

Beglaubigte Abschrift



**Landgericht Berlin
Im Namen des Volkes**

Urteil

Geschäftsnummer: 14 O 416/16

verkündet am : 01.02.2018
Hühr, Justizsekretärin

In dem Rechtsstreit

_____ Kläger,

- Prozessbevollmächtigte:
Rechtsanwälte Dr. Stoll & Sauer,
Einsteinallee 1/1, 77933 Lahr -

g e g e n

_____ Beklagte,

- Prozessbevollmächtigter:

hat die Zivilkammer 14 des Landgerichts Berlin in 10589 Berlin, Tegeler Weg 17-21, auf die mündliche Verhandlung vom 1. Februar 2018 durch den Vorsitzenden Richter am Landgericht Markfort als Einzelrichter für Recht erkannt:

1. Die Beklagte wird verurteilt, an den Kläger 11.702,55 € Zug um Zug gegen Übereignung und Herausgabe des Pkw Volkswagen Caddy 1.6. TDI Trendline, FIN _____, zu zahlen.
2. Im Übrigen wird die Klage abgewiesen.
3. Die Kosten des Rechtsstreits haben der Kläger zu 1/5 und die Beklagte zu 4/5 zu tragen.

4. Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar, für den Kläger gegen Sicherheitsleistung in Höhe des jeweils zu vollstreckenden Betrages zuzüglich 10 %. Der Kläger darf die Vollstreckung durch die Beklagte durch Sicherheitsleistung in Höhe des vollstreckbaren Betrages zuzüglich 10 % abwenden, sofern nicht die Beklagte vor der Vollstreckung Sicherheit in Höhe des jeweils zu vollstreckenden Betrages zuzüglich 10 % leistet.

Tatbestand

Der Kläger begehrt im Zusammenhang mit dem so genannten Abgasskandal die Rückzahlung des Kaufpreises Zug um Zug gegen Rückgabe ihres bei der Beklagten gekauften Autos.

Der Kläger kaufte von der Beklagten, einer Gebrauchtwagenhändlerin, zu deren Gebrauchtwagen-Verkaufsbedingungen (Anlage B 1) ein gebrauchtes Fahrzeug der Schadstoffklasse Euro 5 des Typs Volkswagen Caddy 1.6. TDI Trendline, 55 KW, mit der Fahrzeug-Identifizierungsnummer _____, bei einem Kilometerstand von 12 736 km zu einem Kaufpreis von 15.500,- €. Das Fahrzeug wurde dem Kläger am 22. April 2015 übergeben. Wegen der Einzelheiten wird auf die als Anlage K 1 in Kopie eingereichte „verbindliche Bestellung“ des Klägers vom 17. April 2015 und die als Anlage K 2 eingereichte Rechnung der Beklagten vom 17. April 2015 verwiesen. Die Beklagte hatte das Fahrzeug zuvor vom Vorbesitzer René Bahl erworben.

Das verkaufte Fahrzeug ist mit einem Dieselmotor des Typs EA 189 ausgestattet. In die Steuerung dieser Dieselmotoren war eine Ab- bzw. Umschaltvorrichtung eingebaut, mit der die geltenden Abgasnormen umgangen werden konnten. Dies geschah dadurch, dass die verwendete Software, sobald sich das Fahrzeug auf dem technischen Prüfstand zur Ermittlung der Emissionswerte befand, die besondere Prüfsituation (hohe Raddrehzahlen, keine Bewegung des Fahrzeugs) zu erkennen vermochte. Es wurde dann eine erhöhte Abgasrückführung in Gang gesetzt mit der Folge, dass geringere Mengen an Stickoxiden (NOx) ausgestoßen wurden als dann, wenn sich das Fahrzeug nicht auf dem Prüfstand, sondern im normalen Straßenverkehr befand. Die Testergebnisse des maßgeblichen so genannten Neuen Europäischen Fahrzyklus (NEFZ) ließen sich auf diese Weise so beeinflussen, dass die nach der Euro-5- bzw. der Euro-6-Abgasnorm vorgegebenen NOx-Werte eingehalten wurden, was sonst, also im realen Fahrbetrieb, nicht der Fall gewesen wäre.

