



BUNDESGERICHTSHOF

BESCHLUSS

VIII ZR 7/21

vom

21. März 2023

in dem Rechtsstreit

Der VIII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat am 21. März 2023 durch den Richter Dr. Bünger als Vorsitzenden sowie die Richterinnen Dr. Liebert, Wiegand, Dr. Matussek und Dr. Böhm

beschlossen:

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

Gründe:

I.

1. Der Kläger erwarb mit Kaufvertrag vom 9. April 2015 als Verbraucher von dem beklagten Autohändler einen neuen Seat Alhambra Sun 2.0 TDI zu einem Kaufpreis in Höhe von 32.349,70 €. Die Übergabe des Fahrzeugs an den Kläger erfolgte am 28. Juli 2015. Das von der Streithelferin des Beklagten hergestellte Fahrzeug ist mit einem - von der an dem vorliegenden Revisionsverfahren nicht mehr beteiligten zweitbeklagten Volkswagen AG hergestellten - Dieselmotor des Typs EA 189 (Abgasnorm Euro 5) ausgestattet. Dieser weist eine Motorsteuerungssoftware auf, die über eine Fahrzykluserkennung mit zwei unterschiedlichen Betriebsmodi zur Steuerung der Abgasrückführung verfügt und bewirkt, dass die Abgasrückführung auf einem Prüfstand höher und damit der Abgasausstoß dort geringer ist als im normalen Straßenverkehr.

- 2 Nachdem das Kraftfahrt-Bundesamt die Software als unzulässige Abschaltanlage beanstandet hatte, entwickelte die Volkswagen AG für den Motor ein Software-Update, welches hinsichtlich des Stickoxidausstoßes einen vorschriftsgemäßen Zustand herstellen sollte und vom Kraftfahrt-Bundesamt mit Bescheid vom 20. Dezember 2016 für Fahrzeuge des vom Kläger erworbenen Typs freigegeben wurde. Mit Schreiben vom 23. Januar 2017 teilte die Streithelferin dem Kläger mit, dass die benötigte Software nunmehr zur Verfügung stehe und sein Fahrzeug umprogrammiert werden könne.

- 3 Mit Schreiben vom 6. Juni 2017 forderte der Kläger den Beklagten unter Hinweis auf aus seiner Sicht durch das Software-Update entstehende Nachteile dazu auf, bis zum 31. Dezember 2018 auf die Einrede der Verjährung zu verzichten. Der Beklagte erklärte mit Schreiben vom 9. Juni 2017 einen Verzicht auf die Erhebung der Verjährungseinrede bis zum 31. Dezember 2017 "im Hinblick auf etwaige Ansprüche, die im Zusammenhang mit der in Fahrzeugen mit Motortyp EA 189 eingebauten Software" bestünden, auch soweit diese bereits verjährt seien. Mit weiterem Schreiben vom 29. November 2017 verlangte der Kläger von dem Beklagten unter Fristsetzung die Nachlieferung eines neuen typengleichen Ersatzfahrzeugs. Dem kam der Beklagte nicht nach.

- 4 Nachdem die Stadt S. dem Kläger im Laufe des erstinstanzlichen Verfahrens - namentlich mit Schreiben vom 26. September 2018 - den weiteren Betrieb des Fahrzeugs untersagt hatte, ließ der Kläger das von der Streithelferin des Beklagten angebotene Software-Update am 25. Oktober 2018 aufspielen.

- 5 Das vom Kläger im Frühjahr 2015 erworbene Fahrzeug wird seit Mitte des Jahres 2015 nicht mehr hergestellt. Stattdessen wird ein Nachfolgemodell ange-

boten, das sich unter anderem in Bezug auf den Motortyp (EA 288), die Schadstoffklasse (Abgasnorm Euro 6) und die Sicherheitsausstattung von der vorherigen Fahrzeuggeneration unterscheidet.

6 Mit der am 11. Dezember 2017 eingereichten Klage hat der Kläger in der Hauptsache zunächst (nur) die Lieferung eines mangelfreien Ersatzfahrzeugs begehrt. Erstmals mit Schriftsatz vom 29. Juni 2018 hat er daneben hilfsweise die Rückabwicklung des Kaufvertrags verlangt.

7 Der zuletzt - soweit für das Revisionsverfahren von Belang - auf die Lieferung eines mangelfreien Neufahrzeugs des Typs Seat Alhambra 2.0 TDI aus der aktuellen Serie, Zug um Zug gegen Rückgabe und Rückübereignung des von ihm erworbenen Fahrzeugs - hilfsweise auf Rückzahlung des Kaufpreises und Erstattung notwendiger Verwendungen, jeweils nebst Zinsen und wiederum Zug um Zug gegen Rückgabe und Rückübereignung des Fahrzeugs - und daneben auf Feststellung des Annahmeverzugs sowie auf Erstattung vorgerichtlicher Rechtsanwaltskosten nebst Zinsen gerichteten Klage hat das Landgericht gegenüber dem Beklagten gemäß den Hauptanträgen stattgegeben; die mit demselben Klageziel gegen die zweitbeklagte Volkswagen AG gerichtete Klage hat es abgewiesen. Auf die Berufung des Beklagten hat das Oberlandesgericht auch die gegen diesen gerichtete Klage abgewiesen.

