



BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

URTEIL

VIII ZR 111/20

Verkündet am:
29. September 2021
Reiter,
Justizangestellte
als Urkundsbeamtin
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

Nachschlagewerk: ja

BGHZ: ja

BGHR: ja

BGB § 323 Abs. 1, 2 Nr. 3, § 440

- a) Die Vertrauensgrundlage zwischen einem Käufer und einem Verkäufer kann auch dann gestört sein, wenn der Verkäufer sich bei Vertragsabschluss ordnungsgemäß verhalten hat, jedoch der Hersteller des Fahrzeugs dieses mit einer ihm bekannten und verschwiegenen unzulässigen Abschaltvorrichtung in den Verkehr gebracht hat und der Verkäufer nun allein eine Nachbesserung in Form eines von diesem Hersteller entwickelten Software-Updates anbietet (Fortführung von BGH, Urteil vom 9. Januar 2008 - VIII ZR 210/06, NJW 2008, 1371 Rn. 19; Beschluss vom 8. Dezember 2006 - V ZR 249/05, NJW 2007, 835 Rn. 13 mwN). Ob dies der Fall ist, hängt von den konkreten Umständen des Einzelfalls ab, die der Tatrichter nicht schematisch, sondern in sorgfältiger Abwägung zu würdigen hat. Dabei ist insbesondere zu prüfen, ob die Gefahr weiterer Täuschungsversuche des Herstellers besteht.
- b) Eine Unzumutbarkeit der Nachbesserung kann sich auch daraus ergeben, dass ein allein als Nachbesserungsmaßnahme im Raum stehendes Software-Update zwar die vorhandene unzulässige Abschaltvorrichtung beseitigen, aber nachweislich zu anderen Mängeln führen würde.

- c) Für die Entbehrlichkeit der Fristsetzung ist der Käufer darlegungs- und beweisselastet (im Anschluss an Senatsurteil vom 11. Februar 2009 - VIII ZR 274/07, NJW 2009, 1341 Rn. 15 mwN).

BGB § 326 Abs. 5

Eine Fristsetzung ist nach § 326 Abs. 5 BGB nur dann entbehrlich, wenn beide Arten der Nacherfüllung unmöglich sind (im Anschluss an Senatsurteile vom 21. Juli 2021 - VIII ZR 254/20, juris Rn. 82, zur Veröffentlichung in BGHZ bestimmt; vom 11. Dezember 2019 - VIII ZR 361/18, BGHZ 224, 195 Rn. 39; 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).

ZPO § 287 Abs. 1 analog; BGB § 346

Zur Schätzung der Gesamtleistung eines Neufahrzeugs im Rahmen der Ermittlung der gezogenen und im Falle des Rücktritts zu erstattenden Nutzungen.

BGH, Urteil vom 29. September 2021 - VIII ZR 111/20 - OLG Köln
LG Köln

Der VIII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat im schriftlichen Verfahren gemäß § 128 Abs. 2 ZPO mit Schriftsatzfrist bis zum 31. August 2021 durch die Richterin Dr. Fetzer als Vorsitzende, die Richter Dr. Schneider, Dr. Büniger und Dr. Schmidt sowie die Richterin Dr. Matussek

für Recht erkannt:

Auf die Revision der Beklagten wird das Urteil des 6. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Köln vom 27. März 2020 im Kostenpunkt und insoweit aufgehoben, als darin zum Nachteil der Beklagten erkannt worden ist.

Die Revision des Klägers gegen das vorbezeichnete Urteil wird zurückgewiesen.

Im Umfang der Aufhebung wird die Sache zur neuen Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten des Revisionsverfahrens, an das Berufungsgericht zurückverwiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

- 1 Der Kläger erwarb mit Kaufvertrag vom 2. Februar 2015 bei der Beklagten ein Neufahrzeug Škoda Yeti 2,0 TDI zum Preis von 32.500,01 €. Das Fahrzeug ist mit einem von der Volkswagen AG hergestellten Dieselmotor des Typs EA 189 (EU 5) ausgestattet. Der Motor ist mit einer Software versehen, die erkennt, ob sich das Fahrzeug im Normalbetrieb oder auf einem Prüfstand zur Messung

der maßgeblichen Werte für eine Typgenehmigung befindet. In dem Fahrmodus, der für den Fall des Durchlaufens des Prüfstands programmiert ist, kommt es im Vergleich zum regulären Fahrbetrieb zu einer erhöhten Abgasrückführung und damit zu einer Verringerung des Stickoxidausstoßes. Dieser Umstand wurde im Herbst 2015 öffentlich bekannt gemacht.

2 Nach Beanstandungen durch das Kraftfahrtbundesamt entwickelte die Volkswagen AG für den Motor ein Software-Update, das hinsichtlich des Stickoxidausstoßes einen vorschriftsmäßigen Zustand herstellen sollte. Die dafür zuständige britische Vehicle Certification Agency (im Folgenden: VCA) gab das von der Herstellerin entwickelte Update frei und stellte im Rahmen einer "Bestätigung" vom 3. Juni 2016 fest, dass das Update geeignet sei, die Vorschriftsmäßigkeit des streitgegenständlichen Fahrzeugtyps herzustellen.

3 Der Kläger ließ das Software-Update nicht aufspielen, weil er befürchtete, dass dieses mit negativen Folgen für das Fahrzeug verbunden sei. Mit Anwaltschreiben vom 4. Oktober 2017 forcht der Kläger den Kaufvertrag wegen arglistiger Täuschung an und erklärte hilfsweise den Rücktritt vom Vertrag, wobei er der Beklagten eine Frist für die Rückabwicklung des Kaufvertrags bis zum 18. Oktober 2017 setzte. Die Beklagte verweigerte die Rücknahme des Fahrzeugs und verwies den Kläger auf das zur Verfügung stehende Software-Update. Sie erklärte zudem einen Verjährungsverzicht.

4 Die auf Rückzahlung des Kaufpreises nebst Zinsen, Zug um Zug gegen Übereignung und Herausgabe des erworbenen Fahrzeugs sowie gegen Zahlung einer von der Beklagten darzulegenden Nutzungsentschädigung, auf Feststellung des Annahmeverzugs der Beklagten sowie auf Freistellung von außergerichtlichen Anwaltskosten gerichtete Klage hat vor dem Landgericht teilweise Erfolg gehabt. Das Landgericht hat die Beklagte unter Abzug von gezogenen Gebrauchsvorteilen zur Rückzahlung von 20.149,62 € nebst Zinsen, Zug um Zug

gegen Übereignung und Herausgabe des Fahrzeugs, verurteilt und den Annahmeverzug der Beklagten festgestellt. Die hiergegen gerichteten Berufungen der Parteien hat das Oberlandesgericht zurückgewiesen und lediglich die Entscheidungsformel "klarstellend" neu dahin gefasst, dass vom Kaufpreis eine Nutzungsentschädigung in Höhe von 0,13 € für jeden bis zur Rückgabe des Fahrzeugs laut Tachostand gefahrenen Kilometer in Abzug zu bringen ist. Mit der vom Berufungsgericht zugelassenen Revision verfolgt der Kläger sein Klagebegehren weiter, soweit diesem nicht entsprochen worden ist, während die Beklagte mit ihrem ebenfalls vom Berufungsgericht zugelassenen Rechtsmittel vollständige Klageabweisung begehrt.

Entscheidungsgründe:

5 Die Revision der Beklagten hat Erfolg, während die Revision des Klägers unbegründet ist.

A.

6 Das Berufungsgericht hat zur Begründung seiner Entscheidung im Wesentlichen ausgeführt:

7 Dem Kläger stehe der geltend gemachte Zahlungsanspruch abzüglich gezogener Nutzungen aus § 346 Abs. 1 BGB zu. Daneben befinde sich die Beklagte aufgrund des Schreibens des Klägers vom 10. Oktober 2017 in Annahmeverzug (§ 293 BGB). Hierdurch habe er wirksam von dem ihm nach § 437 Nr. 2 BGB eingeräumten Rücktrittsrecht Gebrauch gemacht. Bei der im Motor des Typs EA 189 verwendeten Software mit Prüfstanderkennungsfunktion handele es sich um eine nach Art. 5 Abs. 2 Satz 1 der Verordnung (EG) Nr. 715/2007 unzulässige Abschaltvorrichtung, die wegen der latenten Gefahr einer Betriebsuntersagung

gemäß § 5 Abs. 1 FZV zu einer herabgesetzten Eignung des Fahrzeugs zur gewöhnlichen Verwendung und damit zu einem Sachmangel im Sinne des § 434 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 BGB führe. Das Vorliegen eines Mangels könne entgegen der Ansicht der Beklagten nicht mit der Begründung verneint werden, der Kläger habe durch das Ausschlagen des Nacherfüllungsangebots der Beklagten, ein Software-Update aufzuspielen, seine Mitwirkungspflicht verletzt und damit den zum Rücktritt berechtigenden Umstand überwiegend selbst verantwortet.

8 Die Beklagte habe eine Eignung des vom Kraftfahrtbundesamt (gemeint ist die VCA) freigegebenen Updates zur nachhaltigen und folgenlosen Beseitigung des Sachmangels nicht schlüssig dargelegt. Es könne nicht davon ausgegangen werden, dass das Software-Update keine negativen Auswirkungen auf den Pkw und/oder den Fahrbetrieb (wie z.B. höherer Verschleiß, kürzere Lebensdauer, erhöhter Verbrauch, verminderte Leistung, verschlechterte Emissionen) entfalte. Für das Auftreten von Folgemängeln spreche eine tatsächliche Vermutung, denn wenn der mit der illegalen Prüfstanderkennung bezweckte Effekt einfach und ohne jegliche anderweitige Nachteile für das Fahrzeug und dessen Betrieb durch eine schlichte und preiswerte Veränderung der vorhandenen Software zu erreichen wäre, hätte für das "riskante deliktische Verhalten" der Herstellerin keine Veranlassung bestanden. Nach der allgemeinen Lebenserfahrung könne nicht davon ausgegangen werden, dass die Herstellerin ohne Not zu "illegalen Mitteln" gegriffen habe.

9 Die gegen die Eignung des Software-Updates zur Mängelbeseitigung sprechende tatsächliche Vermutung sei bis heute nicht widerlegt. Die Freigabe des Software-Updates durch das Kraftfahrtbundesamt (gemeint ist die VCA) könne mangels konkreter Angaben zur Methodik weder von den Käufern noch von den Gerichten auch nur auf Plausibilität nachgeprüft werden. Auch die Beklagte habe keine Einzelheiten zur Motorsteuerungssoftware sowie zu deren Wir-

kungsweise in den zur Beurteilung des Erfolgs einer Nachbesserung notwendigen Details vorgetragen, anhand derer gegebenenfalls mithilfe eines Sachverständigengutachtens die Eignung des Updates zur vollständigen und folgenlosen Mangelbeseitigung hätte überprüft werden können.

10 Aus den genannten Gründen könne die Beklagte nicht mit Erfolg einwenden, der Rücktritt sei wegen Unerheblichkeit des ursprünglichen Mangels ausgeschlossen, weil dieser sich mit einem unverhältnismäßig geringen Zeit- und Kostenaufwand (Software-Update) beheben lasse. Davon abgesehen sei der Mangel bereits deswegen nicht unerheblich, weil er auf einem arglistigen Verhalten der Herstellerin beruhe. Dieses müsse sich die Beklagte zwar nicht zurechnen lassen. Da sie das Vorgehen der Herstellerin jedoch bis heute als gewährleistungspflichtig nicht zu beanstanden verteidige, könne sie sich nicht auf eine Geringfügigkeit des in einer deliktischen Handlung wurzelnden Mangels berufen.

11 Der vom Kläger erklärte Rücktritt scheitere auch nicht an der unterbliebenen Fristsetzung zur Nacherfüllung. Eine Fristsetzung sei vorliegend nach § 323 Abs. 2 Nr. 3 BGB und nach § 440 BGB entbehrlich gewesen. Danach könne von einer Fristsetzung abgesehen werden, wenn im Falle einer nicht vertragsgemäß erbrachten Leistung besondere Umstände vorlägen, die unter Abwägung der beiderseitigen Interessen den sofortigen Rücktritt rechtfertigten (§ 323 Abs. 2 Nr. 3 BGB) oder wenn die Nacherfüllung in Bezug auf den Käufer wegen der Art des Mangels oder anderer tatsächlicher Umstände unzumutbar sei (§ 440 BGB).

12 So lägen die Dinge hier. Dem Kläger sei eine Nachbesserung unzumutbar, weil der Mangel auf einem arglistigen Verhalten der Herstellerin beruhe. Eine andere Form der Nachbesserung als das Aufspielen des von der Herstellerin entwickelten Software-Updates habe nicht im Raum gestanden. Der Kläger sei nicht gehalten, die Beseitigung des Mangels letztlich derjenigen zu überlassen, auf deren arglistiges Verhalten das Bestehen des Mangels zurückzuführen sei. Die

Genehmigung des Software-Updates durch das Kraftfahrtbundesamt (gemeint ist die VCA) stelle das enttäuschte Vertrauen in die Herstellerin nicht wieder her.

13 Außerdem rechtfertigten die Gesamtumstände des "VW-Dieselskandals" nach Abwägung der beiderseitigen Interessen grundsätzlich einen sofortigen Rücktritt vom Kaufvertrag. Das Software-Update sei nach der allgemeinen Lebenserfahrung mit dem bis heute fortdauernden Verdacht negativer Folgen verbunden. Vor diesem Hintergrund mache es keinen Sinn, vom Kläger eine Fristsetzung zur Nachbesserung zu verlangen.

14 Der Kläger habe für die gefahrenen Kilometer Nutzungsersatz in Höhe von 0,13 € pro zurückgelegtem Kilometer zu leisten. Die für die Berechnung mit maßgebliche Gesamtleistung des Fahrzeugs habe das Landgericht - was berufsrechtlich nicht zu beanstanden sei - gemäß § 287 ZPO auf 250.000 Kilometer geschätzt. Der Kläger habe weder konkrete Tatsachen vorgetragen noch unter Beweis gestellt, die als (weitere) Anknüpfungstatsachen für die Schätzung von erheblicher Relevanz wären. Sein Verweis auf andere Gerichtsentscheidungen, die bei den dortigen Fahrzeugen eine Gesamtleistung von 400.000 Kilometern angesetzt hätten, sei nicht ausreichend. Er hätte vielmehr schlüssig darlegen müssen, dass und warum das vorliegend betroffene Fahrzeug eine zu erwartende Laufleistung von insgesamt 400.000 Kilometern haben solle.

15 Ein Anspruch auf Freistellung von außergerichtlichen Anwaltskosten bestehe nicht. Die zutreffende Feststellung des Landgerichts, dass sich die Beklagte bei der Einschaltung des Rechtsanwalts nicht in Verzug befunden habe, sei mit der Berufung nicht angegriffen. Das deliktische Verhalten der Herstellerin müsse sich die Beklagte nicht zurechnen lassen. Sie hafte auch nicht unter dem Gesichtspunkt einer von ihr zu vertretenden Pflichtverletzung. Es sei weder vom Kläger schlüssig dargelegt noch sonst ersichtlich, welche Pflicht aus dem Schuldverhältnis die Beklagte schuldhaft verletzt haben solle (§ 280 BGB). Auf § 439

Abs. 2 BGB könne der Kläger sein Begehren ebenfalls nicht stützen. Seiner Auffassung, die Einschaltung eines Rechtsanwalts sei notwendig gewesen, um den zu beseitigenden Mangel aufzufinden, könne nicht beigetreten werden.

B.

16 Diese Beurteilung hält rechtlicher Nachprüfung nicht in allen Punkten stand.

17 Mit der vom Berufungsgericht gegebenen Begründung kann die von ihm ausgesprochene Verurteilung der Beklagten zur Rückzahlung des Kaufpreises abzüglich einer Nutzungsentschädigung von 0,13 € pro zurückgelegtem Kilometer, Zug um Zug gegen Übereignung und Herausgabe des Fahrzeugs, und die Feststellung des Annahmeverzugs der Beklagten keinen Bestand haben. Die Ausführungen des Berufungsgerichts zur Entbehrlichkeit der grundsätzlich nach § 323 Abs. 1 BGB erforderlichen Fristsetzung zur Nacherfüllung sind von durchgreifenden Rechtsfehlern beeinflusst.

18 Dagegen hat das Berufungsgericht rechtsfehlerfrei die gemäß § 346 Abs. 1 BGB im Falle eines wirksamen Rücktritts vom Kläger an die Beklagte herauszugebenden Nutzungen analog § 287 Abs. 1 ZPO unter Zugrundelegung einer Gesamtleistung von 250.000 Kilometern auf 0,13 € pro gefahrenem Kilometer geschätzt. Ohne Rechtsfehler hat es auch angenommen, dass der Kläger unter keinem rechtlich denkbaren Gesichtspunkt (§ 280 Abs. 2, §§ 286, 288 Abs. 4 BGB, § 280 Abs. 1 BGB, § 439 Abs. 2 BGB) gemäß § 257 BGB eine Freistellung von den angefallenen außergerichtlichen Rechtsanwaltskosten verlangen kann. Die Revision des Klägers ist daher zurückzuweisen.

19 I. Revision der Beklagten:

20 1. Rechtsfehlerfrei und von der Revision der Beklagten nicht angegriffen
hat das Berufungsgericht angenommen, dass das vom Kläger erworbene Fahr-
zeug zum Zeitpunkt der Übergabe eine unzulässige Abschalt einrichtung im Sinne
von Art. 5 Abs. 2 Satz 1 der Verordnung (EG) Nr. 715/2007 aufwies, die noch
nicht behoben ist, und ihm damit wegen der latenten Gefahr einer Betriebsunter-
sagung (§ 5 Abs. 1 FZV) ein Sachmangel nach § 434 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 BGB
anhaftete (vgl. Senatsurteil vom 21. Juli 2021 - VIII ZR 254/20, ZIP 2021, 1706
Rn. 23 ff., zur Veröffentlichung in BGHZ bestimmt; Senatsbeschluss vom
8. Januar 2019 - VIII ZR 225/17, NJW 2019, 1133 Rn. 6 ff.), der zum Zeitpunkt
der Rücktrittserklärung (vgl. zur Maßgeblichkeit auch dieses Zeitpunkts: Senats-
urteil vom 27. Mai 2020 - VIII ZR 315/18, BGHZ 226, 1 Rn. 43 mwN) noch nicht
beseitigt war. Dies zieht auch die Revision der Beklagten nicht in Zweifel.

21 2. Keinen Bestand haben können dagegen die von Rechtsirrtum beein-
flussten Ausführungen des Berufungsgerichts zur Entbehrlichkeit einer Fristset-
zung nach § 323 Abs. 2 Nr. 3, § 440 BGB.

22 a) Ein Rücktritt nach § 437 Nr. 2, §§ 323, 346, 349 BGB setzt neben dem
Vorliegen eines Sachmangels im Sinne des § 434 BGB zu seiner Wirksamkeit
grundsätzlich weiter voraus, dass der Käufer dem Verkäufer erfolglos eine ange-
messene Frist zur Nacherfüllung gesetzt hat (vgl. hierzu grundlegend Senatsur-
teil vom 26. August 2020 - VIII ZR 351/19, BGHZ 227, 15 Rn. 41 bis 47). Ausge-
hend von den im Revisionsverfahren nicht angegriffenen, verfahrensfehlerfreien
Feststellungen des Berufungsgerichts ist eine solche Fristsetzung nicht erfolgt.

23 b) Mit der vom Berufungsgericht gegebenen Begründung kann eine vom
Gesetz zugelassene Ausnahme von dem Fristsetzungserfordernis nicht bejaht
werden. Für das Eingreifen eines solchen Ausnahmetatbestands und damit für

das Vorliegen der hierfür erforderlichen Voraussetzungen ist - was das Berufungsgericht nicht erörtert hat - der Käufer, der sekundäre Gewährleistungsrechte geltend macht, nach allgemeinen Grundsätzen darlegungs- und beweisbelastet (vgl. Senatsurteil vom 11. Februar 2009 - VIII ZR 274/07, NJW 2009, 1341 Rn. 15 mwN [zur Beweislast bei § 440 BGB]).

