Nachbesserung durch Installation eines Softwareupdates – VW-Abgasskandal

1. **Ein vom VW-Abgasskandal betroffener Pkw ist mangelhaft, weil darin eine unzulässige Abschalteinrichtung i. S. von Art. 3 Nr. 10, Art. 5 II 1 der Verordnung (EG) Nr. 715/2007 installiert ist und deshalb die Gefahr einer Betriebsuntersagung besteht (im Anschluss u. a. an BGH, Hinweisbeschl. v. 08.01.2019 – VIII ZR 225/17, NJW 2019, 1133 Rn. 4 ff.). Dieser Mangel wird durch die Installation des von der *Volkswagen AG* angebotenen Softwareupdates i. S. von § 439 I Fall 1 BGB (Nachbesserung) beseitigt.**

2. **Angesichts des technischen Fortschritts und der Änderungen bei der Fahrzeugherstellung ist es i. S. von § 275 I BGB unmöglich, dem Käufer eines vom VW-Abgasskandal betroffenen Fahrzeugs, das er bereits 2009 erworben hat, ersatzweise ein mangelfreies, im Übrigen aber gleichartiges und gleichwertiges Neufahrzeug zu liefern.**

3. **Ein Kfz-Händler muss sich ein möglicherweise arglistiges Verhalten der *Volkswagen AG* im VW-Abgasskandal selbst dann weder gemäß § 278 BGB noch gemäß § 123 II 1 BGB zurechnen lassen, wenn er Vertragshändler der Fahrzeugherstellerin ist (im Anschluss an Senat, Urt. v. 07.09.2017 – 1 U 302/17, NJW-RR 2018, 54).**

4. **Ein Klageantrag, mit dem der Käufer eines vom VW-Abgasskandal betroffenen Fahrzeugs erreichen will, dass ihm der Verkäufer „ein gleichartiges und gleichwertiges Ersatzfahrzeug aus der aktuellen Serienproduktion des Herstellers mit identischer technischer Ausstattung“ liefern muss, ist schon deshalb nicht hinreichend bestimmt i. S. von § 253 II Nr. 2 ZPO, weil zu erwarten ist, dass die Parteien in einem Zwangsvollstreckungsverfahren (weiterhin) darüber streiten, ob und gegebenenfalls unter welchen Voraussetzungen ein Fahrzeug aus der aktuellen Serienproduktion „gleichartig und gleichwertig“ ist.**

OLG Koblenz, Urteil vom 06.06.2019 – 1 U 1552/18
(nachfolgend: BGH, Beschluss vom 30.06.2020 – VIII ZR 167/19)

Sachverhalt: Der Kläger kaufte am 04.03.2009 von der beklagten Kfz-Händlerin einen Pkw VW Golf 2.0 TDI zum Preis von 19.363,66 €. Das Fahrzeug, das mit einem von der *Volkswagen AG* entwickelten EA189-Dieselmotor (Euro 5) ausgestattet ist, wurde dem Kläger am 19.05.2009 übergeben.

In dem – vom VW-Abgasskandal betroffenen – Pkw kam ursprünglich eine Software zum Einsatz, die erkannte, ob das Fahrzeug auf einem Rollenprüfstand einen Emissionstest absolvierte und dafür den „Neuen Europäischen Fahrzyklus“ (NEFZ) ?durchfuhr. In diesem Fall wurde ein bestimmter Betriebsmodus („Modus 1“) aktiviert, in dem die Abgasrückführungsrate höher und deshalb der Stickoxid(NO_X)-Ausstoß geringer war als beim regulären Betrieb des VW Golf im Straßenverkehr, der im „Modus 0“ erfolgte. Das Kraftfahrt-Bundesamt wertet diese Software als unzulässige Abschalteinrichtung i. S. von Art. 3 Nr. 10, Art. 5 II 1 der Verordnung (EG) Nr. 715/2007. Es erließ mit Bescheiden vom 14.10. und vom 15.10.2015 Nebenbestimmungen zur Typgenehmigung auf der Grundlage von § 25 II EG-FGV, um die Vorschriftsmäßigkeit der bereits im Verkehr befindlichen vom VW-Abgasskandal betroffenen Fahrzeuge zu gewährleisten. In der Folge rief die *Volkswagen AG* Fahrzeuge mit einem EA189-Motor in die Werkstätten zurück, um sie technisch zu überarbeiten. Bei Fahrzeugen mit einem 2,0-Liter-Motor wird eine geänderte Software installiert, die bewirkt, dass das jeweilige Fahrzeug nur noch im (veränderten) „Modus 1“ betrieben wird. Das entsprechende Softwareupdate wurde vom Kraftfahrt-Bundesamt für den streitgegenständlichen Fahrzeugtyp freigegeben; der Pkw des Klägers hat es 2018 erhalten.

