

Beglaubigte Abschrift

I-4 O 398/16



Verkündet am 03.11.2017

Wittrich, Justizbeschäftigte
als Urkundsbeamtin der
Geschäftsstelle

Landgericht Arnsberg

IM NAMEN DES VOLKES

Urteil

In dem Rechtsstreit

Klägers,

Prozessbevollmächtigte:

Rechtsanwälte Dr. Stoll & Sauer,
Einsteinallee 3, 77933 Lahr,

g e g e n

Beklagte,

Prozessbevollmächtigte:

Rechtsanwälte

hat das Landgericht - 4. Zivilkammer - Arnsberg
aufgrund mündlicher Verhandlung vom 06.10.2017
durch den Richter am Landgericht Dr. Immer als Einzelrichter

für Recht erkannt:

Die Beklagte wird verurteilt, dem Kläger ein mangelfreies fabrikneues typengleiches Ersatzfahrzeug aus der aktuellen Serienproduktion des Herstellers mit identischer technischer Ausstattung wie das Fahrzeug Audi Q3, 2,0 TDI, FIN:

nachzuliefern, Zug um Zug gegen Rückübereignung des mangelhaften Fahrzeugs Audi Q3, 2,0 TDI, FIN:

Es wird festgestellt, dass sich die Beklagte mit der Rücknahme des Fahrzeugs Audi Q3, 2,0 TDI, FIN: , in Verzug befindet.

Im Übrigen wird die Klage abgewiesen.

Die Beklagte trägt die Kosten des Rechtsstreits.

Das Urteil ist gegen Sicherheitsleistung in Höhe von 54.000,00 € vorläufig vollstreckbar.

Tatbestand

Der Kläger verlangt von der Beklagten die Nachlieferung eines fabrikneuen Ersatzfahrzeugs, Zug um Zug gegen Rückübereignung des vom Kläger erworbenen Pkw. Folgender Sachverhalt liegt zugrunde:

Die Beklagte ist eine unabhängige Autohändlerin, die unter anderem Fahrzeuge der Marke Volkswagen (VW) vertreibt. Am 12.02.2014 bestellte der Kläger bei der Beklagten einen Neuwagen Audi Q3 2.0 TDI Quattro zum Kaufpreis von 44.092,82 € (Anlage K1). Die Beklagte bestätigte die Bestellung am 14.02.2014 und lieferte das Fahrzeug am 14.05.2014 an den Kläger aus.

Das streitgegenständliche Fahrzeug ist mit einem Dieselmotor Typ EA 189 mit 130 Kw (177 PS) ausgestattet und der Schadstoffklasse „Euro 5“ zugeordnet. Die Software des Motorsteuerungsgerätes im Fahrzeug verfügt über 2 Betriebsmodi: Im NOx-optimierten Modus 1, der nur im synthetischen Fahrzyklus unter Laborbedingungen (NEFZ) aktiv ist, kommt es zu einer erhöhten Abgasrückführung und damit zu einem verminderten Stickstoffausstoß, während im realen Fahrbetrieb

des Straßenverkehrs der Modus 0 aktiv und die Abgasrückführung geringer ist, so dass die für die Abgasnorm Euro 5 maßgeblichen NOx-Emissionswerte überschritten werden. Das Fahrzeug erkennt, wenn es sich auf dem Prüfstand befindet, und schaltet dann automatisch in den Betriebsmodus 1.

Mit Schreiben vom 15.10.2015 ordnete das Kraftfahrt-Bundesamt (KBA) den Rückruf von 2,4 Millionen VW-Markenfahrzeugen an; es legte VW auf, die vorbeschriebene Software, bei der es sich um eine unzulässige Abschaltvorrichtung handele, zu entfernen und geeignete Maßnahmen zur Wiederherstellung der Vorschriftsmäßigkeit zu ergreifen (vgl. Anlagen K5, B2). VW entwickelte daraufhin technische Maßnahmen für ein Softwareupdate, die in insgesamt 14 Clustern, in denen vergleichbare Fahrzeugvarianten zusammengefasst sind, vom KBA geprüft und dann freigegeben wurden. Die Freigabebestätigung des KBA für Fahrzeuge des hier streitgegenständlichen Typs erfolgte am 21.07.2016 (Anlage B3).

