

Hanseatisches Oberlandesgericht

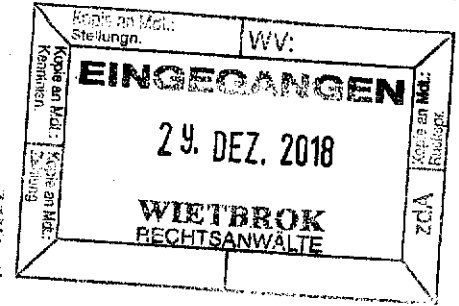
Az.: 11 U 55/18

329 O 105/17

LG Hamburg

Verkündet am 21.12.2018

ng
Urkundsbeamtin der Geschäftsstelle



Urteil

IM NAMEN DES VOLKES

Rev Fr 29. 1. 19
Rev Bgr Fr. 29. 2. 19

In der Sache

Hors

- Kläger, Berufungsbeklagter u. Anschlussberufungskläger -

Prozessbevollmächtigte:

Rechtsanwälte **Wietbrok**, Eißendorfer Pferdeweg 36, 21075 Hamburg, Gz.: VW-136/16-FW

gegen

Volkswagen Automobile Hamburg GmbH, vertreten durch den Geschäftsführer Martin Werhand, Fruchttalallee 53, 20259 Hamburg, Gz.: 10659587

- Beklagte, Berufungsklägerin u. Anschlussberufungsbeklagte -

Prozessbevollmächtigte:

erkennt das Hanseatische Oberlandesgericht - 11. Zivilsenat - durch den Vorsitzenden Richter am Oberlandesgericht _____, den Richter am Oberlandesgericht _____ und die Richterin am Landgericht _____ auf Grund der mündlichen Verhandlung vom 16.11.2018 für Recht:

1. Auf die Berufung der Beklagten wird das Urteil des Landgerichts Hamburg vom 09.03.2018, Az. 329 O 105/17, unter Zurückweisung der Anschlussberufung des Klägers abgeändert. Die Klage wird abgewiesen.
2. Der Kläger hat die Kosten des Rechtsstreits zu tragen.
3. Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar.
4. Die Revision gegen dieses Urteil wird nicht zugelassen.
5. Der Wert des Berufungsverfahrens wird festgesetzt auf € 43.724,-.

Gründe:

I.

Der Kläger nimmt die Beklagte im Wege der Nacherfüllung aus einem Autokauf auf Lieferung eines Ersatzfahrzeugs in Anspruch. Die Beklagte ist Vertragshändlerin der Volkswagen AG.

Mit Auftragsbestätigung vom 2. April 2015 (Anlage K1) bestätigte die Beklagte gegenüber dem Kläger den Abschluss eines Kaufvertrages vom 30. März 2015 über ein neues Kraftfahrzeug der Marke VW-PKW Tiguan Sport & Style, 4MOTION BM Techn. 2,0 | TDI 103 kW (140 PS) 7-Gang-Doppelkupplungsgetriebe DSG sowie weiteren Sonderausstattungen zu einem Kaufpreis von € 43.724,-.

In dem am 1. Juli 2015 ausgelieferten PKW ist ein Dieselmotor des Herstellers Volkswagen AG aus der Motorbaureihe EA 189 verbaut, der für die Abgasnorm Euro 5 zertifiziert und werkseitig mit einer Steuersoftware versehen war, die zwischen Testbetrieb und normalem Fahrbetrieb unterschied. Außerhalb des Testbetriebs wurden die Schadstoffgrenzwerte für die Abgasnorm 5 nicht eingehalten.

Nachdem der Hersteller ein Software-Update entwickelt hatte, um den Modus des Prüfstands auch im regulären Fahrbetrieb zu gewährleisten, ließ der Kläger das Update durch die Beklagte am 19. Juli 2016 an seinem Fahrzeug durchführen.

Das vertragsgegenständliche Modell des VW Tiguan wird zwischenzeitlich nicht mehr hergestellt. In der aktuellen Serienproduktion ist – abgesehen von der Änderung der Software und optischen Unterschieden – ein Motor des Typs EA 288 verbaut, der mit der Abgasnorm Euro 6 zertifiziert und über eine andere Leistungsstärke verfügt. Erstmals wurde ein sog. „modularer Querbaukasten“ verbaut.

Im Übrigen wird für den erstinstanzlichen Sach- und Streitstand auf die tatsächlichen Feststellungen im angefochtenen Urteil Bezug genommen.

Der Kläger hat erstinstanzlich die Nachlieferung eines mangelfreien fabrikneuen typengleichen Ersatzfahrzeuges aus der aktuellen Serienproduktion des Herstellers mit identischer technischer Ausstattung Zug um Zug gegen Rückübereignung des von ihm erworbenen VW Tiguan verlangt.

Das Landgericht hat der Klage durch Urteil vom 7. März 2018 vollumfänglich - einschließlich des weitergehenden Feststellungsbegehrens im Hinblick auf einen eingetretenen Verzug auf Seiten der Beklagten sowie geltend gemachter Rechtsanwaltskosten - stattgegeben. Aufgrund der Mani-

pulationssoftware zum Zeitpunkt des Gefahrübergangs sei das Fahrzeug mangelhaft gewesen. Die gewählte Nacherfüllung durch Neulieferung eines Fahrzeugs sei nicht unverhältnismäßig. Insbesondere könne der Kläger nicht auf das zwischenzeitlich durchgeführte Software-Update verwiesen werden, da die nach § 439 Abs. 3 BGB gebotene Interessenabwägung zu seinen Gunsten ausfalle. Aufgrund der vorgetragenen technischen Bedenken bestehe jedenfalls der plausible Verdacht, dass das Software-Update keine ausreichende Nachbesserung sei. Hinzu komme ein auf unabsehbare Zeit verbleibender Minderwert des Fahrzeugs.

