OLG München, Endurteil v. 27.10.2021 – 7 U 4412/19

Titel:

Rücktritt von Kaufvertrag über vom Diesel-Abgasskandal betroffenes Fahrzeug

Normenketten:

BGB § 123, § 134, § 166 Abs. 1, Abs. 2, § 242, § 278, § 280 Abs. 1, § 323, § 346 Abs. 1, § 349, § 434 Abs. 1 S. 2 Nr. 2, § 437 Nr. 2, § 440

ZPO § 256 Abs. 1, § 287

EG-FGV § 27

Leitsätze:

1. Eine in die Motorsteuerungssoftware werkseitig implementierte unzulässige Abschalteinrichtung stellt einen Sachmangel dar, da der Käufer – jedenfalls bis zum Aufspielen des Software-Updates – jederzeit damit rechnen muss, das Fahrzeug aufgrund behördlicher Anordnung – häufig sogar unter Anordnung der sofortigen Vollziehung – nicht mehr im öffentlichen Straßenverkehr nutzen zu dürfen. (Rn. 49) (redaktioneller Leitsatz)

2. Selbst wenn die Kosten des Software-Updates nur einen Bruchteil des Kaufpreises ausmachen, ist dieser Sachmangel nicht unerheblich, da ein wesentlicher Qualitätsaspekt des Kaufgegenstandes betroffen ist, der dazu führt, dass den betroffenen Käufern der Entzug der Betriebserlaubnis ihres Fahrzeugs droht. (Rn. 53) (redaktioneller Leitsatz)

3. Unter Berücksichtigung der Parteiinteressen ist eine angemessene Frist zur Nachbesserung nicht solange zu bemessen, wie die Herstellerin benötigt, um eine neue Software zu entwickeln und diese durch das Genehmigungsverfahren zu bringen; vielmehr genügt eine vierwöchige Nachbesserungsfrist. (Rn. 56 – 57) (redaktioneller Leitsatz)

4. Ein Käufer ist unter dem Gesichtspunkt treuwidrigen Verhaltens gehindert, an der durch ein wirksam ausgeübtes Rücktrittsrecht erlangten Rechtsposition festzuhalten, sofern er mit einer nach der Rücktrittserklärung durchgeführten Mängelbeseitigung durch das Software-Update einverstanden gewesen und dadurch eine vollständige Mangelbehebung eingetreten ist. (Rn. 61) (redaktioneller Leitsatz)

Schlagworte:

Diesel-Abgasskandal, EA 189, Motorsteuerungssoftware, unzulässige Abschalteinrichtung, Sachmangel, Entzug der Betriebserlaubnis, Software-Update, Frist zur Nachbesserung, Rücktrittserklärung, vollständige Mangelbehebung

Vorinstanz:

LG München I, Endurteil vom 08.08.2019 – 20 O 4293/17

Tenor

1. Auf die Berufung des Klägers wird das Endurteil des Landgerichts München I vom 08.08.2019, Az. 20 O 4293/17, in Ziffer 1 wie folgt abgeändert:

1. Die Beklagte wird verurteilt, an den Kläger 15.869,68 € nebst Zinsen hieraus in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit 29.03.2017 zu bezahlen Zug-um-Zug gegen Herausgabe des Fahrzeugs VW Golf Plus 1.6 TDI DPF, …233 an die Beklagte.

2. Die Beklagte wird verurteilt, an den Kläger weitere 1.757,38 € zu zahlen.

2. Im Übrigen bleibt die Klage abgewiesen und wird die Berufung des Klägers zurückgewiesen.

3. Von den Kosten des Rechtsstreits tragen der Kläger 33%, die Beklagte 67%.

4. Das Urteil ist ohne Sicherheitsleistung vorläufig vollstreckbar.

5. Die Revision gegen dieses Urteil wird nicht zugelassen.

Beschluss

Der Streitwert wird für das Berufungsverfahren auf 26.448,44 € festgesetzt.

Entscheidungsgründe

A.

1
Die Parteien streiten um die Rückabwicklung eines zwischen ihnen geschlossenen Kaufvertrages über ein vom sogenannten „Dieselskandal“ betroffenes Fahrzeug.

2
Der Kläger bestellte am 08.11.2014 bei der Beklagten den gebrauchten Pkw VW Golf Plus 1,6 TDI Life Xenon (Fahrzeug-Ident-Nr. …233) zum Preis von 20.248,00 € brutto (vgl. Anl. K 1). Die Beklagte, eine 100prozentige Tochter des Fahrzeugherstellers, erteilte dem Kläger mit Schreiben vom 10.11.2014 (Anl. K 2) eine Auftragsbestätigung. Im Fahrzeug ist ein Motor EA 189, Schadstoffklasse Euro 5 verbaut. Das Fahrzeug wies bei Abschluss des Kaufvertrags einen Kilometerstand von 8.391 auf. Es wurde dem Kläger am 14.11.2014 übergeben. Der Kaufpreis wurde vom Kläger bezahlt. Die Beklagte nahm den Altwagen des Klägers in Zahlung und rechnete dem Kläger dafür einen Betrag von 8.500,00 € auf den Kaufpreis an.

3
Die im Zusammenhang mit dem Motor EA 189 verwendete Software erkennt, ob das Fahrzeug auf einem Prüfstand dem Neuen Europäischen Fahrzyklus (NEFZ) unterzogen wird und schaltet in diesem Fall in den Abgasrückführungsmodus 1, einen Stickoxid (NOx)-optimierten Modus. In diesem Modus findet eine Abgasrückführung mit niedrigem Stickoxidausstoß statt. Im normalen Fahrbetrieb außerhalb des Prüfstands schaltet der Motor dagegen in den Abgasrückführungsmodus 0, bei dem die Abgasrückführungsrate geringer und der Stickoxidausstoß höher ist. Für die Erteilung der Typgenehmigung der Emissionsklasse Euro 5 maßgeblich war der Stickoxidausstoß auf dem Prüfstand. Die Stickoxidgrenzwerte der Euro 5-Norm wurden nur im Abgasrückführungsmodus 1 eingehalten.

4
Mit Schreiben vom 10.10.2015 laut Anl. K 19 beanstandete der Kläger gegenüber der Beklagten die im Fahrzeug verwendete Motorsteuerungssoftware und forderte die Beklagte auf, den Mangel unverzüglich und ohne sonstige, verbleibende Einschränkungen zu beseitigen. Die Beklagte räumte daraufhin mit Schreiben vom 14.10.2015 laut Anl. K 20 ein, dass das streitgegenständliche Fahrzeug mit der vom Kläger gerügten Motorsteuerungssoftware ausgestattet sei und erklärte, dass VW mit Hochdruck an einer technischen Lösung arbeite. Sobald eine technische Lösung seitens Volkswagen vorliege, werde der Kläger über die weiteren Schritte in einem separaten Schreiben informiert.

5
Mit Schriftsatz seines Prozessbevollmächtigten vom 02.06.2016 (laut Anl. K 6) focht der Kläger den Kaufvertrag über das streitgegenständliche Fahrzeug an und setzte der Beklagten eine Frist zur Mängelbeseitigung bis 30.06.2016.

6
Nachdem die Beklagte bis 30.06.2016 den Mangel nicht beseitigt hatte, erklärte der Kläger mit Schriftsatz seines Prozessbevollmächtigten vom 18.07.2016 (Anl. K 7) den Rücktritt vom Kaufvertrag.

7
Der Kläger ließ an dem Fahrzeug zwei Inspektionen sowie eine DEKRA-Hauptuntersuchung durchführen, wodurch ihm Kosten in Höhe von insgesamt 614,56 € entstanden. Weitere Kosten in Höhe von insgesamt 1.682,18 € entstanden dem Kläger durch den Einbau einer Geschwindigkeitsregelanlage (350,00 €), den Kauf und Montage von Reifen (184,78 €), die Abholung des Pkws (168,90 €), die Erteilung eines Kurzzeitkennzeichens (100,00 €), die Anmeldung des Fahrzeugs (72,50 €) sowie den Abschluss einer Garantieversicherung (806,00 €).

