

5 U 84/20

3071/19

## Landgericht Gießen

Verkündet laut Protokoll am  
03.08.2021

Justizangestellte  
Urkundsbeamtin der Geschäftsstelle



## Abschrift

**OBERLANDESGERICHT FRANKFURT AM MAIN**  
**IM NAMEN DES VOLKES**  
**URTEIL**

## In dem Rechtsstreit

1

2

### Beklagte und Berufungsklägerinnen,

### Prozessbevollmächtigte zu 1:

### Prozessbevollmächtigte zu 2:

## gegen

[REDACTED] (vormals: [REDACTED]), [REDACTED],

Klägerin und Berufungsbeklagte,

Prozessbevollmächtigte:

[REDACTED]  
hat der 5. Zivilsenat des Oberlandesgerichts Frankfurt am Main durch den Richter am Oberlandesgericht [REDACTED] als Einzelrichter aufgrund der mündlichen Verhandlung vom 1.7.2021 für Recht erkannt:

Auf die Berufung der Beklagten zu 1. wird das am 4.3.2020 verkündete Urteil der 3. Zivilkammer des Landgerichts Gießen (Az. 3 O 71/19) teilweise abgeändert und wie folgt neu gefasst:

Das Versäumnisurteil des Landgerichts Gießen vom 5.6.2019 (Az. 3 O 71/19) wird aufgehoben und die Klage wird abgewiesen.

Die Klägerin hat, abgesehen von den Kosten der Säumnis der Beklagten zu 1. im Termin vom 5.6.2019, die der Beklagten zu 1. zur Last fallen, die Kosten des erinstanzlichen Verfahrens zu tragen. Von den Kosten des Berufungsverfahrens hat die Klägerin die Gerichtskosten sowie die eigenen außergerichtlichen Kosten und diejenigen der Beklagten zu 1. zu tragen. Die außergerichtlichen Kosten der Beklagten zu 2. im Berufungsverfahren hat diese selbst zu tragen.

Dieses und – im Umfang seiner Aufrechterhaltung – das angefochtene Urteil sind ohne Sicherheitsleistung vorläufig vollstreckbar. Der Klägerin wird nachgelassen, die Vollstreckung gegen Sicherheitsleistung in Höhe von 110 % des aufgrund des Urteils vollstreckbaren Betrages abwenden, wenn nicht die Beklagten vor der Vollstreckung Sicherheit in Höhe von 110 % des jeweils zu vollstreckenden Betrages leisten.

Der Streitwert für das Berufungsverfahren wird für die Berufung der Beklagten zu 1. auf bis zu 65.000,00 € und für die Berufung der Beklagten zu 2. auf 500,00 € festgesetzt.

**Gründe:**

**I.**

Die Klägerin macht gegen die Beklagte zu 1. als Verkäuferin und gegen die Beklagte zu 2. als Herstellerin Ansprüche im Zusammenhang mit dem Erwerb eines Fahrzeugs VW T6 California Beach Edition geltend.

Das von der Beklagten zu 2. am 12.8.2017 hergestellte Fahrzeug wurde zunächst an ein Autohaus in Österreich ausgeliefert. Die [REDACTED], ein auf den Re-Import von Fahrzeugen spezialisiertes Unternehmen, erwarb das Fahrzeug dort und verkaufte es an die Beklagte zu 1.

Die Beklagte zu 1. inserierte das Fahrzeug am 11.8.2018 auf der Internetplattform „mobile.de“ und gab dabei zutreffend an, das Fahrzeug sei erstmals im Juni 2018 zugelassen worden. Sie beschrieb das Fahrzeug als „Lagerfahrzeug/sofort verfügbar/EU-Neufahrzeug mit Tageszulassung“.

Unter dem 14.8.2018 unterzeichnete die Klägerin, die aufgrund des Inserats auf „mobile.de“ auf das Fahrzeug aufmerksam geworden war, ein mit „Kaufvertrag/Bestellung“ überschriebenes Formular. Der Kaufpreis für das Fahrzeug betrug 51.000,00 €. Darüber, das Fahrzeug von der [REDACTED] erworben zu haben, informierte die Beklagte zu 1. die Klägerin nicht.

Das Fahrzeug ist in die Schadstoffklasse EU 6 eingeordnet und nicht mit einem Dieselmotor vom Typ EA 189 ausgestattet, sondern mit einem Dieselmotor vom Typ EA 288. Es weist nicht die aus Fahrzeugen mit dem EA 189-Motor bekannte „Umschaltlogik“ auf, die das Durchlaufen des Neuen Europäischen Fahrzyklus (NFEZ) auf einem Prüfstand erkennt und davon abhängig die Abgasrückführungsrate steuert. Allerdings wird die Rate der Abgasrückführung unter anderem von der Umgebungstemperatur abhängig gesteuert (sogenanntes „Thermofenster“). Zudem hatte die Beklagte zu 2. noch vor der Erstauslieferung und -zulassung eine Anpassung der Motorsteuerung an dem Fahrzeug durchgeführt.

