

**Titel:**

**Verjährung des Nachlieferungsanspruchs bei mangelhaftem Kfz**

**Normenkette:**

BGB § 166, § 241 Abs. 2, § 242, § 275 Abs. 1, § 311, § 434, § 437 Nr. 1, § 438 Abs. 1 Nr. 3, § 439 Abs. 3  
ZPO § 538

**Leitsätze:**

1. Nach § 438 Abs. 3 BGB verjähren die Mängelansprüche in Arglistfällen in der regelmäßigen Verjährungsfrist der §§ 195, 199 BGB. Gerade vor dem Hintergrund, dass der arglistig Handelnde ansonsten privilegiert würde, erstreckt sich die Verweisung auf das allgemeine Verjährungsrecht nicht nur auf die Frist des § 195 BGB, sondern auch auf den Fristbeginn nach § 199 BGB. Damit beginnt die Verjährungsfrist innerhalb der Höchstgrenze erst mit Kenntnis des Mangels. Arglistiges Verschweigen eines Mangels ist in diesem Zusammenhang so zu verstehen, dass der Verkäufer einen Mangel verschweigt, den er zumindest für möglich hält und dabei billigend in Kauf nimmt, dass der Käufer den Mangel nicht kennt und bei Kenntnis den Vertrag jedenfalls nicht so abgeschlossen hätte. (Rn. 27) (redaktioneller Leitsatz)
2. Die Berufung auf die Einrede der Verjährung kann zwar im Einzelfall eine unzulässige Rechtsausübung darstellen, wenn sich objektiv das Gesamtbild eines widersprüchlichen Verhaltens ergibt, weil das frühere Verhalten mit dem späteren sachlich unvereinbar ist und Interessen der Gegenseite im Hinblick darauf vorrangig schutzwürdig erscheinen. Es ist jedoch nicht als treuwidrig zu bewerten, wenn in einer im Vertragsrecht üblichen Konstellation und bei der in § 438 BGB angelegten Risikoverteilung letztlich der Käufer und nicht der ebenfalls gutgläubige Verkäufer das Risiko der Mangelhaftigkeit trägt. (Rn. 30) (redaktioneller Leitsatz)

**Schlagworte:**

Zurechnung, Arglist, Verjährung, Einrede, Verzicht, unzulässige Rechtsausübung, Kraftfahrzeug

**Fundstellen:**

BeckRS 2019, 13213  
NJOZ 2020, 574  
LSK 2019, 13213

**Tenor**

I. Die Berufung des Klägers gegen das Endurteil des Landgerichts Deggendorf, Az.: 22 O 638/17, wird zurückgewiesen.

II. Der Kläger hat die Kosten des Berufungsverfahrens zu tragen.

III. Das angefochtene Urteil und das Berufungsurteil sind vorläufig vollstreckbar. Der Kläger kann die Vollstreckung durch die Beklagte durch Sicherheitsleistung in Höhe von 110% des vollstreckbaren Betrags abwenden, es sei denn, dass die Beklagte vor der Vollstreckung Sicherheit in Höhe von 110% des zu vollstreckenden Betrages leistet.

IV. Die Revision wird nicht zugelassen.

**Tatbestand**

I.

1

Gegenstand des Berufungsverfahrens ist der klägerseits geltend gemachte Anspruch auf Nachlieferung im Rahmen kaufrechtlicher Gewährleistung (Kauf eines Pkw VW Tiguan am 19.09.2012). Zudem soll Annahmeverzug der Beklagten hinsichtlich der angebotenen Rückgewähr des Fahrzeugs festgestellt und die Verurteilung der Beklagten zur Freistellung des Klägers von vorgerichtlichen Rechtsanwaltskosten erreicht werden.

**2**

Das Landgericht Deggendorf hat am 11.09.2018 mündlich verhandelt und die im Wesentlichen auf Nachlieferung der Kaufsache gerichtete Klage abgewiesen. Auf das am 16.10.2018 verkündete Urteil des Landgerichts Deggendorf, berichtigt mit Beschluss vom 19.11.2018, wird Bezug genommen.

