Oberlandesgericht Köln, 18 U 60/19

Datum:	02.04.2020
Gericht:	Oberlandesgericht Köln
Spruchkörper:	18. Zivilsenat
Entscheidungsart:	Urteil
Aktenzeichen:	18 U 60/19
ECLI:	ECLI:DE:OLGK:2020:0402.18U60.19.00

Vorinstanz:	Landgericht Köln, 4 O 472/17

Tenor:

Auf die Berufung des Beklagten wird das Urteil des Landgerichts Köln vom 22.03.2019 teilweise abgeändert und insgesamt wie folgt neu gefasst:

Die Beklagte wird verurteilt, an die Klägerin ein neues Fahrzeug VW A aus der aktuellen Produktion der Herstellerin Volkswagen AG mit zumindest folgenden technischen Merkmalen

- Motorisierung 1,6 TDI mit mindestens 77 kW (105 PS), 6-Gang,
- Außenfarbe: Deep Black Perleffekt,
- Innenausstattung: Anthrazit/Anthrazit/Schwarz/Perlgrau,
- Siebensitzer,
- Klimaanalage „Climatronic“,
- Navigationsfunktion „RNS 315“ (für „RCD 310“),
- „RCD 310“ für Navigationsfunktion,
- Navigationsdaten für Westeuropa auf internem Speicher,
- „Business Premium“-Paket inkl. Navigation,

- Textilfußmatten für alle Sitzreihen,
- Dachreling schwarz,
- Raucherausführung,
- Gepäckraumabdeckung,
- Parkpilot,
- 4 Stahlräder 6J x 15, gewichtsoptimiert,
- Rollwiderstandsoptimierte Reifen 195/65 R 15,
- Kennzeichenbeleuchtung in LED-Technik,
- Sitzbezüge in Stoff,
- Ablagefach auf der Instrumententafel mit Deckel,
- Wärmeschutzverglasung grün,
- Berganfahrassistent,
- Kombi-Instrument mit elektronischem Tachometer, Kilometer- und Tageskilometerzähler, Drehzahlmesser,
- Fußhebelwerk „Standard“,
- Elektronisches Stabilisierungsprogramm ESP mit Gegenlenkungsunterstützung inkl. Komfortbremsassistent, ABS, EDS und AS,
- Tire Mobility Set: 2-V-Kompressor und Reifendichtmittel, Lenkrad (3 Speichen)
- Radvollblenden,
- Servolenkung elektromechanisch, geschwindigkeitsabhängig geregelt,
- Bordwerkzeug,
- Verbandtasche mit Warndreieck,
- Scheibenbremsen vorn innen belüftet,
- Stoßfänger in Wagenfarbe,
- Zweipunkt-Automatiksicherheitsgut für den mittleren Sitz der 2. Sitzreihe,
- Kopfstützen vorn höhenverstellbar,

- Fahrersitz mit Höheneinstellung,
- Ablagefächer in allen Türen (mit Halterung für 1-l-Flaschen),
- Dreipunkt-Automatiksicherheitsgurte auf den äußeren Sitzen der 2. Sitzreihe mit Höheneinstellung,
- Seitenschutzleisten in schwarz,
- Heckklappenentriegelung elektrisch,
- Frontscheibe Wärmeschutzglas,
- Zentralverriegelung ohne Safe-Sicherung, mit Funkfernbedienung und 2 Funkklappschlüsseln,
- Airbag für Fahrer und Beifahrer, mit Beifahrerairbag-Deaktivierung,
- Kopfairbagsystem für Front- und Fondspassagiere inkl. Seitenairbags vor (nicht für 3. Sitzreihe),
- Handschuhfach abschließbar und beleuchtet,
- 3 Einzelsitze in der 2. Sitzreihe, längseinstell-, klapp-, wickel-, querversetzt und herausnehmbar,
- Dekoreinlagen „Chrom matt“ für Instrumententafel und Türverkleidung,
- Außenspiegel auf Beifahrerseite konvex,
- Außenspiegel auf Fahrerseite asphärisch,
- Außenspiegelgehäuse in Wagenfarbe und Türgriffe in schwarz,
- Handbremshebelgriff in Kunststoff,
- Handbremshebelknopf in Chrom,
- Außenspiegel elektrisch einstell- und beheizbar,
- Wegfahrsperre elektronisch,
- Start-Stopp-System mit Bremsenergie-Rückgewinnung,
- Ablagefächer in der Dachkonsole,
- Instrumentenbeleuchtung weiß, regelbar, rotes Nachdesign für Schalter,
- Halogen-Hauptscheinwerfer und Blinkleuchten unter gemeinsamer Klarglasabdeckung,