Die Klägerin hat zunächst alleine die Beklagte zu 1. in Anspruch genommen und behauptet, es habe sich nach Übergabe des Fahrzeugs an sie herausgestellt, dass

dieses vom sogenannten „VW-Abgasskandal“ betroffen gewesen sei und erst aufgrund der Durchführung des Softwareupdates auch im realen Fahrbetrieb in einem Modus mit höherer Abgasrückführung betrieben werde. Folge davon seien ein erhöhter Kraftstoffverbrauch, eine geringere Laufleistung und eine Zunahme der Partikelemissionen sowie ein dem Fahrzeug anhaftender Minderwert von mindestens 10 %.

Mit Schriftsatz vom 4.6.2019 (Bl. 67 ff. d. A.) hat sie dann geltend gemacht, bei dem vorhandenen „Thermofenster“ handele es sich um eine unzulässige Abschalteinrichtung im Sinne von Art. 5 Abs. 2 VO EG 715/2007, und behauptet, der Kraftstoffverbrauch des Fahrzeuges entspreche nicht den Angaben in der Übereignungsberechtigung und dem Inserat bei „mobile.de“.

Eine Täuschung der Klägerin liege im Übrigen darin, dass die Beklagte zu 1. die Klägerin nicht darüber aufgeklärt habe, das Fahrzeug über einen Zwischenhändler erworben zu haben, was die Klägerin nur zufällig erfahren habe, weil das Serviceheft gefehlt und sie bei dem in den Zulassungsdokumenten als Erstbesitzer eingetragenen österreichischen Autohaus nachgefragt habe.

Schließlich sei die Klägerin nach dem Inhalt des Inserats wie auch des Vertrages davon ausgegangen, ein fabrikneues Fahrzeug zu erwerben. Diese Eigenschaft habe das Fahrzeug bei Abschluss des Vertrages am 14.8.2018 aber nicht mehr aufgewiesen, weil seit seiner Herstellung bereits mehr als 12 Monate vergangen gewesen seien.

Aufgrund der in der Klageschrift genannten Mängel des Fahrzeuges sei sie mit Schreiben ihrer Bevollmächtigten vom 6.12.2018 wirksam vom Kaufvertrag zurückgetreten und habe den Vertrag aufgrund arglistiger Täuschung durch die Beklagte zu 1. wirksam angefochten.

Gegen die im Termin zur mündlichen Verhandlung am 5.6.2019 nicht erschienene Beklagte zu 1. erging antragsgemäß ein Versäumnisurteil (Bl. 73 f. d. A.), mit dem die Beklagte zu 1. zur Zahlung eines Betrages von 50.107,50 € nebst Zinsen Zug um Zug gegen Übergabe und Übereignung des Fahrzeugs verurteilt worden und festgestellt worden ist, dass sich die Beklagte zu 1. mit der Annahme des Fahrzeugs

in Verzug befindet. Gegen das ihr am 25.6.2019 (Bl. 80 d. A.) zugestellte Versäumnisurteil hat die Beklagte zu 1. am 26.6.2019 vorab per Fax (Bl. 77 d. A.) Einspruch eingelegt.

Mit Schriftsatz vom 21.10.2019 (Bl. 111 ff. d. A.) hat die Klägerin die Klage in subjektiver Hinsicht auf die Beklagte zu 2. erweitert und ergänzend vorgebracht, das Fahrzeug verfüge über eine „Aufwärmstrategie“, die dafür sorge, dass auf dem Prüfstand weniger Abgase ausgestoßen würden. Schließlich werde nur auf dem Prüfstand in ausreichender Menge „ad blue“ (Harnstoff) verwendet, um die Grenzwerte einzuhalten.

Die Beklagten sind der Klage entgegengetreten. Die Beklagte zu 1. hat behauptet, der Verkauf eines fabrikneuen Fahrzeugs sei nicht vereinbart gewesen, da sie schon in dem Inserat bei „mobile.de“ darauf hingewiesen habe, dass es sich um ein Lagerfahrzeug mit Tageszulassung gehandelt habe. Gleichwohl gelte das Fahrzeug im Rechtssinne als fabrikneu.

Die vor Auslieferung des Fahrzeugs erfolgte Anpassung der Motorsteuersoftware sei wegen einer Konformitätsabweichung erforderlich geworden und habe mit dem Vorhandensein einer unzulässigen Abschalteinrichtung nichts zu tun. Der Softwarestand des Fahrzeugs habe bei Erstauslieferung den vom Kraftfahrtbundesamt genehmigten Produktionsvorgaben entsprochen. Der Einsatz eines Thermofensters habe dem allgemeinen Stand von Wissenschaft und Technik entsprochen.

Wegen weiterer Einzelheiten des erstinstanzlichen Sach- und Streitstandes sowie der gestellten Anträge wird auf den Tatbestand des angefochtenen Urteils (Bl. 277 ff. d. A.) Bezug genommen, mit dem das Landgericht das Versäumnisurteil aufrechterhalten hat, soweit die Beklagte zu 1. verurteilt ist, Zug um Zug gegen Übergabe und Übereignung des Fahrzeugs an die Klägerin 45.254,79 € nebst Zinsen zahlen, und gegenüber der Beklagten zu 2. die Klage abgewiesen hat.

Mit Blick auf die Beklagte zu 1. hat das Landgericht ausgeführt, der Klägerin stehe nach den §§ 346 Abs. 1, 437 Nr. 2, 323 Abs. 2 Nr. 1 BGB ein Anspruch auf Rückabwicklung des Vertrages zu. Das Fahrzeug sei mangelhaft gewesen, weil es entgegen der vereinbarten Beschaffenheit kein Neufahrzeug gewesen sei.