**3**

Mit seiner Berufung verfolgt der Kläger die erstinstanziell gestellten Anträge weiter.

**4**

Er wendet sich gegen die Auffassung des Landgerichts, dass dem von der Klagepartei geltend gemachten Nachlieferungsanspruch gem. § 434, § 437 Nr. 1, § 439 BGB die Unmöglichkeit der Nachlieferung gem. § 275 Abs. 1 BGB entgegenstehe; diese Ansicht sei nicht haltbar. Die vom Landgericht vertretene Ansicht, dass der von der Klagepartei erworbene VW Tiguan und der nun im Rahmen der Nachlieferung geforderte VW Tiguan aus der aktuellen Serienproduktion des Herstellers zwei unterschiedlichen Gattungen angehören würden, sei nicht vertretbar. Auch ergebe die Auslegung des Vertrages, dass keine Unmöglichkeit vorliege. Im vorliegenden Fall sei zwischen den Parteien unstreitig eine Gattungsschuld vereinbart worden. Unter Berücksichtigung des Willens der Vertragsparteien seien bei der Bestimmung der vereinbarten Gattung die in den Kaufvertrag miteinbezogenen Neuwagen-Verkaufsbedingungen insbesondere deren Ziffer IV. 6. zu beachten. Diese Klausel umfasse insbesondere den Modellwechsel. Es handele sich jedoch nicht einmal um einen Modellwechsel, sondern um eine reine Modellpflege (Facelift), die bereits impliziere, dass die Neuerungen geringfügig seien.

**5**

Des Weiteren sei die Nachbesserung nicht möglich. Die Klagepartei müsse sich deshalb nicht auf die Nachbesserung verweisen lassen. Zudem finde die - bei fehlerhafter Prüfung vom Landgericht zu berücksichtigende - Einrede der relativen Unverhältnismäßigkeit nach § 439 Abs. 3 BGB bereits mangels Möglichkeit der Nachbesserung keine Anwendung. Die einzige Möglichkeit, den vertraglichen Verpflichtungen nachzukommen, sei die Nachlieferung.

**6**

Zudem bestehe der Nachlieferungsanspruch auch aus § 311, § 241 Abs. 2 BGB. Bei der Vertragshändler-Hersteller-Beziehung in der Automobilbranche handele es sich um eine einmalige Verzahnung. Diese rechtfertige, zumindest dem Vertragshändler das arglistige Verhalten der Mitarbeiter der VW AG zuzurechnen.

**7**

Im Übrigen wird auf den weiteren Inhalt der Berufungsbegründung vom 21.01.2019 (Bl. 592/618 d. A.) Bezug genommen.

**8**

Der Kläger beantragt,

das Urteil des Landgerichts Deggendorf vom 16.10.2018, Az.: 22 O 638/17, aufzuheben und den Rechtsstreit zur erneuten Verhandlung und Entscheidung an das LG Deggendorf zurückzuverweisen,

hilfsweise,

das Urteil des Landgerichts Deggendorf vom 16.10.2018, Az.: 22 O 638/17, wie nachfolgend abzuändern:

1. Die Beklagte zu verurteilen, dem Kläger ein gleichartiges und gleichwertiges Ersatzfahrzeug aus der aktuellen Serienproduktion des Herstellers mit identischer technischer Ausstattung wie das Fahrzeug VW Tiguan 4MOTION 2.0 TDI, FIN ...99 gemäß der bereits als Anlage K 1 vorgelegten Rechnung vom 21.01.2013 Zug um Zug gegen die Rückübereignung des mangelhaften Fahrzeugs VW Tiguan 4MOTION 2.0 TDI, ...99 nachzuliefern.

2. Festzustellen, dass sich die Beklagte mit der Rücknahme des im Klageantrag Ziffer 1. genannten Fahrzeugs in Verzug befindet,

3. die Beklagte zu verurteilen, den Kläger von den durch die Beauftragung der Prozessbevollmächtigten des Klägers entstandenen vorgerichtlichen Rechtsanwaltskosten in Höhe von € 2.256,24 freizustellen.

