

# Oberlandesgericht Nürnberg

Az.: 6 U 409/17

2 O 755/16 LG Ansbach

ECLI:DE:OLGNUERN:2018:0424.6U409.17.00



**IM NAMEN DES VOLKES**

-

In dem Rechtsstreit

**G.**

- Kläger und Berufungskläger -

Prozessbevollmächtigte:

Rechtsanwälte **T.**

gegen

**A. GmbH**, vertreten durch d. Geschäftsführer

- Beklagte und Berufungsbeklagte -

Prozessbevollmächtigte:

Rechtsanwälte **M.**

wegen Rückzahlung des Kaufpreises

-

erlässt das Oberlandesgericht Nürnberg - 6. Zivilsenat - durch den Vorsitzenden Richter am Oberlandesgericht Heckel, die Richterin am Oberlandesgericht Firlus und die Richterin am Oberlandesgericht Fischer aufgrund der mündlichen Verhandlung vom 16.01.2018 folgendes

## Endurteil

1. Die Berufung des Klägers gegen das Urteil des Landgerichts Ansbach vom 20. Januar 2017, Az. 2 O 755/16, wird zurückgewiesen.
2. Der Kläger trägt die Kosten des Berufungsverfahrens.
3. Das in Ziffer 1 genannte Urteil des Landgerichts Ansbach ist ohne Sicherheitsleistung vorläufig vollstreckbar.

Das Berufungsurteil ist ebenfalls vorläufig vollstreckbar.

Der Kläger kann die Vollstreckung durch Sicherheitsleistung in Höhe von 110 % des vollstreckbaren Betrages abwenden, wenn nicht die Beklagte zuvor Sicherheit in Höhe von 110 % des zu vollstreckenden Betrages leistet.

4. Die Revision gegen dieses Urteil wird zugelassen.

## Beschluss

Der Streitwert wird für das Berufungsverfahren auf 35.257,00 € festgesetzt.

## Gründe:

### I.

Die Parteien streiten über die Rückabwicklung eines Neuwagenkaufvertrags.

Der Kläger ist Inhaber eines Gewerbetriebs für Sanitärtechnik. Die Beklagte ist Vertragshändlerin für Fahrzeuge der Marke Volkswagen (künftig: VW). Der Kläger erwarb für sein Einzelunternehmen mit Kaufvertrag vom 30. September 2014 (Anlage K 1, Bl. 10/11 d.A.) bei der Beklagten ein Fahrzeug der Marke VW, Tiguan Sport & Style 4Motion 2,0 l TDI, 103 kW (140 PS) 6 - Gang, das mit einem Dieselmotor des Typs EA 189 ausgestattet ist. Der PKW wurde ihm am 28. November 2014 übergeben.

Im Februar 2016 informierte die Volkswagen Aktiengesellschaft (künftig: VW AG) den Kläger schriftlich, sein Fahrzeug sei mit einer Software ausgestattet, welche die Stickoxidwerte (NOx) im Vergleich zwischen Prüfstandlauf (NEFZ) und realem Fahrbetrieb verschlechtere. Es werde an einer Rückrufaktion gearbeitet, die für die betroffenen 2,0 l - Motoren ab der 9. Kalenderwoche 2016 starten solle. Dem Kläger wurde versichert, er dürfe sein Fahrzeug ohne jegliche Einschränkung in gewohnter Weise weiter nutzen. Es sei technisch sicher und fahrbereit (Anlage K 3, Bl. 13/14 d.A.).

Ca. 4 Wochen später, mit Schreiben vom 24. März 2016 (Anlage K 4, Bl. 16 - 18 d.A.) rügte der Kläger gegenüber der Beklagten, das Fahrzeug weise höhere Emissionswerte auf als beim Verkauf angegeben. Es sei eine Manipulationssoftware verwendet worden,

die die Emissionswerte schöne. Er forderte die Beklagte zur Nachbesserung bis 7. April 2016 auf.

Auf dieses Schreiben antwortete die Beklagte am 29. März 2016. Sie stellte den zur „Behebung der Unregelmäßigkeiten“ beabsichtigten Software-Update vor und wies den Kläger darauf hin, sein Fahrzeug könne weiterhin im Straßenverkehr genutzt werden. Die Durchführung der notwendigen Maßnahmen erfolge in Abstimmung mit dem Kraftfahrt-Bundesamt auf Kosten von VW. Die Beklagte werde den Kläger sobald als möglich über den Zeitplan für sein Fahrzeug informieren. Man bitte um Geduld. Das Zuwarten sei nicht nachteilig für den Kläger, da die Beklagte bis 31. Dezember 2017 auf die Erhebung der Verjährungseinrede verzichte. Dies gelte auch, soweit etwaige Ansprüche bereits verjährt seien (Anlage K 5, Bl. 19 - 21 d.A.).

Mit Schreiben vom 11. April 2016 erklärte der Kläger den Rücktritt vom Kaufvertrag. Er zweifle an, dass die Mängelbeseitigung zu seiner Zufriedenheit erfolgen könne, da das Kraftfahrt-Bundesamt bisher die Freigabe für die Nachbesserung trotz zahlreicher Nachprüfungen verweigere. Das Fahrzeug leide an einem erheblichen und unbehebba- ren Mangel. Die Nachbesserung werde durch die Beklagte unverständlicherweise ver- zögert (Anlage K 6, Bl. 22 - 24 d.A.).

Die Beklagte lehnte mit Schreiben vom 21. April 2016 eine Rücknahme des Fahrzeugs ab. Sie wies den Kläger darauf hin, dass VW das Ziel verfolge, durch die Umsetzung der geplanten Maßnahmen die Motorleistung, den Kraftstoffverbrauch und die CO<sub>2</sub>-Emissionen nicht zu verändern. Dieses Ziel sei für den ersten, vom Kraft- fahrt-Bundesamt nach Durchführung der technischen Maßnahmen untersuchten Fahr- zeugtyp, den VW Amarok uneingeschränkt erreicht worden. Das Kraftfahrt-Bundesamt habe dies bestätigt. Ebenso werde es für alle anderen Modellreihen amtliche Prüfbe- scheinigungen geben. Der Kläger werde über den genauen Zeitplan für die Umsetzung der Maßnahmen schnellstmöglich unterrichtet (Anlage K 7, Bl. 25 d.A.).

