Kein Anspruch auf Ersatzlieferung eines VW Tiguan II im VW-Abgasskandal

1. **Der Käufer eines vom VW-Abgasskandal betroffenen und deshalb möglicherweise mangelhaften VW Tiguan der ersten Generation („Tiguan I“) kann vom Verkäufer nicht mit Erfolg gestützt auf § 437 Nr. 1, § 439 I Fall 2 BGB die Ersatzlieferung eines mangelfreien Neufahrzeugs verlangen. Denn eine Ersatzlieferung ist i. S. von § 275 I BGB unmöglich, weil die *Volkswagen AG* die Produktion des VW Tiguan I eingestellt hat und der Verkäufer kein gleichartiges und gleichwertiges, aber nicht vom VW-Abgasskandal betroffenes fabrikneues Ersatzfahrzeug beschaffen kann.**

2. **Der Käufer eines vom VW-Abgasskandal betroffenen und deshalb möglicherweise mangelhaften VW Tiguan der ersten Generation („Tiguan I“) hat gegen den Verkäufer auch keinen Anspruch auf Ersatzlieferung (§ 437 Nr. 1, § 439 I Fall 2 BGB) eines Fahrzeugs der zweiten Generation („Tiguan II“). Denn ein VW Tiguan I ist einem VW Tiguan II nicht gleichartig und gleichwertig, sondern – weil die Fahrzeuge nicht der gleichen Gattung angehören – ein *aliud*.**

3. **Daran, dass ein VW Tiguan II einer anderen Gattung angehört als ein VW Tiguan II, vermag ein Änderungsvorbehalt i. S. von § 308 Nr. 4 in den Neuwagen-Verkaufsbedingungen des Verkäufers nichts zu ändern. Denn ein solcher Änderungsvorbehalt führt lediglich dazu, dass dem Verkäufer (nur) während der Lieferzeit des ursprünglich bestellten Fahrzeugs ein Leistungsbestimmungsrecht (§ 315 I BGB) zusteht. Einen spiegelbildlichen Anspruch des Käufers auf (Ersatz-)Lieferung eines Fahrzeugs, das nicht derselben Gattung angehört wie das ursprünglich bestellte Fahrzeug, gewährt ein Änderungsvorbehalt dagegen nicht (im Anschluss an OLG Köln, Beschl. v. 06.03.2018 – 16 U 110/17, juris Rn. 13; OLG München, Beschl. v. 02.07.2018 – 8 U 1710/17, juris Rn. 28).**

   Der Kaufvertrag über einen vom VW-Abgasskandal betroffenen Neuwagen ist nicht gemäß § 134 BGB i. V. mit § 27 I EG-FGV nichtig.

OLG Hamburg, Urteil vom 21.12.2018 – 11 U 55/18
(vorangehend: LG Hamburg, Urteil vom 07.03.2018 – 329 O 105/17)

Sachverhalt: Der Kläger nimmt die beklagte VW-Vertragshändlerin gestützt auf § 437 Nr. 1, § 439 I Fall 2 BGB im Zusammenhang mit dem VW-Abgasskandal auf Ersatzlieferung eines mangelfreien Neuwagens in Anspruch.

Er kaufte von der Beklagten einen fabrikneuen VW Tiguan 2.0 TDI BMT Sport & Style 4Motion (103 kW/140 PS) mit 7-Gang-DSG sowie weiteren Sonderausstattungen zum Preis von 43.724 €. Das – vom VW-Abgasskandal betroffene – Fahrzeug wurde dem Kläger am 01.07.2015 übergeben. Es ist mit einem von der *Volkswagen AG* hergestellten Dieselmotor der Motorbaureihe EA189 (Euro 5) ausgestattet und war werkseitig mit einer Software versehen, die zwischen einem Testbetrieb des Fahrzeugs und seinem normalen Fahrbetrieb unterschied. Außerhalb des Testbetriebs wurden die Euro-5-Emissionsgrenzwerte nicht eingehalten.

Nachdem die *Volkswagen AG* ein Softwareupdate entwickelt hatte, um zu gewährleisten, dass das Fahrzeug auch außerhalb einer Testsituation in dem ursprünglich für Testsituationen vorgesehenen Modus betrieben wird, ließ der Kläger dieses Update am 19.07.2016 von der Beklagten installieren.

Der VW Tiguan wird inzwischen so, wie ihn der Kläger erworben hat, nicht mehr hergestellt. Fahrzeuge der aktuellen Serie unterscheiden sich von den zuvor gebauten Fahrzeugen durch die Änderung der Software und optisch; außerdem basieren sie erstmals auf dem „Modularen Querbaukasten“ (MQB), und sie sind mit einem Motor des Typs EA288 (Euro 6) ausgestattet.