**9**

Die Beklagte beantragt

die Berufung als unzulässig zu verwerfen,

hilfsweise: Die Berufung zurückzuweisen.

**10**

Die Beklagte verteidigt die erstgerichtliche Entscheidung. Das Urteil weise keine wesentlichen Mängel und auch keine Verfahrensmängel auf; die Voraussetzungen für eine Zurückverweisung, wie in § 538 ZPO normiert, fehlten und würden auch nicht dargelegt, womit der Hauptantrag bereits unzulässig wäre.

**11**

Darüber hinaus sei die Berufung insgesamt unzulässig, da sie nicht der gesetzlichen Form des § 520 Abs. 3 Nr. 2 ZPO entspreche, d. h. eine auf den Streitfall zugeschnittene Auseinandersetzung mit der Auffassung des erstinstanzlichen Gerichts enthalte. Auf individuelle Entscheidungsgründe gehe der Kläger mit keinem Wort ein. Zudem sei der hilfsweise Berufungsantrag auf Lieferung eines Ersatzfahrzeugs mangels ausweichender Bestimmtheit bereits unzulässig.

**12**

Das Landgericht habe rechtsfehlerfrei einen Nachlieferungsanspruch des Klägers bereits wegen Unmöglichkeit abgelehnt; im Hinblick auf die Unverhältnismäßigkeit der Nachlieferung hätte das Landgericht daher keine Entscheidung treffen müssen. Des Weiteren handele es sich bei der streitgegenständlichen Software ohnehin bereits nicht um einen Sach- oder Rechtsmangel im zivilrechtlichen Sinn.

**13**

Es sei hier tatsächlich ein Modellwechsel erfolgt. Ein VW Tiguan mit einer Diesel-Motorisierung der Leistung 125 kW/170 PS werde seit Oktober 2012 nicht mehr hergestellt. Überdies sei seit Juni 2016 ohnehin nur noch die zweite Modellgeneration des VW Tiguan erhältlich. Etwas anderes ergebe sich entgegen der Ansicht des Klägers auch nicht aus Ziffer IV. 6. der Neuwagen-Verkaufsbedingungen. Es handele sich dabei um einen Vorbehalt für Änderungen während der Lieferzeit.

**14**

Der vom Kläger begehrte Umfang der Nachlieferung sei unmöglich, weil der Kläger ein Aliud, ein Mehr gegenüber seinem ursprünglichen Erfüllungsanspruch verlange. Selbst wenn man die Möglichkeit einer Neulieferung unterstelle, scheitere der klageweise geltend gemachte Anspruch auf Neulieferung an der Unverhältnismäßigkeit einer Ersatzlieferung. Die Kosten der Nachlieferung überstiegen die Kosten der Nachbesserung (in Höhe von ca. 100,00 €) um ca. das 27.000-fache. Sie seien damit offensichtlich unverhältnismäßig.

**15**

Des Weiteren liege und lag keine Abweichung von der zwischen den Parteien vereinbarten Beschaffenheit des Fahrzeugs vor. Es hätte jederzeit und auch weiterhin über alle erforderlichen Genehmigungen verfügt; ein Sachmangel folge auch nicht aus angeblichen Gesundheitsschädigungen oder einer Funktionsuntauglichkeit des On-Board-Diagnosesystems. Entgegen der Meinung des Klägers leide das Fahrzeug auch nicht an einem unbehebbareren Rechtsmangel, da bei Gefahrübergang eine „Stilllegung des Fahrzeugs“ nicht zu befürchten gewesen sei. Die Betriebserlaubnis habe, wie sich aus § 19 Abs. 2 Straßenverkehrszulassungsordnung ergebe, Tatbestandswirkung.

**16**

Im Übrigen wird auf den weiteren Inhalt der Berufungserwiderung vom 15.04.2019 (Bl. 621/643 d. A.) Bezug genommen.