8
Durch die vorgerichtliche Einschaltung des Klägervertreters entstanden dem Kläger außergerichtliche Kosten in Höhe von insgesamt 1.430,38 € brutto.

9

Mit Schreiben vom 02.06.2017 (Anl. B 6) teilte die Beklagte dem Kläger mit, dass nunmehr die für das technische Update des Fahrzeugs notwendige Software der Beklagten zur Verfügung stehe und das Motorsteuergerät umprogrammiert werden könne.

10
Das Software-Update wurde im April 2019 aufgespielt. In diesem Monat wurde auch eine Hauptuntersuchung an dem Fahrzeug durchgeführt (vgl. Protokoll der mündlichen Verhandlung vor dem Landgericht vom 22.05.2019, S. 2, Bl. 157 d.A.).

11
Der Kläger behauptete, die in das streitgegenständliche Fahrzeug von der VW AG eingebaute Abschalteinrichtung sei unzulässig. Die Beklagte müsse sich als 100prozentige Tochtergesellschaft der VW AG diese Täuschung durch den Hersteller zurechnen lassen, sodass der Kläger zur Anfechtung des Kaufvertrages berechtigt sei. Jedenfalls sei ihr aufgrund der von ihr selbst vorgenommenen umfassenden Wartungs-, Reparatur- und Prüfarbeiten an den Fahrzeugen die Täuschung bekannt gewesen.

12
Selbst wenn aber die Voraussetzungen einer Anfechtung verneint werden sollten, so habe der Kläger jedenfalls wirksam den Rücktritt vom Kaufvertrag erklärt. Denn das Fahrzeug sei aufgrund der von der VW AG eingebauten unzulässigen Motorsteuerungssoftware mangelhaft.

13
Eine Nachbesserung sei ihm unzumutbar gewesen, da auch nach erfolgter Nachbesserung ein berechtigter Verdacht bestehe, dass erhebliche Mängel verblieben. Im Übrigen sei das Vertrauensverhältnis des Klägers zur Marke VW nachhaltig gestört.

14
In jedem Fall sei aber auch eine angemessene Frist zur Nachbesserung bereits verstrichen. Eine Nachbesserungsfrist von mehr als sechs Wochen oder mehr als zwei Monaten sei als Verstoß gegen die in § 308 Nr. 2 BGB getroffene gesetzgeberische Wertung grundsätzlich unzulässig.

15
Die Beklagte habe die aus den vom Kläger an sie bezahlten Kaufpreis gezogenen Nutzungen in Höhe von 5% des um die vom Kläger durch die Nutzung des Pkws erzielten Vorteile in Höhe von 1.728,44 € geminderten Bruttokaufpreises seit 14.11.2014 herauszugeben.

16
Darüber hinaus habe der Kläger Anspruch gegen die Beklagte auf Erstattung der von ihm hinsichtlich des Fahrzeugs vorgenommenen Aufwendungen.

17
Der Kläger beantragte daher:

I. Die Beklagte wird verurteilt

a. an die Klagepartei 18.519,56 € nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz aus 18.519,56 € seit 14.11.2014 zu bezahlen.

hilfsweise für den Fall, dass gerichtlicherseits von einem Rücktritt statt von einer Anfechtung ausgegangen wird

b. an die Klagepartei 18.519,56 € Zug-um-Zug gegen Herausgabe des Fahrzeugs VW Golf Plus 1.6 TDI DPF, …233 nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit 19.07.2016 zu bezahlen.

II. Die Beklagte wird verurteilt,

a. an die Klagepartei gezogene Nutzungen in Höhe von 5% aus einem Betrag von 18.519,56 € seit 14.11.2014 zu bezahlen.

b. an die Klagepartei 614,56 € nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit Rechtshängigkeit zu bezahlen.

c. an die Klagepartei 1.682,18 € nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit Rechtshängigkeit zu bezahlen.

III. Es wird festgestellt, dass sich die Beklagte seit 19.06.2016 in Annahmeverzug befindet.

IV. Es wird festgestellt, dass die Beklagte verpflichtet ist, sämtliche Kosten der Rückgabe des gegenständlichen Fahrzeugs zu tragen.

V. Die Beklagte wird verurteilt, an die Klagepartei außergerichtliche Rechtsanwaltskosten in Höhe von 1.430,38 € nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit Rechtshängigkeit zu bezahlen.

18
Die Beklagte beantragt

Klageabweisung.

19
Die Beklagte erwiderte, dass sie den Kläger nicht getäuscht habe. Die Beklagte habe nämlich selbst erst durch die mediale Berichterstattung im September 2015 und damit lange nach Abschluss des Kaufvertrages von der verbauten Software erfahren. Eine etwaige (von der Beklagten im Übrigen bestrittene) Täuschung durch VW sei der Beklagten deshalb auch nicht zuzurechnen, da die VW AG im Verhältnis zur Beklagten Dritter iSd. § 123 Abs. 2 BGB sei. Denn die VW AG und die Beklagte seien rechtlich voneinander unabhängige juristische Personen.

20
Die Beklagte behauptet des Weiteren, dass das Fahrzeug trotz der verwendeten Motorsteuerungssoftware mangelfrei sei. Es sei technisch sicher und bleibe hinter keinem Sicherheitsstandard zurück. Es sei auch uneingeschränkt gebrauchstauglich. Die EG-Typengenehmigung sei unverändert wirksam.

21
Der Kläger könne sich auch schon deshalb nicht vom Vertrag lösen, weil die von ihm der Beklagten gesetzte vierwöchige Nachbesserungsfrist zu knapp bemessen gewesen sei. Denn die Beklagte hätte die Nachbesserung in Form des Software-Updates erst nach Bereitstellung eines solchen Software-Updates durch die VW AG und nach Freigabe dieser technischen Lösung durch das Kraftfahrtbundesamt in einem aufwändigen Verfahren, auf das weder die VW AG noch die Beklagte Einfluss hätten, vornehmen können.

22
Durch die zu knappe Fristsetzung sei auch keine angemessene Frist in Lauf gesetzt worden, da sich der Kläger bei der Fristsetzung unredlich verhalten habe. Ihm sei nämlich klar gewesen, dass aufgrund der oben genannten Umstände eine Nachbesserung innerhalb der von ihm gesetzten vierwöchigen Frist von der Beklagten niemals hätte erfolgen können, sodass die Nachbesserungsfrist tatsächlich nur zum Schein gesetzt worden sei.

23
Im Übrigen scheide ein Rücktritt des Klägers auch schon wegen der Unerheblichkeit des unterstellten Mangels aus. Schließlich habe sich der Kläger der ihm angebotenen Nachbesserung verweigert, sodass deshalb ein Rücktritt nach § 323 Abs. 6 BGB ausgeschlossen sei.

24
Hinsichtlich von der Beklagten ersparter Zinsen könne nur auf den Nettokaufpreis abgestellt werden und sei die Inzahlungnahme des Altwagens des Klägers durch die Beklagte zu berücksichtigen. Darüber hinaus dürfe für die Zinsersparnis nicht ausschließlich auf den vom Kläger erhaltenen Kaufpreis abgestellt werden, sondern müsse auch der von der Beklagten für den streitgegenständlichen Pkw bezahlte Einkaufspreis in die Berechnung einbezogen werden. Dieser Einkaufspreis belaufe sich auf 22.218,23 € brutto.

25
Jedenfalls müsse sich der Kläger Nutzungsvorteile anrechnen lassen und wäre ein etwaiger Aufwendungsersatzanspruch des Klägers anteilig für den Zeitraum ab Nutzung des Fahrzeugs bis zur Rückgabe an die Beklagte zu kürzen.

26

Mit Endurteil vom 08.08.2019, Az. 20 O 4293/17, wies das Landgericht München I die Klage ab. Der Kläger habe schon nicht substanziiert dargelegt, dass die Beklagte zum Zeitpunkt des Abschlusses des Kaufvertrages Kenntnis von der unzulässigen Abschalteinrichtung gehabt habe, sodass ein Anspruch aus § 812 Abs. 1 S. 1 BGB, 123 Abs. 1, 142 BGB wegen arglistiger Täuschung des Klägers ausscheide.

27
Ein Rückgewähranspruch des Klägers nach § 346 Abs. 1 BGB aufgrund des von ihm erklärten Rücktritts vom Kaufvertrag bestehe nicht, da das streitgegenständliche Fahrzeug zwar wegen der verwendeten unzulässigen Abschalteinrichtung einen Sachmangel iSd. § 434 Abs. 1 BGB aufgewiesen habe. Der Sachmangel sei jedoch durch das im April 2019 aufgespielte Software-Update behoben worden. Bereits vor der Erklärung des Rücktritts am 18.07.2016 sei dem Kläger auch bereits das Update angeboten worden, sodass zum Rücktrittszeitpunkt „letztlich kein mangelhaftes Fahrzeug mehr vor(gelegen)“ habe (LGU S. 6)

28
Im Übrigen wird gemäß § 540 Abs. 1 ZPO auf den Tatbestand und die Entscheidungsgründe des landgerichtlichen Urteils Bezug genommen.

29
Mit seiner Berufung verfolgt der Kläger unter Wiederholung und Vertiefung seines bisherigen Vortrags sein erstinstanzliches Klageziel weiter. Er rügt insbesondere, dass das Landgericht irrtümlicherweise davon ausgegangen sei, dass das Angebot der Beklagten, ein Software-Update aufzuspielen (Anl. B 6), vom 02.06.2016 datiere, während es tatsächlich erst am 02.06.2017 dem Kläger unterbreitet worden sei. Das Software-Update sei im Übrigen auch nicht zur Mangelbehebung geeignet.

30
Das Landgericht habe zu Unrecht, die Täuschung der VW AG nicht der Beklagten zugerechnet. Es sei auch nicht auf die zwischen der VW AG und der Beklagten bestehenden Gewinnabführungsverträge eingegangen.

31
Auch sei der Kaufvertrag nichtig, da er gegen ein gesetzliches Verbot, nämlich § 27 EG-FGV verstoße. Das Fahrzeug hätte nicht verkauft werden dürfen.

32
Am 26.10.2021 wies das streitgegenständliche Fahrzeug einen Kilometerstand von 71.447 km auf.

33
Der Kläger beantragt,

1. Das Urteil des LG München I, 20 O 4293/17 vom 08.08.2019, wird aufgehoben.

2. Die Beklagte wird verurteilt,

a. an die Klagepartei 17.169,85 € nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz aus 18.519,56 € seit 14.11.2014 zu bezahlen,

hilfsweise für den Fall, dass gerichtlicherseits von einem Rücktritt statt von einer Anfechtung ausgegangen wird,

b. an die Klagepartei 17.169,85 € Zug-um-Zug gegen Herausgabe des Fahrzeugs VW Golf Plus 1.6 TDI DPF, …233 nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit 19.07.2016 zu bezahlen.

3. Die Beklagte wird verurteilt,

a. an die Klagepartei gezogene Nutzungen in Höhe von 5% aus einem Betrag von 18.519,56 € seit 14.11.2014 zu bezahlen.

b. an die Klagepartei 614,56 € nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit Rechtshängigkeit zu bezahlen.

c. an die Klagepartei 1.682,18 € nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit Rechtshängigkeit zu bezahlen.

4. Es wird festgestellt, dass sich die Beklagte seit 19.06.2016 in Annahmeverzug befindet.

5. Es wird festgestellt, dass die Beklagte verpflichtet ist, sämtliche Kosten der Rückgabe des gegenständlichen Fahrzeugs zu tragen.

6. Die Beklagte wird verurteilt, an die Klagepartei außergerichtliche Rechtsanwaltskosten in Höhe von 1.430,38 € nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit Rechtshängigkeit zu bezahlen.

34
Die Beklagte beantragt,

die Berufung zurückzuweisen.

35
Der Senat hat am 27.10.2021 mündlich verhandelt. Auf das Protokoll der mündlichen Verhandlung vom 27.10.2021, die zwischen den Prozessbevollmächtigten gewechselten Schriftsätze und den übrigen Akteninhalt wird Bezug genommen.

B.

36
Die zulässige Berufung des Klägers ist nur insoweit begründet, als er in der Hauptsache Anspruch gegen die Beklagte auf Zahlung von 15.869,68 € hat Zug um Zug gegen Herausgabe des streitgegenständlichen Pkws an die Beklagte. Er hat darüber hinaus Anspruch gegen die Beklagte auf Herausgabe der von ihr aus dem vom Kläger erhaltenen Kaufpreis gezogenen Nutzungen. Im Übrigen bleibt die Berufung des Klägers ohne Erfolg.

I.

37
Zu Recht hat das Landgericht den klägerischen Hauptantrag (Ziffer I a des Klageantrags und Ziffer 2 a des Berufungsantrags), für unbegründet angesehen und angenommen, dass ein Anspruch des Klägers aus ungerechtfertigter Bereicherung nicht besteht. Denn der zugrunde liegende Kaufvertrag ist weder wegen Verstoßes gegen ein Verbotsgesetz im Sinne von § 134 BGB in Gestalt des § 27 EG-FGV noch infolge einer Anfechtung wegen einer der Beklagten zurechenbaren arglistigen Täuschung der VW AG nichtig.

38
1. Eine Nichtigkeit nach § 134 BGB scheidet aus, weil das streitgegenständliche Fahrzeug mit einer gültigen EG-Übereinstimmungsbescheinigung im Sinne der §§ 6, 27 EG-FGV versehen ist. Es ist nämlich insoweit von einem formellen Gültigkeitsbegriff auszugehen, sodass es allein darauf ankommt, ob die Bescheinigung durch den Hersteller unter Verwendung des vorgeschriebenen Formulars ausgestellt wurde, sie fälschungssicher und vollständig ist. Daran besteht vorliegend kein Zweifel; eine fehlerhafte Ausstellung wird von Klägerseite auch nicht vorgetragen. Die inhaltliche Richtigkeit ist dagegen Frage des Typgenehmigungsverfahrens.

39
Darüber hinaus ist § 27 EG-FGV auch kein Verbotsgesetz i.S.d. § 134 BGB. Selbst wenn man aber davon ausgehen sollte, dass dem so sei, so würde ein beim Verkauf des streitgegenständlichen Fahrzeugs an den Kläger erfolgter Verstoß gegen § 27 EG-FGV nicht zur Nichtigkeit des Kaufvertrages gemäß § 134 BGB führen.

40
§ 134 BGB beschränkt die Privatautonomie zum Schutz der allgemeinen gesetzlichen Werteordnung, indem Rechtsgeschäften, deren Inhalt gegen ein gesetzliches Verbot verstößt, die Wirksamkeit versagt wird, soweit dies nach Sinn und Zweck des jeweils konkret verletzten Verbotsgesetzes geboten ist. Richtet sich ein gesetzliches Verbot dabei an beide Parteien eines Rechtsgeschäfts, kann i.d.R. davon ausgegangen werden, dass das verbotswidrige Geschäft nichtig sein soll. Richtet sich das gesetzliche Verbot jedoch nur an eine Partei eines Rechtsgeschäfts, dann lässt ein Verstoß dagegen die Wirksamkeit des gleichwohl vorgenommenen Rechtsgeschäfts i.d.R. unberührt (vgl. BGH, Urteil vom 14.12.1999 - X ZR 34/98, Rdnr. 18) - es sei denn, dass es dem Sinn und Zweck des Verbotsgesetzes zuwiderliefe, die durch das

Rechtsgeschäft getroffene rechtliche Regelung hinzunehmen und bestehen zu lassen (BGH, Urteil vom 14.12.1999 - X ZR 34/98, Rdnr. 18).

41
§ 27 Abs. 1 EG-FGV richtet sich in allen Handlungsalternativen (Feilbieten, Veräußern und Inverkehrbringen) ausschließlich an den Verkäufer, nicht aber an den Käufer eines Kraftfahrzeugs, sodass von der Wirksamkeit eines unter Verstoß gegen die Vorschrift zustande gekommenen Kaufvertrages auszugehen ist.