Eine Nachbesserung sei dem Kläger auch angesichts der nachhaltigen Störung des Vertrauensverhältnisses zwischen den Parteien nicht zumutbar. Angesichts der herstellerbedingten Täuschung sei für den Käufer nicht nachvollziehbar, warum dieses Update nicht schon von vornherein eingebracht worden sei. Das Verhalten der Herstellerin sei der Beklagten auch zuzurechnen, da das Software-Update nur von der Herstellerin zu erhalten sei.

Dem Kläger sei auch nicht vorzuwerfen, dass er das Software-Update habe aufspielen lassen. Damit habe er insbesondere auch nicht die Nachbesserung akzeptiert, da er hiermit lediglich öffentlich-rechtlichen Zwängen nachgekommen sei. Es sei nicht widersprüchlich, einerseits der Nachbesserung des Herstellers nicht zu vertrauen, andererseits aber die Mangelfreiheit eines auf den Markt gekommenen Neufahrzeugs dieses Herstellers anzunehmen.

Eine Nachlieferung sei nicht unmöglich im Sinne des § 275 Abs. 1 BGB. Zwar weise der „Tiguan II“ im Vergleich mit dem „Tiguan I“ Änderungen auf; diese seien aber nicht so erheblich, als dass der „Tiguan II“ einer eigenen Gattung angehören würde. Die Abweichungen zwischen den Modellen seien als gering zu bewerten und wären dem Kunden nach Ziffer 6 der Neuwagen-Verkaufsbedingungen zuzumuten, falls die Volkswagen AG nach der Bestellung, aber vor der Auslieferung des Fahrzeugs an den Kläger die Produktion des „Tiguan I“ eingestellt und auf den „Tiguan II“ umgestellt hätte. Soweit die Beklagte auf andere technische Merkmale verweise, seien derartige Details in aller Regel für den Verbraucher nicht von Bedeutung und ihm auch nicht bekannt.

Einem Anspruch auf Nachlieferung stehe auch nicht die Erklärung des Herstellers entgegen, wonach jedem Kunden für 24 Monate zugesagt werde, eventuellen Beschwerden im Zusammenhang mit den technischen Maßnahmen an den Fahrzeugen nachzugehen. Die als Anlage B10 vorliegende Bescheinigung zeige nur, dass der Hersteller davon ausgehe, mit dem Update seien alle Probleme gelöst.

Gemäß § 474 Abs. 2 S. 1 BGB a.F. schulde der Kläger schließlich auch keinen Nutzungersatz.

Gegen dieses Urteil, das ihr am 12. März 2018 zugestellt worden ist, hat die Beklagte mit einem am 23. März 2018 eingegangenen Schriftsatz Berufung eingelegt und diese innerhalb verlängerter Frist mit einem am 8. Juni 2018 eingegangenen Schriftsatz begründet.

Mit ihrer Berufung verfolgt die Beklagte ihren Klagabweisungsantrag weiter.

Ein Gewährleistungsanspruch des Klägers sei schon deshalb ausgeschlossen, weil das streitgegenständliche Fahrzeug nicht mangelhaft gewesen sei. Die verbaute Technik stelle keine verbotene Abschaltvorrichtung dar. Jedenfalls aber sei ein etwaiger Mangel angesichts der für die Mangelbeseitigung anfallenden Kosten von unter € 100,- nicht bedeutend. Kosten für die Entwicklung der Software seien nicht zu berücksichtigen, da es sich hierbei um „Sowieso-Kosten“ handle. Das Fahrzeug sei auch ohne das Update technisch durchgehend sicher und uneingeschränkt gebrauchstauglich gewesen. Weder sei bei Gefahrübergang eine „Stilllegung des Fahrzeugs“ zu befürchten gewesen noch habe ein Entzug der EG-Typgenehmigung gedroht.

Eine Nachlieferung sei angesichts der Produktionseinstellung des Vorgängermodells unmöglich. Bei Fahrzeugen aus der aktuellen Serie handle es sich aufgrund erheblicher Unterschiede zum Vorgängermodell um eine andere Gattung.

Auch die Neuwagen-Verkaufsbedingungen würden keinen Anspruch auf Neulieferung rechtfertigen, da es sich hierbei ausschließlich um einen einseitigen Änderungsvorbehalt während der Lieferzeit handle.

Das Nachlieferungsverlangen des Klägers sei unverhältnismäßig. Während sich die Kosten für die Nachlieferung - im Ergebnis der Differenz zwischen Alt- und Neuwagen - auf € 13.666,- belaufen würden, seien für die Nachbesserung weniger als € 100,- anzusetzen.

Dass dem Kläger nach dem Software-Update weiterhin Nachteile entstehen, sei nicht substantiiert dargetan. Aufgrund des Freigabebescheids des Kraftfahrt-Bundesamts vom 1. Juni 2016 (Anlage B6) stehe vielmehr fest, dass das Software-Update einen etwaigen Mangel beseitigt habe und eine Wertminderung am klägerischen Fahrzeug nicht drohe. Zudem könne sich der Kläger auf die von der Volkswagen AG ausgehändigte Bescheinigung (Anlage B10) und die hiermit verbundene vertrauensbildende Maßnahme des Herstellers in Bezug den auf Erfolg des durchgeführten Updates berufen.

Für die Annahme eines Vertrauensverlusts zwischen den Parteien fehle es an einer hinreichenden Tatsachengrundlage. Auch die Beklagte habe von der sog. Diesel-Thematik erst aus der Presse erfahren. Kenntnis und Verhalten des Herstellers seien ihr nicht zurechenbar.

