



BUNDESGERICHTSHOF

BESCHLUSS

VIII ZR 434/21

vom

22. Februar 2022

in dem Rechtsstreit

Der VIII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat am 22. Februar 2022 durch die Richterin Dr. Fetzner als Vorsitzende, den Richter Dr. Bünker, die Richterinnen Wiegand und Dr. Matussek sowie den Richter Dr. Reichelt

beschlossen:

Der Senat beabsichtigt, die Revision der Klägerin durch einstimmigen Beschluss nach § 552a ZPO zurückzuweisen.

Gründe:

I.

1. Die Klägerin erwarb mit im September 2017 geschlossenem Kaufvertrag bei der Beklagten ein im Jahr 2016 erstmals zugelassenes Fahrzeug Audi A 7 Sportback 3.0 TDI mit einem Kilometerstand von 14.800 zum Preis von 67.890 €. Das Fahrzeug ist mit einem Dieselmotor des Typs EA 897 (Euro 6) ausgestattet. Bei dem Fahrzeug wird zur Abgasminderung eine Abgasrückführung vorgenommen. Dabei wird - im Ausmaß abhängig von der Außentemperatur und den Abgastemperaturen - ein Teil der Abgase zurück in das Ansaugsystem des Motors geführt. Zudem besitzt das System einen SCR-Katalysator, dessen Wirkungsgrad gleichfalls von den Abgastemperaturen abhängig ist.
2. Mit Bescheid vom 19. Januar 2018 ordnete das Kraftfahrt-Bundesamt den Rückruf unter anderem für den streitgegenständlichen Fahrzeugtyp mit der Begründung an, dass bei diesen Fahrzeugen eine unzulässige Abschaltvorrichtung vorhanden sei.

3 Mit Anwaltsschreiben vom Mai 2018 focht die Klägerin den Kaufvertrag an und erklärte zudem den Rücktritt vom Vertrag. Sie verlangte die Rückzahlung des Kaufpreises Zug um Zug gegen Rückgabe des Fahrzeugs.

4 Die Fahrzeugherstellerin entwickelte im Folgenden ein Software-Update, das mit Bescheid des Kraftfahrt-Bundesamts vom 26. November 2018 freigegeben wurde und einen vorschriftsmäßigen Zustand herstellen sollte. Die Klägerin, die von der Fahrzeugherstellerin im Januar 2019 über das zur Verfügung stehende Software-Update informiert und um die Vereinbarung eines Werkstatttermins gebeten worden war, ließ das Software-Update nicht aufspielen, weil sie negative Folgen für das Fahrzeug befürchtete.

5 Ihre auf Rückzahlung des Kaufpreises nebst Zinsen, Zug um Zug gegen Übereignung und Herausgabe des Fahrzeugs sowie gegen Zahlung einer von der Beklagten darzulegenden Nutzungsentschädigung, auf Feststellung des Annahmeverzugs der Beklagten sowie auf Freistellung von außergerichtlichen Rechtsanwaltskosten gerichtete Klage hat vor dem Landgericht keinen Erfolg gehabt.

6 Auf die hiergegen gerichtete Berufung der Klägerin hat das Oberlandesgericht die Beklagte zur Rückzahlung des Kaufpreises nebst Zinsen, Zug um Zug gegen Übereignung und Herausgabe des Fahrzeugs sowie Zahlung einer Nutzungsentschädigung in Höhe von 13.291,63 €, verurteilt. Die weitergehende Berufung hat es zurückgewiesen.

7 Mit der vom Berufungsgericht zugelassenen Revision erstrebt die Klägerin eine Herabsetzung der der Beklagten zugesprochenen Nutzungsentschädigung und verfolgt ihr auf Verurteilung der Beklagten zur Freistellung von außergerichtlichen Rechtsanwaltskosten gerichtetes Begehren weiter.