42
Dem widersprechen auch nicht der Sinn und Zweck des § 27 EG-FGV, da die Sicherung der Übereinstimmung produzierter Fahrzeuge mit dem genehmigten Fahrzeugtyp durch die in § 25 EG-FGV vorgesehenen Maßnahmen - u.a. den Widerruf der erteilten Typgenehmigung - gewährleistet wird. Einer zusätzlichen zivilrechtlichen Sanktionswirkung in Form der Nichtigkeit von gegen § 27 EG-FGV verstoßenden Kaufverträgen bedarf es somit nicht.

43
Diese Rechtsfolge ist auch nicht aus Gründen des Käuferschutzes geboten. Denn würde der unter Verstoß gegen § 27 EG-FGV geschlossene Kaufvertrag als nichtig angesehen, würden dem Käufer die vertraglichen Gewährleistungsrechte der §§ 434 ff. BGB genommen; er wäre allein auf die abstrakt weniger vorteilhaften bereicherungsrechtlichen Vorschriften zu verweisen. Der Fahrzeugverkäufer würde außerdem in Bezug auf die kaufvertraglichen Verjährungsvorschriften schlechter gestellt. Das gebietet der Schutzzweck des § 27 EG-FGV nicht (vgl. OLG Hamm, Urteil vom 01.04. 2020 - I-30 U 33/19, Rdnrn 59 - 61).

44
2. Eine Anfechtung wegen arglistiger Täuschung durch die Beklagte hat das Landgericht ebenfalls zutreffend verneint, da es keine Anhaltspunkte gibt, dass die Beklagte bei Abschluss des Kaufvertrages im November 2014 von der von der VW AG in dem Fahrzeug implementierten unzulässigen Abschalteinrichtung überhaupt Kenntnis hatte und deshalb dem Kläger diesen Sachmangel arglistig verschwiegen hätte. Insoweit als der Kläger vorträgt, die Beklagte habe aufgrund der von ihr an den Fahrzeugen der VW AG selbst durchgeführten Wartungs-, Reparatur- und Prüfarbeiten Kenntnis von der Täuschung durch die VW AG gehabt (Schriftsatz des Klägervertreters vom 04.08.2017, S. 6, Bl. 104 d.A.), so ist dieser Vortrag - worauf bereits das Landgericht in seinem Urteil hingewiesen hat (LGU S. 4 letzter Absatz) - unsubstanziiert, da schon nicht ersichtlich ist, inwiefern bei Wartungs-, Reparatur- und Prüfarbeiten die Beklagte Kenntnis von der unzulässigen Abschalteinrichtung hätte erlangen müssen. Der Kläger hat auf die Feststellung des Landgerichts, sein Vortrag sei hinsichtlich der behaupteten Kenntnis der Beklagten von der unzulässigen Abschalteinrichtung unsubstanziiert, in der Berufungsbegründung auch nichts mehr weiter zur unmittelbaren Kenntnis der Beklagten vorgetragen, sondern nur zur Zurechnung des bei der VW AG vorhandenen Wissens abgestellt (vgl. Berufungsbegründungsschriftsatz S. 5, Bl. 195 d.A.), sodass weiterhin eine unmittelbare Kenntnis der Beklagten von der unzulässigen Abschalteinrichtung nicht substanziiert vorgetragen ist.

45
Die von der Berufung behauptete Zurechnung des bei der VW AG vorhandenen Wissens über die Verwendung der unzulässigen Abschalteinrichtung gem. § 166 Abs. 1 BGB scheidet aus, da sich die VW AG als Herstellerin des streitgegenständlichen Fahrzeugs einerseits und die Beklagte als juristisch selbstständige Personen gegenüberstehen. Etwaige Gewinnabführungsverträge zwischen der VW AG und der Beklagten ändern daran ebensowenig wie die Eigenschaft der Beklagten als 100prozentige Tochtergesellschaft der VW AG.

46
Auch kann eine Wissenszurechnung nicht über eine analoge Anwendung des § 166 Abs. 2 BGB begründet werden. Die Beklagte hat den Kaufvertrag im eigenen Namen und für eigene Rechnung abgeschlossen. Sie hatte keine „vertreterähnliche“ Position und war auch nicht „Verhandlungsbevollmächtigte“ der VW AG, sodass eine Situation, die mit einer Stellvertretung vergleichbar wäre, nicht vorlag.

47
Die VW AG als Vorlieferantin des Verkäufers ist auch nicht dessen Gehilfe bei der Erfüllung der Verkäuferpflichten gegenüber dem Käufer i.S.v. § 278 BGB. Ebenso wenig ist der Hersteller der Kaufsache

Erfüllungsgehilfe des Händlers, der die Sache an seinen Kunden verkauft hat (vgl. BGH, Urteil vom 02.04.2014 - VIII ZR 46/03, Rdnr. 31). Dementsprechend muss sich auch im Rahmen des § 123 BGB ein Automobilvertragshändler nicht das Wissen des Herstellers zurechnen lassen (vgl. OLG Hamm, Urteil vom 01. April 2020 - I-30 U 33/19, Rdnrn. 64 - 67).

II.

48
Der Kläger kann jedoch - entsprechend seines Hilfsantrags (Ziffer I b des Klageantrags und Ziffer 2 b des Berufungsantrags) - von der Beklagten nach §§ 346 Abs. 1, 349, 437 Nr. 2, 434 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2, 323 BGB die Rückabwicklung des zwischen ihnen am 10.11.2014 über das streitgegenständliche Fahrzeug geschlossenen Kaufvertrages verlangen, da im Zeitpunkt des Zugangs der Rücktrittserklärung des Klägers vom 18.07.2016 laut Anl. K 6 bei der Beklagten alle Rücktrittsvoraussetzungen vorlagen. Das erworbene Fahrzeug war mangelhaft, der Sachmangel erheblich und die vom Kläger gesetzte Nachbesserungsfrist ausreichend.

49
1. Das streitgegenständliche Fahrzeug war mangelhaft iSd. § 434 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 BGB, da es sich bei Übergabe an den Kläger aufgrund der verwendeten Motorsteuerungssoftware nicht für die gewöhnliche Verwendung eignete. Da in die Motorsteuerungssoftware werkseitig eine unzulässige Abschalteinrichtung implementiert war, bestand nämlich die Gefahr einer Betriebsuntersagung durch die für die Zulassung zum Straßenverkehr zuständige Zulassungsbehöre. Der Kläger als Käufer musste also - jedenfalls bis zum Aufspielen des Software-Updates - jederzeit damit rechnen, das Fahrzeug aufgrund behördlicher Anordnung - häufig sogar unter Anordnung der sofortigen Vollziehung - nicht mehr im öffentlichen Straßenverkehr nutzen zu dürfen (vgl. BGH, Urteil vom 21.07.2021 - VIII ZR 118/20, Rdnrn 28 - 41).

50
2. Der Rücktritt ist vorliegend entgegen der Ansicht der Beklagten auch nicht gemäß § 323 Abs. 5 S. 2 BGB ausgeschlossen, da der Sachmangel, mit dem das Fahrzeug behaftet ist, nicht unerheblich ist.

51
Ob ein Mangel und damit die Pflichtverletzung iSd. § 323 Abs. 5 S. 2 BGB als geringfügig anzusehen ist, beurteilt sich im Wege einer umfassenden Interessenabwägung (BGH, Urteil vom 26.10.2016 - VIII ZR 240/15, Rdnr. 27). Bei behebbaren Mängeln ist von einer Geringfügigkeit und damit von einer Unerheblichkeit in der Regel auszugehen, wenn die Kosten der Mangelbeseitigung im Verhältnis zum Kaufpreis geringfügig sind, was jedenfalls regelmäßig nicht mehr anzunehmen ist, wenn der Mangelbeseitigungsaufwand einen Betrag von fünf Prozent des Kaufpreises übersteigt. Bei unbehebbaren Mängeln ist regelmäßig auf das Ausmaß der Funktionsbeeinträchtigung abzustellen (BGH, Urteil vom 29.09.2021 - VIII ZR 111/20, Rdnr. 44). Für die Beurteilung, ob ein Mangel als geringfügig einzustufen ist und damit eine unerhebliche Pflichtverletzung im Sinne von § 323 Abs. 5 Satz 2 BGB vorliegt, ist der Zeitpunkt der Rücktrittserklärung maßgebend (BGH, Urteil vom 11.12.2019 - VIII ZR 361/18, Rdnr. 48).

