

**Titel:**

**Fahrzeug, untersagung, Sachmangel, Vertragsschluss, Zulassung, Beschaffenheit, Software, Frist, Mangel, Form, Darlegung, Berufung, Herausgabe, Verfahren, Zug um Zug, Kosten des Rechtsstreits, ins Blaue hinein**

**Schlagworte:**

Fahrzeug, untersagung, Sachmangel, Vertragsschluss, Zulassung, Beschaffenheit, Software, Frist, Mangel, Form, Darlegung, Berufung, Herausgabe, Verfahren, Zug um Zug, Kosten des Rechtsstreits, ins Blaue hinein

**Rechtsmittelinstanz:**

OLG München, Endurteil vom 26.09.2025 – 36 U 5580/22

**Tenor**

1. Die Klage wird abgewiesen.
2. Der Kläger hat die Kosten des Rechtsstreits einschließlich der durch die Nebeninterventionen entstandenen Kosten zu tragen.
3. Das Urteil ist gegen Sicherheitsleistung in Höhe von 110 % des jeweils zu vollstreckenden Betrags vorläufig vollstreckbar.

**Beschluss**

Der Streitwert wird auf 109.000,00 € festgesetzt.

**Tatbestand**

**1**

Der Kläger verlangt von der Beklagten Neulieferung eines nach seiner Auffassung vom sogenannten Dieselskandal betroffenen und damit mangelhaften Wohnmobiles.

**2**

Der Kläger bestellte am 12.11.2019 bei der Beklagten ein fabrikneues Wohnmobil Fiat Ducato Carthago Chic C-Line T 5.0 QB zum Preis von 109.000,00 EUR. Das Fahrzeug wurde am 10.01.2020 ausgeliefert.

**3**

Das Fahrzeug ist mit einem Motor Fiat Multijet 2,3 Ltr., 130 KW, Euro 6 ausgestattet und verfügt nicht über einen SCR-Katalysator.

**4**

Die Staatsanwaltschaft F. / Main ermittelt im Zusammenhang mit Diesel-Motoren der Marke Fiat. Gegen Italien, wo die Fahrzeuge hergestellt werden und das Typengenehmigungsverfahren durchgeführt wird, läuft ein Vertragsverletzungsverfahren der Kommission. Für das Fahrzeug liegt eine wirksame italienische Typengenehmigung vor.

**5**

Mit Schreiben vom 06.10.2021 verlangten die Klägervertreter namens des Klägers Nachlieferung eines mangelfreien Neufahrzeuges. Mit Schreiben vom 08.10.2021 wies die Beklagte dies mangels Vorlage der Originalvollmacht zurück.

**6**

Der Kläger behauptet, das Fahrzeug habe zum Zeitpunkt der mündlichen Verhandlung eine Laufleistung von 15.424 km.

**7**

Das streitgegenständliche Fahrzeug verwende minderwertige Hard- und Software, die dazu führe, dass die Emissionswerte nur auf dem Prüfstand, nicht jedoch im Realbetrieb eingehalten werden. Weitere

Behauptungen des Klägers werden zunächst ohne Bezug zum streitgegenständlichen Fahrzeug aufgestellt, bevor der Kläger sodann zu seinem Fahrzeug wie folgt vorträgt:

**8**

Fiat reduziere die Häufigkeit von NSK-Regenerationen nach 26 Minuten und 24 Sekunden (an anderer Stelle: 22 Min). Es verfüge über einen „Timer“.

**9**

Die AGR-Rate bzw. die NSK-Regeneration werde nach einer gewissen Motorlaufzeit verringert / deaktiviert. Betroffen seien Euro 5 und Euro 6 Fahrzeuge, auch das streitgegenständliche Fahrzeug sei in dieser Form manipuliert.

**10**

Weiterer Vortrag des Klägers betrifft die ... .., nach der die verwendete Software illegal sei. Das Fahrzeug verwende das betroffene ...-Steuergerät EDC17.