8 2. Das Berufungsgericht hat, soweit für das Revisionsverfahren von Interesse, im Wesentlichen ausgeführt:

9 Die Klägerin könne die Rückzahlung des Kaufpreises gemäß § 346 Abs. 1 BGB verlangen, weil sie im Mai 2018 wirksam gemäß § 437 Nr. 2, § 440 Satz 1, § 434 Abs. 1 Satz 1 und 2 BGB von dem Kaufvertrag zurückgetreten sei. Das Rücktrittsrecht sei nicht von dem fruchtlosen Ablauf einer Nacherfüllungsfrist abhängig gewesen, da eine Nacherfüllung durch die Beklagte unzumutbar im Sinne von § 440 Satz 1 BGB, wenn nicht unmöglich im Sinne von § 326 Abs. 5 BGB gewesen sei. Im Zeitpunkt der Rücktrittserklärung sei völlig offen gewesen, ob der Herstellerin des Fahrzeugs die Entwicklung eines Software-Updates gelänge, das für die Einhaltung der Stickoxidgrenzwerte auch im Normalbetrieb sorgen und damit die Stilllegungsgefahr beseitigen würde.

10 Für die Bemessung des von der Klägerin gemäß § 346 Abs. 1, Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 BGB herauszugebenden Werts der Fahrzeugnutzung sei die vom Landgericht festgestellte zu erwartende Restlaufleistung des Fahrzeugs im Zeitpunkt des Kaufs zugrunde zu legen, die - ausgehend von einer Gesamtlauflistung von 300.000 km abzüglich 14.800 gefahrener Kilometer bei Übergabe - 285.200 km betragen habe.

11 Eine Freistellung von den vorgerichtlichen Kosten ihrer Prozessbevollmächtigten könne die Klägerin nicht verlangen. Ein Anspruch aus Verzug scheidet mangels verzugsbegründender Mahnung im Zeitpunkt der Entstehung der Kosten aus, ein deliktischer Anspruch mangels Zurechenbarkeit etwaiger Kenntnisse der Fahrzeugherstellerin.

II.

12 Die Revision ist uneingeschränkt zugelassen. Soweit das Berufungsgericht in den Entscheidungsgründen ausgeführt hat, die Zulassung erfolge im Hinblick auf die Frage, ob der Käufer eines Fahrzeugs mit unzulässiger Abschalteneinrichtung vom Kaufvertrag zurücktreten könne, ohne dem Verkäufer Gelegenheit zur Mängelbeseitigung zu geben, kann dem nicht mit der erforderlichen Eindeutigkeit entnommen werden, dass es die Revisionszulassung auf den Kaufpreisrückzahlungsanspruch der Klägerin aus dem erklärten Rücktritt hat beschränken - und damit die Gegenansprüche der Beklagten aufgrund des Rückgewährschuldverhältnisses aus der revisionsrechtlichen Überprüfung hat herausnehmen - wollen. Zudem hängt auch die Entscheidung über das Bestehen dieser Gegenansprüche von der Wirksamkeit des erklärten Rücktritts und damit von der als Grund für die Revisionszulassung genannten Frage einer Entbehrlichkeit der Fristsetzung zur Nacherfüllung ab.

III.

13 1. Ein Revisionszulassungsgrund besteht nicht (§ 552a Satz 1, § 543 Abs. 2 Satz 1 ZPO). Die vom Berufungsgericht benannte Rechtsfrage lässt sich unter Heranziehung des Gesetzes sowie der ergangenen Senatsrechtsprechung beantworten. Ihr kommt deshalb weder grundsätzliche Bedeutung (§ 543 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 ZPO) zu noch ist eine Entscheidung des Revisionsgerichts zur Fortbildung des Rechts erforderlich (§ 543 Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 Alt. 1 ZPO). Zudem bedarf es einer Entscheidung des Revisionsgerichts zur Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung (§ 543 Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 Alt. 2 ZPO) nicht.

14 a) Ob der Käufer eines mit einem Sachmangel behafteten Fahrzeugs vom Kaufvertrag zurücktreten kann, obwohl er dem Verkäufer zuvor nicht die gemäß

§ 437 Nr. 2, § 323 Abs. 1 BGB für den Rücktritt des Käufers grundsätzlich erforderliche Frist zur Nacherfüllung gesetzt hat, bestimmt sich danach, ob die Voraussetzungen eines Ausnahmetatbestands (§ 323 Abs. 2, § 326 Abs. 5, § 440 BGB) - im Zeitpunkt der Rücktrittserklärung - gegeben sind. Für das Eingreifen eines solchen Ausnahmetatbestands ist der Käufer, der sekundäre Gewährleistungsrechte geltend macht, darlegungs- und beweisbelastet (vgl. nur Senatsurteil vom 11. Februar 2009 - VIII ZR 274/07, NJW 2009, 1341 Rn. 15 mwN [für § 440 BGB]). Die hierfür jeweils geltenden Anforderungen sind seit langem geklärt.

