



Kammergericht

Im Namen des Volkes

Geschäftsnummer:
4 U 70/19
22 O 135/17 Landgericht Berlin

verkündet am : 26.09.2019
Knedel
Justizbeschäftigter
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle des
Kammergerichts Berlin

In dem Rechtsstreit

der Volkswagen Automobile Berlin GmbH,
vertreten d. d. Geschäftsführer Andreas Wappler und Henri Strübing,
Oberlandstraße 40-41, 12099 Berlin,

Beklagten, Berufungsklägerin
und Anschlussberufungs-
beklagten,

- Prozessbevollmächtigte:
Rechtsanwälte Frankfurth, Tillack, Hörz,
Neue Kantstraße 14, 14057 Berlin,-

g e g e n

den Herrn Bernd Sommerfeldt,

Kläger, Berufungsbeklagten
und Anschlussberufungskläger,

- Prozessbevollmächtigter:
Rechtsanwalt Thomas Schmidt,
Schillerstraße 4, 14532 Kleinmachnow,-

hat der 4. Zivilsenat des Kammergerichts in Berlin-Schöneberg, Eißholzstraße 30-33, 10781 Berlin, auf die mündliche Verhandlung vom 03.09.2019 durch den Vorsitzenden Richter am Kammergericht Dr. Sprockhoff, die Richterin am Landgericht Dr. Vogel und die Richterin am Kammergericht Jorcke-Kaßner

f ü r R e c h t e r k a n n t :

1. Auf die Berufung der Beklagten wird das am 19. März 2019 verkündete Urteil des Landgerichts Berlin zu 22 O 135/17 unter Zurückweisung der Anschlussberufung des Klägers sowie der weitergehenden - die Nr. 1, 2 sowie 4, 5 und 7 des vorgenannten Urteils betreffende - Berufung der Beklagten dahingehend abgeändert, dass die Verurteilung zu Ziffer 3 unter Abweisung der weitergehenden Klage entfällt.
2. Die Kosten des erstinstanzlichen Verfahrens sowie des Berufungsverfahrens trägt die Beklagte.
3. Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar. Die Beklagte kann die Vollstreckung gegen Sicherheitsleistung in Höhe von 110 % des aus dem Urteil zu vollstreckenden Betrages abwenden, wenn nicht der Kläger vor der Vollstreckung Sicherheit in Höhe von 110 % des jeweils zu vollstreckenden Betrages leistet.
4. Die Revision wird nicht zugelassen.

Gründe:

A.

Der Kläger nimmt die Beklagte, eine Vertragshändlerin der Volkswagen AG, insbesondere auf Ersatzlieferung eines Neufahrzeuges aus der aktuellen Serienproduktion in Anspruch, und zwar Zug um Zug gegen Rückübereignung des ihm nach Abschluss des Kaufvertrages vom 26. Januar 2015 übereigneten und am 31. März 2015 übergebenen Neufahrzeuges (Erstzulassung 11. März 2015).

Der Motor des Fahrzeuges ist werkseitig mit einer Steuerungssoftware ausgestattet, die zu einer Veränderung der Stickoxid-Emissionswerte im behördlichen Prüfverfahren beiträgt und bewirkt, dass auf dem Prüfstand geringere Stickoxid-Werte als im Normalbetrieb ausgestoßen werden.

Die im Zusammenhang mit dem Motor verwendete Software erkennt, ob das Fahrzeug auf einem Prüfstand dem Neuen Europäischen Fahrzyklus (NEFZ) unterzogen wird und schaltet in diesem Fall in den Abgasrückführungsmodus 1, einen stickoxid (NOx)-optimierten Modus. In diesem Modus findet eine Abgasrückführung mit niedrigem Stickoxidausstoß statt. So werden mehr Stickoxide in den Motor zurückgeführt, wo sie erneut am weiteren Verbrennungsvorgang beteiligt werden, bevor sie das Emissionskontrollsystem erreichen. Im normalen Fahrbetrieb außerhalb des Prüfstands schaltet der Motor dagegen in den Abgasrückführungs-Modus 0, bei dem die Abgasrückführungsrate geringer und der Stickoxid-Ausstoß höher ist.

Im September 2015 räumte die Herstellerin öffentlich die Verwendung einer entsprechenden Software ein. Unter dem 15. Oktober 2015 ordnete das Kraftfahrtbundesamt (KBA) den Rückruf von mit dieser Motorsteuerungssoftware ausgestatteten Fahrzeugen an und forderte die Herstellerin dazu auf, die entsprechende Software aus Fahrzeugen mit Motoren des Typs EA 189 zu entfernen und geeignete Maßnahmen zur Wiederherstellung der Vorschriftsmäßigkeit der Fahrzeuge zu ergreifen.

Nachfolgend gab das KBA das für den vom Kläger erworbenen Fahrzeugtyp entwickelte Software-Update frei. Nach dessen Installation sollen die betroffenen Fahrzeuge nur noch in einem adaptierten Modus 1 betrieben werden.

Das Landgericht Berlin hat der Klage weit überwiegend stattgegeben, insbesondere die Beklagte verurteilt, an den Kläger ein fabrikneues typengleiches Fahrzeug mit gleicher oder gleichwertiger – im Tenor näher ausgeführter – Sonderausstattung aus der aktuellen Serienproduktion des Herstellers nachzuliefern, Zug um Zug gegen Rückübernahme des verkauften mangelhaften Fahrzeugs. Das Landgericht hat ferner festgestellt, dass sich die Beklagte mit der Rücknahme des Fahrzeugs in Annahmeverzug befinde, sowie die Beklagte verurteilt, an den Kläger vorgerichtliche Rechtsanwaltskosten in Höhe von 2.077,74 EUR nebst Zinsen zu zahlen. Schließlich hat das Landgericht festgestellt, dass die Beklagte verpflichtet ist, dem Kläger die künftig notwendigen Erhaltungskosten für den im Antrag zu 1 genannten Pkw zu erstatten, und dass sie dem Kläger Schadensersatz zu zahlen hat für künftige weitere Schäden aus der Manipulation des Fahrzeugs. Die weitergehende Klage hat das Landgericht Berlin abgewiesen.

Die angefochtene Entscheidung führt aus, dass dem Kläger gelieferte Fahrzeug weise einen Sachmangel auf, weil das Fahrzeug bei Gefahrübergang werkseitig mit einer Software

ausgestattet gewesen sei, die den Stickoxidausstoß auf dem Prüfstand gegenüber dem normalen Fahrbetrieb reduziert habe. Daher sei das Fahrzeug mit einer unzulässigen Abschaltvorrichtung i.S.d. Art 5 Abs. 2 S. 1 VO 715/2007/EG versehen gewesen, aufgrund derer die Gefahr einer Betriebsuntersagung bestehe. Das Software-Update an dem Fahrzeug des Klägers sei vorliegend nicht durchgeführt worden und wäre dem Kläger ohnehin nicht zumutbar. Letzteres folge zum einen daraus, dass auch in Fachkreisen vielfach die Meinung herrsche, dass die Beseitigung der Software negative Auswirkungen haben würde, sowie zum anderen daraus, dass ein Käufer bei – wie vorliegend – erwiesener Unzuverlässigkeit des Verkäufers von einer weiteren Zusammenarbeit Abstand nehmen dürfe, um sich vor eventuellen neuerlichen Täuschungsversuchen zu schützen. Die Beklagte habe sich auch das Wissen der Volkswagen AG zurechnen zu lassen, zumal diese über den bestehenden Beherrschungs- und Gewinnabführungsvertrag hinaus ihr gegenüber weisungsbefugt sei. Ausgehend von der Rechtsprechung des BGH, Beschluss vom 8. Januar 2019 zu VIII ZR 225/17 (Rn 24ff) ändere auch der Modellwechsel bei VW nichts am Nacherfüllungsanspruch. Der Nacherfüllungsanspruch des Klägers ziehe auch keinen Anspruch der Beklagten auf Nutzungswertersatz nach sich, wie dies im Falle einer Rückabwicklung des Vertrages der Fall sei.

Der Klageantrag zu 2 sei aufgrund des konkreten Angebots des Klägers zur Abholung des Fahrzeugs und die nachfolgende Ablehnung aus §§ 756, 765 ZPO begründet. Der Klageantrag zu 3 sei aus § 281 BGB begründet, wobei von einer Geschäftsgebühr 2,0 auszugehen sei, und zwar ausgehend von einem Gegenstandswert von bis zu 30.000 EUR. Die Anträge zu 4 und 5 seien ebenfalls begründet, weil die konkreten weiteren Erhaltungskosten bzw. Schäden derzeit nicht absehbar seien, wobei sich die Ansprüche auf §§ 293, 304 BGB bzw. §§ 437 Nr. 3, 280 BGB gründeten.

Gegen dieses ihr am 26. März 2019 zugestellte Urteil wendet sich die Beklagte mit ihrer Berufung vom 23. April 2019, Eingang per Fax an diesem Tage.

Die Beklagte rügt, das Landgericht habe der Klage zu Unrecht überwiegend stattgegeben und insbesondere die Zulässigkeit der Feststellungsanträge bejaht. Der Tenor des Urteils über die Nachlieferungsverpflichtung sei nicht vollstreckungsfähig; hierbei sei die Farbe und genaue Motorisierung des Fahrzeugs offen geblieben, bestimmte Ausstattungsmerkmale würden auch nur in Leistungspaketen angeboten. Die Zurechnung einer angenommenen Täuschung der Volkswagen AG sei nicht nachvollziehbar begründet worden. Rechtsfehlerhaft habe das

Landgericht eine Unzumutbarkeit der Nachbesserung angenommen; diese könne insbesondere nicht mit dem Vertrauensverlust der Volkswagen AG oder vagen Befürchtungen zu Folgeproblemen begründet werden. Die Nachlieferung sei vielmehr unmöglich, unverhältnismäßig und entspreche ohnehin nicht dem Parteiwillen. Das Landgericht habe bereits grundlegend verkannt, dass das Fahrzeug mangelfrei sei und keine unzulässige Abschaltvorrichtung vorliege. Zumindest müsse sich der Kläger Nutzungswertersatz für die gezogenen Nutzungen anrechnen lassen. Letztlich habe das Landgericht gewichtigen Sachvortrag der Beklagten übergangen und sei dortigen Beweisantritten bei streitigem Vortrag nicht nachgegangen.

Die Beklagte beantragt,

das am 19. März 2019 verkündete Urteil des Landgerichts Berlin (Az. 22 O 135/17) im Umfang der Beschwer der Beklagten abzuändern und die Klage insgesamt abzuweisen.

Der Kläger beantragt,

die Berufung zurückzuweisen.

Er legt Anschlussberufung (Bl. 13 Band 4 d.A.) mit dem Antrag ein,

die Beklagte zu verurteilen, an die Klagepartei weitere vorgerichtliche Rechtsanwaltskosten in Höhe von 1.182,86 EUR, insgesamt 3.260,60 EUR, nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit 02.12.2017 zu zahlen

und stellt - nach mehrfachen Änderungen betreffend den Hilfs-Antrag zum Antrag zu 1 (wie Bl. 101 und 138f Band 4 d.A.) -

den (neuen) Hilfsantrag zu 1 (Bl. 11 Band 5 d.A.),

die Beklagte zu verurteilen, an die Klägerpartei den Kaufpreis von 27.178,60 EUR und die notwendigen Verwendungen von 1.864,48 EUR (zusammen 29.043,08 EUR) und Rechtshängigkeitszinsen aus 29.043,08 EUR in Höhe von 5%-Punkten über dem

jeweiligen Basiszinssatz seit Rechtshängigkeit Zug-um-Zug gegen Übereignung und Herausgabe des PKW VW Touran Comfortline BlueMotion Technology 1,6l TDI, ~~FIN-WVS XXX XXX W0632X, Erstzulassung 11.09.2015~~ und Zug-um-Zug gegen die klägerische Zahlung einer in das Ermessen des Gerichts gestellten Nutzungsentschädigung für die Nutzung des PKW, zu zahlen.

sowie höchsthilfsweise - für den Fall der Unbegründetheit des erstgenannten Hilfsantrags - den Antrag,

die Beklagte zu verurteilen, an den Kläger einen Wertminderungsbetrag, dessen Höhe in das Ermessen des Gerichts gestellt wird, mind. jedoch 5.000,- EUR, nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz hieraus seit Rechtshängigkeit, zu zahlen.