Mit Schriftsatz vom 10. Mai 2016, eingegangen bei Gericht am 11. Mai 2016 und der Beklagten zugestellt am 18. Mai 2016, machte der Kläger seinen Rückabwicklungsan- spruch klageweise geltend.

Mit Schreiben vom 1. Juni 2016 bestätigte das Kraftfahrt-Bundesamt gegenüber VW, dass die von VW vorgestellte Änderung der Applikationsdaten für die betroffenen Fahr-

zeuge (unter anderem dem vom Kläger erworbene Typ) geeignet sei, deren Vorschriftsmäßigkeit herzustellen (Anlage B 2).

Mit Schreiben vom 2. November 2016 informierte die Beklagte den Kläger darüber, dass eine Softwarelösung für sein Fahrzeug zur Verfügung stehe. Sie bat ihn, sich wegen der Vereinbarung eines Termins für den Software-Update, der eine Zeit von 30 - 60 Minuten in Anspruch nehmen werde, mit ihr in Verbindung zu setzen (Anlage B 3).

Der Kläger hat den ihm angebotenen Software-Update bislang nicht vornehmen lassen.

Der Kläger ist der Auffassung, das streitgegenständliche Fahrzeug sei aufgrund des Einsatzes der Software, die den Schadstoffausstoß unter Testbedingungen gegenüber dem realen Fahrbetrieb nach unten „korrigiert“, mangelhaft. Die von ihm gesetzte Frist zur Nachbesserung sei ausreichend gewesen. Jedenfalls im Zeitpunkt der Klageerhebung sei er zum Rücktritt berechtigt gewesen. Ohnehin sei unter den besonderen Umständen des vorliegenden Falls eine Fristsetzung gar nicht erforderlich gewesen. Der Mangel sei erheblich, da abgestellt auf den Zeitpunkt der Rücktrittserklärung nicht absehbar gewesen sei, ob der Mangel behoben werden könne. Es sei auch unklar, ob der Mangel überhaupt ordnungsgemäß beseitigt werden könne.

Die Beklagte bestreitet einen Mangel. Dieser sei jedenfalls unerheblich, da er mit Kosten von weniger als 100 € beseitigt werden könne. Das Kraftfahrt-Bundesamt habe bereits am 16. Dezember 2015 die Geeignetheit der vorgesehenen Maßnahmen zur Beseitigung des behaupteten Mangels bestätigt. Es habe nur zunächst die Freigabe für die konkrete Motorenkonfiguration gefehlt.

Wegen der weiteren Einzelheiten des beiderseitigen Vorbringens und der in der ersten Instanz gestellten Anträge wird auf die tatsächlichen Feststellungen in dem angefochtenen Urteil Bezug genommen.

Mit Endurteil vom 20. Januar 2017 wies das Landgericht Ansbach die Klage ab. Es ließ dahinstehen, ob überhaupt ein Mangel vorliegt, da ein solcher jedenfalls wegen der deutlich unter 1 % des Kaufpreises liegenden Mangelbeseitigungskosten unerheblich sei.

Hiergegen richtet sich die Berufung des Klägers.

Er rügt eine fehlerhafte Rechtsanwendung. Das Fahrzeug sei mangelhaft und der Mangel erheblich. Es sei unklar und von der Beklagten nicht nachgewiesen, ob der Mangel überhaupt behebbar sei. Sowohl zum Zeitpunkt der Rücktrittserklärung als auch noch

heute existierten Unwägbarkeiten der Nachbesserungen. Seinem diesbezüglichen Beweisangebot sei das Landgericht zu Unrecht nicht nachgegangen. Hinzukomme, dass derzeit nicht abzusehen sei, ob allein die Tatsache, dass das Fahrzeug vom Abgasskandal betroffen sei, zu einem merkantilen Minderwert führe. Den Kilometerstand des streitgegenständlichen Fahrzeugs am 27. Februar 2018 gibt der Kläger mit 41.322 km an.

Im Termin vom 16. Januar 2018 erklärte der Klägervertreter, dass der Kläger hinsichtlich des streitgegenständlichen Fahrzeugs gegen die VW AG vor dem Landgericht Stuttgart (Az. 2 O 134/17) einen weiteren Rechtsstreit mit dem Ziel der Rückgabe des Fahrzeugs Zug um Zug gegen Erstattung des Kaufpreises führe (Bl. 250 d.A.).

Der Kläger beantragt:

1. Unter Abänderung des am 20.01.2017 verkündeten Urteils des Landgerichts Ansbach, Az. 2 O 755/16, wird die Beklagte verurteilt, an den Kläger 35.257,01 € zzgl. 9 Prozentpunkten Zinsen über dem jeweiligen Basiszinssatz hieraus seit Rechtshängigkeit Zug um Zug gegen Rückgabe des Fahrzeugs VW Tiguan Sport & Style 4Motion 2,0 I TDI 103 kW (140 PS), 6-Gang, Fahrzeug-Identifikationsnummer VWGZZZXXXXX zu bezahlen.
2. Unter Abänderung des am 20.01.2017 verkündeten Urteils des Landgerichts Ansbach, Az. 2 O 755/16, wird die Beklagte verurteilt, dem Kläger vorgerichtliche Rechtsanwaltskosten in Höhe von 1.539,50 € nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz hieraus seit Rechtshängigkeit zu bezahlen.

Die Beklagte beantragt,

die Berufung zurückzuweisen.

Sie verteidigt das angegriffene Urteil als richtig. Die Beklagte bestreitet weiterhin das Vorliegen eines Mangels ebenso wie negative Auswirkungen des angebotenen Software-Updates. Darüber hinaus gelte das Fahrzeug als genehmigt, weil der Kläger seiner Rügepflicht nach § 377 HGB nicht rechtzeitig nachgekommen sei.

Hinsichtlich des weiteren Vorbringens der Parteien wird auf den Inhalt der zwischen den Parteien gewechselten Schriftsätze nebst Anlagen Bezug genommen.

Der Senat hat keinen Beweis erhoben.

## II.

Die zulässige Berufung ist unbegründet.