24 aa) Wie das Berufungsgericht im Ansatz noch zutreffend erkannt hat, ist eine Fristsetzung namentlich dann entbehrlich, wenn besondere Umstände vorliegen, die unter Abwägung der beiderseitigen Interessen die sofortige Ausübung des Rücktrittsrechts rechtfertigen (§ 323 Abs. 2 Nr. 3 BGB). Ein die sofortige Rückabwicklung des Kaufvertrags rechtfertigendes überwiegendes Käuferinteresse ist regelmäßig dann zu bejahen, wenn der Verkäufer dem Käufer einen ihm bekannten Mangel bei Abschluss des Kaufvertrags arglistig verschwiegen hat (BGH, Urteile vom 9. Januar 2008 - VIII ZR 210/06, NJW 2008, 1371 Rn. 19 f.; vom 20. Mai 2009 - VIII ZR 247/06, NJW 2009, 2532 Rn. 17; vom 10. März 2010 - VIII ZR 182/08, NJW 2010, 2503 Rn. 19; Beschluss vom 8. Dezember 2006 - V ZR 249/05, NJW 2007, 835 Rn. 13 ff.). In diesen Fällen ist in aller Regel ein den Verkäuferbelangen vorgehendes Interesse des Käufers anzuerkennen, von einer weiteren Zusammenarbeit mit dem Verkäufer Abstand zu nehmen, um sich vor möglichen weiteren Täuschungsversuchen zu schützen (Senatsurteil vom 10. März 2010 - VIII ZR 182/08, aaO mwN). Denn durch das arglistige Verschweigen eines Mangels entfällt auf Seiten des Käufers regelmäßig die zur Nacherfüllung erforderliche Vertrauensgrundlage, während der Verkäufer die Möglichkeit zur nachträglichen Mangelbeseitigung in der Regel nicht verdient, wenn er den ihm bekannten Mangel vor Vertragsschluss hätte beseitigen können und damit im Vorfeld der vertraglichen Beziehungen bereits die Chance hatte, eine Rückabwicklung des später geschlossenen Vertrags zu vermeiden (vgl. BGH, Urteil vom 9. Januar 2008 - VIII ZR 210/06, aaO Rn. 19; Beschluss vom 8. Dezember 2006 - V ZR 249/05, aaO Rn. 13, 14 mwN).

25 bb) Das Berufungsgericht will eine solche Unzumutbarkeit der Nacherfüllung und eine hieran anknüpfende, die Belange des Verkäufers in den Hintergrund treten lassende Interessenbewertung auch auf die Fallgestaltungen übertragen, in denen der Mangel zwar dem Verkäufer (ein arglistiges Verhalten der Beklagten hat das Berufungsgericht nicht angenommen) nicht bekannt war, jedoch der Hersteller selbst das Fahrzeug mit einem ihm bekannten und verschwiegenen Mangel in den Verkehr gebracht hat (vgl. zum sittenwidrigen, einer "arglistigen Täuschung der Käufer gleichstehenden" Verhalten des Herstellers: BGH, Urteil vom 25. Mai 2020 - VI ZR 252/19, BGHZ 225, 316 Rn. 23 ff.) und in denen zum Zwecke der Nachbesserung ein vom Hersteller entwickeltes Software-Update verwendet werden soll. Hierbei geht es zudem vom Bestehen einer tatsächlichen Vermutung für das Hervorrufen von Folgemängeln aus.

26 Die dem Tatrichter obliegende Beurteilung, ob die Nacherfüllung aufgrund der besonderen Umstände des Einzelfalls für den Käufer unzumutbar ist, ist zwar das Ergebnis einer wertenden Betrachtung und kann vom Revisionsgericht nur darauf überprüft werden, ob der Tatrichter die maßgeblichen Tatsachen vollständig und fehlerfrei festgestellt und gewürdigt hat und ob er die allgemein anerkannten Maßstäbe berücksichtigt und richtig angewandt hat (Senatsurteil vom 23. Januar 2013 - VIII ZR 140/12, NJW 2013, 1523 Rn. 24 [zu § 440 Satz 1 Alt. 3 BGB]). Auch bei der sich daran anschließenden Interessenabwägung handelt es sich um eine tatrichterliche Frage, die vom Revisionsgericht ebenfalls nur eingeschränkt überprüft werden kann, und zwar dahin, ob das Berufungsgericht die Wertungsgrenzen erkannt, die tatsächliche Wertungsgrundlage ausgeschöpft sowie die Denkgesetze und Erfahrungssätze beachtet hat (vgl. Senatsurteil vom 10. Mai 2017 - VIII ZR 292/15, NJW-RR 2017, 976 Rn. 31 mwN [zur Interessenabwägung bei einer mietrechtlichen Kündigung]). Einer revisionsrechtlichen

Nachprüfung anhand dieser Maßstäbe hält jedoch weder die Bewertung des Berufungsgerichts, dem Kläger sei eine Nachbesserung nicht zumutbar, noch seine hierauf aufbauende Interessenabwägung stand.

27 (1) Zwar kann die Vertrauensgrundlage zwischen einem Käufer und einem Verkäufer unter Umständen auch dann gestört sein, wenn der Verkäufer sich bei Vertragsabschluss ordnungsgemäß verhalten hat, jedoch der Hersteller des Fahrzeugs dieses mit einer ihm bekannten und verschwiegenen unzulässigen Abschaltvorrichtung in den Verkehr gebracht hat und der Verkäufer nun allein eine Nachbesserung in Form eines von diesem Hersteller entwickelten Software-Updates anbietet. Dabei kommt es darauf an, ob spätestens bei Erklärung des Rücktritts (zum Zeitpunkt des Vorliegens der Umstände, die eine Fristsetzung entbehrlich machen vgl. auch BT-Drucks. 14/6040, S. 186) die Vertrauensgrundlage zwischen den Parteien so gestört war, dass eine Nacherfüllung (vgl. § 323 Abs. 1 BGB), also eine Nachbesserung oder eine Ersatzlieferung, für den Käufer unter Einbeziehung des Herstellers nicht zumutbar war. Ob dies der Fall ist, hängt jedoch von den konkreten Umständen des Einzelfalls ab, die der Tatrichter nicht schematisch, sondern in sorgfältiger Abwägung zu würdigen hat. Gemessen daran hat das Berufungsgericht keine hinreichenden Feststellungen dazu getroffen, ob eine Nacherfüllung im Rahmen des zwischen den Parteien geschlossenen Vertrags zum Zeitpunkt des Rücktritts für den Kläger unzumutbar war.

28 (a) Für die Frage, ob besondere Umstände vorliegen, die unter Abwägung der beiderseitigen Interessen ohne Fristsetzung zur Nacherfüllung einen Rücktritt rechtfertigen (§ 323 Abs. 2 Nr. 3 BGB), kommt es - wie das Berufungsgericht im Ansatz noch zutreffend erkannt hat - im Grundsatz allein darauf an, ob dem Kläger die von der Beklagten angebotene und vom Kläger in seinem Rücktrittsschreiben vom 4. Oktober 2017 benannte Nachbesserung durch ein Software-Update zumutbar ist. Die Frage der Zumutbarkeit einer Nachlieferung ist dagegen im Streitfall für die Entbehrlichkeit der Fristsetzung nach § 323 Abs. 2 Nr. 3

BGB - anders als für die (hier nicht relevante) Prüfung einer eventuell rechtsmissbräuchlichen Wahl gerade der unzumutbaren Nacherfüllungsart trotz Durchführbarkeit und Zumutbarkeit der anderen Variante - nicht von Bedeutung. Denn der Kläger hat sich im Rücktrittsschreiben - was vorliegend ausreicht - für eine Nachbesserung als maßgebliche Nacherfüllungsart entschieden.

29 (b) Allerdings hat das Berufungsgericht - wie die Revision der Beklagten zu Recht geltend macht - bei der Beurteilung der Unzumutbarkeit einer Nachbesserung rechtsfehlerhaft allein das arglistige Verhalten des Herstellers bei dem Inverkehrbringen des Fahrzeugs ausreichen lassen, ohne hierbei näher darauf einzugehen, dass sich die Beklagte ein mögliches arglistiges Vorgehen des Herstellers nicht nach § 278 BGB, § 166 BGB analog zurechnen lassen muss (st. Rspr.; vgl. etwa Senatsurteile vom 2. April 2014 - VIII ZR 46/13, BGHZ 200, 337 Rn. 31 mwN; vom 24. Oktober 2018 - VIII ZR 66/17, BGHZ 220, 134 Rn. 97; sowie zuletzt Senatsbeschluss vom 9. Juni 2020 - VIII ZR 315/19, NJW 2020, 3312 Rn. 18). Zudem hat es nicht in Betracht gezogen, ob vor dem Hintergrund der erforderlichen Prüfung und Freigabe des Updates durch die zuständige Behörde (VCA) und der Beobachtung der weiteren Entwicklung durch die (Fach-) Öffentlichkeit ein erneutes arglistiges Verhalten des Herstellers fraglich sein könnte. Der VI. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat mehrfach ausgesprochen, dass die Herstellerin durch ihre Ad-hoc-Mitteilung vom 22. September 2015 "ihre unternehmerische Entscheidung, im eigenen Kosten- und Gewinninteresse das KBA und letztlich die Fahrzeugkäufer zu täuschen, [...] ersetzt [habe] durch die Strategie, an die Öffentlichkeit zu treten, Unregelmäßigkeiten einzuräumen und in Zusammenarbeit mit dem KBA Maßnahmen zur Beseitigung des gesetzwidrigen Zustands zu erarbeiten, um die Gefahr einer Betriebsbeschränkung oder -untersagung zu bannen" (BGH, Urteile vom 30. Juli 2020 - VI ZR 5/20, NJW 2020, 2798 Rn. 37; vom 8. Dezember 2020 - VI ZR 244/20, WM 2021, 50 Rn. 15;

vgl. auch Beschluss vom 9. März 2021 - VI ZR 889/20, NJW 2021, 1814 Rn. 17 ff.).