Im Verkauf eines Neuwagens liege die Zusicherung, dass das Fahrzeug fabrikneu sei, was der Fall sei, wenn ein ungenutztes Kraftfahrzeug, solange das Modell noch unverändert weitergebaut werde, keine durch eine längere Standzeit bedingten Mängel aufweise, wobei es insoweit ausreiche, dass zwischen der Herstellung und dem Verkauf des Fahrzeugs mehr als 12 Monate lägen. Vorliegend habe das Fahrzeug mit Ablauf des 12.8.2018 und somit noch vor Abschluss des Kaufvertrages die Eigenschaft „fabrikneu“ verloren, denn Umstände, die eine Abweichung von den dargestellten Grundsätzen gebieten könnten, lägen auch unter Berücksichtigung der nur geringen Überschreitung der Frist und der Bezeichnung als „Lagerfahrzeug“ nicht vor. Ein ausreichender Hinweis darauf, dass die Beklagte zu 1. das Fahrzeug als Gebrauchtwagen veräußert haben könnte, ergebe sich aus den vorgelegten Unterlagen nicht. Zudem habe die Angabe zum Garantiebeginn (12.6.2018) aus Sicht der Klägerin den Schluss darauf zugelassen, dass das Fahrzeug nicht erheblich vor diesem Datum hergestellt worden sei.

Da sich die fehlende Neuwagen-Eigenschaft nicht im Wege der Nachbesserung beheben lasse, sei es unerheblich, dass die Klägerin eine solche nicht verlangt habe, bevor sie vom Vertrag zurückgetreten sei.

Die Klägerin müsse sich – ausgehend von einer zu erwartenden Gesamtaufleistung von 350.000 Kilometern und einem Kilometerstand von 35.454 am 22.1.2020 – allerdings eine Nutzungsentschädigung in Höhe von 5.745,21 € anrechnen lassen.

Ansprüche gegen die Beklagte zu 2. bestünden hingegen nicht. Vertragliche Ansprüche schieden aus, weil die Beklagte nicht Verkäuferin sei, und hinsichtlich der Durchführung eines Softwareupdates, der Existenz eines „Thermofensters“, einer „Aufwärmstrategie“ und einer Reduzierung der „ad blue“-Einspritzung sei eine unerlaubte Handlung der Beklagten zu 2. nicht ersichtlich. Jedenfalls fehle es an substantiiertem Vortrag zu einem etwaigen Vorsatz der Beklagten zu 2.

Wegen der Einzelheiten der Begründung wird auf die Entscheidungsgründe des angefochtenen Urteils (Bl. 277 ff. d. A.) Bezug genommen.

Die Beklagte zu 1. hat gegen das ihren Prozessbevollmächtigten am 12.2.2020 zugestellte Urteil mit Schriftsatz vom 9.3.2020, der am selben Tag beim Oberlandes-

gericht einging, Berufung eingelegt und diese am 3.4.2020 begründet. Auch die Beklagte zu 2. hat gegen das Urteil mit Schriftsatz vom 6.4.2020 – offenkundig versöhnlich – Berufung eingelegt, diese aber noch am selben Tag wieder zurückgenommen (Bl. 295 f. und 302 d. A.).

Mit ihrer Berufung verfolgt die Beklagte zu 1. weiter ihr Ziel der Aufhebung des Verjährungsurteils vom 5.6.2019 und der Abweisung der Klage.

Sie wiederholt und vertieft ihren erstinstanzlichen Vortrag und hebt hervor, dass die Überschreitung der von der Rechtsprechung angenommenen 12-Monats-Frist um wenige Tage nicht geeignet sei, einen Mangel des Fahrzeugs zu begründen, zumal es bei dem Modell T6 California Beach Edition eine außerordentlich hohe Nachfrage gebe und das Fahrzeug auf der Plattform „mobile.de“ als Gebrauchtwagen inseriert worden sei; nur unter dieser Voraussetzung sei es möglich, ein Datum der Erstzulassung anzugeben. Auch seien der E-Mail der Beklagten zu 1. vom 14.8.2018 an die Klägerin die Gebrauchtwagen-Verkaufsbedingungen der Beklagten zu 1. beigefügt gewesen.

Dass bei einem Re-Import-Fahrzeug die Einkaufsquelle (hier die [REDACTED]) offengelegt werde, sei regelmäßig nicht der Fall.

Mangelhaft sei das Fahrzeug auch nicht mit Blick auf die von der Klägerin unzutreffend erhobene Behauptung, es sei vom sogenannten „Abgasskandal“ betroffen. Bei der Ermittlung der Nutzungsentschädigung sei zudem lediglich eine Laufleistung von 200.000 bis höchstens 250.000 Kilometern zugrunde zu legen.

Die Beklagte zu 1. beantragt,

das Urteil des Landgerichts Gießen vom 4.3.2020 aufzuheben und die Klage abzuweisen.

Die Klägerin beantragt,

die Berufung zurückzuweisen.

Sie tritt der Berufung als unbegründet entgegen und meint, wirksam vom Kaufvertrag zurückgetreten zu sein, weil das Fahrzeug kein Neuwagen gewesen sei. Es sei

auch nicht als Gebrauchtwagen inseriert gewesen. Der erstmals in der zweiten Instanz gehaltene Vortrag zu den allgemeinen Geschäftsbedingungen und ihrer Einbeziehung sei nicht zuzulassen.