8 Mit der vom Berufungsgericht zugelassenen Revision erstrebt der Kläger die Wiederherstellung des erstinstanzlichen Urteils, hilfsweise die Rückabwicklung des Kaufvertrags und auch insoweit die Feststellung des Annahmeverzugs des Beklagten sowie die Erstattung der vorgerichtlichen Anwaltskosten nebst Zinsen.

9 2. Zur Begründung seiner Entscheidung hat das Berufungsgericht, soweit für das Revisionsverfahren von Interesse, im Wesentlichen ausgeführt:

10 Dem Kläger stehe ein Anspruch auf Lieferung eines neuen Ersatzfahrzeugs nicht zu. Zwar habe das von ihm erworbene Fahrzeug im Zeitpunkt des Gefahrübergangs einen Sachmangel aufgewiesen, der darin gelegen habe, dass dem Fahrzeug wegen des mit einer unzulässigen Abschaltvorrichtung versehenen Dieselmotors eine Betriebsuntersagung gedroht habe. Dieser Mangel sei jedoch durch das im Oktober 2018 erfolgte Aufspielen des Software-Updates beseitigt worden.

11 Aus dem - insoweit allein maßgeblichen - Bescheid des Kraftfahrt-Bundesamts vom 20. Dezember 2016 ergebe sich, dass die Gefahr einer Betriebsuntersagung nach dem Aufspielen des Software-Updates - trotz der in dieser Software enthaltenen, vom Kraftfahrt-Bundesamt indes als zulässig eingestuften Abschaltvorrichtung in Form eines "Thermofensters" - objektiv nicht mehr gegeben sei und hierdurch auch nicht die vom Kläger behaupteten Folgemängel (Probleme an weiteren Fahrzeugkomponenten, etwa AGR-System, Dieselpartikelfilter und Einspritzdüsen) verursacht würden. Soweit der Kläger eine fehlende Untersuchung der negativen Folgen des Updates für weitere Fahrzeugkomponenten durch das Kraftfahrt-Bundesamt rüge, erfolge diese Behauptung mit Blick auf die mit dem genannten Bescheid getroffenen Feststellungen des Kraftfahrt-Bundesamts hinsichtlich der Schadstoffemissionen und der Dauerhaltbarkeit von emissionsmindernden Einrichtungen ins Blaue hinein.

12 Entgegen der Auffassung des Klägers führe der Umstand, dass das Fahrzeug von dem sogenannten Abgasskandal betroffen sei, auch nicht zu einem - durch das Aufspielen des Updates nicht behebbaren - Mangel in Form eines merkantilen Minderwerts des Fahrzeugs. Für diese Annahme bedürfe es konkre-

ter Anhaltspunkte, die darauf hindeuteten, dass gerade Dieselfahrzeuge, bei denen eine unzulässige Abschaltvorrichtung durch ein Update entfernt worden sei, aus diesem Grund einen geringeren Wiederverkaufswert hätten. Diesen Anforderungen genüge der Vortrag des Klägers nicht.

13 Ein Anspruch auf Erstattung der vorgerichtlichen Rechtsanwaltskosten stehe dem Kläger ebenfalls nicht zu. Zwar sei das Fahrzeug zum Zeitpunkt seiner Rücktrittserklärung mangelhaft gewesen. Der Rücktritt sei indes verfrüht erklärt worden, weil der Kläger dem Beklagten zuvor eine Frist zur Nacherfüllung hätte setzen müssen. Demgemäß sei die Inanspruchnahme anwaltlicher Hilfe ebenfalls verfrüht erfolgt.

14 Auch auf die hilfsweise geltend gemachte Rückabwicklung des Kaufvertrags habe der Kläger keinen Anspruch, da das Fahrzeug infolge der erfolgreichen Nachbesserung durch das Aufspielen des Software-Updates keinen Mangel mehr aufweise.

II.

15 1. Ein Grund für die Zulassung der Revision liegt nicht (mehr) vor (§ 552a Satz 1, § 543 Abs. 2 Satz 1 ZPO).

16 a) Insbesondere ist eine Entscheidung nicht - wie das Berufungsgericht ohne nähere Begründung angenommen hat - zur Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung (§ 543 Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 Alt. 2 ZPO) erforderlich.

17 Es ist - mangels anderweitiger Begründung in der angefochtenen Entscheidung - davon auszugehen, dass das Berufungsgericht diesen Revisionszulassungsgrund wegen seiner Annahmen bejaht hat, der bei Gefahrübergang vorhandene Sachmangel sei durch das im Oktober 2018 erfolgte Aufspielen des