Der Kläger stützt den Anspruch auf Erstattung vorgerichtlicher Rechtsanwaltskosten auf eine 2,5 Gebühr – anstelle der zugesprochenen 2,0 Gebühr – und zwar (über die landgerichtlichen Wertansätze hinaus) ausgehend vom Fahrzeugwert von 35.859,- EUR zzgl. des Feststellungsinteresses, d.h. letztlich mind. 41.000,- EUR; diese Gebühr beziffert er mit 3.260,60 EUR.

Die Beklagte beantragt (Bl. 96 Band 4 d.A.),

die Anschlussberufung zu verwerfen, hilfsweise zurückzuweisen,

sowie die weitergehenden Klageanträge abzuweisen.

Wegen des weitergehenden Vortrags wird auf die gewechselten Schriftsätze nebst Anlagen verwiesen; der Senat nimmt nach § 540 Abs. 1 Nr. 1 ZPO ergänzend Bezug auf die tatsächlichen Feststellungen des angegriffenen Urteils.

B.

Die Berufung der Beklagten ist nur in geringem Umfang begründet, im Übrigen unbegründet; die Anschlussberufung ist unbegründet.

I.

1. Die nach § 511 Abs. 1 ZPO statthafte Berufung der Beklagten ist zulässig. Sie ist gemäß den §§ 517, 519, 520 ZPO form- und fristgerecht eingelegt und schriftsätzlich begründet worden.

2. Bedenken gegen die Zulässigkeit der fristgerecht erhobenen Anschlussberufung des Klägers ergeben sich ebenso nicht. Der Kläger setzt sich hinreichend mit den für ihn nachteiligen Ausführungen der angefochtenen Entscheidung auseinander.

II.

Die Berufung kann nach § 513 Abs. 1 ZPO ausschließlich darauf gestützt werden, dass das angegriffene Urteil auf einer Rechtsverletzung (§ 546 ZPO) beruht oder die nach § 529 ZPO durch das Berufungsgericht zugrunde zu legenden Tatsachen eine andere Entscheidung als die erstinstanzlich getroffene rechtfertigen.

Ausgehend hiervon erweist sich die sorgfältig begründete angefochtene Entscheidung weit überwiegend als sachlich zutreffend.

1. Anspruch des Klägers auf Nachlieferung eines „gleichartigen“ Fahrzeugs (= Antrag zu 1 = Tenor zu 1)

a) Die Klage ist betreffend des Hauptantrags zulässig, insbesondere geht der Einwand der Beklagten fehl, der klägerische Antrag zu 1 in seiner zuletzt gestellten Fassung sei wegen fehlender Bestimmtheit (§ 253 ZPO) einer Vollstreckung nicht zugänglich und hiernach unzulässig.

(1) Nach § 253 Abs. 2 Nr. 2 ZPO setzt die klageweise Geltendmachung einen „bestimmten Antrag“ voraus. Ein solcher Antrag muss hierbei – wenn er auch der Auslegung zugänglich ist (BGH, Urteil vom 01. Juli 1975 – VI ZR 251/74 = NJW 75, 2014) – eindeutig gefasst sein. Bei der Auslegung ist auch die Klagebegründung heranzuziehen (BGH, Versäumnisurteil vom 16. November 2016 – VIII ZR 297/15 = MDR 2017, 295). Hierbei ist ein Klageantrag im Regelfall hinreichend bestimmt, wenn er den erhobenen Anspruch durch gegenständliche Beschreibung so konkret bezeichnet, dass der Rahmen der gerichtlichen Entscheidungsbefugnis (§ 308 ZPO) klar abgegrenzt ist, Inhalt und Umfang der materiellen

Rechtskraft der begehrten Entscheidung (§ 322 ZPO) erkennbar sind und eine etwaige Zwangsvollstreckung nicht mit einer Fortsetzung des Streits im Vollstreckungsverfahren belastet wird (BGH, Urteil vom 28. November 2002 – I ZR 168/00 –, BGHZ 153, 69f = NJW 2003, 668 zu Tz 46; BGH, Urteil vom 14. Dezember 1998 – II ZR 330/97 = NJW 99, 954; grundlegend Greger in: Zöller, Zivilprozessordnung, 32. Aufl. 2018, § 253 ZPO, Rn. 13).

Ein Antrag auf Vornahme einer Handlung muss folglich den geschuldeten Handlungserfolg so genau wie möglich bezeichnen (vgl. zum Herausgabeverlangen: BGH, Urteil vom 28. November 2002 – I ZR 168/00 = BGHZ 153, 69 = NJW 2003, 668), wobei bei einer Herausgabevollstreckung auch eine pauschale Bezugnahme auf beigefügte Listen o.ä., aus denen die streitbefangenen Gegenstände erst herauszusuchen sind, unzulässig ist (vgl. Greger in: Zöller, Zivilprozessordnung, 32. Aufl. 2018, § 253 ZPO, Rn. 13c).

(2) Ausgehend hiervon greifen die Bedenken der Beklagten nicht durch.

Die von ihr herangezogene obergerichtliche Rechtsprechung berücksichtigt die – zeitlich erst im Nachgang erfolgten – Klarstellungen des Bundesgerichtshofs (BGH, Urteil vom 08. Januar 2019 zu VIII ZR 225/17) nicht. Dieser hat für den Fall des **Nachlieferungsbegehrens eines Kraftfahrzeugs** ausgeführt (a.a.O. zu Tz. 39-41), dass **keine „zu strengen Anforderungen an die Bestimmtheit des Klagebegehrens gemäß § 253 Abs. 2 Nr. 2 ZPO gestellt und (die) Entscheidungsbefugnis (§ 308 Abs. 1 ZPO) (nicht) in unzulässiger Weise verengt“** werden dürfe, weil die klägerische Zielrichtung jeweils **„unter Berücksichtigung der Klagebegründung auszulegen“** sei und das Prozessrecht **„das materielle Recht verwirklichen und nicht dessen Durchsetzung vermeidbar verhindern“** solle.

Dem von der Beklagten in Bezug genommenen Hinweisbeschluss des erkennenden Senats im Verfahren 4 U 11/17 ist zwar zu entnehmen, dass die dortigen Formulierungen für die Annahme hinreichender Bestimmtheit nicht ausreichen. Der dortige Wortlaut der Antragsfassung war jedoch ausweislich des Beschlussinhalts mit dem hiesigen nicht vergleichbar, so dass die dortige Annahme des Senats, die nur „allgemein umrissene“ Formulierung lasse die notwendigen technischen Eigenschaften und Ausstattungsmerkmale nicht hinreichend erkennen, keinen Schluss auf die Bewertung im vorliegenden Fall rechtfertigt.

Schließlich hat die Berufungsbegründung nicht in den Blick genommen, dass der Urteilsausspruch der angefochtenen Entscheidung **„auf die beigefügte Bestellung vom**

26.1.2015", die Bestandteil des Urteils geworden war, verwiesen hat. Die Beklagte rügt nicht, dass die von ihr selbst vorgefertigte entsprechende Bestellung unklar sein könnte, so dass offenbleiben kann, ob ein solcher Einwand rechtsmissbräuchlich (§ 242 BGB) wäre.

Auf den Umstand, dass die Beklagte üblicherweise das Produktangebot zu besonders ausgestatteten „Paketen“ zusammenführt, zu denen sich die Antragsfassung nicht verhalte, kann sich die Beklagte nicht berufen. Es ist ihr aus Rechtsgründen bei einem verkauften mangelhaften Produkt verwehrt, die Gewährleistungsrechte des Käufers unter Hinweis auf derartige „Praktikabilitätserwägungen“ zu beschränken.

Soweit die Beklagte anmerkt, dass bestimmte weitere denkbare Individualisierungselemente – wie die Farbe bzw. die präzise Motorisierung – des einer etwaigen Vollstreckung unterfallenden Fahrzeugs nicht benannt sind, stünde dies einer Vollstreckung ebensowenig entgegen wie einer freiwilligen Erfüllung durch die Beklagte. Im Falle eines berechtigten Nachlieferungsbegehrens obliegt es zudem zuvorderst dem Schuldner – hier der Beklagten – sicherzustellen, dass die (nach-)gelieferte Sache den vertraglichen Erfordernissen Rechnung trägt.

b) Die Klage ist insoweit auch begründet.

aa) Der Anspruch auf Nachlieferung ist nicht deswegen ausgeschlossen, weil der Kaufvertrag aufgrund der klägerseits erklärten Anfechtung nichtig ist (§§ 123 Abs. 1, 142 Abs. 1 BGB).

(1) Die Erklärung auf S. 45 der Klageschrift

„Der Kläger hat somit auch das Recht zur Anfechtung des Kaufvertrages wegen arglistiger Täuschung, § 123 BGB. Vorsorglich – zur Fristwahrung – erklärt der Kläger hiermit auch hilfsweise die Anfechtung des Kaufvertrags“

ist zwar fristgerecht (§ 124 BGB) binnen Jahresfrist erfolgt, erweist sich jedoch bei verständiger Auslegung im Ergebnis nicht als (wirksame) Anfechtungserklärung (§§ 123, 142 Abs. 1 BGB).

(2) Welche Rechte der Getäuschte geltend machen will, ist stets eine Frage der Auslegung der Erklärung (§§ 133, 157 BGB) sowie der Umstände des Einzelfalls, wobei im Einzelfall auch eine Umdeutung (§ 140 BGB) in Betracht zu ziehen ist (BeckOnline-GK, Gsell/ Krüger/Lorenz/Reymann, Stand: 01.06.2019, BGB, § 123, Rn. 127; krit. zur Umdeutung MünchKomm.BGB/Westermann, 8. Auflage 2018, § 158, Rn. 37).

Hierbei ist anerkannt, dass Gewährleistungsrechte und Anfechtungsrechte in der Praxis nicht selten auch „kombiniert“ geltend gemacht werden (vgl. BGH, Urteil vom 15. April 2015 zu VIII ZR 80/14 = NJW 2015, 1669 zu Tz. 17) und somit eine solche „Kombination“ nicht durchweg unstatthaft ist.

(3) Die **Anfechtungserklärung** ist jedoch wegen unklarer Fassung zumindest widersprüchlich und – in der hier gewählten Form – auch wegen Verknüpfung mit einer unwirksamen Bedingung („bedingte Anfechtung“) **unwirksam** und unbeachtlich. Der Kläger hat den Sinn und Zweck seiner Anfechtungserklärung auch im Termin nicht näher erläutert und hat zum beabsichtigten Erklärungsinhalt der inhaltsarmen o.g. Formulierung der Klageschrift keine erläuternden Ausführungen gemacht.

3.1

Die Anfechtungserklärung hat Gestaltungscharakter und ist daher **bedingungsfeindlich** (vgl. BGH, Urteil vom 15. Mai 1968 - VIII ZR 29/66, NJW 1968, 2990; MünchKomm.BGB/Mayer-Maly/Busche, 4. Auflage, § 143 Rd. 5 m.w.N.). Als solche „bedingte Anfechtung“ bezeichnet die Rechtsprechung des BGH (wie vor) eine Anfechtungserklärung, die „*von einem zukünftigen, ungewissen Ereignis abhängig gemacht*“ wird (BGH, Urteil vom 28. September 2006 – I ZR 198/03 bei Juris zu Tz. 17; BGH, Urteil vom 15. Mai 1968 zu VIII ZR 29/66 = NJW 1968, 2990 bei Juris zu Tz. 80; zustimmend Palandt-Ellenberger, 78. Auflage, BGB, vor § 158, Rn. 13 m.w.N.).

Eine in der Rechtsprechung – je nach den Umständen des Einzelfalls – für zulässig erachtete Eventualanfechtung liegt hingegen vor, wenn die Wirkung der Anfechtungserklärung nicht von einem zukünftigen, ungewissen Ereignis abhängig gemacht werden (bedingte Anfechtung), sondern sich aus der künftigen Klarstellung eines im Zeitpunkt der Anfechtungserklärung objektiv bereits bestehenden, für die Beteiligten aber ungewissen Rechtszustands ergeben soll (BGH, Urteil vom 28. September 2006 – I ZR 198/03 –, Rn. 17, juris; BGH, Urteil vom 15. Mai 1968 zu VIII ZR 29/66 = NJW 1968, 2990 bei Juris zu Tz. 80 m.w.N.).

3.2

Ein solcher Fall einer zulässigen Eventualanfechtung ist vorliegend jedoch nicht gegeben. Insbesondere stellt der Kläger nicht auf einen „objektiv bereits bestehenden ... Rechtszustand“ ab, sondern gibt seine Erklärung – ersichtlich bewusst – in der Unsicherheit über die jeweilige Rechtslage und Bewertung des Rechtszustandes ab.

Hier ist auch nicht davon auszugehen, dass der Kläger die Anfechtung – gestuft – nur für den Fall einer ihm ungünstigen Entscheidung über das gewählte (Gewährleistungs-) Recht zur Entscheidung vorträgt. Der Kläger hat dies bereits nicht vorgetragen; die mehrfache nachgelagerte Antragsänderung – die der Senat zu Gunsten des Klägers ergänzend in den Blick genommen hat – spricht eher dagegen. Der Kläger wollte vielmehr bei Bedenken gegen seinen ursprünglichen Antrag eigenständig neu vortragen und nicht die Anfechtung als zentrale Begründung ausführen.

3.3

Die Parteien sind diesem Verständnis der Auslegung der klägerischen Erklärungen im Verhandlungstermin vor dem Senat nicht weiter entgegen getreten.

(4) Letztlich hat die Beklagte die landgerichtliche Annahme eines wirksamen Vertragsschlusses auch nicht zum Gegenstand eines Berufungsangriffs gemacht.

(5) Ausgehend hiervon kann offenbleiben, ob dem Kläger auch ein Anfechtungsgrund (§ 123 Abs. 1 und 2 BGB) dahingehend zustand, dass sich die Beklagte die Täuschung durch die Volkswagen AG – insbesondere wegen ihrer qualifiziert beherrschenden Gesellschafterstellung – aufgrund der konkreten Umstände des Einzelfalls zurechnen lassen muss.

bb) Dem Kläger steht der begehrte Nachlieferungsanspruch vielmehr nach §§ 437 Nr. 1, 434 Abs. 1, 439 Abs. 1 BGB zu.

(1) Das gelieferte Fahrzeug weist einen **Sachmangel** auf.

1.1

Gemäß § 434 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 BGB ist eine Sache nur dann frei von Sachmängeln, wenn sie sich für die gewöhnliche Verwendung eignet und eine Beschaffenheit aufweist, die bei Sachen der gleichen Art üblich ist und die der Käufer nach der Art der Sache erwarten kann. Hiervon ausgehend liegt ein Sachmangel zum einen bereits in der geringeren Werthaltigkeit des Fahrzeuges aufgrund der Verwicklung in die Geschehnisse um Dieselfahrzeuge des betroffenen Herstellers (vgl. zum merkantilen Minderwert bspw. BGH, Urteil vom 12. März 2008 – VIII ZR 253/05, NJW 2008, 1517).

Das Fahrzeug war von Beginn an in seiner Nutzbarkeit eingeschränkt. Die **Abschalteinrichtung war nach Art. 5 Abs. 2 Satz 1 VO (EG) Nr. 715/2007 unzulässig** (BGH, Beschluss vom 8. Januar 2019 – VIII ZR 225/17, MDR 2019, 416, Rn. 6-16, ebenso OLG Koblenz, Urteil vom 12. Juni 2019 – 5 U 1318/18, WM 2019, 1229, Rn. 26-34). Infolge der Abschalteinrichtung war der ungestörte Betrieb des Fahrzeugs im öffentlichen Straßenverkehr bei Gefahrübergang nicht gewährleistet (BGH aaO. Rn. 17-22; ebenso Witt, Der Dieselskandal und seine kauf- und deliktsrechtlichen Folgen, NJW 2017, 3681, 3682).

1.2

Selbst wenn man eine objektive Wertminderung des erworbenen KFZ als nicht gegeben oder als nicht belegt ansähe, hätte bei Gefahrübergang ein Sachmangel vorgelegen, der nicht beseitigt ist.

Denn ein Fahrzeug ist nicht frei von Sachmängeln, wenn bei Übergabe an den Käufer eine – den Stickoxidausstoß auf dem Prüfstand gegenüber dem normalen Fahrbetrieb reduzierende – Abschalteinrichtung im Sinne von Art. 3 Nr. 10 VO 715/2007/EG installiert ist, die gemäß Art. 5 Abs. 2 Satz 1 VO 715/2007/EG unzulässig ist. Dies hat zur Folge, dass dem Fahrzeug die Eignung für die gewöhnliche Verwendung im Sinne von § 434 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 BGB fehlt, weil die Gefahr einer Betriebsuntersagung durch die für die Zulassung zum Straßenverkehr zuständige Behörde (§ 5 Abs. 1 Fahrzeug-Zulassungsverordnung - FZV) besteht und somit bei Gefahrübergang der weitere (ungestörte) Betrieb des Fahrzeugs im öffentlichen Straßenverkehr nicht gewährleistet ist (vgl. BGH, Beschluss vom 8. Januar 2019 – VIII ZR 225/17, NJW 2019, 1133).

(2) Die Beklagte kann sich nicht auf eine **abweichende Ausübung des klägerischen Gewährleistungswahlrechts** berufen.

2.1

Ausweislich der von der Beklagten selbst in Bezug genommenen Rechtsprechung (OLG Hamm, Urteil vom 21. Juli 2016 zu 28 U 175/15 = NJW-RR 2017, 47 bei Juris zu Tz. 46-47) ist der Käufer grundsätzlich an seine Wahl des konkreten Gewährleistungsrechts gebunden, wenn der Verkäufer in der gewählten Form nacherfüllt oder den Käufer in Bezug auf diese gewählte Form in Annahmeverzug setzt. Beides ist vorliegend jedoch nicht der Fall. Die (angenommene) Nacherfüllung in Form des Updates ist – wie die Beklagte (erst) in der Berufungsbegründung unstreitig gestellt hat - nicht erfolgt. Ein entsprechender Annahmeverzug scheitert an der Unzumutbarkeit des Updates für den Kläger.

Der Kläger war schon insoweit nicht an seine ursprüngliche Wahl gebunden, als das Nachbesserungsverlangen nach der Konzeption des Gesetzes – anders als bei der Ausübung des Rücktrittsrechts oder der Minderung – nicht als (bindende) Gestaltungserklärung ausgeformt ist (BGH, Urteil vom 24. Oktober 2018 zu VIII ZR 66/17 = NJW 2019, 292 bei Juris zu Tz. 43 m.w.N.). Dass der Kläger vorliegend mit Rücksicht auf Treu und Glauben (§ 242 BGB) gehindert wäre, von einem Nachbesserungsverlangen Abstand zu nehmen und Ersatzlieferung zu verlangen (BGH, wie vor, zu Tz. 47-48), legt die Beklagte auch mit Blick auf die (noch darzustellende) Unzumutbarkeit des Updates nicht dar.

2.2

Ausgehend hiervon erweist sich die **Geltendmachung des Nachlieferungsverlangens** als rechtmäßig.

Das mit der Berufungsbegründung hierzu vorgelegte Schreiben des Prozessbevollmächtigten des Klägers vom 29. März 2017 (Bl. 68 Band 4 d.A.) richtet sich ungeachtet der auch an die Beklagte erfolgten Adressierung an die Volkswagen AG als Herstellerin und betrifft nach dem Wortlaut „Gewährleistungsansprüche aus der VW-Herstellergarantie“.

Der Kläger kann schon insoweit nicht an einem (etwaigen) Nachbesserungsverlangen festgehalten werden, als sich dies von Seiten der Beklagten in einem Software-Update erschöpft, welches sich – wie noch auszuführen sein wird – als unzumutbar erweist.

Soweit das ursprüngliche klägerische Nachbesserungsersuchen ausweislich seines Inhalts (dort S. 3) ausdrücklich (nur) auf eine **Hardware-Nachbesserung** gerichtet war, hat die Beklagte durch die Zurückweisung und das nachfolgende prozessuale Agieren (auch) ein solches zurückgewiesen.

(3) Der klägerische Nachlieferungsanspruch richtet sich auf das im Hauptantrag des Klägers konkret bezeichnete Fahrzeug aus der neuen Modellreihe.

3.1

Der BGH (Beschluss vom 08. Januar 2019 – VIII ZR 225/17 = NJW 2019, 1133 –, Rn. 30 - 36, juris) hat sich zur Frage der etwaigen Unmöglichkeit der Nachlieferung und Auslegung des Vertragsinhalts wie folgt erklärt:

„Ob eine Ersatzlieferung in Betracht kommt, ist nach dem durch Auslegung zu ermittelnden Willen der Vertragsparteien bei Vertragsschluss zu beurteilen (§§ 133, 157 BGB; Senatsurteil vom 7. Juni 2006 - VIII ZR 209/05, BGHZ 168, 64 Rn. 23). [...] Im Ausgangspunkt dürfte dabei zu berücksichtigen sein, dass es sich beim Kauf eines Neufahrzeugs zwar regelmäßig - ohne anderslautende Vereinbarung der Vertragsparteien - um eine Gattungsschuld (§ 243 Abs. 1 BGB) handelt (BGH, Urteil vom 17. Oktober 2018 - VIII ZR 212/17, NJW 2019, 80 Rn. 20). Bei der [...] Frage, ob die vom Käufer nach Maßgabe des § 439 Abs. 1 Alt. 2 BGB begehrte Ersatzlieferung unmöglich ist, dürfte aber die Unterscheidung zwischen Stückkauf und Gattungskauf nicht maßgeblich sein, denn im Rahmen der Nacherfüllung hat der Gesetzgeber des am 1. Januar 2002 in Kraft getretenen Gesetzes zur Modernisierung des Schuldrechts vom 26. November 2001 (Schuldrechtsmodernisierungsgesetz, BGBl. I S. 3138) diese Unterscheidung ausdrücklich als verzichtbar angesehen (BT-Drucks. 14/6040, S. 230 [zu § 439 BGB]; siehe auch S. 94). Demgemäß ist nach dem Wortlaut des § 439 BGB weder hinsichtlich der Nachbesserung noch hinsichtlich der Ersatzlieferung maßgebend, ob ein Stückkauf oder ein Gattungskauf vorliegt (BGH, Urteil vom 7. Juni 2006 - VIII ZR 209/05, aaO Rn. 20). Vielmehr dürfte bei der vom Schuldner vertraglich übernommenen Beschaffungspflicht anzusetzen sein (vgl. BT-Drucks. 14/6040, S. 132; BGH, Urteil vom 17. Oktober 2018 - VIII ZR 212/17, aaO), deren Inhalt und Reichweite durch interessengerechte Auslegung des Kaufvertrags zu bestimmen ist (§§ 133, 157 BGB).

Bei der Bestimmung des Inhalts und der Reichweite der vertraglichen Beschaffungspflicht des Verkäufers dürfte zunächst dem aus den Gesetzesmaterialien hervorgehenden Vorrang des Anspruchs auf Nacherfüllung Rechnung zu tragen sein, der den §§ 437 ff. BGB zugrunde liegt und der einerseits dem Käufer das gewähren will, was dieser vertraglich zu beanspruchen hat, und andererseits dem Verkäufer eine letzte Chance einräumen will, den mit der Rückabwicklung des Vertrags verbundenen wirtschaftlichen Nachteil abzuwenden (vgl. BT-Drucks. 14/6040, S. 93 ff., 220 f., 230; BGH, Urteile vom 23. Februar 2005 - VIII ZR 100/04, BGHZ 162, 219, 226 f.; vom 7. Juni 2006 - VIII ZR 209/05, aaO Rn. 19). [...]

Weiter ist zu berücksichtigen, dass die Pflicht des Verkäufers zur Ersatzbeschaffung nach § 439 Abs. 1 Alt. 2 BGB gleichartige und gleichwertige Sachen erfasst, denn der Anspruch des Käufers auf Ersatzlieferung richtet sich darauf, dass anstelle der ursprünglich gelieferten mangelhaften Kaufsache nunmehr eine mangelfreie, im Übrigen aber gleichartige und - funktionell sowie vertragsmäßig - gleichwertige Sache zu liefern ist (vgl. BGH, Urteile vom

7. Juni 2006 - VIII ZR 209/05, aaO Rn. 17 f., 23; vom 15. Juli 2008 - VIII ZR 211/07, BGHZ 177, 224 Rn. 18; vom 17. Oktober 2012 - VIII ZR 226/11, BGHZ 195, 135 Rn. 24; vom 24. Oktober 2018 - VIII ZR 66/17, aaO Rn. 41). Die Ersatzbeschaffung ist damit nicht darauf beschränkt, eine mangelfreie, im Übrigen aber mit dem Kaufgegenstand identische Sache zu liefern.

Für die Frage, ob ein Mangel durch eine gleichartige und gleichwertige Ersatzleistung behoben werden kann, dürfte es somit darauf ankommen, ob die Vertragsbeteiligten die konkrete Leistung nach dem Vertragszweck und ihrem erkennbaren Willen als austauschbar angesehen haben (BGH, Urteil vom 21. November 2017 - X ZR 111/16, NJW 2018, 789 Rn. 8, unter Hinweis auf das Urteil vom 7. Juni 2006 - VIII ZR 209/05, aaO).

Dabei dürfte zu beachten sein, dass beim Kauf eines Neufahrzeugs mit der Produktion und dem Markteintritt eines Nachfolgemodells typischerweise zu rechnen ist. Den Parteien, namentlich dem Fahrzeughändler, ist bei Abschluss des Kaufvertrags in der Regel bewusst, dass der Fahrzeughersteller nach gewisser Zeit einen Modellwechsel vornehmen kann und das bisherige Modell nicht mehr produziert. Am Markt tritt das Nachfolgemodell an die Stelle des nicht mehr aktuellen Vorgängermodells. Nachfolgemodelle sind dabei in der Regel in mancher Hinsicht fortentwickelt, sei es durch die Klassifikation nach neuen europäischen Abgasnormen und Änderungen der Motortechnik, durch Fortschritte bei Sicherheits- und Assistenzsystemen und entsprechenden umfangreichem Einsatz von Steuerungssoftware, durch Änderung bei Abmessungen, Gewicht, Kraftstoffverbrauch und Formensprache oder etwa durch vermehrten Komfort. Auf diese Weise ersetzt das Nachfolgemodell am Markt seinen Vorgänger und tritt an dessen Stelle.

Diese Gesichtspunkte dürften auch bei der Beurteilung der Austauschbarkeit der Leistung nach einem Modellwechsel Gewicht erlangen. Ein mehr oder weniger großer Änderungsumfang dürfte für die Interessenlage der Vertragsparteien, insbesondere des Verkäufers, in der Regel ohne Belang sein, zumal der Fahrzeughersteller technische oder andere Änderungen auch ohne äußerlich erkennbaren Modellwechsel vornehmen kann. Auch die in der Instanzrechtsprechung teilweise für maßgeblich erachtete Unterscheidung zwischen einem "facelift" und einem Modellwechsel (siehe etwa OLG Jena, aaO S. 572), dürfte insoweit nicht entscheidend sein. Vielmehr steht für den mit einem Anspruch des Käufers auf Ersatzlieferung konfrontierten Verkäufer eines Neuwagens nach einem Modellwechsel - sofern ein Neufahrzeug der nicht mehr aktuellen Modellreihe nicht mehr zu beschaffen ist - im Mittelpunkt,

welche Ersatzbeschaffungskosten er für das Nachfolgemodell aufwenden müsste. Die Interessenlage des Verkäufers dürfte in dieser Lage nicht wesentlich anders zu beurteilen sein, als sei das zur Zeit des Abschlusses des Kaufvertrages produzierte Modell noch lieferbar.“

3.2

Ausgehend von dieser Rechtsprechung, der der Senat beitrifft, gilt Folgendes:

Das Landgericht Berlin durfte entgegen der Annahme in der Berufungsbegründung (dort S. 7-8, Bl. 31f Band 4 d.A.) den Parteiwillen dahingehend auslegen, dass sich dieser für den Fall des Modellwechsels auf das Folgemodell erstreckt.

Die Annahme, die schlichte Behauptung des Gegenteils durch die Beklagte würde das Landgericht (oder den Senat) anhalten, die dortige – lebensnahe – Bewertung grundlegend in Frage zu stellen, ergänzend mit Hinweisen zu unterlegen oder gar mit förmlicher Beweisaufnahme aufzuklären, geht fehl.

Die von der Beklagten aufgezeigten Unterschiede in den Produktparametern rechtfertigen auch im Lichte der Berufungsbegründung nicht die Annahme, es fehle an einer „gleichwertigen Sache“ i.S.d. Rechtsprechung des BGH (Beschluss vom 08. Januar 2019 zu VIII ZR 225/17), auf die sich das Nachlieferungsverlangen erstrecken könne.

Soweit die Beklagte u.a. auf S. 28ff der Berufungsbegründung (Bl. 52ff Band 4 d.A.) technische und sonstige Unterschiede zwischen dem verkauften und dem klageweise begehrten Modell aufzeigt, stellt der dortige „mehr oder weniger große Änderungsumfang“ (BGH a.a.O.) die „Austauschbarkeit“ nicht in Frage. Die Ausführungen der Beklagten lassen erkennen, dass das begehrte Fahrzeug der neuen Modellreihe mit einem Euro 6 (statt Euro 5)-Motor ausgestattet ist, der (anders als bisher) einen AdBlue-Tank enthält, bei der gebotenen Gesamtschau keine - im Sinne der vorgenannten BGH-Rechtsprechung - besonders gelagerten Produktparameter aufweist, die vom Parteiwillen nicht gedeckt wären. Das neue Fahrzeug hat weniger Kw mehr Leistung (85 statt 77), eine leicht erhöhte Höchstgeschwindigkeit (190 statt 186 Km/h), sowie geringfügig abweichende Außenmaße (Länge 4,53m statt 4,40m).

Auch die visuelle Verdeutlichung der beiden Fahrzeuge wie auf S. 49 des Schriftsatzes der Beklagten vom 16. Juli 2018 (Bl. 49 Band 3 d.A.) bestätigt die Bewertung des Senats.

Anhaltspunkte dahingehend, der (hypothetische) Wille des Klägers beim Vertragsschluss würde sich für den Fall eines Modellwechsels i.w.S. nicht auf das (verbesserte) Nachfolgemodell beziehen, bestehen nicht und sind auch von der Beklagten nicht konkret vorgetragen.

Gleiches gilt für einen entsprechenden Willen der Beklagten, die sich – wie gerichtsbekannt ist, worauf der Senat unwidersprochen im Termin Bezug genommen hat, – in den Geschäftsbedingungen einen Verweis auf Modellneuerungen/Änderungen vorbehält. Zudem ist es der Beklagten aus Rechtsgründen verwehrt, im Falle mangelhafter Leistung die etwaige Nachlieferung auf eine Modellart zu beschränken, die zu liefern sie nicht (mehr) in der Lage ist. Die Beklagte verweist selbst auf die von ihr grundsätzlich – wenngleich vorliegend bestritten – verwendeten AGB; der Hinweis, Abschnitt IV Ziffer 6/7 der Neuwagen-AGB gewähre keinen Rechtsanspruch auf ein Fahrzeug mit den neuesten Änderungen (Nachfolgemodell), betrifft (nur) den Fall einer weiterhin möglichen Lieferung des ursprünglichen Modells. Eine solche Konstellation ist im Streitfall nicht gegeben. Soweit die Beklagte andeuten will, sie habe auch für den Fall mangelhafter Lieferung eines Fahrzeugs durch AGB die Erstreckung des Nachlieferungsanspruchs auf das Nachfolgemodell grundsätzlich ausgeschlossen, widerspräche eine solche Regelung in den AGB den o.g. wesentlichen Grundgedanken der gesetzlichen Regelung, weshalb diese Klausel nach § 307 Abs. 1 und 2 BGB wegen unangemessener Benachteiligung des Kunden unwirksam wäre.

Soweit die Nacherfüllung – worauf die Beklagte auf S. 30 der Berufungsbegründung (Bl. 54 Band 4 d.A.) verweist – in diesem Falle (vermeintlich) weiter reiche als der ursprüngliche Anspruch, beruht dies wegen der Mangelhaftigkeit des gelieferten Fahrzeugs und der Umstellung der Modellreihe nicht auf Umständen aus der Sphäre des Klägers.

(4) Der Einwand der Beklagten betreffend die mögliche Unverhältnismäßigkeit der Kosten (§ 439 Abs. 4 BGB) greift vorliegend nicht durch.

4.1

Im Anschluss an die Rechtsprechung des BGH (Beschluss vom 08. Januar 2019 – VIII ZR 225/17 = NJW 2019, 1133 –, Rn. 37, juris), der der Senat auch insoweit folgt, ist die maßgebliche Rechtsfrage diejenige, ob die „Kosten der Ersatzbeschaffung“ sich als „im Einzelfall unverhältnismäßig“ und mithin als „Beschaffungshindernis“ erweisen. Dies ist nicht als Fall der Unmöglichkeit (§ 275 Abs. 1 BGB), sondern unter Berücksichtigung des § 439 Abs. 4 BGB zu beantworten.

4.2

Die Beklagte hat die für die Annahme einer Unverhältnismäßigkeit notwendigen tatsächlichen Umstände nicht zur Überzeugung des Senats belegt (§ 286 Abs. 1 ZPO).

Ausweislich der Berufungsbegründung vom 26. Juni 2019, dort S. 24 (Bl. 48 Band 4 d.A., im Anschluss an die Klageerwiderung, dort S. 60, Bl. 60 Band 2 d.A.), sollen die Kosten für die „Beschaffung eines vergleichbaren Neufahrzeuges“, die der Kläger in der Berufungserwiderung vom 24. Juli 2019, dort S. 9 (Bl. 109 Band 4 d.A.) bestritten hat, 26.000,- EUR betragen; der zu erwartende Erlös für das Altfahrzeug belaufe sich auf 16.500,- EUR (27.178,60 EUR Kaufpreis abzüglich 10.678,60 EUR Wertverlust).