Nach Bekanntwerden der Manipulationen legte die Volkswagen AG noch im Jahr 2015 einen Maßnahmenplan vor, der eine Rückrufaktion sowie die Offerte an alle betroffenen Kfz-Eigentümer vorsah, deren Fahrzeuge mittels Aufspielens eines speziellen Software-Updates nachzubessern,

damit die unzulässige Abschaltvorrichtung zu entfernen und die Vorschriftsmäßigkeit der Fahrzeuge herzustellen. Dies erfolgte auf Verlangen und mit Zustimmung des Kraftfahrtbundesamts (KBA), das zugleich im Wege eines Bescheides die weitere Nutzung der betroffenen Fahrzeuge im Straßenverkehr bis zur Durchführung der Nachbesserung zuließ (vgl. die als Anlage K 11 eingereichte Pressemitteilung des KBA vom 16. Oktober 2015). Allerdings war zunächst unklar, wann das Software-Update zur Verfügung stehen würde, da es von der Volkswagen AG erst entwickelt werden musste.

Der Kläger beauftragte ausweislich der als Anlage K 48 in Kopie eingereichten Vollmacht bereits am 26. Oktober 2015 seine jetzigen Prozessbevollmächtigten mit der Wahrnehmung seiner Interessen gegen die „Volkswagen AG u.a.“.

Mit Schreiben vom 15. April 2016, das als Anlage R 9a zum Schriftsatz vom 6. März 2017 in Kopie zur Akte gereicht worden ist, stellte der Kläger einen Güteantrag, mit dem der Beklagten auch eine Frist zur Mängelbeseitigung bis zum 28. April 2016 gesetzt wurde. Die angerufene Gütestelle leitete den Güteantrag mit Schreiben vom 18. April 2016 (Anlage B 13) an die Beklagte weiter, die es am 20. April 2017 erhielt.

Mit Anwaltsschreiben vom 25. Juli 2016 (Anlage K 3) erklärte der Kläger den Rücktritt vom Vertrag. Die Rücktrittserklärung hat der Kläger in der Klageschrift wiederholt.

Nachdem die Volkswagen AG das zur Nachbesserung benötigte Software-Update entwickelt hatte, erteilte das KBA die Freigabe für den Motor des streitgegenständlichen Fahrzeugs entwickelte Lösung und bestätigte der Volkswagen AG mit Schreiben vom 21. November 2016 (Anlage B 14), das die dem KBA vorgestellte Änderung der Applikationsdaten sei geeignet, die Vorschriftsmäßigkeit herzustellen.

Ein Aufspielen des Software-Updates war seit dem 21. Dezember 2016 möglich.

Die Beklagte teilte dem Kläger mit Schriftsatz vom 12. Januar 2017 mit, er könne das Software-Update bei einem Volkswagen-Partner seiner Wahl auf Kosten der Volkswagen AG vornehmen lassen.

Der Kläger nutzt das Fahrzeug. Am 1. Februar 2018 wies das Fahrzeug einen Kilometerstand von 59 426 km auf; der Kläger legte mithin 46 690 km mit dem Fahrzeug zurück.

Die jetzigen Prozessbevollmächtigten stellten dem Kläger ihre vorgerichtliche Tätigkeit in Rechnung. Die Rechnung wurde bis auf einen Selbstbehalt von der Rechtsschutzversicherung des Klägers beglichen; in Höhe des Selbstbehaltes zahlte der Kläger.

Die Klage ist der Beklagten am 18. November 2016 zugestellt worden. Der Rechtsstreit gegen die zunächst neben der Beklagten in Anspruch genommene Volkswagen AG ist nach Abtrennung des gegen diese gerichteten Verfahrens mit Beschluss vom 22. Dezember 2016 (Bd. 1, Bl. 147/148 d.A.) an das Landgericht Braunschweig verwiesen worden.

Der Kläger ist unter anderem der Ansicht, das ihm verkaufte Fahrzeug sei schon deshalb als mangelhaft anzusehen, weil das KBA die verwendete Software als unzulässige Abschaltvorrichtung angesehen habe.

Der Kläger beantragt,

1. die Beklagte zu verurteilen, an ihn 15.500,- € nebst Zinsen in Höhe von fünf Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 9. August 2016 zu zahlen, Zug um Zug gegen Übereignung und Herausgabe des Pkw VW Caddy, FIN

2. festzustellen, dass sich die Beklagte mit der Rücknahme des im Antrag zu 1. genannten Pkw im Annahmeverzug befindet,
3. die Beklagte zu verurteilen, den Kläger von den durch die Beauftragung seiner Prozessbevollmächtigten entstandenen vorgerichtlichen Rechtsanwaltskosten in Höhe von 990,67 € freizustellen.