Seit 2014 wird das streitgegenständliche Fahrzeugmodell so, wie der Kläger erworben hat, nicht mehr hergestellt. Der stattdessen seitdem erhältliche Audi Q3 2,0 TDI unterscheidet sich vom Vorgängermodell unter anderem optisch im Sinne eines „Face Lifts“ sowie durch die Verwendung neuer Scheinwerfer und den Einbau eines anderen, nunmehr der Schadstoffklasse „Euro 6“ zugeordneten Motors.

Mit anwaltlichem Schreiben vom 18.01.2016 (Anlage K2) forderte der Kläger die Beklagte zur Nachlieferung auf bis zum 29.02.2016. Die Beklagte lehnte dies ab und bot stattdessen unter Verweis auf die dem KBA bereits vorgestellten technischen Maßnahmen eine Nachbesserung an, wobei sie eine baldige Terminsabstimmung in Aussicht stellte (Anlage K3).

Der Kläger behauptet, er habe im Verkaufsgespräch angesprochen, dass er auf der Suche nach einem umweltfreundlichen, verbrauchsarmen und wertstabilen Fahrzeug sei. Der von ihm erworbene Pkw entspreche jedoch aufgrund der Abgasrückführungssoftware und des erhöhten NOx-Ausstoßes im realen Fahrbetrieb weder der somit vereinbarten noch der üblichen Beschaffenheit. Zudem, so meint er, sei die Typengenehmigung erloschen und das Fahrzeug nicht zulassungsfähig.

Die von ihm daher verlangte Nachlieferung sei, so der Kläger weiter, für die Beklagte weder unmöglich noch unzumutbar. Dies gelte auch unter Berücksichtigung der inzwischen vorgenommenen Modellpflege des Fahrzeugtyps, und zwar unter anderem wegen Ziffer IV. 6 der VW-Neuwagen-Verkaufsbedingungen, die Konstruktions- und Formänderungen während der Lieferzeit vorbehalten, und die, so behauptet der Kläger, standardmäßig auch vorliegend in den Vertrag einbezogen seien. Nicht möglich bzw. zumutbar sei dagegen nach Meinung des Klägers die von Beklagtenseite angebotene Nachbesserung. Hierzu behauptet er, durch Aufspielen des Software-Updates könnten der Mangel nicht behoben und der bereits eingetretene Minderwert nicht ausgeglichen werden. Zudem würden weitere Mängel, z.B. eine verminderte Leistung und ein erhöhter CO₂- und Kraftstoffverbrauch des Wagens, entstehen. Auch beliefen sich die Kosten der Software-Entwicklung auf mehrere tausend Euro pro Fahrzeug.

Der Kläger beantragt,

die Beklagtenpartei zu verurteilen, der Klägerpartei ein mangelfreies fabrikneues typengleiches Ersatzfahrzeug aus der aktuellen Serienproduktion des Herstellers mit identischer technischer Ausstattung wie das Fahrzeug Audi Q3, 2,0 TDI, FIN: , Zug um Zug gegen Rückübergabe des mangelhaften Fahrzeugs Audi Q3, 2,0 TDI, FIN: nachzuliefern.

festzustellen, dass sich die Beklagtenpartei mit der Rücknahme des im Klageantrag zu Ziffer 1 genannten Fahrzeugs in Verzug befindet.

die Beklagtenpartei zu verurteilen, die Klägerpartei von den durch die Beauftragung der Prozessbevollmächtigten der Klägerpartei entstandenen vorgerichtlichen Rechtsanwaltskosten in Höhe von 2.613,24 € freizustellen.

Die Beklagte beantragt,

die Klage abzuweisen.

Die Beklagte meint, die Verwendung der Software stelle bereits keinen Sachmangel dar, weil sich die Zuordnung zur Schadstoffklasse Euro 5 nur nach den im Labor gemessenen Bedingungen richte und im Werte im Straßenbetrieb hierfür nicht relevant seien. Zudem sei, was in der Sache unstreitig ist, das Fahrzeug technisch sicher und fahrbereit. Die Nachlieferung eines Ersatzfahrzeugs sei unmöglich, weil der streitgegenständliche Fahrzeugtyp nicht mehr verfügbar sei; auf die Lieferung des technisch weiterentwickelten und mit einem anderen Motor versehenen Nachfolgemodells habe der Kläger keinen Anspruch, da es sich hierbei um ein im Verhältnis zum streitgegenständlichen Fahrzeug höherwertiges „Aliud“ handele. Die vom Kläger in Bezug genommene Klausel Ziffer IV. 6 der Neuwagen-Vertragsbedingungen, deren Einbeziehung in den Vertrag im Übrigen bestritten werde, ändere hieran nichts, da sie nur den Verkäufer während der Lieferzeit schütze. Jedenfalls sei die Nachlieferung unverhältnismäßig aufgrund der hiermit verbundenen Kosten. Eine Nachbesserung durch Aufspielen des Software-Updates, so behauptet die Beklagte, kostete lediglich ca. 100,- € und führte anschließend dazu, dass Emissionsgrenzwerte insgesamt eingehalten würden bei unveränderten Leistungs- und Verbrauchswerten.

