Genehmigung eines vom VW-Abgasskandal betroffenen Fahrzeugs nach § 377 HGB

1. **Zur Unzulässigkeit einer Feststellungsklage (§ 256 I ZPO) des – aus abgetretenem Recht des Käufers/Leasinggebers vorgehenden – Leasingnehmers gegen den Verkäufer mit dem Ziel der Feststellung, dass sich der Kaufvertrag zwischen dem Verkäufer und dem Leasinggeber aufgrund des vom Leasingnehmer erklärten Rücktritts in ein Rückgewährschuldverhältnis umgewandelt habe.**

2. **Gemäß § 440 Satz 1 Fall 3 BGB kann dem Käufer (bzw. dem aus abgetretenem Recht des Käufers/Leasinggebers vorgehenden Leasingnehmer) eines vom sogenannten Abgasskandal betroffenen Fahrzeugs eine Fristsetzung zur Nacherfüllung vor der Erklärung des Rücktritts vom Kaufvertrag unzumutbar sein, wenn der Verkäufer erklärt hat, dass eine Softwarelösung zur Beseitigung einer unzulässigen Abschalteinrichtung erst in mehreren Monaten zur Verfügung stehen werde (Bestätigung von Senat, Beschl. v. 22.02.2022 – VIII ZR 434/21, juris Rn. 15).**

3. **Im Hinblick auf die Rechtsprechung des EuGH (Urt. v. 14.07.2022 – C-145/20, ECLI:EU:C:2022:572 = juris Rn. 95 ff. – Porsche Inter Auto und Volkswagen), die auch bei der Auslegung und Anwendung des § 323 V 2 BGB zu berücksichtigen ist, kann eine derartige Abschalteinrichtung nicht als geringfügige Vertragswidrigkeit i. S. von Art. 3 VI der Richtlinie 1999/44/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 25.05.1999 zu bestimmten Aspekten des Verbrauchsgüterkaufs und der Garantien für Verbrauchsgüter (ABl. 1999 L 171, 12) und damit grundsätzlich nicht als eine unerhebliche Pflichtverletzung nach § 323 V 2 BGB angesehen werden.**

4. **An das Vorliegen eines stillschweigenden Verzichts auf Rechte sind strenge Anforderungen zu stellen. Daher müssen für die Annahme eines stillschweigenden Verzichts des Verkäufers auf die im kaufmännischen Geschäftsverkehr geltende Rügeobliegenheit des Käufers gemäß § 377 II, III HGB beziehungsweise auf die dem Verkäufer günstigen Rechtsfolgen einer nach der vorgenannten Vorschrift bereits eingetretenen Genehmigungswirkung eindeutige Anhaltspunkte vorliegen (Bestätigung von Senat, Urt. v. 19.06.1991 – VIII ZR 149/90, NJW 1991, 2633 unter II 1 c bb; Urt. v. 25.11.1998 – VIII ZR 259/97, NJW 1999, 1259 unter III 2 a).**

BGH, Urteil vom 09.11.2022 – VIII ZR 272/20

Sachverhalt: Die Beklagte zu 1 (nachfolgend auch: Beklagte) handelt mit Kraftfahrzeugen. Sie bot dem Kläger, der als Existenzgründer ein Fahrzeug zu gewerblichen Zwecken erwerben wollte, einen von der – am Revisionsverfahren nicht beteiligten – *Volkswagen AG* (Beklagte zu 2) hergestellten Neuwagen VW Caddy Kastenwagen Maxi EcoProfi 1.6 TDI zum Listenpreis von 22.932,89 € an. Auf Vermittlung der Beklagten zu 1 schloss der Kläger sodann mit der *Volkswagen Leasing GmbH* (nachfolgend: Leasinggeberin) nach Maßgabe einer „Geschäftsfahrzeug-Leasing-Bestellung“ vom 28.05.2015 einen Leasingvertrag über das vorgenannte Fahrzeug mit einer Laufzeit von 60 Monaten. Das Fahrzeug wurde dem Kl??ger am 02.06.2015 übergeben.

Die Leasinggeberin, die das Fahrzeug von der Beklagten erwarb, trat dem Kläger gemäß Nr. XIII ihrer für Geschäftsfahrzeuge geltenden Leasingbedingungen „sämtliche Ansprüche und Rechte aus dem Kaufvertrag […] wegen der Mangelhaftigkeit des Fahrzeugs ab“. Ferner ist dort bestimmt:

> „Der Leasingnehmer […] ist zur unverzüglichen Mängelrüge gegenüber dem Verkäufer des Fahrzeugs ermächtigt und verpflichtet, die Rechte und Ansprüche im eigenen Namen und mit der Maßgabe geltend zu machen, dass im Falle des Rücktritts und der Kaufpreisminderung etwaige Zahlungen des Lieferanten direkt an den Leasinggeber zu leisten sind.“

Die Herstellerin hatte das Fahrzeug mit einem Dieselmotor des Typs EA189 (Abgasnorm Euro 5) ausgestattet. Dieser Motor verfügt über eine Steuerungssoftware, die erkennt, ob sich das Fahrzeug auf einem Prüfstand befindet. In diesem Fall wird eine höhere Abgasrückführungsrate und somit ein geringerer Stickoxid(NO_x-)Ausstoß als im Normalbetrieb bewirkt. Dies wurde im September 2015 durch eine Mitteilung der Fahrzeugherstellerin öffentlich bekannt. Das Kraftfahrt-Bundesamt wertete die Steuerungssoftware in seinem Rückrufbescheid vom 15.10.2015 als unzulässige Abschalteinrichtung. Der Kläger erlangte davon in unmittelbarem zeitlichen Zusammenhang Kenntnis.

Mit Anwaltsschreiben vom 02.02.2016 erklärte der Kläger gegenüber der Beklagten den Rücktritt vom Kaufvertrag und verlangte dessen Rückabwicklung. Die Beklagte trat dem mit anwaltlichem Schreiben vom 16.02.2016 unter Verweis auf ein in der Entwicklung befindliches Softwareupdate der Fahrzeugherstellerin entgegen. Sie kündigte an, mit der Umsetzung einer Rückrufaktion könne ab der 36. Kalenderwoche 2016 begonnen werden. Weiter erklärte sie, dass dem Rückabwicklungsbegehren des Klägers nicht entsprochen werden könne, sie aber bis zum 31.12.2016 auf die Erhebung der Verjährungseinrede verzichte.

Der Kläger, der die Zahlung der Leasingraten einstellte, hat mit der Klage – soweit im Revisionsverfahren von Interesse – die Feststellung begehrt, dass sich das Kaufvertragsverhältnis zwischen der Leasinggeberin und der Beklagten durch seine Rücktrittserklärung, die er in der Klageschrift wiederholt hat, in ein Abwicklungsverhältnis umgewandelt habe.

Während des erstinstanzlichen Verfahrens – am 21.12.2016 – setzte die Beklagte den Kläger davon in Kenntnis, dass das angekündigte Softwareupdate für sein Fahrzeug zur Verfügung stehe. Am 07.02.2019 kündigte die Leasinggeberin den Leasingvertrag und nahm das Fahrzeug im selben Monat zurück.

Das Landgericht hat die Feststellungsklage mangels des gemäß § 256 I ZPO erforderlichen Feststellungsinteresses abgewiesen. Mit der Berufung hat der Kläger sein Feststellungsbegehren weiterverfolgt und – soweit im Revisionsverfahren von Interesse – die Beklagte hilfsweise auf Zahlung von 21.932,89 € nebst Zinsen an die Leasinggeberin, Zug um Zug gegen Übergabe und Übereignung des gelieferten Fahrzeugs sowie Zahlung einer noch darzulegenden Nutzungsentschädigung, in Anspruch genommen. Das Berufungsgericht hat der Feststellungsklage stattgegeben und die Revision für die Beklagte mit der Begründung zugelassen, es sei klärungsbedürftig, ob es im Streitfall einer Fristsetzung bedurft habe.

Die Revision der Beklagten, die damit die Wiederherstellung des landgerichtlichen Urteils begehrte, soweit das Berufungsgericht zu ihrem Nachteil erkannt hat, hatte Erfolg..

Aus den Gründen: [11] I. Das Berufungsgericht hat zur Begründung seiner Entscheidung – soweit für das Revisionsverfahren von Interesse – im Wesentlichen ausgeführt:

[12] Die gegen die Beklagte gerichtete Feststellungsklage sei zulässig. Im Zeitpunkt der Klageerhebung habe der Kläger nicht absehen können, wie sich die Leasinggeberin verhalten werde. Es habe die Möglichkeit im Raum gestanden, dass sie das Fahrzeug verwerte. Da dessen Herausgabe an die Beklagte dann nicht möglich gewesen wäre, hätte der Kläger gemäß § 346 II 1 Nr. 2 BGB Wertersatz leisten müssen, was die Einholung eines Sachverständigengutachtens erfordert hätte.

[13] Die Feststellungsklage sei auch begründet. Das Vertragsverhältnis zwischen der Leasinggeberin und der Beklagten sei aufgrund der in der Klageschrift vom Kläger auch namens der Leasinggeberin abgegebenen Rücktrittserklärung in ein Rückgewährschuldverhältnis umgewandelt worden.