Die Beklagte beantragt,

die Klage abzuweisen.

Sie macht unter anderem geltend, angesichts von Kosten des Aufspielens des Software-Updates von nur 100,- € sei der gerügte Mangel als unerheblich im Sinne von § 323 Abs. 5 S. 2 BGB anzusehen.

Sie rechnet hilfsweise mit einem Anspruch auf Herausgabe der vom Kläger gezogenen Nutzungen in Höhe von 3.397,45 € auf.

Die Parteien sind sich darüber einig, dass bei der Berechnung der Nutzungsentschädigung davon auszugehen ist, dass die Laufleistung von Fahrzeugen der an den Kläger verkauften Art 250 000 km beträgt.

Wegen der weiteren Einzelheiten des Sach- und Streitstandes wird auf die Schriftsätze der Parteien nebst Anlagen verwiesen.

Die Beklagte hat im Termin am 1. Februar 2018 beantragt, ihr eine Frist zur Erklärung auf den Schriftsatz des Klägers vom 18. Januar 2018 zu gewähren.

Entscheidungsgründe

Die Klage ist überwiegend begründet.

I.

Der Kläger hat gemäß §§ 346 Abs. 1, 437 Nr. 2, 323 Abs. 1 BGB einen Anspruch auf Rückzahlung des an die Beklagte geleisteten Kaufpreises in Höhe von 15.500,- €, der allerdings in Höhe von 3.797,45 € durch die von der Beklagten hilfsweise erklärte Aufrechnung gemäß § 389 BGB erloschen ist, so dass der Kläger noch die Zahlung von 11.702,55 € verlangen kann. Gemäß §§ 348 S. 2, 322 Abs. 1 BGB ist die Beklagte zur Leistung Zug um Zug zu verurteilen.

1. Die Beklagte hat mit dem Verkauf des streitgegenständlichen Fahrzeugs, das unstreitig mit einem Dieselmotor ausgestattet ist, in dessen Steuerung eine Ab- bzw. Umschalteinrichtung eingebaut ist, mit der die geltenden Abgasnormen umgangen werden können, ihre Leistung nicht vertragsgemäß erbracht. Das Fahrzeug war damit nicht im Sinne von § 434 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 BGB frei von Sachmängeln, weil es eine Beschaffenheit aufwies, die auch bei gebrauchten Fahrzeugen üblich ist und die der Beklagte erwarten durfte.

Verwaltungsakte sind in den Grenzen ihrer Bestandskraft für andere Gerichte und Behörden bindend. Gerichte haben Verwaltungsakte deshalb, auch wenn sie fehlerhaft sein sollten, grundsätzlich zu beachten, solange sie nicht durch die zuständige Behörde oder durch ein zuständiges Gericht aufgehoben worden sind. Sie haben die durch den Verwaltungsakt getroffene Regelung oder Feststellung unbesehen, das heißt ohne eigene Nachprüfung der Rechtmäßigkeit des Verwaltungsaktes, zu Grunde zu legen. Durch den bestandskräftigen Rückrufbescheid des

KBA aus dem Oktober 2015 und der als Anlage B 14 eingereichten Freigabebestätigung vom 21. November 2016 ist in diesem Sinne bindend festgestellt bzw. geregelt,

- dass es sich bei der in den betreffenden Fahrzeugen verwendeten Software um eine unzulässige Abschaltvorrichtung i. S. von Art. 5 Abs. 2 der Verordnung (EG) Nr. 715/2007 handelt;
- dass die Volkswagen AG zur Vermeidung des Widerrufs oder der Rücknahme der Typgenehmigungen verpflichtet ist, diese unzulässigen Abschaltvorrichtungen zu entfernen und geeignete Maßnahmen zur Wiederherstellung der Vorschriftsmäßigkeit zu ergreifen, was durch Beibringen geeigneter Nachweise zu belegen ist;
- dass für die betroffenen Fahrzeuge dieser Nachweis inzwischen geführt wurde und dass die von der Volkswagen AG vorgestellte Änderung der Applikationsdaten geeignet ist, die Vorschriftsmäßigkeit der genannten Fahrzeuge herzustellen;
- dass das KBA dabei folgende Sachverhalte mit folgenden Ergebnissen überprüft hat: keine unzulässigen Abschaltvorrichtungen mehr, vorhandene Abschaltvorrichtungen zulässig, Grenzwerte und andere Anforderungen an emissionsmindernde Einrichtungen eingehalten, ursprünglich vom Hersteller angegebene Kraftstoffverbrauchswerte und CO₂-Emissionen in Prüfungen durch einen Technischen Dienst bestätigt, bisherige Motorleistung und maximales Drehmoment unverändert sowie bisherige Geräuschemissionswerte unverändert.