- Tagfahrlicht,
- Scheibenwischer vorn mit Intervallschaltung,
- 2 Leseleuchten vorn,
- Nebelschlussleuchte,
- Doppelton-Signalhorn

Zug um Zug gegen Rückübereignung und Rückgabe des Fahrzeugs VW A Trendline Bluemotion Technology 1,6 l TDI 77 kW (105 PS), FIN B und Zahlung von 10.767,84 € zu liefern.

Es wird festgestellt, dass sich die Beklagte mit der Rücknahme des vorstehend bezeichneten Fahrzeugs in Annahmeverzug befindet.

Im Übrigen wird die Klage abgewiesen.

Die weitergehende Berufung wird zurückgewiesen.

Die Kosten des Rechtsstreits werden gegeneinander aufgehoben.

Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar. Den Parteien wird nachgelassen, die Zwangsvollstreckung durch die jeweils andere Partei gegen Sicherheitsleistung in Höhe von 110 Prozent des vollstreckbaren Betrages abzuwenden, wenn nicht die die Vollstreckung betreibende Partei zuvor Sicherheitsleistung in Höhe von 110 Prozent des jeweils zu vollstreckenden Betrages leistet.

Die Revision wird zugelassen.

G r ü n d e : 1

I. 2

Die Parteien streiten über die Frage, ob die Klägerin von der Beklagten Nacherfüllung eines Kaufvertrages über einen PKW verlangen kann. 3

Mit Vertrag vom 29.01.2014 kaufte die Klägerin von der Beklagten einen neuen PKW VW A der 1. Generation, der unter Berücksichtigung von Rabatten und Prämien 21.990,00 € kostete (Anlage DB 8; Bl. 318 d. A.). Dieses Fahrzeug ist mit einem Motor EA 189 ausgestattet, in den die von VW als „Umschaltlogik“ bezeichnete Software integriert ist, die dazu führt, dass das Fahrzeug lediglich im Testmodus die gesetzlichen Vorgaben für Abgase erfüllt, nicht aber im Betriebsmodus. Seit 2015 wird von VW nur noch die Folgegeneration hergestellt, die sich in einer Reihe von Punkten von den Modellen der 1. Generation unterscheidet. 4

Mit Schreiben vom 10.10.2017 beanstandete die Klägerin das Fahrzeug unter Hinweis auf die o. a. Software als mangelhaft und verlangte Nachlieferung. Die Beklagte hat diese verweigert und lediglich ein Software-Update angeboten, was die Klägerin wiederum als unzureichend abgelehnt hat. Wegen der weiteren Einzelheiten des Sachvortrags der Parteien in erster 5

Instanz und der gestellten Anträge wird auf das Urteil des Landgerichts Köln vom 22.03.2019 (Bl. 214 ff. d. A.) Bezug genommen.

Das Landgericht hat die Beklagte im Wesentlichen antragsgemäß verurteilt. Es hat sich dabei die vom Bundesgerichtshof mit Hinweisbeschluss vom 08.01.2019 – VIII ZR 225/17 – geäußerten Auffassungen zur Mangelhaftigkeit und zur Möglichkeit der Nacherfüllung mit einem Nachfolgemodell zu eigen gemacht. Wegen der weiteren Einzelheiten der Begründung wird auf diese Entscheidung Bezug genommen. 6

Hiergegen wendet sich die Beklagte mit ihrer form- und fristgerecht eingelegten und begründeten Berufung. Der Tenor des landgerichtlichen Urteils sei schon nicht vollstreckbar, weil das zu leistende Ersatzfahrzeug nicht hinreichend spezifiziert sei. Sie bestreitet weiterhin die Mangelhaftigkeit des Fahrzeugs und vertritt außerdem die Auffassung, aufgrund des zwischenzeitlich erfolgten umfassenden Modellwechsels sei eine Nacherfüllung unmöglich. Diese sei aber auch unverhältnismäßig, denn für das fragliche Fahrzeug stehe seit Ende 2016 ein Software-Update zur Verfügung, durch das eine etwa bestehende Mangelhaftigkeit beseitigt werde. Jedenfalls müsse die Klägerin aber Ersatz für die von ihr gezogenen Nutzungen leisten. Unstreitig wurden bis zur mündlichen Verhandlung vor dem Senat mit dem Fahrzeug 146.901 km zurückgelegt. 7