[14] Das Fahrzeug sei bei Auslieferung nicht i. S. des § 434 I 2 Nr. 1 BGB (a.F.) frei von Sachmängeln gewesen. Es hätte jederzeit stillgelegt werden können, denn es sei mit einer Software ausgestattet gewesen, bei der es sich um eine verbotene Abschalteinrichtung i. S. des Art. 5 II der Verordnung (EG) Nr. 715/2007 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 20.06.2007 über die Typgenehmigung von Kraftfahrzeugen hinsichtlich der Emissionen von leichten Personenkraftwagen und Nutzfahrzeugen (Euro 5 und Euro 6) und über den Zugang zu Reparatur- und Wartungsinformationen für Fahrzeuge (ABl. 2007 L 171, 1) handele.

[15] Der Kläger sei gemäß § 437 Nr. 2, § 323 II Nr. 3, § 440 Satz 1 Fall 3 BGB zum Rücktritt berechtigt gewesen, ohne der Beklagten zuvor eine Frist zur Nacherfüllung zu setzen. Es lägen besondere Umstände i. S. des § 323 II Nr. 3 BGB vor, die unter Abwägung der beiderseitigen Interessen den sofortigen Rücktritt rechtfertigten. Dies sei der Fall, wenn das Vertrauen in die Leistungsfähigkeit des Schuldners entfallen sei, etwa weil er den Mangel arglistig verschwiegen habe. Zwar fehle es hier an einem arglistigen Verhalten der Beklagten. Auch sei ihr die Arglist der Fahrzeugherstellerin bei der Entwicklung des Motors EA189 nicht zurechenbar. Dies sei jedoch nicht erforderlich, denn eine eigenverantwortliche Nachbesserung biete die Beklagte nicht an. Sie sei in vollem Umfang auf die Tätigkeit der Ingenieure der Entwicklungsabteilung der Fahrzeugherstellerin und damit auf diejenigen Personen angewiesen, die den Mangel letztlich verursacht hätten. Angesichts dieser besonderen Umstände sei dem Kläger eine Nachbesserung durch ein Softwareupdate auch gemäß § 440 Satz 1 Fall 3 BGB nicht zumutbar. Daran ändere die Einbeziehung des Kraftfahrt-Bundesamtes grundsätzlich nichts, denn dieses habe weder die Kapazität noch die Möglichkeit, die Wirkungsweise und die Langzeitfolgen des Softwareupdates sicher zu beurteilen, weil es seine Kontrolle nicht im Straßenverkehr, sondern auf dem Prüfstand vornehme.

[16] Hinzu komme, dass im Januar und Februar 2016 die Entwicklung des Softwareupdates erst für die 36. Kalenderwoche in Aussicht gestellt worden und der Erfolg der Maßnahme gänzlich ungewiss gewesen sei. Zumindest dann, wenn eine Abhilfemöglichkeit erst noch entwickelt werden müsse, sei das Setzen einer Nachfrist unzumutbar.

[17] Der Wirksamkeit des Rücktritts stehe die Bestimmung des § 323 V 2 BGB nicht entgegen, denn die Pflichtverletzung der Beklagten sei nicht im Sinne dieser Vorschrift geringfügig gewesen. Maßgeblicher Zeitpunkt für die Beurteilung der Erheblichkeit sei die Rücktrittserklärung. Der Einsatz einer sogenannten „Schummelsoftware“ bei einem Kraftfahrzeug sei eine erhebliche Pflichtverletzung, wenn im Zeitpunkt der Rücktrittserklärung – wie hier – das Softwareupdate noch nicht vorliege. Entgegen der Ansicht der Beklagten komme es nicht ausschließlich auf den mit einer etwaigen Nachbesserung für sie verbundenen Kostenaufwand an.

[18] Der Mangel gelte nicht gemäß § 377 II HGB als genehmigt. Allerdings sei der Kaufvertrag ein Handelsgeschäft i. S. von § 377 I HGB. Dies gelte selbst dann, wenn der Kläger nicht als Kaufmann anzusehen sein sollte, denn es komme ausschließlich auf die Leasinggeberin an. Der Kläger habe den Mangel erst im Februar 2016 und damit nicht unverzüglich i. S. des § 377 HGB gerügt. Die Rügepflicht sei nach der Ad-hoc-Mitteilung des damaligen Vorstandsvorsitzenden der Fahrzeugherstellerin im September 2015 entstanden. Der Kläger habe nicht in Abrede gestellt, in unmittelbarem Zusammenhang Kenntnis davon erlangt zu haben, dass auch sein Fahrzeug mit einer solchen Abschalteinrichtung ausgestattet gewesen sei

[19] Eine Rügepflicht des Klägers habe jedoch nicht bestanden. Eine Mängelrüge sei überflüssig, wenn dem Verkäufer der Mangel klar sei und er außerdem wisse, dass der Käufer sich mit der gelieferten Ware nicht abfinde. Der Beklagten sei der Mangel bekannt gewesen. Aufgrund des drohenden Widerrufs der Zulassung sei ihr auch klar gewesen, dass sich der Kläger mit der unzulässigen Abschalteinrichtung nicht abfinden werde.

[20] Zudem habe die Beklagte auf die Rügeverpflichtung und die Rechtsfolgen des § 377 II, III HGB konkludent verzichtet. Zwar müssten die Umstände klar auf einen Verzicht schließen lassen. Dies sei hier jedoch der Fall. In ihrem Schreiben vom 16.02.2016 habe die Beklagte vorbehaltlos auf die Nachbesserung durch die Fahrzeugherstellerin verwiesen und sich sowohl entschuldigt als auch die Gewährung der Mobilität während eines Werkstattaufenthalts zugesagt. Darüber hinaus habe die Beklagte einen Verjährungsverzicht erklärt. Eine Verpflichtung zur Nachbesserung habe sie nicht in Abrede gestellt, sondern vorbehaltlos anerkannt. Darin liege nach dem maßgeblichen objektiven Empfängerhorizont ein konkludenter Verzicht. Es komme nicht darauf an, dass die Beklagte ohne Nachbesserung nicht zur Rückabwicklung bereit gewesen sei, denn auch die Verpflichtung zur Nachbesserung sei ein Recht i. S. des § 377 HGB.

[21] II. Diese Beurteilung hält rechtlicher Nachprüfung in entscheidenden Punkten nicht stand.

[22] 1. Die Revision ist uneingeschränkt statthaft, weil das Berufungsgericht sie in der angefochtenen Entscheidung im Hinblick auf die Beklagte insgesamt zugelassen hat (§ 543 I 1 ZPO). Dabei hat das Berufungsgericht, das Klärungsbedarf gesehen hat, ob es einer Nachfristsetzung, die der Kläger nach den Feststellungen des Berufungsgerichts vor der Rücktrittserklärung unterlassen hat, bedurft habe, entgegen der Auffassung der Revisionserwiderung die – auch im Übrigen zulässige – Revision nicht wirksam auf die Begründetheit der Feststellungsklage beschränkt.

[23] Zwar kann die Zulassung der Revision nach ständiger Rechtsprechung des BGH auf einen tatsächlich und rechtlich selbstständigen Teil des Gesamtstreitstoffs beschränkt werden, der Gegenstand eines Teil- oder Zwischenurteils sein oder auf den der Revisionskläger selbst seine Revision beschränken könnte. Eine solche Beschränkung der Zulassung muss nicht in der Entscheidungsformel angeordnet sein, sondern kann sich auch aus den Urteilsgründen ergeben, wenn sie sich diesen mit der erforderlichen Eindeutigkeit entnehmen lässt. Hat das Berufungsgericht die Revision wegen einer Rechtsfrage zugelassen, die allein für einen eindeutig abgrenzbaren Teil des Verfahrensstoffs von Bedeutung ist, kann die gebotene Auslegung der Urteilsgründe ergeben, dass die Zulassung der Revision auf diesen Teil beschränkt ist (st. Rspr.; vgl. nur BGH, Urt. v. 06.07.2022 – VIII ZR 155/21, juris Rn. 20; Urt. v. 02.05.2022 – VIa ZR 122/21, WM 2022, 1077 Rn. 6; Beschl. v. 17.08.2021 – VIII ZR 378/19, juris Rn. 8; jeweils m. w. Nachw.). Unzulässig ist es dagegen, die Zulassung auf einzelne von mehreren Anspruchsgrundlagen oder auf bestimmte Rechtsfragen zu beschränken (st. Rspr.; vgl. nur BGH, Urt. v. 29.04.2015 – VIII ZR 197/14, BGHZ 205, 177 Rn. 13; Urt. v. 24.05.2022 – VI ZR 1215/20, VersR 2022, 1034 Rn. 14; Urt. v. 13.07.2022 – XII ZR 75/21, WM 2022, 1756 Rn. 18, zur Veröffentlichung in BGHZ bestimmt; jeweils m. w. Nachw.).

[24] Gemessen daran hat das Berufungsgericht die Zulassung der Revision hier nicht wirksam auf die Begründetheit der Feststellungsklage beschränkt. Es hat die Revision im Tenor (für die Beklagte) uneingeschränkt zugelassen und in den Urteilsgründen ausgeführt, die Revision sei für die Beklagte unter dem Gesichtspunkt zuzulassen, ob der Käufer (bzw. Leasingnehmer) eines Fahrzeugs mit unzulässiger Abschalteinrichtung vom Kaufvertrag zurücktreten könne, ohne dem Verkäufer im Rahmen einer Nachfristsetzung Gelegenheit zur Mängelbeseitigung zu geben.