Software-Updates behoben worden, da sich aus dem - insoweit allein maßgeblichen - Bescheid des Krafftahrt-Bundesamts vom 20. Dezember 2016 ergebe, dass die Gefahr einer Betriebsuntersagung nach dem Aufspielen des Software-Updates objektiv nicht mehr gegeben sei, und dass dieser Wertung das Vorbringen des Klägers zu der erneuten Implementierung einer unzulässigen Abschalt-einrichtung in Form eines sogenannten Thermofensters, zu weiteren Folgemängeln des Updates und zu einem selbst im Fall fachgerechter Nachbesserung verbleibenden merkantilen Minderwert nicht entgegenstehe. Die mit diesen Annahmen einhergehenden Rechtsfragen sind durch die nach Erlass des Berufungsurteils ergangene Senatsrechtsprechung geklärt (vgl. insbesondere Senatsurteil vom 8. Dezember 2021 - VIII ZR 190/19, BGHZ 232, 94 Rn. 68 ff., 79 ff., 92 ff., 98 ff.; Senatsbeschluss vom 29. September 2021 - VIII ZR 226/19, juris Rn. 17 ff., 23 ff.). Sie sind im Streitfall überdies - wie die nachfolgenden Ausführungen zum Fehlen der Erfolgsaussichten der Revision zeigen - nicht entscheidungserheblich.

18 b) Ein Revisionszulassungsgrund ist auch sonst nicht zu erkennen. Der vorliegende Fall wirft insbesondere keinen über die vorhandene - nach Erlass des Berufungsurteils ergangene - Rechtsprechung des Senats zu den Rechtsfragen im Zusammenhang mit einem auf Ersatzlieferung, hilfsweise auf Rückabwicklung des Kaufvertrags gerichteten Begehren aus einem Kaufvertrag über ein mit einem Dieselmotor des Typs EA 189 ausgestattetes Kraftfahrzeug (vgl. insbesondere Senatsurteil vom 21. Juli 2021 - VIII ZR 254/20, BGHZ 230, 296) hinausgehenden Klärungsbedarf auf.

19 2. Die Revision hat auch keine Aussicht auf Erfolg (§ 552a Satz 1 ZPO). Das Berufungsgericht hat zwar sowohl den primär verfolgten Anspruch des Klägers auf Ersatzlieferung eines mangelfreien Fahrzeugs als auch den hilfsweise geltend gemachten Anspruch des Klägers auf Rückabwicklung des Kaufvertrags

mit rechtsfehlerhafter Begründung verneint. Die Entscheidung des Berufungsgerichts stellt sich aber in Bezug auf beide Klageziele aus anderen Gründen als richtig dar (§ 561 ZPO). Damit entfällt zugleich die Grundlage für die sowohl auf den Haupt- als auch auf den Hilfsantrag bezogenen Nebenansprüche des Klägers (Feststellung des Annahmeverzugs des Beklagten mit der Rücknahme des erworbenen Fahrzeugs, Erstattung der vorgerichtlichen Anwaltskosten).

20 a) Im Ausgangspunkt rechtsfehlerfrei hat das Berufungsgericht angenommen, dass das vom Kläger erworbene Fahrzeug zum Zeitpunkt der Übergabe eine unzulässige 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 vom 29. Juni 2007) aufwies und ihm damit wegen der latenten Gefahr einer Betriebsuntersagung (§ 5 Abs. 1 FZV) ein Sachmangel nach § 434 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 BGB in der bis zum 31. Dezember 2021 geltenden Fassung (vgl. Art. 229 § 58 EGBGB) anhaftete (vgl. Senatsurteile vom 26. Januar 2022 - VIII ZR 140/20, VersR 2022, 703 Rn. 17; vom 29. September 2021 - VIII ZR 111/20, BGHZ 231, 149 Rn. 20; vom 21. Juli 2021 - VIII ZR 254/20, BGHZ 230, 296 Rn. 23 ff.; Senatsbeschluss vom 8. Januar 2019 - VIII ZR 225/17, NJW 2019, 1133 Rn. 6 ff.).

21 b) Die weiteren Erwägungen, mit denen das Berufungsgericht den primär verfolgten Anspruch des Klägers auf Ersatzlieferung verneint hat, sind zwar mit Rechtsfehlern behaftet (dazu nachfolgend unter aa). Dieser Anspruch ist nach Maßgabe der nach Erlass des Berufungsurteils ergangenen Senatsrechtsprechung aber aus anderen Gründen ausgeschlossen (dazu nachfolgend unter bb).

22 aa) Bereits im Ansatz rechtsfehlerhaft ist das Berufungsgericht - ohne dies ausdrücklich zu erörtern - davon ausgegangen, der Umstand, dass der Kläger im Zusammenhang mit der angeordneten Betriebsuntersagung das Software-Update habe aufspielen lassen, führe - wenn der Mangel dadurch behoben würde - dazu, dass er seinen Anspruch auf Ersatzlieferung verliere. Diese Sichtweise lässt - wie die Revision mit Recht rügt - außer Acht, dass § 439 Abs. 1 BGB nicht allein das Interesse, eine mangelfreie Sache zu erhalten, sondern auch das Wahlrecht des Käufers zwischen Nachbesserung und Ersatzlieferung schützt (vgl. Senatsurteil vom 24. Oktober 2018 - VIII ZR 66/17, BGHZ 220, 134 Rn. 53; vgl. auch - nach Erlass des Berufungsurteils verkündete - Senatsurteile vom 21. Juli 2021 - VIII ZR 275/19, juris Rn. 36 ff., und VIII ZR 357/20, juris Rn. 34 ff.; jeweils speziell zum Kauf vom sogenannten Dieselskandal betroffener Neufahrzeuge). Da der Kläger dieses Wahlrecht hier nach den insoweit rechtsfehlerfreien und im Revisionsverfahren nicht angegriffenen Feststellungen des Berufungsgerichts wirksam zu Gunsten der Ersatzlieferung ausgeübt hat, vermag das spätere Aufspielen des Updates an dem Fortbestand seines Anspruchs auf Ersatzlieferung grundsätzlich nichts zu ändern (vgl. Senatsurteile vom 21. Juli 2021 - VIII ZR 275/19, aaO Rn. 37, und VIII ZR 357/20, aaO Rn. 35).