52
Auch wenn dem für die Mängelbeseitigung erforderlichen Aufwand bei der Interessenabwägung eine besondere Bedeutung zukommt (BGH, Urteil vom 28.05.2014 - VIII ZR 94/13, Rdnr. 38), sind daneben jedoch auch sonstige Aspekte, wie zum Beispiel die Schwere des Verschuldens des Schuldners, zu berücksichtigen. Die Erheblichkeit wird in der Regel indiziert durch einen Verstoß gegen eine Beschaffenheitsvereinbarung, die Sicherheitsrelevanz des Mangels oder wenn der Mangel einen für den Kläger wesentlichen Qualitätsaspekt betrifft (Grüneberg in Palandt, BGB, 80. Auflage, München 2021, Rdnr. 32 zu § 323 BGB). Ein erheblicher Mangel liegt auch dann vor, wenn dieser für viele, wenn nicht gar für die meisten Interessenten ein Grund ist, vom Kauf Abstand zu nehmen (so BGH, Urteil vom 05.11.2008 - VIII ZR 166/07, Rdnr. 19).

53
Selbst wenn die Kosten des Software-Updates vorliegend nur einen Bruchteil des Kaufpreises ausmachen, kann es allein darauf nicht ankommen (BGH, Urteil vom 29.09.2021 - VIII ZR 111/20, Rdnr. 45). Vielmehr ist ein wesentlicher Qualitätsaspekt des streitgegenständlichen Kaufgegenstandes betroffen, der immerhin dazu führte, dass den betroffenen Käufern der Entzug der Betriebserlaubnis ihres Fahrzeugs drohte (vgl. BGH, Urteil vom 21.07.2021 - VIII ZR 118/20, Rdnr. 40). Da bei Erklärung des Rücktritts durch den Kläger

am 18.07.2016, d.h. zu dem für die Beurteilung der Erheblichkeit des Mangels allein maßgeblichen Zeitpunkt, unstreitig noch gar kein vom Kraftfahrtbundesamt freigegebenes Software-Update für das streitgegenständliche Fahrzeug verfügbar war, drohte jedenfalls zu diesem Zeitpunkt auch noch der Entzug der Betriebserlaubnis und war für den Kläger auch nicht zu beurteilen, ob das Software-Update überhaupt zu einer ordnungsgemäßen Nachbesserung führen würde. Ein Mangel, der die dauerhafte Nutzungsmöglichkeit des Fahrzeugs in Frage stellt und dessen Behebbarkeit noch nicht feststeht, kann aber nicht als unerheblich angesehen werden und ist für die meisten Kaufinteressenten ein Grund, Abstand von diesem zu nehmen (OLG Hamm, Urteil vom 01.04.2020 - I-30 U 33/19, Rdnrn. 98 - 100; ebenso OLG Nürnberg, Urteil vom 24.04.2018 - 6 U 409/17, Rdnrn 49 - 51; OLG Karlsruhe, Hinweisbeschluss vom 06.11.2018 - 17 U 4/18, Rdnrn 25 - 28; OLG Köln, Beschluss vom 12.03.2018 - I-27 U 13/17, Rdnrn 53 ff.).

54
3. Ob - wie von der Klägerseite behauptet - eine Fristsetzung zur Nachbesserung erforderlich war oder aufgrund eines gestörten Vertrauensverhältnisses des Klägers zur VW AG als Herstellerin des Fahrzeugs und gleichzeitiger Verantwortlicher für das Software-Update dem Kläger eine Nachbesserung unzumutbar iSd. § 323 Abs. 2 Nr. 3 BGB, § 440 BGB war (so etwa OLG Karlsruhe, Hinweisbeschluss vom 06.11.2018 - 17 U 4/18, Rdnrn 29 - 44 und OLG Hamm, Urteil vom 01.04.2020 - I-30 U 33/19, Rdnrn. 90 - 96; vgl. auch BGH, Urteil vom 29.09.2021 - VIII ZR 111/20, Rdnrn 22 ff.), kann offenbleiben, da die vom Kläger der Beklagten mit Schreiben seines Prozessbevollmächtigten vom 02.06.2016 gesetzte Nachbesserungsfrist bis 30.06.2016 angemessen war.

55
Durch die Setzung einer Nachfrist soll dem Schuldner eine letzte Gelegenheit zur Vertragserfüllung eröffnet werden. Die Nachfrist muss daher nicht so bemessen sein, dass der Schuldner die noch gar nicht begonnene Leistung erst anfangen und fertigstellen kann. Der Schuldner soll nur in die Lage versetzt werden, die bereits in Angriff genommene Leistung zu vollenden. Bei der Bestimmung der Angemessenheit der Nachbesserungsfrist sind sowohl die Umstände des konkreten Vertrages als auch die Interessen der beiden Vertragspartner zu berücksichtigen.

56
Zur Beseitigung des Sachmangels in Form der unzulässigen Abschalteinrichtung war - jedenfalls nach dem Vortrag der Beklagten - die Entwicklung einer neuen Motorsteuerungssoftware durch die Fahrzeugherstellerin erforderlich, die vor Aufspielung noch der Freigabe durch das Kraftfahrtbundesamt bedurfte. Unter Berücksichtigung der Parteiinteressen kann die Frist jedoch entgegen der fernliegenden Ausführungen der Beklagten nicht solange bemessen werden, wie die Herstellerin benötigt, um eine neue Software zu entwickeln und diese durch das Genehmigungsverfahren zu bringen. Denn der Käufer musste aufgrund der im Fahrzeug verwendeten unzulässigen Abschalteinrichtung jederzeit damit rechnen, es aufgrund behördlicher Anordnung - häufig sogar unter Androhung der sofortigen Vollziehung - nicht mehr im öffentlichen Straßenverkehr nutzen zu dürfen (vgl. BGH, Urteil vom 21.07.2021 - VIII ZR 118/20, Rdnr. 40). Er war daher dringend auf eine zeitnahe Beseitigung des Mangels angewiesen, um eine völlige Gebrauchsuntauglichkeit des Fahrzeugs zu verhindern. Die Beklagte hingegen hatte zwar auf die Mangelbeseitigung durch die Herstellerin keinen Einfluss, sie konnte jedoch einen ihr durch die Rückabwicklung des Kaufvertrages entstandenen etwaigen Schaden bei der Herstellerin regressieren, die auch - was offenkundig ist - ausreichend liquide war, um einen derartigen Schadensersatzanspruch der Beklagten zu erfüllen. Für das oben dargelegte dringende Bedürfnis des Klägers nach einer zeitnahen Mangelbeseitigung ist es auch unerheblich, auf welche Maßnahmen sich die Fahrzeugherstellerin mit dem Kraftfahrtbundesamt geeinigt hat. Auch spielt es keine Rolle, dass die VW AG aufgrund des jedenfalls bislang beispielslosen Umfangs ihrer Manipulationshandlungen zur Mangelbehebung bei der Vielzahl der betroffenen Fahrzeugtypen eine erhebliche Zeit bedurfte. Die drohende Stilllegung bleibt.

57
Im konkreten Fall war die gesetzte vierwöchige Frist bis zum 30.06.2016 aber auch schon deshalb ausreichend, weil der Kläger bereits mit Schreiben vom 10.10.2015 laut Anl. K 19 Nachbesserung verlangt hatte und die Beklagte ihm daraufhin wenige Tage später mit Schreiben vom 14.10.2015 laut Anl. K 20 mitgeteilt hatte, dass die VW AG mit Hochdruck an einer technischen Lösung arbeite. Bis zum Ablauf der Nachbesserungsfrist am 30.06.2016 hatte der Kläger der Beklagten damit faktisch bereits insgesamt neun Monate eingeräumt, um den Mangel zu beheben. Ein noch längerer Zeitraum (etwa gar bis Januar 2017, als das Software-Update für das Fahrzeug des Klägers zur Verfügung stand) war daher nicht veranlasst.