30 Das Berufungsgericht hat sich nicht damit befasst, ob vor diesem Hintergrund aus Sicht eines objektiven Käufers zum Zeitpunkt des im Oktober 2017 erfolgten Rücktritts noch die Gefahr erneuter Täuschungshandlungen der Herstellerin bestand. Es hat sich vielmehr allein mit der nicht näher begründeten Erwägung begnügt, die Genehmigung des Software-Updates durch das Kraftfahrtbundesamt (gemeint ist durch die VCA) stelle das enttäuschte Vertrauen in die Herstellerin nicht wieder her. Die von der Rechtsprechung bei einem arglistigen Verhalten des Verkäufers regelmäßig angenommene Unzumutbarkeit der gewählten Art der Nacherfüllung beruht aber - was das Berufungsgericht ausgeblendet hat - entscheidend darauf, dass die Gefahr eines fortgesetzten arglistigen Verhaltens der Gegenseite gegeben ist. Der Käufer soll mit dem Recht zum sofortigen Übergang auf die sekundären Gewährleistungsrechte vor möglichen weiteren Täuschungen geschützt werden. Wäre ein weiteres arglistiges Verhalten des Verkäufers oder hier der Herstellerin - was die Tatrichter im Einzelnen zu prüfen haben - aus objektiver Sicht auszuschließen, wäre eine auf das frühere arglistige Vorgehen der Herstellerin gestützte Unzumutbarkeit der Nachbesserung nicht anzunehmen.

31 (c) Eine Unzumutbarkeit der Nachbesserung ergibt sich auf der Grundlage der vom Berufungsgericht bislang getroffenen Feststellungen auch nicht daraus, dass das - nach den unangegriffenen Feststellungen des Berufungsgerichts allein als Nachbesserungsmaßnahme im Raum stehende - Software-Update zwar die vorhandene unzulässige Abschaltvorrichtung beseitigen würde, aber zu anderen Mängeln (höherer Verbrauch, kürzere Lebensdauer des Fahrzeugs, erhöhter Verschleiß, verminderte Leistung, schlechtere Emissionen) führte. Denn seinen Feststellungen ist nicht zu entnehmen, dass dies nachweislich der Fall ist.

32 (aa) Vielmehr hat das Berufungsgericht rechtsfehlerhaft angenommen, hierfür spreche eine sich auf die allgemeine Lebenserfahrung stützende tatsächliche Vermutung. Tatsächliche Vermutungen beruhen auf Erfahrungssätzen (Doukoff, SVR 2015, 245, 249 f.; BeckOK-ZPO/Bacher, Stand: 1. Juli 2021, § 292 Rn. 8), die - je nach ihrer Aussagekraft und Stärke - einen für die Beweisführung bedeutsamen Anscheins- oder Indizienbeweis für die behauptete Tatsache begründen können (vgl. BGH, Urteil vom 9. Oktober 2009 - V ZR 178/08, NJW 2010, 363 Rn. 15 [Anscheins- oder Indizienbeweis]; vgl. auch Beschluss vom 13. Juli 2020 - KRB 99/19, NJW 2021, 395 Rn. 63 mwN [Indizienbeweis]). Dabei unterscheidet sich die tatsächliche Vermutung als Grundlage eines Anscheinsbeweises von einer als Indiz herangezogenen tatsächlichen Vermutung dadurch, dass bei letzterer der ihr zugrundeliegende Erfahrungssatz nicht auf einem typischen Geschehensablauf beruhen muss, also keinen klar definierten Anknüpfungstatbestand voraussetzt. Vielmehr handelt es sich hierbei um einen auf einen offenen Bestand von Hilfstatsachen zurückgreifenden Erfahrungssatz mit einem einzelfallbezogenen relativen Beweiswert, dessen Überzeugungskraft im Rahmen einer freien Beweismwürdigung nach § 286 Abs. 1 ZPO zu würdigen ist (vgl. BGH, Beschluss vom 13. Juli 2020 - KRB 99/19, aaO; Urteil vom 11. Dezember 2018 - KZR 26/17, NJW 2019, 661 Rn. 55 bis 66).

33 (bb) Die vom Berufungsgericht bemühte allgemeine Lebenserfahrung, dass sich ein Hersteller nicht ohne Not für die Verwendung einer unzulässigen Abschaltvorrichtung entscheide, wenn die beabsichtigte Verringerung des Stickoxidausstoßes ohne anderweitige Nachteile für das Fahrzeug und dessen Betrieb durch eine schlichte und preiswerte Veränderung der Software zu erreichen gewesen wäre, kann sich weder auf einen - vom Berufungsgericht ohnehin nicht angenommenen - typischen Geschehensablauf noch auf einen für einen Indizienbeweis tragfähigen Erfahrungssatz stützen.

- 34 (aaa) Das Berufungsgericht hat bereits nicht - wie erforderlich - eine hinreichende tatsächliche Erfahrung dargelegt, die Grundlage eines solchen Erfahrungssatzes sein könnte (vgl. hierzu auch BGH, Urteil vom 23. September 2020 - KZR 35/19, BGHZ 227, 84 Rn. 40). Die bei der Motorenentwicklung getroffene strategische Entscheidung (vgl. hierzu BGH, Urteil vom 25. Mai 2020 - VI ZR 252/19, BGHZ 225, 316 Rn. 25) für eine bestimmte technische Lösung hängt in der Regel von vielfältigen Faktoren, wie etwa von dem Stand der Technik, von Kostenerwägungen und von Produktionsbedingungen ab. Es ist daher - wie die Revision der Beklagten zu Recht geltend macht - nicht zulässig, ohne nähere Erkenntnisse zu den technischen und wirtschaftlichen Rahmenbedingungen bei Entwicklung der im Motor des Typs EA 189 eingesetzten Motorsteuerungssoftware darauf zu schließen, dass das deutlich später entwickelte Software-Update als Lösungsmöglichkeit bereits zum Zeitpunkt der Entwicklung der Motorsteuerungssoftware als Alternative bekannt beziehungsweise technisch ohne Weiteres realisierbar gewesen sei.
- 35 (bbb) Zudem hat das Berufungsgericht - wie die Revision der Beklagten zu Recht beanstandet - nicht erkannt, dass eine tatsächliche Vermutung als Indizienbeweis für eine behauptete Tatsache die Gesamtwürdigung aller Umstände erfordert. Der Tatrichter hat eine einem (tragfähigen) Erfahrungssatz zukommende Wahrscheinlichkeitsaussage anhand weiterer Beweismittel darauf zu überprüfen, ob sie im konkreten Fall zur Gewissheit im Sinne von § 286 Abs. 1 ZPO wird (vgl. BGH, Beschluss vom 13. Juli 2020 - KRB 99/19, NJW 2021, 395 Rn. 64 mwN).
- 36 Das Berufungsgericht wäre daher, selbst wenn - wie hier nicht - ein entsprechender Erfahrungssatz verfahrensfehlerfrei festgestellt wäre, nicht davon entbunden gewesen, ein als Gegenbeweis von der Beklagten zur Eignung des Software-Updates als Mangelbeseitigungsmaßnahme angebotenes Sachverständigengutachten zu erheben. Anders als das Berufungsgericht meint, war die

Beklagte, die weder in die Entwicklung der ursprünglichen Software noch des Updates eingebunden war, nicht gehalten, "Einzelheiten zu der Motorsteuerungssoftware sowie deren Wirkungsweise in den zur Beurteilung des Erfolgs einer Nachbesserung notwendigen Details vorzutragen". Das Berufungsgericht hat insoweit die Anforderung an die Substantiierungspflicht der Beklagten überspannt (vgl. für den Fall der Darlegung des Vorhandenseins einer unzulässigen Abschaltvorrichtung durch den Käufer Senatsbeschluss vom 28. Januar 2020 - VIII ZR 57/19, NJW 2020, 1740 Rn. 7 ff.; die hiergegen eingelegte Verfassungsbeschwerde wurde vom BVerfG mit Beschluss vom 16. April 2021 - 2 BvR 524/20 nicht angenommen). Es ist nicht ersichtlich, dass ein Sachverständiger ohne die Darlegung solcher Einzelheiten Feststellungen zur Eignung oder Nichteignung des Software-Updates zur vollständigen, nachhaltigen und fachgerechten Behebung des vorhandenen Mangels (vgl. hierzu Senatsurteile vom 22. Juni 2005 - VIII ZR 281/04, BGHZ 163, 234, 242 f.; vom 6. Februar 2013 - VIII ZR 374/11, NJW 2013, 1365 Rn. 12; vom 24. Oktober 2018 - VIII ZR 66/17, BGHZ 220, 134 Rn. 76) nicht treffen könnte.

37 (2) Abgesehen davon, dass die vom Berufungsgericht bislang getroffenen Feststellungen eine Unzumutbarkeit der Nacherfüllung nicht tragen, hält auch die von ihm vorgenommene Interessenabwägung revisionsrechtlicher Nachprüfung nicht stand. Selbst wenn die Nacherfüllung für den Kläger unzumutbar wäre, träte damit das Interesse der Beklagten an einer vom Gesetzgeber durch das Instrument der Nacherfüllung grundsätzlich eingeräumten "zweiten Andienung" nicht automatisch zurück. Denn der Beklagten war das Vorhandensein der unzulässigen Abschaltvorrichtung vor oder bei Vertragsschluss nicht bekannt. Sie hatte daher nicht die Möglichkeit, diesen Mangel frühzeitig zu beseitigen. Gerade diesem Umstand kommt aber nach der höchstrichterlichen Rechtsprechung entscheidendes Gewicht für ein Zurücktreten der Belange des täuschenden Verkäufers im Rahmen der Interessenabwägung nach § 323 Abs. 2 Nr. 3 BGB zu (BGH,

Urteil vom 9. Januar 2008 - VIII ZR 210/06, NJW 2008, 1371 Rn. 19; BGH, Beschluss vom 8. Dezember 2006 - V ZR 249/05, NJW 2007, 835 Rn. 13, 14 mwN). Der Beklagten ist eine Berufung auf eine "zweite Andienung" auch nicht per se deswegen zu versagen, weil ihr eine mögliche Arglist des Herstellers zuzurechnen wäre. Denn eine Zurechnung eines solchen Herstellerverhaltens gemäß § 278 BGB, § 166 BGB analog scheidet aus (st. Rspr.; vgl. etwa Senatsurteile vom 2. April 2014 - VIII ZR 46/13, BGHZ 200, 337 Rn. 31 mwN; vom 24. Oktober 2018 - VIII ZR 66/17, BGHZ 220, 134 Rn. 97; vom 21. Juli 2020 - VIII ZR 254/20, ZIP 2021, 1706 Rn. 90, zur Veröffentlichung in BGHZ vorgesehen, sowie Senatsbeschluss vom 9. Juni 2020 - VIII ZR 315/19, NJW 2020, 3312 Rn. 18).