23 In der hier vorliegenden Konstellation ist dem Kläger das weitere Verlangen einer Ersatzlieferung trotz Aufspielens des Updates auch nicht unter dem Gesichtspunkt des treuwidrigen Verhaltens (§ 242 BGB) verwehrt, was nach den Umständen des Einzelfalls zu bejahen sein kann, wenn ein Käufer mit der Mangelbeseitigung einverstanden ist (vgl. Senatsurteile vom 24. Oktober 2018 - VIII ZR 66/17, aaO Rn. 54 f.; vom 21. Juli 2021 - VIII ZR 275/19, aaO Rn. 38, und VIII ZR 357/20, aaO Rn. 36). Ein solches Einverständnis scheidet im Streitfall aus, weil der Kläger das Update nach den im Revisionsverfahren zugrunde zu

legenden Feststellungen des Berufungsgerichts vor dem Hintergrund hat aufspielen lassen, dass die Stadt S. ihm zuvor den weiteren Betrieb des Fahrzeugs untersagt hatte.

- 24 Danach kommt es auf die - vom Berufungsgericht mit ebenfalls fehlerhafter Begründung (vgl. zu den Anforderungen an den Vortrag des Käufers zu den mit der Implementierung eines bestimmten, vom Kraftfahrt-Bundesamt freigegebenen Software-Updates verbundenen Nachteilen sowie zur Bedeutung eines Freigabebescheids des Kraftfahrt-Bundesamts für die in einem Zivilprozess zu der Frage der Mangelbeseitigung durch das entsprechende Software-Update zu treffenden Feststellungen insbesondere Senatsurteil vom 8. Dezember 2021 - VIII ZR 190/19, BGHZ 232, 94 Rn. 68 ff., 79 ff., 92 ff., 98 ff.; Senatsbeschluss vom 29. September 2021 - VIII ZR 226/19, juris Rn. 17 ff., 23 ff.) bejahte - Frage, ob der bei Gefahrübergang vorhandene Sachmangel durch das im Oktober 2018 erfolgte Aufspielen des Software-Updates behoben wurde, nicht an.
- 25 bb) Der Anspruch des Klägers auf Lieferung eines mangelfreien Ersatzfahrzeugs ist hier jedoch nach Maßgabe der nach Erlass des Berufungsurteils ergangenen Senatsrechtsprechung - worauf die Revisionserwiderung zutreffend hinweist - gemäß § 275 Abs. 1 BGB wegen Unmöglichkeit der Leistung ausgeschlossen.
- 26 (1) Wie der Senat mit Urteilen vom 21. Juli 2021 (VIII ZR 254/20, BGHZ 230, 296 Rn. 54, 65 ff., VIII ZR 118/20, juris Rn. 58, 69 ff., VIII ZR 275/19, juris Rn. 55, 66 ff., und VIII ZR 357/20, juris Rn. 53, 64 ff.) entschieden hat, trifft den Verkäufer eines (mangelhaften) Neufahrzeugs zwar - nach dem im jeweiligen Einzelfall durch interessengerechte Auslegung zu ermittelnden Willen der Vertragsparteien (§§ 133, 157 BGB) - grundsätzlich auch dann eine Beschaffungspflicht, wenn zum Zeitpunkt der Geltendmachung eines Nachlieferungsbegehrens durch den Käufer lediglich ein Nachfolgemodell lieferbar ist. Dies gilt im

Falle eines - hier vorliegenden - Verbrauchsgüterkaufs jedoch in zeitlicher Hinsicht nicht unbegrenzt. Vielmehr ergibt eine nach beiden Seiten hin interessengerechte Auslegung des Parteiwillens bei Vertragsschluss in der Regel, dass die von dem Verkäufer übernommene Beschaffungspflicht bezüglich eines neuerwertigen Nachfolgemodells nur dann besteht, wenn ein Nachlieferungsanspruch innerhalb eines bei typisierender Betrachtung als sachgerecht und angemessen zu bewertenden Zeitraums von zwei Jahren ab Vertragsschluss geltend gemacht wird. Andernfalls ist das Nachlieferungsverlangen in diesen Konstellationen regelmäßig wegen Unmöglichkeit (§ 275 Abs.1 BGB) ausgeschlossen (siehe auch Senatsurteile vom 8. Dezember 2021 - VIII ZR 190/19, BGHZ 232, 94 Rn. 46; vom 4. Mai 2022 - VIII ZR 50/22, NJW 2022, 2923 Rn. 54; vom 20. Juli 2022 - VIII ZR 183/21, VersR 2022, 1381 Rn. 25).