Die Beklagte hat im Termin klargestellt, dass die Wertansetzungen als eigene sachkundige Schätzungen verstanden werden mögen, wobei die Beklagte betreffend der 26.000,- EUR als Netto-Einkaufspreis von einer Mangelfreiheit des gelieferten Fahrzeugs auch ohne Software-Update ausgehe. Sie hat hierbei jedoch zu den tatsächlichen Kosten der Ersatzbeschaffung dahingehend keine Angaben machen wollen, als die Beklagte als Verkäuferin das mangelhafte Fahrzeug von der Herstellerin gekauft hatte, so dass ihr grundsätzlich mit Blick auf §§ 445a, 478 BGB Rückgriffsansprüche gegen diese zustehen dürften. Der vage Einwand, auch diese Ansprüche unterlägen der gesonderten Verjährung, vermag die Rechtsposition der Beklagten nicht zu stützen. Schließlich ist die Beklagte dem – gerichtsbekanntem und im Termin offengelegten – Umstand, dass die Beklagte (als weisungsgebundene „Enkelgesellschaft“) mit der Herstellerin (als Obergesellschaft) durch einen Beherrschungs- und Gewinnabführungsvertrag verbunden sei, so dass der Beklagten insoweit keine (zumindest keine „unverhältnismäßigen“ i.S.d. § 439 Abs. 4 BGB) Kosten entstehen könnten, nicht konkret entgegengetreten und hat sie die entsprechende Konzernverbundenheit nicht in Abrede gestellt. Anhaltspunkte dafür, die Beklagte hätte im Termin hierzu nicht näher vortragen können, ergaben sich nicht und wurden nicht konkret dargetan.

Bei dieser Sachlage war auch den angebotenen (pauschalen) Beweisanträgen nicht nachzugehen, weil der Sachvortrag der Beklagten eine Unverhältnismäßigkeit nicht darzutun vermag. Insbesondere hat sie auf Nachfrage des Senats nicht behaupten wollen, dass sie auch bei Annahme einer Mangelhaftigkeit des gelieferten Fahrzeugs – wovon der Senat abweichend von der Beklagten ausgeht – mit Kosten in der Größenordnung von 26.000,- EUR dauerhaft zum eigenen Nachteil, d.h. ohne gegenläufige werthaltige Erstattungs- oder Freistellungsansprüche, belastet würde. Soweit die Beklagte im Termin angemerkt hat, ein

Regressanspruch gegen die Herstellerin sei nicht vorgetragen worden, ist dies mit Blick auf S. 9 des klägerischen Schriftsatzes vom 24. Juli 2019 (Bl. 101ff Band 4 d.A.) unzutreffend.

4.3

Auf den näher ausgeführten „Kostenvergleich“ aus Sicht der Beklagten mit Blick auf die mit dem Update verbundenen Kosten einerseits und die Kosten der Rücknahme und Verwertung des Fahrzeugs andererseits kann sich die Beklagte ohnehin nicht stützen, weil ein solcher nur dann in Betracht käme, wenn neben der Nachlieferung auch die Nachbesserung – vorliegend durch das Update – eine gleichwertige oder zumindest zumutbare Umsetzung der klägerischen Rechte sicherstellen würde.

Dies ist jedoch wegen der Unzumutbarkeit des Software-Updates nicht der Fall. Eine andere Form der Nachbesserung – insbesondere ein Hardware-Update – hat die Beklagte nicht angeboten.

4.4

Der Umstand, dass der Kläger in seinem Sachvortrag des Öfteren die Unternehmen „VW“ und „Skoda“ verwechselt, ist vorliegend nicht von Bedeutung, weil die Zielrichtung des klägerischen Vortrags dem Senat (und der Beklagten) erkennbar ist.

(5) Die Beklagte kann den Kläger schließlich nicht mit Erfolg auf die bloße Durchführung des Software-Updates verweisen, weil dem Kläger bei der gebotenen Gesamtschau vorliegend die Hinnahme einer derartigen Maßnahme unzumutbar ist.

5.1

Ob die vom Käufer gewählte Art der Nacherfüllung im maßgeblichen Zeitpunkt des Nacherfüllungsverlangens im Vergleich zu der anderen Variante wegen der damit verbundenen Aufwendungen für den Verkäufer unverhältnismäßige Kosten verursacht und diesen deshalb unangemessen belastet, entzieht sich einer verallgemeinerungsfähigen Betrachtung und ist aufgrund einer umfassenden Interessenabwägung und Würdigung aller maßgeblichen Umstände des Einzelfalls und unter Berücksichtigung der in § 439 Abs. 3 BGB a.F. genannten Kriterien festzustellen; hierbei kann nicht allein auf das jeweilige Kostenverhältnis abgestellt werden, sondern ist auch die Bedeutung des Mangels in den Blick zu nehmen (BGH, Urteil vom 24. Oktober 2018 zu VIII ZR 66/17 = NJW 2019, 292 bei Juris zu Tz. 59, 62, 64 und 72).

5.2

Die Unzumutbarkeit beruht zum einen auf dem Umstand, dass die technische Eignung des Updates nicht ohne weiteres sicher feststeht.

In Fachkreisen herrscht - was zwischen den Parteien im Termin nicht im Streit war - eine durchaus verbreitete Meinung, dass die Beseitigung der Manipulations-Software negative Auswirkungen auf die übrigen Emissionswerte, den Kraftstoffverbrauch, den Verschleiß des Motors und die Motorleistung haben würde (vgl. LG Krefeld, Urteil vom 14. September 2016 – 2 O 83/16; LG Berlin, Urteil vom 19. März 2019 – 22 O 135/17, Seite 12 des Umdrucks).

Ob diese Auffassung technisch zutreffend ist, bleibt für die Zumutbarkeit dabei im Ergebnis unerheblich, so dass dem gegenteiligen Beweisantritt der Beklagten auch nicht nachzugehen war. Zwischen den Parteien ist – wie der Termin bestätigt hat – gleichsam unstrittig, dass die Mangelbeseitigung durch das Update auch zwischen Fachleuten umstritten ist und sich auch nach dem Update weiterhin Mängel zeigen, bei denen die Vertragsparteien über die Zuordnung zum Update streiten. Dies allein genügt bei der gebotenen Gesamtschau vorliegend.

Wenn es durch den reinen Verzicht auf die unzulässigen Abschaltvorgänge (nichts Anderes leistet das Software-Update) möglich gewesen wäre, nachteilsfrei in jeder Hinsicht gedeihliche Verhältnisse zu erreichen, hätte der Hersteller dies seinerzeit tun können. Er hat es nicht getan und ist damit ein existenzbedrohendes Risiko für den Fall der Entdeckung eingegangen. Dass allein das Software-Update alle Probleme löse, ist weder dargetan noch ersichtlich; allein schon die verbleibenden (nicht grundsätzlich fernliegenden) Zweifel rechtfertigen die Zurückweisung durch den Käufer.

Die Herstellerin des Motors räumt aktuell - was im Termin nicht in Abrede gestellt wurde - das Aufkommen von zumindest gelegentlichen Unzulänglichkeiten im Zusammenhang mit den Software-Updates ein, wenn sie - wenngleich eine andere Motorvariante der Herstellerin betreffend - darauf verweist, Ende 2018 sei rein vorsorglich entschieden worden, die laufende Umsetzung eines Updates (bei 1,2l-Motoren) vorläufig auszusetzen, da bei internen Qualitätskontrollen Fragen aufgetaucht seien, die analysiert würden, wobei die Klärung mit dem KBA und dessen endgültige Entscheidung noch ausstehe. Auch dort hatte die Herstellerin des Motors jedoch ursprünglich das Update als mangelfrei und für den Kunden unbedenklich bezeichnet.

5.3

Ferner folgt die Unzumutbarkeit der Verweisung des Käufers auf das bloße Software-Update aus der sittenwidrigen Täuschung durch die (konzernverbundene) Herstellerin.

Die vorsätzliche Täuschung durch die Volkswagen AG als Herstellerin muss sich die Beklagte zumindest insoweit vorliegend entgegenhalten lassen, als die angebotene Nachbesserungsmaßnahme gerade durch diese und das von dieser entwickelte Softwareupdate erfolgen soll.

5.3.1

Eine Partei muss sich nach der Rechtsprechung des BGH nicht am Vertrag festhalten lassen, wenn der Vertragspartner bei der Abwicklung des Vertrages durch schuldhaftes Verhalten eine solche Unsicherheit in das Vertragsverhältnis hineinbringt, dass dem vertragstreuen Teil die Aufrechterhaltung des Vertrages nicht mehr zugemutet werden kann, namentlich wenn dieses Verhalten eine zur Unzumutbarkeit der Vertragsfortsetzung führende geschäftliche Unzuverlässigkeit des Vertragspartners erkennen lässt.

Ein derart vertragsgefährdendes Verhalten kann sich auch aus einer Verletzung vertraglicher Nebenpflichten wie Auskunfts- und Anzeigepflichten oder sonstigen Mitwirkungspflichten ergeben. Insbesondere in Fällen, in denen der Verkäufer den Käufer bei Vertragsschluss über die Beschaffenheit des Kaufgegenstandes getäuscht hat, nimmt der BGH regelmäßig ein berechtigtes Interesse des Käufers an, von einer weiteren Zusammenarbeit mit dem Verkäufer Abstand zu nehmen, um sich vor eventuellen neuerlichen Täuschungsversuchen zu schützen, und versagt dem Verkäufer deshalb gemäß §§ 440, 281 Abs. 2, 323 Abs. 2 BGB eine Fortsetzung der Vertragsbeziehungen durch Nachbesserung zugunsten eines sofortigen Schadensersatz- oder Rücktrittsrechts des Käufers (vgl. BGH, Urteil vom 10. März 2010 – VIII ZR 182/08, MDR 2010, 795, Rn. 19 nach juris; BGH, Urteil vom 20. Mai 2009 – VIII ZR 247/06, MDR 2009, 996 Rn. 17 nach juris; BGH, Urteil vom 9. Januar 2008 – VIII ZR 210/06, MDR 2008, 436, Rn. 19 nach juris; BGH, Beschluss vom 8. Dezember 2006 – V ZR 249/05, MDR 2007, 644, Rn. 15).

Ein Hersteller, der ein Kraftfahrzeug in Verkehr bringt, gibt konkludent die Erklärung ab, dass der Einsatz des Fahrzeugs entsprechend seinem Verwendungszweck im Straßenverkehr uneingeschränkt zulässig ist. Der Hersteller bringt insoweit zum Ausdruck, dass das Fahrzeug entsprechend seinem objektiven Verwendungszweck nicht nur im Straßenverkehr eingesetzt

werden kann, sondern auch eingesetzt werden darf, d.h. über eine uneingeschränkte Betriebserlaubnis verfügt, deren Fortbestand nicht aufgrund bereits bei Auslieferung des Fahrzeugs dem Hersteller bekannter konstruktiver Eigenschaften gefährdet ist. Das setzt voraus, dass nicht nur die erforderlichen Zulassungs- und Genehmigungsverfahren formal erfolgreich durchlaufen wurden, sondern auch, dass die für den Fahrzeugtyp erforderliche EG-Typengenehmigung nicht durch eine Täuschung des zuständigen Kraftfahrtbundesamts erschlichen worden ist und das Fahrzeug den für deren Erhalt und Fortdauer einzuhaltenden Vorschriften tatsächlich entspricht (vgl. OLG Koblenz, Urteil vom 12. Juni 2019 – 5 U 1318/18, WM 2019, 1229, Rn. 25). Weil der Inverkehrgabe der dargestellte positive Erklärungswert zukommt, wird mit der Anknüpfung an das Inverkehrbringen auch nicht etwa auf eine Täuschung durch Unterlassen – Nichtaufklären über die eingesetzte Software – abgestellt (vgl. OLG Karlsruhe, Beschluss vom 5. März 2019 – 13 U 142/18, DAR 2019, 266, Rn. 14; OLG Köln, Beschluss vom 1. Juli 2019 – 27 U 7/19, Rn. 4 nach juris).

Die seitens der Herstellerin abgegebene Erklärung war unrichtig. Denn die Abschaltvorrichtung ist nach Art. 5 Abs. 2 Satz 1 der Verordnung (EG) Nr. 715/2007 unzulässig (vgl. BGH, Beschluss vom 8. Januar 2019 – VIII ZR 225/17, NJW 2019, 1133, Rn. 6-16, ebenso OLG Koblenz, Urteil vom 12. Juni 2019 – 5 U 1318/18, WM 2019, 1229, Rn. 26-34).