[25] Den Urteilsgründen lässt sich bereits nicht mit der erforderlichen Eindeutigkeit entnehmen, dass das Berufungsgericht beabsichtigte, die Revision jedenfalls auf die Wirksamkeit des erklärten Rücktritts und damit auf die Begründetheit der Feststellungsklage zu beschränken. Zwar ist die vom Berufungsgericht formulierte Zulassungsfrage nur für einen selbstständigen Teil des Streitstoffs erheblich, nämlich allein für die Begründetheit der Feststellungsklage, nicht aber für die hiervon in der Regel eindeutig abgrenzbaren Zulässigkeitsvoraussetzungen einer Feststellungsklage gemäß § 256 I ZPO. Jedoch lässt sich nicht mit der gebotenen Klarheit ausschließen, dass das Berufungsgericht lediglich ein Motiv für seine Zulassungsentscheidung bezeichnet hat.

[26] Ohnehin wäre eine solche Beschränkung auf die Begründetheit der Feststellungsklage – entgegen der Auffassung der Revisionserwiderung – unzulässig. Denn das Berufungsgericht kann die Prüfungskompetenz des Revisionsgerichts nicht einschränken, soweit Prozessvoraussetzungen von Amts wegen zu prüfen sind (BGH, Urt. v. 10.10.2017 – XI ZR 456/16, NJW 2018, 227 Rn. 10 m. w. Nachw.). Dies gilt auch für das von Amts wegen zu prüfende Vorhandensein eines Feststellungsinteresses (BGH, Urt. v. 10.10.2017 – XI ZR 456/16, NJW 2018, 227 Rn. 10 m. w. Nachw.).

[27] 2. Die Revision ist begründet.

[28] Die Feststellungsklage ist mangels Feststellungsinteresses gemäß § 256 I ZPO unzulässig (dazu nachfolgend unter a). Der auf Rückzahlung des Kaufpreises an die Leasinggeberin gerichtete Hilfsantrag des Klägers ist unbegründet (dazu nachfolgend unter b). Das Berufungsgericht hat zu Unrecht gemeint, dass eine Mängelrüge i. S. von § 377 HGB entbehrlich gewesen sei beziehungsweise die Beklagte konkludent auf die Geltendmachung der Rechtsfolgen der unterbliebenen beziehungsweise verspäteten Anzeige der Mangelhaftigkeit des Fahrzeugs wegen der eingebauten unzulässigen Abschalteinrichtung verzichtet habe. Der Kläger ist daher an einem Rücktritt vom Kaufvertrag (§ 437 Nr. 2, § 323 I BGB) wegen der gemäß § 377 I, III HGB eingetretenen Genehmigung der Kaufsache gehindert.

[29] a) Entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts ist der in der Hauptsache gestellte Feststellungsantrag unzulässig, weil es an dem gemäß § 256 I ZPO erforderlichen Feststellungsinteresse fehlt.

[30] aa) Nach § 256 I ZPO kann auf die Feststellung des Bestehens oder des Nichtbestehens eines Rechtsverhältnisses Klage erhoben werden, wenn der Kläger ein rechtliches Interesse daran hat, dass das Rechtsverhältnis alsbald festgestellt werde. Ein solches Interesse ist nach der Rechtsprechung des BGH gegeben, wenn dem konkreten, vom Feststellungsantrag betroffenen Recht des Klägers eine gegenwärtige Gefahr der Unsicherheit droht und der erstrebte Feststellungsausspruch geeignet ist, diese Gefahr zu beseitigen (BGH, Urt. v. 13.01.2010 – VIII ZR 351/08, NJW 2010, 1877 Rn. 12; Urt. v. 19.11.2014 – VIII ZR 79/14, NJW 2015, 873 Rn. 29; Urt. v. 02.05.2022 – VIa ZR 122/21, WM 2022, 1077 Rn. 15; jeweils m. w. Nachw.). Ist dem Kläger eine Klage auf Leistung möglich und zumutbar und erschöpft sie das Rechtsschutzziel, fehlt ihm grundsätzlich das Feststellungsinteresse, weil er im Sinne einer besseren Rechtsschutzmöglichkeit den Streitstoff in einem Prozess klären kann (vgl. BGH, Urt. v. 05.10.2021 – VI ZR 136/20, NJW-RR 2022, 23 Rn. 15; Urt. v. 02.06.2022 – VII ZR 160/21, juris Rn. 11; jeweils m. w. Nachw.). Allerdings ist eine Feststellungsklage trotz der Möglichkeit, Leistungsklage zu erheben, zulässig, wenn die Durchführung des Feststellungsverfahrens unter dem Gesichtspunkt der Prozesswirtschaftlichkeit zu einer sinnvollen und sachgemäßen Erledigung der aufgetretenen Streitpunkte führt (BGH, Urt. v. 05.10.2021 – VI ZR 136/20, NJW-RR 2022, 23 Rn. 15; Urt. v. 02.06.2022 – VII ZR 160/21, juris Rn. 11).

[31] bb) Daran gemessen ist der auf die Feststellung gerichtete Hauptantrag, dass sich der Kaufvertrag zwischen der Leasinggeberin und der Beklagten durch die Rücktrittserklärung des Klägers in ein Abwicklungsverhältnis umgewandelt habe, unzulässig. Dem Kläger war die Erhebung einer Leistungsklage möglich und zumutbar, weil er sein Rechtsschutzziel damit erreichen kann. Denn sofern sich der aus abgetretenem Recht des Leasinggebers klagende Leasingnehmer mit dem Rücktritt vom Kaufvertrag gegenüber dem Lieferanten durchsetzt, fehlt dem Leasingvertrag nach der gefestigten Rechtsprechung des Senats von vornherein die Geschäftsgrundlage, sodass dem Leasinggeber von Anfang an keine Ansprüche auf Zahlung von Leasingraten zustehen (s. nur Senat, Urt. v. 16.09.2015 – VIII ZR 119/14, NJW 2016, 397 Rn. 28 m. w. Nachw.).

[32] (1) Dass dem Kläger nicht bekannt war, wie sich die Leasinggeberin verhalten würde (so die Revisionserwiderung), ändert nichts daran, dass er sein Ziel, aus abgetretenem Recht eine Verurteilung auf Rückabwicklung des Kaufvertrags herbeizuführen, bei Vorliegen der erforderlichen Tatbestandsvoraussetzungen hätte verwirklichen und infolgedessen dem Leasingvertrag die Geschäftsgrundlage hätte entziehen können. Nicht nachvollziehbar ist in diesem Zusammenhang der weitere Einwand der Revisionserwiderung, mangels Kenntnis der Höhe des Kaufpreises sei dem Kläger die Erhebung einer Leistungsklage nicht möglich gewesen. Davon abgesehen, dass die Revisionserwiderung nicht auf übergangenen Sachvortrag verweist, wonach der Kläger erfolglos Auskunft von der Leasinggeberin über die Höhe des Kaufpreises verlangt hätte, war er auch in der Lage, diesen im Rahmen seines in zweiter Instanz gestellten Hilfsantrags zu beziffern.

[33] (2) Entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts kann ein Feststellungsinteresse des Klägers auch nicht unter prozesswirtschaftlichen Gründen daraus hergeleitet werden, dass zur Zeit der Klageerhebung die Möglichkeit einer Verwertung des Fahrzeugs durch die Leasinggeberin im Raum gestanden habe und der Beklagten gegebenenfalls gemäß § 346 II 1 Nr. 2 BGB Wertersatz zu leisten wäre, weil eine Herausgabe des Fahrzeugs an sie unter Umständen nicht möglich gewesen wäre, und dies die Einholung eines Sachverständigengutachtens erfordert hätte. Dabei ist das Berufungsgericht ersichtlich davon ausgegangen, dass ein solcher Feststellungsantrag für die Verfolgung der Interessen des Klägers als Leasingnehmer ausreichend ist. Es hat hierbei jedoch außer Acht gelassen, dass der Kläger aus abgetretenem Recht der Leasinggeberin Ansprüche geltend macht und es deswegen vorrangig auf deren Interessen als Käuferin ankommt. Für die Rückabwicklung des zwischen der Leasinggeberin und der Beklagten abgeschlossenen Kaufvertrags infolge Rücktritts ist die bloße Feststellung der Umwandlung in ein Abwicklungsverhältnis aber unzureichend. Denn damit bleibt offen, welche Leistungen im Rahmen der Rückabwicklung zurückzugewähren sind. Dass dem Kläger unabhängig davon ein Interesse an der begehrten Feststellung zukäme, ist nicht ersichtlich. Ein solches könnte sich allenfalls aus dem Leasingvertrag ergeben. Ansprüche gegen die Leasinggeberin werden aber nicht verfolgt.

[34] cc) Eine mangels Feststellungsinteresses unzulässige Feststellungsklage nach § 256 I ZPO kann zwar grundsätzlich in eine Zwischenfeststellungsklage gemäß § 256 II ZPO umgedeutet werden (vgl. BGH, Urt. v. 11.07.1990 – VIII ZR 165/89, WM 1990, 2128 unter B II 2; Urt. v. 17.04.2018 – XI ZR 446/16, NJW-RR 2018, 1067 Rn. 16; s. auch *H. Beckmann/Scharff,* Leasingrecht, 4. Aufl., § 16 Rn. 58). Auch eine solche wäre indes im Streitfall unzulässig.