**11**

Das Fahrzeug verfüge über ein illegales Thermofenster.

**12**

Das OBD-System sei manipuliert. Es werde teilweise ausgeschaltet. Andernfalls würden die überhöhten Schadstoffwerte angezeigt.

**13**

Aus dem in Anlage K 1 vorgelegten Schreiben des KBA ergebe sich, dass das Fahrzeug unter jene Fahrzeugtypen mit illegalen Abschaltvorrichtungen falle.

**14**

Der Hersteller biete das Fahrzeug in nahezu identischer Ausstattung noch an, weshalb die Nachlieferung gegen Rückgabe des mangelhaften Fahrzeuges möglich sei. Eine Nachbesserung sei demgegenüber nicht möglich.

**15**

Hilfsweise, falls Neulieferung nicht möglich sei, werde der Rücktritt erklärt. Dies finde sich im Hilfsantrag wieder.

**16**

Der Kläger ist der Auffassung, ihm stehe ein Anspruch auf Nachlieferung eines Neufahrzeuges nach §§ 434, 437 Nr. 1, 439 BGB zu, da das Fahrzeug aufgrund der vorgenannten Umstände mangelhaft sei.

**17**

Die Beklagte verkündete der Streithelferin zu 1) mit Schriftsatz vom 01.12.2021 den Streit. Die Streithelferin zu 1) trat mit Schriftsatz vom 31.01.2022 auf Seiten der Beklagten bei und verkündete mit demselben Schriftsatz ihrerseits der Streithelferin zu 2) den Streit, die ebenfalls beiträt.

**18**

Der Kläger beantragte zunächst,

die Beklagte zur Nachlieferung eines mangelfreien, fabrikneuen, baugleichen Wohnmobils Zug um Zug gegen Rückgabe des streitgegenständlichen und Zahlung von 2.584,09 € nebst Zinsen zu verurteilen.

**19**

Mit Schriftsatz vom 02.03.2022 stellte er seinen Klageantrag um.

**20**

Der Kläger beantragt zuletzt

1. Die Beklagtenpartei wird verurteilt, der Klagepartei auf ihre Kosten ein Wohnmobil Fiat Ducato Carthago Chic C-Line T 5.0 QB aus der aktuellen Serienproduktion des Herstellers und mit zumindest folgenden Merkmalen:

Aufpreis – Sat-AnlageTeleco 85 Skew, Twin LNB für zweiten Receiver Super Paket Klimaautomatik FH Tempomat Zentralverriegelung FH\_Türen, Aufbauart bedienbar über Zündschlüssel m. Funktion -coming

homeSitzflächen Neigungs- und Höhenverstellung vo/hi FH-Sitze Armaturen Brettveredelung  
Fahrerhausverdunkelungssystem Plisse Kurbel-Heck-Stützen Barschrank m. Gläserhalter und Glas-Set  
über Küche Heckgaragen-Upgrade m. Nadelfilz, Gepäcksnetzen Truma DuoControl CS. Crash Sensor und  
Eis-EX SOG-Toilettenentlüftung

USB-Steckdose über Heckbett Vorbereitung Solaranlage Vorbereitung Sat-Anlage Vorbereitung  
Rückfahrkamera mit Einzellinse Radio CD/DVD Doppel DIN mit DAB+, Bluetooth, USB, Music-Connect mit  
Touchscreen inkl. 2mal Lautsprecher in FH und 2mal im Wohnraum Rückfallkammersystem mit Einzellinse  
im Heckteil Küche-Kaffee mit Kapselmaschine Spannungswandler 12V auf 230V, 1800 Watt,  
Netzvorrangsschaltung Kaffee Kapselmaschine (Dolce Gusto)