Der Kläger hat keinen Anspruch auf Rückabwicklung des mit der Beklagten geschlossenen Kaufvertrags gemäß §§ 434, 437 Nr. 2, 440, 323 BGB, da er der Beklagten keine angemessene Frist zur Nachbesserung eingeräumt hat.

1. Allerdings hat der Kläger seine Gewährleistungsrechte nicht bereits deshalb verloren, weil er den Mangel nicht rechtzeitig gemäß § 377 Abs. 3 HGB gerügt hat.

Nach dieser Vorschrift ist beim Handelskauf ein Mangel, der sich später (d.h. nach Ablieferung gemäß § 377 Abs. 1 HGB) zeigt, unverzüglich nach seiner Entdeckung dem Verkäufer anzuzeigen; andernfalls gilt die Ware in Anbetracht dieses Mangels als genehmigt.

- a) Die allgemeine Berichtserstattung über den sog. VW-Abgasskandal genügte entgegen der Ansicht der Beklagten nicht, um eine Rügepflicht des Klägers vor der Information durch die VW AG über den Umstand, dass sein Fahrzeug hiervon betroffen sei, auszulösen. Unzweifelhaft hatte der Kläger aber nach Erhalt des Schreibens der VW AG vom Februar 2016 (Anlage K 3) Kenntnis vom Einbau der beanstandeten Software in dem an ihn gelieferten PKW.
- b) Der Käufer ist grundsätzlich auch dann zu einer unverzüglichen Rüge verpflichtet, wenn der Verkäufer den Mangel schon aus anderer Quelle kennt, es sei denn, der Verkäufer hat dem Käufer Mängelbeseitigung zugesagt (Baumbach/Hopt, HGB, 37. Aufl., § 377 Rn. 36). Verkäufer und Vertragspartner des Klägers ist jedoch nicht die VW AG sondern die Beklagte.

In der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs ist anerkannt, dass der Verkäufer auf den Einwand der Verspätung einer Mängelrüge auch stillschweigend verzichten kann. Die Möglichkeit eines derartigen Verzichts wird insbesondere dann bejaht, wenn der Verkäufer die beanstandeten Waren vorbehaltlos zurückgenommen oder vorbehaltlos Nachbesserung versprochen oder den Verspätungseinwand nicht erhoben hat (BGH, Urteil vom 25. November 1998, VIII ZR 259/97, juris Rn 17).

Danach ist vorliegend bei einer Gesamtwürdigung von einem konkludenten Verzicht der Beklagten auf den Einwand der Verspätung der Mängelrüge auszugehen. Sie hat in ihrem Schreiben vom 29. März 2016 (Anlage K 5) an den Kläger die Mängelanzeige nicht als verspätet gerügt, sondern ausdrücklich eine Nachbesserung zugesagt und darüber hinaus auf die Einrede der Verjährung bis Ende 2017 verzichtet. Der Einwand, es fehle an einer unverzüglichen Rüge, wurde erstmals im Berufungsverfahren kurz vor dem Termin zur mündlichen Verhandlung mit Schriftsatz vom 8. Januar 2018 (Bl. 221 d.A.) erhoben. Die Beklagte behauptet selbst nicht, ihr seien die Rügepflicht des Käufers nach § 377 Abs. 3 HGB und ihre sich daraus ergebenden Rechte nicht bekannt gewesen. Sie hat deshalb wirksam auf den Einwand der Verspätung der Mängelrüge verzichtet.

2. Das Fahrzeug des Klägers ist mit einem erheblichen Mangel behaftet.
  - a) Mangelhaft ist eine Sache nicht nur dann, wenn sie von der vereinbarten Beschaffenheit abweicht (§ 434 Abs. 1 Satz 1 BGB), sondern auch dann, wenn sie sich aufgrund ihrer tatsächlichen Beschaffenheit nicht für die nach dem Vertrag vorausgesetzte Verwendung eignet (§ 434 Abs. 1 Satz 2 Nr. 1 BGB). Letzteres ist vorliegend der Fall.

Der Begriff der Beschaffenheit umfasst dabei alle Faktoren, die der Sache selbst anhaften, aber auch Beziehungen zur Umwelt, die nach der Verkehrsauffassung Einfluss auf die Wertschätzung der Sache haben. Die Soll-Beschaffenheit muss der gekauften Sache auf Dauer anhaften (Palandt/Weidenkaff, BGB, 77. Aufl., § 434, Rn. 10 und 29).

- 1) Danach ist der unstreitige Einbau einer Software, die dazu führt, dass auf dem Prüfstand geringere Schadstoffe produziert werden als unter realen Fahrbedingungen, als ein Sachmangel anzusehen, auch wenn vorliegend die Parteien nicht ausdrücklich die Einhaltung der EURO 5 - Abgasnorm vereinbart, also insoweit keine Beschaffenheitsvereinbarung getroffen haben. Vorausgesetzter Verwendungszweck beim Kauf des Fahrzeugs war die dauerhafte Nutzungsmöglichkeit im Straßenverkehr nach den im Zeitpunkt des Gefahrübergangs geltenden Vorschriften. Dazu gehört insbesondere auch die allgemeine Betriebserlaubnis des Fahrzeugs. Nicht ausreichend ist somit, dass das streitgegenständliche Fahrzeug fahrtauglich ist und bislang das Kraft-

fahrt-Bundesamt die Betriebserlaubnis nicht entzogen hat (a.A. LG Bamberg, 12.09.16, 10 O 56/16 – B 7). Die Rückrufaktion der VW AG ist nicht freiwillig erfolgt oder eine bloße Kulanzmaßnahme, sondern notwendig um den Anforderungen des Kraftfahrt-Bundesamts zur Herstellung der Vorschriftsmäßigkeit zu genügen. Den Fahrzeughalter ist es nicht freigestellt, die Nachbesserung durchführen zu lassen oder nicht. Ohne den Software-Update kann die Entziehung der Betriebserlaubnis drohen (vgl. OLG München, Beschluss vom 23. März 2017, 3 U 4316/16, juris Rn 13; LG Frankenthal, Urteil vom 12. Mai 2016, 8 O 208/15).

