Angemessene Nachbesserungsfrist von sieben Wochen im VW-Abgasskandal

1. **Ein vom VW-Abgasskandal betroffener Pkw ist schon deshalb i. S. von § 434 I 2 Nr. 2 BGB mangelhaft, weil darin eine Software zum Einsatz kommt, die erkennt, ob das Fahrzeug auf einem Prüfstand einen Emissionstest absolviert, und die in einer solchen Testsituation einen eigens dafür vorgesehenen Betriebsmodus mit vergleichsweise niedrigen Stickoxidemissionen aktiviert. Daran ändert nichts, dass das Fahrzeug – bis auf Weiteres – uneingeschränkt genutzt werden kann. Denn ein Käufer, der ein zum Verkehr auf öffentlichen Straßen zugelassenes Fahrzeug erwirbt, darf nicht nur erwarten, dass das Fahrzeug alle technischen und rechtlichen Voraussetzungen für eine Zulassung erfüllt, sondern auch, dass der Fahrzeughersteller die für den Fahrzeugtyp erforderlichen Erlaubnisse und Genehmigungen nicht durch eine Täuschung erwirkt hat. Diese Erwartung gesetzeskonformen Verhaltens ist auch dann schutzwürdig, wenn seitens eines Herstellers oder mehrerer Hersteller in so großem Umfang – heimlich – manipuliert wird, dass die Anzahl der durch Täuschung erwirkten Zulassungen, Erlaubnisse und Genehmigungen höher ist als die Anzahl der rechtmäßig zustande gekommenen.**

2. **Bei der Beurteilung, welche Frist zur Nachbesserung eines vom VW-Abgasskandal betroffenen Fahrzeugs i. S. von § 323 I BGB angemessen ist, ist zugunsten des Käufers zu berücksichtigen, dass diesem die mit einem unabsehbar langen Zuwarten verbundene Unsicherheit auch dann nicht zuzumuten ist, wenn der Käufer das betroffene Fahrzeug uneingeschränkt nutzen kann. Es liegt nämlich in der Natur der Sache und ist allgemein bekannt, dass ein Pkw, dessen Zulassung zum Verkehr auf öffentlichen Straßen auf dem Einsatz einer Manipulationssoftware beruht und der zum Erhalt der Zulassung ein – hier noch gar nicht entwickeltes – Softwareupdate benötigt, schwerer veräußert werden kann als ein Fahrzeug, das keinen Unsicherheiten dieser Art ausgesetzt ist.**

3. **Der Mangel, an dem ein vom VW-Abgasskandal betroffenes Fahrzeug leidet, kann auch dann einen Rücktritt des Käufers vom Kaufvertrag rechtfertigen, wenn die Kosten, die für die Beseitigung des Mangels aufgewendet werden müssen, im Verhältnis zum Kaufpreis geringfügig sind. Denn ob die Pflichtverletzung des Verkäufers, die in der Lieferung eines vom VW-Abgasskandal betroffenen Fahrzeugs liegt, i. S. von § 323 V 2 BGB unerheblich ist, ist im Einzelfall aufgrund einer umfassenden Interessenabwägung zu beurteilen. Dabei ist zugunsten des**

Käufers zu berücksichtigen, dass im maßgeblichen Zeitpunkt der Rücktrittserklärung das für eine Nachbesserung erforderliche Softwareupdate noch gar nicht verfügbar war und deshalb nicht feststand, ob und gegebenenfalls mit welchem sachlichen und finanziellen Aufwand eine Mangelbeseitigung gelingen würde.

4. **Zugunsten des Käufers eines vom VW-Abgasskandal betroffenen – mangelhaften – Fahrzeugs ist zu berücksichtigen, dass er für einen unabsehbaren Zeitraum das Risiko einer Insolvenz der *Volkswagen AG* trüge, wenn man seinen Rücktritt vom Kaufvertrag an § 323 V 2 BGB scheitern ließe. Weil die *Volkswagen AG* einer kaum überschaubaren Anzahl von Ansprüchen geschädigter Kunden und Händler in der ganzen Welt ausgesetzt war und ist, besteht für den Käufer das nicht zu vernachlässigende Risiko, dass er nach einer Insolvenz der *Volkswagen AG* ein Fahrzeug behalten muss, dass mangels Mitwirkung der Herstellerin nicht mehr instand gesetzt werden kann und dessen Zulassung zum Verkehr auf öffentlichen Straßen infrage steht.**

5. **Die Nutzungsentschädigung, die ein Pkw-Käufer dem Verkäufer nach einem wirksamen Rücktritt vom Kaufvertrag gemäß § 346 I, II 1 Nr. 1 BGB schuldet, ist bei einem Dieselfahrzeug auf der Grundlage einer zu erwartenden Gesamtlaufleistung von 300.000 km zu ermitteln.**

OLG Köln, Beschluss vom 28.05.2018 – 27 U 13/17
(vorangehend: LG Köln, Urteil vom 18.04.2017 – 4 O 177/16)

Sachverhalt: Der Kläger verlangt die Rückabwicklung eines mit der Beklagten geschlossenen Kfz-Kaufvertrags.