27 (2) Ausgehend von diesen Grundsätzen führt die interessengerechte Auslegung der auf Abschluss des Kaufvertrags gerichteten Willenserklärungen der Parteien - die das Berufungsgericht von seinem Standpunkt aus folgerichtig unterlassen hat und der Senat selbst vornehmen kann, da weitere Feststellungen dazu nicht zu erwarten sind (vgl. etwa Senatsurteil vom 11. Dezember 2019 - VIII ZR 234/18, NJW-RR 2020, 523 Rn. 17) - im Streitfall zu dem Ergebnis, dass der vom Kläger geltend gemachte Ersatzlieferungsanspruch gemäß § 439 Abs. 1 Alt. 2 BGB mangels Verfügbarkeit eines nacherfüllungstauglichen Neufahrzeugs wegen Unmöglichkeit (§ 275 Abs. 1 BGB) ausgeschlossen ist.

28 Denn nach den rechtsfehlerfreien und im Revisionsverfahren nicht angegriffenen Feststellungen des Berufungsgerichts wird das ursprünglich vom Kläger erworbene Fahrzeugmodell Seat Alhambra Sun 2.0 TDI seit Mitte des Jahres 2015 nicht mehr hergestellt und ist das Nachfolgemodell - da zwischen dem Vertragsschluss am 9. April 2015 und dem erstmaligen Nacherfüllungsverlangen des

Klägers mit vorgerichtlichem Schreiben vom 29. November 2017 mehr als zweieinhalb Jahre liegen - nach Maßgabe der angeführten Senatsrechtsprechung von der Beschaffungspflicht des Beklagten im mangelbedingten Nacherfüllungsfall nicht umfasst.

29 Anhaltspunkte für das Vorliegen besonderer Umstände, aufgrund derer den Beklagten vorliegend ausnahmsweise eine deutlich weitergehende und damit namentlich auch das vom Kläger begehrte Fahrzeugmodell erfassende Beschaffungspflicht treffen würde, sind weder vorgetragen noch sonst erkennbar.

30 c) Die Begründung, mit der das Berufungsgericht den hilfsweise verfolgten Anspruch des Klägers auf Rückabwicklung des Kaufvertrags verneint hat, erweist sich ebenfalls als rechtsfehlerhaft (dazu nachfolgend unter aa). Diesem Anspruch steht indes - wie die Revisionserwiderung zutreffend geltend macht - die bereits in erster Instanz vom Beklagten erhobene Verjährungseinrede entgegen (dazu nachfolgend unter bb).

31 aa) Entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts - das die insoweit maßgeblichen zeitlichen Gesichtspunkte außer Acht gelassen hat - steht es der Wirksamkeit des Rücktritts nicht entgegen, dass der Kläger nach Erklärung des Rücktritts das Software-Update hat aufspielen lassen. Das Berufungsgericht hat insbesondere - worauf die Revision zu Recht hinweist - verkannt, dass der Anspruch auf Rückabwicklung eines Kaufvertrags nicht dadurch entfällt, dass ein bei Gefahrübergang und auch zum Zeitpunkt des Zugangs der Rücktrittserklärung noch vorhandener Sachmangel (vgl. zur Maßgeblichkeit auch des letzteren Zeitpunkts Senatsurteile vom 30. Oktober 2019 - VIII ZR 69/18, NJW 2020, 389 Rn. 35; vom 27. Mai 2020 - VIII ZR 315/18, BGHZ 226, 1 Rn. 42 f. mwN; vom 29. September 2021 - VIII ZR 111/20, BGHZ 231, 149 Rn. 20) später behoben wird. Zwar kann der Käufer in einem solchen Fall unter dem Gesichtspunkt treu-

widrigen Verhaltens (§ 242 BGB) gehindert sein, an der durch den wirksam erklärten Rücktritt erlangten Rechtsposition festzuhalten. Dies ist in der Regel jedoch - ähnlich wie im Fall der Geltendmachung eines Anspruchs auf Ersatzlieferung (dazu oben unter II 2 b aa) - nur dann anzunehmen, wenn die erfolgte Mängelbeseitigung mit Zustimmung des Käufers erfolgt ist (vgl. Senatsurteile vom 5. November 2008 - VIII ZR 166/07, NJW 2009, 508 Rn. 23; vom 26. Oktober 2016 - VIII ZR 240/15, NJW 2017, 153 Rn. 31).