Insbesondere handelt es sich nicht um eine rein innermotorische Maßnahme, weil Funktionen im Emissionskontrollsystem durch den Einsatz der Software verändert werden und der Stickoxidausstoß geringer ist als im normalen Fahrbetrieb (vgl. OLG Koblenz, Urteil vom 12. Juni 2019 – 5 U 1318/18, WM 2019, 1229, Rn. 35-37).

Die Händlerin kann sich nicht darauf berufen, auf die Grenzwerte im tatsächlichen Fahrbetrieb komme es gar nicht an, da sich der Gesetzgeber dafür entschieden habe, die Grenzwerte unter Laborbedingungen zu erheben (vgl. OLG Koblenz, Urteil vom 12. Juni 2019 – 5 U 1318/18, WM 2019, 1229, Rn. 38-40). Tatsächlich mag damit eine Abweichung wegen schlecht gewählter Laborbedingungen unerheblich sein, aber nicht, wenn ausdrücklich Realität und Testbetrieb voneinander getrennt werden sollen. Ob die Bevölkerung wusste, dass tatsächliche Verbräuche und CO₂-Ausstöße von der Norm-Angabe nach NEFZ deutlich abweichen (so offenbar OLG Düsseldorf, Hinweisbeschluss vom 5. Februar 2016 – I-22 U 147/15), ist in diesem Zusammenhang (Belastung mit Stickoxiden) angesichts eines bewusst manipulativen Eingriffs von keiner erkennbaren Bedeutung. Im Verhältnis zur Herstellerin wäre dem Käufer die Durchführung des Software-Updates daher nicht zuzumuten.

5.3.2

Diese Erwägungen gelten im Verhältnis zur vorliegend beklagten Händlerin entsprechend, obwohl es nicht die Händlerin war, welche den Käufer getäuscht hat. Entscheidend ist, dass die Händlerin von dem Käufer die Installation einer von der Herstellerin erstellten Software verlangt, während es just diese Herstellerin war, welche den Käufer arglistig über die Abwesenheit von nach Art. 5 Abs. 2 Satz 1 VO (EG) Nr. 715/2007 unzulässigen Abschaltvorrichtungen getäuscht hatte. Nachdem die Händlerin ein eigenes Software-Update nicht anbieten kann und auch keine sonstige (zumutbare) Nachbesserung angeboten hat, kann der Käufer als vertragstreuer Teil nicht auf diese Nachbesserungsvariante verwiesen werden. Hinzu kommt, dass auch das KBA das Software-Update zwar freigegeben, sich aber bei der Beurteilung der fraudulösen Original-Software wie auch des Software-Updates auf Erklärungen der Herstellerin verlassen und keine umfassenden eigenen Untersuchungen angestellt hat. Auch die hiesige Beklagte als Händlerin kann gar nicht prüfen, ob denn das Software-Update überhaupt geeignet ist und nicht die in Fachkreisen diskutierten negativen Auswirkungen auf die übrigen Emissionswerte, den Kraftstoffverbrauch, den Verschleiß des Motors und die Motorleistung haben würde (vgl. LG Krefeld, Urteil vom 14. September 2016 – 2 O 83/16; LG Berlin, Urteil vom 19. März 2019 – 22 O 135/17, Seite 12 des Umdrucks). Es kommt daher nicht darauf an, dass die Händlerin ihrerseits dem Konzern der Herstellerin angehören müsste (so aber LG Berlin, Urteil vom 19. März 2019 – 22 O 135/17, Seite 12f des Umdrucks, zur Beherrschung der dortigen Händlerin durch die Herstellerin).

5.3.3

Die Beklagte kann sich insoweit auch nicht mit Erfolg darauf berufen, die Unzumutbarkeit des Updates scheide vorliegend aus dem Grund aus, dass der Kläger durch sein Nachlieferungsverlangen zu erkennen gebe, dass er weiterhin Vertrauen in die Beklagte und den VW-Konzern habe.

Zwischen den Parteien steht – anders als bezüglich des gelieferten Fahrzeugs – außer Streit, dass das zur Nachlieferung verlangte Fahrzeug der neuen Produktreihe keine Mängel aufweist, insbesondere sich auch keine Abschaltautomatik in der Motorsteuerungssoftware findet. Insoweit verhält sich der Kläger mit seinem Nachlieferungsbegehren auch nicht widersprüchlich, wenn er die Unzumutbarkeit der anderen Nachbesserungsvariante mit software-spezifischen Zweifeln begründet.

Die Beklagte kann sich ohne inneren argumentativen Widerspruch auch nicht mit Erfolg darauf berufen, die fehlende Zuverlässigkeit des arglistig täuschenden Vertragspartners (bzw.

vorliegend des konzernverbundenen Herstellers) sei gleichsam „endlos“. Vielmehr entspricht es in einer solchen Geschehensvariante durchaus der Lebenswirklichkeit, dass ein Kunde zwar in ein bestimmtes Modell bzw. Fahrzeug und dortige für ihn zweifelhafte Software-Änderungen - deren Details die Herstellerin nicht offen legt und über deren Wirksamkeit zwischen Fachleuten Streit herrscht - kein Vertrauen setzt, andererseits jedoch bei einer Neuentwicklung (Nachfolgemodell) keinen Zweifel an der Verlässlichkeit der Herstellerin und Mangelfreiheit des von ihr entwickelten (anderen) Produkts hat. In diesem Sinne versteht der Senat die Bekundung des „berechtigten Misstrauens gegenüber VW“ in der Klageschrift (dort S. 2). Auch die Beklagte trägt aus Sicht des Senats nicht vor, dieses Vertrauen sei angesichts der vorhergehenden Geschehnisse nicht berechtigt.

5.4

Die Unzumutbarkeit wird ferner nicht dadurch in Frage gestellt, dass die Volkswagen AG die Entwicklung und Implementierung der neuen Software mit dem Kraftfahrtbundesamt abgestimmt und dieses die Ordnungsmäßigkeit bestätigt habe.

Zwar hat das KBA im Jahre 2016 die **Freigabe des Software-Patches** erklärt und aus Sicht der Beklagten und der Herstellerin bestätigt, mit dem Aufspielen des Software-Updates sei der Mangel an den Fahrzeugen beseitigt (vgl. Witt NJW 2017, 3681). Letztlich hat das KBA - wie der mit der Klageerwiderung (dort S. 17, Bl. 17 Band 2 d.A.) vorgetragene Inhalt des entsprechenden Schreibens belegt - nur bestätigt, dass „*keine unzulässige Abschaltautomatik festgestellt*“ worden sei. Eine solche hatte das KBA (unstreitig) vor Aufdeckung der Motormanipulation jedoch zunächst auch nicht festgestellt.

Hinzu kommt, dass auch das KBA - wie im Termin unwidersprochen erörtert - das Software-Update zwar freigegeben, sich aber bei der Beurteilung der fraudulösen Original-Software wie auch des Software-Updates auf Erklärungen der Herstellerin verlassen und keine umfassenden eigenen Untersuchungen angestellt hat. Auch die hiesige Beklagte kann bei verständiger Würdigung ihres Vortrags gar nicht prüfen, ob denn das Software-Update überhaupt geeignet ist und nicht die in Fachkreisen diskutierten negativen Auswirkungen auf die übrigen Emissionswerte, den Kraftstoffverbrauch, den Verschleiß des Motors und die Motorleistung haben würde (vgl. LG Krefeld, Urteil vom 14. September 2016 – 2 O 83/16; LG Berlin, Urteil vom 19. März 2019 – 22 O 135/17, Seite 12 des Umdrucks).

(6) Der klägerische Anspruch besteht bei dem vorliegend geltend gemachten Anspruch auf Nachlieferung anders als im Fall des Rücktritts vom Vertrag – entgegen der Auffassung der Beklagten – nicht Zug-um-Zug gegen Leistung einer Nutzungswertentschädigung.

6.1

Der EuGH (Urteil vom 17. April 2008 zu C-404/06 = NJW 2008, 1433 bei Juris zu Tz. 34, 40-43) hat insoweit auf Vorlage des BGH bereits frühzeitig klargestellt, dass aus europarechtlichen Erwägungen *„jede finanzielle Forderung des Verkäufers im Rahmen der Erfüllung seiner Verpflichtung zur Herstellung des vertragsmäßigen Zustands des Verbrauchsguts, auf das sich der Vertrag bezieht, ausgeschlossen ist“* (EuGH a.a.O. zu Tz. 34); hierbei sei dem Verkäufer die Annahme einer *„ungerechtfertigten Bereicherung“* des Käufers aus Rechtsgründen verwehrt (a.a.O. Tz. 40).

Klarstellend heißt es in Tz. 41 wie folgt:

„Wenn der Verkäufer ein vertragswidriges Verbrauchsgut liefert, erfüllt er die Verpflichtung, die er im Kaufvertrag eingegangen ist, nicht ordnungsgemäß und muss daher die Folgen dieser Schlechterfüllung tragen. Der Verbraucher, der seinerseits den Kaufpreis gezahlt und damit seine vertragliche Verpflichtung ordnungsgemäß erfüllt hat, wird durch die Erlangung eines neuen Verbrauchsguts als Ersatz für das vertragswidrige Verbrauchsgut nicht ungerechtfertigt bereichert. Er erhält lediglich verspätet ein den Vertragsbestimmungen entsprechendes Verbrauchsgut, wie er es bereits zu Beginn hätte erhalten müssen.“

Vielmehr sei es nicht

„gestattet, vom Verbraucher Wertersatz für die Nutzung des vertragswidrigen Verbrauchsguts bis zu dessen Austausch durch ein neues Verbrauchsgut zu verlangen.“

Die Verweisung des Verkäufers auf die Einwendung der Unverhältnismäßigkeit und eine etwaige Verjährung würden den Verkäuferinteressen ausreichend Rechnung tragen.

6.2

Diese rechtlichen Wertungen hat sich der BGH nachfolgend (BGH, Urteil vom 26. November 2008 zu VIII ZR 200/05 = NJW 2009, 427 bei Juris zu Tz. 17 und 26; anders bei Rücktritt oder Vertragsauflösung in Abgrenzung zum EuGH durch BGH, Urteil vom 16. September 2009 zu VIII ZR 243/08 = NJW 2010, 148 bei Juris zu Tz. 14-15) zu eigen

gemacht und hält hieran weiterhin fest (vgl. zuletzt BGH, Urteil vom 24. Oktober 2018 zu VIII ZR 66/17 = NJW 2019, 292 bei Juris zu Tz. 51: „Auch wenn bei der Nacherfüllung keine Wertersatzpflicht des Käufers für eine durch bestimmungsgemäße Ingebrauchnahme entstandene Verschlechterung besteht ... und bei einem ... Verbrauchsgüterkauf auch keine Wertersatzpflicht des Käufers für Nutzungen besteht“).

Die beklagenseits (Bl. 84 Band 3 d.A.) angenommene Ausnahme für den Fall eines „sicheren und fahrbereiten Fahrzeugs“ besteht zur Überzeugung des Senats nicht. Auch die bisher vorliegende Rechtsprechung des EuGH und des BGH legt ihrer Wertung keine Gefährlichkeit oder fehlende allgemeine Nutzbarkeit der gelieferten Ware zugrunde, sondern knüpft (allein) an die Mangelhaftigkeit der Ware an.