Er erwarb von der Beklagten im April 2015 einen gebrauchten, 2011 erstzugelassenen VW Eos 2.0 TDI mit einer Laufleistung von 23.100 km zum Preis von 22.000 €. Das Fahrzeug ist mit einem EA189-Dieselmotor ausgestattet und deshalb vom VW-Abgasskandal betroffen, das heißt, es verfügt eine unzulässige Abschalteinrichtung i. S. von Art. 5 II, 3 Nr. 10 der Verordnung (EG) Nr. 715/2007: In dem Fahrzeug kommt eine Software zum Einsatz, die erkennt, ob der Pkw auf einem Prüfstand einen Emissionstest absolviert oder ob er regulär im Straßenverkehr betrieben wird. In einer Testsituation aktiviert die Software einen bestimmten Betriebsmodus („Modus 1“). In diesem Modus ist die Abgasrückführungsrate erheblich höher und deshalb der Stickoxid(NO_x-)Ausstoß deutlich niedriger als in dem Modus, der beim Betrieb des Fahrzeugs im Straßenverkehr aktiv ist („Modus 0“). So wird sichergestellt, dass das Fahrzeug auf dem Prüfstand, das heißt im Laborbetrieb, den einschlägigen Euro-5-Emissionsgrenzwert einhält.

Das Kraftfahrt-Bundesamt verpflichtete die *Volkswagen AG* nach Bekanntwerden des VW-Abgasskandals, die entsprechende Software aus allen betroffenen Fahrzeugen zu entfernen. In der Folgezeit gab es sukzessive Softwareupdates für eine Vielzahl verschiedener Fahrzeug- und Motortypen frei und verzichtete auf einen Widerruf der EG-Typgenehmigung.

Der Kläger hält sein Fahrzeug wegen der den Schadstoffausstoß manipulierenden Software für mangelhaft. Er forderte die Beklagte mit anwaltlichem Schreiben vom 17.11.2015 auf, ihm bis zum 16.12.2015 ein mangelfreies Fahrzeug zu liefern. Hilfsweise verlangte der Kläger die Nachbesserung des aus seiner Sicht mangelhaften Fahrzeugs. Mit Schreiben vom 27.11.2015 verwies die Beklagte darauf, dass vonseiten der Fahrzeugherstellerin eine Rückrufaktion geplant sei, die Anfang 2016 beginnen und die der Kläger sinnvollerweise abwarten solle. Mit anwaltlichem Schreiben vom 18.01.2016 erklärte der Kläger daraufhin den Rücktritt vom Kaufvertrag und setzte der Beklagten zur Rückabwicklung dieses Vertrags eine Frist bis zum 02.02.2016. Die Beklagte wies den Rücktritt unter dem 18.01.2016 zurück.

Am 03.06.2016 gab das Kraftfahrt-Bundesamt ein Softwareupdate für das streitgegenständliche Fahrzeugmodell zur Installation frei. Die *Volkswagen AG* hat den Kläger unter dem 09.11.2016 aufgefordert, das für sein Fahrzeug seit dem 09.09.2016 zur Verfügung stehende Softwareupdate installieren zu lassen.

Mit dem angefochtenen Urteil hat das Landgericht die Beklagte verurteilt, dem Kläger den Kaufpreis abzüglich einer – mindestens 3.375,37 € betragenden – Nutzungsentschädigung in Höhe von 0,08 € für jeden bis zur Rücknahme des VW Eos gefahrenen Kilometer zurückzuzahlen, und zwar Zug um Zug gegen Rückgabe und Rückübereignung des Pkw. Darüber hinaus wurde die Beklagte verurteilt, den Kläger von vorgerichtlichen Anwaltskosten in Höhe von 1.789,76 € freizustellen. Schließlich hat das Landgericht festgestellt, dass sich die Beklagte mit der Rücknahme des Fahrzeugs in Verzug befinde.

