

Bei diesem Ausgang des Verfahrens ist für das Berufungsverfahren einzig die Entscheidgebühr festzusetzen. Die Kostenverlegung sowie die Zusprechung einer Prozessentschädigung ist abhängig vom Prozessausgang des erstinstanzlichen Verfahrens und deshalb dem Endentscheid der Vorinstanz vorzubehalten.

### **Es wird erkannt:**

1. Das Urteil des Bezirksgericht Zürich, 10. Abteilung - Einzelgericht vom 25. September 2017 wird aufgehoben, und die Sache wird zur Ergänzung des Beweisverfahrens und neuem Entscheid im Sinn der Erwägung an die erste Instanz zurückgewiesen.
2. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr wird auf Fr. 2'750.00 festgesetzt und aus dem vom Kläger geleisteten Kostenvorschuss bezogen.
3. Die Verlegung der Kosten und die Entschädigungsfolgen für das Berufungsverfahren bleiben dem Endentscheid des erstinstanzlichen Verfahrens vorbehalten.
4. Schriftliche Mitteilung an die Parteien sowie an das Bezirksgericht Zürich, 10. Abteilung - Einzelgericht und an die Obergerichtskasse, je gegen Empfangsschein.

Nach unbenutztem Ablauf der Rechtsmittelfrist gehen die erstinstanzlichen Akten an die Vorinstanz zurück.

5. Eine Beschwerde gegen diesen Entscheid an das Bundesgericht ist innert 30 Tagen von der Zustellung an beim Schweizerischen Bundesgericht, 1000 Lausanne 14, einzureichen. Zulässigkeit und Form einer solchen Beschwerde richten sich nach Art. 72 ff. (Beschwerde in Zivilsachen) oder Art. 113 ff. (subsidiäre Verfassungsbeschwerde) in Verbindung mit Art. 42 des Bundesgesetzes über das Bundesgericht (BGG).

Dies ist ein Endentscheid im Sinne von Art. 90 BGG.  
Es handelt sich um eine vermögensrechtliche Angelegenheit. Der Streitwert beträgt  
Fr. 17'207.37 (für die Klage) und Fr. 1'204.80 (für die Widerklage), total also  
Fr. 18'412.17.  
Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

Obergericht des Kantons Zürich  
II. Zivilkammer

Die Gerichtsschreiberin:

MLaw M. Schnarwiler

versandt am: