


Gericht:	Schleswig-Holsteinisches Oberlandesgericht 9. Zivilsenat	Quelle:	
Entscheidungsdatum:	20.11.2019	Norm:	§ 434 Abs 1 S 2 Nr 2 BGB
Aktenzeichen:	9 U 12/19		
Dokumenttyp:	Urteil		

Rückabwicklung eines Kaufvertrags über ein vom „Dieselabgas-Skandal“ betroffenes Fahrzeug

Tenor

I. Auf die Berufung der Klägerin wird das Urteil der Einzelrichterin der 17. Zivilkammer des Landgerichts Lübeck vom 27. August 2018 unter Zurückweisung der weitergehenden Berufung teilweise abgeändert und wie folgt neu gefasst:

1. Die Beklagte wird verurteilt, an die Klägerin 33.801,69 € nebst Zinsen in Höhe von fünf Prozentpunkten über dem jeweiligen Basiszinssatz

- auf einen Teilbetrag von 30.590 € seit dem 4. April 2017,
- auf einen weiteren Teilbetrag von 1.321,05 € seit dem 7. September 2019 sowie
- auf einen weiteren Teilbetrag von 1.890,64 € seit dem 17. September 2019

zu zahlen

Zug-um-Zug gegen Übergabe und Übereignung des Pkw Touran Comfortline 1,6 I TDI „Blue Motion Technologie“ mit der Fahrgestellnummer ... und Zahlung einer Nutzungsentschädigung in Höhe von 15.969,94 €.

2. Es wird festgestellt, dass sich die Beklagte spätestens seit dem 4. April 2017 mit der Rücknahme des Pkw Touran Comfortline 1,6 I TDI „Blue Motion Technologie“ mit der Fahrgestellnummer ... in Annahmeverzug befindet.

3. Im Übrigen wird die Klage abgewiesen.

II. Von den Kosten des Rechtsstreits in erster Instanz tragen die Klägerin 52 % und die Beklagte 48 %.

Die Kosten des Rechtsstreits in zweiter Instanz tragen die Klägerin in Höhe von 48 % und die Beklagte in Höhe von 52 %. Die durch die Nebenintervention entstandenen Kosten trägt die Beklagte in Höhe von 52 %; im Übrigen trägt die Nebenintervenientin ihre Kosten selbst.

III. Dieses Urteil ist vorläufig vollstreckbar. Die Parteien dürfen die Vollstreckung durch die Gegenseite, die Beklagte zudem die Vollstreckung durch die Nebenintervenientin, durch Sicherheitsleistung in Höhe von 110 % des auf Grund des Urteils jeweils vollstreckbaren Betrages abwenden, wenn nicht die jeweilige Gegenseite vor der Vollstreckung Sicherheit in Höhe von 110 % des jeweils zu vollstreckenden Betrages leistet.

IV. Die Revision wird zugelassen.

V. Der Streitwert wird für das Berufungsverfahren auf 34.270,77 € festgesetzt.

Gründe

I.

- 1 Die Klägerin begehrt die Rückabwicklung eines Kaufvertrages über ein vom sogenannten „VW-Abgasskandal“ betroffenes Fahrzeug sowie den Ersatz von Aufwendungen.
- 2 Mit Kaufvertrag vom 28. November 2013 erwarb die Klägerin von der Beklagten, einer VW-Vertragshändlerin, ein Neufahrzeug der Marke Touran Comfortline 1,6 l TDI „Blue Motion Technologie“ mit der Fahrgestellnummer ... für einen Gesamtkaufpreis von 30.590 €. Das Fahrzeug ist mit einem Dieselmotor der Baureihe EA 189 der Schadstoffklasse Euro 5 ausgestattet. Die Klägerin zahlte den Kaufpreis an die Beklagte. Die Übergabe und Übereignung des Fahrzeuges an die Klägerin erfolgte im Februar 2014 (Erstzulassung am 27. Februar 2014).
- 3 Mit Schreiben vom 20. Oktober 2015 wandte sich die Klägerin an die Beklagte. Sie bezog sich auf Medienberichte und Erklärungen ihrer Werkstatt über die Nichteinhaltung zugesagter Abgaswerte bei ihrem Fahrzeug und forderte die Beklagte zur Beseitigung dieser Mangelhaftigkeit bis zum 20. November 2015 auf. Hinsichtlich der Einzelheiten wird auf die Anlage K 10.1 (Bl. 396 d.A.) verwiesen. Die Beklagte antwortete hierauf mit Schreiben vom 29. Oktober 2015 und wies auf eine weiterhin bestehende Sicherheit, Fahrbereitschaft und uneingeschränkte Nutzbarkeit des Fahrzeuges im Straßenverkehr hin. Sie erklärte, dass die Volkswagen AG mit Hochdruck an Lösungen arbeite, und bat insoweit um Geduld; die Klägerin werde so bald wie möglich näher über den Zeitplan und die erforderlichen Maßnahmen informiert werden. Bis zum 31. Dezember 2016 werde bezogen auf etwaige Mängel der Software auf die Verjährungseinrede verzichtet. Die Klägerin reklamierte mit Schreiben vom 16. Dezember 2015, dass ihr die konkreten Schadstoffwerte nicht mitgeteilt worden seien, die sie zur sachverständigen Beurteilung der von der Volkswagen AG beabsichtigten Maßnahmen benötige; auch fehle jegliche Aussage zu etwaigen Auswirkungen der Maßnahmen auf die Lebensdauer des Motors oder anderer Aggregate. Die Klägerin schlug den Austausch des Fahrzeuges abzüglich einer Nutzungsentschädigung gegen ein Neufahrzeug vor und bat um Rückmeldung, anderenfalls werde sie einen Sachverständigen mit der Durchführung entsprechender Leistungstests beauftragen. Hierauf reagierte die Beklagte mit Schreiben datiert auf „29.10.2015“, in dem sie unter anderem darauf verwies, dass das Kraftfahrtbundesamt die von der Volkswagen AG vorgeschlagenen und im Schreiben näher ausgeführten technischen Maßnahmen bestätigt habe, die auch den im klägerischen Fahrzeug verbauten Motortyp betreffen und deren Umsetzung ab Januar 2016 beginnen solle. Sie kündigte an, die Klägerin sobald wie möglich näher über den Zeitplan und die für ihr Fahrzeug konkret vorgesehenen Maßnahmen zu informieren. Zugleich erklärte sie, dass bis zum 31. Dezember 2017 auf die Erhebung der Verjährungseinrede verzichtet werde. Hinsichtlich der näheren Einzelheiten wird auf das als Anlage B 16 (Bl. 365 d.A.) eingereichte Schreiben Bezug genommen. Am Fahrzeug der Klägerin wurden in den folgenden Monaten die angekündigten Maßnahmen nicht durchgeführt; auch nähere Informationen zu einem ihr Fahrzeug betreffenden Termin erhielt die Klägerin nicht.
- 4 Mit Schreiben ihres damaligen Rechtsanwalts erklärte die Klägerin am 14. Dezember 2016 gegenüber der Beklagten den Rücktritt vom Kaufvertrag, hilfsweise dessen Anfechtung wegen arglistiger Täuschung, und verlangte die Rückzahlung des Kaufpreises und Abholung des Fahrzeuges bis zum 3. Januar 2017, hilfsweise die Nacherfüllung durch Neulieferung, sowie Ersatz vorgerichtlicher Anwaltskosten (Anlage K 10.3 Bl. 399 ff. d.A.). Die Beklagte lehnte mit Schreiben vom 16. Dezember 2016 die Rücknahme des Fahrzeuges ab. Sie verwies erneut auf die Bestätigung der vorgeschlagenen technischen Maßnahmen durch das Kraftfahrtbundesamt und listete verschiedene Fahrzeugtypen auf, bei denen die Umsetzung der technischen Maßnahmen keine negativen Auswirkungen ergeben hätten; der Fahrzeugtyp der Klägerin war nicht darunter. Die Beklagte kündigte zudem an, dass die Klägerin über den genauen Zeitplan für die Umsetzung unterrichtet werde. Hinsichtlich der Einzelheiten wird auf das als Anlage K 10.4 (Bl. 403 f. d.A.) vorgelegte Schreiben Bezug genommen.
- 5 Ab dem 21. Dezember 2016 standen die technischen Maßnahmen zur Überarbeitung des klägerischen Fahrzeuges zur Verfügung. Das Kraftfahrtbundesamt hatte der Volkswagen AG bereits mit Bescheid vom 14. Dezember 2016 (Anlage B 6 Bl. 122 ff. d.A.) bestätigt, dass für den betroffenen Fahrzeugtyp der Nachweis geführt sei, dass die von der Volkswagen AG vorgestellte Änderung der Applikationsdaten geeignet sei, die Vorschriftsmäßigkeit der im Bescheid genannten Fahrzeuge, zu denen auch das Fahrzeug der Klägerin gehörte, herzustellen. Die Volkswagen AG informierte ihre Kunden mit Schreiben vom 4. Januar, 10. Juli und 4. Dezember 2017 über die

Verfügbarkeit des Softwareupdates. Der Klägerin ging ein dahingehendes Angebot erstmals am 10. Januar 2017 zu. Auf den anlässlich eines Werkstatttermins am 6. Februar 2017 erteilten Hinweis der Beklagten auf das Softwareupdate lehnte die Klägerin die Durchführung des Updates ab.

- 6 Die Klägerin erklärte mit Schreiben ihres jetzigen Prozessbevollmächtigten vom 23. März 2017 (Anlage K 9 Bl. 379 ff. d.A.) nochmals den Rücktritt vom Kaufvertrag und forderte die Beklagte zur Rückzahlung des Kaufpreises bis zum 3. April 2017 abzüglich der Nutzungen und Zug-um-Zug gegen Herausgabe des Fahrzeuges auf. Für das anwaltliche Schreiben entstanden der Klägerin vorgerichtliche Rechtsanwaltskosten in Höhe von 1.698,13 €, deren Erstattung sie gleichfalls von der Beklagten bis zum 3. April 2017 verlangte. Die Beklagte wies den Rücktritt mit Schreiben vom 28. März 2017 (Anlage K 4 Bl. 34 f. d.A.) zurück. Zudem informierte sie die Klägerin darüber, dass mit einem Softwareupdate und der Befestigung eines Strömungsausgleichs vor dem Luftmassenmesser geeignete Abhilfemaßnahmen möglich seien und bat um Vereinbarung eines Werkstatttermins zur Durchführung dieser Maßnahmen. Die Klägerin kam dieser Bitte zunächst nicht nach. Sie ließ die angebotenen Abhilfemaßnahmen erst am 18. Juli 2018 bei der Beklagten durchführen, nachdem ihr mit Schreiben des Kraftfahrtbundesamtes vom 13. April 2018 (Anlage K 14 Bl. 512 d.A.) mitgeteilt worden war, dass bei Nichtdurchführung der technischen Maßnahme zum 23. Juli 2018 eine Übermittlung der Daten an die zuständige örtliche Zulassungsbehörde erfolgen werde.
- 7 Hinsichtlich der weiteren Einzelheiten wird auf die erstinstanzlichen Feststellungen Bezug genommen.
- 8 Ergänzend wird festgestellt: Die Klägerin zahlte zunächst für eine Neuwagen-Garantieverlängerung, dann ab Februar 2018 für eine Gebrauchtwagen-Garantieverlängerung bei der Volkswagen Versicherung AG Versicherungsbeiträge in Höhe von 1.116,80 € netto für den Zeitraum 27. Februar 2016 bis 27. Februar 2018, in Höhe von 396,64 € netto für den Zeitraum 27. Februar 2018 bis 27. Februar 2019 und in Höhe von 276,69 € netto für den Zeitraum 27. Februar 2019 bis September 2019. Auf die Anlagen K 15 bis K 17 (Bl. 685 ff. d.A.) wird verwiesen. Für das Auswechseln von Bremscheiben vorne und hinten entstanden der Klägerin im Juli 2018 Kosten in Höhe von 896,39 € netto, für eine Inspektion und die Montage von Winterrädern im Oktober 2018 Kosten in Höhe von 415,28 € netto, für den Erwerb eines Satzes Ganzjahresreifen, deren Aufziehen, Auswuchten und Montage im April 2019 Kosten in Höhe von 442,07 € netto und für die Haupt- und Abgasuntersuchung im Juni 2019 Kosten in Höhe von 136,90 € netto. Auf die Anlage K 18 bis K 21 (Bl. 697 ff. d.A.) wird verwiesen. Das Fahrzeug wies zum Zeitpunkt der mündlichen Verhandlung vor dem Senat einen Tachometerstand von 130.516 km auf.
- 9 Die Klägerin hat die Beklagte erstinstanzlich auf Rückzahlung des Kaufpreises nebst Zinsen Zug um Zug gegen Rückgabe des Fahrzeuges abzüglich einer noch zu beziffernden Nutzungsschädigung, auf Feststellung des Annahmeverzuges spätestens seit dem 4. April 2017 sowie auf Zahlung der für das anwaltliche Schreiben vom 23. März 2017 entstandenen vorgerichtlichen Rechtsanwaltskosten in Anspruch genommen. Das Landgericht hat die Klage abgewiesen. Insoweit wird auf die Entscheidungsgründe des erstinstanzlichen Urteils verwiesen.
- 10 Mit ihrer Berufung verfolgt die Klägerin ihr erstinstanzliches Begehren weiter. Sie hat ihren erstinstanzlichen Prozessbevollmächtigten den Streit verkündet; diese sind dem Rechtsstreit auf Seiten der Klägerin beigetreten. Die Klägerin verlangt nunmehr zudem Erstattung der ihr entstandenen Prämien für die Garantieverlängerung in Höhe von insgesamt 1.790,13 € netto sowie der Wartungs-, Reparatur- und Anschaffungskosten in Höhe von insgesamt 1.890,64 € netto. Insoweit wird auf den am 6. September 2019 zugestellten Schriftsatz vom 3. September 2019 (Bl. 604 ff. d.A.) und auf den am 16. September 2019 zugestellten Schriftsatz vom 13. September 2019 (Bl. 715 ff. d.A.) Bezug genommen. Hinsichtlich der Einzelheiten ihres Berufungsvorbringens wird zudem auf die Schriftsätze vom 20. Juni 2019 (Bl. 514 ff. d.A.), vom 3. September 2019 (Bl. 604 ff. d.A.) und 17. September 2019 (Bl. 776 ff. d.A.) Bezug genommen. Hinsichtlich des Vorbringens der Nebenintervenientin wird auf den Schriftsatz vom 11. September 2019 (Bl. 632 ff. d.A.) Bezug genommen.
- 11 Die Klägerin hat zuletzt beantragt,
- 12 unter Aufhebung des am 27.08.2018 verkündeten Urteils des Landgerichtes Lübeck, Az 17 O 17/18,

- 13 1. die Beklagte zu verurteilen, an die Klägerin € 34.270,77 nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz
- 14 - aus € 30.590,00 seit dem 4. April 2017
- 15 - aus € 3.680,77 seit Rechtshängigkeit,
- 16 Zug um Zug gegen Rückgabe des Pkw Touran Comfortline 1,6 l TDI „Blue Motion Technologie“ mit der Fahrgestellnummer ... abzüglich einer noch zu beziffernden Nutzungsentschädigung zu zahlen;
- 17 2. festzustellen, dass sich die Beklagte spätestens seit dem 4. April 2017 mit der Rücknahme des im Klagantrag zu 1. bezeichneten Gegenstands in Annahmeverzug befindet;
- 18 3. die Beklagte zu verurteilen, an die Klägerin vorgerichtliche Rechtsanwaltskosten in Höhe von € 1.427,00 nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 4. April 2017 zu zahlen.
- 19 Die Nebenintervenientin schließt sich den Berufungsanträgen der Klägerin an.
- 20 Die Beklagte beantragt,
- 21 die Berufung zurückzuweisen.
- 22 Sie verteidigt die erstinstanzliche Entscheidung. Hinsichtlich der nunmehr verlangten weiteren Kosten meint die Beklagte, dass eine Klageänderung vorliege, der sie widerspreche. Der neue Vortrag sei unzulässig; die Klägerin habe keine Tatsachen bezeichnet, aufgrund derer das neue Vorbringen gemäß § 531 Abs. 2 ZPO zuzulassen wäre. Der Vortrag, wonach die Garantieverlängerung Mängel aus dem Software-Update ausschließe, sei unzutreffend, unsubstantiiert und nicht einlassungsfähig. Hinsichtlich der Einzelheiten des Berufungsvorbringens der Beklagten wird auf die Schriftsätze vom 20. August 2019 (Bl. 572 ff. d.A.) und vom 16. September 2019 (Bl. 747 ff. d.A.) Bezug genommen.
- 23 Mit nicht nachgelassenem Schriftsatz vom 23. September 2019 (Bl. 797 ff. d.A.) beantragt die Klägerin vorsorglich, ihr nachzulassen, im Hinblick auf die Prämien der Garantieverlängerung zum Vorliegen und zur Höhe einer Bereicherung im Sinne von § 347 Abs. 2 Satz 2 BGB vorzutragen.
- II.**
- 24 Die zulässige Berufung der Klägerin hat überwiegend Erfolg. Die Klägerin hat einen Anspruch gegen die Beklagte auf Rückzahlung des Kaufpreises sowie auf Zahlung eines Teils der geltend gemachten Nebenforderungen. Der Anspruch ist Zug-um-Zug gegen Rückübereignung des Fahrzeuges und Zahlung einer Nutzungsentschädigung zu erfüllen. Zudem besteht ein Anspruch auf Feststellung des Annahmeverzuges.
- 25 1. Die Klägerin kann gemäß § 346 Abs. 1 BGB von der Beklagten Rückzahlung des Kaufpreises in Höhe von 30.590 € nebst Verzugszinsen verlangen. Sie ist mit dem Schreiben ihres Rechtsanwalts vom 14. Dezember 2016 wirksam von dem am 28. November 2013 mit der Beklagten geschlossenen Kaufvertrag zurückgetreten.
- 26 a) Das kaufrechtliche Gewährleistungsrecht ist anwendbar. Die Parteien haben wirksam einen Kaufvertrag über das streitgegenständliche Fahrzeug geschlossen, das die Beklagte der Klägerin übergeben hat. Ob der Kaufvertrag infolge der von der Klägerin erklärten Anfechtung wegen arglistiger Täuschung gemäß § 142 Abs. 1 BGB als nichtig anzusehen ist, kann dahinstehen. Die Klägerin hat sich hierauf – in zulässiger Weise (vgl. Palandt/Ellenberger, BGB, 78. Aufl., § 143 Rn. 2) – nur hilfsweise zu den Ansprüchen aus dem vertraglichen Gewährleistungsrecht berufen.
- 27 Entgegen der Ansicht der Streithelferin ist der Kaufvertrag nicht gemäß § 134 BGB nichtig. Es kann dahin stehen, ob in dem Abschluss des Kaufvertrages ein Verstoß gegen das Verbot des § 27 Abs. 1 EG-FGV zu sehen ist, wonach neue Fahrzeuge im Inland zur Verwendung im Straßenverkehr nur dann angeboten, veräußert oder in Verkehr gebracht werden dürfen, wenn die für

sie nach der Richtlinie 2007/46 vorgeschriebene Übereinstimmungsbescheinigung vorhanden ist. Für die nach § 134 BGB gebotene Abwägung ist wesentlich, ob sich das betreffende Verbot an alle Beteiligten des Rechtsgeschäfts richtet, das verhindert werden soll, oder ob es nur eine Partei bindet. Richtet sich das Verbot allein gegen eine Partei, kann in der Regel angenommen werden, dass das verbotswidrige Geschäft Wirkungen entfalten soll. Etwas anderes kommt nur in Betracht, wenn dem Verbot ein Zweck zugrunde liegt, der gleichwohl die Nichtigkeit des ganzen Rechtsgeschäfts erfordert (BGH, Urteil vom 14. Dezember 1999 – X ZR 34/98, BGHZ 143, 283 – juris Rn. 18).

- 28 Die Vorschrift des § 27 Abs. 1 EG-FGV richtet sich in allen Varianten des Feilbietens, Veräußerns und Inverkehrbringens einseitig an den Verkäufer. Der Verstoß hiergegen erfordert nicht die Unwirksamkeit des Kaufvertrages über das betreffende Fahrzeug. Um den Zweck des § 27 EG-FGV zu erreichen, hat der Ordnungsgeber den Verstoß bereits als Ordnungswidrigkeit sanktioniert (§ 37 Abs. 1 EG-FGV) und dem Kraftfahrtbundesamt in § 25 EG-FGV diverse Möglichkeiten zur Sicherstellung einer dem genehmigten Typ entsprechenden Produktion bereitgestellt. Deshalb bedarf es keiner zusätzlichen zivilrechtlichen Sanktionswirkung in Form der Nichtigkeit des Kaufvertrags. Eine solche stünde auch einem effektiv ausgerichteten Käuferschutz entgegen, weil sie dem Fahrzeugkäufer die kaufvertraglichen Gewährleistungsrechte nehmen und ihn stattdessen auf die bereicherungsrechtlichen Vorschriften verweisen würde. Eine solche Schlechterstellung des Fahrzeugkäufers ist nach dem Schutzzweck des § 27 EG-FGV nicht geboten (OLG Hamburg, Urteil vom 21. Dezember 2018 – 11 U 55/18, juris Rn. 69 f. mwN; OLG Karlsruhe, Urteil vom 18. Juli 2019 – 17 U 160/18, WM 2019, 1510, 1512).
- 29 b) Im Zeitpunkt der Rücktrittserklärung vom 14. Dezember 2016 lag ein Rücktrittsgrund im Sinne von § 437 Nr. 2, § 323 Abs. 1 BGB vor.
- 30 aa) Das streitgegenständliche Fahrzeug war im Zeitpunkt der Übergabe im Februar 2014 mangelhaft im Sinne des § 434 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 BGB. Es eignete sich nicht zur gewöhnlichen Verwendung im Straßenverkehr, da es werkseitig mit einer unzulässigen Abschalteneinrichtung versehen war, aufgrund derer die Gefahr einer Betriebsuntersagung durch die für die Zulassung zum Straßenverkehr zuständige Zulassungsbehörde bestand, (vgl. BGH, Beschluss vom 8. Januar 2019 – VIII ZR 225/17, NJW 2019, 1133 Rn. 4 ff.).
- 31 bb) Die Klägerin hat die Beklagte gemäß § 437 Nr. 2, § 323 Abs. 1, § 439 Abs. 1 BGB erfolglos zur Nacherfüllung binnen einer angemessenen Frist aufgefordert.
- 32 Unstreitig rügte die Klägerin mit Schreiben vom 20. Oktober 2015 unter Bezugnahme auf Medienberichte und ihr anlässlich eines Werkstattbesuchs gegebene Erklärungen die Mangelhaftigkeit des Fahrzeuges wegen der unzulässigen Abschalteneinrichtung und forderte die Beklagte auf, diesen Mangel zu beseitigen. Ob die dabei von der Beklagten gesetzte Frist bis zum 20. November 2015 angemessen war, kann dahin stehen. Nach dem Willen des Gesetzgebers schadet das Setzen einer zu kurzen Frist nicht. Dem Verkäufer steht regelmäßig diejenige Frist zur Verfügung, die nach den Umständen des Einzelfalls unter Berücksichtigung der beiderseitigen Interessen angemessen erscheint (vgl. Entwurf eines Gesetzes zur Modernisierung des Schuldrechts - Begründung zu § 281 BGB-E, BT-Drucks. 14/6040 S. 138).
- 33 Eine längere Zeitspanne als die bis zur Rücktrittserklärung vom 14. Dezember 2016 vergangenen fast 14 Monate erscheint auch im Hinblick auf die Vielzahl der von der Abgasproblematik betroffenen Fahrzeuge und die technischen Anforderungen an die Abhilfemaßnahme, die seitens der Volkswagen AG mit dem Kraftfahrtbundesamt abzustimmen war, unter den konkreten Umständen des Streitfalls als nicht mehr angemessen. Sie würde das Recht der Beklagten zur zweiten Andienung einseitig zu Lasten der Klägerin ausweiten, obwohl die Gesetzesmaterialien zur Neuregelung des kaufrechtlichen Gewährleistungsrechts keinen Anhaltspunkt dafür geben, dass die Einführung eines Nacherfüllungsanspruchs das Rücktrittsrecht des Käufers erschweren sollte. Vielmehr ging der Gesetzgeber davon aus, mit dem Vorrang der Nacherfüllung vor dem Rücktritt den Interessen des Verkäufers und den Erwartungen des Käufers gleichermaßen Rechnung zu tragen, weil nach beiden bei Lieferung einer fehlerhaften Sache Nacherfüllungsansprüche im Vordergrund stünden (vgl. Begründung zu § 437 BGB-E, aaO S. 220 f.). Denn der dem Verkäufer mit der Nacherfüllung gegebenen letzten Chance, den mit der Rückabwicklung des Vertrags verbundenen wirtschaftlichen Nachteil abzuwenden, entspricht die im Interesse des Käufers liegende Möglichkeit, durch eine fristgerechte Nachbesserung oder Neulieferung noch dasjenige zu erhalten, was er vertraglich zu beanspruchen hat (vgl. Begründung zu §

437 BGB-E, aaO S. 221). Dieser Gleichlauf der beiderseitigen Interessen von Verkäufer und Käufer, den der Gesetzgeber bei Einführung des Vorrangs der Nacherfüllung vorausgesetzt hat, wäre gestört, müsste sich der Käufer – wie hier – über einen Zeitraum von mehr als 12 Monaten nach seinem Nacherfüllungsverlangen nur deshalb am Vertrag festhalten lassen, damit sich der Verkäufer überhaupt erst in die Lage versetzen kann, seiner bereits mit Vertragsschluss übernommenen Beschaffungspflicht gerecht zu werden. Dies stünde auch nicht in Einklang damit, dass mit der Nacherfüllung nach der gesetzgeberischen Konzeption der Schuldrechtsreform lediglich eine *nachträgliche Erfüllung* der Verkäuferpflichten aus § 433 Abs. 1 Satz 2 BGB durchgesetzt werden sollte (vgl. BGH, Urteil vom 17. Oktober 2012 – VIII ZR 226/11, BGHZ 195, 135 Rn. 24). Deshalb hat der Gesetzgeber – zu § 281 BGB – betont, dass es die Frist zur Nacherfüllung dem Schuldner, der noch nichts zur Erbringung der Leistung unternommen hat, nicht ermöglichen muss, die Leistung erst anzufangen und zu erbringen; da dieser seiner ursprünglichen Leistungspflicht nicht hinreichend entsprochen hat, könnten von ihm jetzt auch größere Anstrengungen und damit schnelleres Handeln erwartet werden (Begründung zu § 281 BGB-E, BT-Drucks. 14/6040 S. 138). Ob die Beklagte im Streitfall an dem Unterbleiben der Mangelbeseitigung in der bis zur Rücktrittserklärung verstrichenen Zeit ein eigenes Verschulden trifft, ist unerheblich. Für das Entstehen des Rücktrittsrechts ist entscheidend, dass eine angemessene Frist nach Aufforderung zur Nacherfüllung verstreicht, ohne dass die Nacherfüllung erfolgreich vorgenommen wurde (vgl. Begründung zu § 437 BGB-E, aaO S. 223). Der Klägerin war ein weiteres Abwarten auch nicht zumutbar, da im Zeitpunkt der Rücktrittserklärung keine hinreichenden Anhaltspunkte dafür bestanden, dass die Beklagte die Mangelhaftigkeit des Fahrzeuges in überschaubarer Zeit überhaupt erfolgreich würde beheben können. Hierbei ist zu berücksichtigen, dass die Käuferin auf ihr Nacherfüllungsverlangen und ihr weiteres Schreiben vom 16. Dezember 2015 außer allgemein gehaltenen Standardschreiben der Beklagten unter Übernahme von Formulierungen der Volkswagen AG keine konkreten Informationen dazu erhielt, zu welchem Zeitpunkt eine Abhilfe für ihr Fahrzeug erfolgen wird und ob die beabsichtigten Maßnahmen auch eine ordnungsgemäße Mängelbeseitigung bewirken werden; der Bitte der Klägerin um Mitteilung der Werte zum Zwecke einer eigenständigen sachverständigen Nachprüfung seitens der Klägerin war die Beklagte nicht nachgekommen. Noch Mitte Dezember 2016 war das streitgegenständliche Fahrzeug nicht unter den im Schreiben vom 16. Dezember 2016 (Anlage K 10.4) mitgeteilten Fahrzeugtypen, für welche die Beklagte auf eine Abstimmung mit dem Kraftfahrtbundesamt hinwies. Die von der Klägerin mit dem Schreiben vom 16. Dezember 2015 alternativ zu technischen Maßnahmen vorgeschlagene Lieferung eines Neufahrzeuges hatte die Beklagte hingegen abgelehnt.

- 34 cc) Die vertraglichen Gewährleistungsrechte der Klägerin sind nicht gemäß § 377 Abs. 3 HGB ausgeschlossen. Die Klägerin hat der Beklagten mit ihrem Schreiben vom 20. Oktober 2015 den Mangel des Fahrzeuges unverzüglich nach dessen Entdeckung angezeigt. Für die Rechtzeitigkeit ist nicht allein daran anzuknüpfen, dass Ende September 2015 erstmals über die Problematik der Abgasmanipulation in der Presse berichtet wurde. Der bloße Verdacht der Mangelhaftigkeit reicht für eine Entdeckung im Sinne der Norm nicht aus. Die Klägerin durfte zunächst nachprüfen und untersuchen lassen, ob diese Berichte ernsthaft und glaubhaft sind und auch ihr Fahrzeug betreffen (vgl. BeckOK-HGB/Schwartz, Stand 15. Juli 2019, § 377 Rn. 47 und 49 mwN). Ihrer Mangelanzeige lässt sich entnehmen, dass die Klägerin tatsächlich anlässlich eines Werkstattbesuchs mit den dortigen Mitarbeitern über den Verdacht einer Abgasmanipulation auch bei ihrem Fahrzeug gesprochen hatte. Unter diesen Umständen erfolgte die Mangelanzeige vom 20. Oktober 2015 ohne schuldhaftes Zögern.
- 35 dd) Das Rücktrittsrecht der Klägerin ist nicht nach § 437 Nr. 2 Fall 2, § 323 Abs. 5 Satz 2 BGB wegen einer Unerheblichkeit des Mangels ausgeschlossen.
- 36 (1) Im Ausgangspunkt zutreffend ist das Landgericht davon ausgegangen, dass die Rechtsprechung bei behebbaren Mängeln auf das Verhältnis zwischen dem für die Mängelbeseitigung erforderlichen Aufwand und dem vereinbarten Kaufpreis abstellt und eine Erheblichkeit des Mangels in der Regel erst annimmt, wenn der Mängelbeseitigungsaufwand mehr als 5 % des Kaufpreises beträgt (vgl. nur BGH, Urteil vom 28. Mai 2014 – VIII ZR 94/13, BGHZ 201, 290 ff.). Wird der – bestrittene – Vortrag der Beklagten als wahr unterstellt, überschreiten die Kosten für die eigentliche Durchführung des Softwareupdates am Fahrzeug diese Schwelle nicht, die im Streitfall ausgehend von einem Kaufpreis in Höhe von 30.590 € brutto 1.520,50 € beträgt. Die Beklagte behauptet, das Aufspielen selbst dauere weniger als eine Stunde, der Aufwand für die technische Überarbeitung am Fahrzeug der Klägerin liege deutlich unter 100 €. Das Landgericht hat auch den beim Hersteller des Fahrzeuges für die Entwicklung und Bereitstellung des Soft-

wareupdates entstehenden Aufwand, ohne diesen betragsmäßig einzugrenzen, herangezogen und in seine Schätzung einbezogen.

- 37 (2) Allerdings schließt diese Rechtsprechung es nicht aus, bei Vorliegen besonderer Umstände – wie hier – auch bei einem geringeren Aufwand von einem mehr als nur geringfügigen Mangel auszugehen. Denn bei der in Literatur und Rechtsprechung entwickelten Erheblichkeitsschwelle handelt es sich gerade nicht um eine starre und in jedem Fall allein maßgebliche Schwelle. § 323 Abs. 5 Satz 2 BGB verlangt eine umfassende Abwägung der Interessen des Verkäufers und des Käufers auf der Grundlage aller Umstände des konkreten Einzelfalls (BGH, Urteil vom 28. Mai 2014, aaO Rn. 16 und 38; vom 26. Oktober 2016 – VIII ZR 240/15, NJW 2017, 153 Rn. 27). Der Regelung liegt die gesetzgeberische Wertung zugrunde, dass bei einer nur unerheblichen Pflichtverletzung das Interesse des Schuldners am Fortbestand des Vertrages ausnahmsweise das Interesse des Gläubigers an einer Rückabwicklung überwiege, weil dieses bei nur geringfügigen Vertragsstörungen in der Regel gering sei, während der Schuldner durch eine Rückabwicklung anders als durch eine Minderung des Kaufpreises oder durch die Geltendmachung des kleinen Schadensersatzes oft erheblich belastet werde (BGH, Urteil vom 24. März 2006 – V ZR 173/05, BGHZ 167, 19 Rn. 13; vom 28. Mai 2014 Rn. 31 ff. unter Verweis auf Begründung zu § 323 BGB-E BT-Drucks. 14/6040, S. 187). Nur wenn – wie die Gesetzesbegründung formuliert (aaO) – „das Leistungsinteresse des Gläubigers im Grunde nicht gestört ist“, soll § 323 Abs. 5 Satz 2 BGB zur Wahrung des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit die Rückabwicklung des Vertrages ausgeschlossen und der Gläubiger ausnahmsweise trotz Vorliegens eines Sachmangels am Vertrag festgehalten werden (BGH, Urteil vom 28. Mai 2014, aaO Rn. 33, 37). Der Bundesgerichtshof hat mit der Akzeptanz der Erheblichkeitsschwelle von fünf Prozent das Erfordernis der Interessenabwägung und Einzelfallwürdigung auch bei behebbaren Mängeln nicht abbedungen. Im Gegenteil hat er ausdrücklich hervorgehoben, dass die Schwelle – da auf den Regelfall abstellend – flexibel sein soll und in eine Interessenabwägung und Würdigung der Einzelfallumstände einzubetten ist (BGH, Urteil vom 28. Mai 2014, aaO Rn. 38; vgl. auch BGH, Urteil vom 26. Oktober 2016, aaO Rn. 27 ff., wo eine Geringfügigkeit trotz eines Mängelbeseitigungsaufwandes von nur 3,5 % des Kaufpreises infolge der Sicherheitsrelevanz nicht angenommen wurde). Es geht bei der Erheblichkeitsschwelle von fünf Prozent um eine typisierende Betrachtung und einen Orientierungswert für den sachgerechten Ausgleich der beiderseitigen Interessen (vgl. BGH, Urteil vom 28. Mai 2014, aaO Rn. 38).
- 38 Nach diesem Maßstab wies das Fahrzeug in dem für die Bewertung der Unerheblichkeit maßgeblichen Zeitpunkt der Rücktrittserklärung (vgl. BGH, Urteil vom 28. Mai 2014, aaO Rn. 16; Beschluss vom 4. Februar 2016 – IX ZR 133/15, ZIP 2016, 624 Rn. 2) einen Mangel auf, bei dem nicht mehr angenommen werden kann, das Leistungsinteresse der Klägerin sei im Grunde nicht gestört. Der Beklagten war es bis dahin nicht gelungen, die mehr als ein Jahr zuvor gerügte Mangelhaftigkeit des Fahrzeuges zu beseitigen. Vielmehr war, wie bereits im Zusammenhang mit der Bemessung der Nacherfüllungsfrist ausgeführt, in diesem Zeitpunkt aus Sicht der Klägerin völlig offen, ob, auf welche Weise und innerhalb welchen zeitlichen Rahmens die Beklagte die weiterhin drohende Betriebsuntersagung und Stilllegung des Fahrzeuges überhaupt würde abwenden können. Dass anschließend Ende 2016 bzw. Anfang 2017, mithin nach Erklärung des Rücktritts und entgegen der Mitteilung der Beklagten an den Rechtsanwalt der Klägerin vom 16. Dezember 2016 (Anlage K 10.4), in welcher das klägerische Fahrzeug nicht bei den Fahrzeugentypen aufgeführt war, für die bereits Abhilfemaßnahmen verfügbar waren, auch für das Fahrzeug der Klägerin eine vom Kraftfahrtbundesamt gebilligte technische Abhilfemöglichkeit zur Verfügung stand und die für diese aufzuwendenden Kosten unterhalb der 5%-Schwelle bleiben, ist unter diesen Umständen nicht maßgeblich. Selbst für die Anwendung der Erheblichkeitsschwelle von fünf Prozent hat der Bundesgerichtshof auf die Beurteilung anhand der im Zeitpunkt der Rücktrittserklärung vorliegenden Erkenntnisse abgestellt und erst nachträglich gewonnene Erkenntnisse nicht herangezogen (vgl. BGH, Urteil vom 6. Februar 2013 – VIII ZR 374/11, NJW 2013, 1365 Rn. 18; vom 26. Oktober 2016, aaO Rn. 29).
- 39 c) Der Rücktrittsgrund bzw. das Rücktrittsrecht ist nicht deshalb entfallen, weil die Beklagte am 18. Juli 2018 das von der Volkswagen AG bereit gestellte Softwareupdate durchgeführt hat. Insofern kann offen bleiben, ob es sich hierbei um eine geeignete Maßnahme zur Wiederherstellung im Sinne des Bescheides des Kraftfahrtbundesamtes vom 15. Oktober 2015 bzw. um eine ordnungsgemäße Mängelbeseitigung im Sinne des § 439 Abs. 1 BGB gehandelt hat oder ob das Softwareupdate andere – nachteilige – Veränderungen am Fahrzeug der Klägerin mit sich bringt.

In keinem dieser Fälle steht die Durchführung des Softwareupdates einem Festhalten der Klägerin an dem erklärten Rücktritt entgegen.

- 40 aa) Grundsätzlich berührt ein nachträgliches Entfallen der Rücktrittsvoraussetzungen die durch die Rücktrittserklärung bewirkte Umgestaltung des Kaufvertrages in ein Rückabwicklungs-schuldverhältnis und die durch den Rücktritt erlangte Rechtsposition des Käufers nicht. Das Rücktrittsrecht ist ein Gestaltungsrecht, das durch die Rücktrittserklärung als einseitige empfangsbedürftige Willenserklärung ausgeübt wird (Palandt/Grüneberg, 78. Aufl., § 346 Rn. 1; BeckOGK-BGB/Schall, Stand 1. August 2019, § 346 Rn. 128). Es kommt deshalb darauf an, ob – wie hier – im Zeitpunkt der Rücktrittserklärung bzw. des Zugangs der Erklärung beim Vertragspartner die Voraussetzungen des Gestaltungsrechts vorgelegen haben. Der den Rücktritt Erklärende muss in diesem Zeitpunkt zur Vornahme der einseitigen rechtsgeschäftlichen Regelung mittels Rücktrittserklärung berechtigt gewesen sein (RGRK-BGB/Ballhaus, 12. Aufl., § 346 Rn. 7; Flu-me, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, Zweiter Band, 4. Aufl., S. 137; Staudinger/Kaiser, BGB, 2012, § 349 Rn. 1; vgl. auch Beckmann, WM 2006, 952, 954). Dementsprechend stellt die Rechtsprechung etwa für die Frage der Unerheblichkeit der Pflichtverletzung auf den Zeitpunkt der Rücktrittserklärung ab und misst nachträglichen Erkenntnisse keine Bedeutung hierfür bei (vgl. BGH, Urteil vom 15. Juni 2011 – VIII ZR 139/09, NJW 2011, 3708 Rn. 9; vom 28. Mai 2014, aaO Rn. 16; Beschluss vom 4. Februar 2016 – IX ZR 133/15, ZIP 2016, 624 Rn. 2).
- 41 Veränderungen bei den Rücktrittsvoraussetzungen, die nach der Erklärung des Rücktritts eintreten, können sich aber über Treu und Glauben (§ 242 BGB) auswirken. Im Hinblick auf eine nach der Rücktrittserklärung vorgenommene Mangelbeseitigung wird das Festhalten des Käufers an dem wirksam erklärten Rücktritt jedenfalls dann als treuwidrig angesehen, wenn die Mängelbeseitigung mit seiner Zustimmung erfolgt ist; eine bloß widerspruchslose Hinnahme der Reparatur (BGH, Urteil vom 5. November 2008 – VIII ZR 166/07, NJW 2009, 508 Rn. 23) oder eines allein der Feststellung der Mangelursache dienenden Teilaustausches durch den Sachverständigen (BGH, Urteil vom 26. Oktober 2016 – VIII ZR 240/15, NJW 2017, 153 Rn. 31 f.) kann allerdings ein Einverständnis des Käufers nicht begründen, welches das Festhalten am Rücktritt treuwidrig erscheinen lässt (BGH, Urteil vom 24. Oktober 2018 – VIII ZR 66/17, NJW 2019, 292 Rn. 54 f. zum Aufspielen einer aktualisierten Fahrzeugsoftware anlässlich einer Inspektion). Auch eine vorübergehende Wiedereingebrauchnahme des Fahrzeuges durch den Käufer nach durchgeführter Begutachtung steht einem Festhalten am Rücktritt nicht entgegen (BGH, Urteil vom 26. Oktober 2016, aaO Rn. 32).
- 42 bb) Nach diesem Maßstab ist das Festhalten der Klägerin an ihrem Rückabwicklungsbegehren nicht treuwidrig. Ihrem Verhalten kann keine Zustimmung zu einer Nachbesserung durch das Softwareupdate im Sinne der vorgenannten Rechtsprechung entnommen werden. Zwar ist die Durchführung des Updates aus Sicht der Beklagten und auch inhaltlich auf eine Mängelbeseitigung im Sinne des § 439 BGB gerichtet gewesen. Sie bezweckte und bewirkte wohl auch den weiteren Erhalt der Betriebserlaubnis und damit die gewöhnliche Verwendbarkeit des klägerischen Fahrzeuges (vgl. in diesem Sinne KG, Beschluss vom 30. April 2019 – 21 U 49/18, juris Rn. 22). Allerdings hatte die Klägerin lange vor der Durchführung und wiederholt den Rücktritt erklärt und in der Zeit danach unter Hinweis auf die von ihr begehrte Rückabwicklung gegenüber der Beklagten die Durchführung des Softwareupdates abgelehnt. Für die Beklagte war hierdurch erkennbar geworden, dass die Klägerin kein Interesse mehr an einer Mangelbeseitigung an dem Fahrzeug in irgendeiner Form hatte. Dass die Klägerin ihr Fahrzeug letztlich am 18. Juli 2018 und damit mehr als 1,5 Jahre nach dem Rücktritt zur Beklagten gegeben hat, beruht allein darauf, dass anderenfalls die sofortige Stilllegung des Fahrzeuges gedroht hätte. In diesem Sinne hat sich der Geschäftsführer der Klägerin in seiner Anhörung vor dem Landgericht erklärt. Zudem wurde die Klägerin unstreitig mit dem als Anlage K 14 eingereichten Schreiben des Kraftfahrtbundesamtes vom 13. April 2018 entsprechend aufgefordert.
- 43 d) Die Klägerin kann gemäß § 346 Abs. 1 BGB Rückzahlung des Gesamtkaufpreises in Höhe von 30.590 € brutto verlangen. Dieser Betrag ist gemäß § 346 Abs. 4, § 280 Abs. 1 und 2, § 286 Abs. 1 Satz 1, § 288 Abs. 1 BGB antragsgemäß jedenfalls seit dem 4. April 2017 zu verzinsen. Die Beklagte schuldete die Rückzahlung aufgrund des am 14. Dezember 2016 erklärten Rücktritts. Die ausstehende Zahlung wurde mit Schreiben vom 23. März 2017 unter Fristsetzung bis zum 3. April 2017 angemahnt (§ 187 Abs. 1 BGB entsprechend).

- 44 2. Die Klägerin hat einen Anspruch auf Ersatz der geltend gemachten Kostenpositionen in Höhe von insgesamt 3.211,69 €.
- 45 a) Allerdings kann sie Ersatz der vorgerichtlichen Rechtsanwaltskosten in Höhe von 1.427 € netto, die ihr für das anwaltliche Schreiben vom 23. März 2017 entstanden sind, nicht verlangen. Es kann dahin stehen, ob die Beklagte insoweit dem Grunde nach gemäß § 437 Nr. 3, § 280 Abs. 1 BGB auf Schadensersatz haftet, was neben einer Pflichtverletzung ihr Verschulden voraussetzen würde. Die als Schaden geltend gemachten Anwaltskosten sind nicht ersatzfähig. Sie sind der Klägerin nur deshalb entstanden, weil sie – nachdem bereits ein erster Rechtsanwalt für sie am 14. Dezember 2016 den Rücktritt vom Kaufvertrag erklärt hatte – für die erneute Rücktrittserklärung und Zahlungsaufforderung mit Schreiben vom 23. März 2017 einen neuen Rechtsanwalt beauftragte. Die Einschaltung eines weiteren Rechtsanwalts war indes nicht erforderlich; die Klägerin hat hiermit jedenfalls gegen ihre Schadensminderungspflicht gemäß § 254 Abs. 2 BGB verstoßen. Der Klägerin war zu diesem Zeitpunkt wegen des Schreibens vom 16. Dezember 2016 (Anlage K 10.4) und der wiederholten Hinweise der Beklagten auf das zur Verfügung stehende Softwareupdate bekannt, dass die Beklagte eine Rückabwicklung des Fahrzeuges ablehnte. Insoweit versprach die Beauftragung eines Rechtsanwalts mit der nochmaligen Erklärung des Rücktritts und dem Setzen einer Zahlungsfrist von vornherein keinen Erfolg.
- 46 b) Die Klägerin kann allerdings in Höhe von insgesamt 3.211,69 € Ersatz der erstmals im Berufungsrechtszug geltend gemachten Kosten für Wartungs- und Reparaturarbeiten sowie fahrzeugbezogenen Aufwendungen verlangen.
- 47 aa) Die damit verbundene Klageerweiterung ist zulässig. Es handelt sich zwar nicht um eine stets zulässige Klageänderung im Sinne des § 264 Nr. 2 ZPO, da die Klägerin einen neuen Lebenssachverhalt in den Rechtsstreit einführt. Allerdings ist die Klageänderung sachdienlich im Sinne von § 263 Fall 2, § 533 Nr. 1 ZPO. Es entspricht der Prozesswirtschaftlichkeit, die mit dem streitgegenständlichen Fahrzeug zusammenhängenden und auf der Rückabwicklung des Kaufvertrages aufbauenden Ersatzansprüche in diesem Rechtsstreit mitzuentcheiden. Die insoweit vorgetragenen neuen Tatsachen sind vom Senat seiner Verhandlung und Entscheidung über die Berufung im Sinne von § 529 Abs. 1 Nr. 1 ZPO zugrunde zu legen (§ 533 Nr. 2 ZPO). Denn zwischen den Parteien sind die insoweit entscheidungserheblichen Tatsachen unstreitig, insbesondere, dass der Klägerin die geltend gemachten Aufwendungen dem Grunde und der Höhe nach entstanden sind. Die Beklagte bestreitet allein den Vortrag der Klägerin, wonach die Garantieverlängerung Mängel aus dem Softwareupdate ausschließe. Im Übrigen rügt sie unter Verweis auf § 520 Abs. 3 Nr. 4 ZPO unterbliebenen Vortrag der Klägerin zur Zulassung nach § 531 Abs. 2 ZPO. Die zuletzt genannte Norm knüpft zwar eine Zulassung neuer Angriffs- und Verteidigungsmittel an bestimmte Voraussetzungen. Sie betrifft aber nur streitiges und damit beweisbedürftiges Vorbringen (grundlegend BGH, Beschluss vom 23. Juni 2008 – GZS 1/08, BGHZ 177, 212 Rn. 10 ff; vgl. auch Beschluss vom 9. Oktober 2014 – V ZB 225/12, NJW-RR 2015, 465 Rn. 8; vom 27. Oktober 2015 – VIII ZR 288/14, juris Rn. 11).
- 48 bb) Als notwendige Verwendungen sind von der Beklagten gemäß § 347 Abs. 2 Satz 1 BGB zu ersetzen die Wartungs- und Reparaturkosten in Höhe von insgesamt 1.890,64 € für die Erneuerung von Bremsscheiben, die Inspektion, Montage der Winterräder, den Erwerb und das Aufziehen der Ganzjahresreifen, die Hauptuntersuchung und die Abgasuntersuchung, welche die Klägerin mit Schriftsatz vom 13. September 2019 geltend macht.
- 49 cc) Die Klägerin kann auch Ersatz der von ihr gezahlten Prämien für die Verlängerung der Neuwagengarantie bei der Volkswagen AG verlangen, allerdings nur für die Zeit von Mitte Dezember 2016 bis einschließlich September 2019 in Höhe von 1.321,05 €. Insoweit handelt es sich um einen Verzögerungsschaden, den die Beklagte gemäß § 346 Abs. 4, § 280 Abs. 1 und 2, § 286 Abs. 1 BGB zu ersetzen hat. Denn diese hat sich wegen der am 16. Dezember 2016 erklärten Ablehnung einer Rückabwicklung des Kaufvertrages in Verzug mit der Rücknahme des Fahrzeuges befunden.
- 50 Die in dieser Zeit von der Klägerin aufgewandten Prämien sind eine adäquate Schadensfolge der abgelehnten Fahrzeugrücknahme. Sie sind auch ersatzfähig. Die Rechtsprechung stellt für die Ersatzfähigkeit von Prämien, die ein Unfallgeschädigter für die Freistellung durch eine Vollkaskoversicherung des Unfallersatzfahrzeugs aufwendet, auf ein erhöhtes wirtschaftliches Risiko des Schadensersatzgläubigers ab (vgl. etwa BGH, Urteil vom 25. Oktober 2005 – VI ZR 9/05,

NJW 2006, 360 Rn. 12; OLG Köln, Urteil vom 10. November 2016 – I-15 U 59/16, juris Rn. 20 ff.). Diese Überlegungen sind auf den vorliegenden Fall übertragbar. Die Klägerin befand sich in dem Zeitpunkt, zu dem sie sich für eine Verlängerung der Herstellergarantie entschied, in einer länger andauernden streitigen Auseinandersetzung mit der Beklagten, die sich auf Mängel des erworbenen Fahrzeuges bezog und hinsichtlich deren Ursächlichkeit und Beseitigung die Beklagte auf die Herstellerin des Fahrzeuges verwies. In dieser rechtlich unklaren Situation war die Klägerin einem erhöhten wirtschaftlichen Risiko im Hinblick auf ihre Ansprüche wegen der Mangelhaftigkeit des Fahrzeuges ausgesetzt, dessen Absicherung die Verlängerung der unstreitig alle Mängel in Werkstoff und Werkarbeit umfassenden Herstellergarantie zu einem angemessenen Preis diente.