Zur Begründung hat es unter anderem ausgeführt, das streitgegenständliche Fahrzeug weise einen Sachmangel i. S. des § 434 I 2 Nr. 2 BGB auf. Der Käufer eines Pkw könne grundsätzlich erwarten, dass das Fahrzeug ohne Weiteres dauerhaft über eine Betriebserlaubnis verfüge. Wegen der unzulässigen Abschalteinrichtung müsse das Fahrzeug des Klägers jedoch ein Softwareupdate erhalten, um die Betriebserlaubnis aufrechtzuerhalten. Zudem halte das Fahrzeug die einschlägigen Euro-5-Emissionsgrenzwerte nicht ein, sodass auch mit Blick auf § 434 I 3 BGB ein Mangel vorliege. Einem Rücktritt des Klägers vom Kaufvertrag stehe § 323 V 2 BGB nicht entgegen, da die in der Lieferung eines mangelhaften Fahrzeugs liegende Pflichtverletzung der Beklagten nicht unerheblich sei. Im Rahmen der insoweit vorzunehmenden umfassenden Interessenabwägung sei zu berücksichtigen, dass im Zeitpunkt der Rücktrittserklärung noch nicht festgestanden habe, wann ein Softwareupdate für das Fahrzeug des Klägers zur Verfügung und ob sich das Update negativ auf bestimmte Fahrzeugparameter auswirken würde. Zudem stamme das Update von der *Volkswagen AG*, die arglistig eine unzulässige Abschalteinrichtung verwendet habe, sodass der Kläger wenig Anlass habe, ihrer Software zu vertrauen. Darüber hinaus sei damit zu rechnen, dass der Wiederverkaufswert des streitgegenständlichen Fahrzeugs wegen des Makels, vom VW-Abgasskandal betroffen (gewesen) zu sein, dauerhaft gemindert bleibe. Schließlich bestünden Zweifel daran, dass eine Nachbesserung des Fahrzeugs lediglich Kosten in Höhe von 100 € verursache. Der Kläger habe der Beklagten auch keine Frist zur Nachbesserung setzen müssen, da der Beklagten eine Nachbesserung nicht möglich gewesen sei.

Dagegen wenden sich die Beklagte mit ihrer Berufung. Sie macht unter Wiederholung und Vertiefung ihres erstinstanzlichen Vorbringens weiterhin geltend, das Fahrzeug des Klägers sei schon nicht mangelhaft. Jedenfalls aber wäre ein dem Fahrzeug anhaftender Mangel i. S. des § 323 V 2 BGB geringfügig, weil er durch die Installation eines Softwareupdates beseitigt werden könnte und diese Maßnahme mit einem Kostenaufwand von weniger als 100 € verbunden wäre. Dass der Kläger möglicherweise sein Vertrauen in die *Volkswagen AG* verloren habe, sei unerheblich. Denn nicht die *Volkswagen AG*, sondern sie – die Beklagte – sei Vertragspartnerin des Klägers; außerdem werde die Umrüstung der vom VW-Abgasskandal betroffenen Fahrzeuge seitens des Kraftfahrt-Bundesamtes kontrolliert. Abgesehen davon stehe nicht fest, dass die *Volkswagen AG* sich arglistig verhalten habe. Entgegen der Auffassung des Landgerichts verbleibe auch kein merkantiler Minderwert. Unabhängige Institute hätten keinen Wertverlust der vom VW-Abgasskandal betroffenen Fahrzeuge festgestellt.

Die Beklagte ist der Auffassung, das Landgericht habe der Berechnung der Nutzungsentschädigung, die der Kläger im Falle eines wirksamen Rücktritts zahlen müsse, nicht eine zu erwartenden Gesamtlaufleistung des streitgegenständlichen Fahrzeugs von 275.000 km, sondern nur eine solche von 250.000 km zugrunde legen dürfen. Der Kläger meint demgegenüber, die zu erwartende Gesamtlaufleistung betrage 350.000 km. Er hat deshalb mit einer Anschlussberufung erreichen wollen, dass von dem zurückverlangten Kaufpreis lediglich eine Nutzungsentschädigung in Höhe von 0,067 €/km abgezogen wird.

Das Berufungsgericht hat mit Beschluss vom 12.04.2018 darauf hingewiesen, dass es beabsichtige, die Berufung der Beklagten durch Beschluss gemäß § 522 II ZPO zurückzuweisen. Es hat das Rechtsmittel sodann unter dem 28.05.2018 zurückgewiesen, sodass die Anschlussberufung wirkungslos geworden ist (§ 524 IV ZPO).

