Kein „sofortiger“ Rücktritt vom Neuwagenkauf im VW-Abgasskandal

1. **Ein vom VW-Abgasskandal betroffener Neuwagen, dessen Stickoxid(NO_x)-Emissionen softwaregesteuert reduziert werden, sobald das Fahrzeug auf einem Prüfstand einen Emissionstest absolviert, ist mangelhaft, weil er sich weder für die nach dem Kaufvertrag vorausgesetzte Verwendung eignet (§ 434 I 2 Nr. 1 BGB) noch eine für einen Neuwagen übliche und vom Käufer zu erwartende Beschaffenheit aufweist (§ 434 I 2 Nr. 2 BGB).**

2. **Der Mangel, der einem vom VW-Abgasskandal betroffenen Neuwagen anhaftet, ist nicht geringfügig i. S. von § 323 V 2 BGB, obwohl die Kosten für seine Beseitigung (hier: durch die Installation eines Softwareupdates) im Verhältnis zum Kaufpreis gering sind. Denn bis zu einer Nachbesserung droht einem vom VW-Abgasskandal betroffenen Fahrzeug der Entzug der Betriebserlaubnis, und ein Mangel, der in diesem Sinne die dauerhafte Nutzungsmöglichkeit eines Fahrzeugs für einen nicht konkret absehbaren Zeitraum infrage stellt, ist in der Regel nicht geringfügig. Dass bislang die Betriebserlaubnis vom VW-Abgasskandal betroffener Fahrzeuge nicht entzogen wurde, ist kein Grund, von dieser Regel abzuweichen.**

3. **Der Käufer eines vom VW-Abgasskandal betroffenen – mangelhaften – Fahrzeugs kann grundsätzlich erst wirksam vom Kaufvertrag zurücktreten, nachdem er dem Verkäufer gemäß § 323 I BGB erfolglos eine angemessene Frist zur Nacherfüllung gesetzt hat. Ob eine vom Käufer gesetzte Frist angemessen ist, bestimmt sich nach den Umständen des Einzelfalls. Muss eine bereits entwickelte oder zumindest in der Entwicklung befindliche Nachbesserungsmaßnahme vor ihrer Umsetzung von einer Behörde (hier: dem Kraftfahrt-Bundesamt) genehmigt werden und steht diese Genehmigung noch aus, ist jedenfalls eine Frist von weniger als zwei Monaten in der Regel unangemessen kurz.**

OLG Nürnberg, Urteil vom 24.04.2018 – 6 U 409/17
(vorangehend: LG Ansbach, Urteil vom 20.01.2017 – 2 O 755/16)

Sachverhalt: Der Kläger ist Inhaber eines Gewerbetriebs. Für dieses Einzelunternehmen erwarb er von der beklagten VW-Vertragshändlerin mit Kaufvertrag vom 30.09.2014 einen Neuwagen (VW Tiguan 2.0 TDI Sport & Style 4Motion, 103 kW/140 PS). Das Fahrzeug, das dem Kläger am 28.11.2014 übergeben wurde, ist mit einem EA189-Dieselmotor ausgestattet und deshalb vom VW-Abgasskandal betroffen.

Im Februar 2016 informierte die *Volkswagen AG* den Kläger schriftlich darüber, dass sein Fahrzeug mit einer Software ausgestattet sei, die die Stickoxidwerte (NO_X) im Vergleich zwischen Prüfstandlauf (NEFZ) und realem Fahrbetrieb verschlechtere. Es werde an einer Rückrufaktion gearbeitet, die für die betroffenen 2,0-Liter-Motoren in 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.

Circa vier Wochen später, mit Schreiben vom 24.03.2016, rügte der Kläger gegenüber der Beklagten, sein Fahrzeug stoße mehr Schadstoffe aus als beim Verkauf angegeben. In dem Pkw komme eine Manipulationssoftware zum Einsatz, die seine Emissionswerte schöne. Der Kläger, der darin einen Mangel sieht, forderte die Beklagte zur Nachbesserung auf und setzte ihr dafür eine Frist bis zum 07.04.2016.

Auf das Schreiben des Klägers antwortete die Beklagte am 29.03.2016. Sie stellte ein zur „Behebung der Unregelmäßigkeiten“ beabsichtigtes Softwareupdate vor und wies den Kläger darauf hin, dass sein Fahrzeug auch ohne dieses Update im Straßenverkehr genutzt werden könne. Die Durchführung der notwendigen Maßnahmen erfolge in Abstimmung mit dem Kraftfahrt-Bundesamt auf Kosten der *Volkswagen AG*. Sie – die Beklagte – werde den Kläger sobald wie möglich über den Zeitplan für sein Fahrzeug informieren und bitte bis dahin um Geduld. Das Zuwarten sei nicht nachteilig für den Kläger, da sie – die Beklagte – bis zum 31.12.2017 auf die Erhebung der Verjährungseinrede verzichte. Dies gelte auch, soweit etwaige Ansprüche des Klägers bereits verjährt seien.