Die Beklagte beantragt, 8

das Urteil des Landgerichts Köln vom 29.03.2019 aufzuheben und die Klage abzuweisen. 9

Die Klägerin beantragt, 10

die Berufung zurückzuweisen, wobei sie den Klageantrag zu 1) dahin konkretisiert, die Beklagte zu verurteilen, an sie ein neues Fahrzeug VW A aus der aktuellen Produktion der Herstellerin Volkswagen AG mit zumindest folgenden technischen Merkmalen 11

- Motorisierung 1,6 TDI mit mindestens 77 kW (105 PS), 6-Gang, 12 13
- Außenfarbe: Deep Black Perleffekt, 14
- Innenausstattung: Anthrazit/Anthrazit/Schwarz/Perlgrau, 15
- Siebensitzer, 16
- Klimaanalage „Climatronic“, 17
- Navigationsfunktion „RNS 315“ (für „RCD 310“), 18
- „RCD 310“ für Navigationsfunktion, 19
- Navigationsdaten für Westeuropa auf internem Speicher, 20
- „Business Premium“-Paket inkl. Navigation, 21
- Textilfußmatten für alle Sitzreihen, 22
- Dachreling schwarz, 23
- 24

Raucherausführung,

- Gepäckraumabdeckung, 25
- Parkpilot, 26
- 4 Stahlräder 6J x 15, gewichtsoptimiert, 27
- Rollwiderstandsoptimierte Reifen 195/65 R 15, 28
- Kennzeichenbeleuchtung in LED-Technik, 29
- Sitzbezüge in Stoff, 30
- Ablagefach auf der Instrumententafel mit Deckel, 31
- Wärmeschutzverglasung grün, 32
- Berganfahrassistent, 33
- Kombi-Instrument mit elektronischem Tachometer, Kilometer- und Tageskilometerzähler, Drehzahlmesser, 34
- Fußhebelwerk „Standard“, 35
- Elektronisches Stabilisierungsprogramm ESP mit Gegenlenkungsunterstützung inkl. Komfortbremsassistent, ABS, EDS und AS, 36
- Tire Mobility Set: 2-V-Kompressor und Reifendichtmittel, Lenkrad (3 Speichen) 37
- Radvollblenden, 38
- Servolenkung elektromechanisch, geschwindigkeitsabhängig geregelt, 39
- Bordwerkzeug, 40
- Verbandtasche mit Warndreieck, 41
- Scheibenbremsen vorn innen belüftet, 42
- Stoßfänger in Wagenfarbe, 43
- Zweipunkt-Automatiksicherheitsgut für den mittleren Sitz der 2. Sitzreihe, 44
- Kopfstützen vorn höhenverstellbar, 45
- Fahrersitz mit Höheneinstellung, 46
- Ablagefächer in allen Türen (mit Halterung für 1-l-Flaschen), 47
- Dreipunkt-Automatiksicherheitsgurte auf den äußeren Sitzen der 2. Sitzreihe mit Höheneinstellung, 48
- Seitenschutzleisten in schwarz, 49