[35] Nach der Rechtsprechung des BGH ist es für die Zulässigkeit einer Zwischenfeststellungsklage notwendig, dass das zu klärende Rechtsverhältnis für die Entscheidung der Hauptsache nicht nur präjudiziell ist, sondern zwischen den Parteien noch über den gegenwärtigen Streitgegenstand hinaus Bedeutung erlangen kann (BGH, Urt. v. 09.12.2015 – VIII ZR 330/12, juris Rn. 34; Urt. v. 07.03.2013 – VII ZR 223/11, NJW 2013, 1744 Rn. 19; Urt. v. 23.03.1982 – KZR 5/81, BGHZ 83, 251, 255; Urt. v. 17.05.1977 – VI ZR 174/74, BGHZ 69, 37, 42; *Roth,* in: Stein/Jonas, ZPO, 23. Aufl., § 256 Rn. 103, 106). An letzterer Voraussetzung fehlt es hier. Nach den vom Berufungsgericht getroffenen Feststellungen ist weder geltend gemacht noch sonst ersichtlich, dass die Wirksamkeit des Rücktritts im Verhältnis der Parteien später noch für andere Ansprüche Bedeutung erlangen könnte.

[36] b) Der für den Fall der Unzulässigkeit des Feststellungsantrags gestellte, auf Rückabwicklung des Kaufvertrags gerichtete Hilfsantrag, der ebenfalls in die Revisionsinstanz gelangt ist, ist unbegründet.

[37] Legt – wie hier – die beklagte Partei gegen ihre Verurteilung nach dem Hauptantrag Revision ein, so ist ohne Weiteres auch der auf einem einheitlichen Sachverhalt beruhende Hilfsantrag des Klägers Gegenstand der Revisionsverhandlung (st. Rspr.; s. nur BGH, Urt. v. 29.01.1964 – V ZR 23/63, BGHZ 41, 38, 41 f.; Urt. v. 24.01.1990 – VIII ZR 296/88, NJW-RR 1990, 518 unter I 2 a; Urt. v. 20.09.2019 – V ZR 218/18, BGHZ 223, 155 Rn. 27; Urt. v. 22.09.2021 – I ZR 83/20, NJW 2022, 775 Rn. 21; Urt. v. 21.04.2022 – VII ZR 783/21, NJW-RR 2022, 1104 Rn. 25; *Ball,* in: Musielak/Voit, ZPO, 19. Aufl., § 557 Rn. 4; MünchKomm-ZPO/*Krüger,* 6. Aufl., § 557 Rn. 5).

[38] Auf der Grundlage der vom Berufungsgericht getroffenen Feststellungen lässt sich abschließend beurteilen, dass dem Kläger aus ihm (leasingtypisch) abgetretenem Sachmängelgewährleistungsrecht der Leasinggeberin ein Anspruch auf Rückabwicklung des Kaufvertrags mit der Beklagten gemäß § 434 I BGB in der bis zum 31. Dezember 2021 geltenden Fassung (Art. 229 § 58 EGBGB; im Folgenden: a.F.), § 437 Nr. 2, §§ 323, 440, 346 I BGB nicht zusteht. Denn der Kläger ist entgegen der Ansicht des Berufungsgerichts aufgrund einer gemäß § 377 I, III HGB eingetretenen Genehmigung der Kaufsache an einem wirksamen Rücktritt vom Kaufvertrag gehindert, weil eine Mangelanzeige im Sinne der vorgenannten Vorschrift weder entbehrlich war noch die Beklagte auf die Rechtsfolgen des Rügeversäumnisses (stillschweigend) verzichtet hat.

[39] aa) Rechtsfehlerfrei hat das Berufungsgericht allerdings angenommen, dass das vom Kläger geleaste Fahrzeug zum Zeitpunkt der Übergabe eine unzulässige Abschalteinrichtung i. S. von Art. 5 II 1 der Verordnung (EG) Nr. 715/2007 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 20.06.2007 über die Typgenehmigung von Kraftfahrzeugen hinsichtlich der Emissionen von leichten Personenkraftwagen und Nutzfahrzeugen (Euro 5 und Euro 6) und über den Zugang zu Reparatur- und Wartungsinformationen für Fahrzeuge (ABl. 2007 L 171, 1) aufwies und ihm damit wegen der zumindest latenten Gefahr einer Betriebsuntersagung (§ 5 I FZV) ein Sachmangel nach § 434 I 2 Nr. 2 BGB a.F. anhaftete (vgl. hierzu nur Senat, Urt. v. 21.07.2021 – VIII ZR 254/20, BGHZ 230, 296 Rn. 23 ff.; Urt. v. 29.09.2021 – VII-I ZR 111/20, BGHZ 231, 149 Rn. 20; Urt. v. 26.01.2022 – VIII ZR 140/20, VersR 2022, 703 Rn. 17; Urt. v. 04.05.2022 – VIII ZR 50/20, WM 2022, 1611 Rn. 18).

[40] bb) Im Ergebnis zu Recht hat das Berufungsgericht des Weiteren entschieden, dass der Kläger wirksam den Rücktritt vom Kaufvertrag erklären konnte, obwohl er der Beklagten nicht die gemäß § 437 Nr. 2, § 323 I BGB für den Rücktritt des Käufers (bzw. des die Sachmängelgewährleistungsrechte des Käufers geltend machenden Leasingnehmers; nachfolgend nur: Käufer) grundsätzlich erforderliche Frist zur Nacherfüllung gesetzt hat.

[41] Ob der Käufer eines mit einem Sachmangel behafteten Fahrzeugs vom Kaufvertrag zurücktreten kann, obgleich er dem Verkäufer zuvor nicht die gemäß § 437 Nr. 2, § 323 I BGB für den Rücktritt grundsätzlich erforderliche Frist zur Nacherfüllung gesetzt hat, bestimmt sich danach, ob die Voraussetzungen eines Ausnahmetatbestands (§ 323 II, § 326 V, § 440 BGB) im Zeitpunkt der Rücktrittserklärung gegeben sind.

[42] Nach den vom Berufungsgericht getroffenen Feststellungen kann eine vom Gesetz zugelassene Ausnahme von dem Fristsetzungserfordernis zwar nicht mit der vom Berufungsgericht in erster Linie genannten Begründung bejaht werden, die Beklagte sei bei der Nachbesserung durch das Aufspielen des von ihr angekündigten Softwareupdates auf die Fahrzeugherstellerin und damit auf diejenige Person angewiesen, die den Mangel (arglistig) verursacht habe (dazu nachfolgend unter (1)). Aus revisionsrechtlicher Sicht nicht zu beanstanden ist jedoch die weitere Würdigung des Berufungsgerichts, dem Kläger sei das Aufspielen des Softwareupdates unzumutbar gewesen, weil ein solches zur Zeit der Rücktrittserklärung nicht zur Verfügung gestanden und die Beklagte mit Anwaltsschreiben vom 16.02.2016 erklärt habe, mit der „Umsetzung der Rückrufaktion“ könne (erst) ab der „KW 36/16“ begonnen werden (dazu nachfolgend unter (2)).

[43] (1) Das Berufungsgericht ist zutreffend davon ausgegangen, dass eine Fristsetzung zur Nacherfüllung namentlich dann entbehrlich ist, wenn besondere Umstände vorliegen, die unter Abwägung der beiderseitigen Interessen die sofortige Ausübung des Rücktrittsrechts rechtfertigen (§ 437 Nr. 2, § 323 II Nr. 3 BGB). Ein die sofortige Rückabwicklung des Kaufvertrags rechtfertigendes überwiegendes Käuferinteresse ist regelmäßig dann zu bejahen, wenn der Verkäufer dem Käufer einen ihm bekannten Mangel bei Abschluss des Kaufvertrags arglistig verschwiegen hat (Senat, Urt. v. 09.01.2008 – VIII ZR 210/06, NJW 2008, 1371 Rn. 19 f.; Urt. v. 20.05.2009 – VIII ZR 247/06, NJW 2009, 2532 Rn. 17; Urt. v. 10.03.2010 – VIII ZR 182/08, NJW 2010, 2503 Rn. 19; Urt. v. 29.09.2021 – VIII ZR 111/20, BGHZ 231, 149 Rn. 24). In diesen Fällen ist in aller Regel ein den Verkäuferbelangen vorgehendes Interesse des Käufers anzuerkennen, von einer weiteren Zusammenarbeit mit dem Verkäufer Abstand zu nehmen, um sich vor möglichen weiteren Täuschungsversuchen zu schützen (Senat, Urt. v. 29.09.2021 – VIII ZR 111/20, BGHZ 231, 149 Rn. 24 m. w. Nachw.).

[44] (a) Das Berufungsgericht will eine solche Unzumutbarkeit der Nacherfüllung und eine hieran anknüpfende, die Belange des Verkäufers in den Hintergrund treten lassende Interessenbewertung auch auf die Fallgestaltung übertragen, in der der Verkäufer den Mangel nicht kannte und ein Arglistvorwurf ihn selbst nicht trifft, jedoch der Hersteller das mit einer unzulässigen Abschalteinrichtung ausgestattete Fahrzeug arglistig in den Verkehr gebracht hat und nunmehr zum Zweck der Nachbesserung ein vom Hersteller entwickeltes (beziehungsweise in der Entwicklung befindliches) Softwareupdate verwendet werden soll.

[45] Diese Sichtweise ist von Rechtsfehlern beeinflusst. Die dem Tatrichter obliegende Beurteilung, ob die Nacherfüllung aufgrund der besonderen Umstände des Einzelfalls für den Käufer unzumutbar ist, ist zwar das Ergebnis einer wertenden Betrachtung und kann vom Revisionsgericht nur darauf überprüft werden, ob der Tatrichter die maßgeblichen Tatsachen vollständig und fehlerfrei festgestellt und gewürdigt hat und ob er die allgemein anerkannten Maßstäbe berücksichtigt und richtig angewandt hat (Senat, Urt. v. 29.09.2021 – VIII ZR 111/20, BGHZ 231, 149 Rn. 26 m. w. Nachw.). Einer revisionsrechtlichen Nachprüfung anhand dieser Maßstäbe hält jedoch weder die Interessenabwägung des Berufungsgerichts noch die ihr zugrunde liegende Bewertung, dem Kläger sei eine Nachbesserung aus diesem Grunde nicht zumutbar, stand, weil das Berufungsgericht die dafür maßgeblichen Tatsachen nicht vollständig festgestellt hat.

[46] Zwar kann die Vertrauensgrundlage zwischen einem Käufer und einem Verkäufer unter Umständen auch dann gestört sein, wenn der Verkäufer sich bei Vertragsabschluss ordnungsgemäß verhalten hat, jedoch der Hersteller des Fahrzeugs dieses mit einer ihm bekannten und verschwiegenen unzulässigen Abschalteinrichtung in den Verkehr gebracht hat und der Verkäufer nun allein eine Nachbesserung in Form eines von diesem Hersteller entwickelten (oder in der Entwicklung befindlichen) Softwareupdates anbietet. Dabei kommt es darauf an, ob spätestens bei Erklärung des Rücktritts die Vertrauensgrundlage zwischen den Parteien so gestört war, dass eine Nacherfüllung für den Käufer unter Einbeziehung des Herstellers nicht zumutbar war. Ob dies der Fall ist, hängt von den konkreten Umständen des Einzelfalls ab, die der Tatrichter nicht schematisch, sondern in sorgfältiger Abwägung zu würdigen hat (Senat, Urt. v. 29.09.2021 – VIII ZR 111/20, BGHZ 231, 149 Rn. 27).

[47] (b) Gemessen daran hat das Berufungsgericht keine hinreichenden Feststellungen getroffen, ob eine Nacherfüllung im Rahmen des zwischen den Parteien geschlossenen Vertrags zum Zeitpunkt des Rücktritts für den Kläger unzumutbar war, weil diese mittels eines von der ursprünglich arglistig handelnden Herstellerin entwickelten Softwareupdates erfolgen sollte. Denn es hat nicht in Betracht gezogen, dass die Herstellerin durch ihre Ad-hoc-Mitteilung vom 22.09.2015 ihre unternehmerische Entscheidung, im eigenen Kosten- und Gewinninteresse das Kraftfahrt-Bundesamt und letztlich die Fahrzeugkäufer zu täuschen, ersetzt hat durch die Strategie, an die Öffentlichkeit zu treten, Unregelmäßigkeiten einzuräumen und in Zusammenarbeit mit dem Kraftfahrt-Bundesamt Maßnahmen zur Beseitigung des gesetzwidrigen Zustands zu erarbeiten, um die Gefahr einer Betriebsbeschränkung oder -untersagung zu bannen (vgl. BGH, Urt. v. 30.07.2020 – VI ZR 5/20, NJW 2020, 2798 Rn. 37; Urt. v. 08.12.2020 – VI ZR 244/20, WM 2021, 50 Rn. 15). In Anbetracht dessen und der Beobachtung der weiteren Entwicklung durch die (Fach-)Öffentlichkeit könnte ein erneutes arglistiges Verhalten der Fahrzeugherstellerin fraglich sein (vgl. Senat, Urt. v. 29.09.2021 – VIII ZR 111/20, BGHZ 231, 149 Rn. 29; Urt. v. 26.01.2022 – VIII ZR 140/20, VersR 2022, 703 Rn. 26).

[48] Das Berufungsgericht hat sich mithin nicht damit befasst, ob vor diesem Hintergrund aus Sicht eines objektiven Käufers zum Zeitpunkt des – nach der Würdigung des Berufungsgerichts – in der Klageschrift erklärten Rücktritts noch die Gefahr erneuter Täuschungshandlungen der Fahrzeugherstellerin bestand. Die von der Rechtsprechung bei einem arglistigen Verhalten des Verkäufers regelmäßig angenommene Unzumutbarkeit der gewählten Art der Nacherfüllung beruht aber entscheidend darauf, dass die Gefahr eines fortgesetzten arglistigen Verhaltens der Gegenseite gegeben ist. Der Käufer soll mit dem Recht zum sofortigen Übergang auf die sekundären Gewährleistungsrechte vor möglichen weiteren Täuschungen geschützt werden. Wäre ein weiteres arglistiges Verhalten der Herstellerin – was die Tatrichter im Einzelnen zu prüfen haben – aus objektiver Sicht auszuschließen, wäre eine auf ihr früheres arglistiges Vorgehen gestützte Unzumutbarkeit der Nachbesserung nicht anzunehmen (vgl. Senat, Urt. v. 29.09.2021 – VIII ZR 111/20, BGHZ 231, 149 Rn. 30).

[49] (2) Ergänzender tatrichterlicher Feststellungen bedarf es jedoch nicht, weil sich die weitere, selbstständig tragende Würdigung des Berufungsgerichts als rechtsfehlerfrei erweist, unter den hier gegebenen Umständen sei eine Ausnahme von dem Erfordernis der Fristsetzung jedenfalls deshalb gegeben, weil dem Kläger das Setzen einer Nachfrist unzumutbar gewesen sei, nachdem die Beklagte mit Anwaltsschreiben vom 16.02.2016 erklärt hatte, mit der „Umsetzung der Rückrufaktion“ könne (erst) in mehreren Monaten, nämlich ab der Kalenderwoche 36/2016 begonnen werden.

[50] (a) Nach der vom Berufungsgericht zutreffend herangezogenen Vorschrift des § 440 Satz 1 Fall 3 BGB kommt es darauf an, ob die dem Käufer zustehende Art der Nacherfüllung für diesen unzumutbar ist. Die „dem Käufer zustehende Art der Nacherfüllung“ ist die Art der Nacherfüllung, die er gewählt und der Verkäufer nicht zu Recht verweigert hat (Senat, Urt. v. 29.09.2021 – VIII ZR 111/20, BGHZ 231, 149 Rn. 40). Der Kläger hat – was vorliegend ausreicht (vgl. Senat, Urt. v. 29.09.2021 – VIII ZR 111/20, BGHZ 231, 149 Rn. 40) – bei dem in der Klageschrift erklärten Rücktritt sein Wahlrecht im Sinne einer Nachbesserung ausgeübt und nicht Nachlieferung verlangt. Deswegen kommt es auf den von der Revision in der mündlichen Verhandlung geltend gemachten Umstand nicht an, dass Feststellungen zur Unmöglichkeit der Nachlieferung vom Berufungsgericht nicht getroffen worden sind.

[51] Für die Beurteilung der Unzumutbarkeit der Nacherfüllung ist der Erkenntnisstand des Käufers im Zeitpunkt der Rücktrittserklärung maßgebend (vgl. Senat, Urt. v. 18.01.2017 – VIII ZR 234/15, NJW 2017, 1666 Rn. 36). Zu berücksichtigen sind alle Umstände des Einzelfalls. Dabei kann sich unter (besonderen) Umständen die Unzumutbarkeit für den Käufer auch aufgrund zeitlicher Gegebenheiten und einer damit einhergehenden Ungewissheit darüber ergeben, ob der Verkäufer in absehbarer Zeit zur Mängelbeseitigung in der Lage sein wird (vgl. Senat, Urt. v. 18.01.2017 – VIII ZR 234/15, NJW 2017, 1666 Rn. 34 ff.; Beschl. v. 22.02.2022 – VIII ZR 434/21, juris Rn. 15). Letztlich kommt es ausschlaggebend darauf an, ob aufgrund der aufgetretenen Mängel das Vertrauen des Käufers in eine insgesamt ordnungsgemäße Herstellung des Fahrzeugs ernsthaft erschüttert ist (Senat, Urt. v. 23.01.2013 – VIII ZR 140/12, NJW 2013, 1523 Rn. 34; Beschl. v. 22.02.2022 – VIII ZR 434/21, juris Rn. 15).

[52] Die dem Tatrichter hiernach obliegende Beurteilung, ob die Nachbesserung aufgrund der besonderen Umstände des Einzelfalls für den Käufer unzumutbar ist, ist – wie oben bereits in anderem Zusammenhang ausgeführt – das Ergebnis einer wertenden Betrachtung und kann vom Revisionsgericht nur darauf überprüft werden, ob der Tatrichter die maßgeblichen Tatsachen vollständig und fehlerfrei festgestellt und gewürdigt und ob er die allgemein anerkannten Maßstäbe berücksichtigt und richtig angewandt hat (Senat, Urt. v. 23.01.2013 – VIII ZR 140/12, NJW 2013, 1523 Rn. 24; Urt. v. 26.01.2022 – VIII ZR 140/20, VersR 2022, 703 Rn. 23).

[53] (b) Hiernach ist die Annahme des Berufungsgerichts, das Rücktrittsrecht sei im Streitfall nicht von dem fruchtlosen Ablauf einer Nacherfüllungsfrist abhängig, weil eine Fristsetzung zur Nacherfüllung für den Kläger unzumutbar i. S. von § 440 Satz 1 Fall 3 BGB war, aus Rechtsgründen nicht zu beanstanden. Denn die Beklagte hat mit Anwaltsschreiben vom 16.02.2016 erklärt, mit der Umsetzung der Rückrufaktion könne erst nach längerer Zeit, nämlich ab der Kalenderwoche 36/2016 (September 2016) begonnen werden. Damit war zur Zeit der – vom Berufungsgericht für maßgeblich erachteten – Rücktrittserklärung in der Klageschrift vom 13.06.2016 offen, wann eine Softwarelösung zur Beseitigung der unzulässigen Abschalteinrichtung für das Fahrzeug des Klägers zur Verfügung stehen werde. Denn die Beklagte hat lediglich vage angekündigt, dass mit der Rückrufaktion um diese Zeit „begonnen“ werden könne. Insbesondere lag dieser Zeitpunkt geraume Zeit, hier sogar mehrere Monate in der Zukunft. Vor diesem Hintergrund kommt es weder auf den von der Revision angeführten Zeitpunkt der Freigabeentscheidung des Kraftfahrt-Bundesamtes (19.05.2016) noch auf die Frage an, ob mit dem freigegebenen Softwareupdate eine vollständige Beseitigung des Mangels zu erreichen sein würde.

[54] cc) Ebenfalls zu Recht hat das Berufungsgericht angenommen, dass der vom Kläger erklärte Rücktritt nicht gemäß § 323 V 2 BGB ausgeschlossen ist, weil die in der mangelhaften Lieferung des mit einer unzulässigen Abschalteinrichtung (Prüfstanderkennungssoftware) ausgestatteten Fahrzeugs liegende Pflichtverletzung nicht als unerheblich im Sinne der vorgenannten Vorschrift einzustufen ist.

[55] (1) Die Beurteilung, ob eine Pflichtverletzung unerheblich i. S. des § 323 V 2 BGB ist, erfordert – wovon das Berufungsgericht zutreffend ausgegangen ist – eine umfassende Interessenabwägung auf der Grundlage der Umstände des Einzelfalls (st. Rspr.; vgl. etwa Senat, Urt. v. 28.05.2014 – VII-I ZR 94/13, BGHZ 201, 290 Rn. 16 m. w. Nachw.; Urt. v. 18.10.2017 – VIII ZR 242/16, DAR 2018, 78 Rn. 12; Urt. v. 11.12.2019 – VIII ZR 361/18, BGHZ 224, 195 Rn. 46; Urt. v. 29.09.2021 – VIII ZR 111/20, BGHZ 231, 149 Rn. 44). Maßgebend für diese Beurteilung ist der Zeitpunkt der Rücktrittserklärung (Senat, Urt. v. 11.12.2019 – VIII ZR 361/18, BGHZ 224, 195 Rn. 48 m. w. Nachw.). Die Darlegungs- und Beweislast für die tatsachlichen Voraussetzungen der Unerheblichkeit der Pflichtverletzung trägt dabei der Verkäufer und nicht der Käufer (vgl. Senat, Urt. v. 18.10.2017 – VIII ZR 242/16, DAR 2018, 78 Rn. 11; Urt. v. 29.09.2021 – VIII ZR 111/20, BGHZ 231, 149 Rn. 44; Beschl. v. 09.11.2021 – VII-I ZR 184/20, juris Rn. 22).

[56] (2) Hierbei kommt es nicht darauf an, ob – wie die Revision geltend macht – der Mangel durch ein Softwareupdate in weniger als einer Stunde zu – vom Kläger nicht zu tragenden – Kosten von weniger als 100 € (folgenlos) zu beseitigen wäre. Denn nach der zwischenzeitlich ergangenen Rechtsprechung des EuGH (nachfolgend: Gerichtshof), die auch bei der Auslegung und Anwendung des § 323 V 2 BGB zu berücksichtigen ist, kann eine unzulässige Abschalteinrichtung nicht als geringfügige Vertragswidrigkeit i. S. von Art. 3 VI der Richtlinie 1999/44/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 25.05.1999 zu bestimmten Aspekten des Verbrauchsgüterkaufs und der Garantien für Verbrauchsgüter (ABl. 1999 L 171, 12) und damit grundsätzlich auch nicht als eine unerhebliche Pflichtverletzung nach § 323 V 2 BGB angesehen werden.

[57] Der Gerichtshof (s. EuGH, Urt. v. 14.07.2022 – C-145/20, ECLI:EU:C:2022:572 = juris Rn. 96 f. – Porsche Inter Auto und Volkswagen) hat entscheidend darauf abgestellt, dass ein Fahrzeugtyp, der mit einer Abschalteinrichtung ausgerüstet ist, deren Verwendung nach Art. 5 II der Verordnung (EG) Nr. 715/2007 verboten ist, nicht genehmigt werden kann. Ein solches Fahrzeug vermag die in Anhang I der vorgenannten Verordnung vorgesehenen Emissionsgrenzwerte nicht einzuhalten. Weiter hat der Gerichtshof auf die Erwägungsgründe 1 und 4 bis 6 dieser Verordnung hingewiesen, die die Bedeutung des Umweltschutzes und die Erforderlichkeit unterstreichen, die Stickstoffoxid(NO_x)-Emissionen bei Dieselfahrzeugen erheblich zu mindern, um die Luftqualität zu verbessern und die Luftverschmutzungsgrenzwerte einzuhalten (EuGH, Urt. v. 14.07.2022 – C-145/20, ECLI:EU:C:2022:572 = juris Rn. 95 – Porsche Inter Auto und Volkswagen). Im Hinblick hierauf gelten für die Beurteilung des Vorliegens einer nicht unerheblichen Pflichtverletzung i. S. von § 323 V 2 BGB keine anderen Maßstäbe, wenn – wie hier – ein Verbrauchsgüterkauf nicht vorliegt.

[58] dd) Rechtsfehlerhaft hat das Berufungsgericht dagegen angenommen, eine nach § 377 I, III HGB anzunehmende Genehmigung des Mangels sei hier nicht gegeben, sodass der Kläger auch aus diesem Grund nicht an der wirksamen Ausübung des Rücktrittsrechts gehindert sei.

[59] (1) Nach der Vorschrift des § 377 I HGB hat im Falle eines beiderseitigen Handelskaufs (§ 343 I HGB) der Käufer die Ware unverzüglich nach der Ablieferung durch den Verkäufer, soweit dies nach ordnungsmäßigem Geschäftsgange tunlich ist, zu untersuchen und, wenn sich ein Mangel zeigt, dem Verkäufer unverzüglich Anzeige zu machen. Unterlässt der Käufer die Anzeige, gilt die Ware gemäß § 377 II HGB als genehmigt, es sei denn, der Mangel war bei der Untersuchung nicht erkennbar. Nach § 377 III HGB muss, wenn sich ein solcher Mangel später zeigt, die Anzeige unverzüglich nach der Entdeckung gemacht werden; anderenfalls gilt die Ware auch in Ansehung dieses Mangels als genehmigt. So liegt es hier.

[60] (2) Noch rechtsfehlerfrei ist das Berufungsgericht davon ausgegangen, dass die Rügeobliegenheit auch im Rahmen des zwischen einem Leasinggeber und dessen Lieferanten abgeschlossenen Kaufvertrags gilt (Senat, Urt. v. 24.01.1990 – VIII ZR 22/89, BGHZ 110, 130, 137 ff.) und im gegebenen Fall ein beiderseitiges Handelsgeschäft i. S. von §§ 343 I, 377 HGB vorliegt. Zwar hat das Berufungsgericht nicht festgestellt, ob (auch) der aus abgetretenem Recht klagende Kläger Kaufmann ist. Darauf kommt es jedoch nicht an, denn die Anwendbarkeit des § 377 HGB richtet sich nach dem zwischen der Beklagten und der Leasinggeberin, der *Volkswagen Leasing GmbH*, geschlossenen Kaufvertrag (vgl. Senat, Urt. v. 24.01.1990 – VIII ZR 22/89, BGHZ 110, 130, 138). Dabei handelt es sich – wie das Berufungsgericht seiner Würdigung unausgesprochen zugrunde gelegt hat – um einen beiderseitigen Handelskauf i. S. des §§ 343 I, 344 I HGB.

[61] Für die Frage, ob ein Handelskauf vorliegt, kommt es allein auf den Zeitpunkt des Vertragsschlusses und die daran beteiligten Personen, hier die Leasinggeberin und die Beklagte, an. Anders als die Revisionserwiderung in der mündlichen Verhandlung vor dem Senat geltend gemacht hat, verliert der Kaufvertrag seine Eigenschaft als beiderseitiges Handelsgeschäft nicht, wenn über die Kaufsache zusätzlich ein Leasingvertrag mit einem nichtkaufmännischen Leasingnehmer geschlossen wird. Daraus folgt, dass die Rügeobliegenheit aus § 377 HGB unter solchen Umständen nicht entfällt. Es besteht keine sachliche Rechtfertigung dafür, dass der Verkäufer gegenüber seinem kaufmännischen Vertragspartner nur deshalb den Schutz des § 377 HGB verlieren soll, weil dieser einen Leasingvertrag mit einem Nichtkaufmann geschlossen hat (Senat, Urt. v. 24.01.1990 – VIII ZR 22/89, BGHZ 110, 130, 138).