Der Senat vermag dem geltenden Recht bei der vorliegenden Konstellation ohne gesetzgeberische Neuregelung unter Beachtung europarechtlicher Vorgaben keinen Rechtssatz zu entnehmen, wonach bei Kraftfahrzeugen wegen der dortigen (vermeintlich besonders intensiven) Wertminderung durch zeitlich fortschreitende Nutzung eine abweichende Bewertung gerechtfertigt wäre. Aus Sicht des Senats finden sich diverse „Warenarten/Produkte“, bei denen zumeist eine rasche Wertminderung eintritt (z.B. im IT-Bereich oder bei verderblicher Ware), ebenso wie es diverse „Warenarten/Produkte“ gibt, bei denen vielfach das Gegenteil anzunehmen ist (z.B. bestimmte Haushaltsgegenstände, wie Gemälde, Vasen o.ä.). Ohnehin sind stets die Umstände des Einzelfalls in den Blick zu nehmen; hierbei ist zu berücksichtigen, dass mit dem Verkauf das grundsätzlich freie Nutzungsrecht auf den Käufer übergeht, der mithin – vor Entdeckung des Mangels und Geltendmachung von Gewährleistungsrechten – nicht von Gesetz wegen zu einer besonders pfleglichen Nutzung angehalten ist.

Zudem erweist sich die Nicht-Aannahme eines Nutzungswertersatzes zwar als für die Beklagte wirtschaftlich nachteilig; zumindest die Wertminderung durch Fortnutzung zeitlich nach Ablehnung des Nachlieferungsgesuchs beruht allein auf der (insoweit unberechtigten) grundlegenden Zurückweisung des klägerischen Nachlieferungsverlangens.

Da der klägerische Hauptantrag zu 1 begründet ist, war über die **Hilfsanträge** mangels Bedingungsseintritt nicht mehr zu befinden.

2. Anspruch des Klägers auf Feststellung des Annahmeverzugs (= Antrag zu 2 = Tenor zu 2)

Die gegen die landgerichtlich ausgesprochene Feststellung des Annahmeverzugs gerichtete Berufung der Beklagten ist unbegründet. Die Beklagte befindet sich mit der Rücknahme des Fahrzeugs in Annahmeverzug (vgl. §§ 293, 304 BGB).

a) Die Klage ist zulässig. Das Feststellungsbegehren betreffend den Annahmeverzug ist wegen der damit verbundenen Vorteile gemäß § 256 ZPO i.V.m. § 756 Abs. 1 ZPO zulässig, sofern in der Hauptsache – wie vorliegend – auf eine Zug-um-Zug-Verurteilung zu erkennen ist.

b) Das klägerische Feststellungsbegehren ist auch begründet.

(1) Annahmeverzug tritt ein, wenn der Gläubiger die ihm angebotene Leistung nicht annimmt (§ 293 BGB). Dabei muss die Leistung dem Gläubiger so, wie sie zu bewirken ist, tatsächlich angeboten werden (§ 294 BGB). Ein wörtliches Angebot des Schuldners genügt, wenn der Gläubiger ihm erklärt hat, dass er die Leistung nicht annehmen werde (§ 295 BGB).

Das wörtliche Angebot liegt spätestens in der auf Zug-um-Zug-Leistung gerichteten Klageerhebung (vgl. BGH, Urteil vom 15. November 1996 – V ZR 292/95, MDR 1997, 226, Rn. 11 nach juris).

Das mit einer Zuvielforderung verknüpfte Angebot stellt allerdings ein Minus gegenüber einem Angebot dar, bei dem die Leistung an die Erfüllung der berechtigten Forderung geknüpft ist (Niemeyer/König, Annahmeverzug durch überhöhte Klage Zug um Zug, NJW 2013, 3213, 3215). Wenn neben dem Angebot ein ausdrückliches Gegenleistungsverlangen erhoben wird, muss dieses zutreffend und darf nicht überhöht sein.

Folgerichtig muss auch die Rückgewähr der Gegenleistung vollständig angeboten werden, um die Folgen des § 293 BGB auszulösen. Es genügt daher nicht, nur das Angebot abzugeben, die empfangene Leistung zurückgeben zu wollen, vielmehr muss auch die Herausgabe gezogener Nutzungen bzw. Wertersatz mitangeboten werden (vgl. KG, Urteil vom 6. Oktober 2016 – 8 U 228/15, juris-Rn. 103-110; OLG Frankfurt, Urteil vom 27. April 2016 – 23 U 50/15, Rn. 77), sofern solche geschuldet sind.

(2) Ausgehend hiervon befindet sich die Beklagte gemäß § 293 BGB im Annahmeverzug.

Die Berufungsbegründung der Beklagten beschränkt sich auf die – objektiv unrichtige – Annahme eines unwirksamen Angebots des Klägers im Rahmen des „Rückgewährschuldverhältnisses“ (Bl. 62 Band 4 d.A.) sowie die – ebenso unzutreffende – Annahme der ursprünglichen Lieferung eines mangelfreien Fahrzeugs.

Die Beklagte wendet sich hierbei nicht gegen die unwidersprochene landgerichtliche Feststellung (LGU S. 17) eines – von der Beklagten abgelehnten – „konkreten Angebots“ des Klägers, wie im Schriftsatz des Klägers vom 21. November 2017, dort S. 14 (Bl. 165 Rückseite Band 2 d.A.), ausgeführt.

Der Kläger hat durch anwaltlichen Schriftsatz vom 29. März 2017 (Bl. 140 Band 3 d.A.), spätestens aber mit Klageerhebung sowie nachfolgender Antragskonkretisierung, die Rückgabe des Fahrzeugs als Gegenleistung angeboten; einer Bereitschaft zur Erstattung von Nutzungswertersatz bedurfte es aus Rechtsgründen hierbei - wie ausgeführt - nicht.

Dieses Angebot hat die Beklagte - zumal unter objektiv unzutreffendem Hinweis auf ein angeblich bereits durchgeführtes Software-Update - mit Schreiben vom 06. April 2017 (Bl. 141 Band 3 d.A.) zurückgewiesen.

3. Anspruch des Klägers auf Zahlung vorgerichtlicher Rechtsanwaltskosten in Höhe von 3.037,48 EUR nebst Rechtshängigkeitszinsen (= Antrag zu 3 = Tenor zu 3)

a) Die Berufung der Beklagten hat insoweit Erfolg und die Anschlussberufung des Klägers ist unbegründet, weil dem Kläger der geltend gemachte Anspruch nicht zusteht.

(1) Vorgerichtliche Rechtsanwaltskosten sind zwar Bestandteil eines nach §§ 826, 249ff BGB durch den Schädiger zu erstattenden Schadens.

Nach ständiger Rechtsprechung des BGH hat der Schädiger hierbei aber nicht schlechthin alle durch das Schadensereignis adäquat verursachten Rechtsanwaltskosten zu ersetzen, sondern nur solche, die aus Sicht des Geschädigten zur Wahrnehmung seiner Rechte erforderlich und zweckmäßig waren (vgl. BGH, Urteil vom 17. September 2015 – IX ZR 280/14, MDR 2015, 1408, mwN. in Rn. 8). Der für die in Nr. 2300 VV RVG geregelte einheitliche Geschäftsgebühr

vorgesehene Gebührenrahmen von 0,5 bis 2,5 soll das Betreiben des Geschäfts einschließlich der Information und der Teilnahme an Besprechungen sowie das Mitwirken bei der Gestaltung eines Vertrags abgelten und dadurch die außergerichtliche Erledigung einer Angelegenheit fördern (BT-Drucks. 15/1971 S. 207). Die Beauftragung eines Rechtsanwalts zur außergerichtlichen Vertretung im Sinne der Nr. 2300 VV RVG soll schnelle und einverständliche Regelungen ohne Einschaltung der Gerichte ermöglichen. Sie ist daher zweckmäßig, wenn der Versuch einer außergerichtlichen Beilegung nicht schon von vornherein ausscheidet. Damit ist die Beauftragung zur außergerichtlichen Vertretung aus der maßgeblichen ex ante-Sicht einer vernünftigen, wirtschaftlich denkenden Person regelmäßig auch erforderlich, weil der Gläubiger bei Auftragserteilung nicht absehen kann, wie sich der Schuldner verhalten wird (vgl. BGH, aaO., Rn. 16-17).

(2) Ein solcher Anspruch aus §§ 826, 249 BGB steht dem Kläger gegen die Beklagte, die nicht Herstellerin, sondern (nur) Verkäuferin des Fahrzeugs war, nicht zu. Abweichendes macht auch der Kläger nicht konkret geltend, zumal die Klageschrift (dort S. 43) die Täuschung durch die Herstellerin betont.

2.1

Der klägerische Anspruch ergibt sich nicht aus § 281 BGB, weil nicht Schadensersatz statt der Leistung verlangt wird, sondern zunächst aus § 280 BGB.

Mit Blick auf § 433 Abs. 1 S. 2 BGB kann die Lieferung einer mangelhaften Sache zwar eine Pflichtverletzung des Verkäufers darstellen, die – soweit verschuldet – einen Schadensersatzanspruch begründen kann. Verschulden ist hierbei anzunehmen, wenn der Verkäufer Hersteller der Ware oder der Hersteller sein Erfüllungsgehilfe ist oder er den Mangel kennt oder kennen muss und er den Mangel weder beseitigt noch offenbart (Palandt-Grüneberg, BGB, 2019, § 280, RN 19 m.w.N.). Nach § 280 Abs. 1 S. 2 BGB obliegt der Nachweis fehlenden Verschuldens grundsätzlich der Beklagten.

2.2

Vorliegend ist die Beklagte unstreitig weder Herstellerin noch diese ihr Erfüllungsgehilfe. Gegenteiliges hat auch der Kläger nicht dargetan. Vielmehr hat die Beklagte für den Zeitpunkt der Beauftragung des Rechtsanwalts zumindest den ihr obliegenden Nachweis fehlenden Verschuldens (§ 280 Abs. 1 S. 2 BGB) geführt.

Der Kläger kann sich auch nicht auf eine Wissenszurechnung Dritter berufen. Kenntnis oder fahrlässige Unkenntnis von Organen der Beklagten oder deren Mitarbeitern sind nicht belegt. Einen „Wissensvorsprung“ der Beklagten legt der Kläger hierbei nicht nachvollziehbar dar.

Die Beklagte hat zur Überzeugung des Senats vielmehr belegt, dass sie den Mangel beim Vertragsschluss bzw. bei Übergabe weder kannte noch kennen musste; auch der Kläger beruft sich – wie die Klarstellung im Termin bestätigt hat – auf ein komplexes Verschleierungssystem der Herstellerin ohne Einbindung der Beklagten, durch welches er sich geschädigt sieht.

b) Ferner kommt ein Anspruch auf Erstattung der geltend gemachten Kosten auch nicht unter dem Gesichtspunkt des Schuldnerverzuges in Betracht (§ 286 Abs. 1 BGB), weil sich die Beklagte auch nach klägerischem Vortrag zum Zeitpunkt der anwaltlichen Beauftragung noch nicht im Verzug befunden hat.

Der Senat hat im Termin im Rahmen der Erörterung die entsprechenden Zweifel an der Erstattungsfähigkeit dieses klägerischen Teilanspruchs betont. Hierzu hat der Kläger nicht ergänzend ausgeführt.

Bei dieser Sachlage kommt dem Umstand, dass die Ausführungen des Klägers auf S. 84 des Schriftsatzes vom 21. November 2017 (Bl. 200RS Band 2 d.A.) - der sich ohnehin fortlaufend auf „Skoda“-Fahrzeuge bezieht - der vorliegende Fall sei der *„erste Anspruch dieser besonderen Art ... gegen den Händler und die Audi AG, der umfassend recherchiert und geprüft werden musste“*, angesichts einer nicht gegen die Audi AG gerichteten Klage ersichtlich unzutreffend sind, kein zusätzliches Gewicht zu.

c) Dem Kläger steht der Anspruch auf Erstattung seiner vorgerichtlichen Rechtsanwaltskosten auch nicht nach § 439 Abs. 2 BGB zu.