38 Das Interesse der Beklagten an einer Nacherfüllung ist auch nicht - wie das Berufungsgericht meint - deswegen als nachrangig einzustufen, weil nach der allgemeinen Lebenserfahrung das Software-Update mit dem Verdacht oder gar einer tatsächlichen Vermutung negativer Folgen für das Fahrzeug und dessen Betrieb behaftet sei. Denn eine tatsächliche Vermutung besteht hierfür - wie bereits vorstehend (unter B I 2 b bb (1) (c)) ausgeführt - nicht. Der bloße Verdacht, dass das Software-Update zwar den ursprünglichen Mangel beheben, aber zu anderen Nachteilen beim Betrieb des Fahrzeugs führen könnte, reicht nicht aus, um das Interesse der Beklagten an einer Nachbesserung zurücktreten zu lassen. Denn für die Interessenabwägung sind der Umfang und das Gewicht solcher Folgen von maßgeblicher Bedeutung. Dies lässt sich letztlich nur im Wege der Beweisaufnahme durch Einholung eines Sachverständigengutachtens klären.

39 cc) Eine Fristsetzung zur Nacherfüllung war auch nicht gemäß § 440 BGB entbehrlich. Hiernach bedarf es einer Fristsetzung zur Nacherfüllung nicht, wenn dem Käufer die ihm "zustehende Art der Nacherfüllung" unzumutbar ist.

40 Wie oben (unter B I 2 b bb (1)) eingehend ausgeführt, tragen die bislang vom Berufungsgericht getroffenen Feststellungen nicht dessen Annahme, eine Nachbesserung sei dem Kläger unzumutbar. Im Rahmen des § 440 Satz 1 Alt. 3 BGB kommt es auf die "dem Kläger zustehende Art der Nacherfüllung" an. Dies ist auch hier eine Nachbesserung durch das Aufspielen eines Software-Updates. Denn dem Käufer steht die Art der Nacherfüllung, die er gewählt hat (§ 439 Abs. 1 BGB) und die der Verkäufer nicht zu Recht verweigert hat (§ 275 Abs. 2, 3 BGB, § 439 Abs. 3 BGB in der bei Vertragsschluss geltenden Fassung vom 26. November 2011; vgl. Art. 229 § 39 EGBGB; im Folgenden: aF) zu (vgl. BT-Drucks. 14/6040, S. 233; Senatsurteil vom 15. November 2006 - VIII ZR 166/06, NJW 2007, 504 Rn. 14). Der Kläger hat - was vorliegend ausreicht - im Rücktrittsschreiben sein Wahlrecht im Sinne einer Nachbesserung ausgeübt.

41 dd) Auf der Grundlage der bislang vom Berufungsgericht getroffenen Feststellungen kann eine Fristsetzung zur Nacherfüllung auch nicht gemäß der vom Berufungsgericht nicht erörterten Vorschrift des § 326 Abs. 5 BGB als entbehrlich angesehen werden. Denn dies setzt eine Unmöglichkeit beider Arten der Nacherfüllung voraus. Nur in diesem Fall ist "die Leistung" im Sinne von § 275 Abs. 1 BGB - hier die Erfüllung des Nacherfüllungsanspruchs in seinen beiden für den Käufer zur Wahl stehenden Alternativen - unmöglich und eine Fristsetzung deshalb entbehrlich (BT-Drucks. 14/6040, S. 234; vgl. hierzu Senatsurteile vom 21. Juli 2021 - VIII ZR 254/20, ZIP 2021, 1706 Rn. 82, zur Veröffentlichung in BGHZ bestimmt; vom 11. Dezember 2019 - VIII ZR 361/18, BGHZ 224, 195 Rn. 39; 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).

42 Vorliegend steht nicht fest, ob eine mangelfreie Nachlieferung des ursprünglichen Modells zum Zeitpunkt des Rücktritts noch möglich war oder nicht. Auch hat das Berufungsgericht nicht festgestellt, ob eine Nachbesserung durch

das Software-Update oder gegebenenfalls durch andere Methoden (etwa "Hardware-Lösung") unmöglich war (vgl. hierzu Senatsurteil vom 21. Juli 2021 - VIII ZR 254/20, aaO Rn. 83 ff.).

43 3. Anders als die Revision der Beklagten meint, kann nach bisheriger Sachlage dagegen nicht angenommen werden, die in der mangelhaften Lieferung des mit einer unzulässigen Abschaltvorrichtung ausgestatteten Fahrzeugs liegende Pflichtverletzung sei als unerheblich einzustufen, so dass der Rücktritt gemäß § 323 Abs. 5 Satz 2 BGB ausgeschlossen sei.

44 a) Die Beurteilung, ob eine Pflichtverletzung unerheblich im Sinne des § 323 Abs. 5 Satz 2 BGB ist, erfordert eine umfassende Interessenabwägung auf der Grundlage der Umstände des Einzelfalls (st. Rspr.; vgl. etwa Senatsurteile vom 28. Mai 2014 - VIII ZR 94/13, BGHZ 201, 290 Rn. 16 mwN; vom 18. Oktober 2017 - VIII ZR 242/16, DAR 2018, 78 Rn. 12; vom 11. Dezember 2019 - VIII ZR 361/18, BGHZ 224, 195 Rn. 46). 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 (Senatsurteile vom 28. Mai 2014 - VIII ZR 94/13, aaO Rn. 17, 30; vom 26. Oktober 2016 - VIII ZR 240/15, NJW 2017, 153 Rn. 27 f.; vom 18. Oktober 2017 - VIII ZR 242/16, aaO Rn. 12 f.; vom 11. Dezember 2019 - VIII ZR 361/18, BGHZ 224, 195 Rn. 47). Bei unbehebaren Mängeln ist regelmäßig auf das Ausmaß der Funktionsbeeinträchtigung abzustellen (Senatsurteile vom 29. Juni 2011 - VIII ZR 202/10, NJW 2011, 2872 Rn. 21; vom 11. Dezember 2019 - VIII ZR 361/18, aaO).

- 45 b) Gemessen daran kann allein aus dem von der Revision angeführten Umstand, der Mangel sei mit einem "unverhältnismäßig geringen Zeit- und Kostenaufwand (Software-Update)" zu beseitigen, nicht auf eine Geringfügigkeit des Mangels geschlossen werden.
- 46 aa) Zwar macht die Revision noch im Ansatz zu Recht geltend, dass sich eine Unerheblichkeit nicht aus den vom Berufungsgericht angestellten Erwägungen ergibt. Denn - wie oben (unter B I 2 b bb (1) (c)) ausgeführt - besteht eine tatsächliche Vermutung dahin, dass das Aufspielen des Software-Updates zu Folgemängeln führen würde, nicht. Auch trägt die Überlegung des Berufungsgerichts nicht, die Beklagte, der kein Arglistvorwurf zu machen und der ein mögliches arglistiges Verhalten der Herstellerin auch nicht zuzurechnen sei, könne sich deswegen nicht auf eine Geringfügigkeit des in einer deliktischen Handlung wurzelnden Mangels berufen, weil sie das Vorgehen des Herstellers "bis heute als gewährleistungsrechtlich nicht zu beanstanden verteidigt" habe. Denn es bleibt einem Verkäufer unbenommen, vorrangig das Vorliegen eines Sachmangels und hilfsweise dessen Gewicht in Frage zu stellen.
- 47 bb) Jedoch steht derzeit nicht fest, dass das Software-Update zu einer ordnungsgemäßen Nachbesserung führt, also nicht mit dem Auftreten von (nicht zu vernachlässigenden) Folgemängeln verbunden wäre. Eine Nachbesserung im Sinne von § 439 Abs. 1 BGB setzt eine vollständige, nachhaltige und fachgerechte Behebung des vorhandenen Mangels voraus (vgl. hierzu Senatsurteile vom 22. Juni 2005 - VIII ZR 281/04, BGHZ 163, 234, 242 f.; vom 6. Februar 2013 - VIII ZR 374/11, NJW 2013, 1365 Rn. 12; vom 24. Oktober 2018 - VIII ZR 66/17, BGHZ 220, 134 Rn. 76) und liegt nicht vor, wenn zwar der ursprüngliche Mangel beseitigt, hierdurch aber Folgemängel hervorgerufen werden. Ob dies der Fall ist, ist mangels rechtsfehlerfreier Feststellungen des Berufungsgerichts offen. Damit kann nach derzeitigem Erkenntnisstand nicht davon ausgegangen werden,

dass sich die unzulässige Abschalteneinrichtung mit geringem Kostenaufwand folgenlos in dem vorbeschriebenen Sinne beseitigen ließe. Daraus ergibt sich zugleich, dass nach bisherigem Stand der Dinge der Rücktritt des Klägers nicht wegen einer - von der Beklagten darzulegenden und nachzuweisenden (vgl. Senatsurteil vom 18. Oktober 2017 - VIII ZR 242/16, DAR 2018, 78 Rn. 11) - Unerheblichkeit der Pflichtverletzung gemäß § 323 Abs. 5 Satz 2 BGB ausgeschlossen ist.

48 4. Schließlich ist entgegen der Auffassung der Revision ein Rücktritt des Klägers auch nicht gemäß § 323 Abs. 6 Alt. 1 BGB bereits deswegen ausgeschlossen, weil er sich geweigert hat, das von der Beklagten angebotene Software-Update aufspielen zu lassen. Diese Vorschrift versagt einem Gläubiger einen Rücktritt, wenn er für den Umstand, der ihn zum Rücktritt berechtigen würde, allein oder weit überwiegend verantwortlich ist. Das setzt voraus, dass er für den Rücktrittsgrund allein oder jedenfalls so überwiegend verantwortlich ist, dass im Falle eines Schadensersatzverlangens ein Anspruch gemäß § 254 BGB ausgeschlossen wäre (BT-Drucks. 14/6040, S. 187).