**17**

Mit Schriftsatz vom 07.05.2019 (Bl. 645/647 d. A.) erhob die Beklagte die Einrede der Verjährung unter Hinweis darauf, dass die im Kaufrecht geltende zweijährige Verjährungsfrist des § 438 Abs. 1 Nr. 3 BGB bereits im Januar 2015 abgelaufen sei.

**18**

Hierzu nahm die Klagepartei mit Schriftsatz vom 29.05.2019 (Bl. 653/656 d. A.), auf den verwiesen wird, Stellung.

**19**

Der Senat hat am 15.05.2019 mündlich verhandelt; auf die Sitzungsniederschrift (Bl. 650/652 d. A.) wird verwiesen.

## **Entscheidungsgründe**

II.

**20**

Die Berufung ist zulässig, aber nicht begründet.

**21**

1. Der Zulässigkeit der Berufung stehen Bedenken nicht entgegen. Dass der Antrag auf Aufhebung des Urteils und Zurückverweisung nicht begründet wurde, berührt die Zulässigkeit der Berufung nicht, zumal die hilfsweise gestellten Anträge den in I. Instanz gestellten entsprechen; es ist nicht erkennbar, dass sich aus § 520 Abs. 3 Satz 2 Nr. 1 ZPO ergebende Anforderungen an die Berufungsanträge hier nicht eingehalten wären. Ungeachtet dessen, dass die Berufungsbegründung Ausführungen enthält, die inhaltsgleich in weiteren Parallelverfahren vorgebracht werden, sind jedenfalls Umstände, aus denen sich die vermeintliche Rechtsverletzung und deren Erheblichkeit für die vorliegend angefochtene Entscheidung ergibt, angeführt, zumal im Zusammenhang mit der vom Landgericht als ein wesentlicher Grund für die Klageabweisung angeführten Unmöglichkeit der Nachlieferung gem. § 275 Abs. 1 BGB und der nach klägerischer Auffassung verfehlten Auslegung der Ziffer IV. 6. der Neuwagen-Verkaufsbedingungen. Von daher erfüllt die Berufungsbegründung auch die Anforderungen von § 520 Abs. 3 Satz 2 Nr. 2 ZPO.

**22**

2. Die Berufung ist jedoch nicht begründet. Die mit Schriftsatz der Beklagtenvertreter vom 07.05.2019 (Bl. 645/647 d. A.) erhobene Einrede der Verjährung greift durch und führt dazu, dass die Beklagte die Leistung betreffend die seitens des Klägers geltend gemachten Ansprüche gem. § 214 Abs. 1 BGB dauerhaft verweigern kann.

**23**

Die im Kaufrecht geltende zweijährige Verjährungsfrist des § 438 Abs. 1 Nr. 3 BGB war im Januar 2015 abgelaufen, da das vom Kläger am 19.09.2012 verbindlich bestellte streitgegenständliche Krafffahrzeug am 21.01.2013 an den Kläger ausgeliefert wurde.

**24**

An die Beklagte traten die anwaltlichen Vertreter des Klägers erstmals mit Schriftsatz vom 26.07.2017 (Anlage K 2) heran und machten Mängelansprüche geltend, wobei sie im Rahmen der vermeintlichen Nacherfüllungsrechte gem. § 439 BGB die Nachlieferung eines vertragsgemäßen mangelfreien Neuwagens forderten. Die Beklagte hat mit Schreiben vom 03.08.2017 (Anlage K 3) die Nachbesserung abgelehnt, woraufhin Klage am 27.12.2017 zum Landgericht Deggendorf erhoben worden war.

**25**

Tatsächlich sind etwaige Gewährleistungsansprüche aus § 434, § 435, § 437 BGB gem. § 438 Abs. 1 Nr. 3 BGB - entgegen der vom Kläger vertretenen Auffassung - verjährt.

**26**

Unerheblich ist in diesem Zusammenhang, ob die vom Kläger behaupteten Mängel Sach- (§ 434 BGB) oder Rechtsmängel (§ 435 BGB) darstellen, da die Gewährleistungsfristen gleichlaufen.