Mit Schreiben vom 11.04.2016 erklärte der Kläger daraufhin mit der Begründung, dass sein Fahrzeug an einem erheblichen und unbehebbaren Mangel leide, den Rücktritt vom Kaufvertrag. Die Beklagte lehnte mit Schreiben vom 21.04.2016 eine Rückabwicklung des Kaufvertrages ab.

Nachdem der Kläger im Mai 2016 die vorliegende Klage erhoben hatte, bestätigte das Kraftfahrt-Bundesamt der *Volkswagen AG* mit Schreiben vom 01.06.2016 unter anderem, dass die beabsichtigte Änderung der Applikationsdaten des streitgegenständlichen Fahrzeugtyps geeignet sei, dessen Vorschriftsmäßigkeit herzustellen. Mit Schreiben vom 02.11.2016 informierte die Beklagte den Kläger darüber, dass ein Softwareupdate für sein Fahrzeug zur Verfügung stehe. Sie bat ihn, mit ihr einen Termin für die Installation des Updates, die 30 bis 60 Minuten dauern werde, zu vereinbaren. Das ihm angebotene Update hat der Kläger bislang nicht installieren lassen.

Das Landgericht hat die Klage mit Urteil vom 20.01.2017 abgewiesen. Es hat dahinstehen lassen, ob das Fahrzeug des Klägers mangelhaft ist, und ausgeführt, der Rücktritt des Klägers vom Kaufvertrag sei jedenfalls deshalb unwirksam, weil der seinem Fahrzeug möglicherweise anhaftende Mangel i.S. von § 323 V 2 BGB geringfügig sei.

Die dagegen gerichtete Berufung des Klägers hatte keinen Erfolg.

Aus den Gründen: II. … Der Kläger hat keinen Anspruch auf Rückabwicklung des mit der Beklagten geschlossenen Kaufvertrags gemäß §§ 434, 437 Nr. 2 Fall 1, 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 III HGB gerügt hat.

Nach dieser Vorschrift ist beim Handelskauf ein Mangel, der sich später (d. h. nach Ablieferung gemäß § 377 I 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 sogenannten VW-Abgasskandal genügte entgegen der Ansicht der Beklagten nicht, um eine Rügepflicht des Klägers vor der Information durch die *Volkswagen AG* über den Umstand, dass sein Fahrzeug hiervon betroffen sei, auszulösen. Unzweifelhaft hatte der Kläger aber nach Erhalt des Schreibens der *Volkswagen AG* vom Februar 2016 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 (*Hopt,* in: Baumbach/Hopt, HGB, 37. Aufl., § 377 Rn. 36). Verkäufer und Vertragspartner des Klägers ist jedoch nicht die *Volkswagen AG*, sondern die Beklagte.

In der Rechtsprechung des BGH 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, Urt. v. 25.11.1998 – 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 29.03.2016 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 08.01.2018 erhoben. Die Beklagte behauptet selbst nicht, ihr seien die Rügepflicht des Käufers nach § 377 III 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 I 1 BGB), sondern auch dann, wenn sie sich aufgrund ihrer tatsächlichen Beschaffenheit nicht für die nach dem Vertrag vorausgesetzte Verwendung eignet (§ 434 I 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, 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 Kraftfahrt-Bundesamt die Betriebserlaubnis nicht entzogen hat (a. A. LG Bamberg, Urt. v. 12.09.2016 – 10 O 56/16).

Die Rückrufaktion der *Volkswagen AG* ist nicht freiwillig erfolgt oder eine bloße Kulanzmaßnahme, sondern notwendig, um den Anforderungen des Kraftfahrt-Bundesamtes zur Herstellung der Vorschriftsmäßigkeit zu genügen. Den Fahrzeughaltern ist es nicht freigestellt, die Nachbesserung durchführen zu lassen oder nicht. Ohne das Softwareupdate kann die Entziehung der Betriebserlaubnis drohen (vgl. OLG München, Beschl. v. 23.03.2017 – 3 U 4316/16, juris Rn. 13; LG Frankenthal, Urt. v. 12.05.2016 – 8 O 208/15).