Aus den Gründen: II. Die Berufung ist gemäß § 522 II ZPO zurückzuweisen. Nach einstimmiger Überzeugung des Senats hat die Berufung offensichtlich keine Aussicht auf Erfolg. Die Rechtssache hat auch weder grundsätzliche Bedeutung, noch erfordert die Fortbildung des Rechts oder die Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung eine Entscheidung des Berufungsgerichts. Zudem ist eine mündliche Verhandlung nicht geboten.

Mit Hinweisbeschluss vom 12.04.2018 hat der Senat wie folgt ausgeführt:

> „Die form- und fristgerecht eingelegte Berufung der Beklagten verspricht keine Aussicht auf Erfolg. Der Senat nimmt zunächst in vollem Umfang Bezug auf die zutreffenden Ausführungen in der erstinstanzlichen Entscheidung.
>
> 1. Zutreffend hat das Landgericht einen Anspruch des Klägers auf Rückzahlung des vereinbarten Kaufpreises aus §§ 433 I, 434 I 2 Nr. 2, 437 Nr. 2 Fall 1, 323 I, 346 I BGB bejaht.
>
> a) Das dem Kläger von der Beklagten im April 2015 verkaufte Fahrzeug W Eos 2.0 TDI war zum Zeitpunkt des Gefahrübergangs nicht frei von Sachmängeln i. S. des § 434 I 2 Nr. 2 BGB, da es nicht die Beschaffenheit aufweist, die bei Sachen der gleichen Art üblich ist und die der Käufer nach der Art der Sache erwarten kann.

aa) Die übliche Beschaffenheit bestimmt sich nach dem Empfängerhorizont eines Durchschnittskäufers, und zwar danach, welche Beschaffenheit er anhand der Art der Sache erwarten kann. Es kommt mithin auf die objektiv berechtigte Käufererwartung an, die sich in Ermangelung abweichender Anhaltspunkte jedenfalls im Regelfall an der üblichen Beschaffenheit gleichartiger Sachen orientiert (vgl. BGH, Urt. v. 20.05.2009 – VIII ZR 191/07, BGHZ 181, 170 Rn. 14). Der vernünftige Durchschnittskäufer erwartet, wenn er ein für den Betrieb im Straßenverkehr vorgesehenes Fahrzeug erwirbt, dass das betreffende Fahrzeug entweder zu Recht zugelassen oder zulassungsfähig ist. Dementsprechend geht er nicht nur davon aus, dass das Fahrzeug die technischen und die rechtlichen Voraussetzungen der Zulassung erfüllt, sondern auch, dass der Hersteller die für den Fahrzeugtyp erforderlichen Erlaubnisse und Genehmigungen nicht durch eine Täuschung erwirkt hat.

Zum einen kann nämlich der Käufer gesetzeskonformes Verhalten der Hersteller und aller übrigen Beteiligten erwarten, und das gilt auch dann, wenn seitens eines oder mehrerer Hersteller in so großer Zahl rechtswidrig manipuliert wird, dass im Ergebnis die Anzahl der durch Täuschung erwirkten diejenige der rechtmäßig zustande gekommenen Zulassungen, Erlaubnisse und Genehmigungen übersteigt. Denn solange die Manipulationen heimlich vorgenommen werden und solange die für den Betrieb eines Pkw im Straßenverkehr erforderlichen Zulassungen, Erlaubnisse und Genehmigungen durch entsprechende Täuschungen erwirkt werden, kann dies keinen Einfluss auf die Erwartungen des Durchschnittskäufers haben. Zum anderen erstrecken sich die berechtigten Erwartungen eines vernünftigen durchschnittlichen Käufers auch auf die Erwirkung aller letztendlich für den Betrieb des erworbenen Fahrzeugs im Straßenverkehr erforderlichen Zulassungen, Erlaubnisse und Genehmigungen, mag der Käufer sich auch bis zum Bekanntwerden von Manipulationen keine konkreten Vorstellungen von den einzelnen technischen Einrichtungen, rechtlichen Voraussetzungen und Zulassungs- bzw. Genehmigungsverfahren gemacht haben. Denn eine Täuschung in dem für den erlaubten Betrieb und die Zulassung des Fahrzeugs bedeutsamen Bereich gefährdet aus der Sicht eines vernünftigen Durchschnittskäufers eventuell die für seine Nutzung des Pkw im Straßenverkehr maßgebende Zulassung. Darüber hinaus hat sie für ihn auch insofern unabsehbare Folgen, als er die Folgen für den Verkehrs- und Wiederverkaufswert seines Fahrzeuges im Falle eines Bekanntwerdens der Manipulation nicht sicher zu prognostizieren vermag und ihm deshalb erhebliche finanzielle Einbußen als drohend erscheinen, die er mit dem Erwerb eines anderen Fahrzeugs vermeiden könnte (vgl. OLG Köln, Beschl. v. 20.12.2017 – 18 U 112/17, NZV 2018, 72 Rn. 33 ff. = juris Rn. 36 ff.).