Der Kläger sei auch nicht zur Durchführung des Software-Updates „gezwungen“ gewesen, da anderenfalls eine Stilllegung seines Fahrzeugs gedroht hätte. Etwaige Nachteile durch eine verweigerte Teilnahme an der Umrüstung wären allein ihm zuzurechnen.

Der Kläger habe gemäß §§ 439 Abs. 4 a.F., 346 BGB Nutzungsersatz zu leisten. Gebrauchs- und Nutzungsvorteile seien vollumfänglich in die Abrechnung einzustellen.

Die Beklagte beantragt,

das Urteil des Landgerichts Hamburg vom 7. März 2018, Az. 329 O 105/17, im Umfang der Beschwer der Beklagten abzuändern und die Klage abzuweisen.

Der Kläger beantragt,

die Berufung zurückzuweisen.

Der Kläger verteidigt das angefochtene Urteil unter Wiederholung und Vertiefung seines erstinstanzlichen Vortrags.

Er hat innerhalb der Berufungserwiderungsfrist Anschlussberufung eingelegt und seinen darin enthaltenen Hilfsantrag - gerichtet auf Nachlieferung eines typengleichen Ersatzfahrzeugs aus der aktuellen Serienproduktion mit entsprechender technischer Ausstattung wie das von ihm erworbene Fahrzeug - zuletzt mit Schriftsatz vom 13. November 2018 konkretisiert. Höchst hilfsweise begehrt er unter Anrechnung von Nutzungsersatz für 43.652 gefahrene Kilometer (Stand 20. Juli 2018) und einer unterstellten Gesamtlauflistung von 500.000 Kilometern die Rückzahlung des Kaufpreises aus Bereicherungsrecht.

Der Kläger meint, der Kaufvertrag sei nach § 134 BGB wegen Verstoßes gegen § 27 Abs. 1 der EG-Fahrzeuggenehmigungsverordnung (EG-FGV) nichtig, da die Beklagte unter Verstoß gegen diese Vorschrift ein Fahrzeug ohne gültige Übereinstimmungsbescheinigung verkauft habe.

Der Kläger beantragt hilfsweise,

die Beklagtenpartei zu verurteilen, der Klägerpartei ein mangelfreies fabrikneues typengleiches Ersatzfahrzeug des VW Tiguan SCR 4 Motion 2.0 L TDI 110 kW (150 PS) in der Variante Highline mit entsprechender technischer Ausstattung wie das Fahrzeug 5N223R Tiguan Sport & Style 4MOTION BM Techn. 2,0 L TDI 103 kW (140 PS) 7-Gang-Doppelkupplungsgetriebe DSG, nämlich mit einer R4R4 Kryptongrau Metallic Lackierung und einer Ausstattung in Titanschwarz-Titangrau/Titanschwarz/Schwarz/Perlgrau sowie einer

Mehrausstattung mit S1 Bordwerkzeug und Wagenheber, einer Ausstattung entsprechend des WBB „Business“-Paket, einem PKA Dachhimmel in Perlgrau, der ONA Entfall der Schriftzüge für die Modell- und Motorbezeichnung an der Gepäckraumklappe, dem 3GN Gepäckraumboden herausnehmbar, der 8T2 Geschwindigkeitsregelanlage, des WHE „Highline Plus“-Paket inkl. Navigation, der WSM „LOUNGE“, der FC1 mit Individualeinbau, der 9ZU Mobiltelefonvorbereitung „Premium“, der 7QL Navigationsdaten für Westeuropa auf internem Speicher, dem 7X5 Parklenkassistent „Park Assist“ inkl. ParkPilot., dem R2X „RNS 510“, dem PSM Spurhalteassistent „Lane Assist“, der WQ1 Verkehrszeichen-erkennung, und WW6 Winterräder (zusätzlich) – 4 Stahlräder 6,5 J X 16, aus der aktuellen Serienproduktion des Herstellers nachzuliefern,

höchst hilfsweise,

die Beklagtenpartei zu verurteilen, der Klägerpartei EUR 43.724,- unter Anrechnung einer Nutzungsentschädigung in Höhe von 3.435,- nebst Zinsen in Höhe von 5%-Punkten über dem jeweiligen Basiszinssatz seit dem 23.6.15 zu bezahlen, Zug-um-Zug gegen Übereignung des Fahrzeugs 5N223R VW Tiguan Sport & Style 4MOTION BM Techn. 2,0 L TDI 103 kW (140 PS) z-Gang-Doppelkupplungsgetriebe DSG, FIN

Die Beklagte beantragt,

die Anschlussberufung zurückzuweisen.

Die Beklagte hält den erstmals in der Berufungsinstanz gestellten bereicherungsrechtlichen Hilfsantrag für unzulässig, im Übrigen für unbegründet. Ein Verstoß gegen § 27 EG-FGV liege objektiv nicht vor, da die Übereinstimmungsbescheinigung nicht „ungültig“ sei. Das streitgegenständliche Fahrzeug stimme inhaltlich mit dem zur Prüfung vorgestellten Typ überein. Bei der Vorschrift handele es sich auch nicht um ein Verbotsgesetz im Sinne von § 134 BGB.

II.

Die Berufung der Beklagten ist zulässig und begründet (A.). Die zulässige Anschlussberufung des Klägers ist unbegründet (B.).

A.

Der zulässige Klagantrag ist dahingehend auszulegen, dass der Kläger von der Beklagten die Lieferung eines typengleichen Fahrzeugs aus der aktuellen Serienproduktion, nämlich einen VW

Tiguan (II), mit einer Ausstattung verlangt, die derjenigen des gekauften Fahrzeugs gleichwertig und gleichartig ist.