32 Danach kann der Umstand, dass der Kläger im Laufe des erstinstanzlichen Verfahrens das Software-Update hat aufspielen lassen, seinem Anspruch auf Rückabwicklung des Kaufvertrags hier nicht entgegenstehen. Denn der Kläger hat (spätestens) mit dem in dem Schriftsatz vom 29. Juni 2018 enthaltenen Hilfsantrag auf Rückzahlung des Kaufpreises, Zug um Zug gegen Rückgabe des mangelbehafteten Fahrzeugs, eine Rücktrittserklärung (§ 349 BGB) abgegeben (vgl. Senatsurteil vom 21. Juli 2021 - VIII ZR 254/20, BGHZ 230, 196 Rn. 79 f. mwN). Zu diesem Zeitpunkt war der vom Berufungsgericht rechtsfehlerfrei angenommene Sachmangel in Form der Ausstattung des Fahrzeugmotors mit einer unzulässigen Abschaltvorrichtung jedoch noch vorhanden, da der Kläger das - nach Meinung des Berufungsgerichts zur Mangelbehebung führende - Software-Update nach den zugrunde zu legenden Feststellungen des Berufungsgerichts erst im Oktober 2018 hat aufspielen lassen. Ein den Vorwurf treuwidrigen Verhaltens rechtfertigendes Einverständnis des Klägers mit dieser Maßnahme kommt hier - wie oben bereits ausgeführt (unter II 2 b aa) - nicht in Betracht.

33 bb) Dem Anspruch des Klägers auf Rückabwicklung des Kaufvertrags steht indes die vom Beklagten erhobene Verjährungseinrede entgegen.

34 (1) Der vom Kläger erklärte Rücktritt ist gemäß § 438 Abs. 4 Satz 1 BGB in Verbindung mit § 218 Abs. 1 BGB in der auf den Streitfall gemäß Art. 229 § 39 EGBGB anzuwendenden bis zum 31. Dezember 2017 geltenden Fassung (im

Folgenden: aF) unwirksam. Denn der Anspruch auf Nacherfüllung war zu dem insoweit maßgeblichen Zeitpunkt der Rücktrittserklärung verjährt (§ 218 Abs. 1 Satz 1 BGB) beziehungsweise wäre - sofern der Beklagte nach § 275 Abs. 1 bis 3 BGB oder nach § 439 Abs. 3 BGB in der auf den Streitfall gemäß Art. 229 § 39 EGBGB anzuwendenden bis zum 31. Dezember 2017 geltenden Fassung von der Leistungspflicht befreit sein sollte - verjährt gewesen (§ 218 Abs. 1 Satz 2 BGB aF). Indem der Beklagte gegenüber den vom Kläger verfolgten Rückabwicklungsansprüchen die Einrede der Verjährung erhoben hat, hat er sich hierauf auch berufen.

35 (a) Da die Übergabe des Fahrzeugs an den Kläger nach den rechtsfehlerfrei getroffenen Feststellungen des Berufungsgerichts am 28. Juli 2015 erfolgte, ist sein etwaiger Anspruch auf Nacherfüllung nach § 438 Abs. 1 Nr. 3, Abs. 2 BGB mit Ablauf des 28. Juli 2017 verjährt. Dass der Kläger vor diesem Zeitpunkt den Rücktritt vom Kaufvertrag erklärt hätte, ist weder festgestellt noch sonst ersichtlich; dergleichen macht auch die Revision nicht geltend und zeigt insbesondere einen überangenen Vortrag in den Tatsacheninstanzen nicht auf.

36 (b) Der Umstand, dass der Beklagte mit Schreiben vom 9. Juni 2017 einen Verzicht auf die Erhebung der Verjährungseinrede "im Hinblick auf etwaige Ansprüche [...] im Zusammenhang mit der in Fahrzeugen mit Motortyp EA 189 eingebauten Software" bis zum 31. Dezember 2017 erklärt hat, führt weder zu einer zeitlichen Verschiebung des genannten Verjährungseintritts eines etwaigen Nacherfüllungsanspruchs des Klägers noch sonst dazu, dass es dem Beklagten - der vom Kläger erstmals Mitte des Jahres 2018 (hilfsweise) auf die Rückabwicklung des Kaufvertrags gerichtlich in Anspruch genommen worden ist - verwehrt wäre, sich auf die Unwirksamkeit des Rücktritts nach § 218 Abs. 1 BGB aF zu berufen. Die in diesem Zusammenhang gebotene Auslegung der Verzichtserklä-

nung, die das Berufungsgericht von seinem Standpunkt aus folgerichtig unterlassen hat, kann der Senat selbst vornehmen, da weitere Feststellungen dazu nicht zu erwarten sind (vgl. etwa Senatsurteil vom 11. Dezember 2019 - VIII ZR 234/18, NJW-RR 2020, 523 Rn. 17).

