

	1
<u>Gründe</u>	2
I.	3
Die Parteien streiten um Gewährleistungsansprüche des Klägers aus einem Gebrauchtfahrzeugkauf vom 29.10.2013.	4
Die Beklagte zu 1. ist Audi-Vertragsverhändlerin mit Betriebssitz in M; die Beklagte zu 2. ist ihre Komplementärgesellschaft.	5

Ausweislich der verbindlichen Bestellung vom 29.10.2013 (Anlage k 1) erwarb der Kläger von der Beklagten zu 1. ein Gebrauchtfahrzeug vom Typ Audi A 4 2.0 TDI zum Preis von 24.840 €, wobei der Kaufpreis über ein Darlehen der VW Bank GmbH finanziert werden sollte.	6
Abweichend davon hat der Kläger in seiner persönlichen Anhörung vor dem Landgericht dargestellt, es sei ein Leasingvertrag über das Fahrzeug geschlossen worden.	7
Das Fahrzeug wurde dem Kläger am 31.10.2013 übergeben. Es verfügt über einen Motor vom Typ EA 189, welcher vom sog. Abgasskandal betroffen ist.	8
Mit Anwaltsschreiben vom 16.10.2015 forderte der Kläger die Beklagte zu 1. auf, wegen der sich daraus ergebenden Gewährleistungsansprüche bis zum 31.12.2016 auf die Einrede der Verjährung zu verzichten und innerhalb einer Frist zum 22.10.2015 das streitgegenständliche Fahrzeug nachzubessern.	9
Die Beklagten reagierten nicht.	10
Nachdem der Kläger am 28.10.2015 die vorliegende u.a. auf Nachbesserung gerichtete Klage anhängig gemacht hat, hat die Audi AG den Kläger im Mai 2016 aufgefordert, das Fahrzeug einem Audi-Vertragshändler vorzustellen, um eine Umprogrammierung des Motorsteuergeräts vorzunehmen.	11
Die Beklagten haben im Laufe des Prozesses ausdrücklich erklärt, zur Umsetzung dieser Software-Maßnahme am Fahrzeug des Klägers bereit zu sein.	12
Mit der - unter Hinweis auf die drohende Verjährung erhobenen - Klage hat der Kläger geltend gemacht, das Fahrzeug sei sachmangelhaft. Wegen der verwendeten manipulativen Software zur Abgassteuerung seien der Stickoxid- und Kohlendioxidausstoß sowie der Kraftstoffverbrauch im Straßenverkehr deutlich höher als auf dem Prüfstand. Die tatsächlichen Werte überstiegen die Abgas- und Verbrauchswerte, die von den Beklagten und dem Hersteller im Serviceheft und Betriebshandbuch angegeben seien. Eine solche Software stelle eine unzulässige Abschalteneinrichtung dar, weshalb zudem der Verlust der Betriebserlaubnis drohe.	13
Mit der Klage verlangt der Kläger von den Beklagten Nachbesserung, lehnt aber die Durchführung der von dem Fahrzeughersteller in Abstimmung mit dem Kraftfahrtbundesamt entwickelten Überarbeitungsmaßnahme durch ein Update der Motorsteuerung ab. Darin liege zum einen keine Erfüllung seines Nachbesserungsanspruchs durch die Beklagten; zum anderen sei ihm diese Maßnahme unzumutbar, weil sie mit negativen Auswirkungen auf den Fahrzeugzustand und das Fahrverhalten verbunden sei. Es sei zu erwarten, dass durch diese Maßnahme die im Vertrag angegebene Motorleistung reduziert werde, der Kraftstoffverbrauch steige und Motor und Filtersysteme schneller verschleifen würden. Außerdem führe die Durchführung des Updates zu einer Wertminderung.	14
Nach Auffassung des Klägers sind die Beklagten durch das Negieren einer eigenen Nacherfüllungspflicht und das Ausbleiben einer zeitnahen Nachbesserung in Verzug geraten und verpflichtet, ihm sämtliche mit der Herstellung der vertragsgemäßen Fahrzeugbeschaffenheit verbundenen Kosten und Schäden zu ersetzen, was gerichtlich festzustellen sei.	15
Ebenso begehrt er die Feststellung, dass im Fall der Unmöglichkeit der Nachbesserung die Beklagten zur Rückabwicklung des Kaufs verpflichtet seien.	16

Die Beklagten halten die Klage für unzulässig und in der Sache auch für unbegründet.	17
Das Nachbesserungsverlangen sei zu unbestimmt und es fehle das Rechtsschutzinteresse, weil der Kläger durch die Entgegennahme der vom Hersteller zur Verfügung gestellten Softwareüberarbeitung sein Ziel auf einfacherem Weg erreichen könne. Vor Ausspruch des Rücktritts bestehe auch kein feststellungsfähiges Rückabwicklungsrechtsverhältnis.	18
Dem Nacherfüllungsbegehren des Klägers haben die Beklagten entgegengehalten, das streitgegenständliche Fahrzeug sei nicht mangelhaft. Für die Einhaltung der Emissionswerte der Euro 5-Norm komme es nur auf die Abgaswerte auf dem Prüfstand und nicht auf die Werte beim Betrieb im Straßenverkehr an.	19
Das zur Überarbeitung vorgesehene Software-Update sei zur Behebung des beanstandeten Zustandes tauglich und dem Kläger auch zumutbar. Es sei für ihn mit keinen Kosten und nur geringem Zeitaufwand verbunden und habe auch keine negativen Folgen, wie das Kraftfahrtbundesamt bestätigt habe.	20
Weil die gesetzte Nachbesserungsfrist zu kurz bemessen gewesen sei, seien sie nicht in Verzug geraten. Im Übrigen fehle es auch an einem Verschulden ihrerseits, weil sie bis September 2015 nichts von der beanstandeten Software gewusst hätten und wegen der Entwicklung der technischen Überarbeitungsmaßnahme auf die Zusammenarbeit des Fahrzeugherstellers und des Kraftfahrtbundesamts angewiesen seien.	21
Das Landgericht hat die Klage als unbegründet abgewiesen.	22
Dem Anspruch des Klägers aus § 439 BGB stehe entgegen, dass der Kläger im maßgeblichen Zeitpunkt der letzten mündlichen Verhandlung nicht seine Bereitschaft habe erkennen lassen, die von den Beklagten angebotene technische Überarbeitung des Fahrzeugs als Nachbesserung anzuerkennen und hierzu das streitgegenständliche Fahrzeug zur Verfügung zu stellen. Sein Prozessverhalten sei vielmehr als Verweigerung der Durchführung der Nachbesserungsmaßnahme zu verstehen. Hierzu sei der Kläger aber nicht berechtigt, weil er nicht substantiiert dargetan habe, dass diese Maßnahme mit unzumutbaren Nachteilen verbunden sei; er stütze sich lediglich auf Spekulationen hinsichtlich nachteiliger Folgen.	23
Den Beklagten stehe keine andere Möglichkeit zur Verfügung, als die vom Hersteller in Verbindung mit dem Kraftfahrtbundesamt entwickelten technischen Überarbeitungsmaßnahmen abzuwarten und umzusetzen.	24
Wegen der fehlenden Mitwirkung des Klägers an der Nachbesserung seien auch die weiteren Klagebegehren unbegründet.	25
Mit der Berufung verfolgt der Kläger seine erstinstanzlichen Begehren weiter.	26
Das Landgericht übersehe, dass er selbst nach dem unstreitigen Vortrag der Beklagten berechtigt gewesen sei, die konkrete Art der Nachbesserung durch Aufspielen eines Software-Updates zu verweigern. Die Beklagten hätten deutlich gemacht, dass sie diese Maßnahme nur im Wege der Kulanz vornehmen würden, aber für ein Scheitern der Nachbesserung nicht eintreten wollten. Diese Vorbehalte hätten seine Zweifel an der Tauglichkeit der vorgesehenen Nachbesserungsmaßnahme, die zumal von dem arglistig täuschenden Hersteller entwickelt worden sei, verstärkt.	27

Das Landgericht habe zudem verkannt, dass der von ihm vorgetragene berechtigte Mangelverdacht ausreiche, um ihm die Nachbesserung unzumutbar zu machen. Als Beleg verweist der Kläger auf Presseberichte sowie auf den Vortrag der Beklagten zur technischen Funktionsweise des Software-Updates, wonach das Fahrzeug danach ständig im Prüfstandmodus betrieben werde. Der Kläger meint, das Landgericht hätte über die negativen Folgen des Updates Beweis erheben müssen.	
Zur Vertiefung seines Vortrags legt der Kläger weitere Presseberichte vor, in denen über negative Folgen des Software-Updates berichtet wird.	29
Er beantragt,	30
unter Abänderung des Urteils des Landgerichts Dortmund	31
1. die Beklagten zu verurteilen, das Fahrzeug Typ Audi A 4 2.0 TDI Attraction, Fahrzeug-Ident-Nr. #####, amtl. Kennzeichen #####, so nachzubessern, dass das Abgasverhalten des streitgegenständlichen Fahrzeugs sämtlichen Leistungs- und Beschaffenheitsmerkmalen gemäß der verbindlichen Bestellung eines Kraftfahrzeugs mit Garantie (Anlage k 1) entspricht, insbesondere hinsichtlich der Motorleistung und der Euro 5-Norm hinsichtlich des Emissionsausstoßes;	32
2. festzustellen, dass die Beklagten sich mit der Nachbesserung des im Klageantrag zu 1. genannten Fahrzeugs in Verzug befinden;	33
3. festzustellen, dass die Beklagten verpflichtet sind, dem Kläger sämtlichen Schaden zu ersetzen und von sämtlichem Aufwand und Kosten freizustellen, welche ihm durch die Herstellung der vertraglich vereinbarten Beschaffenheit des Fahrzeugs, insbesondere bezüglich des Emissionsausstoßes, entsteht bzw. entstehen wird;	34
4. festzustellen, dass die Beklagten für den Fall, dass eine Nachbesserung des im Klageantrag zu 1. genannten Fahrzeugs nicht möglich ist, verpflichtet sind, den mit ihm, dem Kläger, geschlossenen Kaufvertrag zu im Klageantrag zu 1. genannten Fahrzeugs rückabzuwickeln;	35
hilfsweise	36
das Urteil des Landgerichts Dortmund aufzuheben und den Rechtsstreit zur erneuten Verhandlung und Entscheidung an das Gericht 1. Instanz zurückzuverweisen.	37
II.	38
Der Senat beabsichtigt, gemäß § 522 Abs. 2 ZPO zu verfahren, weil nach einstimmiger Überzeugung die Berufung offensichtlich keine Aussicht auf Erfolg hat, die Rechtssache keine grundsätzliche Bedeutung hat, die Fortbildung des Rechts oder die Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung eine Entscheidung des Senats nicht erfordert und eine mündliche Verhandlung nicht geboten ist.	39
Die Berufung ist offensichtlich unbegründet.	40
1.	41
Das Nachbesserungsbegehren gemäß dem Klageantrag zu 1. ist unzulässig.	42
	43

Zum einen fehlt ihm die hinreichende Bestimmtheit, worauf schon die Beklagten zu Recht hingewiesen haben. Es ist unklar, welchen konkreten „Leistungs- und Beschaffenheitsmerkmalen“ das Fahrzeug nach Vorstellung des Klägers entsprechen soll. Die Bezugnahme auf die verbindliche Bestellung vom 29.10.2013 hilft insoweit nicht; dort findet sich lediglich die Angabe der Motorleistung, aber keine Vorgabe zum Emissionsausstoß.

Zum anderen fehlt das Rechtsschutzinteresse des Klägers.

44

Bei Leistungsklagen ergibt sich ein Rechtsschutzbedürfnis regelmäßig aus der Nichterfüllung des behaupteten materiellen Anspruchs, dessen Vorliegen für die Prüfung des Interesses an seiner gerichtlichen Durchsetzung zu unterstellen ist. Nur ausnahmsweise können besondere Umstände das Verlangen eines Klägers, in die materiellrechtliche Prüfung seines Anspruchs einzutreten, als nicht schutzwürdig erscheinen lassen (BGH, Urt. v. 25.10.2012, III ZR 266/11, NJW 2013, 464 Tz 51 m.w.N.).

45

Eine solche Ausnahmekonstellation ist hier zu bejahen.

46

Der Kläger hat kein schützenswertes Interesse an der materiellrechtlichen Überprüfung seines Nachbesserungsanspruchs gegen die Beklagten, weil er selbst nicht bereit ist, die seinerseits zur Anspruchserfüllung notwendige Mitwirkung zu erbringen.

47

Ihm ist widersprüchliches Verhalten vorzuwerfen, wenn er einerseits von der Beklagten die Nachbesserung einfordert, andererseits nicht willens ist, ihnen hierfür das Fahrzeug zu überlassen.

48

Der Kläger begründet seinen Standpunkt damit, dass die den Beklagten vom Fahrzeughersteller zur Überarbeitung des beanstandeten Zustandes der Abgassteuerung zur Verfügung gestellte technische Maßnahme in Form eines Software-Updates ungeeignet sei, das Fahrzeug in einen vollumfänglich mangelfreien Zustand zu versetzen, und ihm diese deshalb unzumutbar sei. Außerdem habe er Sorge, dass die Beklagten anschließend geltend machen würden, sie seien nicht im Rahmen ihrer kaufvertraglichen Gewährleistungspflicht, sondern der Herstellerkulanz tätig geworden, und sie sich deshalb auf Verjährung berufen könnten.