Der Kläger hat erstinstanzlich die Ersatzlieferung eines – näher bezeichneten – mangelfreien Neuwagens aus der aktuellen Serie Zug um Zug gegen Rückgabe und Rückübereignung des von ihm erworbenen VW Tiguan verlangt. Das Landgericht hat der Klage mit Urteil vom 07.03.2018 stattgegeben und auch antragsgemäß festgestellt, dass sich die Beklagte mit der Rücknahme des dem Kläger bereits gelieferten Fahrzeugs in Annahmeverzug befinde. Außerdem hat das Landgericht dem Kläger – ebenfalls antragsgemäß – einen Anspruch auf Ersatz vorgerichtlicher Rechtsanwaltskosten zuerkannt.

Zur Begründung hat es im Wesentlichen ausgeführt, das streitgegenständliche Fahrzeug sei bei Gefahrübergang mangelhaft gewesen, weil darin eine Manipulationssoftware zum Einsatz gekommen sei. Die von dem Kläger gewählte Art der Nacherfüllung (Ersatzlieferung) sei nicht unverhältnismäßig. Insbesondere müsse sich der Kläger nicht auf das zwischenzeitlich installierte Softwareupdate verweisen lassen, da die nach § 439 III BGB a.F. gebotene Interessenabwägung zu seinen Gunsten ausfalle. Aufgrund der vorgetragenen technischen Bedenken bestehe jedenfalls der plausible Verdacht, dass die Installation des Softwareupdates keine ausreichende Nachbesserung sei. Hinzu komme ein auf unabsehbare Zeit verbleibender Minderwert des Fahrzeugs.

Eine Nachbesserung – so das Landgericht – sei dem Kläger auch angesichts der nachhaltigen Störung des Vertrauensverhältnisses zwischen den Parteien nicht zumutbar. Es sei nicht nachvollziehbar, warum die *Volkswagen AG* als Fahrzeugherstellerin eine Täuschung verübt habe, anstatt von vornherein die modifizierte Software zu installieren. Das Verhalten der Herstellerin sei der Beklagten auch zuzurechnen, weil das Softwareupdate nur von der *Volkswagen AG* zu erhalten sei.

Dem Kläger sei auch nicht vorzuwerfen, dass er das Softwareupdate habe aufspielen lassen. Insbesondere habe der Kläger die Installation nicht als Nachbesserung akzeptiert; vielmehr habe er lediglich öffentlich-rechtlichen Zwängen nachgegeben. Es sei auch nicht widersprüchlich, dass der Kläger einerseits dem von der *Volkswagen AG* angebotenen Softwareupdate misstraue und andererseits davon ausgehe, dass ein VW Tiguan aus der aktuellen Serie mangelfrei sei.

Die begehrte Ersatzlieferung sei auch nicht i. S. des § 275 I BGB unmöglich. Zwar unterscheide sich der VW Tiguan II vom Vorgängermodell, dem VW Tiguan I. Die Änderungen seien aber nicht so erheblich, dass angenommen werden könne, der Tiguan II gehöre einer eigenen Gattung an. Vielmehr seien die Abweichungen so geringfügig, dass der Kläger sie nach den Neuwagen-Verkaufsbedingungen der Beklagten hätte hinnehmen müssen, falls die *Volkswagen AG* ihre Produktion nach Aufgabe der verbindlichen Bestellung des Klägers, aber vor Auslieferung eines Fahrzeugs auf den VW Tiguan II umgestellt hätte.

Schließlich schulde der Kläger der Beklagten keine Nutzungsentschädigung.

Mit ihrer Berufung verfolgt die Beklagte ihren Antrag auf Abweisung der Klage weiter. Sie macht geltend, Gewährleistungsansprüche des Klägers sei schon deshalb ausgeschlossen, weil das dem Kläger gelieferte Fahrzeug nicht mangelhaft gewesen sei. Jedenfalls sei ein etwaiger Mangel geringfügig, weil er mit einem Kostenaufwand von weniger als 100 € habe beseitigt werden können. Die Kosten für die Entwicklung des Softwareupdates seien insoweit als Sowieso-Kosten nicht zu berücksichtigen. Auch ohne das Softwareupdate sei das Fahrzeug des Klägers durchgehend technisch sicher und uneingeschränkt gebrauchstauglich gewesen. Weder sei bei Gefahrübergang eine Stilllegung des Fahrzeugs zu befürchten gewesen, noch habe ein Entzug der EG-Typgenehmigung gedroht.

Eine Ersatzlieferung sei unmöglich, weil der VW Tiguan I (Vorgängermodell) nicht mehr produziert werde. Fahrzeuge aus der aktuellen Serie (VW Tiguan II) gehörten angesichts der erheblichen Unterschiede zwischen dem VW Tiguan I und dem VW Tiguan II einer anderen Gattung an, sodass der Kläger keinen Anspruch auf Ersatzlieferung eines VW Tiguan II habe. Auch der in ihren – der Beklagten – Neuwagen-Verkaufsbedingungen enthaltene Änderungsvorbehalt gebe dem Kläger keinen solchen Anspruch.