Mit Schreiben vom 28.09.2017 forderte der Kläger die Beklagte zur Ersatzlieferung eines fabrikneuen typengleichen Fahrzeugs aus der aktuellen Serienproduktion auf. Die Beklagte lehnte eine Ersatzlieferung mit Schreiben vom 29.09.2017 ab und erhob die Einrede der Verjährung.

Der Kläger macht geltend, das von ihm bei der Beklagten gekaufte Fahrzeug sei unbehebbar mangelhaft, weil es – auch nach Installation des Softwareupdates – beim regulären Betrieb im Straßenverkehr die einschlägigen Emissiongrenzwerte nicht einhalte. Das Update wirke sich negativ auf die Dauerhaltbarkeit des Pkw, dessen Kraftstoffverbrauch und den CO_2-Ausstoß aus. Darüber hinaus erzielten Fahrzeuge mit einem EA189-Motor beim Weiterverkauf geringere Preise als nicht vom VW-Abgasskandal betroffene Gebrauchtwagen.

Das Landgericht hat die Klage mit der Begründung abgewiesen, dass ein Nacherfüllungsanspruch des Klägers jedenfalls verjährt sei. Einschlägig sei die in § 438 I Nr. 3 BGB vorgesehene zweijährige Verjährungsfrist, die bei Klageerhebung bereits seit Jahren abgelaufen gewesen sei. Ein etwaiges arglistiges Verhalten der *Volkswagen AG* sei der Beklagten keinesfalls zuzurechnen. Deshalb hafte die Beklagte dem Kläger auch weder für ein Verschulden bei Vertragsschluss (§§ 280 I, 311 II, 241 II BGB) noch gemäß §§ 823 ff. BGB. Ein eigenes Fehlverhalten der Beklagten bzw. deren Mitarbeiter sei weder dargetan noch sonst ersichtlich.

Dagegen richtete sich die Berufung des Klägers. Er macht geltend, sein Nacherfüllungsanspruch sei nicht verjährt, weil sich die Beklagte das arglistige Verhalten der *Volkswagen AG* gemäß § 278 BGB zurechnen lassen müsse. Insoweit sei vor allem zu berücksichtigen, dass VW-Vertragshändler besonderes Vertrauen genössen, weil sie eng mit dem VW-Konzern verbunden seien. Außerdem habe die *Volkswagen AG* öffentlich kundgetan, dass die Händler auf die Einrede der Verjährung verzichteten. Sein – des Klägers – Anspruch auf Ersatzlieferung ergebe sich nicht nur aus § 437 Nr. 1, § 439 I Fall 2 BGB, sondern auch aus § 823 II BGB i. V. mit Art. 12, 18 der Richtlinie 2007/46/EG, §§ 4, 6, 25 EG-FGV, da die genannte Richtlinie drittschützende und haftungsbegründende Wirkung habe. Auch hafte die Beklagte – entgegen der Auffassung des Landgerichts – gemäß §§ 280 I, 311 II, 241 II, BGB, da ihr das arglistige Verhalten der Mitarbeiter der *Volkswagen AG* zuzurechnen sei.

