Keine Ersatzlieferung (§ 439 I Fall 2 BGB) im VW-Abgasskandal – VW Sharan

1. **Ein von VW-Abgasskandal betroffener Neuwagen, dessen Schadstoffemissionen softwaregesteuert (nur) reduziert werden, sobald das Fahrzeug auf einem Prüfstand einen Emissionstest absolviert, ist mit einer unzulässigen Abschalteinrichtung i. S. von Art. 5 II, 3 Nr. 10 der Verordnung (EG) Nr. 715/2007 ausgestattet. Das Fahrzeug ist deshalb mangelhaft i. S. von § 434 I 2 Nr. 2 BGB.**

2. **Der Käufer eines Ende 2014 ausgelieferten, vom VW-Abgasskandal betroffenen und deshalb mangelhaften VW Sharan 2.0 TDI kann vom – nicht mit der *Volkswagen AG* identischen – Verkäufer nicht erfolgreich die Ersatzlieferung (§ 439 I Fall 2 BGB) eines mangelfreien Fahrzeugs verlangen. Vielmehr ist eine Ersatzlieferung i. S. von § 275 I BGB unmöglich, weil der VW Sharan seit Mitte 2015 nicht mehr mit einem EA189-Dieselmotor, sondern mit einem leistungsstärkeren EA288-Dieselmotor hergestellt wird und etwa noch verfügbare Fahrzeuge mit einem EA189-Dieselmotor sämtlich mangelhaft sind.**

3. **Der Verkäufer eines vom VW-Abgasskandal betroffenen und deshalb mangelhaften VW Sharan mit einem EA189-Dieselmotor ist auch dann nicht verpflichtet, dem Käufer ersatzweise ein aktuelles Fahrzeug mit einem leistungsstärkeren EA288-Dieselmotor zu liefern, wenn der Kaufvertrag einen Änderungsvorbehalt i. S. von § 308 Nr. 4 BGB enthält. Denn eine Ersatzlieferung (§ 439 I Fall 2 BGB) erfordert – lediglich – eine vollständige Wiederholung der Leistungen, zu denen der Verkäufer nach § 433 I 1 und I 2 BGB verpflichtet ist. Der Verkäufer hat deshalb ersatzweise eine mangelfreie, im Übrigen aber gleichartige und gleichwertige Sache zu liefern – nicht weniger, aber auch nicht mehr.**

4. **Der Verkäufer eines vom VW-Abgasskandal betroffenen – mangelhaften – Neuwagens handelt nicht treuwidrig, wenn er sich einerseits i. S. von § 308 Nr. 4 BGB Änderungen des Fahrzeugs bis zur (erstmaligen) Auslieferung an den Käufer vorbehält und andererseits geltend macht, dass er nicht zur Ersatzlieferung (§ 439 I Fall 2 BGB) eines aktuellen Neufahrzeugs mit einem geringfügig leistungsstärkeren Motor verpflichtet sei.**

5. **Bei der Beurteilung, ob der Verkäufer eines mangelhaften Neuwagens eine Ersatzlieferung (§ 439 I Fall 2 BGB) gemäß § 439 III BGB wegen unverhältnismäßiger Kosten verweigern darf,**

kann zulasten des Käufers zu berücksichtigen sein, dass er als Verbraucher keine Nutzungsentschädigung für die mit dem zurückzugebenden mangelhaften Fahrzeug zurückgelegten Kilometer schuldet (§ 474 V 1 BGB i. V. mit § 439 IV BGB).

6. **Die EG-Typgenehmigung eines vom VW-Abgasskandal betroffenen Fahrzeugs ist nicht gemäß § 19 II 2, VII StVZO automatisch erloschen (im Anschluss an LG Braunschweig, Urt. v. 25.04.2017 – 11 O 4/17, juris Rn. 29).**

LG Aachen, Urteil vom 10.07.2017 – 11 O 312/16
(nachfolgend: OLG Köln, Beschluss vom 06.03.2018 – 16 U 110/17)

Sachverhalt: Der Kläger kaufte von der Beklagten im Juli 2014 einen VW Sharan 2.0 TDI Highline 4MOTION zum Preis von 38.481,01 €. Dieses Fahrzeug, das dem Kläger am 21.11.2014 übergeben wurde, ist mit einem EA189-Dieselmotor ausgestattet und deshalb vom VW-Abgasskandal betroffen. Eine Software erkennt, ob das Fahrzeug auf einem Prüfstand während eines Emissionstests einen genormten Fahrzyklus (NEFZ) durchfährt oder ob es regulär im Straßenverkehr betrieben wird. In einer Testsituation aktiviert die Software einen bestimmten Betriebsmodus („Modus 1“), in dem die Abgasrückführungsrate höher und deshalb der Stickoxid(NO_x-)Ausstoß geringer ist als in dem Modus, der während des regulären Betriebs im Straßenverkehr aktiv ist („Modus 0“). Dies hat zur Folge, dass das Fahrzeug auf dem Prüfstand den einschlägigen Euro-5-Emissionsgrenzwert einhält.

Nachdem öffentlich bekannt geworden war, dass in Fahrzeugen des VW-Konzerns eine die Schadstoffemissionen manipulierende Software zum Einsatz kommt, gab das Kraftfahrt-Bundesamt der *Volkswagen AG* auf, diese Software als allen vom VW-Abgasskandal betroffenen Fahrzeugen zu entfernen.

Der Kläger hält sein Fahrzeug wegen der in Rede stehenden Software für mangelhaft. Er ließ die Beklagte deshalb mit Anwaltsschreiben vom 12.12.2015 auffordern, ihm bis zum 25.01.2016 ersatzweise einen mangelfreien Neuwagen zu liefern (§§ 437 Nr. 1, 439 I Fall 2 BGB). Dies lehnte die Beklagte mit Schreiben vom 22.12.2015 ab. Sie verwies darauf, dass zwischen der *Volkswagen AG* und dem Kraftfahrt-Bundesamt ein Maßnahmenplan abgestimmt worden sei und danach (auch) das Fahrzeug des Klägers im Rahmen einer im Januar 2016 beginnenden Rückrufaktion technisch überarbeitet werde.

Das Kraftfahrt-Bundesamt gab am 20.12.2016 ein von der *Volkswagen AG* entwickeltes Softwareupdate für den streitgegenständlichen Fahrzeug- und Motortyp zur Installation frei. Die EG-Typgenehmigung wurde nicht entzogen.

Der Kläger macht geltend, der seinem Fahrzeug – aus seiner Sicht – anhaftende Sachmangel würde durch das Softwareupdate nicht beseitigt. Vielmehr hätte das Update insbesondere eine Steigerung des Kraftstoffverbrauchs und der CO_2-Emissionen sowie eine Verringerung der Motorleistung zur Folge. Ungeachtet dessen sei ihm – dem Kläger – eine Nachbesserung (§ 439 I Fall 1 BGB) unzumutbar, weil ihn die *Volkswagen AG* arglistig getäuscht habe und die Beklagte sich dieses Verhalten zurechnen lassen müsse. Darüber hinaus leide das streitgegenständliche Fahrzeug an einem nicht behebbaren Rechtsmangel.

Die Beklagte hält das Fahrzeug des Klägers für mangelfrei. Sie stellt in Abrede, dass die den Schadstoffausstoß manipulierende Software, die nicht auf das Emissionskontrollsystem einwirke und im realen Fahrbetrieb nicht aktiv sei, eine unzulässige Abschalteinrichtung sei. Jedenfalls aber – so macht die Beklagte geltend – sei die vom Kläger begehrte Ersatzlieferung (§ 439 I Fall 2 BGB) unmöglich, weil – unstreitig – der VW Sharan so, wie ihn der Kläger bestellt und erhalten habe, seit Juni 2015 nicht mehr hergestellt werde. Aktuelle Fahrzeuge verfügten – unstreitig – über einen anderen Motor mit einer um 10 PS höheren Leistung, der den Anforderungen der Euro-6-Abgasnorm entspreche. Abgesehen davon wäre eine Ersatzlieferung mit – unverhältnismäßigen – Kosten in Höhe von 19.328,19 € verbunden, während eine Nachbesserung durch die Installation eines Softwareupdates lediglich einen Kostenaufwand von circa 100 € erfordere.

Aus Sicht des Klägers ist eine Ersatzlieferung möglich, zumal bei der Beurteilung, wozu die Beklagte verpflichtet sei, auch auf deren Allgemeine Geschäftsbedingungen abgestellt werden müsse. Abschnitt IV Nr. 6 dieser Bedingungen lautet:

> „Konstruktions- oder Formänderungen, Abweichungen im Farbton sowie Änderungen des Lieferumfangs seitens des Herstellers bleiben während der Lieferzeit Vorbehalten, sofern die Änderungen oder Abweichungen unter Berücksichtigung der Interessen des Verkäufers für den Käufer zumutbar sind."

Jedenfalls – so meint der Kläger – verstoße die Beklagte gegen Treu und Glauben, wenn sie geltend mache, dass eine Ersatzlieferung unmöglich sei.

Die Klage hatte keinen Erfolg.

Aus den Gründen: 1. Dem Kläger steht aus keinem rechtlichen Gesichtspunkt ein Anspruch auf Nachlieferung eines fabrikneuen typengleichen Ersatzfahrzeugs aus der aktuellen Serienproduktion zu.

a) Ein solcher Anspruch folgt nicht aus §§ 437 Nr. 1, 439 I Fall 2 BGB.

(1) Der Kläger hat durch Schreiben seines Prozessbevollmächtigten vom 12.12.2015 sein aufgrund von Mangelhaftigkeit des ihm im Rahmen des Kaufvertrags übergebenen Fahrzeugs gemäß § 439 I BGB grundsätzlich bestehendes Wahlrecht dahin ausgeübt, dass er Nachlieferung begehrt.

Das streitgegenständliche Fahrzeug war im Zeitpunkt des Gefahrübergangs mangelhaft i. S. des § 434 I 2 Nr. 2 BGB.

Nach dieser Vorschrift muss die Kaufsache sich für die gewöhnliche Verwendung eignen und eine Beschaffenheit aufweisen, die bei Sachen der gleichen Art üblich ist und die der Käufer nach der Art der Sache erwarten kann. Vergleichsmaßstab hierbei sind die übliche Beschaffenheit bei Sachen gleicher Art und die objektiv berechtigte Käufererwartung, wobei auf den Durchschnittskäufer abzustellen ist, nicht auf etwaige überzogene Erwartungen des Käufers im Einzelfall (Palandt/*Weidenkaff,* BGB, 75. Aufl. [2016], Rn. 29 f.).

Gemessen hieran war das Fahrzeug mangelhaft. Zwar eignete es sich für die gewöhnliche Verwendung. Es wies aber nicht die Beschaffenheit auf, die bei Sachen der gleichen Art üblich ist und die der Käufer nach der Art der Sache erwarten kann. Denn der Durchschnittskäufer eines Neufahrzeugs kann davon ausgehen, dass die gesetzlich vorgegebenen und im technischen Datenblatt aufgenommenen Abgaswerte nicht nur deshalb eingehalten und entsprechend attestiert werden, weil eine Software installiert worden ist, die dafür sorgt, dass der Prüfstandlauf erkannt und über entsprechende Programmierung der Motorsteuerung in gesetzlich unzulässiger Weise insbesondere der Stickoxidausstoß reduziert wird (vgl. LG Münster, Urt. v. 14.03.2016 – 011 O 341/15, juris Rn. 18).

Die von der Beklagten vorgenommene Gestaltung der Motorsteuerungssoftware ist gesetzeswidrig, da sie gegen Art. 5 II 1 i. V. mit Art. 3 Nr. 10 der Verordnung (EG) Nr. 715/2007 verstößt (vgl. LG Paderborn, Urt. v. 07.04.2017 – 2 O 118/16, juris Rn. 40 m. w. Nachw.).

Nach diesen Vorschriften ist eine Abschalteinrichtung, die die Wirkung von Emissionskontrollsystemen verringert, unzulässig, wobei eine Abschalteinrichtung legaldefiniert wird als ein Konstruktionsteil, das die Temperatur, die Fahrzeuggeschwindigkeit, die Motordrehzahl (UpM), den eingelegten Getriebegang, den Unterdruck im Einlasskrümmer oder sonstige Parameter ermittelt, um die Funktion eines beliebigen Teils des Emissionskontrollsystems zu aktivieren, zu verändern, zu verzögern oder zu deaktivieren, wodurch die Wirksamkeit des Emissionskontrollsystems unter Bedingungen, die bei normalem Fahrzeugbetrieb vernünftigerweise zu erwarten sind, verringert wird.

Bei verständiger, nicht am Wortlaut verhafteter Auslegung der Vorschriften muss die von der Beklagten installierte Software als Abschalteinrichtung angesehen werden. Die Software setzt die zu einem geringeren Stickoxidausstoß führende, ausschließlich für den Prüfstand bestimmte Programmierung der Motorsteuerung für den Fahrbetrieb auf der Straße außer Kraft mit der Folge, dass der Stickoxidausstoß im Fahrbetrieb auf der Straße höher ist als auf dem Prüfstand (vgl. LG Paderborn, Urt. v. 07.04.2017 – 2 O 118/16, juris Rn. 40). Nach teleologischer Auslegung der Vorschrift unter Einbeziehung der Erwägungsgründe 4, 12 und 17 der Verordnung (EG) Nr. 715/2007 ist eine Software mit einer derartigen Wirkungsweise als unzulässige Abschalteinrichtung anzusehen, da sie bewirkt, dass das Emissionsverhalten des Fahrzeugs sich in zwangsläufiger, jedoch nicht allein den Bedingungen des NEFZ geschuldeter Weise im Vergleich zwischen Prüfstand und realen Fahrbedingungen unterscheidet.

Die Mangelhaftigkeit folgt dementsprechend nicht daraus, dass die unter Laborbedingungen im Prüfstandlauf gemessenen Werte im realen Fahrbetrieb nicht eingehalten werden, sondern daraus, dass der Motor die Vorgaben im Prüfstandlauf nur aufgrund der manipulierten Software einhält (vgl. LG Münster, Urt. v. 14.03.2016 – 011 O 341/15, juris Rn. 18; vgl. auch OLG München, Beschl. v. 23.03.2017 – 3 U 4316/16, juris).

Soweit die Beklagte hierzu ausführt, diese Annahme beruhe auf einer unzutreffenden und rein hypothetischen Prämisse, da es aufgrund des Einbaus der Software und deren Wirkungsweise technisch nicht möglich sei, nunmehr nachträglich die Fahrzeugemissionen ohne die streitgegenständliche Software bzw. im Betrieb im Modus 0 auf dem Prüfstand zu ermitteln, kann sie hiermit nicht durchdringen. Denn zum einen behauptete sie damit gerade nicht, dass das Fahrzeug die vorgeschriebenen Grenzwerte ohne die Motorsteuerungssoftware eingehalten hätte. Zum anderen fehlt es an jeglichem Vortrag dazu, aus welchem sonstigen Grund eine Motorsteuerungssoftware mit entsprechender Differenzierung hinsichtlich der Abgasrückführungsrate eingebaut wurde. Durch den Einbau der Software wird zum einen die vom Käufer erwartete grundsätzliche Übertragbarkeit der im Prüfstandlauf ermittelten Werte auf das Verbrauchsverhalten und die zu erwartenden Emissionswerte des jeweiligen Fahrzeugs auch im realen Straßenverkehr (vgl. LG Aachen, Urt. v. 06.12.2016 – 10 O 146/16, juris Rn. 26; LG Krefeld, Urt. v. 14.09.2016 – 2 O 72/16, juris Rn. 25) und zum anderen die Vergleichbarkeit der im Prüfstandlauf ermittelten Werte unterschiedlicher Fahrzeuge (vgl. auch Erwägungsgrund 17 der Verordnung (EG) Nr. 715/2007) unterlaufen.

(2) Der Anspruch auf Lieferung eines mangelfreien Ersatzfahrzeugs ist jedoch gemäß § 275 I BGB wegen Unmöglichkeit ausgeschlossen.

Bei einem Gattungskauf erlischt der Anspruch auf Nachlieferung gemäß § 275 I BGB wegen objektiver Unmöglichkeit, wenn kein Stück der geschuldeten Gattung mehr vorhanden ist, weil die gesamte Gattung untergegangen ist und nicht mehr hergestellt wird bzw. auf dem Markt nicht mehr verfügbar ist (vgl. LG Darmstadt, Urt. v. 27.03.2017 – 13 O 543/16, juris Rn. 29; jurisPK-BGB/*Seichter,* 8. Aufl. [2017], § 275 Rn. 20; Staudinger/*Caspers,* BGB, Neubearb. 2014, § 275 Rn. 20). Der Hinweis des Klägers darauf, dass das ursprüngliche Modell ohne die streitgegenständliche Motorsteuerungssoftware von dem Herstellerkonzern noch hergestellt werden könnte, verfängt daher gegenüber der Beklagten, die diese Herstellung nicht schuldet, nicht.

Der Beklagten ist eine Neulieferung eines mangelfreien Fahrzeugs, das mit dem von dem Kläger erworbenen Fahrzeug in allen die Gattung charakterisierenden Merkmalen übereinstimmt, unmöglich i. S. des § 275 I BGB. Soweit die Beklagte noch im Besitz von gleichartigen Fahrzeugen sein sollte, wären diese mit dem 2,0-Liter-Dieselmotor vom Typ EA189 und damit auch mit der Manipulationssoftware ausgestattet und wiesen damit gleichermaßen einen Sachmangel auf (vgl. LG Aachen, Urt. v. 21.03.2017 – 10 O 177/16, juris Rn. 34).

Die Beklagte ist auch nicht verpflichtet, dem Kläger ein Ersatzfahrzeug aus der aktuellen Serienproduktion zu liefern, weil dieses nicht zu der geschuldeten Gattung gehört (vgl. LG Aachen, Urt. v. 21.03.2017 – 10 O 177/16, juris Rn. 34; LG Hagen (Westfalen), Urt. v. 07.10.2016 – 9 O 58/16, juris Rn. 41).

Mit der Nacherfüllung soll eine nachträgliche Erfüllung der Verkäuferpflichten aus § 433 I 2 BGB durchgesetzt werden. Die Ersatzlieferung erfordert eine vollständige Wiederholung der Leistungen, zu denen der Verkäufer nach § 433 I 1 und I 2 BGB ist. Es ist anstelle der ursprünglich gelieferten mangelhaften Kaufsache nunmehr eine mangelfreie – im Übrigen aber gleichartige und gleichwertige – Sache zu liefern (BGH, Urt. v. 15.07.2008 – VIII ZR 211/07, BGHZ 177, 224 Rn. 18). Der Verkäufer schuldet nochmals die Übergabe des Besitzes und die Verschaffung des Eigentums einer mangelfreien Sache – nicht weniger, aber auch nicht mehr (BGH, Urt. v. 17.10.2012 – VIII ZR 226/11, BGHZ 195, 135 Rn. 24). Die geschuldeten Gattungsmerkmale werden durch die Parteiabrede festgelegt; auf die Verkehrsanschauung kommt es hierfür nicht entscheidend an (vgl. Staudinger/*Schiemann,* BGB, Neubearb. 2015, § 243 Rn. 8).

Die Parteien haben insoweit jedenfalls mit der Auslieferung des Fahrzeugs die Gattungsmerkmale in Bezug auf den Motor dahin gehend festgelegt, dass der Kaufvertrag sich auf einen 2,0-Liter-Dieselmotor vom Typ EA189 bezog. Der VW Sharan weist in der nunmehr aktuellen Serienproduktion eine geänderte Motorisierung mit höherer Leistung auf und verfügt zudem über einen AdBlue-Tank. Er ist daher nicht als gleichartig und gleichwertig anzusehen. Die fehlende Gleichartigkeit wird dadurch unterstrichen, dass die Fahrzeuge der aktuellen Serienproduktion nunmehr den Vorgaben der Euro-6-Norm entsprechen. Soweit der Kläger darauf verweist, dass ein Käufer ein solches Fahrzeug selbstverständlich als Erfüllung annehmen würde, vermag dies die durch den beiderseitigen Parteiwillen bestimmten Gattungsmerkmale nicht nachträglich zu verändern.

Auch eine Vertragsauslegung gemäß §§ 133, 157 BGB unter Berücksichtigung der Ziffer IV 6 der Neuwagen-Verkaufsbedingungen führt zu keinem anderen Ergebnis. Denn diese lassen nur Änderungen während der Lieferzeit, mithin bis zum Zeitpunkt der (erstmaligen) Auslieferung zu (vgl. LG Aachen, Urt. v. 21.03.2017 – 10 O 177/16, juris Rn. 35).

Eine Treuwidrigkeit i. S. des § 242 BGB, insbesondere eine unzulässige Rechtsausübung, kann in der Verwendung dieser Verkaufsbedingungen und der späteren Erhebung der Einwendung des § 275 I BGB nicht erblickt werden. Es entspricht der Natur des Nacherfüllungsanspruchs, dass er die nachträgliche Erfüllung der ursprünglichen Verkäuferpflicht beinhaltet, jedoch weder eine Schlechterstellung noch eine Besserstellung der Vertragsparteien.

(3) Daneben spricht einiges dafür, dass in dem Fall, dass eine Nachlieferung grundsätzlich noch möglich sein sollte, diese jedenfalls als mit unverhältnismäßigen Kosten i. S. des § 439 III BGB verbunden anzusehen wäre (vgl. LG Aachen, Urt. v. 21.03.2017 – 10 O 177/16, juris Rn. 37; LG Darmstadt, Urt. v. 27.03.2017 – 13 O 543/16, juris Rn. 40).

Gemäß § 439 III 1 BGB kann der Verkäufer die gewählte Art der Nacherfüllung verweigern, wenn sie nur mit unverhältnismäßigen Kosten möglich ist. Dabei sind insbesondere der Wert der Sache in mangelfreiem Zustand, die Bedeutung des Mangels und die Frage zu berücksichtigen, ob auf die andere Art der Nacherfüllung ohne erhebliche Nachteile für den Käufer zurückgegriffen werden könnte (§ 439 III 2 BGB. Hierzu ist hauptsächlich abzustellen auf eine Vergleichsrechnung zwischen den Kosten der geforderten Art der Nacherfüllung mit den für die andere Art aufzuwendenden (MünchKomm-BGB/*Westermann,* 7. Aufl. [2016], § 439 Rn. 22).