49 Insoweit übersieht die Revision, dass aufgrund des von ihr geltend gemachten Umstands, der Kläger habe durch die Ablehnung des ihm unterbreiteten Angebots, kostenlos ein Software-Update aufspielen zu lassen, seine Obliegenheit verletzt, nach Maßgabe von Treu und Glauben den zugrundeliegenden Vertragszweck zu fördern und all das zu unterlassen, was das von der Beklagten durchzuführende Leistungsprogramm beeinträchtigen könnte, und habe sich zugleich widersprüchlich verhalten, der Anwendungsbereich des § 323 Abs. 6 Alt. 1 BGB nicht eröffnet sein kann. Denn falls der Kläger der Beklagten - wie die Revision meint - unberechtigterweise keine Gelegenheit zur Nacherfüllung in Form der Nachbesserung durch Aufspielen des Software-Updates gegeben haben sollte, fehlte es an der vorrangig zu prüfenden Erfüllung der notwendigen Voraussetzungen nach § 323 Abs. 1 BGB (vgl. auch Senatsurteil vom 14. Oktober 2020

- VIII ZR 318/19, NJW 2021, 464 Rn. 28 [zu § 281 BGB]) und damit bereits aus diesem Grund an einer Rücktrittsberechtigung des Klägers. Sofern der Kläger hingegen aus den von ihm vorliegend für die Entbehrlichkeit einer Fristsetzung (§ 323 Abs. 2 Nr. 3, § 440, § 326 Abs. 5 BGB) behaupteten Gründen der Beklagten keine Gelegenheit zur Nachbesserung durch das Software-Update hätte geben müssen, käme eine Verantwortlichkeit des Klägers für den zum Rücktritt berechtigenden Umstand im Sinne von § 323 Abs. 6 Alt. 1 BGB von vornherein nicht in Betracht. In beiden Fällen bliebe damit für die Anwendung des § 323 Abs. 6 Alt. 1 BGB kein Raum.

50 II. Revision des Klägers:

51 Die Revision des Klägers wendet sich nicht dagegen, dass das Berufungsgericht - dem Landgericht folgend - einen Anspruch gegen die Beklagte aus § 812 Abs. 1 Satz 1 Alt. 1 BGB unausgesprochen abgelehnt hat. Ein solcher Anspruch wäre auch ersichtlich nicht gegeben, denn der Kläger hat - wie das Landgericht unangegriffen festgestellt hat - nicht dargelegt, dass der Beklagten bei Vertragsabschluss das Vorhandensein der beschriebenen Motorsteuerungssoftware bekannt war. Soweit der Kläger die Bemessung des im Rahmen eines - an dieser Stelle zu seinen Gunsten zu unterstellenden Anspruchs auf Rückabwicklung des Kaufvertrags gemäß § 346 Abs. 1 BGB - in Abzug zu bringenden Nutzungersatzes für mit dem Fahrzeug zurückgelegte Kilometer als überhöht und nicht auf ausreichenden Anknüpfungstatsachen beruhend angreift, ist ein in der Revisionsinstanz beachtlicher Rechtsfehler nicht zu erkennen. Die vom Berufungsgericht vorgenommene Abweisung seines Begehrens auf Freistellung (§ 257 BGB) von außergerichtlichen Anwaltskosten steht ebenfalls im Einklang mit der Rechtslage.

52 1. Der Kläger hat im Falle eines - hier unterstellten - wirksamen Rücktritts vom Kaufvertrag (§ 434 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2, § 437 Nr. 2, §§ 323, 440 BGB) gemäß

§ 346 Abs. 1, Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 BGB den Wert der von ihm durch Gebrauch des erworbenen Fahrzeugs gezogenen Nutzungen zu erstatten (vgl. Senatsurteil vom 2. Juni 2004 - VIII ZR 329/03, NJW 2004, 2299 unter II 3, insoweit in BGHZ 159, 215 nicht abgedruckt). Da der Wert des Gebrauchs eines Fahrzeugs nicht genau berechenbar ist, muss er vom Tatrichter im Bestreitensfall analog § 287 Abs. 1 ZPO nach freiem Ermessen geschätzt werden (vgl. Senatsurteile vom 26. Juni 1991 - VIII ZR 198/90, BGHZ 115, 47, 49; vom 17. Mai 1995 - VIII ZR 70/94, NJW 1995, 2159 unter III 2; [jeweils zur Wandelung nach altem Recht]; vom 2. Juni 2004 - VIII ZR 329/03, aaO).

53 a) Die Schätzung des hierbei besonders frei gestellten Tatrichters ist revisionsrechtlich nur daraufhin überprüfbar, ob dieser erhebliches Vorbringen der Parteien unberücksichtigt gelassen hat, Rechtsgrundsätze der Bemessung der Nutzungsentschädigung verkannt, wesentliche Bemessungsfaktoren außer Betracht gelassen oder seiner Schätzung unrichtige Maßstäbe zugrunde gelegt hat (vgl. BGH, Urteile vom 23. März 2021 - VI ZR 3/20, WM 2021, 985 Rn. 8; vom 27. April 2021 - VI ZR 812/20, VersR 2021, 850 Rn. 11 [jeweils zur Schätzung der beim Schadensersatz in Abzug zu bringenden Nutzungsvorteile]; vgl. auch Urteil vom 28. Januar 2020 - KZR 24/17, BGHZ 224, 281 Rn. 35).

54 b) Gemessen an diesen Maßstäben hält die vom Berufungsgericht vorgenommene Schätzung der vom Kläger gezogenen und zu vergütenden Nutzungen revisionsrechtlicher Nachprüfung stand.

55 aa) Das Berufungsgericht hat der Schätzung des Werts der gezogenen Nutzungen - was auch die Revision einräumt - im Einklang mit der höchstrichterlichen Rechtsprechung die zeitanteilige lineare Wertminderung zugrunde gelegt, die bei Neufahrzeugen ausgehend vom Bruttokaufpreis anhand eines Vergleichs zwischen tatsächlichem Gebrauch (gefahrte Kilometer) und voraussichtlicher

Gesamtnutzungsdauer (erwartete Gesamtleistung) zu bestimmen ist (vgl. Senatsurteile vom 26. Juni 1991 - VIII ZR 198/20, BGHZ 115, 47, 50; vom 17. Mai 1995 - VIII ZR 70/94, NJW 1995, 2159 unter III 2; vom 2. Juni 2004 - VIII ZR 329/03, NJW 2004, 2299 unter II 3; vgl. auch BGH, Urteil vom 30. Juli 2020 - VI ZR 354/19, BGHZ 226, 322 Rn. 12 [zur Vorteilsausgleichung bei deliktsrechtlichen Ansprüchen]). Es hat damit sowohl die Rechtsgrundsätze für die Bemessung der Nutzungsentschädigung als auch die hierfür maßgebenden Bemessungsfaktoren beachtet.

56 bb) Soweit sich die Revision dagegen wendet, dass das Berufungsgericht die zu prognostizierende Gesamtleistung des Fahrzeugs mit 250.000 anstatt mit 400.000 Kilometern deutlich zu niedrig bemessen und daher die vom Kläger gezogenen Nutzungen wertmäßig zu hoch angesetzt habe, vermag sie eine reversible Überschreitung des tatrichterlichen Schätzungsermessens nicht aufzuzeigen. Das Berufungsgericht hat weder entscheidungserhebliches Vorbringen des Klägers unberücksichtigt gelassen noch seiner Schätzung unrichtige Maßstäbe zugrunde gelegt.

57 (1) Die Revision vertritt die Auffassung, das Berufungsgericht, das insofern eine eigene Sachkunde nicht dargelegt habe, sei gehalten gewesen, das zum Beweis einer voraussichtlichen Gesamtleistung in Höhe von 400.000 Kilometern von dem Kläger angebotene Sachverständigengutachten einzuholen, um für die vorzunehmende Schätzung eine hinreichend tragfähige Grundlage zu erhalten. Hierbei erfasst die Revision den Begriff der Gesamtleistung nicht hinreichend. Zudem verkennt sie, dass der Senat eine Schätzung der gezogenen Gebrauchsvorteile im Rahmen der beschriebenen zeitanteilig linearen Wertminderung gerade deswegen zugelassen hat, weil eine empirische Ermittlung des Werts der erfolgten Nutzung des Fahrzeugs in aller Regel nicht möglich ist (vgl. Senatsurteil vom 26. Juni 1991 - VIII ZR 198/90, BGHZ 115, 47, 49). Dies gilt auch für die als Bemessungsfaktor heranzuziehende Gesamtleistung eines

Fahrzeugs, die aufgrund von Schätzungsunwägbarkeiten je nach Fahrzeugtyp eine - zum Teil auch größere - Streubreite aufweisen kann.

58 (2) Für die zu erwartende Gesamtleistung ist nicht die mögliche Laufleistung des Motors an sich, sondern die Lebensdauer des (gesamten) Fahrzeugs maßgebend (so auch OLG Koblenz, Urteil vom 16. September 2019 - 12 U 61/19, juris Rn. 78; OLG Karlsruhe, Urteil vom 6. November 2019 - 13 U 37/19, juris Rn. 108). Dieses kann nicht losgelöst von der Motorisierung, der Qualität und der Preisklasse des Fahrzeugs beurteilt werden (vgl. hierzu auch OLG Karlsruhe, Urteil vom 6. November 2019 - 13 U 37/19, aaO; vgl. auch OLG Saarbrücken, Urteil vom 14. Februar 2020 - 2 U 128/19, juris Rn. 59 f.). Da Fahrzeuge aus verschiedenen Teilen mit unterschiedlicher Lebensdauer bestehen und bei zunehmender Nutzungsdauer die Reparaturanfälligkeit steigt, werden in aller Regel bereits wirtschaftliche Erwägungen dazu führen, dass eine mögliche Lebensdauer des Motors nicht ausgeschöpft wird und daher nicht mit der maßgeblichen Gesamtnutzungsdauer des Fahrzeugs gleichzusetzen ist (OLG Saarbrücken, aaO Rn. 60).

59 Zudem kommt es auf die unter gewöhnlichen Umständen zu erzielende (durchschnittliche) Gesamtfahrleistung des Fahrzeugs an (vgl. OLG Koblenz, aaO; OLG Karlsruhe, aaO; OLG Karlsruhe, WM 2020, 325 Rn. 109) und nicht darauf, welche Gesamtleistung das Fahrzeug unter günstigen Bedingungen im äußersten Fall erreichen kann (so auch OLG Saarbrücken, Urteil vom 14. Februar 2020 - 2 U 128/19, aaO [beiderseitige Revisionen - VI ZR 270/20 zurückgenommen]) oder in bestimmten Einzelfällen erreicht hat (siehe auch OLG Karlsruhe, WM 2020, 325 Rn. 109). Dementsprechend sind gezogene Gebrauchsvorteile pro gefahrenem Kilometer der Höhe nach unabhängig davon zu bemessen, ob der konkrete Nutzer eine schonende oder eine beanspruchende Fahrweise an den Tag gelegt hat.