49

Wird – wie zur Feststellung des Rechtsschutzinteresses geboten – das klägerische Vorbringen als zutreffend unterstellt, würde er aus einer Verurteilung der Beklagten zur Leistung nicht vorgehen. Ein Interesse an seinem solchen Leistungsurteil ist nicht auszumachen.

50

Anderes gilt nicht deshalb, weil der Kläger in der Berufung vorbringt, er sei nicht generell unwillig, den Beklagten das Fahrzeug zur Nachbesserung zur Verfügung zu stellen, sondern lehne nur ab, dass das von dem Fahrzeughersteller entwickelte Software-Update bei seinem Fahrzeug aufgespielt wird. Dabei übersieht er, dass seine Klage nicht auf Vornahme bestimmter Maßnahmen zur Herbeiführung des mangelfreien Fahrzeugzustandes gerichtet ist. Ohne weitere Konkretisierung des Leistungsbegehrens müsste er aber damit rechnen, dass die Beklagten im Fall ihrer Verurteilung den von ihm nicht gewünschten Weg der Mängelbeseitigung in Form des Software-Updates wählen. Im Übrigen trägt der Kläger selbst nicht vor, dass es neben der vom Fahrzeughersteller in Abstimmung mit dem Kraftfahrtbundesamt entwickelten Form der Überarbeitung der beanstandeten Abgassteuerung eine andere Form der Mängelbeseitigung gibt.

51

52

Der Kläger kann sein Rechtsschutzinteresse an der Geltendmachung des Nachbesserungsbegehrens auch nicht (mehr) damit begründen, dass ansonsten die Gefahr der Verjährung seiner Gewährleistungsansprüche drohe.

Dieses Interesse mag ursprünglich bei Klageerhebung im Oktober 2015 bestanden haben, nachdem die Beklagten auf die Aufforderung zum befristeten Verzicht auf die Verjährungseinrede nicht reagiert hatten. Seinerzeit war noch offen, welche technische Maßnahme zu welchem Zeitpunkt zur Beseitigung des beklagten Zustandes der Abgassteuerung zur Verfügung stehen würde und ob der Kläger diese als geeignet und zumutbar ansehen würde. 53

Seit der Kläger den von ihm erhobenen Nachbesserungsanspruch aber tatsächlich nicht mehr durchsetzen will, wie sein Prozessvorbringen deutlich macht, gilt das nicht mehr. Das Rechtsschutzinteresse muss noch im Zeitpunkt der gerichtlichen Entscheidung bestehen. Die gerichtliche (Weiter-)Verfolgung des Nachbesserungsanspruchs ist kein taugliches Mittel allein zu dem Zweck, die Verjährung anderer Gewährleistungsansprüche zu hemmen (vgl. BGH, Urt. v. 28.10.2015, IV ZR 526/14, BKR 2016, 112: keine Verjährungshemmung bei rechtsmissbräuchlichem Güteantrag). 54

2. 55

Der Klageantrag zu 2. ist ebenfalls unzulässig, weil der Kläger ein Interesse an der Feststellung des Verzugs der Beklagten mit der Nachbesserung gemäß § 256 ZPO nicht dargetan hat. 56

3. 57

Gleiches gilt für den - ohnehin nicht hinreichend bestimmten - Antrag zu 3.. Weil der Kläger auf der Grundlage seines eigenen Vorbringens nicht bereit ist, die technisch vorgesehene Maßnahme zur Änderung des Abgasverhaltens seines Fahrzeugs vorzunehmen, ist ein Interesse an der Feststellung der Pflicht der Beklagten, Folgekosten zu tragen, nicht erkennbar. 58

4. 59

Der Feststellungsantrag zu 4. ist gleichfalls unzulässig. 60

Die Beklagten haben zutreffend darauf hingewiesen, dass es an einem feststellungsfähigen Rechtsverhältnis, aus dem sie zur Rückabwicklung des Kaufs verpflichtet sind, fehlt. Es genügt nicht, dass zwischen dem Kläger und der Beklagten zu 1. ein Rechtsverhältnis in Form eines Kaufvertrags besteht, denn dieses ist nicht Gegenstand der begehrten Feststellung. 61

Die vom Kläger skizzierte Konstellation, dass unter bestimmten Bedingungen künftig ein Rückabwicklungsverhältnis entstehen könnte, ist kein zulässiger Gegenstand einer Feststellungsklage. 62

**Am 27.07.2017 erging sodann ein
Zurückweisungsbeschluss.**