Die Beklagte hat geltend gemacht, die Berufung sei bereits unzulässig. Zum einen habe der Kläger seinen Hauptantrag, den Rechtsstreit an das Landgericht zurückzuverweisen, nicht begründet. Zum anderen sei der Hilfsantrag des Klägers, mit dem er als Ersatz für den ihm gelieferten VW Golf „ein gleichartiges und gleichwertiges Ersatzfahrzeug aus der aktuellen Serienproduktion des Herstellers mit identischer technischer Ausstattung“ verlange, zu unbestimmt. Ein Gerichtsvollzieher könne einem entspredenden Tenor nicht entnehmen, welche Handlung sie – die Beklagte – als Vollstreckungsschuldnerin vornehmen müsse, um den titulierten Anspruch zu erfüllen, zumal nicht klar sei, was unter „gleichwertig“ und „gleichartig“ zu verstehen sei.

Im Übrigen sei ein Nacherfüllungsanspruch des Klägers aus den vom Landgericht dargelegten Gründen verjährt. Eine Ersatzlieferung sei zudem unmöglich i. S. von § 275 I BGB, jedenfalls aber mit unverhältnismäßigen Kosten verbunden (§ 439 III BGB a.F.).

Die Berufung hatte keinen Erfolg.

Aus den Gründen: II. Das Landgericht hat die Klage zu Recht abgewiesen.

Zum Hauptantrag

Der rein prozessuale Hauptantrag (Zurückverweisung) hat aus mehreren Gründen keinen Erfolg. So fehlt es schon an der Darlegung der Gründe für dieses Begehren.

Zum Hilfsantrag

A. Vertragliche Ansprüche, insbesondere aus Kaufrecht, greifen zugunsten des Klägers nicht ein.

1. Der vom Kläger geltend gemachte Anspruch auf Lieferung einer mangelfreien Sache – Ersatzfahrzeug für sein 2009 bereits erworbenes Fahrzeug – steht diesem nicht zu (§§ 433 I, 437 Nr. 1, § 439 I Fall 2, § 475 III BGB).

a) Mit der wohl ganz überwiegenden Auffassung in Rechtsprechung und Literatur (vgl. nur BGH, Hinweisbeschl. v. 08.01.2019 – VIII ZR 225/17, NJW 2019, 1133 Rn. 4 ff.; OLG Koblenz, Beschl. v. 27.09.2017 – 2 U 4/17, NJW-RR 2018, 376 Rn. 14; OLG Köln, Beschl. v. 20.12.2017 – 18 U 112/17, NZV 2018, 72 Rn. 33 ff.; OLG München, Urt. v. 03.07.2017 – 21 U 4818/16, NJW-RR 2017, 1238 Rn. 18; *Staudinger/Rucks,* NJW 2019, 1179 f.) ist auch der Senat der Auffassung, dass die vom Kläger beanstandete Softwaresteuerung einen Mangel i. S. von § 434 I BGB darstellt. Dieser Mangel liegt für den Senat darin, dass dem Pkw des Klägers mit dieser Softwaresteuerung eine Betriebsuntersagung wegen des mit einer unzulässigen Abschalteinrichtung versehenen Dieselmotors drohte (vgl. VGH Kassel, Beschl. v. 20.03.2019 – 2 B 261/19, ZfS 2019, 295). Der Senat sieht ausschließlich in dieser drohenden Betriebsuntersagung den hier relevanten Mangel. Sonstige bei Abschluss des Kaufvertrags vorhandene oder später aufkommende Erwartungen des Käufers spielen keine Rolle, da es entscheidend darauf ankommt, ob die Sache (Pkw des Klägers) für die Nutzungsart (Einsatzzweck) geeignet ist, den die Parteien dem Vertrag zugrunde gelegt haben (vgl. BGH, Urt. v. 20.03.2019 – VIII ZR 213/18, MDR 2019, 597 Rn. 26). Damit kommt es für den Senat nicht entscheidend darauf an, ob und gegebenenfalls welche Vorstellungen der Käufer hinsichtlich der Umweltverträglichkeit des von ihm im Jahr 2009 gekauften Pkw hatte oder hat.