Das ergibt sich schon aus der von der Beklagten vorgelegten Anlage B 2, einem Schreiben des Kraftfahrt-Bundesamtes vom 01. Juni 2016, das sich nach Vortrag der Beklagten auf das Fahrzeug- und Motormodell des klägerischen PKW bezieht. Darin wird ausgeführt, dass VW durch das Kraftfahrt-Bundesamt mit Bescheid vom 14. Oktober 2015 verpflichtet wurde, die unzulässige Abschaltvorrichtung zu entfernen und den Nachweis zu führen, dass danach alle technischen Anforderungen der Richtlinie 2007/46/EG erfüllt werden. Zusammenfassend wird am Ende des Schreibens bestätigt, dass die von VW vorgestellten Änderungen geeignet sind, die Vorschriftsmäßigkeit der genannten Fahrzeuge herzustellen.

Das bedeutet umgekehrt, dass die betroffenen Fahrzeuge vor der Ausführung der Maßnahmen eben nicht vorschriftsmäßig sind. Darin liegt ein Sachmangel. Der Käufer eines Neuwagens setzt für den Verkäufer erkennbar voraus, dass das gelieferte Fahrzeug allen Vorschriften entspricht, die für die Betriebserlaubnis von wesentlicher Bedeutung sind.

- 2) Ungeachtet dessen fehlt dem streitgegenständlichen Fahrzeug auch die übliche Beschaffenheit (§ 434 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 BGB). Es mag den Käufern von Dieselfahrzeugen bekannt sein, dass die Emissionswerte auf einem Prüfstand nicht jenen im realen Fahrbetrieb entsprechen. Ein Programm, das entgegen gesetzlicher Vorschriften die auf dem Prüfstand erzielte Verringerung von Stickoxiden im Verkehr abschaltet, ist weder allgemein üblich noch wird dies von den Käu-



fern erwartet.

- 3) Einen weiteren Mangel in Form von erheblich höheren Emissionswerten als beim Verkauf angegeben, hat der Kläger dagegen nicht dargelegt.

Zwar trug der Kläger allgemein vor, das Fahrzeug habe erheblich höhere Emissionswerte als beim Verkauf angegeben. Unklar bleibt dabei aber schon, ob er insoweit einen weiteren selbständigen Mangel behaupten will. Trotz des Vortrags der Beklagten, über Abgaswerte sei beim Verkauf nicht gesprochen worden und Abgaswerte im realen Straßenverkehr seien auch nicht von Bedeutung für die Betriebserlaubnis, hat der Kläger keine näheren Ausführungen dazu gemacht, welche Emissionswerte entgegen welcher Angaben das streitgegenständliche Fahrzeug tatsächlich produziere (vgl. auch OLG Stuttgart, Urteil vom 25. April 2017, 6 U 146/16, juris Rn 36 ff.). Der pauschale Verweis auf Werbeaussagen des Herstellers ist nicht ausreichend.

- b) Auch wenn es darauf im Ergebnis vorliegend nicht ankommt, sprechen nach der Ansicht des Senats die bisher bekannten Umstände dafür, den Einbau der beanstandeten Software als erheblichen Mangel anzusehen, weil ohne die Nachbesserung der Entzug der Betriebserlaubnis drohen kann. Deshalb ist ein Rücktrittsrecht des Klägers nicht gemäß § 323 Abs. 5 Satz 2 BGB ausgeschlossen ist (a.A. OLG München, Urteil vom 3. Juli 2017, 21 U 4818/16, juris Rn 28; OLG Koblenz, Beschluss vom 27. September 2017, 2 U 4/17, juris Rn 22).

Ob eine Pflichtverletzung als unerheblich einzustufen, der Mangel also als geringfügig anzusehen ist, beurteilt sich im Wege einer umfassenden Interessenabwägung (BGH, Urteil vom 26. Oktober 2016, VIII ZR 240/15, NJW 2017, 153, beck-online). Maßgeblich für die Beurteilung ist dabei der Zeitpunkt der Rücktrittserklärung.

Auch wenn dem für die Mängelbeseitigung erforderlichen Aufwand bei der Interessenabwägung eine besondere Bedeutung zukommt (BGH, 28. Mai 2014, VIII ZR 94/13, juris Rn 38), sind daneben sonstige Aspekte, wie zum Beispiel die Schwere des Verschuldens des Schuldners, zu berücksichtigen. Die Erheblichkeit wird in der Regel indiziert durch einen Verstoß gegen eine

Beschaffenheitsvereinbarung, die Sicherheitsrelevanz des Mangels oder wenn der Mangel einen für den Kläger wesentlichen Qualitätsaspekt betrifft (Palandt/Grüneberg, BGB, 77. Aufl., § 323, Rn 32; Beckmann in jurisPK-BGB, 8. Aufl., § 323, Rn 60).

- 1) Vorliegend betragen die Nachbesserungskosten des Software-Updates weniger als ein Prozent der Anschaffungskosten. Im Rechtsstreit mit dem Verkäufer ist auf die Kosten abzustellen, die der Verkäufer/Händler hat und nicht auf die Entwicklungskosten der VW AG (str. a.A. z.B. LG Hagen, Urteil vom 10. Oktober 2016, 3 O 66/16, juris Rn 63). Zwar war im Zeitpunkt der Rücktrittserklärung das Software-Update noch nicht freigegeben. Die Beklagte hatte dem Kläger aber bereits mit Schreiben vom 29. März 2016 (Anlage K 5) die für den in seinem Fahrzeug verbauten Motor vorgesehene Maßnahme eines Software-Updates, der nur eine halbe Stunde Zeit in Anspruch nehmen werde, vorgestellt. Aus der Sicht des Klägers gab es deshalb weder zum Zeitpunkt der Rücktrittserklärung noch der Klagezustellung Anhaltspunkte dafür, dass die Nachbesserungskosten der Beklagten eine Größenordnung von mehr als 1 % des Kaufpreises erreichen könnten. Dass kein Marktpreis für die Entwicklung, Herstellung und Installation des Updates festgestellt werden kann, steht allerdings der Feststellung der Unerheblichkeit nicht entgegen (so aber ebenfalls LG Hagen, a.a.O., Rn 64). Auch sonstige Ersatzteile werden nicht von den Händlern, sondern von den Herstellern auf eigene Kosten entwickelt und zwar für eine Vielzahl von Fahrzeugen oder sonstigen Waren.
- 2) Bezüglich der Abwesenheit der Abschaltsoftware kann nicht von einem Verstoß gegen eine Beschaffenheitsvereinbarung im Sinne von § 434 Abs. 1 Satz 1 BGB ausgegangen werden. Werbende Aussagen führen nicht zu einer Beschaffenheitsvereinbarung.
- 3) Die Erheblichkeit des Mangels dürfte im vorliegenden Fall jedoch daraus folgen, dass er einen wesentlichen Qualitätsaspekt des streitgegenständlichen Kaufgegenstandes betrifft (Ernst in Münchner Kommentar, BGB, 6. Aufl., § 323 Rn. 243 f. m.w.N., beck-online).