1. Ein hierauf gerichteter Anspruch aus §§ 434, 437 Nr. 1, 439 Abs. 1 Alt. 2 BGB steht dem Kläger nicht zu.

Der Anspruch scheidet im Ergebnis auf der Rechtsfolgenseite daran, dass ein etwaiger Nacherfüllungsanspruch des Klägers die von ihm beehrte Nachlieferung eines Ersatzfahrzeugs aus aktueller Serienproduktion nicht umfasst. Ob die übrigen Voraussetzungen eines Gewährleistungsanspruchs vorliegen, kann deshalb dahingestellt bleiben.

Nach § 439 Abs. 1 BGB kann der Käufer bei einem Mangel der Kaufsache als Nacherfüllung nach seiner Wahl die Beseitigung des Mangels oder die Lieferung einer mangelfreien Sache verlangen. Eine Nacherfüllung scheidet jedoch insoweit aus, als sie in ihrer jeweiligen Form gemäß § 275 Abs. 1 BGB unmöglich ist (Münchener Kommentar/Westermann, BGB, 7. Auflage 2016, § 439 Rn. 16).

a) Gemäß § 275 Abs. 1 BGB ist der Anspruch auf Leistung ausgeschlossen, soweit diese für den Schuldner oder für jedermann unmöglich ist. Objektive Unmöglichkeit liegt vor, wenn die Leistung nach den Naturgesetzen oder nach dem Stand der Erkenntnis von Wissenschaft und Technik schlechthin nicht erbracht werden kann (BGH, Urteil vom 13. Januar 2011, III ZR 87/10, Rn. 10, juris). Weil das Leistungshindernis dabei stets die geschuldete Leistung betreffen muss, hat der Bestimmung der Unmöglichkeit eine Bestimmung der geschuldeten Leistung voranzugehen (Münchener Kommentar/Ernst, a.a.O., § 275 Rn. 34). Ist die Lieferung aus einer Gattung geschuldet, wird die Erfüllung unmöglich, wenn die gesamte Gattung untergeht bzw. auf dem Markt nicht mehr verfügbar ist (Erman/Westermann, BGB, 15. Auflage 2017, Rn. 3; Staudinger/Caspers, BGB, Neubearbeitung 2014, Rn. 20).

Aus dem Neuwagenkaufvertrag der Parteien vom 30. März 2015 / 2. April 2015 hatte der Kläger einen Anspruch auf Lieferung eines VW Tiguan (I) in der bestellten Ausstattungsvariante. Hierbei handelt es sich um eine Gattungsschuld, § 243 Abs. 1 BGB. Dass die Beschaffenheit eines nach den Wünschen des jeweiligen Käufers konfigurierten Fahrzeugs bis hin zu Sonderausstattungsfragen vorab festgelegt ist, steht der Annahme eines (individualisierten) Gattungskaufs nicht entgegen (Reinking/Eggert, Der Autokauf, 13. Auflage 2017, Rn. 403/404). Die Beklagte war deshalb verpflichtet, ein Fahrzeug mittlerer Art und Güte aus derselben Gattung zu leisten.

Eine Gattung bilden alle Gegenstände, die durch gemeinschaftliche Merkmale gekennzeichnet

sind und sich dadurch von anderen Gegenständen abheben. Welche Gattung konkret geschuldet ist, bestimmt sich unter Berücksichtigung der Verkehrsauffassung in erster Linie nach der Parteienvereinbarung. Die Vertragspartner haben es danach weitgehend in der Hand, durch genaue Bestimmung der maßgeblichen Eigenschaften begrenzte Warengattungen festzulegen (BGH, Urteil vom 23. November 1988, VIII ZR 247/87, Rn. 14, juris; Staudinger/Caspers, a.a.O., § 275 Rn. 21). Im Falle eines Fahrzeugkaufs bestimmt sich dessen Charakterisierung im Wesentlichen durch Marke, Baureihe, Typ, Karosserie und Motor (OLG Nürnberg, Urteil vom 15. Dezember 2011, 13 U 1161/11, Rn. 53, juris). Darüber hinaus kommt es dem Käufer eines Neuwagens - ebenso wie dem Gebrauchtwagenkäufer (vgl. insoweit BGH, Urteil vom 7. Juni 2006, VIII ZR 209/05, Rn. 24, juris) - neben dem bestimmten Fahrzeugtyp regelmäßig auf eine bestimmte Ausstattung des Fahrzeugs sowie dessen technische Eigenschaften und das äußere Erscheinungsbild an. Dem entspricht die hier von den Parteien vorgenommene Fahrzeugkonfiguration (Anlage K1), aus der die einzelnen Gattungsmerkmale, einschließlich der Motorisierung des Fahrzeugs, zu entnehmen sind.