Aus diesen Feststellungen und Regelungen des KBA ergibt sich für die zivilrechtliche Würdigung des vorliegenden Rechtsstreit, dass es sich bei der unzulässigen, zu beseitigenden Abschaltvorrichtung um einen Sachmangel im Sinne von § 434 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 BGB handelt (vgl. insoweit: Landgericht Braunschweig, Urteil vom 20. Dezember 2017 - 3 O 1597/17 - m.w.N.).

Der Kläger durfte bei Abschluss des Kaufvertrages davon ausgehen, dass sich die Volkswagen AG rechtmäßig verhalten und die für den Betrieb ihres Pkw sowie für die Zulassung desselben erforderlichen Zulassungen, Genehmigungen und Erlaubnisse nicht unter Anwendung einer Software, mit der die geltenden Abgasnormen umgangen werden konnten, erwirkt hatte und die Beklagte ihm ein Fahrzeug übergeben würde, dass sich in diesem Zustand befindet. Da dies tatsächlich aber nicht der Fall war, wies das Fahrzeug nicht die übliche Beschaffenheit im Sinne des § 434 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 BGB auf. Für die Mangelhaftigkeit des erworbenen Fahrzeug kommt es weder darauf an, ob das Fahrzeug die maßgebenden Grenzwerte hinsichtlich der Stickoxid-Ausstoßes auch ohne die betreffende Software einzuhalten vermag, noch steht der Annahme eines Mangels im vorgenannten Sinn entgegen, dass der Betrieb des erworbenen Fahrzeugs im realen Straßenverkehr nicht mit dem Betrieb des Fahrzeugs auf einem Prüfstand zu vergleichen ist und die für die Einhaltung der Euro-5-Norm im Prüfbetrieb maßgebenden Einzelheiten für den

gewöhnlichen Fahrbetrieb nicht nur hinsichtlich der Emissionen, sondern auch im Zusammenhang mit dem Kraftstoffverbrauch und den Fahrleistungen bedeutungslos sein mögen. Denn dies ändert nichts daran, dass das Fahrzeug durch die verwendete Software in seiner Beschaffenheit von der von einem vernünftigen Durchschnittskäufer zu erwartenden Beschaffenheit eines solchen Fahrzeugs abwich und dass die Abweichung einen auch für den vernünftigen Durchschnittskäufer bedeutsamen Gesichtspunkt betraf (vgl. OLG Köln, Beschluss vom 20.12.2017 - 18 U 112/17).

2. Der Kläger hat der Beklagten im Sinne von § 323 Abs. 1 BGB mit Schreiben vom 15. April 2016 eine Frist zur Nacherfüllung gesetzt. Zwar war die vom Kläger gesetzte Frist zur Mängelbeseitigung mit einer nach Zugang bei der Beklagten noch verbleibenden Frist von acht Tagen zu kurz. Die Setzung einer zu kurzen Frist zur Nacherfüllung läuft jedoch nicht ins Leere, sondern setzt die angemessene Frist in Gang (vgl. Palandt-Grüneberg, BGB, 77. Aufl., 2018, § 323, Rn. 14, u. § 281, Rn. 10).