TV-Paket Wohnraum

TV-Auszugssystem-Quick upschwenkbar

LED-Flachbildschirm 24 Zoll inkl. Receiver

TV-Paket Schlafraum

TV-Anschluss im Heckbettbereich

LED-Flachbildschirm 24 Zoll inkl. Receiver und TV-Halter integr. Kontaktschalter kabellos in Fernseherband  
integr. für Schlafbereich Fiat Ducato f40 heavy – 4250kg Motor 177 PS-Euro 6- inklusive Lederlenkrad und  
Schalterknopf in Leder Automatik Schaltgetriebe Kraftstofftank 120 lit. Radiofernbedienung über  
Steuertasten am Lenkrad 16 Zoll Alufelgen Fiat für 40Heavy Chassis verst. Federn Vorderachse für opt.  
Fahrkomfort Außenfarbkonzept -silverline- (FH u. Aufbau silber) Dachmarkise Alu-Tuch Grau- 4,5 m pat.  
Pedeleggaragen m. Beladungshöhe-Erweiterung auf 124cm Solaranlage 1x 135 Watt Steckdosenpaket mit  
Zusatzsteckdosen -3x 230V Gas-Außenanschluss hinter Doppelboden-Außenklappe Beifahrerseite Toilette  
Theford C 260 m. Keramikeinsatz u. 3-stufiger Füllstandsanzeige Tec-Tower Kühlschrankkombination 160  
Liter incl. Gasbackofen Stilweltl inea moderna bicolor Wohnraumsitzgruppe umbaubar zur Schlafmöglichkeit  
Teileder Elfenbein – Leder Stoff Kombination Fracht Vollbetankung E& P Hubstützen Paket m. FB  
hydraulisch f.X250 ALKO Cockpitteppich Fiat Zug um Zug gegen Übergabe und Übereignung des  
Wohnmobil Fiat Ducato Carthago Chic C-Line T 5.0 QB, FIN: ... nachzuliefern.

Hilfsweise,

Die Beklagte wird verurteilt, an die Klagepartei einen Betrag in Höhe von € 107.001,67 nebst Zinsen hieraus  
in Höhe von 5%-Punkten über dem jeweiligen Basiszinssatz seit Rechtshängigkeit zu zahlen, Zug-um-Zug  
gegen Übereignung und Herausgabe des Wohnmobils Fiat Ducato Carthago Chic C-Line T 5.0 QB.

2. Es wird festgestellt, dass sich die Beklagte mit der Rücknahme des im Klageantrag Ziffer 1. genannten  
Wohnmobils im Annahmeverzug befindet.

3. Die Beklagte wird verurteilt, an die Klägerpartei für die durch die außergerichtliche Tätigkeit der  
Prozessbevollmächtigten entstandenen Rechtsanwaltskosten (sic) einen Betrag in Höhe von € 2.584,09 €  
(sic) sowie Zinsen hieraus in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit Rechtshängigkeit zu  
zahlen.

**21**

Die Beklagte und die Streithelferin zu 2) beantragen

Klageabweisung.

**22**

Die Beklagte ist der Auffassung, die Klage sei mangels bestimmten Klageantrages bereits unzulässig, das  
Fahrzeug sei zum Zeitpunkt des Gefahrübergangs mangelfrei gewesen und sei dies auch heute noch. Die  
Klägerin argumentiere nur mit Vermutungen, das sei unsubstantiiert und Ausforschung. Der Vortrag erfolge  
ins Blaue hinein.

**23**

Der Kläger habe der Beklagten keine Gelegenheit zur Prüfung und Nachbesserung gegeben.

**24**

Der Kläger habe auch keine wirksame Frist zur Nachlieferung gesetzt. Die Zurückweisung des Schreibens vom 06.10.2021 mangels Vollmachtsvorlage habe die volle Unwirksamkeit des Nachlieferungsbegehrens zur Folge.