Unstreitig wird der von dem Kläger gekaufte VW Tiguan der 1. Modellreihe mit der vorgenannten Fahrzeugkonfiguration seit 2015 nicht mehr hergestellt. Ein Fahrzeug der vom Kläger erworbenen Generation - noch dazu ohne den gerügten Mangel in Form einer Abschalteneinrichtung - ist auf dem Markt nicht mehr vorhanden und damit nicht mehr lieferbar. Ist ein modellgleiches Fahrzeug nicht nachlieferbar, weil der Hersteller die Produktion dieses Modells entweder komplett oder in der ursprünglich bestellten Version eingestellt hat, und kann der Verkäufer auch anderweitig (am Markt) keinen gleichartigen und gleichwertigen Ersatz beschaffen, liegt ein Fall der Unmöglichkeit gemäß § 275 Abs. 1 BGB vor (OLG Köln, Urteil vom 6. März 2018, 16 U 110/17, Rn. 5, juris; Witt NJW 2017, 3681, 3682; Reinking/Eggert, a.a.O., Rn. 727 m.w.N.).

b) Ein Neufahrzeug der aktuellen 2. Modellgeneration des VW Tiguan kann der Kläger nicht verlangen, da die heute produzierten Modelle nicht zu der Gattung des Kaufobjekts gehören, die dem streitgegenständlichen Kaufvertrag zugrunde liegt.

aa) Ob eine Ersatzlieferung in der vom Käufer gewünschten Form in Betracht kommt, ist nach dem im Wege der Auslegung anhand der Interessenlage und der Verkehrsanschauung gemäß §§ 133, 157 BGB zu ermittelnden Willen der Vertragsparteien bei Vertragschluss zu beurteilen. Möglich ist die Ersatzlieferung nach der Vorstellung der Parteien dann, wenn die Kaufsache im Falle ihrer Mangelhaftigkeit durch eine gleichartige und gleichwertige ersetzt werden kann (BGH, Urteil vom 7. Juni 2006, VIII ZR 209/05, Rn. 23, juris; OLG München, Beschluss vom 2. Juli 2018, 8 U 1710/17, Rn. 16, juris).

Bei der Bestimmung, was - noch - zur Gattung gehört, ist nach dem BGH (Urteil vom 17. Oktober 2012, VIII ZR 226/11, Rn. 24, juris) insbesondere auf den Sinn und Zweck der Nacherfüllungspflicht abzustellen. Bei dem Nacherfüllungsanspruch aus § 439 Abs. 1 BGB handelt es sich nach der gesetzgeberischen Konzeption der Schuldrechtsreform um eine Modifikation des ursprünglichen Erfüllungsanspruchs aus § 433 Abs. 1 BGB (BT-Drucks. 14/6040, S. 221). Bei der in § 439 Abs. 1 BGB als eine der beiden Alternativen der Nacherfüllung vorgesehenen Lieferung einer mangelfreien Sache decken sich der Nacherfüllungsanspruch und der ursprüngliche Erfüllungsanspruch hinsichtlich der vom Verkäufer geschuldeten Leistung; es ist lediglich anstelle der ursprünglich gelieferten mangelhaften Kaufsache nunmehr eine mangelfreie - im Übrigen aber gleichartige und gleichwertige - Sache zu liefern. Die Ersatzlieferung erfordert daher eine vollständige Wiederholung der Leistungen, zu denen der Verkäufer verpflichtet ist, nicht weniger, aber auch nicht mehr. Denn mit der Nacherfüllung soll lediglich eine nachträgliche Erfüllung der Verkäuferpflichten aus § 433 Abs. 1 S. 2 BGB durchgesetzt werden; der Käufer soll mit der Nacherfüllung das erhalten, was er vertraglich zu beanspruchen hat (BGH, a.a.O., Rn. 24; BGH, Urteil vom 15. Juli 2008, VIII ZR 211/07, Rn. 18; BGH, Urteil vom 13. April 2011, VIII ZR 220/10, Rn. 49, jeweils zitiert nach juris).

Maßgeblich ist somit, ob das von dem Kläger begehrte Fahrzeug der aktuellen Serienproduktion dem kaufvertragsgegenständlichen VW Tiguan „gleichartig und gleichwertig“ ist. Auch wenn im Falle eines Neuwagenkaufs eine absolute Identität im Hinblick auf alle Ausstattungsmerkmale und Varianten nicht zu fordern ist (vgl. Reinking/Eggert, a.a.O., Rn. 727), fehlt es vorliegend an einer solchen Vergleichbarkeit. Insbesondere kann eine materielle Gleichartigkeit und Gleichwertigkeit nicht schon dadurch hergestellt werden, dass sie auf prozessualen Weg in die jeweiligen Anträge integriert wird, indem ein „typengleiches“ Ersatzfahrzeug mit „identischer“ bzw. „entsprechender technischer Ausstattung“ wie das Altfahrzeug begehrt wird (OLG München, Beschluss vom 2. Juli 2018, 8 U 1719/17, Rn. 25, juris).

bb) Eine Auslegung des Kaufvertrags unter Berücksichtigung der Interessen der Parteien und der allgemeinen Verkehrsanschauung ergibt, dass ein Fahrzeug der aktuellen Serie, das im Vergleich zum Vorgängermodell des VW Tiguan wesentlichen technischen Änderungen unterzogen wurde, nicht mehr gleichartig und gleichwertig ist (ebenso für den hier relevanten Fahrzeugtyp des VW Tiguan: OLG Stuttgart, Beschluss vom 10. Oktober 2018, 13 U 10/18, Anlage BB-23; OLG München, Beschluss vom 3. August 2018, 8 U 1099/18, Anlage BB-24; OLG München, Beschluss vom 27. Februar 2018, 27 U 2793/17, Anlage BB-4; OLG Jena, Beschluss vom 24. April 2018, 1 U 742/17, Anlage BB-3; OLG Bamberg, Beschluss vom 7. November 2017, 1 U 106/17, Anlage BB-5; OLG Bamberg, Beschluss vom 20. September 2017, 6 U 5/17, juris).