- 15 Nach der vom Berufungsgericht herangezogenen Vorschrift des § 440 Satz 1 Alt. 3 BGB kommt es darauf an, ob die dem Käufer zustehende Art der Nacherfüllung für diesen unzumutbar ist. Mit der dem Käufer zustehenden Art der Nacherfüllung ist die vom Käufer gewählte (§ 439 Abs. 1 BGB) und vom Verkäufer nicht zu Recht verweigerte (§ 439 Abs. 3 BGB) Art der Nacherfüllung gemeint (Senatsurteil vom 15. November 2006 - VIII ZR 166/06, NJW 2007, 504 Rn. 14 mwN). Für die Beurteilung der Unzumutbarkeit ist der Erkenntnisstand des Käufers im Zeitpunkt der Rücktrittserklärung maßgebend (vgl. Senatsurteil vom 18. Januar 2017 - VIII ZR 234/15, NJW 2017, 1666 Rn. 36). Zu berücksichtigen sind alle Umstände des Einzelfalls (vgl. nur Senatsurteile vom 15. April 2015 - VIII ZR 80/14, NJW 2015, 1669 Rn. 22; vom 26. Oktober 2016 - VIII ZR 240/15, NJW 2017, 153 Rn. 23). Unter (besonderen) Umständen kann sich die Unzumutbarkeit für den Käufer auch aufgrund zeitlicher Gegebenheiten und einer damit einhergehenden Ungewissheit darüber ergeben, ob der Verkäufer in absehbarer Zeit noch zur Mängelbeseitigung in der Lage sein wird (vgl. Senatsurteil vom 18. Januar 2017 - VIII ZR 234/15, aaO Rn. 34 ff.). Letztlich kommt es ausschlaggebend darauf an, ob aufgrund der aufgetretenen Mängel das Vertrauen des

Käufers in eine insgesamt ordnungsgemäße Herstellung des Fahrzeugs ernsthaft erschüttert ist (Senatsurteil vom 23. Januar 2013 - VIII ZR 140/12, NJW 2013, 1523 Rn. 34).

16 Nach § 326 Abs. 5 BGB ist eine Fristsetzung hingegen nur dann entbehrlich, wenn beide Arten der Nacherfüllung - nicht lediglich die vom Käufer gewählte Art - unmöglich im Sinne von § 275 BGB sind (vgl. Senatsurteile vom 7. Juni 2006 - VIII ZR 209/05, BGHZ 168, 64 Rn. 17; vom 10. Oktober 2007 - VIII ZR 330/06, NJW 2008, 53 Rn. 23; vom 11. Dezember 2019 - VIII ZR 361/18, BGHZ 224, 195 Rn. 39).

17 b) Diese Grundsätze finden, wie der Senat in jüngerer Zeit mehrfach entschieden hat, auch in den Fällen Anwendung, in denen der Sachmangel des Fahrzeugs darin besteht, dass es mit einer unzulässigen Abschaltvorrichtung im Sinne von Art. 5 Abs. 2 Satz 1 der Verordnung (EG) Nr. 715/2007 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 20. Juni 2007 über die Typgenehmigung von Kraftfahrzeugen hinsichtlich der Emissionen von leichten Personenkraftwagen und Nutzfahrzeugen (Euro 5 und Euro 6) und über den Zugang zu Reparatur- und Wartungsinformationen für Fahrzeuge (ABl. L 171/1) versehen ist (vgl. Senatsurteile vom 21. Juli 2021 - VIII ZR 254/20, NJW 2021, 2958 Rn. 81 ff. [zu § 326 Abs. 5 und § 440 Satz 1 Alt. 3 BGB], zur Veröffentlichung in BGHZ bestimmt; vom 29. September 2021 - VIII ZR 111/20, NJW 2022, 463 Rn. 21 ff. [umfassend zu den Ausnahmetatbeständen], zur Veröffentlichung in BGHZ bestimmt; vom 26. Januar 2022 - VIII ZR 140/20 unter II 2 b, zur Veröffentlichung bestimmt [zu § 440 Satz 1 Alt. 3 BGB]). Einen weitergehenden Klärungsbedarf zeigt die Revision nicht auf.