#### **25**

Die Nachlieferung sei der Beklagten unmöglich, da neuere Fahrzeuge der Emissionsklasse 6d-FINAL unterlägen und das streitgegenständliche Fahrzeug in dieser Form nicht mehr hergestellt werde. Es handle sich nicht um ein Nachfolgemodell.

#### **26**

Schließlich sei die Nachlieferung auch unverhältnismäßig im Sinne von § 439 Abs. 4 BGB.

#### **27**

Der Kläger habe die Nachlieferung wegen der Zurückweisung des Schreibens vom 06.10.2021 mangels Vollmacht nicht binnen der vom BGH (21.07.2021, VIII ZR 254/20) geforderten Frist von 2 Jahren verlangt, sondern erst nach Ablauf von zwei Jahren mit der Klageschrift.

#### **28**

Die Streithelferin zu 1) (... ..) trägt vor, das streitgegenständliche Fahrzeug sei mangelfrei. Sie tritt den Ausführungen der Beklagten bei und macht sich insbesondere eine Entscheidung des Landgerichts München II vom 14.01.2022, 9 O 1499/21 zu eigen.

#### **29**

Sie bestreitet ausdrücklich Timer, Thermofenster und Manipulation des OBD.

#### **30**

Die Streithelferin zu 2) hat für den streitgegenständlichen Motor ausdrücklich bestritten, dass die vom Kläger behauptete Timer-Funktion vorliege. Auch komme keine Software der ... .. zum Einsatz. Sie weist darauf hin, dass das Fahrzeug auch nicht auf der Liste des KBA über betroffene Fahrzeuge außerhalb des Zuständigkeitsbereichs des KBA auftaucht.

#### **31**

Zur Ergänzung des Tatbestandes wird auf die Schriftsätze der Parteien Bezug genommen, insbesondere auf jene des Klägers vom 30.10.2021, 02.03.2022, 30.03.2022, jene der Beklagten vom 01.12.2021, 31.01.2022, jene der Streithelferin zu 1) vom 31.01.2022, 14.03.2022 und 11.05.2021 sowie jene der Streithelferin zu 2) vom 14.02.2022 und 28.04.2022.

#### **32**

Das Gericht hat am 19.05.2022 mündlich verhandelt. Auf das Sitzungsprotokoll zum nämlichen Sitzungstag wird ergänzend Bezug genommen. Von Klageseite liegt ein nicht nachgelassener Schriftsatz vom 29.06.2022 vor.

### **Entscheidungsgründe**

I.

#### **33**

Die zulässige Klage ist unbegründet.

#### **34**

1. Die Klage ist zulässig.

#### **35**

Insbesondere ist das Landgericht München II sachlich nach § 1 ZPO, §§ 23, 71 GVG und örtlich nach §§ 12, 17 ZPO zuständig. Der Feststellungsantrag ist evident zulässig.

#### **36**

2. Die Klage ist unbegründet.

#### **37**

Das Fahrzeug der Klagepartei ist nicht nach § 434 Abs. 1 Satz 1 oder Satz 2 Nr. 2 BGB (a.F., Fassung bis zum 31.12.2021, vgl. Art. 229 § 58 EGBGB) mangelhaft. Der Kläger hat daher keinen Anspruch auf

Nacherfüllung gemäß §§ 437 Nr. 1, 439 Abs. 1 BGB und er kann auch nicht nach § 437 Nr. 2 BGB vom Vertrag zurücktreten, weshalb auch der hilfsweise geltend gemachte Zahlungsanspruch nicht besteht.

### 38

a. Der Kläger hat eine konkrete Beschaffenheitsvereinbarung im Sinne des § 434 Abs. 1 Satz 1 BGB (a.F.) nicht substantiiert dargelegt. Insbesondere ist nicht ersichtlich, wann die Vertragsparteien welche Abreden zu einer spezifischen Beschaffenheit (namentlich zum Emissionsverhalten), die über die im Kaufvertrag geregelten Ausstattungsmerkmale des Fahrzeugs hinausgingen, getroffen haben sollen.