(1) § 439 Abs. 2 BGB, der eine eigenständige Anspruchsgrundlage darstellt (BGH, Urteil vom 30. April 2014 - VIII ZR 275/13 bei Juris zu Tz. 15; Urteil vom 13. April 2011 - VIII ZR 220/10 bei Juris zu Tz. 37), bestimmt, dass der Verkäufer die zum Zwecke der Nacherfüllung erforderlichen Kosten zu tragen hat. Davon werden nicht nur die vom Gesetz beispielhaft (*„insbesondere“*) genannten Transport-, Wege-, Arbeits- und Materialkosten erfasst, sondern etwa auch zur Klärung von Mangelerscheinungen erforderliche Sachverständigenkosten, weil diese mit der Zielrichtung, dem Käufer die Durchsetzung eines daran anknüpfenden

Nacherfüllungsanspruchs zu ermöglichen, und damit "zum Zwecke der Nacherfüllung" aufgewandt werden (BGH, Urteil vom 30. April 2014 - VIII ZR 275/13, a.a.O.). Unter diesen Umständen können nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs auch vorgerichtliche Rechtsanwaltskosten erstattungsfähig sein (st. Rspr., zuletzt bestätigt durch BGH, Urteil vom 24. Oktober 2018 – VIII ZR 66/17 –, Rn. 87 juris; ebenso OLG Karlsruhe vom 25. Mai 2019 zu 13 U 144/17 = NJW-RR 2019, 869 bei Juris zu Tz. 132ff).

Hierbei handelt es sich regelmäßig um zur Wahrung und Durchsetzung des Anspruchs auf Lieferung einer mangelfreien Sache gemäß § 439 Abs. 1 Alt. 2 BGB "erforderliche Aufwendungen", wenn der Käufer aus der gebotenen ex ante-Sicht einer vernünftigen, wirtschaftlich denkenden Person (siehe BGH, Beschluss vom 31. Januar 2012 - VIII ZR 277/11, NZM 2012, 607 Rn. 4; Urteile vom 17. September 2015 - IX ZR 280/14, NJW 2015, 3793 Rn. 8; vom 25. November 2015 - IV ZR 169/14, NJW-RR 2016, 511 Rn. 12) annehmen darf, dass es nach mehreren vergeblichen Versuchen, den Sachmangel zu beseitigen, mit Rücksicht auf seine besondere Situation zur Wahrnehmung seiner Rechte erforderlich und zweckmäßig ist (st. Rspr.; siehe nur BGH, Urteile vom 23. Januar 2014 - III ZR 37/13, BGHZ 200, 20 Rn. 48; vom 6. Oktober 2010 - VIII ZR 271/09, NJW 2011, 296 Rn. 9; vom 21. Dezember 2005 - VIII ZR 49/05, NJW 2006, 1195 Rn. 21; jeweils mwN), das Vertragsziel der Lieferung einer mangelfreien Sache nunmehr in Form einer Ersatzlieferung und unter Zuhilfenahme eines Rechtsanwaltes zu erreichen (BGH, Urteil vom 24. Oktober 2018 – VIII ZR 66/17 bei Juris zu Tz. 92).

(2) Ein solcher Fall liegt angesichts der Besonderheiten des hiesigen Einzelfalls aber nach dem Klagevortrag nicht vor.

Der Kläger hatte – was im Termin unwidersprochen blieb – zunächst einen Termin für das Software-Update vereinbart, dann jedoch ohne vorherige persönliche Aufforderung und ohne für die Beklagte erkennbar geänderte Sachlage unter bereits mandatiertem Rechtsanwalt Nachbesserung und nachfolgend Nachlieferung begehrt.

Die Versagung der Erstattung anwaltlicher Kosten vermag den Kläger auch nicht unter europarechtlichen Gesichtspunkten unverhältnismäßig in seinem berechtigten Nacherfüllungsverlangen zu beeinträchtigen. Einen Sachgrund, weshalb der Kläger von einer persönlichen Aufforderung abgesehen hat oder er die Beklagte nicht sonstwie vor Beauftragung eines Rechtsbeistandes in Verzug zu setzen in der Lage gewesen wäre, sind auch unter Berücksichtigung des Ergebnisses der Erörterung nicht erkennbar.

4. Anspruch des Klägers auf Feststellung der Erstattungspflicht künftiger notwendiger Erhaltungskosten (= Antrag zu 4 = Tenor zu 4)

Die gegen eine entsprechende landgerichtliche Feststellung gerichtete Berufung der Beklagten ist unbegründet. Der Kläger hat nach § 304 BGB einen Anspruch auf Feststellung der Erstattungspflicht betreffend künftiger notwendiger Erhaltungskosten.

Da er die insoweit denkbaren Kosten nicht beziffern kann, ist die Feststellungsklage (§ 256 ZPO) zulässig. Die Klage ist aus § 304 BGB auch begründet, weil sich die Beklagte – wie ausgeführt – in Annahmeverzug befindet.

a) Nach § 304 BGB kann der Schuldner im Falle des Verzugs des Gläubigers Ersatz der Mehraufwendungen verlangen, die er für das erfolglose Angebot sowie für die Aufbewahrung und Erhaltung des geschuldeten Gegenstands machen musste. Ersatzfähig sind jeweils nur die tatsächlich angefallenen, objektiv erforderlichen (d. h. angemessenen und zweckmäßigen) Aufwendungen; diese sind nicht erforderlich, wenn eine billigere Art des Angebots, der Aufbewahrung oder Erhaltung möglich war (vgl. Dötterl in: Gsell/Krüger/Lorenz/Reymann, Beck-OGK BGB, Stand: 1. April 2019, § 304, Rn. 4-5, mwN.).

b) Die **Aufbewahrung** umfasst im Wesentlichen die Lagerung der Sache (vgl. Dötterl a.a.O., Rn. 12). Zu den notwendigen Kosten für die Aufbewahrung des Fahrzeuges können daher Standplatzkosten zählen, wobei im Rahmen der Schadensminderungspflicht gemäß § 254 BGB ein günstiger Stellplatz zu wählen ist (vgl. OLG Hamm, Urteil vom 25. Februar 1997 – 28 U 123/96, OLGR 1997, 301 = NJW-RR 1997, 1418, Rn. 22-23). Kosten der Einlagerung sind nur dann zu vergüten, wenn deren weitere Aufbewahrung dem Käufer nicht zuzumuten ist (vgl. OLG Nürnberg, Urteil vom 25. Juni 1974 – 7 U 57/74, MDR 1975, 52).

Solche Kosten macht der Kläger vorliegend aber nicht - auch nicht zur bloßen Feststellung - geltend, weil er seine Klage allein auf die „Erhaltungskosten“ beschränkt. Dass beim Kläger überhaupt Aufbewahrungskosten anfielen, ist nicht ersichtlich.

c) Aufwendungen für den **Erhalt** sind vor allem solche, die den Leistungsgegenstand vor Verschlechterung, Untergang oder Verlust bewahren sollen.

Einer Entscheidung darüber, welche konkreten Kosten möglicherweise erstattungsfähig sein könnten, bedarf es angesichts des Feststellungsantrags nicht, zumal der Kläger unabhängig

von der Eingrenzung durch das Kriterium der „Notwendigkeit“ seinen Anspruch ausdrücklich auf „künftige“ (mithin für ihn nicht bezifferbare und daher dem Feststellungsantrag unterworfenen) Erhaltungskosten, also solche zeitlich nach der mündlichen Verhandlung, beschränkt.

5. Schadensersatzleistung für künftige weitere Schäden bis zur Rückgabe und Neulieferung (= Antrag zu 5 = Tenor zu 5)

Die gegen eine entsprechende landgerichtliche Feststellung gerichtete Berufung der Beklagten ist unbegründet.

Da der Kläger künftige weitere Schäden nicht beziffern kann, ist die hierauf gerichtete Feststellungsklage (§ 256 ZPO) zulässig.

Die Klage ist auch begründet.

Der Kläger kann den Anspruch – abweichend von den landgerichtlichen Annahmen – zwar nicht auf §§ 437 Nr. 3, 280 BGB stützen, weil – wie ausgeführt – ein Anspruch aus § 280 BGB wegen der Entlastung der Beklagten betreffend das fehlende Verschulden nicht gegeben ist.

Der Kläger hat jedoch aus §§ 280 Abs. 1 und 2, 286 Abs. 1 BGB einen Anspruch auf Feststellung der Schadensersatzpflicht für künftige weitere Schäden bis zur Rückgabe und Neulieferung, weil sich die Beklagte spätestens seit der klägerischen Neufassung des (ursprünglich unzulässig erhobenen) Hauptantrags in erster Instanz in Schuldnerverzug befindet (§ 286 Abs. 1 S. 2 BGB).

Einer Entscheidung darüber, welche konkreten Schäden möglicherweise erstattungsfähig sein könnten und nicht lediglich Teil oder Folge der Nutzungsmöglichkeit sind, bedarf es angesichts des Feststellungsantrags nicht, zumal der Kläger seinen Anspruch ausdrücklich auf „künftige“ (mithin für ihn nicht bezifferbare und daher dem Feststellungsantrag unterworfenen) Schäden, also solche zeitlich nach der mündlichen Verhandlung, beschränkt.

6. Einrede der Verjährung

Die klägerischen Ansprüche sind schließlich nicht der Einrede der Verjährung (§ 214 Abs. 1 BGB) unterworfen, weil die Beklagte – unwidersprochen und nicht erörtert in der Berufungsbegründung – die klägerischen Ansprüche (soweit sie – wie hier – auf einer

entsprechenden „Abschaltechnik“ i.w.S. beruhen) nicht hiervon erfasst sehen will (S. 16 der Klageerwiderung, Bl. 16 Band 2 d.A.). Zudem wurde dem Kläger das streitgegenständliche Fahrzeug am 31. März 2015 zum Zwecke der Vertragserfüllung (Neuwagenkauf) übergeben. Mit Einreichung der Klageschrift am 28. März 2017 und nachfolgend demnächst (§ 167 ZPO) erfolgter Zustellung der Klage nach klägerseits nicht verzögerter Einzahlung der Gerichtskosten ist der Lauf der zweijährigen Verjährungsfrist gemäß § 438 Abs. 1 Nr. 3 BGB nach § 204 Abs. 1 Nr. 1 BGB auch rechtzeitig gehemmt worden.

III.

Der Beklagten war keine gesonderte Schriftsatzfrist zu gewähren, weil sich der Senat nicht auf neue Tatsachen aus den in Bezug genommenen Schriftsätzen stützt.

Die Kostenentscheidung folgt aus §§ 97 Abs. 1, 92 Abs. 2 Nr. 1 ZPO.

Die Entscheidung über die vorläufige Vollstreckbarkeit beruht auf §§ 708 Nr. 10, 711, 709 S. 2 ZPO.

Die Revision war nicht zuzulassen, weil die für die Streitentscheidung relevanten Fragestellungen – insbesondere zum Nachlieferungsanspruch, zur Mangelhaftigkeit vor Aufspielen des Updates und zum fehlenden Nutzungswertersatzanspruch – durch die zitierte Rechtsprechung des BGH und des EuGH, insb. auch durch den BGH-Beschluss vom 08. Januar 2019 (zu VIII ZR 225/17 = NJW 2019, 1133 –, Rn. 30 - 36, juris) bereits geklärt und vorliegend vom Senat (dem folgend) lediglich umgesetzt worden sind und die Zulassungsvoraussetzungen im Übrigen ausgehend von den vorliegenden Einzelfallerwägungen nicht vorliegen (§ 543 Abs. 1 Nr. 1, Abs. 2 S. 1 Nr. 1 und 2 ZPO). Die Einschätzung der Beklagten im Termin, es handele sich „nur“ um einen Hinweisbeschluss des BGH ohne grundsätzliche Klärung der dort angesprochenen Sach- und Rechtsfragen teilt der Senat angesichts der dortigen Begründungstiefe nicht.

Dr. Sprockhoff
Vorsitzender Richter am Kammergericht

Dr. Vogel
Richterin am Landgericht

Jorcke-Kaßner
Richterin am Kammergericht