18 2. Die von der Klägerin auf die Berechnung des Nutzungswertersatzanspruchs der Beklagten sowie auf den vorinstanzlich geltend gemachten Anspruch

auf Freistellung von vorgerichtlichen Anwaltskosten beschränkt eingelegte Revision hat auch keine Aussicht auf Erfolg (§ 552a Satz 1 ZPO).

19 a) Das Berufungsgericht hat rechtsfehlerfrei die von der Klägerin gemäß § 346 Abs. 1, Abs. 2 Satz 1 Nr. 1, § 348 Satz 1 BGB zu zahlende Nutzungsschädigung für das Fahrzeug nach der sogenannten linearen Berechnungsmethode ermittelt (vgl. zur Berechnung bei der Rückabwicklung eines Gebrauchtwagenkaufs nur Senatsurteil vom 9. April 2014 - VIII ZR 215/13, NJW 2014, 2435 Rn. 11 f.; Senatsbeschluss vom 9. Dezember 2014 - VIII ZR 196/14, juris Rn. 3). Die von der Revision erhobenen Rügen gegen die Annahme einer Gesamtfahrleistung von 300.000 km, welche das Berufungsgericht seiner Berechnung der voraussichtlichen Restlaufleistung des Fahrzeugs im Zeitpunkt der Übergabe an die Klägerin zugrunde gelegt hat, greifen nicht durch.

20 aa) Anders als die Revision meint, hat das Berufungsgericht nicht den Anspruch der Klägerin auf Gewährung rechtlichen Gehörs (Art. 103 Abs. 1 GG) verletzt, indem es dem auf Einholung eines Sachverständigengutachtens gerichteten Beweisantritt der Klägerin zu der Behauptung, bei einem Fahrzeug der mittleren und gehobenen Klasse - wie hier - sei im Hinblick auf den hohen Qualitätsstandard eine Gesamtlauflistung von mindestens 400.000 km zu erwarten, nicht nachgegangen ist. Fehl geht auch die weitere Rüge der Revision, das Berufungsgericht habe die Klägerin vorab gemäß § 139 ZPO darauf hinweisen müssen, dass es - wie das Landgericht - für die Bemessung der Nutzungsschädigung eine - geschätzte - Gesamtlauflistung des Fahrzeugs in Höhe von 300.000 km zugrunde legen werde, um ihr so Gelegenheit zur Wiederholung des bereits erstinstanzlich erfolgten Beweisantritts für eine höhere Gesamtlauflistung zu geben.

21 (1) Nach der ständigen Senatsrechtsprechung ist der Wert des Gebrauchs eines Fahrzeugs im Bestreitensfall vom Tatrichter analog § 287 Abs. 1 ZPO nach freiem Ermessen zu schätzen (Senatsurteil vom 29. September 2021 - VIII ZR

111/20, NJW 2022, 463 Rn. 52 mwN). Der Senat hat eine solche Schätzung zugelassen, weil eine empirische Ermittlung des Werts der erfolgten Nutzung des Fahrzeugs in aller Regel nicht möglich ist. Das gilt auch für die als Bemessungsfaktor heranzuziehende Gesamtleistung eines Fahrzeugs (vgl. Senatsurteil vom 29. September 2021 - VIII ZR 111/20, aaO Rn. 57 mwN).

22 Aus der Senatsrechtsprechung ergibt sich nicht, dass die Gerichte ihre Schätzung der Gesamtfahrleistung grundsätzlich auf die Feststellungen eines Sachverständigen zu stützen hätten. Vielmehr hat der Senat die in Kommentierungen enthaltenen Übersichten über die gefestigte Schätzungspraxis der Gerichte, einschlägige Schwackelisten beziehungsweise sonstige aussagekräftige statistische Auswertungen angesichts der eingeschränkten empirischen Ermittlungsmöglichkeiten und im Interesse einer einheitlichen Handhabung als regelmäßig hinreichende Schätzungsgrundlage für die zu prognostizierende Gesamtleistung eines erworbenen Fahrzeugs angesehen (Senatsurteil vom 29. September 2021 - VIII ZR 111/20, aaO Rn. 70).