58
Entgegen der Ansicht der Beklagten war die Fristsetzung auch nicht aufgrund Rechtsmissbräuchlichkeit deshalb wirkungslos, weil der Kläger habe erkennen müssen, dass eine Nachbesserung niemals innerhalb der von ihm gesetzten Frist habe erfolgen können. Für den Kläger war - wenn nicht einmal die Beklagte gewusst haben will, wann eine geeignete Abhilfe verfügbar sein würde - schon gar nicht erkennbar, wie lange die VW AG zur Entwicklung und Freigabe des angekündigten Software-Updates für sein Fahrzeug benötigen würde. Deshalb konnte er schon deshalb nicht erkennen, dass eine Nachbesserung bis 30.06.2016 nicht möglich sein würde.

59
Nach alledem war der am 18.07.2016 erklärte Rücktritt vom Kaufvertrag wirksam.

60
4. Ein Rücktritt des Klägers ist auch nicht nach § 323 Abs. 6 BGB ausgeschlossen. Insbesondere hat sich der Kläger einer Nachbesserung nicht verweigert. So hat er schon in seinem Schreiben vom 10.10.2015 laut Anl. K 19 ausdrücklich Nachbesserung verlangt und diese keineswegs verweigert. Auch im Schreiben seines Prozessbevollmächtigten vom 02.06.2016 laut Anl. K 6, in dem die Nachfrist gesetzt wurde, verlangt der Kläger Nachbesserung. Da das Software-Update für das streitgegenständliche Fahrzeug unstreitig erst am 03.11.2016 durch das Kraftfahrtbundesamt freigegeben wurde (vgl. Anl. B 5), der Kläger hierüber erst mit Schreiben der VW AG vom 04.01.2017 informiert und die Beklagte erst mit Schreiben vom 02.06.2017 (Anl. B 6) an den Kläger herantrat, um einen Werkstatttermin zur Aufspielung des Software-Updates zu vereinbaren, die Nachfristsetzung und der Rücktritt durch den Kläger jedoch bereits im Juni und Juli 2016 erfolgt waren, gibt es für eine Nachbesserungsverweigerung des Klägers bis zur Abgabe der Rücktrittserklärung keine Anhaltspunkte.

61
5. Der Kläger wäre allerdings unter dem Gesichtspunkt treuwidrigen Verhaltens (§ 242 BGB) gehindert, an der durch das wirksam ausgeübte Rücktrittsrecht erlangten Rechtsposition festzuhalten, sofern er mit einer Mängelbeseitigung durch das Software-Update einverstanden gewesen und dadurch eine vollständige Mangelbehebung eingetreten wäre (vgl. BGH, Urteile vom 5. November 2008 - VIII ZR 166/07, Rdnr. 23 und vom 26. Oktober 2016 - VIII ZR 240/15, Rdnr. 31 f. jeweils zum Rücktritt und vom 24.10.2018 - VIII ZR 66/16, Rdnr. 54 zu einem Nacherfüllungsanspruch).

62
Eine derartige Treuwidrigkeit kommt jedoch nur in Betracht, wenn der Kläger freiwillig in das Software-Update einwilligte. Da jedoch - gerichtsbekannt - im Falle des Nichtaufspielens des Updates nicht nur das Bestehen der nächsten Hauptuntersuchung, die im streitgegenständlichen Fall wie das Software-Update im April 2019 stattfand (vgl. Protokoll der mündlichen Verhandlung vor dem Landgericht vom 22.05.2019, S. 2, Bl. 157 d.A.), in Frage stand, sondern auch der Widerruf der Zulassung drohte, kann das Einverständnis des Klägers mit der Durchführung des Updates und die daran anschließende Nutzung des Pkws auch mit Rücksicht auf den Horizont der Beklagten als Empfängerin der Willenserklärung nicht ohne weitere Erklärung des Klägers als Entgegennahme einer Leistung im Sinne einer (Nach-)Erfüllung verstanden werden. Dementsprechend hat der Kläger mit Schriftsatz seines Prozessbevollmächtigten vom 14.10.2021 (dort S. 1, Bl. 235 d.A.) auch unwidersprochen vorgetragen, dass er das Software-Update im März/April 2019 nur habe durchführen lassen, um das Fahrzeug durch die seinerzeit anstehende Hauptuntersuchung zu bringen. Ende 2018 sei ihm nämlich die HU-Plakette nicht zugeteilt worden, da das fehlende Software-Update als erheblicher Mangel des Fahrzeugs qualifiziert worden sei. Außerdem sei er mit Schreiben der Zulassungsstelle vom 13.02.2019 (Bl. zu 235/237 d.A.) aufgefordert worden, bis 15.03.2019 die Typenkonformität des streitgegenständlichen Fahrzeugs herzustellen, was nur durch das Aufspielen des Software-Updates möglich gewesen sei Nach alledem konnte ein objektiver Empfänger das Verhalten des Klägers gemäß §§ 133, 157 BGB nur dahingehend verstehen, dass dieser an der Durchführung des Software-Updates ausschließlich deshalb mitwirkte, um die fortgesetzte Nutzung des erworbenen Pkws sicherzustellen. Ohne weitere Erklärung des Klägers (die es nicht gibt) kann dagegen nicht angenommen werden, dass dieser hierdurch auf seine durch den erklärten Vertragsrücktritt erworbene Rechtsposition verzichten wollte (ebenso OLG Karlsruhe, Hinweisbeschluss vom 06.12.2018 - 17 U 4/18, Rdnr. 45 und OLG Köln, Beschluss vom 27.03.2018 - 18 U 134/17, Rdnr. 20).

63

Schließlich ist zu beachten, dass - was allgemein bekannt und offenkundig ist - den Kunden und hierunter auch dem Kläger die Details der zur Motorsteuerung eingesetzten Software sowie deren Wirkungsweise in den zur Beurteilung des Erfolgs der Nachbesserung notwendige Details nicht bekannt waren und sind. Auch deshalb spricht nichts dafür, dass der Kläger die erfolgte Nachbesserung inhaltlich billigen wollte, und mit Rücksicht auf das öffentlich bekannt gewordene Geschehen in der Vergangenheit konnte man auch nicht davon ausgehen, dass der Kläger dem Hersteller oder/und dem Kraftfahrtbundesamt vertraute, sondern man musste annehmen, dass er sich mangels Sachkunde zu dem Erfolg der Nachbesserung gar nicht erklären wollte, als er das Fahrzeug nach dem Update wieder übernahm (OLG Köln, Beschluss vom 27.03.2018 - I-18 U 134/17, Rdnr. 19).

64
6. Aufgrund des wirksam erklärten Rücktritts des Klägers vom Kaufvertrag sind nach § 346 Abs. 1 BGB die empfangenen Leistungen zurück zu gewähren und die gezogenen Nutzungen herauszugeben.

65
a. Der Kläger hat demnach Anspruch gegen die Beklagte auf Rückzahlung des Kaufpreises in Höhe von 20.248,00 €.

66
Die Beklagte hat jedoch aufgrund der Nutzung des streitgegenständlichen Fahrzeugs durch den Kläger seit Übergabe des Fahrzeugs an ihn am 14.11.2014 Anspruch gegen den Kläger auf Wertersatz wegen der Gebrauchsvorteile.

67
Das Gericht schätzt den Wert dieser Gebrauchsvorteile gemäß § 287 ZPO, indem es den vom Kläger entrichteten Bruttokaufpreis für das Fahrzeug durch die voraussichtliche Restlaufleistung im Erwerbszeitpunkt teilt und den sich daraus ergebenden Wert mit den bis zum Schluss der mündlichen Verhandlung am 27.10.2021 von der Klagepartei seit dem Erwerb gefahrenen Kilometern multipliziert (vgl. zu dieser Berechnungsweise grundsätzlich BGH, Urteil vom 25.05.2020 - VI ZR 252/19, Rdnr. 80).

68
Der Bruttokaufpreis betrug 20.248,00 €. Die Restlaufleistung des streitgegenständlichen Fahrzeugs zum Erwerbszeitpunkt bemisst der Senat in Anbetracht des unstreitigen Kilometerstands bei Abschluss des Kaufvertrags von 8.391 mit 291.609 Kilometer. Der Senat geht dabei für das streitgegenständliche Fahrzeug von einer Gesamtlaufleistung von 300.000 Kilometer aus.