- 51 Die Klägerin hat seit Februar 2016 Prämien in Höhe von insgesamt 1.790,13 € netto aufgewandt; die noch im Schriftsatz vom 3. September 2019 genannten höheren Beträge waren die Bruttoprämien. Von diesen unstreitigen Prämienzahlungen entfielen auf die Zeit ab Mitte Dezember 2016
- 52
- | | |
|--|-----------------|
| - für 27. Februar 2016 bis 27. Februar 2018
gezahlte 1.116,80 € : 25 Monate = 44,67 € mtl.
Ergibt für Mitte Dezember 2016 bis
Ende Februar 2018 = | 647,72 € |
| - für 27. Februar 2018 bis 27. Februar 2019 = | 396,64 € |
| - seit Februar 2019 bis zum Schriftsatz
vom 13. September 2019 = | <u>276,69 €</u> |
| Insgesamt | 1.321,05 € |
- 53 Für den davor liegenden Zeitraum kann die Klägerin Ersatz der anteiligen Prämienzahlungen in Höhe von 469,08 € nicht verlangen. Eine Anspruchsgrundlage ist insoweit nicht ersichtlich. Prämien für eine Garantieverlängerung sind keine notwendigen Verwendungen im Sinne des § 347 Abs. 2 Satz 1 BGB, da sie nicht zur Erhaltung oder ordnungsgemäßen Bewirtschaftung des Fahrzeuges nach objektiven Maßstäben zur Zeit der Vornahme erforderlich waren. Sie sind – anders als die Klägerin meint – eben keine vorweg verauslagten Reparaturkosten und deshalb nach anderen Maßstäben als angefallene Reparaturkosten zu bewerten. Sie können im Streitfall auch nicht als Aufwendungsersatz nach § 437 Nr. 3 Fall 2, § 284 BGB verlangt werden. Neben einem Verschulden der Beklagten hinsichtlich der Mangelhaftigkeit des Fahrzeuges fehlt es daran, dass die Prämienzahlungen für die bereits abgelaufenen Zeiträume nicht infolge der Pflichtverletzung vergeblich im Sinne von nutzlos für die Klägerin waren. Vielmehr dienten sie – ähnlich einer Versicherungsprämie – für den Zeitraum, für den sie gezahlt wurden, der Absicherung der Klägerin gegen das wirtschaftliche Risiko eines Schadensfalls; dieser Zweck wurde erfüllt. Deshalb bewirken sie auch keine nach Ablauf des betreffenden Zeitraums verbleibende Bereicherung, die dem Fahrzeug bei Rückgabe noch anhaftet und zu einem Ersatzanspruch nach § 347 Abs. 2 Satz 2 BGB führen könnte. Der Klägerin ist insoweit nicht Gelegenheit zu ergänzendem Sachvortrag zur Höhe einer Bereicherung zu geben.
- 54 dd) Diese Nebenforderungen sind antragsgemäß seit ihrer jeweiligen Rechtshängigkeit zu verzinsen (§§ 291, 288 Abs. 1 BGB, § 187 Abs. 1 BGB entsprechend), die im Schriftsatz vom 3. September 2019 geltend gemachten Prämien für die Garantieverlängerung in Höhe von 1.321,05 € seit dem 7. September 2019, die im Schriftsatz vom 13. September 2019 geltend gemachten fahrzeugbezogenen Wartungs-, Reparatur- und Anschaffungskosten in Höhe von 1.890,64 € seit dem 17. September 2019.
- 55 3. Die Klägerin hat zudem einen Anspruch auf Feststellung des Annahmeverzuges jedenfalls mit Wirkung zum Ablauf der im Schreiben vom 23. März 2017 gesetzten Frist (§ 308 Abs. 1 ZPO). Die Voraussetzungen des Annahmeverzuges liegen vor. Die Beklagte ist im Rahmen der Rückabwicklung des Kaufvertrages zur Rücknahme des Fahrzeuges verpflichtet. Sie hat das ihr seitens der Klägerin mit der Rücktrittserklärung vom 14. Dezember 2016 und nochmals mit Schreiben vom 23. März 2017 zur Abholung angebotene Fahrzeug nicht zurückgenommen. Das an die Beklagte gerichtete wörtliche Angebot zur Abholung war gemäß § 295 BGB ausreichend, da die Beklagte eine Rückabwicklung des Kaufvertrages ablehnt. Anders als die Beklagte meint, steht dem nicht entgegen, dass die Klägerin nicht ausdrücklich auch die Rückgabe von Fahrzeugpapieren, Serviceheft, sämtlichen Schlüsseln und mitverkauften Gegenständen wie Winterreifen angeboten hat. Nach dem objektiven Empfängerhorizont richtete sich das Angebot der Klägerin

auch hierauf. Die Angabe eines bestimmten Tages zur Abholung war gleichfalls nicht erforderlich.

- 56 4. Die Ansprüche der Klägerin sind nicht verjährt. Zum Zeitpunkt der Rücktrittserklärung am 14. Dezember 2016 war der Nacherfüllungsanspruch der Klägerin nach § 437 Nr. 1, § 439 BGB noch nicht verjährt (vgl. § 438 Abs. 4 Satz 1, § 218 BGB). Da die Lieferung des gekauften Fahrzeuges im Februar 2014 erfolgte, begann die zweijährige Verjährungsfrist des § 438 Abs. 1 Nr. 3, Abs. 2 BGB im Februar 2014 zu laufen und endete im Laufe des Februars 2016. Zuvor hatte die Beklagte jedoch mit Schreiben vom 29. Oktober 2015 auf die Einrede der Verjährung bis Ende des Jahres 2016 verzichtet. Die Ansprüche aus dem Rückgewährschuldverhältnis, das durch den wirksamen Rücktritt vom 14. Dezember 2016 entstanden ist, verjähren innerhalb der regelmäßigen Verjährungsfrist des § 195 BGB. Durch die Erhebung der Klage im Mai 2017 ist der weitere Lauf der Verjährungsfrist gehemmt (§ 204 Abs. 1 Nr. 1 BGB).
- 57 5. Die Beklagte ist zur Zahlung allerdings gemäß § 348 Satz 1 BGB nur Zug-um-Zug gegen Rückübereignung des Fahrzeuges durch die Klägerin und gegen Zahlung eines Wertersatzes für die seitens der Klägerin gezogenen Nutzungen verpflichtet. Sie hat sich auf den ihr gemäß § 346 Abs. 1, Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 BGB zustehenden Wertersatz berufen.
- 58 Die Ansicht der Klägerin, eine Verpflichtung zum Wertersatz für gezogene Nutzungen bestehe nur bei einem mangelfreien Fahrzeug, trifft nicht zu. Das kaufrechtliche Gewährleistungsrecht, das ein gesetzliches Rücktrittsrecht des Käufers vorsieht, setzt gerade die Mangelhaftigkeit der Kaufsache voraus. Ob deshalb generell bei der Berechnung des Nutzungsersatzes nur der wegen des Mangels geminderte Bruttokaufpreis zugrunde zu legen ist (vgl. die Nachweise bei Staudinger/Kaiser, BGB, 2012, § 346 Rn. 258), kann offen bleiben. Im Streitfall rechtfertigt der zum Rücktritt führende Mangel – die latent drohende Betriebsuntersagung, nicht etwa eine besonders starke Beeinträchtigung etwa des Fahrkomforts (vgl. OLG Karlsruhe, Urteil vom 7. März 2003 – 14 U 154/01, juris Rn. 27) – jedenfalls keine Kürzung der Nutzungsentschädigung unter diesem Gesichtspunkt.
- 59 Bei Kraftfahrzeugen wird die Höhe des Wertersatzes gemäß § 287 ZPO auf der Grundlage einer in der Rechtsprechung entwickelten Formel berechnet, indem der vereinbarte Bruttokaufpreis zugrunde gelegt und auf die Nutzungsdauer umgerechnet wird. Die Gebrauchsvorteile werden mit dem Teil des Kaufpreises gleichgesetzt, der der Dauer der tatsächlichen Nutzung im Verhältnis zur vertraglich vorausgesetzten Nutzungszeit entspricht (vgl. BGH, Urteil vom 9. April 2014 - VIII ZR 215/13, NJW 2014, 2435 Rn. 6 und 11 f.; Beschluss vom 9. Dezember 2014 – VIII ZR 196/14 Rn. 3; Staudinger/Kaiser, aaO Rn. 255). Das ergibt im Streitfall ausgehend von einem Kilometerstand des Fahrzeuges im Zeitpunkt der mündlichen Verhandlung vor dem Senat in Höhe von 130.516 km und einer vom Senat unter Berücksichtigung des Fahrzeugtyps und der Motorgröße gemäß § 287 ZPO auf 250.000 km geschätzten Gesamtleistung einen Nutzungswertersatz in Höhe von 15.969,94 €.

III.

- 60 Die Kostenentscheidung beruht auf § 92 Abs. 1 Satz 1 Fall 2, § 101 Abs. 1 ZPO und berücksichtigt das Verhältnis von Obsiegen und Unterliegen der Parteien. Insoweit ist zu berücksichtigen, dass die Klägerin die der Beklagten zu zahlende Nutzungsentschädigung bei ihrem Klagebegehren nicht berücksichtigt, sondern - da sie das Bestehen einer solchen Verpflichtung gänzlich in Abrede stellte - Rückzahlung des vollen Kaufpreises verlangt hat. Der Ausspruch zur vorläufigen Vollstreckbarkeit beruht auf §§ 708 Nr. 10 Satz 1, 711 ZPO.
- 61 Die Revision ist zuzulassen. Die entscheidungserheblichen Fragen zur Bemessung der Frist zur Nacherfüllung und zu den Auswirkungen des Softwareupdates auf den erklärten Rücktritt sind für die Fälle der Abgasmanipulation an Dieselfahrzeugen noch nicht höchstrichterlich geklärt und werden von den Obergerichten unterschiedlich beantwortet.