Ungeachtet dessen – so macht die Beklagte weiter geltend – wäre eine Ersatzlieferung mit unverhältnismäßigen Kosten verbunden. Denn während die Kosten für eine Ersatzlieferung sich auf 13.666 € beliefen, sei eine Nachbesserung mit einem Kostenaufwand von weniger als 100 € verbunden.

Dass dem Kläger trotz oder wegen der Installation des Softwareupdates Nachteile entstünden, sei nicht substanziiert dargetan. Vielmehr stehe aufgrund der Freigabe des Updates durch das Kraftfahrt-Bundesamts fest, dass durch die Installation des Updates ein etwaiger Mangel des klägerischen Fahrzeugs beseitigt worden sei.

Mit seiner Anschlussberufung begehrt der Kläger hilfsweise die Ersatzlieferung eines typengleichen Fahrzeugs aus der aktuellen Serie, dessen Ausstattung der Ausstattung des ihm gelieferten Fahrzeugs entspricht. Diesen Hilfsantrag hat der Kläger zuletzt mit Schriftsatz vom 13.11.2018 konkretisiert.

Höchst hilfsweise verlangt der Kläger die bereicherungsrechtliche Rückabwicklung des Kfz-Kaufvertrags, und zwar unter Anrechnung einer Nutzungsentschädigung für 43.652 gefahrene Kilometer bei einer zu erwartenden Gesamtlaufleistung von 500.000 km. Der Kläger meint, der Kfz-Kaufvertrag sei nach § 134 BGB nichtig, weil ihm die Beklagte unter Verstoß gegen § 27 I EG-FGV ein Fahrzeug ohne gültige EG-Übereinstimmungsbescheinigung verkauft habe.

Die Berufung der Beklagten hatte Erfolg, während die Anschlussberufung des Klägers erfolglos blieb.

Aus den Gründen: A. Der zulässige Klagantrag ist dahin gehend auszulegen, dass der Kläger von der Beklagten die Lieferung eines typengleichen Fahrzeugs aus der aktuellen Serienproduktion, nämlich einen VW Tiguan II, mit einer Ausstattung verlangt, die derjenigen des gekauften Fahrzeugs gleichwertig und gleichartig ist.

1. Ein hierauf gerichteter Anspruch aus §§ 434 I, 437 Nr. 1, § 439 I Fall 2 BGB steht dem Kläger nicht zu. Der Anspruch scheitert im Ergebnis auf der Rechtsfolgenseite daran, dass ein etwaiger Nacherfüllungsanspruch des Klägers die von ihm begehrte Nachlieferung eines Ersatzfahrzeugs aus aktueller Serienproduktion nicht umfasst. Ob die übrigen Voraussetzungen eines Gewährleistungsanspruchs vorliegen, kann deshalb dahingestellt bleiben.

Nach § 439 I BGB kann der Käufer bei einem Mangel der Kaufsache als Nacherfüllung nach seiner Wahl die Beseitigung des Mangels oder die Lieferung einer mangelfreien Sache verlangen. Eine Nacherfüllung scheidet jedoch insoweit aus, als sie in ihrer jeweiligen Form gemäß § 275 I BGB unmöglich ist (MünchKomm-BGB/*Westermann,* 7. Aufl. [2016], § 439 Rn. 16).

a) Gemäß § 275 I BGB ist der Anspruch auf Leistung ausgeschlossen, soweit diese für den Schuldner oder für jedermann unmöglich ist. Objektive Unmöglichkeit liegt vor, wenn die Leistung nach den Naturgesetzen oder nach dem Stand der Erkenntnis von Wissenschaft und Technik schlechthin nicht erbracht werden kann (BGH, Urt. v. 13.01.2011 – III ZR 87/10, juris Rn. 10). Weil das Leistungshindernis dabei stets die geschuldete Leistung betreffen muss, hat der Bestimmung der Unmöglichkeit eine Bestimmung der geschuldeten Leistung vorauszugehen (MünchKomm-BGB/*Ernst,* 7. Aufl. [2016], § 275 Rn. 34). Ist die Lieferung aus einer Gattung geschuldet, wird die Erfüllung unmöglich, wenn die gesamte Gattung untergeht bzw. auf dem Markt nicht mehr verfügbar ist (Erman/*Westermann,* BGB, 15. Aufl. [2017], § 275 Rn. 3; Staudinger/*Caspers*, BGB, Neubearb. 2014, § 275 Rn. 20).