69
Die Laufleistung am 26.10.2021 betrug unstreitig 71.447 Kilometer, sodass sich unter Abzug der bis zum Abschluss des Kaufvertrages bereits mit dem Pkw gefahrenen 8.391 Kilometer 63.056 von der Klagepartei mit dem Fahrzeug zurückgelegte Kilometer ergeben.

70
Unter Zugrundelegung dieser Parameter ergibt sich nach dem oben dargelegten Rechenweg ein Gebrauchsvorteil des Klägers im Wert von 4.378,32 €.

71
Zwar unterliegen wechselseitige Ansprüche nach § 437 Nr. 2, § 323 BGB in Verbindung mit §§ 346 ff. BGB keiner automatischen Verrechnung (vgl. zum Widerruf BGH, Versäumnisurteil vom 21.02.2017 - XI ZR 467/15, Rdnr. 18 mwN) und bedarf es daher einer Aufrechnungserklärung. Jedoch hat die Beklagte in der mündlichen Verhandlung vom 27.10.2021 eine solche Erklärung abgegeben.

72
Der Anspruch des Klägers auf Rückzahlung des von ihm entrichteten Kaufpreises reduziert sich damit auf 15.869,68 €.

73
b. Zu verzinsen ist der Anspruch des Klägers auf Rückgewähr des Kaufpreises nach § 291 BGB erst mit Rechtshängigkeit und damit ab 29.03.2017. Ein vorheriger Verzug der Beklagten mit der Rückzahlung des Kaufpreises ist nicht ersichtlich. Die Rückzahlungsforderung entstand nämlich erst mit Zugang der Rücktrittserklärung des Klägers bei der Beklagten und damit mit Zugang des Schreibens des Klägervertreters vom 18.07.2016 laut Anl. K 7 bei der Beklagten. Dass der Kläger die Rückzahlung

gegenüber der Beklagte zu einem späteren Zeitpunkt angemahnt hätte, ist nicht vorgetragen. Eine Anspruchsgrundlage für eine Verzinsung der Rückzahlungsforderung schon ab dem Zeitpunkt der Zahlung (wohl dem 14.11.2014) ist nicht ersichtlich. Insbesondere liegt kein Fall des § 849 BGB vor.

74
c. Der Kläger hat darüber hinaus gemäß § 346 Abs. 1, Abs. 2 S. 1 Nr. 1 BGB gegen die Beklagte Anspruch auf Zahlung weiterer 1.757,38 €.

75
aa. Zu den vom Verkäufer gezogenen Nutzungen gehören grundsätzlich auch Zinsaufwendungen, die der Verkäufer durch die Tilgung eines Kredits mit dem empfangenen Geld erspart hat (vgl. OLG Hamm, Urteil vom 18.12.2014 - 28 U 135/13, Rdnr. 20 und Eggert in Reinking/Eggert, Der Autokauf, 14. Auflage, Köln 2020, Rdnr. 1149 m.w.N.). Der Kläger hat insoweit vorgetragen, dass die Beklagte laut Bilanz 2015 erhebliche Verbindlichkeiten gehabt und knapp 2,2 Millionen Euro Zinsen bezahlt habe (Schriftsatz des Klägervertreters vom 20.03.2017, S. 8, Bl. 8 d.A.). Die Beklagte habe infolge der Kaufpreiszahlung des Klägers Zinsen erspart, die sie anderenfalls im Rahmen ihrer Refinanzierung zu zahlen gehabt hätte (Schriftsatz des Klägervertreters vom 04.08.2017, S. 16, Bl. 114 d.A.). Diesen Vortrag hat die Beklagte nicht bestritten (vgl. Schriftsatz des Beklagtenvertreters vom 26.06.2017, S. 71 und 72, Bl. 91 und 92 d.A. sowie Schriftsatz des Beklagtenvertreters vom 08.09.2017, S. 23, Bl. 138 d.A.), sodass damit dem Grunde nach ein Anspruch des Klägers auf Herausgabe des Wertes der ersparten Zinsaufwendungen gemäß § 346 Abs. 1, Abs. 2 S. 1 Nr. 1 BGB besteht.

76
bb. Als Bezugsgröße für die Bestimmung des Zinsvorteils der Beklagten ist dabei nicht auf den Brutto-, sondern auf den Nettobetrag abzustellen, da es sich bei der Mehrwertsteuer beim Verkäufer um einen durchlaufenden Posten handelt und deshalb Zinsaufwendungen nur aus dem Nettopreis zu erzielen sind (vgl. OLG Hamm, Urteil vom 18.12.2014 - 28 U 135/13, Rdnr. 21 und Eggert in Reinking/Eggert, Der Autokauf, 14. Auflage, Köln 2020, Rdnr. 1148 m.w.N.). Der Nettokaufpreis betrug laut Anl. K 1 17.015,13 €.

77
Von diesem Betrag ist allerdings noch die Aufrechnungsforderung der Beklagten in Höhe von 4.378,32 € wegen der dem Kläger aus der Nutzung des Pkw entstandenen Gebrauchsvorteile (dazu siehe oben unter a) abzuziehen, da sich die Beklagte nur die Zinsersparnisse anrechnen lassen muss, die sie aus dem Betrag erzielte, den sie letztendlich dem Käufer zurückgewähren muss. Dies entspricht auch dem Antrag des Klägers, der die Nutzungsvorteile der Beklagten aus dem um seinen Nutzungsvorteil reduzierten Kaufpreis errechnet. Die Bezugsgröße für die Berechnung der Zinsersparnisse der Beklagten beträgt damit 12.636,81 €.

78
Ein weiterer Abzug von der Bezugsgröße ist nicht veranlasst. Zwar hat die Beklagte das Altfahrzeug des Klägers unstreitig unter Anrechnung von 8.500,00 € in Zahlung genommen, sodass sich die Bezugsgröße von 12.636,81 € für die Bestimmung des Zinsvorteils grundsätzlich um diesen Betrag reduzieren würde (vgl. OLG Hamm, Urteil vom 18.12.2008 - 28 U 17/08, Rdnr. 27). Der Kläger hat jedoch behauptet, dass die Beklagte das in Zahlung genommene Altfahrzeug des Klägers zeitnah weiterveräußert habe und daher vom Käufer des Altfahrzeugs zeitnah zumindest den angerechneten Inzahlungnahmepreis erhalten habe (Schriftsatz des Klägervertreters vom 04.08.2017, S. 16, Bl. 114 d.A.), was die Beklagte im Folgenden nicht bestritten hat (vgl. Schriftsatz des Beklagtenvertreters vom 08.09.2017, S. 23 und 24, Bl. 138 und 139 d.A.). Es ist deshalb unstreitig, dass die Beklagte aus dem Weiterverkauf des in Zahlung genommenen Altfahrzeug zeitnah zumindest 8.500,00 € erlöst hat, sodass es für die Bemessung des Zinsvorteils bei 12.636,81 € verbleibt.

79
Die ohne Beweisantritt erfolgte Behauptung der Beklagten, sie habe für das streitgegenständliche Fahrzeug selbst einen Einkaufspreis von 22.218,23 € brutto bezahlt (Schriftsatz des Beklagtenvertreters vom 26.06.2017, S. 72, Bl. 92 d.A.), hat der Kläger bestritten (Schriftsatz des Klägervertreters vom 04.08.2017, S. 16, Bl. 114 d.A.), sodass schon nicht feststeht, wie hoch der Einkaufspreis tatsächlich war. Darüber hinaus ist auch nicht ersichtlich, ob es sich um eine offene oder um eine bereits getilgte Einkaufsschuld handelt, sodass die Voraussetzungen für eine Berücksichtigung des Einkaufspreises nicht feststehen (vgl. zu den diesbezüglichen Fallgruppen Eggert in Reinking/Eggert, Der Autokauf, 14. Auflage, Köln 2020, Rdnr.

1150 ff. m.w.N.). Ein Hinweis nach § 139 Abs. 2 ZPO war nicht veranlasst, da es sich bei den geltend gemachten Nutzungsvorteilen nur um Nebenforderungen handelt.