Ergänzend wird auf die im Berufungsrechtszug eingereichten Schriftsätze der Parteien Bezug genommen.

## II.

Die Berufung der Beklagten zu 1. ist zulässig, insbesondere frist- und formgerecht eingelegt und begründet worden (§§ 517, 519, 520 Abs. 1, 2 ZPO). Sie hat in der Sache Erfolg und führt zur Aufhebung des Versäumnisurteils vom 5.6.2019 und zur Abweisung der Klage.

Der Klägerin steht der mit der Klage geltend gemachte Anspruch nicht zu. Sie ist nicht wirksam vom Kaufvertrag zurückgetreten und hat diesen nicht wirksam angefochten.

Aus Sicht des Berufungsgerichts hat das Landgericht zu Unrecht einen Anspruch aus den §§ 346 Abs. 1, 437 Nr. 2, 440, 323 Abs. 2 Nr. 1 BGB auf Rückabwicklung des Kaufvertrages über das von der Klägerin erworbene Fahrzeug mit der Begründung bejaht, dieses sei (zum Zeitpunkt des Gefahrübergangs) mangelhaft gewesen, weil es unter Berücksichtigung der höchstrichterlichen Rechtsprechung entgegen der vereinbarten Beschaffenheit kein Neufahrzeug gewesen sei.

Ein Anspruch nach §§ 346 Abs. 1, 437 Nr. 2, 440, 323 BGB ist nur dann gegeben, wenn zum Zeitpunkt des Gefahrübergangs ein zum Rücktritt berechtigender Mangel vorgelegen hat. Eine Sache ist frei von Sachmängeln, wenn sie bei Gefahrübergang die vereinbarte Beschaffenheit hat, § 434 Abs. 1 S. 1 BGB. Ist eine Beschaffenheit nicht vereinbart, ist die Sache gemäß § 434 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 BGB frei von Sachmängeln, wenn sie sich für die gewöhnliche Verwendung eignet und eine Beschaffenheit aufweist, die bei Sachen der gleichen Art üblich ist und die der Käufer nach der Art der Sache erwarten kann.

Nach der ständigen Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs liegt im Verkauf eines Neuwagens durch einen Kfz-Händler grundsätzlich die Zusicherung, dass das verkaufte Fahrzeug die Eigenschaft hat, "fabrikneu" zu sein (vgl. nur BGH, Urteil vom 12.1.2005 – VIII ZR 109/04, Rn. 11, juris).

Zutreffend geht das Landgericht davon aus, der Bundesgerichtshof habe mit Urteil vom 15.10.2003 (VIII ZR 227/02, Rn. 11 ff., juris) seine Rechtsprechung dahingehend präzisiert, dass ein unbenutztes Kraftfahrzeug regelmäßig noch "fabrikneu" ist, wenn und solange das Modell dieses Fahrzeugs unverändert weitergebaut wird, wenn es keine durch längere Standzeit bedingte Mängel aufweist und wenn zwischen Herstellung des Fahrzeugs und Abschluss des Kaufvertrages nicht mehr als zwölf Monate liegen.

Abweichendes gilt vorliegend nicht mit Blick darauf, dass das streitgegenständliche Fahrzeug – wie der Klägerin bekannt war – ein Re-Importwagen ist: Auch für ein EU-Neufahrzeug gelten keine anderen Vorgaben zur noch zulässigen Lagerzeit des Fahrzeugs, auch wenn es sich bei der Verkäuferin nicht um einen Vertragshändler des Herstellers handelt (vgl. OLG Düsseldorf, Urteil vom 24. Oktober 2005 – I-1 U 84/05, Rn. 54, juris).

Soweit vorliegend bei Abschluss des Kaufvertrages am 14.8.2018 seit der Herstellung des Fahrzeugs (12.8.2017) ein Zeitraum von zwölf Monaten und zwei Tagen vergangen war, folgt daraus aber nicht, dass das Fahrzeug mit Ablauf des 12.8.2018 die Eigenschaft „fabrikneu“ verloren hat. Bei der vom Bundesgerichtshof angegebenen Frist handelt es sich nach dem Verständnis des Berufungsgerichts nicht um eine taggenau einzuhaltende, starre Ausschlussfrist.

Zwar führt der Bundesgerichtshof in seinem Urteil aus, es bedürfe zur Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung der (höchstrichterlichen) Festlegung einer maximalen Standzeit, bis zu deren Ablauf ein Kraftfahrzeug im Regelfall noch als "fabrikneu" angesehen werden kann, da in der Rechtsprechung der Oberlandesgerichte die Frage des Höchstalters "fabrikneuer" Kraftfahrzeuge ganz unterschiedlich beantwortet werde, was dazu geführt habe, dass einerseits ein acht Monate altes Fahrzeug als nicht mehr fabrikneu angesehen worden sei, während andererseits das Gegenteil noch für ein 16 Monate altes und sogar für ein 30 Monate altes Fahrzeug angenommen worden sei.