**27**

Auf § 438 Abs. 3 BGB kann sich der Kläger nicht berufen. Danach verjähren die Mängelansprüche in Arglistfällen in der regelmäßigen Verjährungsfrist der §§ 195, 199 BGB. Gerade vor dem Hintergrund, dass der arglistig Handelnde ansonsten privilegiert würde, erstreckt sich die Verweisung auf das allgemeine Verjährungsrecht nicht nur auf die Frist des § 195 BGB, sondern auch auf den Fristbeginn nach § 199 BGB. Damit beginnt die Verjährungsfrist innerhalb der Höchstgrenze erst mit Kenntnis des Mangels. Arglistiges Verschweigen eines Mangels ist in diesem Zusammenhang so zu verstehen, dass der Verkäufer einen Mangel verschweigt, den er zumindest für möglich hält und dabei billigend in Kauf nimmt, dass der Käufer den Mangel nicht kennt und bei Kenntnis den Vertrag jedenfalls nicht so abgeschlossen hätte. Hier kann

von eigener Kenntnis eines solchen Mangels bei der Beklagten zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses ohnehin nicht die Rede sein.

## 28

Soweit beim Hersteller des Fahrzeugs (VW AG) entsprechende Kenntnisse vorliegen sollten, können diese der Beklagten nicht nach § 166 BGB zugerechnet werden. Auch führen die für juristische Personen entwickelten Grundsätze hier nicht zu einer Wissenszurechnung; diese Rechtsprechung betrifft die Zurechnung des Wissens von Organvertretern im Verhältnis zu juristischen Personen. Letztere muss sich das Wissen aller ihrer vertretungsberechtigten Organe weiter zurechnen lassen, selbst wenn das „wissende“ Organmitglied an dem betreffenden Rechtsgeschäft nicht selbst mitgewirkt hat bzw. nichts davon gewusst hat (BGH, Urteil vom 17.05.1995, VIII ZR 70/94, Rn. 15). Die Herstellerin des Fahrzeugs, die VW AG und die Beklagte stehen sich jedoch als juristisch selbständige Personen gegenüber. Die Beklagte ist auch nicht als Handelsvertreterin der VW AG anzusehen. Nach der ständigen Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs ist der Vorlieferant des Verkäufers im Übrigen nicht dessen Gehilfe bei der Erfüllung der Verkäuferpflichten gegenüber dem Käufer; ebenso ist auch der Hersteller der Kaufsache nicht Erfüllungsgehilfe des Händlers, der die Sache an seinen Kunden verkauft hat (vgl. BGH NJW 2014, 2183, Tz. 31). Dementsprechend muss sich auch im Rahmen des § 123 BGB ein Automobilvertrags Händler nicht das Wissen des Herstellers zurechnen lassen (vgl. OLG Celle, Beschluss v. 30.06.2016, 7 W 26/16, OLG Hamm, Beschluss v. 18.05.2017, 2 U 39/17).

## 29

Die im klägerischen Schriftsatz vom 29.05.2019 angeführten Entscheidungen sind solche von Eingangsgerichten und Mindermeinung geblieben. Soweit in dem zitierten Hinweisbeschluss des LG Köln, 32 O 219/16, die Auffassung vertreten wird, die Gestaltung der Außendarstellung des Vertragshändlers führe dazu, „dass der unbefangene Kunde sie leicht für eine Niederlassung des Herstellers halten könnte“, letztlich sei „das gesamte äußere Erscheinungsbild eines Vertragshändlers durch die „Corporate Identity“ des Herstellers vorgegeben“, fehlt hierzu ein entsprechender Vortrag, jedoch spricht allein schon die Gestaltung der Rechnung vom 21.01.2013 (Anlage K 1) gegen ein derartiges Erscheinungsbild. Die Bezeichnung der Beklagten lautet, ohne dass hier ein Markenname zu entnehmen ist, auf „AVP A. GmbH & Co A. KG“, die Logos VW auf der Rechnung lassen auch nicht die Annahme entstehen, die Beklagte sei eine Werksniederlassung bzw. Konzerntochter der VW AG. Soweit die Klagepartei einen Beschluss des Senats vom 23.03.2017, 3 U 4316/16 zitiert, wonach der Verkäufer sich das Verhalten des Herstellers zurechnen lassen müsse, ist diese Passage in anderem Zusammenhang zu sehen, nämlich dahingehend, dass sich der Verkäufer insoweit das Verhalten des Herstellers zurechnen lassen muss, als er sich dessen Mithilfe zur Nacherfüllung zu Nutze macht. Auf die hier fragliche Thematik ist dies nicht übertragbar. Auch kann eine Wissenszurechnung nicht über eine analoge Anwendung des § 166 Abs. 2 BGB begründet werden. Der Senat folgt insoweit den zutreffenden Ausführungen des Oberlandesgerichts Hamm, Az.: 2 O 39/17, in seinem Beschluss vom 18.05.2017 (BeckRS 2017, 115495, Rn. 6). Für die in der Berufungsbegründung unter B. und C. herangezogenen weiteren angeblichen Anspruchsgrundlagen (vgl. dort S. 25/6) gilt das Vorstehende entsprechend.