Ein Vergleich der gattungsbestimmenden wesentlichen Fahrzeugdaten ergibt Folgendes: Die aktuell produzierten Fahrzeuge des VW Tiguan II verfügen im Kernbereich der Motorenleistung nicht mehr über einen Dieselmotor EA 189, sondern über eine andere Motorenreihe des Typs EA 288. Während die bisherigen Modelle 2.0 TDI unter anderem mit 140 PS (so das Klägerfahrzeug) oder niedriger motorisiert waren, stehen nun vier Dieselmotore von 115 bis zu 240 PS zur Verfügung. Die konkrete Motorisierung des klägerischen Fahrzeugs ist in der neuen Produktauswahl nicht mehr verfügbar. Entscheidend kommt hinzu, dass die aktuell hergestellten Fahrzeuge der 2. Generation eine höhere Emissionsklasse erfüllen, nämlich statt der Euro 5 die Euro 6 Abgasnorm. Auch dies ist - nicht zuletzt aufgrund der durch den Kläger angeführten Problematik um Fahrverbote in deutschen Städten - eine wesentliche qualitative Abweichung vom vertragsgegenständlichen Modell. Wie sich dem von der Beklagten vorgelegten tabellarischen Vergleich (Schriftsatz vom 8. Juni 2016, Seite 21, Bl. 301 d.A.) zudem entnehmen lässt, unterscheiden sich die jeweiligen Modelle darüber hinaus hinsichtlich ihrer Verbrauchs- und Abgaswerte, der zu erreichenden Höchstgeschwindigkeiten sowie mit Blick auf einen im neuen Fahrzeugmodell standardmäßig verbauten SCR Katalysator. Neben technischen Neuerungen im Bereich der Sicherheit und Fahrassistenz sowie der Infotainmentausstattung kommt ein im aktuellen Fahrzeugtypus erstmals verbauter sog. modularer Querbaukasten hinzu, der die bisher im Fahrzeugaufbau verwendeten Plattformen ersetzt und einen Konstruktionsumbau bedingt. Unterschiede bestehen auch im äußeren Erscheinungsbild (vgl. Anlage B8). Sie betreffen unter anderem die Karosserie, ein verlängertes Außenmaß, ein vergrößertes Kofferraumvolumen und neu gestaltete Scheinwerfer.

Zu den vorstehenden Vergleichsdaten hat die Beklagte im Einzelnen substantiiert vorgetragen. Der Kläger ist den in Rede stehenden technischen Daten nicht substantiiert entgegengetreten, sondern hat sie - unter Ergänzung durch eigene Erkenntnisquellen (vgl. Anlagen K21, K 22) - im Wesentlichen für die von ihm unterstützte Rechtsansicht herangezogen, wonach die vorgetragenen Änderungen der Fahrzeuge gerade keinen Gattungswechsel begründen würden. Soweit er zuletzt im Rahmen seiner Berufungserwiderung einen unterschiedlichen Kraftstoffverbrauch sowie Angaben zum Kohlenstoffdioxid-Ausstoß mit Nichtwissen bestritten hat, ist dieses Bestreiten unbeachtlich, § 138 Abs. 4 ZPO. Dies gilt auch für seinen Hinweis auf vermeintlich widersprüchliche Angaben hinsichtlich des Gewichts der verglichenen Fahrzeuge. Nachdem dem Kläger die wesentlichen Eckdaten seines Fahrzeugs bekannt sind, wäre es ihm ohne Weiteres möglich gewesen, sich inhaltlich substantiiert zu dem Beklagtenvortrag zu äußern.

Im Übrigen sind die dargestellten Abweichungen offenkundig im Sinne von § 291 ZPO, da sie sich aus allgemein einfach zugänglichen, zuverlässige Quellen erschließen lassen. Dies zeigt ins-

besondere schon die eigene Bezugnahme des Klägers auf Informationen aus Wikipedia. Zur Vermeidung unnötiger Beweisaufnahmen kann auf der Grundlage von substantiiertem Parteivortrag auf diese zurückgegriffen werden (OLG München, Beschluss vom 2. Juli 2018, 8 U 1710/17, Rn. 22, juris; OLG Stuttgart, Beschluss vom 10. Oktober 2018, 13 U 10/18, Anlage BB-23).

Die technischen Daten sind nach alledem nicht beweisbedürftig. Ob der auf Nachlieferung eines Ersatzfahrzeugs aus der aktuellen Serienproduktion gerichtete Gewährleistungsanspruch des Klägers angesichts der zugrunde zu legenden Abweichungen der Fahrzeuge der ersten und zweiten Modellgeneration durchgreift, ist eine Rechtsfrage, die einem Sachverständigenbeweis nicht zugänglich ist.

cc) Wie sich den Fahrzeugdaten entnehmen lässt, weist das aktuelle Modell des VW Tiguan II in nahezu allen aufgeführten technischen Merkmalen andere (verbesserte) Werte auf als das nach dem Kaufvertrag geschuldete Modell. Bei diesen Abweichungen handelt es sich nicht lediglich um marginale Veränderungen, die alternativ auch als sog. „Facelift“ bezeichnet werden können, sondern vielmehr um solche, die qualitativ wesentliche Bereiche der Fahrzeugcharakterisierung betreffen, einschließlich der Motorisierung, der hiermit verbundenen Leistungssteigerung sowie der Zugehörigkeit zu einer bestimmten Emissionsklasse. Entscheidend ist im Übrigen nicht die Bezeichnung, sondern die Qualität der Veränderungen, aufgrund derer ein Fahrzeugmodell auf dem Markt von den Vorgängerversionen unterschieden und anders kategorisiert wird. Neue Modellreihen, höhere Motorisierungen und Zertifizierungen für bessere Abgasnormen gehen in den einschlägigen Käuferkreisen bzw. nach der Verkehrsanschauung regelmäßig mit einer höheren Wertigkeit einher, die sie z.B. aufgrund der uneingeschränkten Einsetzbarkeit im Straßenverkehr und der Erfüllung der Abgasnorm auch tatsächlich haben (OLG München, a.a.O., Rn. 27, juris).