Im vom Bundesgerichtshof zu entscheidenden Fall ging es um ein Fahrzeug, bei dem zwischen Herstellung und Verkauf ein Zeitraum von 19 Monaten lag. Für diesen Fall hat der Bundesgerichtshof entschieden, dass dem Fahrzeug die zugesicherte Eigenschaft „fabrikneu“ bei Übergabe gefehlt hat.

Zur Begründung hat der Bundesgerichtshof ausgeführt, die Meinung, welche dem Verkäufer eine unbegrenzte Lagerhaltung zubillige, sofern keine Standschäden eingetreten seien oder das Modell sich verändert habe, verletze schützenswerte Interessen des Käufers, da nach der Verkehrsanschauung die Lagerdauer für die Wertschätzung eines Kraftfahrzeugs von wesentlicher Bedeutung und eine lange Standdauer daher für einen Neuwagenkäufer ein wertmindernder Faktor sei. Da jedes Kraftfahrzeug einem Alterungsprozess unterliege, der mit dem Verlassen des Herstellungsbetriebes einsetze, und sich der Zustand des Fahrzeugs durch Zeitablauf grundsätzlich aufgrund von Materialermüdung, Oxydation und anderen physikalischen Veränderungen verschlechtere, sei im Regelfall ist davon auszugehen, dass eine Lagerzeit „von mehr als 12 Monaten“ die Fabrikneuheit eines Neuwagens be seitige (BGH, Urteil vom 15.10.2003 – VIII ZR 227/02, Rn. 12, juris).

Angesichts dieser Begründung überzeugt die Ansicht des Landgerichts nicht, die Beklagte zu 1. habe das Fahrzeug zwar am 11.8.2018 noch als Neuwagen inserieren, ihn aber am 14.8.2018 nicht mehr – jedenfalls nicht ohne einen Hinweis auf die längere Standzeit – als solchen verkaufen dürfen. Da die Alterungsprozesse schlechend ablaufenden, ist nicht davon auszugehen, dass nach der Verkehrsanschauung in der Bewertung des Wertes des Fahrzeugs zwischen dem 11.8. und dem 14.8.2018 ein wesentlicher Unterschied zu machen ist. Die durch den Bundesgerichtshof konkretisierte hinnehmbare Lagerzeit ist somit nicht im Sinne einer taggenau einzuhaltenden Frist zu verstehen, sondern als Angabe eines – in Monaten zu bemessenden – Zeitraums, so dass jedenfalls eine geringfügige Überschreitung der Lagerzeit nicht rechtserheblich ist (in diese Richtung auch OLG Düsseldorf, Urteil vom 24.10.2005 – I-1 U 84/05, Rn. 52, juris; gegen eine „Aufweichung“ der zeitlichen Grenze, aber bezogen auf den umgekehrten Fall einer knappen Unterschreitung der Frist unter dem Aspekt der Rechtssicherheit OLG Hamm, Urteil vom 16.8.2016 – I-28 U 140/15 –, Rn. 97, juris).

Zudem ergibt sich, was auch das Landgericht gesehen hat, aus der Entscheidung des Bundesgerichtshofs, dass die dort angegebene Lagerzeit von mehr als 12 Monaten lediglich „im Regelfall“ die Fabrikneuheit des Fahrzeugs beseitigt. Insofern hat die Beklagte zu 1. unwidersprochen vorgetragen, dass es sich bei dem Fahrzeugtyp T6 California Beach Edition um ein Modell mit hoher Nachfrage handelt, bei dem zudem von einer hohen Wertstabilität auszugehen ist. Bei einem solchen Fahrzeug wird sich eine nur ganz geringfügig längere Standzeit des Fahrzeuges nach der Verkehrsanschauung nicht negativ auf dessen Wert auswirken.

Dahinstehen kann, ob die Klägerin, wie die Beklagte zu 1. behauptet, das Fahrzeug nur deshalb auf der Plattform „mobile.de“ gefunden hat, weil sie (auch) Gebrauchtwagen in ihre Suche einbezogen hat, und ob, wie von der Beklagten zu 1. behauptet, dem Vertrag ihre nunmehr zweitinstanzlich vorgelegten Gebrauchtwagen-Verkaufsbedingungen (Bl. 347 f. d. A.) beigefügt waren. Nach dem Inserat (Anlage K 7, Bl. 17 f. d. A.) sollte es sich bei dem Fahrzeug um ein „EU-Neufahrzeug mit Tageszulassung“ und einem Kilometerstand von 20 handeln, und abweichende Angaben sind im als Anlage K 1 vorgelegten Kaufvertrag nicht enthalten.

Dabei steht die Tageszulassung der Annahme eines Neufahrzeuges nicht entgegen. Der Kunde erwirbt auch in diesen Fällen ein fabrikneues Fahrzeug. Die kurzfristige Zulassung auf den Händler dient, anders als bei sogenannten Vorführwagen, nicht der Nutzung des Fahrzeugs. Tageszulassungen erfolgen im Absatzinteresse beider Seiten. Der Händler kommt durch die Steigerung der Abnahmemenge in den Genuss höherer Prämien, die er an den Endkunden weitergeben kann. Der Hersteller wird in die Lage versetzt, gezielt zu bestimmten Stichtagen mit höheren Zulassungszahlen zu werben. Der potentielle Autokäufer weiß, dass eine Tageszulassung aus den genannten Gründen nur rein formal erfolgt, ohne dass sich die Beschaffenheit des Fahrzeugs als Neufahrzeug dadurch ändert, es also insbesondere nicht benutzt worden ist (BGH, Urteil vom 12. Januar 2005 – VIII ZR 109/04 –, Rn. 13, juris).