- Heckklappenentriegelung elektrisch, 50
- Frontscheibe Wärmeschutzglas, 51
- Zentralverriegelung ohne Safe-Sicherung, mit Funkfernbedienung und 2 Funkklappschlüsseln, 52
- Airbag für Fahrer und Beifahrer, mit Beifahrerairbag-Deaktivierung, 53
- Kopfairbagsystem für Front- und Fondspassagiere inkl. Seitenairbags vor (nicht für 3. Sitzreihe), 54
- Handschuhfach abschließbar und beleuchtet, 55
- 3 Einzelsitze in der 2. Sitzreihe, längseinstell-, klapp-, wickel-, querversetzt und herausnehmbar, 56
- Dekoreinlagen „Chrom matt“ für Instrumententafel und Türverkleidung, 57
- Außenspiegel auf Beifahrerseite konvex, 58
- Außenspiegel auf Fahrerseite asphärisch, 59
- Außenspiegelgehäuse in Wagenfarbe und Türgriffe in schwarz, 60
- Handbremshebelgriff in Kunststoff, 61
- Handbremshebelknopf in Chrom, 62
- Außenspiegel elektrisch einstell- und beheizbar, 63
- Wegfahrsperre elektronisch, 64
- Start-Stopp-System mit Bremsenergie-Rückgewinnung, 65
- Ablagefächer in der Dachkonsole, 66
- Instrumentenbeleuchtung weiß, regelbar, rotes Nachdesign für Schalter, 67
- Halogen-Hauptscheinwerfer und Blinkleuchten unter gemeinsamer Klarglasabdeckung, 68
- Tagfahrlicht, 69
- Scheibenwischer vorn mit Intervallschaltung, 70
- 2 Leseleuchten vorn, 71
- Nebelschlussleuchte, 72
- Doppelton-Signalhorn 73

nachzuliefern Zug um Zug gegen Rückübereignung des mangelhaften Fahrzeugs VW A Trendline Bluemotion Technology 1,6 l TDI 77 kW (105 PS), FIN B. 74

75

Sie verteidigt die angefochtene Entscheidung. Insbesondere vertritt sie die Auffassung, dass das Aufspielen des von VW zur Verfügung gestellten Software-Updates als Nachbesserung nicht ausreiche, weil verbreitete und berechtigte Zweifel an der Geeignetheit dieses Updates bestünden. Diese könnten auch nicht ausgeräumt werden, weil die Wirkungsweise des Updates unbekannt sei. Außerdem schulde sie keinen Nutzungsersatz, weil sie Verbraucherin sei.

II. 76

Die zulässige Berufung hat teilweise Erfolg. 77

1. Der von der Beklagten zunächst zu Recht erhobene Einwand gegen die Zulässigkeit der Klage, weil der auf Erfüllung des Nachlieferungsanspruchs gerichtete Klageantrag – und dementsprechend auch der Tenor des landgerichtlichen Urteils – zu unspezifiziert und deshalb nicht vollstreckbar sei, greift nicht mehr. Auf entsprechenden Hinweis des Senats hat die Klägerin ihr Nachlieferungsbegehren in einer Weise konkretisiert, die es dem Gerichtsvollzieher im Rahmen einer etwaigen Zwangsvollstreckung gemäß §§ 883, 884 ZPO erlaubt, festzustellen, ob ein bei der Beklagten vorgefundenes Fahrzeug dem geschuldeten entspricht. 78

Der Umstand, dass in dem Antrag davon die Rede ist, das nachzuliefernde Fahrzeug müsse „zumindest“ über die nachfolgend aufgeführten Ausstattungsmerkmale verfügen, steht der Bestimmtheit des Antrags nicht entgegen. Damit soll lediglich klargestellt werden, dass der Beklagten hinsichtlich sonstiger Ausstattungsmerkmale ein Bestimmungsrecht (§ 315 BGB) überlassen wird. 79

Der in der mündlichen Verhandlung erhobene Einwand, dass das fragliche Fahrzeugmodell mit einzelnen der genannten Ausstattungsmerkmale gar nicht angeboten werde, ist für die Beurteilung der Bestimmtheit des Antrags unerheblich, denn dies ändert nichts daran, dass das zu liefernde Fahrzeug hinreichend spezifiziert beschrieben wird. Bedeutung haben könnte dieser Einwand allenfalls auf der Ebene des materiellen Rechts, wenn nämlich die Beschaffung eines derartigen Fahrzeugs unmöglich oder unverhältnismäßig wäre. 80