Das Gericht hat die Parteien angehört, unter anderem zu km-Stand des streitgegenständlichen Fahrzeugs und zur Gegenüberstellung der alten und neuen Variante des Fahrzeugmodells. Es wird Bezug genommen auf das Terminprotokoll vom 06.10.2017 (Bl. 369 f. d.A.).

Entscheidungsgründe

Die zulässige Klage ist überwiegend begründet.

I.

Der Kläger hat gegen die Beklagte einen Anspruch auf Nachlieferung eines fabrikneuen Audi Q3, 2,0 TDI Quattro gem. §§ 437 Nr. 1, 439 Abs. 1 2. Alt., 434, 433 BGB.

1)

Zwischen den Parteien ist am 12.02./14.02.2014 ein Kaufvertrag über das streitgegenständliche Fahrzeug zu einem Preis von 44.092,82 € zustande gekommen.

2)

Das Fahrzeug war im Zeitpunkt des Gefahrübergangs mangelhaft im Sinne von § 434 BGB. Es kann dahinstehen, ob die Parteien die Einhaltung bestimmter Schadstoffwerte als Beschaffenheit vereinbart haben, und/oder ob überdies ein Rechtsmangel nach § 435 BGB durch Erlöschen der Typengenehmigung vorliegt. Denn jedenfalls weist der Wagen nicht die Beschaffenheit aus, die bei Sachen gleicher Art üblich ist, und die der Käufer nach der Art der Sache gemäß § 434 Abs. 1 S.2 Nr. 2 Alt. 2 BGB erwarten kann.

Welche Beschaffenheit des Kaufgegenstandes ein Käufer anhand der Art der Sache gemäß § 434 Abs. 1 S.2 Nr. 2 Alt. 2 BGB erwarten kann, bestimmt sich nach dem Empfängerhorizont eines Durchschnittskäufers und damit nach der objektiv berechtigten Käufererwartung (BGH, Urteil vom 20.05.2009 – VIII ZR 191/07).

Dieser objektiv berechtigten Käufererwartung entspricht das Fahrzeug nicht. Ein Durchschnittskäufer darf erwarten, dass der Pkw die für seinen Typ vorgeschriebenen Abgas- bzw. Schadstoffemissionswerte nicht nur unter Laborbedingungen durch Einsatz einer softwaregesteuerten Manipulation, sondern auch im realen Fahrbetrieb einhält. Andernfalls wäre die staatliche Angabe und Regulierung zulässiger Stickoxidwerte Makulatur (vgl. statt vieler OLG Hamm, Beschluss vom 21.06.2016 – 28 W 14/16; OLG Celle, Beschluss vom 30.06.2016 – 7 W 26/16; LG Arnsberg, Urteil vom 14.06.2017 – 1 O 25/17; Urteil vom 28.07.2017 – 2 O 101/17). Selbst wenn, wie die Beklagte vorträgt, Grenzwerte zur Erlangung der EG-Typengenehmigung und Bestimmung der Schadstoffklasse nur unter

Laborbedingungen gemessen werden, kann und muss ein Käufer nicht damit rechnen, dass Fahrzeuge entsprechend präpariert werden, so dass der Schadstoffausstoß im Labor mit dem im Normalbetrieb nicht mehr vergleichbar ist. Hiervon geht offensichtlich auch das KBA aus, indem es den Rückruf der mit der Software versehenen Fahrzeuge angeordnet und VW zur Wiederherstellung der Vorschriftsmäßigkeit aufgefordert hat. Und auch VW selbst fordert seine von dem Mangel betroffenen Kunden auf, an der initiierten Rückrufaktion zur Nachbesserung des Fahrzeugs durch Software-Update teilzunehmen, unter Verweis auf eine bei Nichtteilnahme drohende Betriebsuntersagung (vgl. beispielhaft Anlage R24).