Zu Unrecht meint die Klägerin auch, die Beklagte zu 1. habe ihr offenlegen müssen, dass sie das Fahrzeug über die [REDACTED] erworben habe, da allein die Existenz des nicht als Halter in die Zulassungsberechtigung eingetragenen Zwischenhändlers einen selbständigen Mangel des Fahrzeuges darstelle.

Die von der Klägerin zitierte Entscheidung des Bundesgerichtshofs (Urteil vom 16.12.2009 – VIII ZR 38/09, juris) betrifft eine gänzlich andere Konstellation, nämlich den Erwerb eines Gebrauchtwagens mit hoher Laufleistung und mehreren Vorbesitzern, bei dem der Verkäufer nicht angegeben hatte, das Fahrzeug kurze Zeit vor dem Weiterverkauf selbst von einer Person unbekannter Identität erworben zu haben. In einer solchen Konstellation liegt, wie der Bundesgerichtshof ausgeführt hat, der Verdacht nahe, dass es während der Besitzzeit des unbekannten Voreigentümers zu Manipulationen am Kilometerzähler oder einer sonstigen unsachgemäßen Behandlung des Fahrzeugs gekommen sein kann, und wird die Verlässlichkeit der Angaben des Verkäufers zum Fahrzeug grundlegend entwertet. Während in jenem Fall insbesondere der Kilometerstandsanzeige und den Aussagen zur "Gesamtfahrleistung nach Angabe des Vorbesitzers" hinsichtlich der tatsächlichen Fahrleistung nahvollziehbar keine nennenswerte Bedeutung zukommen konnte (BGH, a. a. O., Rn. 16), kann dies für ein mit einem Kilometerstand von 20 verkauftes, augenscheinlich nicht benutztes Fahrzeug nicht angenommen werden, und wird es für den Käufer eines solchen Fahrzeugs regelmäßig ohne Belang sein, ob der Verkäufer das Fahrzeug selbst oder über einen dazwischengeschalteten Händler von dem im Fahrzeugbrief genannten EU-ausländischen Händler erworben hat.

Schließlich steht auch das – im Übergabeprotokoll dokumentierte – Vorhandensein eines Lackkratzers der Eigenschaft „fabrikneu“ nicht entgegen. Zum einen bedeutet „fabrikneu“ nicht „fehlerfrei“ und zum anderen hat die Klägerin ihren Rücktritt nicht auf das Vorhandensein des – ihr jedenfalls bei Übergabe des Fahrzeugs offenbarten – Kratzers gestützt.

Ist mit Blick auf die Eigenschaft als Neuwagen nicht von einem Mangel des Fahrzeugs auszugehen, scheidet auch eine auf eine Täuschung über das Fehlen dieser Eigenschaft gestützte Anfechtung des Vertrages aus.

Nicht begründet ist die Klage auch unter dem weiteren, vom Landgericht folgerichtig in Bezug auf die Beklagte zu 1. nicht behandelten Aspekt des Vorhandenseins eines sogenannten „Thermofensters“ bzw. eines anderweitigen Betroffenseins des Fahrzeugs von dem „Abgasskandal“, in den die Beklagte zu 2. als Fahrzeugherrstellerin verwickelt ist.

Insoweit hat die Klägerin ihr Vorbringen im Verlauf des erstinstanzlichen Rechtsstreits mehrfach ergänzt und angepasst, nachdem sie zunächst mit der aus Fällen betreffend Fahrzeuge mit dem Motortyp EA 189 bekannten Argumentation vom ursprünglichen Vorhandensein einer Prüfstanderkennungssoftware ausgegangen war, für das indes keine Anhaltspunkte dargelegt und ersichtlich sind.

Soweit die Klägerin darauf abstellt, es sei, was unstreitig ist, bei dem Fahrzeugtyp VW T6 California Beach Edition im Dezember 2017 vorübergehend zu einem Auslieferungsstop gekommen und die Beklagte zu 2. habe auch am streitgegenständlichen Fahrzeug ein Softwareupdate durchführen müssen, haben die Beklagten dargelegt, dass die Nachbesserung an der Steuerungssoftware wegen einer Konformitätsabweichung erforderlich geworden sei, die dadurch im März 2018 und somit noch vor Auslieferung des Fahrzeugs behoben worden sei.

Insofern ist davon auszugehen, dass der auf eine Konformitätsabweichung gestützte Rückrufbescheid keine tatsächlichen Anhaltspunkte für das ursprüngliche Vorhandensein einer unzulässigen Abschalteinrichtung begründet (vgl. OLG Stuttgart, Urteil vom 19.1.2021 – 16a U 196/19, Rn. 49, juris). Das Kraftfahrtbundesamt hat den Rückruf bereits ausgelieferter Fahrzeuge des Modells T6 (Baujahre 2014 bis 2017) nicht wegen des Vorliegens einer unzulässigen Abschalteinrichtung angeordnet. Der Rückrufdatenbank des Amtes ist als Beschreibung zu entnehmen „Konformitätsabweichung führt zur Überschreitung des Euro 6-Grenzwertes für Stickoxide“ (KBA-Referenz-Nr. 7710; Hersteller-Code: 23Z7). Bemängelt wird damit nicht, dass die zur Erlangung der Typgenehmigung vorgestellten Fahrzeuge über eine unzulässige Abschalteinrichtung verfügt haben sollen, sondern, dass es nachträglich – sei es im Rahmen der Produktion oder des Alterungsprozesses des Fahrzeugs – zu Abweichungen gekommen ist, aufgrund derer die Grenzwerte nicht mehr eingehalten wurden. Am vorliegenden Fahrzeug wurde die Konformitätsabweichung bereits vor Erstauslieferung im Rahmen der Maßnahme 23Y7 behoben, so dass die Klägerin insofern zu keiner Zeit ein mangelhaftes Fahrzeug erhalten hat.