Die Frist zur Nachbesserung soll den Schuldner in die Lage versetzen, eine bereits vorbereitete Leistung zu vollenden. Dem Schuldner soll keineswegs ermöglicht werden, mit der Leistungsbewirkung erst zu beginnen. Im vorliegenden Fall bedurfte es deshalb keiner langen Frist, die es der Volkswagen AG erlaubte, eine bis dahin nicht vorhandene Software zu entwickeln, zu testen, vom KBA genehmigen zu lassen und den Händlern bereitzustellen, sondern die Klägerin durfte bei der Bemessung der Frist zunächst ihr eigenes Interesse an einer umgehenden Behebung des Mangels im Hinblick auf die mit einer längeren Frist verbundenen Unsicherheiten sowie mit Rücksicht auf die bis dahin eingeschränkte Veräußerbarkeit des Fahrzeugs zugrunde legen. Darüber hinaus musste sie die Frist so bemessen, dass der Beklagten die Rücksprache mit der Volkswagen AG und die Anforderung einer bereits vorhandenen und genehmigten Software möglich war. Auf die Unsicherheit eines nicht absehbar langen Zuwartens musste sich die Klägerin selbst mit Rücksicht auf die zwischenzeitlich nicht eingeschränkte Nutzbarkeit des Pkw nicht einlassen, weil zum einen das Gelingen und der Zeitpunkt eines genehmigten Software-Updates nicht feststand und damit die für die Klägerin bedeutsame Zulassung sehr wohl weiter in Frage stand und weil zum anderen in der Zwischenzeit die Veräußerbarkeit des erworbenen Pkw sowie sein Verkehrswert in Frage stand (vgl. OLG Köln, Beschluss vom 20.12.2017 - 18 U 112/17 – m.w.N.).

Soweit sich die Beklagte auf den Beschluss des OLG München vom 23. März 2017 - 3 U 4316/16 - beruft, in dem es heißt, dass erst eine Bindung des Käufers an den Vertrag über einem Zeitraum von zwölf Monaten hinaus nicht mehr zu rechtfertigen ist, zieht sie aus der Entscheidung zu Unrecht den Schluss, dass die Dauer der angemessenen Nachfrist stets mit

ZP 550

einem Jahr zu bemessen ist. Sie übersieht, dass – anders als in dem dort zu entscheidenden Fall, in dem der Käufer zur Erfüllung eines Vertrages vom 20. April 2015 im Oktober 2015 eine Frist bis zum 23. November 2015 gesetzt hatte – der Kläger erst im April 2016 den Händler eine Frist zur Nachbesserung setzte. Dies geschah damit zu einem Zeitpunkt, in dem der die Volkswagen AG bereits seit dem Bescheid des KBA vom 15. Oktober 2015 Anlass und Gelegenheit hatte, das tatsächlich erst seit dem 21. Dezember 2016 zur Verfügung stehende Software-Update zu entwickeln und einsatzfähig zu machen. Die Erwägung des Oberlandesgerichts München, dass die Bindung des Käufers über einen Zeitraum von 12 Monaten hinaus nicht mehr zu rechtfertigen ist, weil sich faktisch durch die Pflicht des Käufers, Nutzungsentschädigung an den Verkäufer zu entrichten, bei einer Bindung von mehr als einem Jahr trotz nicht vertragskonformer Leistung des Verkäufers ein zusätzliches Rücktrittshindernis für den Käufer ergibt und der Verkäufer insoweit einen unbilligen Vorteil erlangen würde, steht aber auch im vorliegenden Fall der Angemessenheit einer Frist entgegen, die länger als bis zur Erhebung der Klage Ende November 2016 währte. Mit dem Oberlandesgericht München ist vielmehr davon auszugehen, dass die Frist zur Nacherfüllung nicht so bemessen werden darf, dass damit der auf Austausch von Ware gegen Geld gerichtete synallagmatische Kaufvertrag in eine Art Dauerschuldverhältnis umgewandelt wird,

Damit stand dem Kläger zwar möglicherweise noch nicht im Zeitpunkt des Rücktrittschreibens vom 25. Juli 2016 im Sinne von § 346 Abs. 1 S. 1 BGB ein gesetzliches Rücktrittsrecht zu. Dies war aber jedenfalls bei Zustellung der Klage am 18. November 2016 der Fall und damit bei Zugang der in der Klageschrift wiederholten Rücktrittserklärung.

Entgegen der Ansicht der Beklagten ist die mit Schreiben vom 15. April 2016 erfolgte Fristsetzung nicht missbräuchlich und damit unter Umständen wirkungslos. Zwar kann eine Nachfristsetzung unwirksam sein, wenn sie lediglich zum Schein erfolgt ist, etwa weil der Gläubiger mit der zu kurzen Nachfrist eine Verlegenheit des Schuldners ausbeuten wollte, oder wenn der Gläubiger von vornherein weiß, dass der Schuldner binnen der viel zu kurzen Nachfrist die Leistung gar nicht bewirken kann (Palandt-Grüneberg, BGB, 77. Aufl., 2018, § 281, Rn. 10; Ernst in Münchener Kommentar zum BGB, 7. Aufl., 2016, § 323, Rn. 80). Im vorliegenden Fall spricht einiges dafür, dass Grund des über eine Streitbeilegungsstelle im Sinne von § 204 Abs. 1 Nr. 4 BGB der Beklagten zugeleiteten Schreibens vom 15. April 2016 in erster Linie die Hemmung der in den Gebrauchtwagen-Verkaufsbedingungen der Beklagten auf ein Jahr verkürzten Gewährleistungsfrist war, doch ist eine Unredlichkeit des Klägers und eine Missbräuchlichkeit der Fristsetzung nicht erkennbar. Angesichts des Umstandes, dass die Notwendigkeit eines Software-Updates der Volkswagen AG spätestens seit dem 15. Oktober 2015 bekannt war, ist es dem

