

**Beglaubigte Abschrift (Telekopie gemäß § 169 Abs. 3 ZPO)**

I-23 U 54/20  
5 O 398/17  
Landgericht Düsseldorf



Verkündet am: 01.06.2021

Meyer, Justizbeschäftigte  
als Urkundsbeamter/in der Geschäftsstelle

**Oberlandesgericht Düsseldorf**

**Im Namen des Volkes**

**Urteil**

In dem Rechtsstreit

Klägers, Berufungsklägers und Berufungsbeklagten,

Prozessbevollmächtigte:

Rechtsanwälte Dr. Stoll & Sauer,  
Einsteinallee 1/1, 77933 Lahr,  
(RA Petrov)

gegen

Beklagte, Berufungsbeklagte und Berufungsklägerin,

Prozessbevollmächtigte:

hat der 23. Zivilsenat des Oberlandesgerichts Düsseldorf auf die mündliche Verhandlung vom 27.04.2021 durch den Vorsitzenden Richter am Oberlandesgericht Dr. Maifeld und die Richterinnen am Oberlandesgericht Wolks-Falter und Röder für R e c h t erkannt:

## 2

Die Berufung des Klägers und die Berufung der Beklagten gegen das Urteil der 5. Zivilkammer des Landgerichts Düsseldorf vom 26.02.2020 werden zurückgewiesen.

Die Kosten des Berufungsverfahrens tragen der Kläger zu 2% und die Beklagte zu 98%.

Das erstinstanzliche Urteil und dieses sind ohne Sicherheitsleistung vorläufig vollstreckbar. Der Beklagten wird nachgelassen, die Vollstreckung gegen Sicherheitsleistung in Höhe von 45.000,- Euro abzuwenden, wenn nicht der Kläger vor der Vollstreckung seines Anspruchs auf Neulieferung eines VW Tiguan Sicherheit in Höhe von 40.000,- Euro und im Übrigen Sicherheit in Höhe von 110% des jeweils zu vollstreckenden Betrages leistet.

Die Revision wird nicht zugelassen.

### Gründe

## 1.

Der Kläger macht gegen die Beklagte, eine unabhängige Kraftfahrzeughändlerin, kaufrechtliche Gewährleistungsansprüche geltend.

Der Kläger erwarb von der Beklagten im Jahr 2014 einen VW Tiguan zu einem Kaufpreis von 37.250,- Euro. In Fahrzeugen dieser Modellgeneration waren Dieselmotoren vom Typ EA189 verbaut. Dieser Motorentyp war werkseitig mit einer Motorsteuerungssoftware ausgestattet, die den Stickoxidausstoß im zwecks Erlangung der Typengenehmigung zu durchlaufenden Prüfverfahren gegenüber dem normalen Fahrbetrieb reduzierte. Nach Bekanntwerden des sogenannten „Dieselskandals“ in der breiten Öffentlichkeit im Herbst 2015 beschied das KBA Ende desselben Jahres, dass es sich um eine unzulässige Abschaltvorrichtung im Sinne der Fahrzeugemissionen-Verordnung (EG) 715/2007 handele, die entfernt werden müsse. Zu diesem Zweck bot VW den Haltern betroffener Fahrzeuge im Rahmen einer Rückrufaktion ein vom KBA freigegebenes Software-Update an.

Der Kläger hat die Beklagte auf Lieferung eines VW Tiguan aus der aktuellen Modellgeneration – das vom Kläger erworbene Vorgängermodell wird unstreitig seit Mai 2015 nicht mehr gebaut - Zug um Zug gegen Rückübergang des von ihm

erworbenen Fahrzeuges in Anspruch genommen. Daneben hat er die Feststellung, dass sich die Beklagte mit der Rücknahme seines Fahrzeuges in Annahmeverzug befindet, und die Verurteilung der Beklagten, ihn von vorgerichtlichen Rechtsanwaltskosten in Höhe von 2.434,74 Euro freizustellen, verlangt. Das Landgericht hat der Klage durch Urteil vom 26.02.2020, auf dessen tatsächliche Feststellungen Bezug genommen wird, im Wesentlichen – mit Ausnahme eines Teils des Freistellungsanspruchs (Zuspruch lediglich in Höhe von 1.590,91 Euro) – stattgegeben. Dabei ist es davon ausgegangen, dass das Software-Update bislang noch nicht aufgespielt worden ist (S. 6 des Urteils, Bl. 663 d.A.).