Das ergibt sich schon aus der von der Beklagten vorgelegten Anlage B 2, einem Schreiben des Kraftfahrt-Bundesamtes vom 01.06.2016, 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 14.10.2015 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 I 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 Käufern 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 selbstständigen 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 welchen Angaben das streitgegenständliche Fahrzeug tatsächlich produziere (vgl. auch OLG Stuttgart, Urt. v. 25.04.2017 – 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 V 2 BGB ausgeschlossen (a. A. OLG München, Urt. v. 03.07.2017 – 21 U 4818/16, juris Rn. 28; OLG Koblenz, Beschl. v. 27.09.2017 – 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, Urt. v. 26.10.2016 – VIII ZR 240/15, NJW 2017, 153 Rn. 27). 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, Urt. v. 28.05.2014 – 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; jurisPK-BGB/*Beckmann,* 8. Aufl., § 323 Rn. 60).

(1) Vorliegend betragen die Nachbesserungskosten des Softwareupdates 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 *Volkswagen AG* (str., a. A. z. B. LG Hagen, Urt. v. 18.10.2016 – 3 O 66/16, juris Rn. 63).

Zwar war im Zeitpunkt der Rücktrittserklärung das Softwareupdate noch nicht freigegeben. Die Beklagte hatte dem Kläger aber bereits mit Schreiben vom 29.03.2016 die für den in seinem Fahrzeug verbauten Motor vorgesehene Maßnahme eines Softwareupdates, die 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 ein Prozent 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, Urt. v. 18.10.2016 – 3 O 66/16, juris 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 i. S. von § 434 I 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 (MünchKomm-BGB/*Ernst,* 6. Aufl., § 323 Rn. 243 f. m. w. Nachw.).

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 (MünchKomm-BGB/*Ernst,* a. a. O., § 323 Rn. 249).

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 infrage 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 (§ 323 I 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 (jurisPK-BGB/*Beckmann,* a. a. O., § 323 Rn 24).

b) Im Zusammenhang mit den Fällen des sogenannten VW-Abgasskandals wird die Länge der im Einzelfall angemessenen Frist unterschiedlich beurteilt (vgl. Überblick bei jurisPK-BGB/*Beckmann,* a. a. O., § 323 Rn. 26 Fn. 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. Insoweit 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 *Volkswagen AG* mitgeteilt, die Nachbesserung der 2,0-Liter-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, Beschl. v. 23.03.2017 – 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 24.03.2016 und der Erklärung des Rücktritts am 11.04.2016 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 acht Wochen nach der Aufforderung zur Nachbesserung zugestellt.

Über die Dauer einer angemessenen Frist braucht vorliegend nicht abschließend entschieden zu werden, da der Kläger nach Klageerhebung nicht erneut den Rücktritt erklärt hat und die Beklagte ihm unstreitig mit Schreiben vom 02.11.2016 die Ausführung der Nachbesserung angeboten hat, die der Hersteller bereits vor der Mängelrüge und die Beklagte unverzüglich nach der Mängelrüge angekündigt hatten.

4. Eine Fristsetzung war nicht ausnahmsweise entbehrlich.

a) Die Beklagte hat die Nachbesserung nicht endgültig und ernsthaft verweigert (§ 323 II Nr. 1 BGB).

Dem Schreiben der Beklagten vom 29.03.2016 kann – entgegen der Ansicht des Klägers – keine solche Weigerung entnommen werden. Vielmehr lässt das Schreiben die Bereitschaft erkennen, das vorgesehene Softwareupdate 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 *Volkswagen 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 werde (§ 323 II Nr. 3 BGB).

(1) Besondere Umstände, die ein Nachbesserungsrecht des gewährleistungspflichtigen Vertragspartners als unzumutbar erscheinen lassen, werden von der herrschenden Meinung in Fällen angenommen, in denen der Verkäufer einen Mangel arglistig verschwiegen hat (Palandt/*Grüneberg,* a. a. O., § 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 Volkswagen AG auszugehen ist, da eine solche Täuschung der Beklagten nicht zugerechnet werden könnte.

Nach der ständigen Rechtsprechung des BGH 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, Urt. v. 02.04.2014 – VIII ZR 46/13, juris Rn. 31).

Gründe, hiervon in den sogenannten VW-Abgasfällen abzuweichen, sind nicht erkennbar (OLG Hamm, Beschl. v. 05.01.2017 – 28 U 201/16, juris Rn. 34; OLG Celle, Beschl. v. 30.06.2016 – 7 W 26/16, juris Rn. 8; OLG Koblenz, Beschl. v. 27.09.2017 – 2 U 4/17, juris Rn. 35).