60 (3) Der analog § 287 Abs. 1 ZPO vorzunehmenden Schätzung der in die Bemessung der gezogenen Gebrauchsvorteile einfließenden durchschnittlichen Gesamtleistung des Fahrzeugs haftet angesichts dieser Prämissen naturgemäß eine typisierte und pauschalisierende Betrachtung an, die je nach Fahrverhalten von den im konkreten Fall grundsätzlich zu erwartenden Werten abweichen kann. Bei einer Schätzung nach § 287 Abs. 1 ZPO wird in der Regel in Kauf genommen, dass das Ergebnis unter Umständen nicht mit der Wirklichkeit übereinstimmt (BGH, Urteil vom 6. Dezember 2012 - VII ZR 84/10, NJW 2013, 525 Rn. 23 mwN). Nur wenn mangels greifbarer Anhaltspunkte eine Grundlage für eine Entscheidung nicht zu gewinnen ist und das richterliche Ermessen vollends in der Luft hängen würde, ist eine Schätzung ausgeschlossen (BGH, Urteile vom 26. November 1986 - VIII ZR 260/85, NJW 1987, 909 unter II 1 b; vom 6. Dezember 2012 - VII ZR 84/10, aaO).

61 (a) So liegen die Dinge vorliegend nicht. Das Berufungsgericht hat sich - dem Landgericht folgend - bei seiner Schätzung an den in der Gerichtspraxis anzutreffenden Schätzwerten bei Mittelklassewagen neueren Datums orientiert. Da - soweit ersichtlich - ein markengebundener Händlermarkt jenseits einer Laufleistung von 200.000 Kilometern nicht existiert (vgl. hierzu OLG Köln, Urteil vom 20. Februar 2013 - 13 U 162/09, juris Rn. 34), wäre vorliegend auch ein Sachverständiger letztlich darauf angewiesen, von ihm für bestimmte Fälle in Erfahrung gebrachte Laufleistungen dahin zu bewerten, ob dies für die entsprechende Fahrzeugqualität der - nach den beschriebenen Vorgaben zu bestimmenden - üblichen (durchschnittlichen) Erwartung entspricht. 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.

62 (b) Soweit die Revision des Klägers auf die Rechtsprechung des V. Zivilsenats des Bundesgerichtshofs zu den Substantiierungsanforderungen an den unter Sachverständigenbeweis gestellten Verkehrswert eines Grundstücks verweist (BGH, Urteil vom 19. Dezember 2014 - V ZR 194/13, NJW 2015, 1510 Rn. 21; Beschluss vom 20. März 2014 - V ZR 149/13, juris Rn. 6), wonach regelmäßig die Behauptung eines bestimmten Grundstückswerts genügt, lässt sich daraus nichts für die hier maßgebende Frage ableiten, ob ein Sachverständiger überhaupt - im Vergleich mit den der Schätzungspraxis der Tatgerichte zugrundeliegenden Umständen - aussagekräftigere Anknüpfungstatsachen für die notwendigerweise typisierende und pauschalisierende Schätzung der Gesamtleistung des erworbenen Fahrzeugs liefern kann.

63 Auch aus dem von der Revision des Klägers angeführten Senatsurteil vom 2. Juni 2004 (VIII ZR 329/03, NJW 2004, 2299 unter II 3) ergibt sich nicht, dass die Gerichte ihre Schätzung der Gesamtfahrleistung grundsätzlich auf die Feststellungen eines Sachverständigen zu stützen hätten. Der Senat hat dort nicht die Einholung eines Gutachtens gefordert, sondern lediglich eine Feststellung des Berufungsgerichts dazu vermisst, ob dieses die dort angenommene Gesamtleistung (zu Unrecht) als unstreitiges Vorbringen zugrunde gelegt oder ob es erkannt hat, dass diese Behauptung bestritten war und es deshalb die Gesamtleistung hätte schätzen müssen.

64 (c) Wie das Berufungsgericht im Ergebnis rechtsfehlerfrei angenommen hat, hat der Kläger Gesichtspunkte, die im Streitfall die Erhebung eines Sachverständigengutachtens geboten hätten, nicht vorgebracht.

65 (aa) Die unter Sachverständigenbeweis gestellte Behauptung des Klägers, das erworbene Fahrzeug habe eine voraussichtliche Gesamtleistung von 400.000 Kilometer ist unbeachtlich. Denn der Kläger hat keine Gesichts-

punkte vorgetragen, die dafür sprechen würden, dass ein Sachverständigengutachten eine tragfähigere Schätzgrundlage als die seit vielen Jahren veröffentlichten Schätzwerte der Tatgerichte bezüglich verschiedener Fahrzeugtypen böte. Die Revision führt insoweit lediglich ein in einem anderen Verfahren eingeholtes Sachverständigengutachten sowie eine Passage aus dem Schrifttum (Reinking/Eggert, Der Autokauf, 14. Aufl., Rn. 1171) an.

66 (bb) Das vom Kläger eingereichte, in einem Verfahren vor dem Landgericht Dortmund im Jahr 2017 eingeholte Gutachten, das einen VW Tiguan betrifft, hat die dort zu erwartende Gesamtleistung aus technischer Sicht mit 340.000 Kilometern bemessen. Dabei hat der Sachverständige angenommen, dass "grundsätzlich von einer Nutzungsdauer des Pkw von 20 Jahren aus[zug]ehen" sei. Die von ihm für die Ermittlung einer durchschnittlichen jährlichen Fahrleistung herangezogene Schwackeliste zur Fahrzeugbewertung sieht für die Nutzung eines Pkw jedoch wegen der damit verbundenen großen Abwertung des Fahrzeugs lediglich eine Lebensdauer von zwölf Jahren und eine durchschnittliche Laufleistung in dieser Zeit von 202.800 Kilometer vor. Die sich hieraus ergebende durchschnittliche jährliche Fahrleistung von 16.900 Kilometer hat der Sachverständige dann gleichwohl mit der von ihm in Abweichung von der Schwackeliste angenommenen und nicht näher belegten Nutzungsdauer von 20 Jahren multipliziert, so dass er eine Gesamtleistung von rund 340.000 Kilometern errechnet hat.

67 Dass Fahrzeuge tatsächlich 20 Jahre lang genutzt werden, hat der Gutachter aber nicht empirisch ermittelt oder auf andere Weise belegt. Er hat lediglich ausgeführt, dass in Internetportalen für nicht näher bezeichnete Fahrzeuge mit einer Laufleistung von 260.000 bis 300.000 Kilometern Preisforderungen zwischen 8.000 € und 15.000 € erhoben würden. Zum Alter und zum Zustand dieser Fahrzeuge hat er keine Feststellungen getroffen. Daneben hat er einen ebenfalls

nicht näher beschriebenen Pkw mit einer Fahrleistung von rund 420.000 Kilometer angeführt, der allerdings im April 2016 erstmals zugelassen worden ist, so dass die Fahrleistung nicht über eine längere Nutzungsdauer, sondern unter reiner Verwendung auf Langstrecken in rund einem Jahr erbracht wurde. Letztlich hat der Sachverständige selbst erkannt, dass sich belastbare Aussagen nicht treffen lassen. Denn er hat abschließend festgehalten: "Grundsätzlich lässt sich ausführen, dass die Angabe der Gesamtfahrleistung aufgrund der Vielzahl von Variationsmöglichkeiten und nicht bestimmbareren Rahmenparametern sich als Größenordnung versteht."

68 (cc) Soweit die Revision ferner auf eine Passage von Eggert in Reinking/Eggert (Der Autokauf, 14. Aufl., Rn. 1171) verweist, wonach "Pkw/Kombis/SUV der mittleren und gehobenen Klasse mit Verbrennungsmotor, gleich ob Diesel oder Benzin, [...] aufgrund des hohen Qualitätsstandards heutzutage durchschnittliche Gesamtleistungen bis 400.000 km" [erreichen], stützt sich diese verallgemeinernde Aussage allein auf ein Urteil des Oberlandesgerichts Köln vom 20. Februar 2013 (13 U 162/09, juris), das aber gerade keine allgemeingültigen Feststellungen zur erwartbaren Gesamtleistung solcher Fahrzeugklassen getroffen, sondern sich lediglich mit der Gesamtfahrleistung eines hochpreisigen Pkw unbekannter Marke (Kaufpreis: 73.431,16 €) befasst hat. Diese hat es nach Einholung eines Gutachtens, das sich letztlich mit den Feststellungen begnügt hat, dass "nicht selten" Fahrzeuge mit einer Laufleistung von 280.000 Kilometern anzutreffen seien und auch Gesamtleistungen von 400.000 Kilometern "nicht ausgeschlossen" seien, auf einen Mittelwert von 350.000 Kilometern geschätzt.

69 Die allgemein gehaltene Aussage von Eggert (in Reinking/Eggert, aaO) steht auch in Widerspruch zu der dort in Rn. 3574 abgedruckten Aufstellung, die die von der Rechtsprechung geschätzten Gesamtfahrleistungen getrennt nach

Fahrzeugtypen und -marken auflistet. Die genannte Aufstellung weist Gesamtfahrleistungen von 170.000 bis 500.000 Kilometern auf, wobei überwiegend Werte von 250.000 bis 300.000 Kilometern angesetzt werden.

70 (dd) Die Übersichten über die gefestigte Schätzungspraxis der Gerichte, die in Kommentierungen (Reinking/Eggert, Der Autokauf, 14. Aufl., Rn. 3574; Staudinger/Kaiser, BGB, Neubearb. 2012, § 346 Rn. 261) enthalten sind, oder einschlägige Schwackelisten (vgl. etwa OLG Düsseldorf, Urteil vom 21. Januar 2008 - 1 U 152/07, juris Rn. 42) beziehungsweise sonstige aussagekräftige statistische Auswertungen bieten angesichts der eingeschränkten empirischen Ermittlungsmöglichkeiten und im Interesse einer einheitlichen Handhabung regelmäßig eine hinreichende Schätzungsgrundlage für die zu prognostizierende Gesamtleistung eines erworbenen Fahrzeugs. Die veröffentlichten Schätzungen der Gerichte tragen namentlich dem Umstand Rechnung, dass Fahrzeuge heutzutage aufgrund ihrer verbesserten Qualität eine längere Lebensdauer als die in den 80er oder 90er Jahren des vergangenen Jahrhunderts hergestellten Fahrzeuge aufweisen, bei denen noch unter Zugrundelegung einer durchschnittlichen Gesamtleistung von 150.000 Kilometer die Gebrauchsvorteile mit 0,67 Prozent des Kaufpreises pro gefahrenen 1.000 Kilometer geschätzt wurden (vgl. die Nachweise bei Staudinger/Kaiser, BGB, aaO mwN; vgl. weiter OLG Stuttgart, Urteil vom 27. November 2019 - 9 U 202/19, juris Rn. 56).