3)

Aufgrund der Mangelhaftigkeit des Fahrzeugs konnte der Kläger im Rahmen der Nachlieferung gemäß § 439 Abs. 1 BGB zwischen Nachbesserung durch Beseitigung des Mangels und Lieferung einer mangelfreien Sache wählen. Seine mit Schreiben vom 18.01.2016 getroffene Wahl zur Nachlieferung eines fabrikneuen Fahrzeugs ist nicht zu beanstanden, weil dies der Beklagten weder unmöglich noch unzumutbar ist.

a)

Die Neulieferung ist nicht im Sinne von § 275 Abs. 1 BGB unmöglich. Soweit die Beklagte hier einwendet, dass Fahrzeuge der aktuellen Serie aufgrund optischer und technischer Veränderungen ein dem Kläger nicht zustehendes Aliud darstellten, dringt sie damit nicht durch.

Trifft den Verkäufer – wie hier – eine Gattungsschuld (§ 243 BGB), wird die Ersatzlieferung im Sinne von § 439 Abs. 1 2.Alt. BGB erst dann unmöglich, wenn die gesamte Gattung untergegangen oder auf dem Markt nicht mehr verfügbar ist (Palandt-Weidenkaff, § 439 BGB Rn. 15). Dies wiederum hängt davon ab, wie die Vertragsparteien den Umfang der Gattung bestimmt haben. Insofern gilt auch hier der vom BGH für den Fall der Stückschuld entwickelte Grundsatz, wonach eine Ersatzlieferung nach der Vorstellung der Parteien dann möglich ist, wenn die Kaufsache im Falle ihrer Mangelhaftigkeit durch eine gleichartige und gleichwertige ersetzt werden kann (vgl. BGH, Urteil vom 07.06.2006 – VII ZR 209/05). Davon ausgehend, kann im Streitfall die Nachlieferung zwar nicht durch ein Fahrzeug aus der Baureihe des streitgegenständlichen Wagens erfolgen, weil jene Fahrzeug

ebenfalls im oben beschriebenen Sinne mangelhaft sind; möglich ist aber die Überlassung eines Fahrzeugs aus der aktuellen, seit 2014 verwendeten Baureihe.

Die im Termin vorgelegte Gegenüberstellung beider Modellvarianten (Bl. 373 d.A.) zeigt, dass Leistung, Drehmoment, Beschleunigung und Verbrauch der aktuellen Baureihe sich gegenüber dem Vorgängermodell nur geringfügig geändert bzw. verbessert haben. Dies, die damit zusammenhängende Zuordnung zur neueren Schadstoffklasse Euro 6, und auch die von der Beklagten beschriebenen optischen Neuerungen bewegen sich noch im Rahmen der Modellpflege bzw. der Weiterentwicklung eines – im Kern nach wie vor hergestellten - Fahrzeugmodells. Es handelt sich nicht um gänzlich andere Fahrzeuge. Die Beklagte selbst spricht vielmehr von einem „Facelift“ (Bl. 363 d.A.) sowie von 1. und 2. „Modellgeneration“ des „Audi Q3 2.0 TDI Quattro“ (Bl. 89 d.A.); auch die landläufige Bezeichnung des Pkw bleibt dabei gleich.

Ziffer IV.6 der Neuwagen-Verkaufsbedingungen der Beklagten (vgl. Bl. 38, 185 d.A.) bestimmt, dass Konstruktions- oder Formänderungen, Abweichungen im Farbton sowie Änderungen des Lieferumfangs seitens des Herstellers während der Lieferzeit vorbehalten bleiben, sofern diese unter Berücksichtigung der Interessen des Verkäufers für den Käufer zumutbar sind. Entgegen der Ansicht der Beklagten endet dabei die „Lieferzeit“ nach Auffassung des Gerichts erst, wenn eine vertragsgemäße, also mangelfreie Sache empfangen wird. Jedenfalls unter Berücksichtigung dieser Klausel, die zwar in erster Linie aus Verkäufersicht formuliert ist, gleichwohl aber insgesamt die Vorstellung ausdrückt, was laut Vertrag geschuldet ist, sind auch die von der Beklagten dargelegten Änderungen des überarbeiteten Modells noch von der vertraglich geschuldeten Gattung umfasst. Soweit die Beklagte die Einbeziehung der Klausel in den Vertrag nur einfach bestreitet, bleibt dies unbeachtlich. Dass die Klausel im VW-Konzern standardmäßig verwendet wird, stellt die Beklagte nicht in Abrede (vgl. ergänzend für Fälle mit Audi LG Osnabrück, Urteil vom 31.05.2017 – 5 O 2218/16; LG Landau, Urteil vom 13.06.2017 – 2 O 259/16). Wieso dies hier ausnahmsweise anders sei, und welche Bedingungen stattdessen Bestandteil des Vertrages geworden seien sei, hat die Beklagte, obwohl es um Umstände aus ihrer Sphäre ging, nicht dargelegt.