2a). Zu Recht und mit zutreffender Begründung ist das Landgericht davon ausgegangen, dass das der Klägerin gelieferte Fahrzeug aufgrund der verwendeten Software mangelhaft i. S. des § 434 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 BGB ist. Dies hat der Bundesgerichtshof in seinem Hinweisbeschluss vom 08.01.2019 (VIII ZR 225/17 – NJW 2019, 1133 Rn. 12 ff.), auf den bereits das Landgericht in seiner Entscheidung Bezug genommen hat, für einen entsprechenden Fall bereits im Einzelnen dargelegt. Der Senat folgt dem. Dies entspricht seiner eigenen Rechtsprechung zur Haftung der Herstellerin, der Volkswagen AG. Dieser liegt die Feststellung zugrunde, dass die Ausstattung des Motors EA 189 mit einer Betriebssteuerungssoftware mit zwei unterschiedlichen Betriebsmodi wegen der daraus resultierenden Rechtsunsicherheit für die Typengenehmigung und die Betriebszulassung einen gravierenden Mangel darstellt (Beschluss vom 03.01.2019 – 18 U 70/18 -, NJW-RR 2019, 984 Rn. 24). 81

b) Der aus der Mangelhaftigkeit des gelieferten Fahrzeugs gemäß § 437 Nr. 1 BGB resultierende Nacherfüllungsanspruch ist auf Nachlieferung gerichtet, weil die insoweit gemäß § 439 Abs. 1 BGB wahlberechtigte Klägerin sich hierfür entschieden hat. 82

aa) Der Anspruch auf Nachlieferung ist nicht deshalb gemäß § 275 Abs. 1 BGB ausgeschlossen, weil eine Nachlieferung nicht mehr möglich wäre. Allerdings kann die 83

Beklagte ein neues Fahrzeug der Spezifikation, zu dessen Lieferung sie sich in dem Kaufvertrag mit der Klägerin verpflichtet hat, nicht mehr beschaffen. Dieses Fahrzeugmodell wird seit 2015 nicht mehr gebaut. Selbst wenn es noch ein bislang nicht gebrauchtes Fahrzeug dieser Modellreihe auf dem Markt gäbe, wäre es nicht (nach-)erfüllungstauglich, weil es aufgrund seiner Standzeit seit der Herstellung kein fabrikneues Fahrzeug mehr wäre.

In dem bereits angesprochenen Hinweisbeschluss hat der BGH jedoch überzeugend dargelegt, dass ein Modellwechsel nicht zwingend zur Unmöglichkeit der Nachlieferung führt (a. a. O., Rn. 28 ff.). Es kommt vielmehr darauf an, ob im Gewährleistungsfall die Lieferung eines Nachfolgemodells aus Sicht der Parteien geeignet sein soll, den Nachlieferungsanspruch zu erfüllen. Beide Parteien können hieran ein Interesse haben, und deshalb wäre es verfehlt, ihnen von Rechts wegen die Möglichkeit der Nacherfüllung zu nehmen, auch wenn sie ein erkennbares Interesse hieran haben. 84

(1) Für die danach maßgebliche Ermittlung des (hypothetischen) Parteiwillens kommt es auf Käuferseite auf die technische Spezifikation des Nachfolgemodells an. Im Hinblick darauf, dass Nachfolgemodelle von Kraftfahrzeugen i. d. R. technisch fortschrittlicher sind, dürfte auf Käuferseite im Regelfall ein Interesse bestehen, ggf. auch ein solches Nachfolgemodell als nacherfüllungstauglich anzunehmen. Es bestehen keine Anhaltspunkte dafür, dass im konkreten Fall etwas anderes gelten würde, es der Klägerin also gerade auf solche Ausstattungsmerkmale des Fahrzeugs angekommen wäre, über die das Nachfolgemodell nicht mehr verfügte. Der Einwand der Beklagten, die Modelle seien auch aus Sicht der Klägerin nicht austauschbar, weil diese ja auch mit der Lieferung eines Vorgängermodells nicht einverstanden gewesen wäre, ist ersichtlich verfehlt. Modelle einer Vorgängergeneration wären schon keine Neufahrzeuge mehr, denn um ein solches handelt es sich nur, wenn sie technisch auf neustem Stand sind und nicht vor mehr als einem Jahr produziert wurden (vgl. Weidenkaff, in Palandt, BGB, 79. Aufl. 2020, § 434 Rn. 75 m. w. N.) 85