b) Nach dem unstreitigen Sachverhalt hat der Kläger das angebotene Softwareupdate 2018 durchführen lassen. Hierdurch ist nach Auffassung des Senats der oben konkret bezeichnete Mangel beseitigt worden. Dem Kfz des Klägers droht eine Betriebsuntersagung nun nicht mehr (vgl. VGH Kassel, Beschl. v. 20.03.2019 – 2 B 261/19, ZfS 2019, 295). Dem Kläger stehen damit schon aus diesem Grunde keine kaufvertraglichen Rechte mehr zu.

c) Weiter gilt, dass der Kläger durch die Wahl der Nachbesserung, der Beseitigung des Mangels durch Aufspielen des entsprechenden Softwareupdates, sein Wahlrecht nach § 437 Nr. 1, § 439 I BGB ausgeübt hat und er insoweit aus Rechtsgründen gehindert ist, nunmehr Lieferung einer mangelfreien Sache i. S. von § 439 I Fall 2 BGB von seiner Verkäuferin (Autohaus) zu fordern (Palandt/*Weidenkaff,* BGB, 78. Aufl., § 439 Rn. 8 m. w. Nachw.). Sollte das aufgespielte Softwareupdate (Nachbesserung) mangelhaft sein, so stehen ihm lediglich insoweit wiederum die Rechte aus § 437 BGB zu.

d) Auch unter Berücksichtigung des oben angeführten Hinweisbeschlusses des BGH vom 08.01.2019 – VIII ZR 225/17, NJW 2019, 1133 – ist der Senat darüber hinaus im vorliegenden Fall des Erwerbs eines Fahrzeugs im Jahr 2009 der Auffassung, dass die vom Kläger geforderte Lieferung einer mangelfreien Sache im Jahr 2019 unmöglich i. S. von § 275 I BGB ist. Die geforderte gleichartige und gleichwertige Lieferung eines entsprechenden Pkw aus der neuesten Serienproduktion des Herstellers stellt unter Berücksichtigung des technischen Fortschritts und der Änderungen in der Fahrzeugherstellung ein *aliud* dar, und ein entsprechendes Fahrzeug, das dem aus dem Jahr 2009 entspricht, kann aus objektiven Gründen als Neufahrzeug dem Kläger nicht zur Verfügung gestellt werden. Ergänzend ist darauf hinzuweisen, dass, selbst wenn keine Unmöglichkeit vorläge, der Verkäufer (beklagte Firma) hier nach § 439 IV BGB das Begehren des Klägers zurückweisen könnte.

e) Ansprüche aus § 443 BGB stehen dem Kläger gegen die Beklagte gleichfalls nicht zu, da die tatbestandlichen Voraussetzungen konkret nicht vorgetragen und auch ansonsten ersichtlich nicht gegeben sind. Es fehlt an entsprechenden Garantieerklärungen mit Rechtsbindungswillen.

f) Mit der landgerichtlichen Entscheidung ist der geltend gemachte Anspruch des Klägers auch in jedem Falle verjährt und damit nicht mehr durchsetzbar. Die Beklagte hat auch nicht auf die Einrede der Verjährung verzichtet.

Die Ausnahmeregelung des § 438 III BGB greift im vorliegenden Fall auch nicht ein.

Zwischen den Parteien ist unstreitig, dass Mitarbeiter der Verkäuferin nicht arglistig gehandelt haben. Ein Fehlverhalten hat der Kläger insoweit nicht behauptet.

Eine Zurechnung eines etwaigen (arglistigen) Fehlverhaltens von Mitarbeitern der *Volkswagen AG* (oder deren Zulieferer) greift im vorliegenden Fall eindeutig nicht ein. Nach der ausführlichen, intensiv begründeten und nicht weiter angefochtenen Entscheidung des Senats vom 07.09.2017 (OLG Koblenz, Urt. v. 07.09.2017 – 1 U 302/17, NJW-RR 2018, 54 = MDR 2018, 24), deren Ergebnis auch von weiteren Obergerichten geteilt wird, kann eine Zurechnung derartigen Verhaltens weder über § 278 BGB noch über § 123 II BGB (entsprechend) begründet und abgeleitet werden. Es liegen auch keinerlei Besonderheiten in der Automobilbranche, in dem Verhältnis zwischen Hersteller und Automobilhändler, vor, die eine derartige Zurechnung begründen könnten. Der Hersteller *(Volkswagen AG)* wurde ersichtlich nicht im Pflichtenkreis des beklagten Händlers tätig. Die vertraglichen Pflichten aus dem geschlossenen Kaufvertrag zwischen den Parteien führten nicht zur Verpflichtung der Beklagten zur Herstellung des streitgegenständlichen Pkw. Auch andere Gründe sind weder dargetan noch sonst ersichtlich, die eine derartige Zurechnung begründen könnten.