71 Für einen der Mittelklasse zuzurechnenden Pkw der Marke Škoda Yeti - wie hier - und ebenso für einen Škoda Superb nehmen die Gerichte in der Regel eine Gesamtleistung in einer Bandbreite von 250.000 Kilometern (vgl. etwa OLG Stuttgart, Urteil vom 27. November 2019 - 9 U 202/19, juris Rn. 55 f. [Škoda Superb]; OLG Brandenburg, Urteil vom 17. Februar 2020 - 1 U 12/19, juris Rn. 42; OLG Stuttgart, Urteil vom 11. März 2020 - 9 U 408/19, juris Rn. 55; OLG Zweibrücken, Urteil vom 3. Juni 2020 - 7 U 206/19, juris Rn. 30; LG Bamberg, Urteil vom 13. August 2020 - 41 O 97/20, juris Rn. 31; LG München II, Urteil vom

27. August 2020 - 1 O 2218/20, juris Rn. 27) bis zu 300.000 Kilometern an (vgl. etwa OLG Hamburg, Beschluss vom 13. Januar 2020 - 15 U 190/19, juris Rn. 28 [250.000 bis 300.000 Kilometer]; OLG Brandenburg, Urteil vom 8. Juli 2020 - 4 U 81/19, juris Rn. 51 ff.; LG Ravensburg, Urteil vom 10. März 2020 - 2 O 421/19, juris Rn. 37). Ähnliche Werte werden bei vergleichbaren Fahrzeugen angesetzt (vgl. etwa OLG Karlsruhe, Urteil vom 6. November 2019 - 13 U 37/19, juris Rn. 108 [250.000 Kilometer bei VW Tiguan]; Urteil vom 19. November 2019 - 17 U 146/19, juris Rn. 108 f. [250.000 Kilometer bei VW Touran]; OLG Stuttgart, Urteil vom 6. September 2017 - 4 U 105/17, juris Rn. 89 [300.000 Kilometer bei Audi]; KG Berlin, Urteil vom 26. September 2019 - 4 U 77/18, juris Rn. 151 f. [300.000 Kilometer für VW Touran]).

72 Die vom Berufungsgericht gebilligte Schätzung des Landgerichts, wonach die zu erwartende Gesamtleistung mit 250.000 Kilometern zu bemessen ist, hält sich nach alledem im Rahmen des tatrichterlichen Schätzungsermessens und ist revisionsrechtlich nicht zu beanstanden (vgl. auch BGH, Urteil vom 27. April 2021 - VI ZR 812/20, VersR 2021, 850 Rn. 15 f.).

73 2. Ohne Rechtsfehler hat das Berufungsgericht auch einen Anspruch des Klägers auf Freistellung von vorgerichtlich entstandenen Anwaltskosten (§ 257 BGB) verneint. Eine solche Forderung kommt unter keinem rechtlich denkbaren Gesichtspunkt in Betracht.

74 a) Wie das Berufungsgericht zutreffend angenommen hat, befand sich die Beklagte bei Abfassung des Rücktrittsschreibens durch den späteren Prozessbevollmächtigten des Klägers nicht in Verzug mit der Nacherfüllung. Ein Anspruch aus § 280 Abs. 2, §§ 286, 288 Abs. 4 BGB scheidet damit - was auch die Revision des Klägers nicht in Frage stellt - aus.

75 b) Auch auf § 280 Abs. 1 BGB kann der Kläger einen Anspruch auf Freistellung von den angefallenen außergerichtlichen Kosten nicht stützen. Wie das

Berufungsgericht im Ergebnis zutreffend erkannt hat, ist weder dargelegt noch ersichtlich, dass die Beklagte die Verletzung ihrer nach § 433 Abs. 1 Satz 2 BGB bestehenden Pflicht zur Lieferung einer mangelfreien Sache zu vertreten hatte (§ 280 Abs. 1 Satz 2 BGB). Ein etwaiges Verschulden des Herstellers ist der Beklagten nicht nach § 278 BGB zuzurechnen, da nach ständiger Rechtsprechung des Senats ein Hersteller oder Lieferant nicht Erfüllungsgehilfe des Verkäufers im Rahmen seiner kaufrechtlichen Pflichten ist (vgl. etwa Urteile vom 2. April 2014 - VIII ZR 46/13, BGHZ 200, 337 Rn. 31 mwN; vom 24. Oktober 2018 - VIII ZR 66/17, BGHZ 220, 134 Rn. 97; Beschluss vom 9. Juni 2020 - VIII ZR 315/19, NJW 2020, 3312 Rn. 18; vgl. auch BT-Drucks. 14/6040, S. 210). Auch hiergegen wendet sich die Revision nicht.

76 c) Anders als die Revision des Klägers meint, kommt auch ein Freistellungsanspruch gestützt auf die Verpflichtung des Verkäufers, im Rahmen einer Nacherfüllung die in § 439 Abs. 2 BGB aufgeführten Kosten zu tragen, nicht in Betracht.

77 aa) Die Revision des Klägers blendet aus, dass die für die Abfassung des Rücktrittschreibens vom 4. Oktober 2017 angefallenen Anwaltskosten nicht - wie von der genannten Vorschrift vorausgesetzt - "zum Zwecke der Nacherfüllung" aufgewandt worden sind (vgl. Senatsurteil vom 24. Oktober 2018 - VIII ZR 66/17, BGHZ 220, 134 Rn. 91 mwN). Zwar befand sich der Kaufvertrag vor dem Zugang der Rücktrittserklärung noch im Stadium der Nacherfüllung. Jedoch hat der Kläger die Beklagte - ausgehend von den vom Berufungsgericht verfahrensfehlerfrei getroffenen und von der Revision nicht angegriffenen Feststellungen - nicht zur Durchführung der Nacherfüllung aufgefordert, sondern unmittelbar die Anfechtung des Kaufvertrags und (hilfsweise) den Rücktritt vom Kaufvertrag erklärt. Die Zielrichtung der anwaltlichen Tätigkeit, für deren Kosten der Kläger Freistellung begehrt, bestand damit nicht - wie von § 439 Abs. 2 BGB vorausgesetzt

- darin, dem Kläger die Durchsetzung seines Nacherfüllungsanspruchs zu ermöglichen.

78 bb) Entgegen der Auffassung der Revision des Klägers besteht eine Kostentragungspflicht des Verkäufers nach der auf die Nacherfüllung zugeschnittenen Vorschrift des § 439 Abs. 2 BGB nicht auch in den Fällen, in denen der Käufer, ohne Nacherfüllung zu verlangen, sofort sekundäre Gewährleistungsrechte geltend macht. Die von ihr herangezogene Senatsentscheidung vom 30. April 2014 (VIII ZR 275/13, BGHZ 201, 83 Rn. 18) stützt ihre gegenteilige Ansicht nicht. Denn dort hatte der Käufer im Nacherfüllungsstadium einen Sachverständigen mit der Ermittlung von Mängeln an einem Massivholzfertigparkett beauftragt und verlangte anschließend neben einer Minderung des Kaufpreises Ersatz der Gutachterkosten. Der Senat hat dem damaligen Kläger gemäß § 439 Abs. 2 BGB die geltend gemachte Forderung zugesprochen, weil die Kosten für den Sachverständigen zum Zeitpunkt ihrer Entstehung nach den unangefochtenen Feststellungen des dortigen Berufungsgerichts "zumindest auch zum Zwecke der Nacherfüllung" angefallen waren.

79 Vorliegend dienten die außergerichtlich angefallenen Anwaltskosten aber nicht "auch dem Zwecke der Nacherfüllung". Denn es ging bei der Einschaltung des Rechtsanwalts nicht um die Ermittlung von Mängeln durch einen Sachverständigen mit der bei Entstehung der Kosten noch bestehenden Zielsetzung der Nacherfüllung (vgl. Senatsurteil vom 30. April 2014 - VIII ZR 275/13, BGHZ 201, 83 Rn. 18) und auch nicht um die anwaltliche Durchsetzung eines Nacherfüllungsanspruchs (vgl. Senatsurteil vom 24. Oktober 2018 - VIII ZR 66/17, BGHZ 220, 134 Rn. 92 mwN), sondern allein um die Rückabwicklung des Kaufvertrags mittels anwaltlicher Hilfe.

80 d) Auf die von der Revision weiter aufgeworfene Frage, ob die Beurteilung der Rechtslage die Einschaltung eines Rechtsanwalts voraussetzt, kommt es daher nicht an. Diese Frage betrifft allein den nachrangigen Gesichtspunkt der Erforderlichkeit von Aufwendungen (vgl. hierzu Senatsurteil vom 24. Oktober 2018 - VIII ZR 66/17, BGHZ 220, 134 Rn. 92), der aber erst dann zu prüfen ist, wenn feststeht, dass es sich - wie hier nicht - um Aufwendungen "zum Zwecke der Nacherfüllung" handelt.

C.

81 Nach alledem kann das angefochtene Berufungsurteil keinen Bestand haben, soweit das Berufungsgericht zum Nachteil der Beklagten entschieden hat; es ist insoweit aufzuheben (§ 562 Abs. 1 ZPO). Die nicht zur Endentscheidung reife Sache ist im Umfang der Aufhebung zur neuen Verhandlung und Entscheidung an das Berufungsgericht zurückzuverweisen (§ 563 Abs. 1 Satz 1 ZPO), damit dieses die erforderlichen Feststellungen treffen kann.

Dr. Fetzer

Dr. Schneider

Dr. Büniger

Dr. Schmidt

Dr. Matussek

Vorinstanzen:

LG Köln, Entscheidung vom 08.01.2019 - 19 O 191/17 -

OLG Köln, Entscheidung vom 27.03.2020 - 6 U 16/19 -