Überdies streiten Sinn und Zweck der gesetzlichen Vorschriften dafür, den Gattungsbegriff beim Neuwagenkauf tendenziell weit zu fassen. Andernfalls könnten nämlich Autoverkäufer – in diesem Fall die Beklagte – bzw. Hersteller schon durch geringfügige Veränderungen eines Fahrzeugmodells, die aus Wettbewerbs- und Marketinggründen ohnehin regelmäßig vorgenommen werden, das dem Käufer in § 439 Abs. 1 BGB zustehende Wahlrecht zwischen Nachlieferung und Nachbesserung unterlaufen.

Mithin erhält der Kläger durch Lieferung eines Fahrzeugs aus der aktuellen Serienproduktion eine unter Berücksichtigung der Vertragsauslegung gleichartige und gleichwertige Ersatzsache, mit der die Beklagte ihre Pflicht zur Nachlieferung gemäß § 439 Abs. 1 BGB erfüllen kann.

b)

Die Beklagte kann sich auch nicht mit Erfolg auf die Einrede der Unzumutbarkeit der gewählten Art der Nacherfüllung nach § 439 Abs. 3 BGB berufen. Insbesondere sind die Kosten der Nachlieferung im Verhältnis zu den Kosten der Nachbesserung nicht unverhältnismäßig (sog. relative Unverhältnismäßigkeit). Nach Würdigung aller in § 439 Abs. 3 BGB genannten Umstände und Abwägung der beiderseitigen Interessen kann vielmehr vom Kläger nicht verlangt werden, sich auf eine aus Käufersicht im Verhältnis zur Nachlieferung nachteilige Nachbesserung mit ungewissem Ausgang einzulassen.

Maßgeblicher Zeitpunkt für die Beurteilung der Unverhältnismäßigkeit im Sinne von § 439 Abs. 3 BGB ist nicht der der letzten mündlichen Verhandlung bzw. der Entscheidung, sondern (spätestens) der, in dem der Käufer sein ihm nach § 439 Abs. 1 BGB zustehendes Wahlrecht ausgeübt hat. Dies entspricht allen voran systematisch der Vergleichbarkeit der Gestaltungswirkung (Palandt-Weidenkaff, § 439 BGB Rn. 6) der Rechte aus § 439 BGB mit dem Rücktrittsrecht gemäß § 323 BGB (vgl. ebenso OLG Nürnberg, Urteil vom 20.02.2017 – 14 U 199/16; LG Osnabrück, Urteil vom 14.07.2017 – 4 O 2659/16; LG Regensburg, Urteil vom 19.07.2017 – 7 O 1892/16; MünchKomm-Westermann, § 439 BGB Rn. 27; für das Rücktrittsrecht BGH, Urteil vom 15.06.2011 – VIII ZR 139/09).

Zum Zeitpunkt seines Schreibens vom 18.01.2016 war für den Kläger indes noch in keiner Weise absehbar, ob überhaupt, wann und mit welchen Folgen der Mangel seines Fahrzeugs beseitigt werden kann. Die technischen Maßnahmen zur Mangelbeseitigung für Fahrzeuge des hier streitgegenständlichen Typs wurde vom KBA erst am 21.07.2016, also mehrere Monate später, freigegeben. Das Antwortschreiben der Beklagte vom 25.01.2016 schlägt keinen konkreten Reparaturtermin vor, sondern verweist lediglich unverbindlich auf die dem KBA seinerzeit bereits vorgestellten technischen Maßnahmen, die „in den nächsten Wochen und Monaten durchgeführt“ werden sollen, und stellt dann in Aussicht, dass die Beklagte sich „rechtzeitig mit Ihnen bzw. Ihren Mandanten unmittelbar in Verbindung“ setzen werde. Wie lange der Kläger sich unter diesen Umständen hätte gedulden und welche Frist zur Nachbesserung er (hypothetisch) hätte setzen sollen, bleibt unklar. Dies aber widerspricht dem Sinn und Zweck einer nach §§ 281, 323 BGB vorgesehenen Fristsetzung; denn diese soll dem Verkäufer deutlich machen, dass ihm für die Erfüllung seiner Pflicht nur ein begrenzter (bestimmbarer) Zeitraum zur Verfügung steht (BGH, Urteil vom 13.07.2016 – VIII ZR 49/15), in dem er eine im Wesentlichen bereits abgeschlossene Leistung vollends erbringen kann (BGH, Urteil vom 10.02.1982 – VIII ZR 27/81). Die vom Kläger der Beklagten für die Neulieferung gesetzte Frist zum 29.02.2016 war in diesem Zusammenhang auch angemessen.