Im Falle der Nachlieferung müsste die Beklagte dem Kläger einen Neuwagen übereignen und erhielte den streitgegenständlichen, bereits mehr als 2,5 Jahre alten Wagen zurück. Durch den Zeitablauf und die Nutzung hat das Fahrzeug erheblich an Wert verloren. Die Differenz zwischen dem Wert beider Fahrzeuge würde bereits erhebliche Kosten auf Beklagtenseite verursachen, weil der Kläger als Verbraucher nach §§ 474 V 1, 439 IV, 346 I BGB nicht zur Leistung von Wertersatz für die zwischenzeitliche Nutzung verpflichtet wäre (vgl. LG Aachen, Urt. v. 21.03.2017 – 10 O 177/16, juris Rn. 37). Selbst die Klägerseite geht von einem Wertverlust des zurückzugewährenden Fahrzeugs von circa 8.000 € aus. Dieser würde nicht durch eine Nutzungsentschädigung kompensiert. Dem gegenüber stünden die Kosten für das Aufspielen des Softwareupdates von circa 100 €. Der Zusammensetzung dieser Kosten ist die Klägerseite nicht substanziiert entgegengetreten. Höhere Kosten ergeben sich insbesondere nicht unter Berücksichtigung der Kosten für die Herstellung des Updates, da diese zum einen ausschließlich beim Fahrzeughersteller und nicht bei der Beklagten anfallen und zum anderen auf die Vielzahl der betroffenen Fahrzeuge aufzuteilen sind (vgl. LG Aachen, Urt. v. 21.03.2017 – 10 O 177/16, juris Rn. 34). Dass die Regressmöglichkeiten der Beklagten auf diese im konkreten Fall anzustellende Vergleichsbetrachtung von Einfluss wären, lässt sich auch der von dem Kläger zitierten Entscheidung des EuGH (Urt. v. 16.06.2011 – C-65/09 – Gebr. Weber GmbH/Wittmer – und C-87/09 – Putz/Medianess Electronics GmbH, ECLI:EU:C:2011:396 = juris) nicht entnehmen.

Soweit der Kläger in diesem Zusammenhang auf die Unmöglichkeit der Nachbesserung abstellt, dürften die von ihm behaupteten zu erwartenden technischen Probleme infolge des Softwareupdates im Falle ihres Eintritts eine mangelhafte Nacherfüllung begründen – mit der Folge, dass dem Kläger erneut die Rechte aus § 437 BGB zustünden –, nicht jedoch eine absolute Unmöglichkeit der Nachbesserung. Die klägerischen Ausführungen zur Verwendung weiterer illegaler Abschalteinrichtungen nach bzw. durch das Softwareupdate bleiben unsubstanziiert und veranlassen nicht dazu, die mündliche Verhandlung wieder zu eröffnen.

Soweit der Kläger schließlich auf die Unzumutbarkeit der Nachbesserung unter Bezugnahme auf die Entscheidung des BGH vom 09.01.2008 – VIII ZR 210/06 – verweist, ist – ungeachtet der Frage, ob die Beklagte sich das Verhalten des Herstellers zurechnen lassen müsste – die Interessenlage nicht vollständig vergleichbar. Denn in der zitierten Entscheidung ging es nicht um die Unzumutbarkeit der Nachbesserung im Gegensatz zur Nachlieferung, sondern um die Entbehrlichkeit der Fristsetzung zur Nacherfüllung vor Geltendmachung sekundärer Gewährleistungsrechte aufgrund eines die sofortige Rückabwicklung des Kaufvertrags rechtfertigenden Interesses. Ein solches behauptet der Kläger jedoch nicht, sondern verlangt die Nacherfüllung in Gestalt der Nachlieferung. Es ist zudem nicht ersichtlich, inwieweit der für den von Klägerseite angeführten „Makel des Betrugsfahrzeugs“ maßgebliche Käuferkreis zwischen einem ursprünglich mit der streitgegenständlichen Motorsteuerungssoftware ausgerüsteten, jedoch dem Softwareupdate unterzogenen Fahrzeug und einem Fahrzeug des gleichen Herstellers aus einem späteren Baujahr spürbar differenzieren würde.

Soweit der Kläger schließlich auf einen nicht behebbaren Rechtsmangel abstellt, greift seine Argumentation zu der von ihm behaupteten Unbehebbarkeit nicht durch. Denn von einem kraft Gesetzes gemäß § 19 II 2, VII StVZO eingetretenen Erlöschen der Typgenehmigung kann nicht ausgegangen werden. Die genannten Vorschriften gelten nicht für den hier vorliegenden Fall, dass ein Fahrzeug schon vor Inverkehrbringen durch den Hersteller nicht der maßgeblichen Typgenehmigung entspricht. Aus der Begründung zur damaligen Neufassung des § 19 II StVZO (vgl. BR-Drs. 629/93, S. 15 f.) folgt, dass diese Vorschrift ihrer Intention nach nur Änderungen von bereits im Verkehr befindlichen Fahrzeugen erfassen sollte (vgl. LG Braunschweig, Urt. v. 25.04.2017 – 11 O 4/17, juris Rn. 29).

b) Auch aus dem Gesichtspunkt des Schadensersatzes gemäß §§ 280 I, 241 II, 311 II, III BGB steht dem Kläger ein Anspruch auf Lieferung eines Ersatzfahrzeugs nicht zu. Selbst bei Übertragung der Grundsätze der Prospekthaftung im weiteren Sinne würde hieraus nach § 249 BGB ein Anspruch auf Vertragsaufhebung folgen (vgl. MünchKomm-BGB/*Emmerich,* 7. Aufl. [2016], § 311 Rn. 154), nicht jedoch auf Ersatzlieferung.

2. Schuldete die Beklagte demnach keine Lieferung eines fabrikneuen typengleichen Ersatzfahrzeugs aus der aktuellen Serienproduktion, befand sie sich weder mit dessen Lieferung noch mit der Annahme des klägerischen Fahrzeugs in Verzug (§ 293 BGB).

3. Mangels begründeter Hauptforderung besteht zudem kein Anspruch auf Freistellung von vorgerichtlichen Rechtsanwaltskosten. …

Hinweis: Mit Beschluss vom 06.03.2018 – 16 U 110/17 – hat das OLG Köln darauf hingewiesen, dass beabsichtigt sei, die Berufung des Klägers nach § 522 II ZPO zurückzuweisen. In dem Hinweisbeschluss heißt es:

> „A. Die zulässige Berufung hat in der Sache offensichtlich keine Aussicht auf Erfolg, denn … [d]as angefochtene Urteil entspricht der Sach- und Rechtslage. Die Berufungsbegründung rechtfertigt eine Abänderung der Entscheidung nicht. Im Einzelnen:
>
> I. Dem Kläger steht aus keinem rechtlichen Gesichtspunkt ein Anspruch auf Nachlieferung eines fabrikneuen typengleichen Ersatzfahrzeugs aus der aktuellen Serienproduktion – und damit auch nicht auf Feststellung eines Verzuges mit der Annahme des vom Kläger angebotenen Fahrzeugs gemäß § 293 BGB – zu.
>
> 1. §§ 437 Nr. 1, 439 I Fall 2 BGB
>
> Das Landgericht hat zutreffend erkannt, dass der Kläger als Gewährleistungsrecht keinen Nachlieferungsanspruch gemäß den §§ 437 Nr. 1, 439 I Fall 2 BGB hat, denn eine Nachlieferung ist nach § 275 I BGB unmöglich.
>
> Aus dem Neuwagenkaufvertrag der Parteien vom 02./07.07.2014 resultiert für die Beklagte eine Gattungsschuld i. S. des § 243 I BGB, bei der eine Nachlieferung unmöglich wird, wenn die gesamte Gattung untergegangen ist und nicht mehr hergestellt wird bzw. auf dem Markt nicht mehr verfügbar ist (vgl. *Witt,* NJW 2017, 3681 [3682] m. w. Nachw.).
>
> a) Der kaufvertragsgegenständliche ‚VW Sharan 2.0&TDI SCR Highline 4MOTION, 103 kW (140 PS), 6-Gang-Getriebe' mit dem Motor EA189 wird seit Juni 2015 nicht mehr produziert. Soweit der Kläger im Berufungsverfahren geltend macht, er habe erstinstanzlich bestritten, dass dieses Modell mit dem Motor EA189 nicht mehr in einem nicht manipulierten Zustand zu beschaffen sei, widerspricht dies zum einen dem unstreitigen Urteilstatbestand und dessen nach § 529 I Nr. 1 ZPO vom Kläger nicht durch konkrete Zweifel angegriffenen Bindungswirkung. Zum anderen geht dieser Einwand des Klägers aber auch deshalb ins Leere, weil er ausdrücklich die Auslieferung eines Fahrzeugs der aktuellen Serienproduktion begehrt.
>
> b) Dieser mit dem Klageantrag verlangte VW Sharan aus der aktuellen Serienproduktion gehört nicht zu der Gattung des Kaufobjekts, das Gegenstand des zwischen den Parteien abgeschlossenen Kaufvertrages ist.

(1) Bei der Bestimmung, was – noch – zur Gattung gehört, ist gemäß BGH (Urt. v. 17.10.2012 – VIII ZR 226/11, BGHZ 195, 135 Rn. 24 f.) insbesondere auf den Sinn und Zweck der Nacherfüllungspflicht des Verkäufers abzustellen:

> ‚Bei dem Nacherfüllungsanspruch aus § 439 I BGB handelt es sich nach der gesetzgeberischen Konzeption der Schuldrechtsreform um eine Modifikation des ursprünglichen Erfüllungsanspruchs aus § 433 I BGB (BT-Drs. 14/6040, S. 221). Bei der in § 439 I BGB als eine der beiden Alternativen der Nacherfüllung vorgesehenen Lieferung einer mangelfreien Sache decken sich nach der Vorstellung des Gesetzgebers, wie schon aus der gesetzlichen Formulierung hervorgeht, der Nacherfüllungsanspruch und der ursprüngliche Erfüllungsanspruch hinsichtlich der vom Verkäufer geschuldeten Leistungen; es ist lediglich anstelle der ursprünglich gelieferten mangelhaften Kaufsache nunmehr eine mangelfreie – im Übrigen aber gleichartige und gleichwertige – Sache zu liefern. Die Ersatzlieferung erfordert daher eine vollständige Wiederholung der Leistungen, zu denen der Verkäufer nach § 433 I 1 und I 2 BGB verpflichtet ist; der Verkäufer schuldet nochmals die Übergabe des Besitzes und die Verschaffung des Eigentums einer mangelfreien Sache – nicht weniger, aber auch nicht mehr. Denn mit der Nacherfüllung soll nach der gesetzgeberischen Konzeption der Schuldrechtsreform lediglich eine nachträgliche Erfüllung der Verkäuferpflichten aus § 433 I 2 BGB durchgesetzt werden; der Käufer soll mit der Nacherfüllung das erhalten, was er vertraglich zu beanspruchen hat (BT-Drs. 14/6040, S. 221; Senat, Urt. v. 15.07.2008 – VIII ZR 211/07, BGHZ 177, 224 Rn. 18 m. w. Nachw.; Urt. v. 13.04.2011 – VIII ZR 220/10, BGHZ 189, 196 Rn. 49).
>
> Ist demnach die Nacherfüllung darauf beschränkt, die nach § 433 I 2 BGB vom Verkäufer geschuldete Erfüllung im zweiten Anlauf zu bewerkstelligen, bewahrt sie den Käufer einer mangelhaften Sache nicht ohne Weiteres vor jedweden Vermögensnachteilen. …‘

Damit ist maßgeblich, ob das begehrte typengleiche Fahrzeug der aktuellen Serienproduktion mit dem kaufvertragsgegenständlichen VW Sharan ‚gleichartig und gleichwertig‘ ist.

Auch wenn für den Fall eines Neuwagenkaufs eine absolute Identität im Hinblick auf alle Ausstattungsmerkmale nicht erforderlich ist (s. auch *Reinking/Eggert,* Der Autokauf, 13. Aufl. [2017], Rn. 727), fehlt es vorliegend angesichts der unstreitig veränderten Motorisierung, die nicht nur zu einem Zuwachs der Leistungsstärke von 140 PS auf 150 PS führt, sondern auch zur Erfüllung der Euro-6-Norm anstelle der Euro-5-Norm, an der Gleichartig- und -wertigkeit (vgl. auch OLG Köln, Beschl. v. 27.11.2017 – 8 U 47/17, n. v.; OLG Bamberg, Beschl. v. 02.08.2017 – 6 U 5/17, juris Rn. 31; Beschl. v. 28.12.2017 – 5 U 136/17, n. v.; OLG Nürnberg, Urt. v. 15.12.2011 – 13 U 1161/11, Verkehrsrecht aktuell 2012, 19 Rn. 53, für den umgekehrten Fall der geringeren Motorisierung und unter dem zutreffenden Hinweis darauf, der Motor sei gewissermaßen das Herz des Fahrzeugs und präge dessen Leistungsvermögen sowie Wertschätzung).