Insbesondere erfährt der Pflichtenkreis der Beklagten gegenüber dem Kläger durch ihre Stellung als Vertragshändlerin der *Volkswagen 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 *Volkswagen AG* war unmittelbar weder am Vertragsabschluss noch an der Übergabe des Fahrzeugs beteiligt (OLG Koblenz, Urt. v. 28.09.2017 – 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 Fall 3 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 II Fall 2 BGB, § 323 II Nr. 3 BGB) – 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, Urt. v. 18.01.2017 – 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. Hinzu kommt, dass nicht jede arglistige Täuschung zu einem vollständigen Vertrauensverlust auf Käuferseite führt, der eine Nacherfüllung für den Käufer unzumutbar macht (BGH, Urt. v. 09.01.2008 – 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. BeckOK-BGB/*Faust*, 44. Edition [2017], § 440 Rn. 37a), begründet dies im vorliegenden Fall nicht die Unzumutbarkeit. Neben einer – unterstellten – Arglist und Täuschung der Öffentlichkeit durch die *Volkswagen 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 (BeckOK-BGB/*Faust,* a. a. O., § 440 Rn. 40). Da der Kläger sein 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,* a. a. O., § 440 Rn. 8), steht dies in einem gewissen Widerspruch zu § 326 V 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, Urt. v. 14.09.2016 – 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 i. S. des § 440 Satz 1 Fall 3 BGB kann auch nicht damit begründet werden, die Beklagte habe keine verbindliche Zusage bzw. Garantieerklärung dahin gehend abgegeben, das Update habe keine negativen Auswirkungen auf das Fahrzeug (vgl. aber LG Krefeld, Urt. v. 14.09.2016 – 2 O 83/16, juris Rn. 29, das in einer Garantieerklärung einen möglichen Gegenbeweis sieht). Eine Garantieerklärung mag aus Sicht der Kunden 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 Softwareupdate zur Verfügung gestellt werden könnte. Solche Anhaltspunkte ergeben sich auch nicht in ausreichend konkretem Maß aus dem Pressebericht der Stuttgarter Zeitung vom 28.09.2016, 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 Softwareupdates 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, Urt. v. 03.07.2017 – 21 U 4818/16, juris Rn. 25). Nicht jede Änderung dieser Parameter wäre mit einem – neuen – Mangel des Fahrzeugs gleichzusetzen (s. auch Pressemitteilung Nr. 8/2018 des OLG Dresden vom 01.03.2018 [zum Urt. v. 01.03.2018 – 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, ist ebenfalls erst weit nach seiner Rücktrittserklärung, nämlich am 28.10.2016, 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 i. S. von § 434 BGB anzusehen wären. Auch der Berufung kann hierzu nichts 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 V 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 unbehebbaren Mangels nicht möglich ist (Palandt/*Grüneberg,* a. a. O., § 326 Rn. 18; BGH, Urt. v. 10.10.2007 – VIII ZR 330/06, juris Rn. 23: Unfallwagen). Unmöglichkeit i. S. des § 275 I BGB liegt dabei vor, wenn die Leistung weder vom Schuldner noch von einem Dritten erbracht werden kann.

(1) Die Unbehebbarkeit eines Mangels, das heißt 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 (MünchKomm-BGB/Ernst, a. a. O., § 326 Rn. 130; Palandt/*Grüneberg,* a. a. O., § 275 Rn. 34).

(2) Maßgeblicher Zeitpunkt ist dabei der Schluss der mündlichen Verhandlung.

(3) Dass das Landgericht den im Schriftsatz vom 02.11.2016 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, genügen 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. auch Heintz, jM 2017, 356 f.).

Hinzu kommt, 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 Geräuschimmissionen 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.

(4) Dass die Beklagte in ihrem Schreiben vom 29.03.2016 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 BGH entwickelten Grundsätzen ist ein zeitweiliges Erfüllungshindernis einem dauernden dann gleich zu achten, wenn die Erreichung des Vertragszwecks durch die vorübergehende Unmöglichkeit infrage 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,* a. a. O., § 275 Rn. 11 f. m. w. Nachw.).

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. … 3. Die Revision wird gemäß § 543 II 1 Nr. 1 und Nr. 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, Beschl. v. 27.03.2003 – V ZR 291/02, BGHZ 154, 288 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.

Probleme beim Autokauf?

Als spezialisierter Rechtsanwalt helfe ich Ihnen gerne weiter – ganz gleich, ob Sie Käufer oder Verkäufer sind. Interessiert? Nutzen Sie das Kontaktformular auf https://autokaufrecht.info/sofortberatung/ oder rufen Sie mich unverbindlich an

(0 23 27) 8 32 59-99.