Aus dem Neuwagenkaufvertrag der Parteien vom 30.03./02.04.2015 hatte der Kläger einen Anspruch auf Lieferung eines VW Tiguan I in der bestellten Ausstattungsvariante. Hierbei handelt es sich um eine Gattungsschuld (§ 243 I BGB). Dass die Beschaffenheit eines nach den Wünschen des jeweiligen Käufers konfigurierten Fahrzeugs bis hin zu Sonderausstattungsfragen vorab festgelegt ist, steht der Annahme eines (individualisierten) Gattungskaufs nicht entgegen (*Reinking/Eggert,* Der Autokauf, 13. Aufl. [2017], Rn. 403, 404). Die Beklagte war deshalb verpflichtet, ein Fahrzeug mittlerer Art und Güte aus derselben Gattung zu leisten.

Eine Gattung bilden alle Gegenstände, die durch gemeinschaftliche Merkmale gekennzeichnet sind und sich dadurch von anderen Gegenständen abheben. Welche Gattung konkret geschuldet ist, bestimmt sich unter Berücksichtigung der Verkehrsauffassung in erster Linie nach der Parteivereinbarung. Die Vertragspartner haben es danach weitgehend in der Hand, durch genaue Bestimmung der maßgeblichen Eigenschaften begrenzte Warengattungen festzulegen (BGH, Urt. v. 23.11.1988 – VII-I ZR 247/87, juris Rn. 14; Staudinger/*Caspers,* a. a. O., § 275 Rn. 21).

Im Falle eines Fahrzeugkaufs bestimmt sich dessen Charakterisierung im Wesentlichen durch Marke, Baureihe, Typ, Karosserie und Motor (OLG Nürnberg, Urt. v. 15.12.2011 – 13 U 1161/11, juris Rn. 53). Darüber hinaus kommt es dem Käufer eines Neuwagens – ebenso wie dem Gebrauchtwagenkäufer (vgl. insoweit BGH, Urt. v. 07.06.2006 – VIII ZR 209/05, juris Rn. 24) – neben dem bestimmten Fahrzeugtyp regelmäßig auf eine bestimmte Ausstattung des Fahrzeugs sowie dessen technische Eigenschaften und das äußere Erscheinungsbild an. Dem entspricht die hier von den Parteien vorgenommene Fahrzeugkonfiguration, aus der die einzelnen Gattungsmerkmale, einschließlich der Motorisierung des Fahrzeugs, zu entnehmen sind.

Unstreitig wird der von dem Kläger gekaufte VW Tiguan der ersten Modellreihe mit der vorgenannten Fahrzeugkonfiguration seit 2015 nicht mehr hergestellt. Ein Fahrzeug der vom Kläger erworbenen Generation – noch dazu ohne den gerügten Mangel in Form einer Abschalteinrichtung – ist auf dem Markt nicht mehr vorhanden und damit nicht mehr lieferbar. Ist ein modellgleiches Fahrzeug nicht nachlieferbar, weil der Hersteller die Produktion dieses Modells entweder komplett oder in der ursprünglich bestellten Version eingestellt hat, und kann der Verkäufer auch anderweitig (am Markt) keinen gleichartigen und gleichwertigen Ersatz beschaffen, liegt ein Fall der Unmöglichkeit gemäß § 275 I BGB vor (OLG Köln, Beschl. v. 06.03.2018 – 16 U 110/17, juris Rn. 5; *Witt,* NJW 2017, 3681, 3682; *Reinking/Eggert,* a. a. O., Rn. 727 m. w. Nachw.).

b) Ein Neufahrzeug der aktuellen zweiten Modellgeneration des VW Tiguan kann der Kläger nicht verlangen, da die heute produzierten Modelle nicht zu der Gattung des Kaufobjekts gehören, die dem streitgegenständlichen Kaufvertrag zugrunde liegt.

aa) Ob eine Ersatzlieferung in der vom Käufer gewünschten Form in Betracht kommt, ist nach dem im Wege der Auslegung anhand der Interessenlage und der Verkehrsanschauung gemäß §§ 133, 157 BGB zu ermittelnden Willen der Vertragsparteien bei Vertragsschluss zu beurteilen. Möglich ist die Ersatzlieferung nach der Vorstellung der Parteien dann, wenn die Kaufsache im Falle ihrer Mangelhaftigkeit durch eine gleichartige und gleichwertige ersetzt werden kann (BGH, Urt. v. 07.06.2006 – VIII ZR 209/05, juris Rn. 22; OLG München, Beschl. v. 02.07.2018 – 8 U 1710/17, juris Rn. 16).

Bei der Bestimmung, was – noch – zur Gattung gehört, ist nach dem BGH (Urt. v. 17.10.2012 – VIII ZR 226/11, juris Rn. 24) insbesondere auf den Sinn und Zweck der Nacherfüllungspflicht 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 der Nacherfüllungsanspruch und der ursprüngliche Erfüllungsanspruch hinsichtlich der vom Verkäufer geschuldeten Leistung; 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 verpflichtet ist, nicht weniger, aber auch nicht mehr. Denn mit der Nacherfüllung soll 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 (BGH Urt. v. 17.10.2012 – VIII ZR 226/11, juris Rn. 24; Urt. v. 15.07.2008 – VIII ZR 211/07, juris Rn. 18; Urt. v. 13.04.2011 – VIII ZR 220/10, juris Rn. 49).