23 (2) Die Klägerin hat keine Gesichtspunkte vorgetragen, die dafür sprächen, dass demgegenüber im Streitfall ein Sachverständigengutachten eine tragfähigere Schätzgrundlage böte.

24 Auch ein Sachverständiger wäre letztlich darauf angewiesen, von ihm für bestimmte Fälle in Erfahrung gebrachte Laufleistungen dahin zu bewerten, ob dies für die entsprechende Fahrzeugqualität der üblichen (durchschnittlichen) Erwartung entspricht. Denn insoweit kommt es auf die unter gewöhnlichen Umständen durchschnittlich zu erwartende Gesamtnutzungsdauer des Fahrzeugs an, die nicht nur unter Einbeziehung von Motorisierung, Qualität und Preisklasse des Fahrzeugs, sondern auch unter Berücksichtigung wirtschaftlicher Erwägungen zu bestimmen ist und daher nicht mit der im konkreten Fall aufgrund der Fahrweise zu erwartenden Restlaufzeit übereinstimmen muss. Vor diesem Hintergrund ist

- ohne die Darlegung besonderer Umstände - regelmäßig nicht davon auszugehen, dass die Einholung eines Sachverständigengutachtens mit einem weiteren oder jedenfalls einem signifikanten Erkenntnisgewinn bezüglich der Anknüpfungstatsachen für eine Schätzung verbunden wäre (vgl. zu allem Senatsurteil vom 29. September 2021 - VIII ZR 111/20, NJW 2022, 463 Rn. 58 bis 61).

25 Vorliegend ergeben sich solche besonderen Umstände nicht daraus, dass die Klägerin - wie die Revision geltend macht - auf "den hohen Qualitätsstandard von Fahrzeugen der mittleren und gehobenen Klasse" verwiesen hat, "den die Beklagte [...] ausdrücklich für ihre Produkte in Anspruch nehme". An der von der Revision angeführten Stelle hat die Klägerin lediglich eine allgemein gehaltene Passage aus dem Schrifttum (Reinking/Eggert, Der Autokauf, 13. Aufl., Rn. 1171) zitiert, der aber keine allgemeingültigen Feststellungen zu der erwartbaren Gesamtleistung von Fahrzeugen der entsprechenden Fahrzeugklassen zugrunde liegen (vgl. hierzu und zu dem von der Klägerin gleichfalls benannten Urteil des OLG Köln, NJW-RR 2013, 1209; Senatsurteil vom 29. September 2021 - VIII ZR 111/20, aaO Rn. 65, 68 f.).

26 bb) Soweit das Berufungsgericht die Schätzung des Landgerichts hinsichtlich einer zu erwartenden Gesamtleistung des Fahrzeugs von 300.000 km gebilligt und seiner eigenen Bewertung zur Nutzungsentschädigung zugrunde gelegt hat, ist dies revisionsrechtlich nicht zu beanstanden. Insoweit bleibt aus den vorgenannten Gründen die auf eine Verletzung von § 529 Abs. 1 Nr. 1 ZPO gestützte Rüge der Revision ohne Erfolg, wonach sich erhebliche Zweifel an der Richtigkeit und Vollständigkeit der diesbezüglichen erstinstanzlichen Feststellung wegen der trotz Beweisantritts unterbliebenen Beweiserhebung über die Gesamtleistung ergeben hätten.

27 Indem die Revision demgegenüber lediglich behauptet, es sei eine Mindestlaufzeit des Fahrzeugs von 400.000 km zu erwarten, zeigt sie eine reversible

Überschreitung des tatrichterlichen Schätzungsermessens nicht auf. Die Bemessung der Gesamtleistung für den streitgegenständlichen Audi A 7 mit 300.000 km hält sich innerhalb der Bandbreite der in der Rechtsprechung für vergleichbare Fahrzeuge angenommenen Werte. Die Klägerin selbst hat mit der Klageschrift zwei Gerichtsentscheidungen angeführt, welche die zu erwartende Laufleistung mit 300.000 km und 350.000 km bemessen haben; sie hält diese Werte lediglich für zu niedrig. Das von ihr zitierte Werk (Reinking/Eggert, Der Autokauf, 14. Aufl., Rn. 3574) nennt in einer Aufstellung von Beispielen aus der jüngeren Rechtsprechung für Fahrzeuge des Typs Audi A 8 und A 6 geschätzte Gesamtleistungen von 200.000 km und 250.000 km, für einen BMW 740d 250.000 km sowie für einen Mercedes 560 SEC 300.000 km. Damit liegt die vom Berufungsgericht zugrunde gelegte Gesamtleistung von 300.000 km sogar im eher oberen Bereich.