[62] (3) Ebenfalls rechtsfehlerfrei hat das Berufungsgericht angenommen, dass die weiteren Voraussetzungen des § 377 I, III HGB erfüllt sind. Dabei kann auch im Streitfall die im Senatsurteil vom 24.01.1990 (VIII ZR 22/89, BGHZ 110, 130, 138, 142) offengelassene Frage dahinstehen, unter welchen Voraussetzungen eine formularvertragliche Übertragung der Rügeobliegenheit des Käufers/Leasinggebers auf den Leasingnehmer einer Inhaltskontrolle standhalten würde (vgl. dazu MünchKomm-BGB/*Koch,* 8. Aufl., Finanzierungsleasing [Anhang zu § 515 BGB] Rn. 87; *H. Schmidt,* in Ulmer/Brandner/Hensen, AGB-Recht, 13. Aufl., Teil 2 (29) Leasingverträge Rn. 9; *Wimmer-Leonhardt,* in: Martinek/Stoffels/Wimmer-Leonhardt, Handbuch des Leasingrechts, 2. Aufl., § 14 Rn. 12; *Omlor,* in: Ellenberger/Bunte, Bankrechts-Handbuch, 6. Aufl., § 80 Rn. 54; *Reinicke/Tiedtke,* Kaufrecht, 8. Aufl., Rn. 1796 ff.; BeckOGK-BGB/*Ziemßen,* Stand: 01.10.2022, § 535 Rn. 950; Hopt/*Leyens,* HGB, 41. Aufl., § 377 Rn. 59).

[63] Denn das Berufungsgericht hat zu Recht – und insoweit nicht angegriffen – unabhängig davon, ob die Rügeobliegenheit die Leasinggeberin oder den Kläger traf, einen Verstoß gegen § 377 III HGB angenommen. Zutreffend hat das Berufungsgericht (unausgesprochen) einen verdeckten Mangel im Sinne der vorgenannten Vorschrift bejaht. Bei der Ausstattung des vom Kläger geleasten Fahrzeugs mit einem über eine unzulässige Abschalteinrichtung verfügenden Motor handelt es sich um einen Mangel, der nicht bereits bei der Ablieferung erkannt werden konnte. Unter den vom Berufungsgericht im Streitfall festgestellten Umständen konnten der Kläger und die Leasinggeberin den Mangel (frühestens) nach Bekanntwerden der Ad-hoc-Mitteilung des Fahrzeugherstellers vom 22.09.2015, gegebenenfalls – was hier keiner Entscheidung bedarf – auch erst nach Bekanntwerden des Rückrufbescheids des Kraftfahrt-Bundesamtes vom 15.10.2015 erkennen.

[64] Jedoch haben weder der Kläger noch die Leasinggeberin den Sachmangel des Fahrzeugs unverzüglich nach seiner Entdeckung angezeigt. Eine Mängelanzeige der Leasinggeberin hat das Berufungsgericht nicht festgestellt. Der Kläger hat nach den revisionsrechtlich nicht zu beanstandenden Feststellungen des Berufungsgerichts unstreitig bereits „in unmittelbarem Zusammenhang“ mit der Ad-hoc-Mitteilung der Fahrzeugherstellerin vom 22.09.2015 davon Kenntnis erlangt, dass auch das vom ihm geleaste Fahrzeug mit einer solchen Abschaltvorrichtung ausgestattet war. Unabhängig davon, wann er konkret vom Vorhandensein einer unzulässigen Abschalteinrichtung erfahren hat (September oder Oktober 2015), hat er jedenfalls erst Monate später und damit nicht unverzüglich – mit Anwaltsschreiben vom 02.02.2016 an die Beklagte – beanstandet, dass „Abgastests zur Messung des Schadstoffausstoßes [...] durch die Verwendung einer speziellen Software manipuliert“ worden seien. Die diesbezügliche Würdigung des Berufungsgerichts wird von den Parteien im Revisionsverfahren nicht angegriffen.

[65] (4) Nicht frei von Rechtsirrtum hat das Berufungsgericht allerdings angenommen, dass trotz des – rechtsfehlerfrei festgestellten – Rügeversäumnisses die Genehmigungswirkung des § 377 I, III HGB nicht eingetreten sei. Zur Begründung hat es in erster Linie darauf abgestellt, eine Anzeige des Mangels sei entbehrlich gewesen, weil er der Beklagten bekannt und aufgrund des drohenden Widerrufs der Fahrzeugzulassung klar gewesen sei, dass der Kläger sich mit der unzulässigen Abschalteinrichtung nicht abfinden werde.

[66] (a) Das Berufungsgericht hat bereits nicht festgestellt, dass die Beklagte als Verkäuferin im maßgeblichen Zeitpunkt, zu dem die Anzeigeobliegenheit durch die Leasinggeberin beziehungsweise den Kläger zu erfüllen war, Kenntnis von dem Sachmangel hatte. Darüber hinaus hat es insbesondere übersehen, dass eine Mängelrüge nicht schon dann entbehrlich ist, wenn der Verkäufer von einem Mangel der Kaufsache Kenntnis hat. Dies ergibt sich schon daraus, dass das Gesetz diese Rechtsfolge gemäß § 377 V HGB nur bei einem – hier nicht gegebenen – arglistigen Verschweigen des Mangels durch den Verkäufer vorsieht (s. Senat, Urt. v. 25.09.1985 – VIII ZR 175/84, NJW 1986, 316 unter II 2 b bb; Urt. v. 24.01.1990 – VIII ZR 22/89, BGHZ 110, 130, 140; Urt. v. 27.06.1990 – VIII ZR 72/89, NJW-RR 1990, 1462 unter II 2 c aa).

[67] (b) Auch aus anderen Gründen war eine Rügeobliegenheit nicht entbehrlich. Zwar hat der Senat in dem vorgenannten Urteil vom 27.06.1990 (VIII ZR 72/89, NJW-RR 1990, 1462 unter II 1 b) entschieden, dass es einer Mängelanzeige nach § 377 HGB nicht bedarf und die Kaufsache auch ohne eine solche nicht als genehmigt gilt, wenn sich der Verkäufer bereits bei Abschluss des Kaufvertrags zur Beseitigung von Mängeln der beim Käufer befindlichen Kaufsache verpflichtet hat (ebenso *Achilles,* in: Ebenroth/Boujong/Joost/Strohn, HGB, 4. Aufl., § 377 Rn. 239; so auch MünchKomm-HGB/*Grunewald,* 5. Aufl., § 377 Rn. 85). Denn eine bei Vertragsabschluss ausdrücklich einbezogene Vereinbarung einer Fehlerbeseitigung geht über bloße Kenntnis des Verkäufers hinaus (Senat, Urt. v. 27.06.1990 VIII ZR 72/89, NJW-RR 1990, 1462 unter II 2 c aa). Ein solcher Sonderfall, in dem die Genehmigungswirkung nach § 377 HGB nicht eintritt, ist nach den rechtfehlerfrei getroffenen und im Revisionsverfahren nicht angegriffenen Feststellungen des Berufungsgerichts hier jedoch nicht gegeben.

[68] (5) Rechtsfehlerhaft hat das Berufungsgericht zudem angenommen, das Anwaltsschreiben der Beklagten vom 16.02.2016 sei als konkludenter Verzicht auf den Einwand der verspäteten Mängelrüge auszulegen. Zwar hat sich die Beklagte in dem vorgenannten Schreiben nicht ausdrücklich darauf berufen, dass die Mangelhaftigkeit des Kraftfahrzeugs verspätet gerügt worden sei. Daraus folgt jedoch nicht, dass sie stillschweigend auf die Rechtsfolgen der Verspätung verzichtet hat.

[69] (a) Im Ausgangspunkt richtig hat das Berufungsgericht gesehen, dass der Verkäufer nach der ständigen Rechtsprechung des BGH jederzeit und auch stillschweigend auf die Rechtsfolgen aus § 377 II, III HGB – beziehungsweise auf den Einwand der Verspätung einer Mängelrüge – verzichten kann und die Annahme eines solchen Verzichts in Betracht kommt, wenn der Verkäufer die beanstandeten Waren vorbehaltlos zurückgenommen oder vorbehaltlos Nachbesserung versprochen oder den Einwand der verspäteten Mängelanzeige nicht erhoben hat (Senat, Urt. v. 29.03.1978 – VIII ZR 245/76, NJW 1978, 2394 unter IV; Urt. v. 24.01.1990 – VIII ZR 22/89, BGHZ 110, 130, 144; Urt. v. 19.06.1991 – VIII ZR 149/90, NJW 1991, 2633 unter II 1 c aa; Urt. v. 25.11.1998 – VIII ZR 259/97, NJW 1999, 1259 unter III 2 a [zu Art. 39 CISG]; s. auch *Achilles,* in: Ebenroth/Boujong/Joost/Strohn, a. a. O., § 377 Rn. 240).

[70] (b) Das Berufungsgericht hat diese Maßstäbe aber rechtsfehlerhaft auf den festgestellten Sachverhalt angewendet. Da ein stillschweigender Verzicht auf Rechte im Allgemeinen nicht zu vermuten ist, müssen eindeutige Anhaltspunkte vorliegen, die der Käufer als Aufgabe des Rechts durch den Vertragspartner verstehen darf (Senat, Urt. v. 19.06.1991 – VIII ZR 149/90, NJW 1991, 2633 unter II 1 c bb; Urt. v. 25.11.1998 – VIII ZR 259/97, NJW 1999, 1259 unter III 2 a [jeweils zu § 377 HGB]; Urt. v. 26.08.2020 – VIII ZR 351/19, BGHZ 227, 15 Rn. 62 m. w. Nachw.). Nach diesem Maßstab sind hinreichende Anhaltspunkte dafür nach den Feststellungen des Berufungsgerichts im Streitfall jedoch nicht gegeben.