Maßgeblich ist somit, ob das von dem Kläger begehrte Fahrzeug der aktuellen Serienproduktion dem kaufvertragsgegenständlichen VW Tiguan „gleichartig und gleichwertig“ ist. Auch wenn im Falle eines Neuwagenkaufs eine absolute Identität im Hinblick auf alle Ausstattungsmerkmale und Varianten nicht zu fordern ist (vgl. *Reinking/Eggert,* a. a. O., Rn. 727), fehlt es vorliegend an einer solchen Vergleichbarkeit. Insbesondere kann eine materielle Gleichartigkeit und Gleichwertigkeit nicht schon dadurch hergestellt werden, dass sie auf prozessualem Weg in die jeweiligen Anträge integriert wird, indem ein „typengleiches“ Ersatzfahrzeug mit „identischer“ bzw. „entsprechender technischer Ausstattung“ wie das Altfahrzeug begehrt wird (OLG München, Beschl. v. 02.07.2018 – 8 U 1710/17, juris Rn. 25).

bb) Eine Auslegung des Kaufvertrags unter Berücksichtigung der Interessen der Parteien und der allgemeinen Verkehrsanschauung ergibt, dass ein Fahrzeug der aktuellen Serie, das im Vergleich zum Vorgängermodell des VW Tiguan wesentlichen technischen Änderungen unterzogen wurde, nicht mehr gleichartig und gleichwertig ist (ebenso für den hier relevanten Fahrzeugtyp des VW Tiguan: OLG Stuttgart, Beschl. v. 10.10.2018 – 13 U 10/18; OLG München, Beschl. v. 03.08.2018 – 8 U 1099/18; Beschl. v. 27.02.2018 – 27 U 2793/17; OLG Jena, Beschl. v. 24.04.2018 – 1 U 742/17; OLG Bamberg, Beschl. v. 07.11.2017 – 1 U 106/17; Beschl. v. 20.09.2017 – 6 U 5/17, juris).

Ein Vergleich der gattungsbestimmenden wesentlichen Fahrzeugdaten ergibt Folgendes:

Die aktuell produzierten Fahrzeuge des VW Tiguan II verfügen im Kernbereich der Motorenleistung nicht mehr über einen Dieselmotor EA189, sondern über eine andere Motorenreihe des Typs EA288. Während die bisherigen Modelle 2.0 TDI unter anderem mit 140 PS (so das Klägerfahrzeug) oder niedriger motorisiert waren, stehen nun vier Dieselmodelle von 115 PS bis zu 240 PS zur Verfügung. Die konkrete Motorisierung des klägerischen Fahrzeugs ist in der neuen Produktauswahl nicht mehr verfügbar. Entscheidend kommt hinzu, dass die aktuell hergestellten Fahrzeuge der zweiten Generation eine höhere Emissionsklasse erfüllen, nämlich statt der Euro-5- die Euro-6-Abgasnorm. Auch dies ist – nicht zuletzt aufgrund der durch den Kläger angeführten Problematik um Fahrverbote in deutschen Städten – eine wesentliche qualitative Abweichung vom vertragsgegenständlichen Modell.

Wie sich dem von der Beklagten vorgelegten tabellarischen Vergleich zudem entnehmen lässt, unterscheiden sich die jeweiligen Modelle darüber hinaus hinsichtlich ihrer Verbrauchs- und Abgaswerte, der zu erreichenden Höchstgeschwindigkeiten sowie mit Blick auf einen im neuen Fahrzeugmodell standardmäßig verbauten SCR-Katalysator.

Neben technischen Neuerungen im Bereich der Sicherheit und Fahrassistenz sowie der lnfotainmentausstattung kommt ein im aktuellen Fahrzeugtypus erstmals verbauter sogenannter Modularer Querbaukasten hinzu, der die bisher im Fahrzeugaufbau verwendeten Plattformen ersetzt und einen Konstruktionsumbau bedingt.

Unterschiede bestehen auch im äußeren Erscheinungsbild. Sie betreffen unter anderem die Karosserie, ein verlängertes Außenmaß, ein vergrößertes Kofferraumvolumen und neu gestaltete Scheinwerfer.