80
Die von der Beklagten eingesparten Sollzinsen im Zeitraum vom 14.11.2014 bis zum Schluss der mündlichen Verhandlung schätzt der Senat gemäß § 287 ZPO aufgrund des derzeit äußerst niedrigen Zinsniveaus auf 2% p.a. (vgl. Eggert in Reinking/Eggert, Der Autokauf, 14. Auflage, Köln 2020, Rdnr. 1152 m.w.N.).

81
Nach alledem ergibt sich insoweit ein Nutzungsvorteil der Beklagten in Höhe von 1.757,38 €.

82
d. Einen Anspruch gegen die Beklagte auf Erstattung dem Kläger entstandener Inspektionskosten sowie weiterer Aufwendungen (Klageanträge II b und c) hat der Kläger nicht.

83
Ein solcher Aufwendungserstattungsanspruch des Klägers bestünde nach §§ 437 Nr. 3, 280 Abs. 1, 3, 281 Abs. 1, 284 BGB nämlich nur, wenn der streitgegenständliche Pkw bei Übergabe an den Kläger infolge der unzulässigen Abschalteinrichtung mangelhaft iSd. § 434 Abs. 1 BGB gewesen wäre, der Kläger der Beklagten eine angemessene Frist zur Mangelbeseitigung gesetzt hätte, die fruchtlos ablief, und die Beklagte den Sachmangel auch zu vertreten gehabt hätte. Zwar liegen die beiden erstgenannten Voraussetzungen - wie oben unter 1 und 3 dargelegt - vor, jedoch fehlt es an einem Vertretenmüssen der Lieferung des mangelhaften Pkws durch die Beklagte. Zwar muss die Beklagte nach § 280 Abs. 1 S. 2 BGB darlegen und beweisen, dass sie die in der Lieferung des mangelhaften Fahrzeugs liegende Pflichtverletzung nicht zu vertreten hat, wobei an diesen Entlastungsbeweis keine zu hohen Anforderungen gestellt werden dürfen. Wie bereits oben unter I 2 ausgeführt, gibt es für die unmittelbare Kenntnis der Beklagten vom Vorhandensein der unzulässigen Abschalteinrichtung in dem streitgegenständlichen Fahrzeug zum Zeitpunkt der Übergabe des Fahrzeugs an den Kläger jedoch keine Anhaltspunkte und kommt auch eine Zurechnung des Wissens der VW AG nicht in Betracht.

84
7. Ausschlaggebend für die Frage des Annahmeverzugs ist, ob die Klagepartei der Beklagten zum Zeitpunkt des Schlusses der mündlichen Verhandlung vor dem Senat ein uneingeschränkt annahmefähiges Angebot gemacht hat. Dies ist im Hinblick auf den Hauptantrag des Klägers nicht der Fall.

85
8. Hinsichtlich des Antrags auf Feststellung der Verpflichtung der Beklagten, sämtliche Kosten der Rückgabe des Fahrzeugs zu tragen, ist die Klage mangels Feststellungsbedürfnisses iSd. § 256 Abs. 1 ZPO schon nicht zulässig. Denn, soweit es nicht um die Verletzung eines absoluten Rechtsgutes, sondern - wie hier - nur um die Verletzung einer Norm zum Schutz des Vermögens geht, fehlt es an einem feststellbaren Rechtsverhältnis schon dann, wenn der Eintritt eines Schadens noch ungewiss ist. Hier muss der Kläger schon für die Zulässigkeit der Klage eine Vermögensgefährdung, d.h. die Wahrscheinlichkeit eines auf die Verletzungshandlung zurückzuführenden Schadens, substanziiert dartun (vgl. Greger in Zöller, ZPO, 33. Auflage, Köln 2020, Rdnr. 9 zu § 256 ZPO). Daran fehlt es hier aber, da Leistungsort für die Rückgewähr des vom Kläger gekauften Pkws der Wohnort des Klägers als Rücktrittsberechtigtem sein dürfte, nachdem Grund des Rücktritts eine Pflichtverletzung (die Lieferung des mangelhaften Pkws) der Beklagten als Rücktrittsgegnerin ist (vgl. Gaier in Münchener Kommentar zum BGB, 8. Auflage, München 2019, Rdnr. 40 zu § 346 BGB). Daher ist nicht erkennbar, welche ihm erst noch entstehenden Rücktrittskosten der Kläger zu befürchten hätte.

86
Im Übrigen wäre der Feststellungsantrag auch unbegründet. Zwar können finanzielle Belastungen des Rückgewährgläubigers bei einem vom Rückgewährschuldner zu verantwortenden Rücktritt grundsätzlich durch einen Schadensersatzanspruch des Rückgewährgläubigers gegen den Rückgewährschuldner entsprechend § 346 Abs. 4, § 280 Abs. 1 ausgeglichen werden (vgl. Gaier in Münchener Kommentar zum BGB, 8. Auflage, München 2019, Rdnr. 40 zu § 346 BGB). Ein derartiger Schadensersatzanspruch setzt jedoch ein Verschulden der Beklagten voraus, für da es allerdings - wie oben ausgeführt - keine Anhaltspunkte gibt.

87
9. Ein Anspruch des Klägers auf Erstattung der ihm entstandenen vorgerichtlichen Rechtsanwaltskosten besteht schon dem Grunde nach nicht.

88
Ein Anspruch nach §§ 437 Nr. 3, 280 Abs. 1 BGB als Schadensersatz neben der Leistung besteht nicht, da dieser voraussetzen würde, dass die Beklagte die in der Lieferung des mangelhaften Fahrzeugs liegende Pflichtverletzung zu vertreten hätte (vgl. BGH, Urteil vom 29.11.2006 - VIII ZR 92/06, Rdnr. 35), was allerdings - wie oben unter 6 d ausgeführt - nicht der Fall ist.

89
Ein deliktischer Anspruch aus § 826 BGB scheidet aus, da - wie schon oben unter 2 ausgeführt - es keine Anhaltspunkte dafür gibt, dass die Beklagte den Kläger über das Vorhandensein einer unzulässigen Abschalteinrichtung und damit eines Sachmangels täuschte.

90
Ein Anspruch aus §§ 280 Abs. 1, 286 BGB scheidet aus, weil die Beklagte zum Zeitpunkt der Beauftragung des Klägervertreters durch den Kläger noch nicht in Verzug war. Das Schreiben des Klägers vom 10.10.2015 laut Anl. K 19 führte nicht zum Verzugseintritt.

C.

I.

91
Der Ausspruch zu den Kosten folgt aus § 92 Abs. 1 ZPO und berücksichtigt das jeweilige Obsiegen und Unterliegen der Parteien.

92
Bei einem Streitwert für das Berufungsverfahren von insgesamt 26.448,44 € (Berufungsantrag zu 2 17.169,85 €, Berufungsantrag zu 3a 6.481,85 €, Berufungsantrag zu 3b und c insgesamt 2.296,74 €, Berufungsantrag zu 4 ohne Wert, Berufungsantrag zu 5.500,00 €) obsiegte der Kläger mit insgesamt 17.627,06 € (15.869,68 € + 1.757,38 €), sodass sich eine Kostenquote von 33% zu Lasten des Klägers und 67% zu Lasten der Beklagten ergibt.

93
Für das Obsiegen und Unterliegen in erster Instanz gilt dies entsprechend.

II.

94
Die vorläufige Vollstreckbarkeit beruht auf §§ 708 Nr. 10, 713 ZPO.

III.

95
Die Revision war nicht zuzulassen, da Revisionsgründe nicht vorliegen. Insoweit als der Senat eine Unerheblichkeit des Sachmangels verneint, weicht er zwar von der Rechtsansicht anderer Oberlandesgerichte (bspw. OLG München, Urteil vom 03.07.2017 - 21 U 4818/16) ab. Die Annahme eines unerheblichen Mangels ist in diesen Fällen jedoch keine tragende Erwägung. Im Übrigen ist diese Rechtsprechung durch die zwischenzeitliche Rechtsprechung des BGH (bspw. Urteil vom 21.07.2021 - VIII ZR 118/20 und Urteil vom 29.09.2021 - VIII ZR 111/20) auch überholt.