bb) Nach diesen Maßstäben ist das von der Beklagten verkaufte Fahrzeug mangelhaft. Unstreitig war in dem Fahrzeug eine Software installiert, die für den Betrieb des Fahrzeugs auf einem Prüfstand einen hinsichtlich geringer Stickoxidemissionen optimierten Betriebsmodus sowie eine Erkennung des Prüfbetriebs und eine Umschaltung in den optimierten Betriebsmodus vorsieht. Allein die Installation dieser Software führt dazu, dass das Fahrzeug nicht die übliche Beschaffenheit aufweist, da der Kläger bei Abschluss des Kaufvertrags noch davon ausgehen durfte, dass sich der Hersteller rechtmäßig verhalten und die für den Betrieb seines Pkw sowie für die Zulassung desselben erforderlichen Zulassungen, Genehmigungen und Erlaubnisse nicht durch Täuschung und nicht unter Anwendung einer Manipulationssoftware erwirkt hatte (vgl. OLG Köln, Beschl. v. 20.12.2017 – 18 U 112/17, NZV 2018, 72 Rn. 36 f. = juris Rn. 39 f.; OLG München, Beschl. v. 23.03.2017 – 3 U 4316/16, juris Rn. 13; OLG Hamm, Beschl. v. 21.06.2016 – 28 W 14/16, juris Rn. 28; OLG Celle, Beschl. v. 30.06.2016 – 7 W 26/16, MDR 2016, 1016 = juris Rn. 6 f.; LG Hamburg, Urt. v. 07.03.2018 – 329 O 105/17, juris Rn. 32; LG Braunschweig, Urt. v. 06.02.2018 – 11 O 1175/17, juris Rn. 102; LG Ravensburg, Urt. v. 09.01.2018 – 2 O 171/17, juris Rn. 31; LG Potsdam, Urt. v. 24.11.2017 – 6 O 36/17, juris Rn. 17; LG Neuruppin, Urt. v. 24.05.2017 – 1 O 170/16, juris Rn. 36; LG Münster, Urt. v. 14.03.2016 – 011 O 341/15, juris Rn. 18; LG Regensburg, Urt. v. 04.01.2017 – 7 O 967/16, juris Rn. 30; LG Oldenburg, Urt. v. 01.09.2016 – 16 O 790/16, DAR 2016, 658, 659 = juris Rn. 26). Unerheblich ist daher, ob das Fahrzeug die maßgebenden Grenzwerte insbesondere der Euro-5-Abgasnorm hinsichtlich der Stickoxidausstoßes auch ohne die betreffende Manipulationssoftware einzuhalten vermag und ob die für die Einhaltung der Euro-5-Norm im Prüfbetrieb maßgebenden Einzelheiten für den gewöhnlichen Fahrbetrieb nicht nur hinsichtlich der Emissionen, sondern auch im Zusammenhang mit dem Kraftstoffverbrauch und den Fahrleistungen bedeutungslos sind (vgl. auch OLG Köln, Beschl. v. 20.12.2017 – 18 U 112/17, NZV 2018, 72 Rn. 37 = juris Rn. 40; OLG München, Beschl. v. 23.03.2017 – 3 U 4316/16, juris Rn. 13; LG Neuruppin, Urt. v. 24.05.2017 – 1 O 170/16, juris Rn. 36).

Dass das Fahrzeug – worauf die Beklagte hinweist – fahrbereit und verkehrstauglich ist und (zunächst) uneingeschränkt genutzt werden konnte, ist vor diesem Hintergrund für die Beurteilung der Mangelhaftigkeit nicht von Belang (vgl. auch LG Regensburg, Urt. v. 04.01.2017 – 7 O 967/16, juris Rn. 31).

b) Der Kläger hat der Beklagten letztlich auch eine angemessene Frist zur Nacherfüllung i. S. des § 323 I BGB gesetzt.