28 b) Rechtsfehlerfrei hat das Berufungsgericht zudem einen Anspruch der Klägerin gegen die Beklagte auf Freistellung von vorgerichtlichen Rechtsanwaltskosten (§ 257 BGB) verneint. Eine solche Forderung kommt bereits dem Grunde nach unter keinem rechtlich denkbaren Gesichtspunkt in Betracht. Auf die weiteren Ausführungen der Revision, welche die Zweckmäßigkeit und Erforderlichkeit der Einschaltung eines Rechtsanwalts betreffen, kommt es deshalb nicht an.

29 aa) Wie das Berufungsgericht zutreffend angenommen hat, befand sich die Beklagte bei Abfassung des die geltend gemachten vorgerichtlichen Kosten auslösenden Schriftsatzes der späteren Prozessbevollmächtigten der Klägerin vom Mai 2018 nicht in Verzug. Das wird von der Revision nicht angegriffen.

30 bb) Anders als die Revision meint, kann die Klägerin eine Freistellung von den vorgerichtlichen Rechtsanwaltskosten aber auch nicht im Rahmen eines auf die Verletzung der nach § 433 Abs. 1 Satz 2 BGB bestehenden Pflicht zur Lieferung einer mangelfreien Sache gestützten Schadensersatzanspruchs (§ 437

Nr. 3, § 280 Abs. 1, § 281 Abs. 1 Satz 1 BGB) verlangen. Es ist weder dargelegt noch ersichtlich, dass die Beklagte insoweit ein Verschulden trifft. Rechtsfehlerfrei ist das Berufungsgericht dabei davon ausgegangen, dass der Beklagten ein etwaiges Verschulden der Fahrzeugherstellerin nicht nach § 278 BGB zuzurechnen ist (vgl. Senatsurteil vom 29. September 2021 - VIII ZR 111/20, NJW 2022, 463 Rn. 75 mwN).

31 cc) Die Klägerin kann eine Freistellung von den vorgerichtlich entstandenen Anwaltskosten schließlich auch nicht auf der Grundlage von § 439 Abs. 2 BGB verlangen. Mit dem die vorgerichtlichen Kosten auslösenden Schriftsatz vom Mai 2018 haben die späteren Prozessbevollmächtigten der Klägerin nach den verfahrensfehlerfrei getroffenen und von der Revision nicht angegriffenen Feststellungen unmittelbar die Anfechtung des Kaufvertrags und den Rücktritt vom Kaufvertrag erklärt. Die geltend gemachten Anwaltskosten fielen somit allein für die anwaltliche Unterstützung bei der Rückabwicklung des Kaufvertrags, nicht aber zum Zwecke der Nacherfüllung an (vgl. Senatsurteil vom 29. September 2021 - VIII ZR 111/20, aaO Rn. 76 ff.).

32 3. Es besteht Gelegenheit zur Stellungnahme binnen drei Wochen ab Zustellung dieses Beschlusses. Zudem wird darauf hingewiesen, dass die Anschlussrevision der Beklagten gemäß § 554 Abs. 4 Alt. 1 ZPO ihre Wirkung verliert, wenn die Revision zurückgenommen oder durch Beschluss zurückgewiesen wird.

Dr. Fetzer

Dr. Bünger

Wiegand

Dr. Mattussek

Dr. Reichelt

Hinweis:

Das Revisionsverfahren ist durch Revisionsrücknahme erledigt worden.

Vorinstanzen:

LG Flensburg, Entscheidung vom 12.09.2019 - 4 O 246/18 -

OLG Schleswig, Entscheidung vom 11.03.2021 - 11 U 165/19 -