Kläger nicht vorzuwerfen, dass er mit Schreiben vom 15. April 2016 eine Frist nur bis zum 28. April 2016 setzte. Gegen eine Unredlichkeit des Klägers spricht dabei auch, dass er den Rücktritt erst mit Schreiben vom 25. Juli 2016 erklärte. Es ist auch nicht ersichtlich, dass die von der vom Kläger ausdrücklich angebotenen Möglichkeit der Überprüfung des Fahrzeugs Gebrauch machte oder und Kontakt mit dem Kläger aufnahm, um auf eine Unangemessenheit der ihr gesetzten Frist hinzuweisen.

3. Die Pflichtverletzung der Beklagten ist nicht unerheblich im Sinne von § 323 Abs. 5 S. 2 BGB. Darlegungs- und beweisbelastet dafür, dass eine Pflichtverletzung unwesentlich und daher ein Rücktritt gemäß § 323 Abs. 5 S. 2 BGB ausgeschlossen ist, ist der Schuldner (vgl. *Schmidt* in BeckOK BGB, Stand 15.06.2017, § 323, Rn. 45), mithin die Beklagte. Für die Beurteilung der Frage, ob ein Mangel als geringfügig einzustufen ist, kommt es auf den Zeitpunkt der Rücktrittserklärung des Käufers an, hier also auf den 18. November 2016 und nicht erst auf danach gewonnene Erkenntnisse. Ein zum Zeitpunkt der Rücktrittserklärung erheblicher Mangel wird nicht dadurch unerheblich, dass es dem Verkäufer möglicherweise zu einem späteren Zeitpunkt noch hätte gelingen können, das Fahrzeug in einen der geforderten Beschaffenheit entsprechenden Zustand zu versetzen (vgl. BGH NJW 2017, 153, 155).

Selbst wenn man mit der Beklagten davon ausgeht, dass das zur Beseitigung des nach ihrem Vorbringen zur Beseitigung des Mangels ausreichende Software-Update lediglich einen zeitlichen Aufwand von ca. einer Stunde sowie Kosten von ca. 100,- EUR verursacht, was die mit der Entwicklung des Updates und den weiteren Aufwand außer Betracht lässt, ist zu berücksichtigen, dass die notwendige Software weder zur Verfügung stand, als der vom Hersteller zu verantwortende Einsatz der Software, mit der die geltenden Abgasnormen umgangen werden konnten, entdeckt wurde, noch als der Kläger Nachbesserung verlangte. Weder bei Gefahrübergang, noch zum Zeitpunkt der Entdeckung des Mangels, noch zur Zeit des Nachbesserungsverlangens, noch zum Zeitpunkt des Rücktritts stand damit fest, mit welchem sachlichen und finanziellen Aufwand es gelingen würde, den Mangel in einer auch von dem für die Zulassung bedeutsamen KBA genehmigten Art und Weise zu beheben. Ebenso wenig stand fest, dass und wann dies überhaupt gelingen würde. Zum Zeitpunkt des Rücktritts der Klägerin war damit weder der genaue zeitliche und sachliche Aufwand abzusehen, den die Nachbesserung erfordern würde, noch stand fest, dass die vom Hersteller angekündigte Nachbesserung im Wege eines bloßen Software-Updates überhaupt gelingen und zur Genehmigung des Kraftfahrt-Bundesamtes führen würde. Schon mit Rücksicht auf diese ganz erhebliche Ungewissheit kann von einer unerheblichen Pflichtverletzung oder von einem unerheblichen Sachmangel bei

Gefahrübergang mit Blick auf die möglichen Folgen für die Klägerin daher nicht die Rede sein (vgl. OLG Köln, Beschluss vom 20.12.2017 - 18 U 112/17 – m.w.N.).