Gegen das Urteil wenden sich beide Parteien mit einer form- und fristgerecht eingelegten Berufung unter Wiederholung und Vertiefung ihres erstinstanzlichen Vorbringens. Die Beklagte behauptet außerdem, dass der Kläger das Update am 08.05.2019 habe aufspielen lassen. Sie macht geltend, dass der Kläger hierdurch sein Wahlrecht nach § 439 Abs. 1 BGB ausgeübt habe und der Mangel im Sinne der getroffenen Wahl beseitigt sei. Der Kläger macht demgegenüber geltend, dass das Update nachteilige technische Auswirkungen habe, ein merkantiler Minderwert des Fahrzeuges verbleibe und mit dem Update eine neue unzulässige Abschaltvorrichtung in Form eines Thermofensters aufgespielt worden sei.

Die Beklagte beantragt,

das Urteil des Landgerichts abzuändern und die Klage vollumfänglich abzuweisen.

Der Kläger beantragt,

1.

die Berufung der Beklagten zurückzuweisen;

2.

das Urteil, soweit die Klage abgewiesen wurde, abzuändern und den Freistellungsanspruch insgesamt dahingehend neu zu fassen, dass die Beklagte verurteilt wird, ihn von vorgerichtlichen Rechtsanwaltskosten in Höhe von 2.434,74 Euro freizustellen.

Die Beklagte beantragt,

die Berufung des Klägers zurückzuweisen.

4

II.

### **Berufung der Beklagten**

Die zulässige Berufung des Beklagten hat in der Sache keinen Erfolg

1.

Der Kläger hat gegen die Beklagte einen Anspruch auf Lieferung eines mangelfreien VW Tiguan aus der aktuellen Produktion mit den im Tenor aufgeführten technischen Merkmalen Zug um Zug gegen Rückübereignung des durch ihn von der Beklagten erworbenen VW Tiguan aus §§ 434 Abs. 1 S. 2 Nr. 2, 437 Nr. 1, 439 Abs. 1 Alt. 2 BGB.

a)

Das erworbene Fahrzeug wies bei Übergabe einen Sachmangel auf, weil es mit einer unzulässigen Abschaltvorrichtung versehen war. Ihm fehlte damit die Eignung für die gewöhnliche Verwendung im Sinne von § 434 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 BGB (vgl. BGH, Hinweisbeschluss v. 08.01.2019 – VIII ZR 225/17, NJW 2019, 1133 ff. Rdnr. 4 bis 23).

b)

Der Kläger kann gemäß §§ 437 Nr. 1, 439 Abs. 1 Alt. 2 BGB die Lieferung einer mangelfreien Sache verlangen.

(1)

Der Anspruch des Klägers auf Nacherfüllung in dieser Form ist nicht dadurch erloschen, dass der Mangel bereits gemäß § 439 Abs. 1 Alt. 1 BGB beseitigt worden ist, § 362 BGB.

Zwar hat der Kläger am 08.05.2019 das vom KBA freigegebene Software-Update aufspielen lassen. Hiervon geht der Senat aufgrund des wechselseitigen Parteivorbringens aus. Die Beklagte hat eine entsprechende Behauptung in der Berufungsbegründung (dort S. 18, Bl. 759 d.A.) aufgestellt. Auch wenn ihr Vorbringen neu ist, kann es nicht nach § 531 Abs. 2 ZPO zurückgewiesen werden, weil es unstreitig ist (vgl. BGH, Urteil v. 18.11.2004 – IX ZR 229/03, NJW 2005, 291, 292; Urteil v. 06.12.2004 – II ZR 394/02, NJW-RR 2005, 437; jew. m.w.Nw.). Der Kläger hat der Behauptung der Beklagten nämlich in seiner Berufungserwiderung vom 18.01.2021 nicht widersprochen, sondern vielmehr Nachteile aufgeführt, die mit

## 5

dem Update verbunden sein sollen (vgl. S. 19, 20, 25 seiner Berufungserwiderung, Bl. 815, 816, 821 d.A.). Da das Aufspielen des Updates demnach unstreitig ist, ist dies und nicht die gegenteilige tatsächliche Feststellung des Landgerichts der Entscheidung des Senats zugrunde zu legen, § 529 Abs. 1 ZPO.