Damit bleibt es bei der zweijährigen Verjährungsfrist des § 438 I Nr. 3 BGB, und ein Anspruch wegen eines Mangels des im Jahr 2009 gekauften und übergebenen Pkw war bereits Jahre vor Klageerhebung verjährt.

2. Auch ein Anspruch aus §§ 280 I, 311 II, 241 II BGB greift zugunsten des Klägers nicht ein. Irgendwelche vorwerfbaren Pflichtverletzungen in diesem vorvertraglichen Zeitraum hat der Kläger der Beklagtenseite (Geschäftsherr und Mitarbeiter) nicht vorgeworfen. Derartiges ist auch nicht ersichtlich. Eine Zurechnung etwaigen Fehlverhaltens durch Mitarbeiter der *Volkswagen AG* und anderen scheidet aus den bereits dargelegten Gründen im vorliegenden Fall für den Senat eindeutig aus.

3. Nach allem stehen dem Kläger aus mehreren Gründen die geltend gemachten Ansprüche aus Vertrag nicht zu. Der Mangel ist beseitigt; er hat sein Wahlrecht abschließend ausgeübt, und ein einmal unterstellter Mangelbeseitigungsanspruch ist zudem auch noch verjährt. Eine Zurechnung etwaigen Fehlverhaltens weiterer juristischer Personen (*Volkswagen AG* u. a.) findet nicht statt.

B. Auch kann der Kläger den geltend gemachten Anspruch nicht aus deliktischem Verhalten ableiten.

1. Der Senat hat bereits Zweifel, ob die tatbestandlichen Voraussetzungen von § 823 II BGB i. V. mit § 263 StGB sowie von § 823 II BGB i. V. mit europarechtlichen Vorschriften vorliegen. Gleiches gilt für die aus § 826 BGB ableitbaren Ansprüche. Im vorliegenden Fall hat der Kläger insbesondere zu den subjektiven Voraussetzungen der genannten Anspruchsgrundlagen nicht konkret vorgetragen. Darüber hinaus hat der Senat durchgreifende Zweifel, ob diese tatbestandlichen Voraussetzungen überhaupt gegeben sein können. Der Kläger hat vorgetragen, dass das Softwareupdate zu einer deutlichen Verschlechterung der Dauerhaltbarkeit des Fahrzeugs führe und einzelne Bauteile, Baugruppen einem höheren Verschleiß ausgesetzt würden. Legt der Senat dies als zutreffend zugrunde (vgl. auch *Hüning,* NZV 2019, 27, 29 f.), so ergibt sich zwanglos hieraus, dass die verantwortlichen Entwickler, Techniker, Mitarbeiter von VW bzw. deren Zulieferer mit der Abschaltvorrichtung wohl bezwecken wollten, dass die Haltbarkeit des Dieselmotors durch die dauerhafte Abgasrückführung (dauerhafter „Modus 1“) nicht beeinträchtigt werden sollte. Unter Berücksichtigung dieser naheliegenden Motivation und Zielrichtung des Handelns erscheint die Annahme von betrügerischen Absichten bzw. eines sittenwidrigen Handelns zulasten des Klägers nicht naheliegend. Kein ausreichender Vortrag liegt für den Senat hinsichtlich des Vorsatzes bezüglich der Zulassungsproblematik vor. Zweifel bestehen für den Senat auch darüber, ob der Kläger überhaupt in den Schutzbereich der für einschlägig befundenen europarechtlichen Normen aufgenommen ist, da diese wohl (nur, in erster Linie) gesamtgesellschaftlichen Zielen (Umwelt etc.) dienen.