Zu den vorstehenden Vergleichsdaten hat die Beklagte im Einzelnen substanziiert vorgetragen. Der Kläger ist den in Rede stehenden technischen Daten nicht substanziiert entgegengetreten, sondern hat sie – unter Ergänzung durch eigene Erkenntnisquellen – im Wesentlichen für die von ihm unterstützte Rechtsansicht herangezogen, wonach die vorgetragenen Änderungen der Fahrzeuge gerade keinen Gattungswechsel begründen würden. Soweit er zuletzt im Rahmen seiner Berufungserwiderung einen unterschiedlichen Kraftstoffverbrauch sowie Angaben zum Kohlenstoffdioxid-Ausstoß mit Nichtwissen bestritten hat, ist dieses Bestreiten unbeachtlich (§ 138 IV ZPO). Dies gilt auch für seinen Hinweis auf vermeintlich widersprüchliche Angaben hinsichtlich des Gewichts der verglichenen Fahrzeuge. Nachdem dem Kläger die wesentlichen Eckdaten seines Fahrzeugs bekannt sind, wäre es ihm ohne Weiteres möglich gewesen, sich inhaltlich substanziiert zu dem Beklagtenvortrag zu äußern.

Im Übrigen sind die dargestellten Abweichungen offenkundig i. S. von § 291 ZPO, da sie sich aus allgemein einfach zugänglichen, zuverlässigen Quellen erschließen lassen. Dies zeigt insbesondere schon die eigene Bezugnahme des Klägers auf Informationen aus Wikipedia. Zur Vermeidung unnötiger Beweisaufnahmen kann auf der Grundlage von substanziiertem Parteivortrag auf diese zurückgegriffen werden (OLG München, Beschl. v. 02.07.2018 – 8 U 1710/17, juris Rn. 22; OLG Stuttgart, Beschl. v. 10.10.2018 – 13 U 10/18).

Die technischen Daten sind nach alledem nicht beweisbedürftig. Ob der auf Nachlieferung eines Ersatzfahrzeugs aus der aktuellen Serienproduktion gerichtete Gewährleistungsanspruch des Klägers angesichts der zugrunde zu legenden Abweichungen der Fahrzeuge der ersten und zweiten Modellgeneration durchgreift, ist eine Rechtsfrage, die einem Sachverständigenbeweis nicht zugänglich ist.

cc) Wie sich den Fahrzeugdaten entnehmen lässt, weist das aktuelle Modell des VW Tiguan II in nahezu allen aufgeführten technischen Merkmalen andere (verbesserte) Werte auf als das nach dem Kaufvertrag geschuldete Modell. Bei diesen Abweichungen handelt es sich nicht lediglich um marginale Veränderungen, die alternativ auch als sogenanntes Facelift bezeichnet werden können, sondern vielmehr um solche, die qualitativ wesentliche Bereiche der Fahrzeugcharakterisierung betreffen, einschließlich der Motorisierung, der hiermit verbundenen Leistungssteigerung sowie der Zugehörigkeit zu einer bestimmten Emissionsklasse. Entscheidend ist im Übrigen nicht die Bezeichnung, sondern die Qualität der Veränderungen, aufgrund derer ein Fahrzeugmodell auf dem Markt von den Vorgängerversionen unterschieden und anders kategorisiert wird. Neue Modellreihen, höhere Motorisierungen und Zertifizierungen für bessere Abgasnormen gehen in den einschlägigen Käuferkreisen bzw. nach der Verkehrsanschauung regelmäßig mit einer höheren Wertigkeit einher, die sie zum Beispiel aufgrund der uneingeschränkten Einsetzbarkeit im Straßenverkehr und der Erfüllung der Abgasnorm auch tatsächlich haben (OLG München, Beschl. v. 02.07.2018 – 8 U 1710/17, juris Rn. 27).

Soweit der Kläger ausführt, technische Details der seither weiterentwickelten Modellreihe des Tiguan seien ihm nicht bekannt bzw. seien für ihn von lediglich untergeordneter Bedeutung gewesen, kommt es hierauf nicht an, da die Parteien die geschuldete Gattung durch die konkrete Fahrzeugkonfiguration vertraglich bestimmt haben. Das begehrte Neufahrzeug der aktuellen Serienproduktion gehört angesichts dessen nicht der gleichen Gattung an, sondern stellt ein von der Beklagten nicht geschuldetes *aliud* dar (ebenso für den Nachlieferungsanspruch eines Fahrzeugs aus aktueller Serie: OLG Jena, Urt. v. 15.08.2018 – 7 U 721/17; OLG München, Beschl. v. 02.07.2018 – 8 U 1710/17; Beschl. v. 03.08.2018 – 8 U 1099/18; OLG Köln, Beschl. v. 06.03.2018 – 16 U 110/17; OLG Stuttgart, Beschl. v. 10.10.2018 – 13 U 10/18; OLG Bamberg, Beschl. v. 20.09.2017 – 6 U 5/17; jeweils zitiert nach juris).