Dies beurteilt sich zum einen nach dem Maß der Abweichung, zum anderen hinsichtlich der Bedeutung dieses konkreten Qualitätsaspekts

für das Ganze der Leistung: Je geringer die Bedeutsamkeit des betroffenen Leistungsaspekts für das gesamte Gläubigerinteresse ist, desto größer wird die Soll-Ist-Abweichung hinsichtlich des betroffenen Leistungsaspekts sein müssen, um als erheblich zu erscheinen (Ernst in Münchner Kommentar, a.a.O., § 323 Rn. 249, beck-online).

Deshalb muss auch berücksichtigt werden, dass dem Kläger der Entzug der Betriebserlaubnis seines Fahrzeugs drohen kann, solange es nicht zur Herstellung der Vorschriftsmäßigkeit (Anlage B 2) nachgebessert ist. Ein Mangel, der die dauerhafte Nutzungsmöglichkeit des Fahrzeugs für einen im Zeitpunkt der Rücktrittserklärung noch nicht konkret absehbaren Zeitraum von Monaten in Frage stellt, kann in der Regel nicht als unerheblich angesehen werden. Dass das Kraftfahrt-Bundesamt die Zulassung der Fahrzeuge bislang nicht widerrufen hat, stellt jedenfalls keinen Grund dar, von dieser Regel im konkreten Fall abzuweichen.

3. Der Rücktrittsanspruch des Klägers scheitert aber daran, dass er der Beklagten keine angemessene Frist zur Nachbesserung eingeräumt hat.

Erbringt bei einem gegenseitigen Vertrag der Schuldner eine fällige Leistung nicht oder nicht vertragsgemäß, so kann der Gläubiger, wenn er dem Schuldner erfolglos eine angemessene Frist zur Leistung oder Nacherfüllung bestimmt hat, vom Vertrag zurücktreten (§ 437 Nr. 2 BGB). Eine zu kurze Frist setzt grundsätzlich die angemessene Frist in Lauf.

- a) Die Angemessenheit der Frist bestimmt sich nach den Umständen des konkreten Vertrags, wobei die Interessen beider Parteien zu berücksichtigen sind. Einerseits hat der Gläubiger ein Interesse an alsbaldiger Klarheit darüber, ob der Schuldner die Leistung erbringen wird; andererseits soll dem Schuldner die letzte Möglichkeit gegeben werden, die Leistung tatsächlich noch zu erbringen. Die Frist muss daher so lang bemessen sein, dass der Schuldner in der Lage ist, die bereits begonnene Erfüllung zu beschleunigen und zu vollenden. Sie braucht jedoch nicht so lang zu sein, dass der Schuldner die Möglichkeit hat, erst jetzt mit der Leistungsvorbereitung zu beginnen (Beckmann in jurisPK-BGB, 8. Aufl., § 323, Rn 24).
- b) Im Zusammenhang mit den Fällen des sog. VW Abgasskandals wird die

Länge der im Einzelfall angemessenen Frist unterschiedlich beurteilt (vgl. Überblick bei Beckmann in jurisPK-BGB, § 323, Rn 26, Fussnote 36). Die Beklagte ist darauf angewiesen, dass der Hersteller ihr die notwendige - und vom Kraftfahrt-Bundesamt - genehmigte Software zur Verfügung stellt. Zum Zeitpunkt des Mängelbeseitigungsverlangens des Klägers hatte der Hersteller die vorgesehenen Maßnahmen bereits dem Kraftfahrt-Bundesamt vorgestellt. Einer sofortigen Umsetzung stand die fehlende Freigabe durch die Behörde entgegen, die jeweils nach Modellgruppen erfolgen sollte. Insofern kann nicht außer Betracht bleiben, dass die Verzögerungen bei der Nachbesserung zwar aus dem Risikobereich der Beklagten herrühren, aber nicht von ihr verursacht wurden, sondern ihren Grund unter anderem darin hatten, dass außerhalb ihres Einflussbereichs liegende behördliche Vorgaben erfüllt und Millionen von Fahrzeugen nachgebessert werden müssen.

Dem Kläger wurde durch den Hersteller VW AG mitgeteilt, die Nachbesserung der 2,0 l Motoren werde in der 9. Kalenderwoche 2016 beginnen und solle für alle Fahrzeuge bis Ende 2016 erfolgen. Im Hinblick auf diesen zeitlichen Rahmen, den sich auch die Beklagte bei der Beurteilung einer angemessenen Frist entgegenhalten lassen muss, kann die Angemessenheit der Frist nicht ohne weiteres für alle Fahrzeuge gleich bestimmt werden. Je später im Jahr 2016 Nachbesserung verlangt wird, desto kürzer wird eine angemessene Frist sein. Zwar ist die Weiternutzung des Fahrzeugs möglich. Bei der Bestimmung der Frist ist aber auch zu bedenken, dass der Käufer bei der Rückabwicklung eine Nutzungsentschädigung zu entrichten hat. Je länger daher die Bindung an den Verkäufer trotz nicht vertragskonformer Leistung dauert, desto größer ist das daraus resultierende Rücktrittshindernis für den Käufer (OLG München, Beschluss vom 23. März 2017, 3 U 4316/16, juris Rn 14).

Unter den genannten Umständen ist jedenfalls die im vorliegenden Fall gesetzte Frist von weniger als zwei Monaten unangemessen kurz.

Zwischen der Aufforderung des Klägers zur Nachbesserung mit Schreiben vom 24. März 2016 und der Erklärung des Rücktritts am 11. April 2016 lagen nur 18 Tage, worin noch die Osterfeiertage enthalten waren. Die Klage auf Rückabwicklung des Kaufvertrags, die als erneute konkludente Rücktrittserklärung anzusehen ist, wurde knapp 8 Wochen nach der Aufforderung zur Nachbesserung zugestellt.