Soweit der Kläger ausführt, technische Details der seither weiter entwickelten Modellreihe des Tiguan seien ihm nicht bekannt bzw. seien für ihn von lediglich untergeordneter Bedeutung gewesen, kommt es hierauf nicht an, da die Parteien die geschuldete Gattung durch die konkrete Fahrzeugkonfiguration vertraglich bestimmt haben. Das begehrte Neufahrzeug der aktuellen Serienproduktion gehört angesichts dessen nicht der gleichen Gattung an, sondern stellt ein von der Beklagten nicht geschuldetes „aliud“ dar (ebenso für den Nachlieferungsanspruch eines Fahrzeugs aus aktueller Serie OLG Jena, Urteil vom 15. August 2018, 7 U 721/17; OLG München, Beschluss vom 2. Juli 2018, 8 U 1710/17; Beschluss vom 3. August 2018, 8 U 1099/18; OLG Köln, Beschluss vom 6. März 2018, 16 U 110/17; OLG Stuttgart, a.a.O.; OLG Bamberg, Beschluss vom 20. September 2017, 6 U 5/17, jeweils zitiert nach juris).

Dass ein Fahrzeug einer neueren Modellreihe einer anderen Gattung als das Vorgängermodell angehört, wird ohne weiteres deutlich, bedenkt man den umgekehrten Fall, in dem der Verkäufer den Kaufvertrag über ein neues Fahrzeugmodell etwa aufgrund von Liefer- oder Produktionschwierigkeiten mit einem solchen des Vorgängermodells erfüllen möchte. Da der Verkäufer gemäß § 243 BGB lediglich ein Fahrzeug mittlerer Art und Güte schuldet, müsste ihm eine solche Erfüllung möglich sein, ohne dass der Kläger einwenden könnte, es handele sich bei dem Vorgängermodell um eine andere als die geschuldete Leistung. Einziges denkbare Regulativ wäre hier eine Billigkeitskontrolle nach Ziffer IV. 6. der dem Kaufvertrag ggf. zugrunde liegenden Neuwagen-Verkaufsbedingungen (vgl. hierzu sogleich unter b). Ein solches Ergebnis würde ersichtlich weder den Parteiinteressen noch der Verkehrsanschauung gerecht.

b) Ein weitergehendes Verständnis des Gattungsbegriffs ergibt sich auch nicht aus Ziffer IV. 6. der dem Kaufvertrag zugrunde liegenden Neuwagen-Verkaufsbedingungen, wonach sich der Verkäufer während der Lieferzeit Konstruktions- oder Formänderungen, Abweichungen im Farbton sowie Änderungen des Lieferumfangs seitens des Herstellers vorbehält, sofern die Änderungen oder Abweichungen unter Berücksichtigung der Interessen des Verkäufers für den Käufer zumutbar sind. Zwar stehen die vertraglichen Vereinbarungen über die Gattung gemäß §§ 133, 157 BGB grundsätzlich der ergänzenden Auslegung offen. Vor dem Hintergrund, dass der Verkäufer es zwischen Kaufvertragsschluss und Fahrzeugauslieferung nicht in der Hand hat, dass der Fahrzeughersteller Modelländerungen vornimmt, beinhaltet diese Klausel allerdings lediglich ein einseitiges, auf Änderungen während der Lieferzeit beschränktes Leistungsbestimmungsrecht des Verkäufers gemäß § 315 Abs. 1 BGB. Einen spiegelbildlichen Anspruch des Käufers auf Lieferung eines Fahrzeugs, das von der vereinbarten Gattung abweicht, gewährt die Regelung nicht (OLG Köln, Beschluss vom 6. März 2018, 16 U 110/17, Rn. 13; OLG München, Beschluss vom 2. Juli 2018, 8 U 1710/17, Rn. 28; Reinking/Eggert, a.a.O., Rnrn. 408, 544).

Die Lieferung aus der dem Vertrag zugrundeliegenden Gattung ist nach alledem aufgrund der Produktionseinstellung des von dem Kläger bestellten Fahrzeugs dauerhaft objektiv nicht mehr möglich. Der Käufer ist hierdurch auch nicht etwa schlechter gestellt, da ihm zur Sicherung der Äquivalenz von Leistung und Gegenleistung die Gewährleistungsrechte im Übrigen zustehen.

Soweit der Kläger meint, durch dieses Ergebnis würde ein Hersteller wie hier die Volkswagen AG durch Manipulation der ganzen Gattung noch „belohnt“, da sich nun die Käufer in der allein verbleibenden Rücktrittslösung die gezogenen Nutzungen gegenüber dem Verkäufer anrechnen lassen müssten, ist dies für die hier allein in Rede stehende Anwendbarkeit und Auslegung der Gewährleistungsvorschriften im Verhältnis zum Verkäufer ohne Belang.

2. Mangels Begründetheit des Hauptantrags bleiben auch die Klageanträge zu Ziffer 2) und 3) bezüglich der Nebenansprüche im Ergebnis ohne Erfolg.

B.

Die zulässige Anschlussberufung des Klägers ist zurückzuweisen.

1. Soweit der Kläger hilfsweise die Ersatzlieferung eines Neufahrzeugs aus aktueller Serienproduktion - zuletzt nochmals konkretisiert mit Antrag gemäß Schriftsatz vom 13. November 2018 in der dort dargestellten Fahrzeugvariante „Highline“ und den weiter aufgeführten Ausstattungsmerkmalen - begehrt, ist angesichts der deckungsgleichen Auslegung des Hauptantrags bereits zweifelhaft, inwieweit dem Hilfsantrag eine darüber hinausgehende inhaltliche Berechtigung zukommt. Aus den oben dargelegten inhaltlichen Gründen hat jedoch auch der so formulierte Hilfsantrag keinen Erfolg.