Es kann dahinstehen, ob der Kläger berechtigt war, von der Beklagten Nachlieferung eines mangelfreien Fahrzeugs gleichen Typs und gleicher Ausstattung zu verlangen, oder ob sich sein Nacherfüllungsanspruch im Hinblick auf den Kauf eines konkreten Gebrauchtfahrzeugs auf eine Nachbesserung beschränkte, da der Kläger vorsorglich auch zur Nachbesserung innerhalb der gesetzten Frist aufgefordert hat.

Dahinstehen kann ferner, ob eine Nacherfüllung zum Zeitpunkt der Nachbesserungsaufforderung am 17.11.2015 überhaupt möglich und eine Fristsetzung gemäß § 326 V BGB gegebenenfalls entbehrlich war. Jedenfalls hat der Kläger mit seinem Schreiben vom 22.11.2015 eine angemessene Frist zur Nacherfüllung in Lauf gesetzt, die zum Zeitpunkt der Rücktrittserklärung vom 18.01.2016 verstrichen war.

aa) Aufgrund der in § 323 I BGB vorgesehenen angemessenen Nachfrist soll der Schuldner Gelegenheit erhalten, seine im Wesentlichen vorbereitete Leistung nunmehr zu erbringen. Die Nachfrist braucht deshalb nicht so lang zu sein, dass der Schuldner innerhalb dieser Frist seine Leistung überhaupt erst vorbereiten kann. Zwar sind bei der Prüfung der Frage, ob die Nachfrist angemessen ist, die Besonderheiten des jeweiligen Einzelfalls zu berücksichtigen. Die Nachfrist muss aber nicht zu einer Ersatzlieferungsfrist werden (vgl. BGH, Urt. v. 21.06.1985 – V ZR 134/84, NJW 1985, 2640 = juris Rn. 23, Urt. v. 06.12.1984 – VI-I ZR 227/83, NJW 1985, 855, 857 = juris Rn. 16; Urt. v. 10.02.1982 – VIII ZR 27/81, NJW 1982, 1279, 1280 = juris Rn. 52; jeweils zu § 326 BGB a.F.).

bb) Nach diesen Grundsätzen war nach Auffassung des Senats unter Berücksichtigung sämtlicher Umstände des Einzelfalls eine Frist von nicht mehr als sieben Wochen objektiv angemessen. Zwar war die Beklagte selbst weder für den Sachmangel im Sinne eines Verschuldens verantwortlich, noch verfügte sie über die für seine Behebung maßgebenden Kenntnisse und Fertigkeiten und musste daher die Entwicklung einer bis dahin nicht vorhandene Software durch den Hersteller, deren Genehmigung durch das Kraftfahrt-Bundesamt und schließlich deren Bereitstellung vor einer möglichen Nachbesserung abwarten. Indes ist das gewichtige Interesse des Klägers an einer umgehenden Behebung des Mangels zu sehen, dem die Unsicherheit eines nicht absehbar langen Zuwartens selbst mit Rücksicht auf die zwischenzeitlich nicht eingeschränkte Nutzbarkeit des Pkw nicht zuzumuten war. Zu berücksichtigen ist insoweit, dass zum einen das Gelingen und der Zeitpunkt eines genehmigten Softwareupdates nicht feststanden und damit die für den Kläger bedeutsame Zulassung weiter infrage stand und zum anderen in der Zwischenzeit die Veräußerbarkeit des erworbenen Pkw sowie sein Verkehrswert infrage standen. Es liegt nämlich in der Natur der Sache und ist allgemein bekannt, dass ein Pkw, dessen Zulassung auf dem Einsatz einer Manipulationssoftware sowie einer entsprechenden Täuschung seitens des Herstellers beruht und dessen fortgesetzter Betrieb im Straßenverkehr der Entwicklung sowie des Einsatzes einer bis dahin noch nicht vorhandenen Software und der Freigabe der Software seitens des Kraftfahrt-Bundesamtes bedarf, am Fahrzeugmarkt schwerer absetzbar ist als ein Pkw, der keinen Unsicherheiten dieser Art ausgesetzt ist (vgl. OLG Köln, Beschl. v. 20.12.2017 – 18 U 112/17, NZV 2018, 72 Rn. 44 f. = juris Rn. 47 f.).

cc) Zwar belief sich die vonseiten des Klägers gesetzte Nachfrist auf lediglich circa 3,5 - Wochen und könnte daher zu kurz bemessen gewesen sein. Indes setzt eine zu kurz bemessene Frist in der Regel die angemessene Frist – hier von sieben Wochen – in Lauf (vgl. BGH, Urt. v. 21.06.1985 – V ZR 134/84, NJW 1985, 2640 = juris Rn. 21).