Über die Dauer einer angemessenen Frist braucht vorliegend nicht abschließend entschieden werden, da der Kläger nach Klageerhebung nicht erneut den Rücktritt erklärt hat, und die Beklagte ihm unstreitig mit Schreiben vom 2. November 2016 die Ausführung der Nachbesserung angeboten hat, die der Hersteller bereits vor der Mängelrüge und die Beklagte unverzüglich nach der Mängelrüge angekündigt hatte.

4. Eine Fristsetzung war nicht ausnahmsweise entbehrlich.

- a) Die Beklagte hat die Nachbesserung nicht endgültig und ernsthaft verweigert, § 323 Abs. 2 Nr. 1 BGB.

Dem Schreiben der Beklagten vom 29. März 2016 kann – entgegen der Ansicht des Klägers - keine solche Weigerung entnommen werden. Vielmehr lässt das Schreiben die Bereitschaft erkennen, das vorgesehene Software-Update durchzuführen, sobald es von VW für den konkreten Motor zur Verfügung gestellt wird. Dass noch kein konkreter Zeitpunkt genannt wird, steht einer Ablehnung der Nachbesserung nicht gleich.

Der Verweis auf die Rückrufaktion der VW AG ist nicht gleichzusetzen mit der Ablehnung einer eigenen Verpflichtung zur Nachbesserung. Unstreitig konnte die Beklagte erst nachbessern, wenn vom Hersteller die notwendige Software oder sonstige Maßnahmen entwickelt und diese auch durch das Kraftfahrt-Bundesamt genehmigt war. Dass eine Rückrufaktion parallel läuft mit Maßnahmen im Rahmen der Gewährleistung, schließt letztere nicht aus.

- b) Auf eine Fristsetzung konnte nicht wegen besonderer Umstände verzichtet werden, § 323 Abs. 2 Nr. 3 BGB.
- 1) Besondere Umstände, die ein Nachbesserungsrecht des gewährleis-

tungspflichtigen Vertragspartners als unzumutbar erscheinen lassen, werden von der herrschenden Meinung in Fällen angenommen, in denen der Verkäufer einen Mangel arglistig verschwiegen hat (Palandt/Grüneberg, BGB, 77. Aufl., § 323, Rn 22). Unstreitig hat aber die Beklagte den Kläger bei Vertragsabschluss nicht arglistig getäuscht.

- 2) Dahingestellt bleiben kann, ob von einer arglistigen Täuschung des Herstellers VW AG auszugehen ist, da eine solche Täuschung der Beklagten nicht zugerechnet werden könnte.

Nach der ständigen Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs ist der Vorlieferant des Verkäufers nicht dessen Gehilfe bei der Erfüllung der Verkäuferpflichten gegenüber dem Käufer. Ebenso ist auch der Hersteller der Kaufsache nicht Erfüllungsgehilfe des Händlers, der die Sache an seine Kunden verkauft. Daher ist dem Verkäufer ein Verschulden des Herstellers nicht gemäß § 278 BGB zuzurechnen (BGH, Urteil vom 2. April 2014, VIII ZR 46/13, juris Rn 31).

Gründe, hiervon in den sogenannten VW Abgasfällen abzuweichen, sind nicht erkennbar (OLG Hamm, Beschluss vom 5. Januar 2017, 28 U 201/16, juris Rn 34; OLG Celle, Beschluss vom 30. Juni 2016, 7 W 26/16, juris Rn 8; OLG Koblenz, Beschluss vom 27. September 2017, 2 U 4/17, juris Rn 35). Insbesondere erfährt der Pflichtenkreis der Beklagten gegenüber dem Kläger durch ihre Stellung als Vertragshändlerin der VW AG keine Änderung. Aus einer Einbindung der Beklagten in die Absatzorganisation des Herstellers könnte allenfalls geschlossen werden, die Beklagte sei Erfüllungsgehilfin des Herstellers, nicht aber umgekehrt.

Die Beklagte schließt die Fahrzeugkaufverträge im eigenen Namen und trägt das damit verbundene wirtschaftliche Risiko. Die VW AG war unmittelbar weder am Vertragsabschluss noch an der Übergabe des Fahrzeugs beteiligt (OLG Koblenz, Urteil vom 28. September 2017, 1 U 302/17, juris Rn 31 ff.).

- c) Die Fristsetzung war auch nicht deshalb entbehrlich, weil dem Kläger eine Nacherfüllung nicht zumutbar wäre, § 440 Satz 1, 3. Variante BGB.

Die Unzumutbarkeit der Nacherfüllung ist – im Gegensatz zu den besonderen Umständen, die unter Abwägung der beiderseitigen Interessen die sofortige Geltendmachung von Sekundärrechten rechtfertigen (§§ 281 Abs. 2 Alt. 2, 323 Abs. 2 Nr. 3) – allein aus der Perspektive des Käufers zu bestimmen. Maßgeblich ist der Erkenntnisstand des Käufers in demjenigen Zeitpunkt, in dem er sein Sekundärrecht geltend macht (BGH, Urteil vom 18. Januar 2017, VIII ZR 234/15, juris Rn 36).

- 1) Die Unzumutbarkeit kann sich dabei aus der Person des Verkäufers ergeben.

Wie der Senat bereits ausgeführt hat, ist der Beklagten dabei eine etwaige Arglist des Herstellers nicht zuzurechnen. Hinzukommt, dass nicht jede arglistige Täuschung zu einem vollständigen Vertrauensverlust auf Käuferseite führt, der eine Nacherfüllung für den Käufer unzumutbar macht (BGH, Urteil vom 9. Januar 2008, VIII ZR 210/06, juris Rn 18).