Hinzu kommt, dass der Kläger jedenfalls im Zeitpunkt seines Nachlieferungsverlangens durchaus begründete Zweifel haben durfte, ob das von der Beklagten zur Nachbesserung vorgeschlagene Softwareupdate den Mangel beheben werde, ohne sich anderweitig negativ, z.B. auf Leistung, Verbrauch oder weitere Emissionswerte auszuwirken (vgl. ebenso etwa LG Arnsberg, Urteil vom 14.06.2017 – 1 O 25/17; LG Stuttgart, Urteil vom 30.06.2017 – 20 O 425/16, jeweils unter Verweis auf die insoweit herrschende öffentliche Diskussion). Ebenso unklar war und ist, ob sich der Marktwert der betroffenen Fahrzeuge möglicherweise negativ entwickelt. Dies bemisst sich nicht alleine nach objektiven Kriterien. Gerade der Wert eines Kraftfahrzeugs kann vielmehr durchaus auch von subjektiven, sogar von irrationalen Vorstellungen beeinflusst sein (vgl. BGH, Urteil vom 04.03.1976 – VI ZR 14/75; OLG Düsseldorf, Urteil vom 19.12.2003 – 1 U 139/03). Vor diesem Hintergrund kann vorliegend auch dahinstehen, ob – was zwischen den Parteien streitig ist – für das Aufspielen des Softwareupdates lediglich Kosten im Bereich von 100,- € entstünden. Denn auch dieser Umstand war für den Kläger jedenfalls im

Zeitpunkt der Ausübung seines Wahlrechts aus § 439 BGB nicht zuverlässig absehbar.

Inwieweit die eben genannten Erwägungen auch in solchen Fällen gelten, in denen zum Zeitpunkt des Nachlieferungsverlangens das Software-Update bereits vom KBA freigegeben und der Käufer hierüber informiert worden war, kann für die hier zu treffende Entscheidung dahinstehen.

4)

Die vom Kläger begehrte Nachlieferung erfolgt gemäß §§ 439 Abs. 4, 346, 348 BGB Zug um Zug gegen Rückgewähr des noch beim Kläger befindlichen mangelhaften Fahrzeugs. Nutzugersatz schuldet der Kläger darüber hinaus nicht, weil es sich bei dem streitgegenständlichen Vertrag um einen Verbrauchsgüterkauf handelte; auf diesen ist § 439 Abs. 4 BGB mit der Maßgabe anzuwenden, dass Nutzungen weder herauszugeben sind noch deren Wert zu ersetzen ist (§ 474 Abs. 5 S.1 BGB). Zwar kann unter Umständen die Tatsache, dass die mangelhafte Sache intensiv genutzt wurde, im Rahmen des Verweigerungsrechts des Verkäufers nach § 439 Abs. 3 BGB berücksichtigt werden (vgl. dazu LG Arnsberg, Urteil vom 24.03.2017 – 2 O 375/16; MünchKomm-Lorenz, § 474 BGB Rn. 46). Dies führt zumindest im Streitfall aber zu keinem anderen Ergebnis. Denn bei einem im Entscheidungszeitpunkt erst gut 3 Jahre (zur Zeit des Nachlieferungsverlangens nicht einmal 2 Jahre) alten Fahrzeug mit einer Laufleistung von nur 30.459 km ist die Schwelle der Unzumutbarkeit im Sinne von § 439 Abs. 3 BGB unter Berücksichtigung des gesetzgeberischen Leitbildes in § 474 Abs. 5 BGB und der unter 3 b) genannten Erwägungen noch nicht überschritten.