(2) Das maßgebliche Auslegungskriterium auf der Verkäuferseite ist der Ersatzbeschaffungsaufwand (a. a. O., Rn. 37). Je höher dieser Aufwand ist, desto geringer wird – auch aus Sicht eines verständigen Käufers – das Interesse des Verkäufers sein, auch mit einem Nachfolgemodell den Nachliefungsanspruch zu erfüllen. Die ratio legis des Vorrangs der Nacherfüllung vor der Rückabwicklung des Kaufvertrages besteht u. a. darin, dem Verkäufer eine letzte Chance einzuräumen, den mit der Rückabwicklung des Vertrages verbundenen wirtschaftlichen Nachteil abzuwenden (a. a. O., Rn. 32). Es ist auch für einen Käufer ersichtlich, dass jedenfalls dann, wenn der mit der Nachlieferung für den Verkäufer verbundene Aufwand (deutlich) über das hinausgeht, was sich an Nachteilen für den Verkäufer im Falle der Rückabwicklung des Vertrages ergeben würde, ein Interesse des Verkäufers, am Vertrag festzuhalten und den Nachlieferungsanspruch ggf. auch mit einem Nachfolgemodell zu erfüllen, nicht mehr besteht. 86

Die in diesem Zusammenhang anzustellenden Fragen, ob bei der Ermittlung des Nacherfüllungsaufwandes neben den Beschaffungskosten auch der Restwert des zurückzugebenden Fahrzeugs, etwaige Nutzungsersatzansprüche sowie etwaige Regressansprüche gegen den Hersteller zu berücksichtigen sind, und wie hoch der Nacherfüllungsaufwand des Verkäufers etwa in Relation zum ursprünglichen Beschaffungsaufwand oder zum erzielten Kaufpreis sein darf, um noch davon ausgehen zu können, dass die Erfüllung des Nachlieferungsanspruchs auch aus Sicht des Verkäufers noch interessengerecht ist, bedarf in diesem Fall keiner Entscheidung. Trotz eines entsprechenden Hinweises des Senats (Beschluss vom 22.10.2019; Bl. 285 ff. d. A.) hat die Beklagte nichts zu dem Nacherfüllungsaufwand vorgetragen. Von daher kann der Senat auch 87

nicht feststellen, dass dieser so hoch ist, dass eine Nacherfüllung mit dem Nachfolgemodell ersichtlich nicht ihren Interessen entspricht.

Die Unmöglichkeit der Nachlieferung folgt auch nicht daraus, dass das von der Klägerin im Berufungsverfahren näher spezifizierte nachzuliefernde Fahrzeug von VW so nicht angeboten wird. Dies soll nach dem Vortrag der Beklagten in der mündlichen Verhandlung z. B. für das Radio und die Reifen gelten. Selbst wenn zutreffen sollte, dass diese Ausstattungsmerkmale nicht zur Serienausstattung von Fahrzeugen dieser Modellreihe gehören, folgt daraus nicht, dass die Beschaffung eines so ausgestatteten Fahrzeugs nicht möglich wäre. Erfahrungsgemäß lassen sich auch Sonderwünsche erfüllen. Etwas anderes gilt nur, wenn dies technisch nicht möglich ist, ohne das Fahrzeug zumindest grundlegend zu verändern. Dafür ergibt sich aus dem Vortrag der Beklagten jedoch nichts. 88

bb) Die Nachlieferung ist auch nicht unverhältnismäßig i. S. des § 439 Abs. 3 BGB a. F. 89

(1) Absolute Unverhältnismäßigkeit, die nach § 439 Abs. 3 S. 3 BGB a. F. zur Verweigerung jeglicher Nacherfüllung berechtigt, kann schon deshalb nicht festgestellt werden, weil die Beklagte nichts zu ihrem Nacherfüllungsaufwand vorgetragen hat. Die daraus folgende Nichtfeststellbarkeit der Unverhältnismäßigkeit geht zu ihren Lasten. Jedenfalls hier wäre zu berücksichtigen, dass ihr Nacherfüllungsaufwand durch den Restwert des zurückzugebenden Fahrzeugs und den in diesem Fall geschuldeten Nutzungsersatz per Saldo deutlich gemindert wird. 90

(2) Die von der Beklagten dagegen vorgetragene relative Unverhältnismäßigkeit der Nachlieferung gegenüber einer Nachbesserung durch Aufspielen des zur Verfügung stehenden Software-Updates kann aus einem anderen Grund nicht festgestellt werden. 91