2. Dem Kläger steht schließlich auch kein Anspruch auf Rückzahlung des Kaufpreises Zug um Zug gegen Rückübereignung seines PKW VW Tiguan aus § 812 Abs. 1 S. 1 BGB zu.

Entgegen der Auffassung des Klägers erfolgte die Zahlung des Kaufpreises an die Beklagte nicht ohne Rechtsgrund. Der Kaufvertrag ist nicht gemäß § 134 BGB in Verbindung mit § 27 Abs. 1 EG-Fahrzeuggenehmigungsverordnung (EG-FGV) nichtig. Nach dieser Vorschrift dürfen Neufahrzeuge im Inland nur feilgeboten, veräußert oder in Verkehr gebracht werden, wenn sie mit einer gültigen Übereinstimmungsbescheinigung versehen sind.

Dabei kann dahinstehen, ob das Erfordernis der Gültigkeit im Sinne des § 27 EG-FGV in einem materiellen oder aber in einem formellen Sinn zu verstehen ist. Selbst wenn die Beklagte unter Verstoß gegen § 27 EG-FGV ein Fahrzeug verkauft hätte, würde dies nicht die Nichtigkeit des seinerzeit geschlossenen Kaufvertrags gemäß § 134 BGB nach sich ziehen.

Für die nach § 134 BGB gebotene Abwägung ist wesentlich, ob sich das betreffende Verbot an alle Beteiligten des Geschäfts richtet, das verhindert werden soll, oder ob es nur eine Partei bindet. Sind beide Teile Adressaten des Verbots, kann regelmäßig angenommen werden, das verbotswidrige Geschäft solle keine Wirkungen entfalten. Richtet sich das Verbot dagegen nur gegen eine Partei, ist regelmäßig der gegenteilige Schluss gerechtfertigt (BGH, Urteil vom 14. Dezember 1999, X ZR 34/98, Rn. 18, juris).

Die Vorschrift des § 27 Abs. 1 EG-FGV richtet sich in allen Handlungsalternativen des Feilbietens, Veräußerns und Inverkehrbringens einseitig an den Verkäufer. Im Falle eines einseitigen Verbots

kommt die nach § 134 BGB vorgesehene Rechtsfolge nur in Betracht, wenn dem Verbot ein Zweck zugrunde liegt, der gleichwohl die Nichtigkeit des ganzen Rechtsgeschäfts erfordert (BGH, a.a.O.). Dies trifft vorliegend nicht zu. Zur Sicherung der Übereinstimmung der Produktion mit dem genehmigten Fahrzeugtyp sieht die Regelung des § 25 EG-FGV diverse Möglichkeiten des Kraftfahrt-Bundesamts vor, einschließlich des Widerrufs der Typengenehmigung. Einer zusätzlichen zivilrechtlichen Sanktionswirkung in Form der Nichtigkeit des Kaufvertrags bedarf es hierfür nicht.

Auch der Aspekt des Käuferschutzes erfordert eine Nichtigkeit des Kaufvertrags nicht. Im Gegenteil gebietet ein effektiv ausgerichteter Käuferschutz gerade, dass dem Vertrag seine rechtliche Grundlage nicht entzogen wird. Anderenfalls würde man dem Käufer seine Rechte aus §§ 434 ff. BGB nehmen und ihn stattdessen auf abstrakt ungünstigere bereicherungsrechtliche Vorschriften verweisen. Zu Lasten des Verkäufers, bei dem es sich in der Regel nicht um den Hersteller des Fahrzeugs handelt, würden zudem bei Annahme einer Vertragsnichtigkeit die kaufvertraglichen Verjährungsvorschriften unterlaufen. Eine solche Schlechterstellung gegenüber den vertragsrechtlichen Sicherungen (beider Parteien) ist vom Schutzzweck des § 27 EG-FGV nicht geboten (*Armbrüster NJW 2018, 3481, 3485*; vgl. auch OLG Köln, Beschluss vom 16. Juli 2018, 5 U 82/17, Rn. 11, juris; OLG Stuttgart, Beschluss vom 1. August 2018, 12 U 179/17, Anlage BB-28).

C.

Die prozessualen Nebenentscheidungen folgen aus §§ 91, 708 Nr. 10, 711 ZPO.

Anlass, die Revision zuzulassen, bestand nicht, weil die Voraussetzungen des § 543 Abs. 2 S. 1 ZPO nicht vorliegen. Die Rechtssache hat weder grundsätzliche Bedeutung noch erfordert die Fortbildung des Rechts oder die Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung eine Entscheidung des Revisionsgerichts. Etwas anderes gilt auch nicht deshalb, weil der Bundesgerichtshof mit Beschluss vom 16. Oktober 2018 (VIII ZR 225/17, juris) in einem vom OLG Bamberg entschiedenen Parallelverfahren (Beschluss vom 20. September 2017, Az. 6 U 5/17) die Revision zugelassen hat. Das OLG Bamberg hat die vorliegend allein maßgebliche Frage, ob ein Anspruch auf Lieferung aus der neuen Serie besteht, ausdrücklich offengelassen (Hinweisbeschluss vom 2. August 2017, Rn. 27, juris; Beschluss vom 20. September 2017, Rn. 20, juris).

Vorsitzender Richter
am Oberlandesgericht

Richter
am Oberlandesgericht

Richterin
am Landgericht