## 30

Die Berufung der Beklagten auf die Einrede der Verjährung ist auch nicht treuwidrig im Sinne des § 242 BGB. Zwar kann im Einzelfall eine Rechtsausübung unzulässig sein, wenn sich objektiv das Gesamtbild eines widersprüchlichen Verhaltens ergibt, weil das frühere Verhalten mit dem späteren sachlich unvereinbar ist und Interessen der Gegenseite im Hinblick darauf vorrangig schutzwürdig erscheinen (BGH, Beschluss vom 28.07.2015, XII ZB 508/14). So liegt der Fall hier, ebenso wie in dem vom OLG Brandenburg, Beschluss v. 31.01.2017, Az.: 2 U 39/16 (BeckRS 2016, 126343, Rn. 20) entschiedenen Fall, nicht. Der Senat ist mit dem Oberlandesgericht Brandenburg der Auffassung, dass es nicht als treuwidrig zu bewerten ist, wenn in der vorliegenden im Vertragsrecht üblichen Konstellation und bei der in § 438 BGB angelegten Risikoverteilung letztlich der Käufer und nicht der ebenfalls gutgläubige Verkäufer das Risiko der Mangelhaftigkeit trägt. Die Beklagte hat beim Kläger zudem - A. eigener Kenntnis - im Hinblick auf den Lauf der Verjährung keinen besonderen Vertrauenstatbestand geschaffen. Soweit die Klagepartei unter Ziffer 3. ihres Schriftsatzes vom 29.05.2019 eine Anordnung des Kraftfahrt-Bundesamtes gegenüber der V. AG erwähnt, dass auf die Einrede der Verjährung verzichtet werde, hat die insoweit darlegungs- und beweispflichtige Beklagte nicht dargetan, dass die Beklagte gegenüber dem Kläger auf die Einrede der Verjährung verzichtet hätte. Solches ergibt sich auch nicht aus den vorgelegten Anlagen K 5 (Anordnung

des Kraftfahrt-Bundesamts vom 16.10.2015) noch aus der Mitteilung der V. AG vom 16.12.2015 (Anlage K 6, wo ausdrücklich nur von der V. AG die Rede ist).

**31**

Der Senat geht von einem Verzicht der Beklagten auf die Einrede der Verjährung sonach nicht aus.

**32**

Die Berufung des Klägers war nach alledem zurückzuweisen.

III.

Kosten: § 97 Abs. 1 ZPO; vorläufige Vollstreckbarkeit: § 708 Ziffer 10, § 711 ZPO.

**33**

Anlass, die Revision gem. § 543 Abs. 2 ZPO zuzulassen, sieht der Senat nicht. Dass dem Kfz-Vertragshändler nicht eine eventuelle Arglist des Herstellers zugerechnet wird, entspricht ständiger Rechtsprechung des BGH und der Obergerichte. Von diesen weicht das Urteil des Senats nicht ab.

Verkündet am 03.07.2019