[71] Die tatrichterliche Auslegung einer Individualerklärung kann vom Revisionsgericht zwar nur daraufhin überprüft werden, ob gesetzliche oder allgemein anerkannte Auslegungsregeln, die Denkgesetze oder allgemeine Erfahrungssätze verletzt sind, wesentlicher Auslegungsstoff außer Acht gelassen worden ist oder die Auslegung auf mit der Revision gerügten Verfahrensfehlern beruht (st. Rspr.; vgl. nur Senat, Urt. v. 28.09.2022 – VIII ZR 300/21, juris Rn. 14; Urt. v. 18.10.2017 – VIII ZR 32/16, WM 2018, 1801 Rn. 17; Urt. v. 09.07.2014 – VIII ZR 376/13, BGHZ 202, 39 Rn. 42; jeweils m. w. Nachw.). Einer an diesem Maßstab ausgerichteten Prüfung hält die Auslegung des Schreibens vom 16.02.2016 durch das Berufungsgericht jedoch nicht stand.

[72] (c) In dem vorbezeichneten Schreiben an die Prozessbevollmächtigten des Klägers haben die Prozessbevollmächtigten der Beklagten unter anderem mitgeteilt:

> „In Europa sind nach den derzeit gültigen gesetzlichen Bestimmungen der VO (EG 715/2007) die Abgaswerte maßgeblich, die in einem bestimmten vorgesehenen Prüfverfahren (NEFZ) ermittelt werden. Vor diesem Hintergrund kann es verfahrensbedingt bei Dieselfahrzeugen zu Abweichungen zwischen den Abgaswerten, die im gesetzlichen Prüfverfahren ermittelt werden, und den im realen Fahrbetrieb ermittelten Emissionswerten kommen.
>
> Wir informieren Ihre Mandantschaft hiermit über die aktuellen Entwicklungen im Zusammenhang mit der Software, welche bei Dieselmotoren des Typs EA189 den Ausstoß vom Stickoxid (NO_x) auf dem Prüfstand optimiert.
>
> Der Volkswagen-Konzern hat dem Kraftfahrt-Bundesamt bereits die konkreten technischen Maßnahmen für die Motorvariante Ihrer Mandantschaft vorgestellt, welche durch das Kraftfahrt-Bundesamt genehmigt wurden. Für das Fahrzeug Ihrer Mandantschaft herrscht somit Klarheit hinsichtlich der Behebung der Unregelmäßigkeiten.
>
> Die vom Volkswagen-Konzern entwickelte technische Lösung sieht wie folgt aus: Bei der Motorvariante Ihrer Mandantschaft wird direkt vor dem Luftmassenmesser ein sogenannter Strömungsgleichrichter befestigt. Dabei handelt es sich um ein Gitternetz, das den verwirbelten Luftstrom vor dem Luftmassenmesser beruhigt und dadurch den Verbrennungsvorgang optimiert. Zudem wird an Fahrzeugen mit diesem Motor ein Softwareupdate durchgeführt.

> Durch die geschilderte Maßnahme wird der Ausstoß an NO_x so weit reduziert, dass die einschlägigen Grenzwerte eingehalten werden. Der Zeitaufwand für die Umsetzung der technischen Maßnahme in einer Werkstatt unserer Mandantin wird voraussichtlich weniger als eine Stunde in Anspruch nehmen."

[73] (d) Das vorgenannte Schreiben enthält weder nach seinem Wortlaut noch nach seinen Begleitumständen und nach der Interessenlage (§§ 133, 157 BGB) eindeutige Anhaltspunkte, die die Annahme eines Verzichts auf die Rügeobliegenheit beziehungsweise auf die Genehmigungswirkung des § 377 I, III HGB rechtfertigen. Dies hat das Berufungsgericht rechtsfehlerhaft verkannt und zudem Auslegungsstoff unbeachtet gelassen. Anders als es gemeint hat, wird bereits anhand des Wortlauts des Schreibens deutlich, dass die Beklagte nicht vorbehaltlos Nachbesserung eines Sachmangels des geleasten Fahrzeugs angeboten hat. Sie beschreibt lediglich, dass die Abgaswerte im realen Fahrbetrieb „verfahrensbedingt" nicht dem unionsrechtlich vorgesehenen Prüfverfahren entsprächen. Eine Erklärung über eine etwaige eigene Einstandspflicht aufgrund des geschlossenen Kaufvertrags enthält das Schreiben hingegen nicht.

[74] (aa) Die Beklagte hat den Kläger schlicht über die vom Hersteller bereits getroffenen beziehungsweise in der Vorbereitung befindlichen Maßnahmen unterrichtet („Wir informieren Ihre Mandantschaft …"). Sie hat entgegen der Sichtweise des Berufungsgerichts nicht „anerkannt", zur Nachbesserung verpflichtet zu sein, sondern lediglich zum Ausdruck gebracht, in die vom Hersteller geplante Vornahme der Maßnahme eingebunden zu sein, wie der Hinweis auf die „Umsetzung der technischen Maßnahme in einer Werkstatt unserer Mandantin" verdeutlicht. Die Beklagte hat zudem betont, dass „die Durchführung der Maßnahmen auf Kosten des Volkswagen-Konzerns" erfolgt, mithin nicht auf ihre eigenen Kosten. Die im nächsten Satz erfolgte Versicherung der Beklagten, sie werde den Kläger „zur Vermeidung von Unannehmlichkeiten für den Zeitraum der Durchführung der Maßnahme mobil halten", spricht entgegen der Ansicht des Berufungsgerichts ebenfalls nicht dafür, dass die Beklagte dem Kläger vorbehaltlos Nachbesserung versprechen wollte. Die verwendete Formulierung lässt nicht einmal erkennen, ob die dadurch entstehenden Kosten von der Beklagten selbst getragen werden oder – wofür der vorangegangene Satz spricht – von der Fahrzeugherstellerin.

[75] (bb) Zwar hat die Beklagte – wovon das Berufungsgericht sich ebenfalls hat leiten lassen – auch einen Verjährungsverzicht erklärt. Dies ist jedoch ebenfalls kein eindeutiger Hinweis darauf, dass sie konkludent auf die Geltendmachung der Rechtsfolgen der bereits eingetretenen Genehmigungsfiktion nach § 377 III HGB verzichten wollte. Die Beklagte hat in ihrem Schreiben vom 16.02.2016 hervorgehoben, auf die Verjährungseinrede (lediglich) bis zum 31.12.2016 zu verzichten. Damit hat sie zum Ausdruck gebracht, etwaige Rechtsvorteile nicht insgesamt aufgeben zu wollen, sondern nur zeitweise. Dies hat das Berufungsgericht ebenso wie den Umstand unberücksichtigt gelassen, dass der ausdrücklich erklärte (zeitlich ohnehin begrenzte) Verjährungsverzicht die Schlussfolgerung nahelegt, dass die Beklagte darüber hinaus keine ihr günstige Rechtsposition hat aufgeben wollen. Überdies hat die Beklagte – was das Berufungsgericht ebenfalls außer Acht gelassen hat – im Zusammenhang mit dem Verjährungsverzicht unmissverständlich klargestellt: „Vor diesem Hintergrund bitten wir um Verständnis, dass dem Rückabwicklungsgesuch Ihrer Mandantschaft nicht entsprochen werden kann.“ Das verdeutlicht, dass die Beklagte keine Erklärung abgeben wollte, die dem Kläger ein Rücktrittsrecht entgegen den gesetzlichen Voraussetzungen gewähren sollte. Das wäre aber bei einem (konkludenten) Verzicht auf die für die Beklagte vorteilhaften Rechtsfolgen der Genehmigungswirkung einer unterbliebenen rechtzeitigen Mängelanzeige nach § 377 III HGB der Fall.

[76] (6) Entgegen dem von der Revisionserwiderung in der mündlichen Verhandlung erhobenen Einwand ist die Berufung der Beklagten auf die unterbliebene beziehungsweise verspätet geltend gemachte Mängelrüge nicht treuwidrig (§ 242 BGB). Übergangenen Sachvortrag des Klägers, aus dem sich ein treuwidriges Verhalten der Beklagten ergäbe, hat die Revisionserwiderung nicht aufgezeigt. Soweit sie darauf abstellt, dass die Beklagte das Aufspielen des Updates als Nachbesserung vorbehaltlos angeboten habe, trifft dies – wie ausgeführt – nicht zu.

[77] III. Das angefochtene Urteil kann hiernach keinen Bestand haben, soweit zum Nachteil der Beklagten zu 1 erkannt worden ist. Es ist insoweit aufzuheben (§ 562 I ZPO). Der Senat entscheidet in der Sache selbst, da es weiterer Feststellungen nicht bedarf und die Sache zur Endentscheidung reif ist (§ 563 III ZPO). Dies führt zur Aufhebung des Berufungsurteils, soweit dieses zum Nachteil der Beklagten zu 1 ergangen ist, sowie zur Zurückweisung der Berufung des Klägers hinsichtlich der erstinstanzlichen Abweisung der gegen die Beklagte zu 1 gerichteten Klage.

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.