Es kann jedoch nicht davon ausgegangen werden, dass das Aufspielen des Updates zu einem vertragsgemäßen Zustand des Fahrzeuges geführt hat. Soweit der Kläger in diesem Zusammenhang nachteilige technische Auswirkungen des Updates und einen verbleibenden merkantilen Minderwert des Fahrzeuges anführt, ist sein Vorbringen allerdings nicht hinreichend substantiiert. Der Kläger legt nicht dar, worin die technischen Nachteile bei seinem Fahrzeug bestehen und welcher Minderwert verbleibt. Seine in Anlehnung an Rechtsprechung und Presseberichterstattung gehaltenen allgemeinen Ausführungen sind hierfür nicht ausreichend. Vielmehr hätte es angesichts der seit dem Update verstrichenen Zeit, innerhalb derer die Folgen hätten offenbar werden müssen, eines konkret auf sein Fahrzeug bezogenen Sachvortrags bedurft. Dass durch das Aufspielen des Updates ein vertragsgemäßer Zustand erreicht worden ist, kann aber deshalb nicht festgestellt werden, weil nach dem unwidersprochen gebliebenen Vorbringen des Klägers eine neue Abschaltvorrichtung in Form eines Thermofensters installiert worden ist.

Dass es sich dabei um eine zulässige Abschaltvorrichtung handelt, kann auch unter Berücksichtigung des nicht nachgelassenen Vorbringens der Beklagten im Schriftsatz vom 17.05.2021 nicht angenommen werden. Gemäß Art. 5 Abs. 2 VO (EG) 715/2007 ist die Verwendung einer Abschaltvorrichtung, die die Wirksamkeit des Emissionskontrollsystems verringert, grundsätzlich unzulässig und nur in den dort genannten Ausnahmefällen gerechtfertigt. Auch wenn die Entscheidung des Europäischen Gerichtshof vom 17.12.2020 (- C-693/18) eine andere Art der Abschaltvorrichtung zum Gegenstand hatte, ist ihr allgemein zu entnehmen, dass der den Motorschutz und den sicheren Betrieb des Fahrzeugs betreffende Ausnahmetatbestand, auf den sich auch die Beklagte hier beruft, dahin auszulegen ist, dass zur Rechtfertigung nur plötzliche und außergewöhnliche Beschädigungen sowie unvorhersehbare Unfallereignisse herangezogen werden können, Verschmutzung und Verschleiß des Motors dagegen nicht ausreichend sind. Dass die genannten Voraussetzungen vorliegen, ergibt sich nicht daraus, dass das KBA das Update freigegeben hat. Abgesehen davon, dass die zugrunde liegenden Erwägungen des KBA mangels Aufnahme in den Freigabebescheid nicht bekannt gemacht worden sind, kann jedenfalls nicht davon ausgegangen werden, dass das KBA bei seiner Entscheidung die erst aus dem danach ergangenen Urteil des EuGH

## 6

ersichtliche enge Auslegung des Ausnahmetatbestandes zur Anwendung gebracht hat. Die Zulässigkeit kann schließlich nicht aufgrund eines von der Beklagten behaupteten Verwendungszwecks von Thermofenstern, plötzliche und unvorhersehbare Motorschäden zu vermeiden (S. 7 f. des Schriftsatzes v. 17.05.2021), unterstellt werden. Denn ein allgemeiner Verwendungszweck besagt nicht, dass das Thermofenster im Fahrzeug des Klägers zweckentsprechend zum Einsatz kommt.

(2)

An die einmal ausgeübte Wahl einer Nacherfüllung in Form der Mangelbeseitigung, wie sie im Aufspielen des Updates zu sehen ist, ist der Kläger nicht gebunden, sondern kann nach dem Fehlschlag der Mangelbeseitigung zur anderen Art der Nacherfüllung durch Lieferung einer mangelfreien Sache wechseln (vgl. BeckOGK/Höpfner, 1.1.2021, § 439 Rdnrn 18 ff. m.w.Nw.).