Entgegen der Behauptung der Beklagten bestehen auch keine Anhaltspunkte dafür, dass der Kläger die Frist nur zum Schein gesetzt hat. Allein der Umstand, dass der Gläubiger anstelle einer angemessenen siebenwöchigen Frist eine Nachfrist von circa 3,5 Wochen setzt, bietet keinen Anhalt für eine solche Schein-Fristsetzung. Zudem ist zu bemerken, dass der Kläger den Rücktritt auch nicht bereits nach Ablauf der zu kurz bemessenen Nachfrist, sondern erst am 18.01.2016 erklärt hat. Es ist ebenfalls nicht ersichtlich, dass der Kläger eine innerhalb der angemessenen Frist angebotene Nacherfüllung durch die Beklagte keinesfalls annehmen wollte.

Mit dem Schreiben vom 22.11.2015 hat der Kläger daher eine angemessene Frist von sieben Wochen in Lauf gesetzt, die zum Zeitpunkt der Rücktrittserklärung vom 18.01.2016 fruchtlos verstrichen war. Dabei kann es dahinstehen, ob der Beklagten zum Zwecke der Durchführung der Nachbesserung nach Ablauf der Nachfrist im Hinblick auf die Vielzahl der nachzubessernden Fahrzeuge und der damit verbundenen Termindichte noch ein weiterer Zeitraum von einigen wenigen Wochen zuzubilligen gewesen wäre, da es zumindest erforderlich gewesen wäre, innerhalb der angemessenen Frist von sieben Wochen, eine konkrete Nachbesserung mit Terminvorschlägen anzubieten. Dies ist indes nicht geschehen.

c) Entgegen der Auffassung der Beklagten ist der Rücktritt nicht gemäß § 323 V 2 BGB ausgeschlossen, da der Sachmangel nicht als unerheblich anzusehen ist.

Ob ein Sachmangel geringfügig ist, erfordert eine umfassende Interessenabwägung und eine Würdigung der Umstände des Einzelfalls (vgl. BGH, Urt. v. 28.05.2014 – VIII ZR 94/13, BGHZ 201, 290 Rn. 16 m. w. Nachw.). Dabei ist in der Regel von einer Erheblichkeitsschwelle von fünf Prozent des Kaufpreises auszugehen (vgl. BGH, Urt. v. 28.05.2014 – VIII ZR 94/13, BGHZ 201, 290 Rn. 38).

Legt man entsprechend dem Vorbringen der Beklagten Mängelbeseitigungskosten von weniger als 100 € zugrunde, ist diese vom BGH aufgestellte kostenbezogene Erheblichkeitsschwelle nicht erreicht. Indes führt eine Abwägung sämtlicher Umstände des Einzelfalls dazu, dass selbst bei einer Unterschreitung dieser kostenbezogenen Erheblichkeitsschwelle hier abweichend vom Regelfall nicht von einem geringfügigen Mangel ausgegangen werden kann.

Es ist nämlich zu berücksichtigen, dass die notwendige Software zum maßgeblichen Zeitpunkt der Rücktrittserklärung weder vom Kraftfahrt-Bundesamt geprüft und genehmigt war noch überhaupt zur Verfügung stand. Zu diesem Zeitpunkt war lediglich ein vom Hersteller vorgelegter Zeit- und Maßnahmenplan vom Kraftfahrt-Bundesamt im Wege einer nachträglichen Nebenbestimmung zur Typgenehmigung für verbindlich erklärt worden, und der Hersteller hatte – einer weiteren Auflage des Kraftfahrt-Bundesamtes folgend – bis zum 25.11.2015 lediglich eine generelle Lösung zur Beseitigung der Manipulation vorgelegt. Demnach stand zum Zeitpunkt des Rücktritts weder fest, mit welchem sachlichen und finanziellen Aufwand es gelingen würde, den Mangel in einer auch von dem für die Zulassung bedeutsamen Kraftfahrt-Bundesamt genehmigten Art und Weise zu beheben, noch, dass die vom Hersteller angekündigte Nachbesserung im Wege eines bloßen Softwareupdates überhaupt gelingen und zur Genehmigung des Kraftfahrt-Bundesamtes führen würde. Tatsächlich erteilte das Kraftfahrt-Bundesamt die Freigabe des Softwareupdates erst am 03.06.2016, und erst am 09.09.2016, nahezu zehn Monate nach der Mängelbeseitigungsaufforderung, stand das Softwareupdate für das Fahrzeug des Klägers zur Verfügung.