4. Der Anspruch des Klägers ist durch die von der Beklagten im Termin am 1. Februar 2018 erklärte Aufrechnung gemäß § 389 BGB erloschen. Da bei wechselseitigen Geldforderungen keine automatische Saldierung erfolgt, bedurfte es insoweit der auf den Hinweis des Gerichts ausdrücklich, zuvor aber auch bereits konkludent erklärten Aufrechnung (vgl. BGH NJW 1991, 2484, 2486; Palandt-Grüneberg, BGB, 77. Aufl., 2018, § 348, Rn. 1).

Bei einer durchschnittlichen Gesamtlauflistung eines Fahrzeug der dem Kläger verkauften Art von 300 000 km beläuft sich nach der bei der Schätzung (§ 287 ZPO) üblicherweise verwendeten Formel

$$\text{Gebrauchsvorteil} = \text{Bruttokaufpreis} \times \text{gefahrne Kilometer} / \text{voraussichtliche Restlauflistung}$$

(vgl. Reinking/Eggert, Der Autokauf, 13. Aufl., 2017, Rn. 3564) bei vom Kläger gefahrenen Kilometern von 46 690 km und einer Restlauflistung des Fahrzeugs von 190 574 km die vom Kläger geschuldete Nutzungsentschädigung auf 3.797,45 €.

5. Der Kläger hat keinen Anspruch auf die Zahlung von Zinsen. Gemäß § 348 BGB sind die sich gemäß § 346 Abs. 1 BGB ergebenden Pflichten der Parteien auf Rückzahlung des Kaufpreises einerseits und die Rückgabe des Fahrzeug und die Herausgabe der gezogenen Nutzungen Erstattung Zug um Zug zu erfüllen und § 320 BGB findet entsprechende Anwendung. Der Zahlungsanspruch des Klägers ist daher wegen des von der Beklagten wegen der bislang nicht erfolgten Rückgabe des Fahrzeug geltend gemachten Leistungsverweigerungsrechts noch nicht fällig ist, besteht eine Verzinsungspflicht nicht (vgl. BGH NJW 2013, 825; Palandt-Grüneberg, BGB, 77. Aufl., 2018, § 291, Rn. 5).

II.

Die auf Feststellung des Annahmeverzugs der Beklagten gerichtete Feststellungsklage ist wegen des sich aus § 756 Abs. 1 ZPO und § 300 Abs. 1 BGB ergebenden Interesse an ihr zwar zulässig (§ 256 Abs. 1 ZPO), jedoch nicht begründet.

Nach dem Vorbringen des Klägers ist nicht ersichtlich, dass er den Beklagten das Fahrzeug im Sinne von § 294 BGB der Beklagten tatsächlich angeboten hat. Ausweislich des Rücktrittsschreibens vom 25. Juli 2016 hat er jener – wie auch schon im Güteantrag vom 15. April 2016 – das Fahrzeug zwar zur Überprüfung der gemachten Angaben zur Unmöglichkeit und Unzumutbarkeit einer Nachbesserung angeboten, nicht aber zur Erfüllung seiner sich aus § 348 BGB ergebenden Pflicht. Das Schreiben kann daher auch nicht als wörtliches Angebot im Sinne von § 295 BGB anzusehen. Zudem muss eine Annahmeverweigerung im Sinne von § 295 S. 1 Alt BGB zeitlich vor dem Angebot erklärt worden sein; sie macht das wörtliche Angebot nicht überflüssig (vgl. BGH NJW 1988, 1201; BGH NJW 1997, 581; Palandt-Grüneberg, BGB, 77. Aufl., 2018, § 295, Rn. 4). Es kommt daher für die Entscheidung nicht darauf, dass – wie vom Kläger in der Klageschrift geltend gemacht (dort S. 31) – die Beklagte – unbestritten – schriftlich und mündlich alle Ansprüche des Klägers zurückgewiesen hat.

III.

Der Kläger hat keinen Anspruch auf die mit dem Antrag zu 3. als Nebenforderung geltend gemachte Freistellung von ihm vorgerichtlich entstandenen Rechtsanwaltskosten.