Soweit der Kläger für seine gegenteilige Auffassung beständig das Urteil des 14. Zivilsenats des OLG Nürnberg vom 20.02.2017 – 14 U 199/16, MDR 2017, 635 – heranzieht, ergeben sich daraus keine neuen Aspekte, denn diese Entscheidung betrifft das hier nicht vorliegende Klagebegehren der Nacherfüllung durch ein Fahrzeug der gleichen Serienproduktion.

Dass das Landgericht in seiner Begründung – wie der Kläger moniert – zu Unrecht davon ausgegangen ist, der von dem Kläger erworbene VW Sharan verfüge nicht über einen AdBlue-Tank, ändert nichts an der vorstehenden Einschätzung, dass bereits die geänderte Motorisierung zu einer anderen Gattung führt.

(2) Entgegen der Berufungsrüge des Klägers ergibt sich ein weitergehendes Verständnis des Gattungsbegriffs auch nicht aus Ziffer IV 6 der dem Kaufvertrag zugrundeliegenden Neuwagen-Verkaufsbedingungen, welche folgendes bestimmt:

> ‚Konstruktions- oder Formänderungen, Abweichungen im Farbton sowie Änderungen des Lieferumfangs seitens des Herstellers bleiben während der Lieferzeit vorbehalten, sofern die Änderungen oder Abweichungen unter Berücksichtigung der Interessen des Verkäufers für den Käufer zumutbar sind.‘

Der Ansicht des Landgerichts, eine Vertragsauslegung gemäß §§ 133, 157 BGB ergebe, dass diese Klausel nur Änderungen während der Lieferzeit, mithin bis zum Zeitpunkt der (erstmaligen) Auslieferung zulasse, ist zu folgen.

Vor dem Hintergrund, dass der Verkäufer es zwischen Kaufvertragsschluss und Fahrzeugauslieferung nicht in der Hand hat, dass der Fahrzeughersteller Modelländerungen vornimmt (s. dazu *Reinking/Eggert,* a. a. O., Rn. 727), stellt diese Klausel ein einseitiges Leistungsbestimmungsrecht des Verkäufers gemäß § 315 I BGB, also eine einseitige Erweiterung der Rechte des Verkäufers bei gleichzeitiger Beschränkung des Rechts des Käufers auf eine Billigkeitskontrolle dar und kann daher nicht im Gegenteil zur Begründung einer Benachteiligung des Verkäufers bei gleichzeitiger Erweiterung der Rechte des Käufers herangezogen werden (vgl. LG Braunschweig, Urt. v. 09.06.2017 – 11 O 3838/16, juris Rn. 22; LG Aachen, Urt. v. 21.03.2017 – 10 O 177/16, juris Rn. 35). Aus dieser Klausel lässt sich somit kein Anspruch des Käufers auf Nachlieferung eines Fahrzeugs, welches von der ursprünglich vereinbarten Gattung abweicht, herleiten (s. auch *Heintz,* jM 2017, 354 [355] m. w. Nachw.). Damit ist es entgegen der vom Kläger in Bezug genommenen Entscheidung des LG Offenburg (Urt. v. 21.03.2017 – 3 O 77/16, juris Rn. 25) auch irrelevant, dass dem Kläger als Käufer ein Fahrzeug der aktuellen Serienproduktion sicherlich zumutbar wäre.

(3) Entgegen der Ansicht des Klägers ist es auch nicht treuwidrig, dass die Beklagte einerseits im Erfüllungsstadium die zitierte Verkaufsbedingung verwendet und sich andererseits im Rahmen der Nacherfüllung auf Unmöglichkeit beruft. Da die Klausel dem oben ausgeführten nachvollziehbaren Interesse des Verkäufers im (Erst-)Erfüllungsstadium dient, vermag ihre Existenz kein treuwidriges Verhalten der Beklagten im Rahmen der Nacherfüllung zu begründen.

2. §§ 280 I, 241 II, 311 II, III BGB

Offenbleiben kann, ob das Klagebegehren der Nachlieferung eines Ersatzfahrzeugs aus der aktuellen Serienproduktion überhaupt im Wege des Schadensersatzes beansprucht werden kann. Jedenfalls setzt ein aus (vor-)vertraglichem Schuldverhältnis folgender Schadensersatzanspruch gemäß § 280 I BGB eine schuldhafte Pflichtverletzung voraus. Die nach dem Klägervortrag in einer fehlerhaften Information liegende Pflichtverletzung ist nicht gegeben, denn eine eigene schuldhafte Fehlinformation der Beklagten ist nicht vorgetragen und eine etwaige Fehlinformation des Herstellers VW der Beklagten nicht gemäß § 278 BGB zurechenbar.

Wie dem Klägervertreter bereits aus dem Hinweisbeschluss vom 27.02.2018 in dem Verfahren 16 U 130/17 bekannt ist, ist ein – etwaiges – Verschweigen seitens VW der Beklagten als Vertragshändlerin generell aus folgenden Gründen nicht zuzurechnen:

Die Zurechnung des arglistigen Verhaltens Dritter bemisst sich nach den § 123 II BGB, § 166 BGB und § 278 BGB (vgl. OLG Düsseldorf, Beschl. v. 30.05.2017 – I-22 U 52/17, juris Rn. 11–15; OLG Hamm, Beschl. v. 18.05.2017 – 2 U 39/17, juris Rn. 4–6; Beschl. v. 15.08.2017 – 28 U 65/17, NJW-RR 2018, 180 Rn. 13 ff.; *Witt,* NJW 2017, 3681 [3683]). Damit hätte die Beklagte für das Verhalten der Fahrzeugherstellerin VW nur dann einzustehen, wenn deren Verhalten dem der Beklagten deshalb gleichzusetzen wäre, weil VW mit Wissen und Wollen der Beklagten als deren Erfüllungsgehilfin, Repräsentantin oder Vertrauensperson aufgetreten ist (s. OLG Koblenz, Urt. v. 28.09.2017 – 1 U 302/17, NJW-RR 2018, 54 Rn. 26 = NZV 2018, 39). Diese Zurechnungsvoraussetzungen liegen nicht vor:

a) Nach ständiger höchstrichterlicher Rechtsprechung ist der Hersteller der Kaufsache generell nicht Erfüllungsgehilfe des Händlers, der die Sache an seine Kunden verkauft (s. BGH, Urt. v. 02.04.2014 – VIII ZR 46/13, BGHZ 200, 337 Rn. 31–32, unter ausdrücklicher Bezugnahme auf die Schuldrechtsmodernisierungs-Gesetzesbegründung in BT-Drs. 14/6040, S. 209 f.)

b) Der Rechtsverkehr sieht VW auch nicht als Repräsentantin oder Vertrauensperson der beklagten Vertragshändlerin an.

Beides sind rechtlich unabhängige juristische Personen, die keine gesellschaftsrechtliche oder personelle Verflechtung aufweisen. Die Beklagte ist als Vertragshändlerin ein selbstständiges Absatzorgan und nicht auf der gleichen Wirtschafsstufe wie VW tätig. Damit verfolgen beide eigenständige Absatz- und Gewinninteressen. Die Beklagte selbst trägt die mit dem Absatz der von ihr bei VW bezogenen Waren sowie die mit ihren marktspezifischen Investitionen verbundenen wirtschaftlichen Risiken (vgl. OLG Koblenz, Urt. v. 28.09.2017 – 1 U 302/17, NJW-RR 2018, 54 Rn. 35 = NZV 2018, 39), zumal sie im eigenen Namen und auf eigene Rechnung handelt. VW ist an Vertragsabschluss und -abwicklung weder unmittelbar beteiligt, noch gibt es die Beklagte bindende Weisungen bei der Vertragsanbahnung (vgl. insoweit auch OLG Düsseldorf, Beschl. v. 30.05.2017 – I-22 U 52/17, juris Rn. 14). Die Nutzung des Rufs der VW-Marke und der Herstellerwerbung seitens der Beklagten entspricht den im Wirtschaftsleben üblichen Abläufen (s. auch OLG Hamm, Beschl. v. 18.05.2017 – 2 U 39/17, juris Rn. 5; Beschl. v. 19.06.2017 – 2 U 74/17, juris Rn. 8). Es handelt sich für den Rechtsverkehr erkennbar um Mittel des Marketings zur Steigerung des Verkaufs, die nicht ernsthaft den Eindruck erwecken können, der Händler sei Teil der Fahrzeugkonzeption und -herstellung oder habe hierauf Einfluss (OLG Koblenz, Urt. v. 28.09.2017 – 1 U 302/17, NJW-RR 2018, 54 Rn. 35 = NZV 2018, 39). Insgesamt kann von einem durchschnittlichen Fahrzeugkäufer erwartet werden, dass er zwischen Vertragshändler und dem Hersteller unterscheiden kann (s. ausdrücklich OLG Hamm, Beschl. v. 18.05.2017 – 2 U 39/17, juris 2. Orientierungssatz).

3. §280 I BGB, 823 II BGB i. V. mit Art. 12, 18 der Richtlinie 2007/46/EG und §§ 4, 6, 25 EG-FGV

Auch diese Anspruchsgrundlage verhilft der Berufung nicht zum Erfolg. Selbst wenn ein Schadensersatzanspruch das Klagebegehren der Nachlieferung umfassen und die tatbestandlichen Voraussetzungen einer schadensersatzbegründen Verletzung der in Bezug genommen europarechtlichen Normen vorliegen sollte, betrifft der entsprechende Vorwurf wiederum nicht ein eigenes Verhalten der Beklagten, sondern das Verhalten von VW. Dieses ist aber nach den obigen Ausführungen der Beklagten weder nach § 278 BGB noch nach § 831 BGB zurechenbar.

4. § 826 BGB

Letztlich scheidet auch ein Anspruch des Klägers aus § 826 BGB aus. Ob ein Schadensersatzanspruch überhaupt das Klagebegehren der Nacherfüllung trägt und das Verschweigen des Mangels eine sittenwidrige Schädigung i. S. von § 826 BGB darstellt, braucht nicht geklärt zu werden, denn eine entsprechende Eigenhandlung der Beklagten liegt nicht vor, und ein etwaiges Fehlverhalten von VW wäre ihr als Vertragshändlerin gemäß obigen Ausführungen nicht nach § 831 BGB zurechenbar.

II. Der Kläger kann von der Beklagten auch keine Freistellung von vorprozessual entstandenen Rechtsanwaltskosten in Höhe von 1.530,63 € verlangen.

1. Ein Anspruch aus Verzug gemäß den §§ 280 I, II, 286 BGB scheidet schon deshalb aus, weil bereits das erstmalige Forderungsschreiben vom 12.12.2015 von den Klägervertretern verfasst wurde.

2. Soweit sich ein entsprechender Anspruch grundsätzlich aus den unter I 2 bis 4 erörterten Schadensersatzgesichtspunkten ergeben könnte, fehlt es gemäß den dortigen Ausführungen an dem jeweils erforderlichen Eigenverschulden der Beklagten bzw. an einem zurechenbaren Fremdverschulden von VW. …“

Probleme beim Autokauf?

Als spezialisierter Rechtsanwalt helfe ich Ihnen gerne weiter – ganz gleich, ob Sie Käufer oder Verkäufer sind. Interessiert? Nutzen Sie das Kontaktformular auf https://autokaufrecht.info/sofortberatung/ oder rufen Sie mich unverbindlich an

(0 23 27) 8 32 59-99.