(a) Vergleicht man die Kosten einer Nachbesserung durch Aufspielen des Software-Updates mit dem – in seinem genauen Umfang allerdings nicht bekannten – Nachlieferungsaufwand, dürfte allerdings eine relative Unverhältnismäßigkeit zu bejahen sein. Die Kosten des Aufspielens der neuen Software bewegen sich allenfalls im niedrigen dreistelligen Bereich. Dieser Betrag dürfte auch nicht deutlich höher ausfallen, wenn man die Kosten der Entwicklung dieser Software hinzunimmt, weil diese auf alle Fahrzeuge, für die sie eingesetzt wird, anteilig umzulegen sind. Angesichts der in die Hunderttausende gehende Zahl der betroffenen Fahrzeuge bleibt deshalb selbst bei Annahme sehr hoher Entwicklungskosten bezogen auf jedes einzelne Fahrzeug nur ein geringer Betrag. 92

(b) Voraussetzung für eine solche Betrachtungsweise wäre allerdings, dass feststünde, dass das Software-Update auch zur Mangelbeseitigung geeignet ist, sodass dem Käufer zugemutet werden kann, sich hierauf einzulassen. Das ist zwischen den Parteien streitig, und dem Senat ist eine entsprechende Feststellung nicht möglich. 93

Allerdings kann angenommen werden, dass der „Primärmangel“ durch das Software-Update“ beseitigt wird. Dieser liegt in der Gefährdung der Betriebserlaubnis durch den Einsatz der Manipulationssoftware. Diese Gefahr besteht nach der Installation des Software-Updates nach derzeitigem Erkenntnisstand nicht mehr. Das Software-Update wird von der Herstellerin auf Veranlassung des Kraftfahrtbundesamtes gemäß § 25 Abs. 2 EG-FGV und nach der Freigabe durch dieses angeboten. Das lässt nur den Schluss zu, dass die betroffenen Fahrzeuge nach dem Aufspielen dieses Updates aus der insoweit maßgeblichen Sicht der zuständigen Behörde regelkonform sind. 94

95

Es kann jedoch nicht ausgeschlossen werden, dass mit dem Software-Update Folgeprobleme verbunden sind, wie sie die Klägerin als jedenfalls derzeit nicht ausschließbar vorgetragen hat. Dieser Vortrag ist zwar sehr allgemein gehalten, genügt in der konkreten Situation aber gleichwohl den Anforderungen. Dem Senat ist aus der Vielzahl der bei ihm geführten Verfahren aus dem Komplex „Diesel-Skandal“ bekannt, dass auch in der Fachöffentlichkeit über noch ungeklärte Folgen des Software-Updates für die Haltbarkeit des Motors und den Verbrauch diskutiert wird. Im Hinblick hierauf und unter Berücksichtigung der nicht bestehenden Möglichkeiten der Klägerin, zur Wirkungsweise der neuen Software und deren Auswirkungen auf Motor und Verbrauch näher vorzutragen, handelt es sich insoweit nicht lediglich um Vortrag „ins Blaue hinein“ (vgl. BGH, Beschluss vom 28.01.2020 – VIII ZR 57/19 -, ZIP 2020, 486 Rn. 7 ff.). Die Beklagte hat zur Wirkungsweise der Software nichts Näheres vorgetragen, sodass es dem Senat auch nicht möglich ist, hierzu Beweis durch Einholung eines Sachverständigengutachtens zu erheben. Dies wäre sinnvoll nur möglich, wenn der Quellcode offengelegt würde, damit ein Sachverständiger diesen und dessen Wirkungsweise untersuchen könnte.

c)aa) Neben der von der Klägerin auch angebotenen Rückübereignung und Herausgabe des gekauften Fahrzeugs schuldet diese auch Wertersatz für die von ihr gezogenen Nutzungen. Dies ergibt sich aus §§ 346 Abs. 1, Abs. 2 Nr. 1 BGB i. V. m. § 439 Abs. 4 a. F. Etwas anderes würde gemäß der nunmehr in § 475 Abs. 3 S. 1 BGB kodifizierten Verbrauchsgüterkaufrichtlinie nur dann gelten, wenn die Klägerin Verbraucherin i. S. des § 13 BGB wäre. Das ist bei ihr als Personenhandelsgesellschaft aber offensichtlich nicht der Fall. 96

bb) Für die konkrete Berechnung der Nutzungsvorteile geht der Senat von folgender Formel aus: 97