2. Unabhängig von diesen Bedenken hinsichtlich des Vorliegens der tatbestandlichen Merkmale der genannten Deliktstatbestände scheitert eine Ersatzforderung des Klägers … in jedem Fall daran, dass auch hinsichtlich dieser Ansprüche eine Zurechnung eines unterstellten Fehlverhaltens der Mitarbeiter von Drittfirmen zulasten der Beklagten eindeutig ausscheidet. Da die *Volkswagen AG* und die Beklagte sich als selbstständige juristische Personen gegenüberstehen und die *Volkswagen AG* ersichtlich auch nicht Verrichtungsgehilfe der Beklagten war und ist, ein Weisungsverhältnis insoweit eindeutig nicht vorliegt, scheidet eine Zurechnung aus. Gleiches gilt hinsichtlich der Vorschriften §§ 830, 840 BGB. Insoweit liegen die tatbestandlichen Voraussetzungen für eine Zurechnung eines unterstellten Fehlverhaltens der Mitarbeiter der *Volkswagen AG* oder deren Zulieferer nicht vor. Damit kann im vorliegenden Fall auch letztlich offenbleiben, ob ein deliktisches, betrügerisches, sittenwidriges Verhalten von Mitarbeitern von Drittfirmen überhaupt vorliegt.

C. Der vom Kläger geltend gemachte Anspruch scheitert zur Überzeugung des Senats aber auch daran, dass der geltend gemachte Klageantrag zu unbestimmt und damit unzulässig ist. Der Kläger verlangt für sein 2009 erworbenes Fahrzeug ein „gleichartiges und gleichwertiges Ersatzfahrzeug aus der aktuellen Serienproduktion des Herstellers mit identischer technischer Ausstattung“ wie sein Altfahrzeug. Eine entsprechende Titulierung unterstellt, wäre es dann Aufgabe des Gerichtsvollziehers, zunächst zu erkunden, welche technische Ausstattung das Kfz des Klägers im Verkaufszeitpunkt hatte. Auch die Streitigkeiten hinsichtlich Gleichartigkeit und Gleichwertigkeit würden in das Vollstreckungsverfahren hineingetragen werden. Das Gesetz verlangt in § 253 II Nr. 2 ZPO aber die Stellung eines „bestimmten Antrags“. Dies liegt zur Überzeugung des Senats im vorliegenden Fall mit den auslegbaren und zwingend auslegungsbedürftigen Begriffen der Gleichwertigkeit und Gleichartigkeit sowie insbesondere auch der Notwendigkeit, im Vollstreckungsverfahren die technische Ausstattung des Kraftfahrzeugs bei Übergabe festzustellen, eindeutig nicht vor (s. Zöller/*Greger,* ZPO, 32. Aufl., § 253 Rn. 13 m. w. Nachw.). Der Klageantrag war und ist damit unzulässig.

D. Nach allem kann der Kläger weder aus vertraglichen Ansprüchen noch aus Delikt den geltend gemachten Anspruch auf Nachlieferung eines neuen Pkw mit Erfolg geltend machen. Das Landgericht hat demnach zu Recht die Klage abgewiesen und die Berufung des Klägers hiergegen bleibt ohne Erfolg.

Die Revision gegen dieses Urteil ist nicht zuzulassen, da die gesetzlichen Gründe hierfür nicht vorliegen. Die Berufung scheitert maßgeblich daran, dass ein – einmal unterstelltes – Fehlverhalten von Mitarbeitern der *Volkswagen AG* bzw. deren Zulieferer weder in vertraglicher noch in deliktischer Hinsicht der beklagten Kfz-Händlerin zuzurechnen ist. Diese für den Senat tragende Rechtsfrage ist geklärt und auch höchstrichterlich abgesichert. …

Hinweis: Die Beschwerde des Klägers gegen die Nichtzulassung der Revision hat der BGH mit Beschluss vom 30.06.2020 – VIII ZR 167/19 als unzulässig verworfen.

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.