Im Hinblick auf den Fehlschlag der Mangelbeseitigung durch das Aufspielen des Updates kann die Beklagte die Ersatzlieferung nicht gemäß § 439 Abs. 3 BGB a.F. (bis 31.12.2017) verweigern.

Die Lieferung einer mangelfreien Sache ist nicht unmöglich im Sinne des § 275 Abs. 1 BGB, weil VW Tiguan der vom Kläger erworbenen Modellgeneration nicht mehr hergestellt werden. Nach dem Hinweisbeschluss des BGH vom 08.01.2019 (a.a.O., Rdnrn 24 bis 39) kommt es für die Beurteilung auf Inhalt und Reichweite der vom Verkäufer vertraglich übernommenen Beschaffungspflicht an, wie sie sich bei einer interessensgerechten Auslegung des Vertrags darstellt. Entgegen der Ansicht der Beklagten (S. 15 ihrer Berufungsbegründung, Bl. 756 d.A.) lässt sich danach nicht feststellen, dass das Nachfolgemodell des streitgegenständlichen Fahrzeuges, dessen Lieferung der Kläger begehrt, ein Aliud ist. Das Nachfolgemodell mag gegenüber dem vom Kläger erworbenen Fahrzeug technische Neuerungen aufweisen. Die Modelle gehören aber derselben Fahrzeugklasse (SUV) an. Es wird auch kein vollständiger Modellwechsel angestrebt, sondern ein Übergang vom Vorgänger- zum Nachfolgemodell. Die Veränderungen sind letztendlich dem technischen Fortschritt geschuldet. Hätte sich die Technik zum Zeitpunkt des Kaufvertragsabschlusses bereits auf dem heutigen Stand befunden, hätte die Beklagte dem Kläger nur einen solchen VW Tiguan angeboten und der Kläger auch nur ein solches Fahrzeug erwerben können.

c)

Die Lieferung des mangelfreien Fahrzeuges hat Zug um Zug gegen Rückübereignung des mangelhaften Fahrzeuges zu erfolgen, §§ 439 Abs. 4 a.F., 346 Abs. 1, 348 BGB.

Nutzungsersatz schuldet der Kläger gemäß § 474 Abs. 5 BGB a.F. (bis 31.12.2017) nicht.

## 2.

Die Beklagte befindet sich aus den zutreffenden Gründen der erstinstanzlichen Entscheidung mit der Rücknahme des mangelhaften Fahrzeuges in Annahmeverzug.

## 3.

Zu Recht hat das Landgericht schließlich den Freistellungsanspruch des Klägers in der tenorierten Höhe von 1.590,91 Euro aus § 439 Abs. 2 BGB zugesprochen.

### **Berufung des Klägers**

Die zulässige Berufung des Klägers, die sich gegen die Abweisung seines über den zugesprochenen Betrag hinausgehenden Freistellungsanspruchs richtet, ist in der Sache unbegründet. Den von der Berufung geltend gemachten hohen Schwierigkeitsgrad und umfassenden Rechercheaufwand, der hier den Ansatz einer Geschäftsgebühr von 2,0 rechtfertigen soll, vermag der Senat nicht zu erkennen. Die Prozessbevollmächtigten des Klägers sind nach gerichtlicher Kenntnis in einer Vielzahl von gleichgelagerten Fällen der streitgegenständlichen Art tätig. Dies dürfte die Einarbeitung in die Materie erleichtert und den Rechercheaufwand im obigen Fall reduziert haben.

8

III.

Die Kostenentscheidung ergibt sich aus § 97 Abs. 1 ZPO.

Die Entscheidung zur vorläufigen Vollstreckbarkeit folgt aus §§ 708 Nr. 10 S. 2, 709, 711, 713 ZPO.

Gründe für eine Zulassung der Revision gemäß § 543 Abs. 2 ZPO liegen nicht vor.

**Berufungstreitwert** bis 40.000,-- Euro (davon Berufung des Klägers 843,83 Euro und im Übrigen Berufung der Beklagten)

Dr. Maifeld

Wolks-Falter

Röder

Beglaubigt

Urkundsbeamter/in der Geschäftsstelle

Oberlandesgericht Düsseldorf