Selbst wenn man ausreichen lässt, dass die Unzumutbarkeit der Nacherfüllung auch daraus resultieren kann, dass das Vertrauen des Käufers in den Hersteller des betreffenden Produkts nachhaltig gestört ist, ohne dass dem Verkäufer selbst ein Fehlverhalten anzulasten ist (so z.B. Faust in BeckOK BGB, § 440 Rn. 37a, beck-online), begründet dies im vorliegenden Fall nicht die Unzumutbarkeit. Neben einer - unterstellten - Arglist und Täuschung der Öffentlichkeit durch die VW AG ist zu berücksichtigen, dass bereits zum Zeitpunkt der Rücktrittserklärung bekannt war, dass die Entwicklung der vorgesehenen Nachbesserungsmaßnahmen unter öffentlicher Aufsicht erfolgte. Gerade die Prüfungen der vom Hersteller entwickelten Abhilfemaßnahmen durch das Kraftfahrt-Bundesamt und die nur sukzessive Freigabe nach Modellgruppen führten dazu, dass Fahrzeuge erst nach einigen Monaten nachgebessert werden konnten.

- 2) Die bloße Tatsache, dass die Nacherfüllung Zeit benötigt, und der Käufer die Sache währenddessen nicht nutzen kann, führt nicht zur Unzumutbarkeit. Denn aus dem Erfordernis der Nachfrist folgt gerade, dass der Käufer diese Zeit prinzipiell in Kauf nehmen muss (Faust in BeckOK, BGB § 440 Rn. 40, beck-online). Da der Kläger sei Fahrzeug im vorliegenden Fall bis zur Zurverfügungstellung der Nachbesserungslösung unstreitig nutzen durfte und auch genutzt hat, ist ihm insoweit ohnehin kein konkreter Nachteil entstanden.
- 3) Soweit die Ansicht vertreten wird, auch die *begründete Befürchtung*, die Sache werde trotz Nacherfüllung nicht mangelfrei sein, könne die Unzumutbarkeit begründen (Palandt/Weidenkaff, BGB, 77. Aufl., § 440, Rn 8), steht dies in einem gewissen Widerspruch zu § 326 Abs. 5 BGB, der für einen sofortigen Rücktritt wegen der Unbehebbarkeit des Mangels den *Nachweis* der Unmöglichkeit der Nacherfüllung verlangt.

Nicht ausreichend ist deshalb der subjektive Verdacht eines trotz Nachbesserung verbleibenden Nachteils, der auf einem Misstrauen gegenüber dem Hersteller beruht. Es bedarf vielmehr konkreter Anhaltspunkte im Zeitpunkt des Rücktritts dafür, der Mangel selbst werde nicht beseitigt (Schubel, JuS 2002, 313, 317) oder die Beseitigung führe zu weiteren - neuen - Sachmängeln des Fahrzeugs. Pauschale Behauptungen genügen ebenso wenig wie der Hinweis auf Unwägbarkeiten oder nicht geklärte Langzeitfolgen. Der Hinweis auf veröffentlichte Gerichtsentscheidungen, die ihrerseits keine näheren Angaben enthalten (z.B. LG Krefeld, Urteil vom 14. September 2016, 2 O 83/16, juris Rn 29) ersetzt keinen eigenen Sachvortrag. Die vom Kläger behaupteten Tatsachen (Nachteile) sind dem erkennenden Senat nicht gerichtsbekannt.

Die Unzumutbarkeit im Sinne des § 440 S. 1 BGB kann auch nicht damit begründet werden, die Beklagte habe keine verbindliche Zusage bzw. Garantieerklärung dahingehend abgegeben, das Update habe keine negativen Auswirkungen auf das Fahrzeug (vgl. aber LG Krefeld, a.a.O., juris Rn 29, das in einer Garantieerklärung einen möglichen Gegenbeweis sieht). Eine Garantieerklärung mag aus Sicht der Kun-



den wünschenswert sein, eine rechtliche Verpflichtung dazu besteht jedoch im Rahmen des Gewährleistungsrechts nicht, insbesondere nicht für den vorliegend in Anspruch genommenen Verkäufer, der seinerseits nur Händler ist.

Nicht ausreichend ist daher der erstinstanzliche Vortrag des Klägers, es sei ungeklärt gewesen, ob der Rückruf auch beim streitgegenständlichen Fahrzeug möglich sei. Über die zunächst noch fehlende Freigabe durch das Kraftfahrt-Bundesamt hinaus trägt der Kläger keine konkreten Anhaltspunkte vor, aus denen zu schließen gewesen wäre, dass für sein Fahrzeug - entgegen der Ankündigung - kein Software-Update zur Verfügung gestellt werden könnte. Solche Anhaltspunkte ergeben sich auch nicht in ausreichend konkretem Maß aus dem Pressebericht der Stuttgarter Zeitung vom 28. September 2016 (Anlage K 8), ganz abgesehen davon, dass es sich dabei um einen Artikel handelt, der nach dem maßgeblichen Zeitpunkt der Rücktrittserklärung erschienen ist und dem nicht entnommen werden kann, welchen konkreten Vorgaben die nachgebesserten Fahrzeuge nicht entsprechen sollen.

Die pauschale Behauptung des Klägers, durch das Aufspielen des Software-Updates würde der Spritverbrauch steigen bei gleichzeitiger Leistungseinbuße, genügt nicht den Anforderungen an die Darlegung eines begründeten Verdachts. Es fehlt schon konkreter Vortrag, welche Verbrauchs- bzw. Leistungswerte einzuhalten wären (vgl. auch OLG München, Urteil vom 3. Juli 2017, 21 U 4818/16, juris 25). Nicht jede Änderung dieser Parameter wäre mit einem - neuen - Mangel des Fahrzeugs gleichzusetzen (s.a. Pressemitteilung Nr. 8/2018 des OLG Dresden vom 1. März 2018, 10 U 1561/17 zu den Anforderungen an den Vortrag eines Mangels nach Aufspielen des Updates).

Entsprechendes gilt für den geäußerten Verdacht langfristiger Motorschäden. Der Artikel, auf den sich der Kläger dabei erstinstanzlich bezog (Anlage K 9), ist ebenfalls erst weit nach seiner Rücktrittserklärung, nämlich am 28. Oktober 2016, erschienen. Ihm kann letztlich nicht mehr entnommen werden, als dass Auswirkungen nicht ausgeschlossen und die „Langzeitfolgen“ noch nicht überblickt werden

können. Völlig unklar bleibt auch insoweit, ob die befürchteten Auswirkungen überhaupt als Sachmangel im Sinne von § 434 BGB anzusehen wären. Auch der Berufung kann hierzu nicht näheres entnommen werden. Der Kläger spricht selbst von „Unwägbarkeiten“.