Dass ein Fahrzeug einer neueren Modellreihe einer anderen Gattung als das Vorgängermodell angehört, wird ohne Weiteres deutlich, bedenkt man den umgekehrten Fall, in dem der Verkäufer den Kaufvertrag über ein neues Fahrzeugmodell etwa aufgrund von Liefer- oder Produktionsschwierigkeiten mit einem solchen des Vorgängermodells erfüllen möchte. Da der Verkäufer gemäß § 243 BGB lediglich ein Fahrzeug mittlerer Art und Güte schuldet, müsste ihm eine solche Erfüllung möglich sein, ohne dass der Kläger einwenden könnte, es handele sich bei dem Vorgängermodell um eine andere als die geschuldete Leistung. Einziges denkbares Regulativ wäre hier eine Billigkeitskontrolle nach Abschnitt IV Nr. 6. der dem Kaufvertrag gegebenenfalls zugrunde liegenden Neuwagen-Verkaufsbedingungen (vgl. hierzu sogleich unter b). Ein solches Ergebnis würde ersichtlich weder den Parteiinteressen noch der Verkehrsanschauung gerecht.

b) Ein weitergehendes Verständnis des Gattungsbegriffs ergibt sich auch nicht aus Abschnitt IV Nr. 6 der dem Kaufvertrag zugrunde liegenden Neuwagen-Verkaufsbedingungen, wonach sich der Verkäufer während der Lieferzeit Konstruktion- oder Formänderungen, Abweichungen im Farbton sowie Änderungen des Lieferumfangs seitens des Herstellers vorbehält, sofern die Änderungen oder Abweichungen unter Berücksichtigung der Interessen des Verkäufers für den Käufer zumutbar sind.

Zwar stehen die vertraglichen Vereinbarungen über die Gattung gemäß §§ 133, 157 BGB grundsätzlich der ergänzenden Auslegung offen. Vor dem Hintergrund, dass der Verkäufer es zwischen Kaufvertragsschluss und Fahrzeugauslieferung nicht in der Hand hat, dass der Fahrzeughersteller Modelländerungen vornimmt, beinhaltet diese Klausel allerdings lediglich ein einseitiges, auf Änderungen während der Lieferzeit beschränktes Leistungsbestimmungsrecht des Verkäufers gemäß § 315 I BGB. Einen spiegelbildlichen Anspruch des Käufers auf Lieferung eines Fahrzeugs, das von der vereinbarten Gattung abweicht, gewährt die Regelung nicht (OLG Köln, Beschl. v. 06.03.2018 – 16 U 110/17, juris Rn. 13; OLG München, Beschl. v. 02.07.2018 – 8 U 1710/17, juris Rn. 28; *Reinking/Eggert,* a. a. O., Rn. 408, 544).

Die Lieferung aus der dem Vertrag zugrunde liegenden Gattung ist nach alledem aufgrund der Produktionseinstellung des von dem Kläger bestellten Fahrzeugs dauerhaft objektiv nicht mehr möglich. Der Käufer ist hierdurch auch nicht etwa schlechter gestellt, da ihm zur Sicherung der Äquivalenz von Leistung und Gegenleistung die Gewährleistungsrechte im Übrigen zustehen.

Soweit der Kläger meint, durch dieses Ergebnis würde ein Hersteller – wie hier die *Volkswagen AG* – durch Manipulation der ganzen Gattung noch „belohnt“, da sich nun die Käufer in der allein verbleibenden Rücktrittslösung die gezogenen Nutzungen gegenüber dem Verkäufer anrechnen lassen müssten, ist dies für die hier allein in Rede stehende Anwendbarkeit und Auslegung der Gewährleistungsvorschriften im Verhältnis zum Verkäufer ohne Belang.

2. Mangels Begründetheit des Hauptantrags bleiben auch die Klageanträge zu 2 und 3 bezüglich der Nebenansprüche im Ergebnis ohne Erfolg.

B. Die zulässige Anschlussberufung des Klägers ist zurückzuweisen.

1. Soweit der Kläger hilfsweise die Ersatzlieferung eines Neufahrzeugs aus der aktuellen Serienproduktion – zuletzt nochmals konkretisiert mit Antrag gemäß Schriftsatz vom 13.11.2018 in der dort dargestellten Fahrzeugvariante „Highline“ und den weiter aufgeführten Ausstattungsmerkmalen – begehrt, ist angesichts der deckungsgleichen Auslegung des Hauptantrags bereits zweifelhaft, inwieweit dem Hilfsantrag eine darüber hinausgehende inhaltliche Berechtigung zukommt. Aus den oben dargelegten inhaltlichen Gründen hat jedoch auch der so formulierte Hilfsantrag keinen Erfolg.

2. Dem Kläger steht schließlich auch kein Anspruch auf Rückzahlung des Kaufpreises Zug um Zug gegen Rückübereignung seines Pkw VW Tiguan aus § 812 I 1 Fall 1 BGB zu. Entgegen der Auffassung des Klägers erfolgte die Zahlung des Kaufpreises an die Beklagte nicht ohne Rechtsgrund.