- 37 (aa) Ein Schuldner kann durch einseitige Erklärung wirksam auf die Einrede der Verjährung schon vor deren Eintritt verzichten (vgl. BGH, Urteile vom 10. November 2020 - VI ZR 285/19, VersR 2021, 265 Rn.17; vom 15. Dezember 2022 - VII ZR 523/21, juris Rn. 17). Durch einen vom Schuldner erklärten befristeten Verjährungsverzicht wird der Ablauf der Verjährung nicht beeinflusst; die Verjährungsvollendung wird nicht hinausgeschoben. Der Verjährungsverzicht hat regelmäßig nur zum Inhalt, dass die Befugnis des Schuldners, die Einrede der Verjährung zu erheben, bis zum Ende des vereinbarten Zeitraums ausgeschlossen wird. Der Verzicht soll den Gläubiger von der Notwendigkeit der alsbaldigen gerichtlichen Geltendmachung seines Anspruchs entheben. Erhebt der Gläubiger nicht innerhalb der Frist Klage (wobei eine Einreichung der Klage mit Zustellung "demnächst" genügt, § 167 ZPO analog), kann sich der Schuldner direkt nach Ablauf der Frist wieder auf Verjährung berufen und damit die Leistung verweigern (BGH, Urteile vom 10. November 2020 - VI ZR 285/19, aaO; vom 15. Dezember 2022 - VII ZR 523/21, aaO; Beschlüsse vom 7. Mai 2014 - XII ZB 141/13, NJW 2014, 2267 Rn. 18 f.; vom 13. Juni 2022 - VIa ZR 488/21, juris Rn. 18). Erhebt der Gläubiger dagegen die Klage vor Ablauf der Frist, bleibt der Verzicht auch nach Fristablauf wirksam. Die Klageerhebung innerhalb der Verzichtsfrist hindert den Schuldner demnach auch über die Frist hinaus an der Erhebung der Verjährungseinrede (BGH, Urteil vom 10. November 2020 - VI ZR 285/19, aaO; Beschluss vom 7. Mai 2014 - XII ZB 141/13, aaO Rn. 19).

- 38 Es ist zwar nicht ausgeschlossen, dass dem Verjährungsverzicht im Einzelfall über den dargestellten regelmäßigen Inhalt hinaus eine andere - größere -

Reichweite zukommt. Hierfür bedarf es aber besonderer Anhaltspunkte, die einen über den genannten Inhalt hinausgehenden Verzichtswillen des Schuldners erkennen lassen (vgl. BGH, Urteil vom 10. November 2020 - VI ZR 285/19, aaO Rn. 16; Beschluss vom 7. Mai 2014 - XII ZB 141/13, aaO Rn. 21).

39 (bb) Ausgehend von diesen Grundsätzen ist es dem Beklagten aufgrund des von ihm erklärten Verjährungsverzichts nicht verwehrt, sich auf die Unwirksamkeit des Rücktritts des Klägers nach § 218 Abs. 1 BGB aF zu berufen. Denn die Verzichtserklärung hat danach nicht zur Folge, dass der nach Maßgabe des § 438 Abs. 1 Nr. 3, Abs. 2 BGB mit Ablauf des 28. Juli 2017 erfolgte Eintritt der Verjährung eines etwaigen Nacherfüllungsanspruchs des Klägers bis zum 31. Dezember 2017 hinausgeschoben worden wäre. Das bedeutet gleichsam, dass die Einreichung der auf Ersatzlieferung gerichteten Klage im Dezember 2017 eine Hemmung der Verjährung des eingeklagten Anspruchs im Sinne von § 204 Abs. 1 Nr. 1 BGB nicht zu bewirken vermocht hat. Diese Klageerhebung hindert den Beklagten gemäß der Verzichtserklärung vielmehr lediglich über die vereinbarte Frist hinaus daran, sich im Prozess gegenüber dem (rechtzeitig) eingeklagten Anspruch auf Verjährung zu berufen. Eine weitergehende Wirkung ist der Verzichtserklärung des Beklagten mangels entsprechender Anhaltspunkte hierfür nicht beizumessen.

40 (aaa) Insbesondere ergibt sich aus der Erklärung des Beklagten nicht, dass er für den Fall einer innerhalb des vereinbarten Verichtszeitraums erhobenen Klage auf Nacherfüllung nicht nur hinsichtlich des eingeklagten Anspruchs auf die Einrede der Verjährung verzichten, sondern einer solchen Klageerhebung mit Blick auf die Regelung des § 218 Abs. 1 BGB aF darüber hinaus die Wirkung hätte zukommen lassen wollen, dass er im Fall einer späteren - nach Ablauf des Verichtszeitraums in den Prozess eingeführten - auf Rückabwicklung des Kaufvertrags gerichteten Klageerweiterung oder -änderung auch nicht befugt wäre,

sich auf die Unwirksamkeit eines etwa erklärten Rücktritts zu berufen. Vielmehr ist diese Erklärung - auch aus der insoweit maßgeblichen Sicht des Klägers als Erklärungsempfänger - dahingehend zu verstehen, dass dem Beklagten die Erhebung der Verjährungseinrede beziehungsweise die Berufung auf die Unwirksamkeit des Rücktritts nach § 218 Abs. 1 BGB aF ausschließlich in Bezug auf diejenigen (prozessualen) Ansprüche des Klägers verwehrt sein sollte, die dieser innerhalb des vereinbarten Zeitraums klageweise geltend macht.

41 Der Annahme einer darüberhinausgehenden - dem allgemein und knapp gehaltenen Wortlaut der Erklärung nicht zu entnehmenden - Reichweite des Verjährungsverzichts steht entgegen, dass hierfür bei Erklärung des Verzichts unter Berücksichtigung der beidseitigen Interessen der Parteien kein Bedarf bestand. Denn es stand dem Kläger gemäß der Verzichtserklärung des Beklagten frei, sich innerhalb des vereinbarten Verzichtszeitraums für die gerichtliche Geltendmachung eines jeden denkbaren Anspruchs im Zusammenhang mit der in dem Motor seines Fahrzeugs (Typ EA 189) eingebauten Software - gegebenenfalls auch, wie hier später geschehen, im Wege einer Staffelung in Haupt- und Hilfsanträge - zu entscheiden.