Kaufpreis x Fahrleistung des Klägers 98

300.000 km. 99

(1) Ausgangspunkt der Berechnung ist der vom jeweiligen Erwerber tatsächlich erbrachte Kaufpreis. Es besteht keine Veranlassung, von einem niedrigeren Betrag auszugehen, weil das Fahrzeug mit einem Mangel behaftet war. Dieser wirkt sich auf die Möglichkeit, das Fahrzeug seiner Bestimmung gemäß zu nutzen, nicht erkennbar aus. Zudem ist insoweit zu berücksichtigen, dass der Vorteil darin liegt, dass der Käufer die Abnutzung eines anderen, zum gleichen Preis erworbenen, aber mangelfreien Fahrzeugs erspart hat. 100

Der Senat geht davon aus, dass mit Dieselfahrzeugen regelmäßig eine Fahrleistung von 300.000 km erreicht wird, und legt diese seiner Schätzung (§ 287 ZPO) der Nutzungsvorteile zugrunde. Anhaltspunkt hierfür sind die vom Kraftfahrtbundesamt veröffentlichten statistischen Daten. Danach hatten die Kraftfahrzeuge in der Bundesrepublik im Jahre 2019 ein durchschnittliches Alter von 9,5 Jahren, woraus sich schon ergibt, dass ein erheblicher Teil der Fahrzeuge deutlich älter ist. Erst ab einem Fahrzeugalter von 15 Jahren nimmt die Zahl der Kraftfahrzeuge deutlich ab (Internetadresse 1) . Die durchschnittliche Jahresfahrleistung für Personenkraftwagen mit Dieselmotor lag 2018 bei 20.169 km/Jahr (Internetadresse 2)). Bei einer Nutzungsdauer von 15 Jahren und einer durchschnittlichen Jahresfahrleistung von 20.000 km ergibt sich die vom Senat zugrunde gelegte Gesamtnutzung von 300.000 km. 101

(2) Auf der Grundlage der unstreitigen Fahrzeugnutzung ergibt sich nach der oben dargestellten Formel 102

103

21.990 € x 146.901 km

300.000 km 104

ein Nutzungsvorteil in Höhe von 10.767,84 €. 105

d) Der auf Feststellung des Annahmeverzuges gerichtete Antrag ist gerechtfertigt. Der Umstand, dass die Klägerin bis zuletzt keinen Wertersatz für die von ihr gezogenen Nutzungen angeboten hat, ist in dieser Fallkonstellation unerheblich. Ersichtlich geht es ihr bei der Formulierung des Feststellungsantrages darum, von der Beklagten das zu bekommen, was ihr nach der Rechtslage zusteht, und insoweit die Zwangsvollstreckung zu erleichtern (vgl. Grüneberg in: Palandt, 79. Aufl. 2020, § 298 Rn. 2; Niemeyer/König, NJW 2013, 3213, 3215). 106

e) Der Anspruch auf Erstattung vorgerichtlicher Rechtsanwaltskosten besteht dagegen nicht. Diese Kosten sind bereits durch die erstmalige Aufforderung der Beklagten zur Nachlieferung und damit vor Eintritt eines etwaigen Verzugs angefallen. Zudem ist die Aufforderung zur Nachlieferung nicht einmal verzugsbegründend gewesen, weil das nachzuliefernde Fahrzeug erst in der Berufungsinstanz hinreichend spezifiziert worden ist (vgl. Ernst, in MüKoBGB, 8. Aufl. 2019, § 286 Rn. 34). 107

III. 108

Die prozessualen Nebenentscheidungen beruhen auf §§ 92, 708 Nr. 10, 711 ZPO. Angesichts des Umstandes, dass die Beklagte die geschuldete Leistung nur Zug um Zug gegen eine erhebliche Zahlung der Klägerin zu erbringen hat, erscheint dem Senat eine entsprechende Quotelung der Kosten der Berufung angemessen. 109

IV. 110

Die Revision war gemäß § 543 Abs. 2 ZPO zuzulassen, weil die mit der Nachlieferung durch Nachfolgemodelle in Zusammenhang stehenden Fragen bislang höchstrichterlich nicht geklärt sind. 111

V. 112

Der Streitwert für das Berufungsverfahren wird auf 21.990,00 € festgesetzt. 113

Justiz NRW
Rechtsprechungsdatenbank ONLINE