- 4) Die Unzumutbarkeit der Nachbesserung kann nicht mit der Behauptung, nach einer Nachbesserung verbleibe ein merkantiler Minderwert, begründet werden.

Insoweit fehlt es schon an einem über einen bloßen Verdacht hinausgehenden konkreten Vortrag.

- d) Die Voraussetzungen des § 326 Abs. 5 BGB liegen nicht vor.

Eine Fristsetzung ist danach entbehrlich und der Gläubiger/Käufer kann sofort zurücktreten, wenn eine Nacherfüllung, sei es in Form der Nachlieferung oder der Nachbesserung, wegen eines *unbehebaren* Mangels *nicht möglich* ist (Palandt/Grüneberg, BGB, 77. Aufl., § 326, Rn 18; BGH, Versäumnisurteil vom 10. Oktober 2007, VIII ZR 330/06, juris Rn 23: Unfallwagen). Unmöglichkeit im Sinne des § 275 Abs. 1 BGB liegt dabei vor, wenn die Leistung weder vom Schuldner noch von einem Dritten erbracht werden kann.

- 1) Die Unbehebbarkeit eines Mangels, d.h. die Unmöglichkeit der Nacherfüllung, ist entgegen der Ansicht des Klägers grundsätzlich vom Käufer nachzuweisen, da es sich um eine Voraussetzung des Rücktrittsrechts ohne Fristsetzung handelt (Ernst in Münchner Kommentar, BGB, 7. Aufl., § 326, Rn 130; Palandt/Grüneberg, BGB, 77. Aufl., § 275, Rn 34).
- 2) Maßgeblicher Zeitpunkt ist dabei der Schluss der mündlichen Verhandlung.
- 3) Dass das Landgericht den im Schriftsatz vom 2. November 2016 angebotenen Sachverständigenbeweis nicht erhoben hat, verhilft der Berufung nicht zum Erfolg.

Zum einen behauptet der Kläger nicht, die Nachbesserung sei objektiv unmöglich, sondern bezeichnet dies in der Berufung als unklar. Bloße Vermutungen, zumal ohne Darlegung konkreter Anhaltspunkt, genü-

gen nicht, sondern lassen seinen Vortrag als Behauptungen ins Blaue hinein erscheinen. Insoweit kann Bezug genommen werden auf die Ausführungen zu § 440 Satz 1 BGB (s.a. Heintz, JM 2017, 356 f.).

Hinzukommt, dass seit November 2016 für das klägerische Fahrzeug eine Freigabe des Kraftfahrt-Bundesamtes vorliegt, in der bestätigt wird, dass keine negativen Auswirkungen der von der Beklagten angebotenen Nachbesserungsmaßnahmen auf den Benzinverbrauch, das Leistungsverhalten und auch die Geräuschmissionen festzustellen sind. Nach dem - insoweit unbestrittenen - Vortrag der Beklagten gibt es Äußerungen dreier in- und ausländischer Automobilclubs, wonach das Update mit keinen nennenswerten Auswirkungen verbunden sei (Bl. 73).

- 4) Dass die Beklagte in ihrem Schreiben vom 29. März 2016 noch keinen konkreten Nachbesserungstermin benennen konnte, insbesondere weil die Freigabe des Updates für das streitgegenständliche Fahrzeugmodell durch das Kraftfahrt-Bundesamt noch nicht vorlag, genügt nicht, um auf eine der dauerhaften Unmöglichkeit gleichzustellende vorübergehende Unmöglichkeit zu schließen.

Nach den von der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs entwickelten Grundsätzen ist ein zeitweiliges Erfüllungshindernis einem dauernden dann gleich zu achten, wenn die Erreichung des Vertragszwecks durch die vorübergehende Unmöglichkeit in Frage gestellt wird und deshalb dem Vertragsgegner nach dem Grundsatz von Treu und Glauben unter billiger Abwägung der Belange beider Vertragsteile die Einhaltung des Vertrags nicht zugemutet werden kann. Im Rechtsstreit ist die Bedeutung des Leistungshindernisses – bezogen auf den Zeitpunkt seines Eintritts – ex post nach dem Kenntnisstand der letzten mündlichen Verhandlung zu beurteilen (Palandt/Grüneberg, BGB, 77. Aufl., § 275, Rn 11 f. m.w.N.).

Nachdem bereits in der Mitteilung über das Vorliegen des Mangels darauf hingewiesen wurde, dass in Abstimmung mit dem Kraftfahrt-Bundesamt an einer Lösung gearbeitet und davon ausgegangen werde, dass 2016 die Freigabe erfolge, ist eine Unmöglichkeit der Nachbesserung nicht dargelegt. Die Frage der Unmöglichkeit ist zu

trennen von der Frage nach der angemessenen Frist.

III.

1. Die Kostenentscheidung beruht auf § 97 Abs. 1 ZPO.
2. Die Entscheidung zur vorläufigen Vollstreckbarkeit folgt aus §§ 708 Nr. 10, 711 ZPO.
3. Die Revision wird gemäß § 543 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 und 2 ZPO wegen grundsätzlicher Bedeutung und zur Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung zugelassen.

a) Grundsätzliche Bedeutung kommt einer Rechtssache zu, wenn sie eine entscheidungserhebliche, klärungsbedürftige und klärungsfähige Rechtsfrage aufwirft, die sich in einer unbestimmten Vielzahl von Fällen stellen kann und deshalb das abstrakte Interesse der Allgemeinheit an der einheitlichen Entwicklung und Handhabung des Rechts berührt (BGH, Beschluss vom 27. März 2003 – V ZR 291/02 –, BGHZ 154, 288-301, Rn. 5).

b) Die aufgeworfenen entscheidungserheblichen Rechtsfragen sind in einer sehr großen Anzahl von Rechtsstreitigkeiten von Bedeutung, die im gesamten Bundesgebiet anhängig sind und in den bislang veröffentlichten Entscheidungen unterschiedlich beurteilt werden.

-  
Heckel  
Vorsitzender Richter  
am Oberlandesgericht

Firlus  
Richterin  
am Oberlandesgericht

Fischer  
Richterin  
am Oberlandesgericht

Verkündet am 24.04.2018

Urkundsbeamtin der Geschäftsstelle