42 Bei Erklärung des Verjährungsverzichts Anfang Juni 2017 bestand für den Kläger auch ausreichend Zeit, um dem Beklagten eine angemessene Frist zur Nacherfüllung zu setzen, die vor dem Ablauf des vereinbarten Verzichtszeitraums am 31. Dezember 2017 geendet und dem Kläger somit - im Fall ihres fruchtlosen Ablaufs - die Möglichkeit eröffnet hätte, rechtzeitig Klage wegen seiner etwaigen Rückabwicklungsansprüche oder auch sonstiger sekundärer Gewährleistungsrechte zu erheben. In Anbetracht dessen lässt sich nicht erkennen, dass es im Interesse des Klägers notwendig gewesen wäre, ihm für die Geltendmachung etwaiger sekundärer Gewährleistungsrechte einen weitergehenden Zeitraum zu gewähren.

- 43 Demgegenüber liefe es dem - für den Kläger bei Empfang des Erklärungsverzichts erkennbaren - Interesse des Beklagten zuwider, wenn die gerichtliche Geltendmachung eines bestimmten, zum Zeitpunkt der Klageerhebung bereits verjährten kaufrechtlichen Gewährleistungsrechts nach § 437 BGB (hier Nacherfüllung nach § 437 Nr. 1 BGB) wegen der von den Parteien näher bezeichneten Fahrzeugbeschaffenheit (Ausstattung mit der dem Motortyp EA 189 eigenen Software) innerhalb des vereinbarten Verzichtszeitraums dem Kläger zugleich die Möglichkeit eröffnete, andere - jeweils einen selbständigen prozessualen Anspruch bildende - kaufrechtliche Gewährleistungsrechte (hier Rücktritt gemäß § 437 Nr. 2 Alt. 1 BGB) wegen derselben Fahrzeugbeschaffenheit auch noch nach Ablauf der vereinbarten Frist klageweise durchsetzen zu können.
- 44 (bbb) Eine andere Beurteilung ergibt sich auch nicht unter Berücksichtigung der gesetzlichen Regelung des § 213 BGB, wonach die Hemmung, die Ablaufhemmung und der erneute Beginn der Verjährung ebenfalls für Ansprüche gelten, die aus demselben Grund wahlweise neben dem Anspruch oder an seiner Stelle gegeben sind.
- 45 Zwar werden von der in § 213 BGB angeordneten Erstreckung der Wirkung verjährungshemmender oder den Neubeginn der Verjährung auslösender Maßnahmen sämtliche in § 437 BGB aufgeführten kaufrechtlichen Nacherfüllungs- und Gewährleistungsrechte erfasst, die auf demselben Mangel beruhen (vgl. Senatsurteile vom 29. April 2015 - VIII ZR 180/14, BGHZ 205, 151 Rn. 20 ff.; vom 20. Januar 2016 - VIII ZR 77/15, NJW 2016, 2493 Rn. 20). Hätte der Kläger also innerhalb unverjährter Zeit Klage auf Ersatzlieferung wegen des oben bezeichneten Mangels seines Fahrzeugs erhoben, erstreckte sich die - gemäß § 204 Abs. 1 Nr. 1 BGB auf den gerichtlich zunächst geltend gemachten Nachlieferungsanspruch beschränkte - Hemmung der Verjährung nach § 213 BGB in

ihren Wirkungen auch auf etwaige andere, erst später vom Kläger gerichtlich verfolgte Nacherfüllungs- oder Gewährleistungsrechte wegen desselben Mangels.

46 Anhaltspunkte dafür, dass einer nach Eintritt der Verjährung erhobenen, auf die Durchsetzung eines bestimmten kaufrechtlichen Nacherfüllungs- oder Gewährleistungsrechts aus § 437 BGB gerichteten Klage gemäß dem zwischen den Parteien vereinbarten Verjährungsverzicht vergleichbare Rechtswirkungen zukommen sollten, bestehen indes nicht. Vielmehr steht einem solchen (weiten) Verständnis der Verzichtserklärung die bereits aufgezeigte Interessenlage der Parteien entgegen.

47 (2) Aus den vorstehenden Gründen ist der Beklagte auch insoweit berechtigt, die vom Kläger erstmals mit Schriftsatz vom 29. Juni 2018 begehrte Rückabwicklung des Kaufvertrags zu verweigern (§ 214 Abs. 1 BGB), als diese Forderung auf § 437 Nr. 3, § 281 BGB (sogenannter großer Schadensersatz) gestützt werden könnte.

48 3. Es besteht Gelegenheit zur Stellungnahme binnen drei Wochen ab Zustellung dieses Beschlusses.

Dr. Bünger

Dr. Liebert

Wiegand

Dr. Matussek

Dr. Böhm

Hinweis: Das Revisionsverfahren ist durch Zurückweisungsbeschluss vom 23. Mai 2023 erledigt worden.

Vorinstanzen:

LG Düsseldorf, Entscheidung vom 22.11.2019 - 11 O 425/17 -

OLG Düsseldorf, Entscheidung vom 15.12.2020 - I-23 U 163/19 -