Soweit die Klägerin erstinstanzlich negative Folgen des Software-Updates in Bezug auf die Langlebigkeit und den Wiederverkaufswert des Fahrzeugs behauptet hat, bestand ihr – in der Berufungsinstanz nicht wiederholtes – Vorbringen aus einer

Übernahme der aus den Motortyp EA 189 betreffenden Fällen bekannten Argumentation (einschließlich des Verweises auf an solchen Fahrzeugen nach Aufspielen des Updates durchgeführten Tests) ohne konkreten Bezug zum streitgegenständlichen Motor- und Fahrzeugtyp oder gar das Fahrzeug der Klägerin, so dass dem nicht weiter nachzugehen war. Dass die Überschreitung des für das Fahrzeug angegebenen Kraftstoffverbrauchs auf die Durchführung des Softwareupdates zurückzuführen ist, hat die Klägerin schon deshalb nicht dargelegt, weil sie keinen Vergleichswert für den Verbrauch ihres Fahrzeuges vor Durchführung des Updates angeben kann, da sie es erst danach erworben hat. Im Übrigen sind ihre – zudem abweichenden (vgl. Bl. 69 d. A. einerseits und Bl. 256 d. A. andererseits) – Angaben zum tatsächlichen Verbrauch nicht aussagekräftig, da nichts darüber mitgeteilt ist, wie die Klägerin das Fahrzeug nutzt.

Auch ist aus dem Vorbringen der Klägerin nicht deutlich geworden, was sie mit dem Hinweis auf das Vorhandensein einer „Aufwärmstrategie“ zum Ausdruck bringen wollte, das heißt, inwiefern sich daraus ein Mangel des Fahrzeugs ergeben soll.

Recht pauschal ist auch der Vortrag der Klägerin in Bezug auf das Vorhandensein eines sogenannten „Thermofensters“. Er geht insbesondere nicht auf die von der Beklagten zu 2. – sich auch insofern von der Beklagten zu 1. zu Eigen gemacht – ausführlich behauptete technische Notwendigkeit einer solchen Steuerung der Abgasrückführung ein.

Auch wenn man das diesbezügliche Vorbringen der Klägerin, die technische Laiin ist, noch für ausreichend erachten wollte, kann offenbleiben, ob das Vorhandensein des Thermofensters als eine unzulässige Abschalteinrichtung zu qualifizieren und damit von einem Mangel des Fahrzeugs auszugehen ist. Denn jedenfalls ergibt sich aus dem Vorbringen der Klägerin nicht, dass sie der Beklagten zu 1. vor dem Rücktritt vom Vertrag Gelegenheit zur Nacherfüllung gegeben hätte, ohne dass davon ausgegangen werden kann, dass eine Fristsetzung mit Nacherfüllungsverlangen im Verhältnis zwischen Klägerin und Beklagter zu 1. entbehrlich gewesen wäre (vgl. Brandenburgisches Oberlandesgericht, Urteil vom 12.5.2021 – 4 U 34/20 –, Rn. 70 - 79, juris; OLG Stuttgart, Urteil vom 11.12.2020 – 3 U 101/18, Rn. 57 ff., juris, betreffend ein Fahrzeug des Herstellers Daimler).

Zwar hat die Klägerin – auch auf die dies thematisierenden Ausführungen des Landgerichts zum Verzugseintritt – die Rücktrittserklärung der Klägerin vom 6.12.2018 nicht vorgelegt (als Anlage K 8 vorgelegt ist ein anderes Schreiben vom 6.12.2018), allerdings wird aus ihrem Vorbringen deutlich, dass ohne vorhergehende Fristsetzung vom Vertrag zurückgetreten ist, offenbar vor dem Hintergrund, dass sie ein Nacherfüllungsverlangen mit Blick auf das angenommene Fehlen der Neuwageneigenschaft für entbehrlich gehalten hat.

Dass die Beklagte zu 1. die Nachbesserung ernsthaft und endgültig verweigert hat mit der Folge der Entbehrlichkeit der Fristsetzung nach §§ 440 S. 1, 281 Abs. 2, 323 Abs. 2 Nr. 1 BGB, wird von der Klägerin nicht dargetan. Eine solche ernsthaft und endgültige Verweigerung der Nachbesserung lässt sich nicht daraus herleiten, dass die Beklagte zu 1. den Sachmangel im vorliegenden Rechtsstreit bestritten hat. An das Vorliegen einer endgültigen Erfüllungsverweigerung sind strenge Anforderungen zu stellen. Gemessen an diesem Maßstab lässt sich die im Rechtsstreit zur Verteidigung des Klageabweisungsbegehrens eingenommene Rechtsposition, das streitgegenständliche Fahrzeug weise keinen der behaupteten Sachmängel auf, nicht als das "letzte Wort" der Beklagten zu 1. auffassen.