Der Kaufvertrag ist nicht gemäß § 134 BGB i. V. mit § 27 I EG-FGV nichtig. Nach dieser Vorschrift dürfen Neufahrzeuge im Inland nur feilgeboten, veräußert oder in Verkehr gebracht werden, wenn sie mit einer gültigen Übereinstimmungsbescheinigung versehen sind. Dabei kann dahinstehen, ob das Erfordernis der Gültigkeit i. S. des § 27 EG-FGV in einem materiellen oder aber in einem formellen Sinn zu verstehen ist. Selbst wenn die Beklagte unter Verstoß gegen § 27 EG-FGV ein Fahrzeug verkauft hätte, würde dies nicht die Nichtigkeit des seinerzeit geschlossenen Kaufvertrags gemäß § 134 BGB nach sich ziehen.

Für die nach § 134 BGB gebotene Abwägung ist wesentlich, ob sich das betreffende Verbot an alle Beteiligten des Geschäfts richtet, das verhindert werden soll, oder ob es nur eine Partei bindet. Sind beide Teile Adressaten des Verbots, kann regelmäßig angenommen werden, das verbotswidrige Geschäft solle keine Wirkungen entfalten. Richtet sich das Verbot dagegen nur gegen eine Partei, ist regelmäßig der gegenteilige Schluss gerechtfertigt (BGH, Urt. v. 14.12.1999 – X ZR 34/98, juris Rn. 18).

Die Vorschrift des § 27 I EG-FGV richtet sich in allen Handlungsalternativen des Feilbietens, Veräußerns und Inverkehrbringens einseitig an den Verkäufer. Im Falle eines einseitigen Verbots kommt die nach § 134 BGB vorgesehene Rechtsfolge nur in Betracht, wenn dem Verbot ein Zweck zugrunde liegt, der gleichwohl die Nichtigkeit des ganzen Rechtsgeschäfts erfordert (BGH, Urt. v. 14.12.1999 – X ZR 34/98, juris Rn. 18). Dies trifft vorliegend nicht zu. Zur Sicherung der Übereinstimmung der Produktion mit dem genehmigten Fahrzeugtyp sieht die Regelung des § 25 EG-FGV diverse Möglichkeiten des Kraftfahrt-Bundesamts vor, einschließlich des Widerrufs der Typgenehmigung. Einer zusätzlichen zivilrechtlichen Sanktionswirkung in Form der Nichtigkeit des Kaufvertrags bedarf es hierfür nicht.

Auch der Aspekt des Käuferschutzes erfordert eine Nichtigkeit des Kaufvertrags nicht. Im Gegenteil gebietet ein effektiv ausgerichteter Käuferschutz gerade, dass dem Vertrag seine rechtliche Grundlage nicht entzogen wird. Anderenfalls würde man dem Käufer seine Rechte aus §§ 434 ff. BGB nehmen und ihn stattdessen auf abstrakt ungünstigere bereicherungsrechtliche Vorschriften verweisen. Zulasten des Verkäufers, bei dem es sich in der Regel nicht um den Hersteller des Fahrzeugs handelt, würden zudem bei Annahme einer Vertragsnichtigkeit die kaufvertraglichen Verjährungsvorschriften unterlaufen. Eine solche Schlechterstellung gegenüber den vertragsrechtlichen Sicherungen (beider Parteien) ist vom Schutzzweck des § 27 EG-FGV nicht geboten (*Armbrüster,* NJW 2018, 3481, 3485; vgl. auch OLG Köln, Beschl. v. 16.07.2018 – 5 U 82/17, juris Rn. 11; OLG Stuttgart, Beschl. v. 01.08.2018 – 12 U 179/17).

C. … Anlass, die Revision zuzulassen, bestand nicht, weil die Voraussetzungen des § 543 II 1 ZPO nicht vorliegen. Die Rechtssache hat weder grundsätzliche Bedeutung, noch erfordert die Fortbildung des Rechts oder die Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung eine Entscheidung des Revisionsgerichts. Etwas anderes gilt auch nicht deshalb, weil der BGH mit Beschluss vom 16.10.2018 – VII-I ZR 255/17, juris – in einem vom OLG Bamberg entschiedenen Parallelverfahren (Beschl. v. 20.09.2017 – 6 U 5/17, juris) die Revision zugelassen hat. Das OLG Bamberg hat die vorliegend allein maßgebliche Frage, ob ein Anspruch auf Lieferung aus der neuen Serie besteht, ausdrücklich offengelassen (Hinweisbeschl. v. 02.08.2017 – 6 U 5/17, juris Rn. 27; Beschl. v. 20.09.2017 – 6 U 5/17, juris Rn. 20).

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.