Schon mit Rücksicht auf diese ganz erhebliche Ungewissheit zum Zeitpunkt der Rücktrittserklärung kann ein unerheblicher Sachmangel i. S. des § 323 V 2 BGB mit Blick auf die möglichen Folgen für den Kläger nicht angenommen werden.

Hinzu kommt, dass dem Kläger im Falle einer Anwendung des § 323 V 2 BGB für einen unabsehbaren Zeitraum das Risiko einer Insolvenz sowohl des Herstellers, der über die für eine eventuell mögliche Behebung des Sachmangels erforderlichen technischen Daten verfügte, als auch der Beklagten aufgebürdet würde. Weil der Hersteller Volkswagen einer kaum überschaubaren Anzahl von Ansprüchen geschädigter Kunden und Händler in der ganzen Welt ausgesetzt war und ist, bestand für den Kläger das nicht zu vernachlässigende Risiko, dass er infolge einer zwischenzeitlichen Insolvenz des Herstellers und wegen des Unvermögens der Beklagten, das Softwareproblem selbst zu lösen und eine notwendige Freigabe durch das Kraftfahrt-Bundesamt zu erwirken, letztendlich ein Fahrzeug würde behalten müssen, dessen Zulassung zum Betrieb im Straßenverkehr infrage stand.

In Anbetracht dieser Gesamtumstände überwiegt das Rückabwicklungsinteresse des Klägers das Bestandsinteresse der Beklagten, auch unter Berücksichtigung der Tatsache, dass diese selbst den Sachmangel weder im Sinne eines Verschuldens zu verantworten hat noch überhaupt von ihm beim Gefahrübergang Kenntnis hatte.

> 2. Nicht zu beanstanden ist ferner, dass das Landgericht zur Ermittlung des zu leistenden Nutzungsersatzes eine Laufleistung des Fahrzeugs von 275.000 km angenommen hat. Auch wenn sich inzwischen die Kilometerlaufleistung von Dieselfahrzeugen wieder leicht verringert hat, ist nach wie vor davon auszugehen, dass diese eine Laufleistung von bis zu 300.000 km haben. Die Schätzung durch das Landgericht gemäß § 287 ZPO ist vor diesem Hintergrund nicht zu beanstanden.
>
> 3. Zu Recht hat das Landgericht auch angenommen, dass sich die Beklagte mit der Rücknahme des Fahrzeugs in Annahmeverzug befindet.
>
> Der Kläger hatte seine Leistung am rechten Ort, zur rechten Zeit in der richtigen Art und Weise angeboten. Die Rückgewähr der Kaufsache hat dort zu erfolgen, wo sie sich bestimmungsgemäß befindet, mithin hier beim Käufer. Dieser hat das Fahrzeug zur Abholung bereitzustellen und den Verkäufer hierüber in Kenntnis zu setzen.
>
> Mit Schreiben vom 18.01.2016 hat der Kläger die Beklagte aufgefordert, das Fahrzeug spätestens bis zum 02.02.2016 abzuholen. Eine Reaktion hierauf vonseiten der Beklagten erfolgte jedoch nicht, sodass diese sich mit Ablauf des 02.02.2016 in Annahmeverzug befand.
>
> 4. Letztlich hat das Landgericht auch zutreffend vorgerichtliche Rechtsanwaltskosten in Höhe einer zweifachen Geschäftsgebühr zuerkannt, da es sich sowohl rechtlich als auch tatsächlich um eine umfangreiche Angelegenheit handelt.
>
> Da der Fall keine Rechtsfragen von grundsätzlicher Bedeutung aufwirft, sondern sich in der Anwendung höchstrichterlich geklärter abstrakter Rechtssätze auf den vorliegenden Einzelfall erschöpft, und es weder für § 522 II 1 Nr. 2 und Nr. 3 ZPO noch für § 543 II 1 Nr. 1 und Nr. 2 ZPO auf die Anzahl der Umstände nach vergleichbarer Fälle ankommt und da eine mündliche Verhandlung weder zur weiteren Aufklärung der Sache noch aus anderen Gründen geboten erscheint (§ 522 II 1 Nr. 4 ZPO), liegen hier auch die übrigen Voraussetzungen der Zurückweisung der Berufung durch Beschluss im schriftlichen Verfahren vor.“

Zur Begründung der Zurückweisung nimmt der Senat auf diesen Hinweis Bezug. Eine Stellungnahme der Beklagten ist hierzu nicht erfolgt, sodass zu einer weitergehenden Begründung kein Anlass besteht.

…

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.