Eine Fristsetzung zur Nachbesserung war auch nicht deshalb entbehrlich, weil die Nachbesserung wegen eines unbehebbaren Mangels unmöglich war (§ 275 BGB).

Unmöglichkeit liegt nur vor, wenn die Leistung weder vom Schuldner noch von einem Dritten erbracht werden kann (BGH, Urteil vom 19.1.2007 – V ZR 211/06, juris). Unterstellt, die behaupteten unzulässigen Abschalteinrichtungen führen zum Erlöschen der EG-Typgenehmigung und der Betriebserlaubnis, wozu sich dem Vortrag der Klägerin nichts Konkretes entnehmen lässt, lässt sich hieraus nicht (auch) der Schluss ziehen, die Nacherfüllung sei nicht möglich; es ist weder dargetan noch ersichtlich, dass die Typgenehmigung – ohne die Ausstattung des Fahrzeuges mit unzulässigen Abschalteinrichtungen – nicht hätte wiedererlangt werden können.

Die Aufforderung zur Nacherfüllung nebst Fristsetzung war auch nicht deshalb entbehrlich, weil eine Nachbesserung unzumutbar war (§ 440 Satz 1 letzte Alt. BGB). Weiß der Käufer nicht, wie der Verkäufer auf ein Mangelbeseitigungsverlangen reagieren wird, kann ihm eine Aufforderung zur Nacherfüllung innerhalb einer bestimmten Frist nicht unzumutbar sein. Soweit das OLG Hamm (Urteil vom 1.4.2020

– I-30 U 33/19, Rn. 91 ff., juris) von einer Unzumutbarkeit der Nacherfüllung ausgegangen ist, da die dem Käufer zustehende Art der Nacherfüllung (Nachbesserung) infolge seines zerstörten Vertrauensverhältnisses zu der laut Verkäuferin einzig zur Nachbesserung fähigen Herstellerin des Fahrzeugs nicht zumutbar sei, bezog sich dies auf ein vom „Abgasskandal“ betroffenes Fahrzeug mit einem Motor vom Typ EA 189, während vorliegend – nach dem insoweit rechtskräftigen Urteil des Landgerichts – gerade nicht davon auszugehen ist, dass die Beklagte zu 2. die Klägerin vorsätzlich sittenwidrig geschädigt hat.

Auch dafür, dass die Beklagte zu 1. die Klägerin hinsichtlich des Vorhandenseins eines Thermofensters getäuscht haben könnte, sind nach dem Vorbringen der Klägerin keine Anhaltspunkte gegeben, so dass eine wirksame Anfechtung des Vertrages ebenso ausscheidet, wie darauf gestützte deliktische Ansprüche nicht in Betracht kommen, zumal ein vorsätzliches tatbestandliches Handeln der Beklagten zu 1., die sich ein etwaig vorsätzliches Handeln der Beklagten zu 2. nicht zurechnen lassen muss (Brandenburgisches Oberlandesgericht, Urteil vom 12.5.2021 – 4 U 34/20, Rn. 54, juris; OLG Hamm, Urteil vom 1.4.2020 – I-30 U 33/19, Rn. 65 ff., juris), nicht schlüssig dargetan ist. Eine solche Beziehung zwischen Händler und Herstellerin, die aus Billigkeitsgründen eine Zurechnung des Verhaltens der Herstellerin gebieten würde, besteht bezüglich des vorliegend allein maßgeblichen Abschlusses des Kaufvertrags mit dem Kunden nicht (BGH, Beschluss vom 9.6.2020 – VIII ZR 315/19, Rn. 17, juris).

Kann die Klägerin nach dem Vorgesagten eine Rückabwicklung des Vertrages nicht verlangen, hat ihre Klage auch weder hinsichtlich der Feststellung Erfolg, die Beklagte zu 1. befindet sich mit der Rücknahme des Fahrzeugs in Verzug, noch hinsichtlich der geltend gemachten Nebenforderungen im vom Landgericht zugesprochenen Umfang.

### III.

Die Kostenentscheidung folgt aus den §§ 91 Abs. 1, 344, 516 Abs. 3 ZPO, die Entscheidung über die vorläufige Vollstreckbarkeit beruht auf den §§ 708 Nr. 10, 711, 709 S. 2 ZPO.

Die Bemessung des Streitwertes für das Berufungsverfahren hat ihre Grundlage in den §§ 48 Abs. 1 S. 1, 63 Abs. 2 GKG, § 3 ZPO, wobei mit Blick auf die angesichts fehlender Beschwerde von der Beklagten zu 2. offenkundig versehentlich eingelegte Berufung insofern eine Festsetzung auf die niedrigste Gebührenstufe angezeigt war.

Die Revision war mangels Vorliegens der Voraussetzungen des § 543 Abs. 2 ZPO nicht zuzulassen. Insbesondere die erwähnten Entscheidungen des OLG Hamm (28 U 140/15 und 30 U 33/19) betreffen, wie im jeweiligen Zusammenhang ausgeführt, Fälle, die in tatsächlicher Hinsicht anders lagen.