Da nach Angaben des Klägers im Termin vom 1. Februar 2018 seine Rechtsschutzversicherung und – in Höhe des Selbstbehalts – er selbst, die Forderungen der vorgerichtlich tätigen Rechtsanwälte beglichen haben, kann der Kläger nicht mehr Freistellung verlangen und hätte daher auf Zahlung klagen müssen. Soweit seitens des Rechtsschutzversicherung gezahlt worden ist, hätte er dann nicht mehr eigene Rechte geltend machen können (vgl. § 86 Abs. 1 VVG), sondern nur in Höhe des von ihm selbst erfüllten Teil der Forderung seiner Rechtsanwälte gegen ihn.

Auch insoweit ist nach dem Vorbringen des Klägers allerdings nicht ersichtlich, dass sich die Beklagte im Zeitpunkt der Beauftragung von Rechtsanwälten – wohl am 26. Oktober 2015 – mit der Erfüllung einer Vertragspflicht in Verzug befand. Eine Schadensersatzpflicht gemäß §§ 280 Abs. 1 und Abs. 2, 286 BGB besteht daher nicht.

Auch der vom Kläger neben dem Anspruch gemäß § 346 Abs. 1 geltend gemachte Schadensersatzanspruch gemäß §§ 280 Abs. 1, 281 Abs. 1 S. 1 BGB besteht nicht. Die Beklagte hat die vom Kläger geltend gemachten Pflichtverletzungen nicht zu vertreten. Bezugspunkt des Vertretenmüssens beim Anspruch auf Schadensersatz statt der Leistung ist die Nichtleistung trotz Ablaufs der Nachfrist (vgl. Palandt-Grüneberg, BGB, 77. Aufl., 2018, § 281, Rn. 16). Nachdem die insoweit darlegungs- und beweisbelastete Beklagte mit Schriftsatz vom 12. Januar 2017 geltend

gemacht hat, sie habe von der Manipulation der Steuerung des in das verkaufte Fahrzeug eingebauten Dieselmotor auch erst durch die Presseberichte im September 2015 erfahren, hat der Kläger nicht geltend gemacht, dies sei schon vorher der Fall gewesen oder die Beklagte sei in der Lage gewesen, diesen Mangel bei Ankauf des Fahrzeugs zu erkennen. Es ist auch nicht erkennbar, dass die Beklagte im Sinne eines Außerachtlassens der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt (§ 276 Abs. 2 BGB) bis zum Ablauf der in Lauf gesetzten angemessenen Nachfrist nicht in der Lage war, den Mangel zu beseitigen. Als freie Händlerin ist sie nicht als Hilfsperson der Volkswagen AG und als Erfüllungsgehilfin im Sinne von § 278 BGB, die deren Verschulden in gleichem Umfang vertreten muss, anzusehen (vgl. Reinking/Eggert, Der Autokauf, 13. Aufl., 2017, Rn. 1247), zumal die Beklagte das Fahrzeug unstreitig nicht einmal von der Volkswagen AG, sondern aus Privatbesitz erworben hat.

IV.

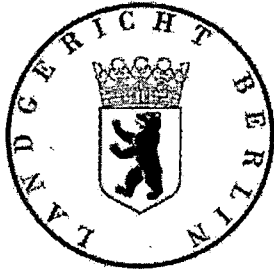
Die Kostenentscheidung beruht auf § 92 Abs. 1 S. 1 ZPO, wobei die Anträge zu 2. und 3. außer Betracht bleiben, weil sie einen Anspruch ohne eigenen Wert (vgl. BGH NJW-RR 2010, 1295, 1296) bzw. eine Nebenforderung betreffen. Da der Kläger den Antrag zu 1. bei Eingang der Klage nicht von der Festsetzung durch richterliches Ermessen oder von einer gegenseitigen Berechnung abhängig gemacht hat, sondern einen bezifferten Antrag gestellt hat, sind die Kosten entgegen seiner Ansicht nicht gemäß § 92 Abs. 2 Nr. 2 ZPO der Beklagten allein aufzulegen.

Die Entscheidung zur vorläufigen Vollstreckbarkeit folgt aus § 709 ZPO und §§ 708 Nr. 11, 709, 711 ZPO.

Der Beklagten war eine Erklärungsfrist gemäß § 283 ZPO nicht gewähren, da der Schriftsatz des Klägers vom 18. Januar 2018 entscheidungserhebliches Vorbringen nicht enthielt.

Markfort

Für die Richtigkeit der Abschrift
Berlin, den 06.02.2018



Hühr
Justizsekretärin

Durch maschinelle Bearbeitung beglaubigt - ohne Unterschrift gültig.