II.

Der Feststellungsantrag (Klageantrag zu 2) ist ebenfalls zulässig und begründet. Das Feststellungsinteresse des Klägers folgt aus §§ 756, 765 Nr. 1 ZPO. Außerdem hat der Kläger der Beklagten das bei ihm befindliche Fahrzeug ordnungsgemäß abholbereit angeboten (§§ 295, 269 Abs. 1 BGB).

III.

Der Klageantrag zu 3) ist unbegründet. Der Kläger hat keinen Anspruch auf Freistellung von den durch die Beauftragung der Prozessbevollmächtigten entstandenen Rechtsanwaltskosten.

Ein Anspruch aus §§ 280 Abs. 1 / 2, 286 BGB scheidet daran, dass die Beklagte sich mit der Neulieferung nicht in Verzug befand.

Ansprüche gemäß §§ 437 Nr. 3, 280 Abs. 1 BGB, ggfls. in Verbindung mit §§ 311 Abs. 2, 241 Abs. 2 BGB wegen des Sachmangels bzw. wegen etwaiger Falschberatung greifen mangels Verschulden nicht. Die Vermutung des § 280 Abs. 1 S.2 BGB ist widerlegt, denn es ist nicht ersichtlich, dass die Beklagte vom Einbau der Abgasrückführungssoftware und seinen Auswirkungen wusste bzw. hätte wissen müssen. Sie muss sich auch etwaige Kenntnisse der VW AG nicht gemäß § 278 S.1 BGB zurechnen lassen. Der Hersteller ist im Verhältnis zum Käufer nicht Erfüllungsgehilfe des Verkäufers in diesem Sinne; die Pflicht des Verkäufers erstreckt sich nicht auf die Herstellung, sondern besteht nur in der Lieferung einer mangelfreien Sache (BGH, Urteil vom 15.07.2008 – VIII ZR 211/07).

Schließlich folgt ein Erstattungsanspruch auch nicht aus § 439 Abs. 2 BGB. Rechtsverfolgungskosten hinsichtlich des Nacherfüllungsanspruchs sind grundsätzlich nicht von § 439 Abs. 2 erfasst (BeckOK-Faust, § 439 BGB Rn. 22c). Nur ausnahmsweise zählen Rechtsanwaltskosten zu den erstattungsfähigen Aufwendungen, wenn sie zur Auffindung des zu beseitigenden Mangels notwendig sind (BGH, Urteil vom 17.02.1999 – X ZR 40/96). Hiervon kann vorliegend aber nicht ausgegangen werden.

IV.

Die Kostenentscheidung beruht auf § 92 Abs. 2 Nr. 1 ZPO; die Entscheidung zur vorläufigen Vollstreckbarkeit beruht auf § 709 S.1 ZPO.

Streitwert: 44.092,82 €

Rechtsbehelfsbelehrung:

Gegen dieses Urteil ist das Rechtsmittel der Berufung für jeden zulässig, der durch dieses Urteil in seinen Rechten benachteiligt ist,

1. wenn der Wert des Beschwerdegegenstandes 600,00 EUR übersteigt oder
2. wenn die Berufung in dem Urteil durch das Landgericht zugelassen worden ist.

Die Berufung muss **innerhalb einer Notfrist von einem Monat nach Zustellung** dieses Urteils schriftlich bei dem Oberlandesgericht Hamm, Heßlerstr. 53, 59065 Hamm, eingegangen sein. Die Berufungsschrift muss die Bezeichnung des Urteils (Datum des Urteils, Geschäftsnummer und Parteien) gegen das die Berufung gerichtet wird, sowie die Erklärung, dass gegen dieses Urteil Berufung eingelegt werde, enthalten.

Die Berufung ist, sofern nicht bereits in der Berufungsschrift erfolgt, binnen zwei Monaten nach Zustellung dieses Urteils schriftlich gegenüber dem Oberlandesgericht Hamm zu begründen.

Die Parteien müssen sich vor dem Oberlandesgericht Hamm durch einen Rechtsanwalt vertreten lassen, insbesondere müssen die Berufungs- und die Berufungsbegründungsschrift von einem solchen unterzeichnet sein.

Mit der Berufungsschrift soll eine Ausfertigung oder beglaubigte Abschrift des angefochtenen Urteils vorgelegt werden.

Dr. Immer

Beglaubigt

Wittrich

Justizbeschäftigte