### 39

Das Vorhandensein unzulässiger Abschaltvorrichtungen im Sinne des Artikel 5 Abs. 2 VO (EG) Nr. 715/2007 kann zwar dazu führen, dass ein Fahrzeug nicht die übliche Beschaffenheit im Sinne des § 434 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 BGB (a.F.) aufweist und sich auch nicht zu der üblichen Verwendung im Sinne der Vorschrift eignet (vgl. BGH vom 08.01.2019, NJW 2019, 1133; BGH vom 21.07.2021, NJW 2021, 2958). Insoweit kommt in Betracht, dass die von Klageseite beschriebene Prüfstanderkennung nebst zeit- und temperaturgesteuerten Abschaltvorrichtungen und Programmierung des OBD-Systems, die nach Darstellung der Klagepartei außerhalb eines Prüfstandbetriebs die Abgasrückführung reduzieren und die Stickoxidemission über die zulässigen Grenzwerte hinaus erhöhen, zu einem Sachmangel führen können. Die Eignung zur gewöhnlichen Verwendung ist aber nur dann eingeschränkt, wenn das Fahrzeug nicht mehr uneingeschränkt im Straßenverkehr verwendet werden kann. Dies ist, da die von Klageseite beschriebenen Abschaltvorrichtungen die technische Funktionsfähigkeit des Fahrzeugs nicht negativ beeinflussen, erst dann der Fall, wenn die zuständige Zulassungsbehörde nach § 5 Abs. 1 FZV den Betrieb des Fahrzeugs auf öffentlichen Straßen beschränken oder untersagen kann. Hierfür ist nicht erforderlich, dass die zuständige Behörde bereits eingeschritten ist. Ausreichend ist, wenn eine Betriebsbeschränkung oder -untersagung drohen (vgl. BGH vom 08.01.2019, NJW 2019, 1133 [Rn. 17 ff.]; BGH vom 21.07.2021, NJW 2021, 2958 [Rn. 23 ff.]).

### 40

Im vorliegenden Fall drohen eine Betriebsbeschränkung oder -untersagung nicht. Es ist zu beachten, dass für das streitgegenständliche Fahrzeug eine Typgenehmigung der zuständigen italienischen Typgenehmigungsbehörde (MIT) vorliegt. Die Typgenehmigung ist eine in Anwendung der Richtlinien 2007/46/EG, 2002/24/EG und 2003/37/EG erteilte Bestätigung, dass der zur Prüfung vorgestellte Typ eines Fahrzeugs, eines Systems, eines Bauteils oder einer selbständigen technischen Einheit die einschlägigen Vorschriften und technischen Anforderungen erfüllt. Mit der Erteilung der Typgenehmigung hat die Prüfbehörde dem Hersteller bestätigt, dass das streitgegenständliche Fahrzeugmodell die Anforderungen der einschlägigen Vorschriften, zu denen auch diejenigen der VO (EG) 715/2007 in Bezug auf Schadstoffemissionen zählen, erfüllt. Die Erteilung der Typgenehmigung durch die zuständige Behörde eines EU-Mitgliedsstaates ist als Verwaltungsakt für die Behörden anderer Mitgliedstaaten bindend (§ 26 Abs. 1 EG-FGV). Weiter sind die Zivilgerichte an die Tatbestandswirkung eines bestandskräftigen Verwaltungsaktes gebunden und deshalb grundsätzlich gehindert, die Rechtmäßigkeit des Verwaltungsaktes in Frage zu stellen (vgl. zu alldem OLG Nürnberg vom 26.11.2020, Aktz.: 5 U 4001/19 m.w.N.). Wurde aber die Typgenehmigung, wovon, wie eben ausgeführt, auszugehen ist, rechtmäßig erteilt, dann durfte das streitgegenständliche Fahrzeug in Verkehr gebracht und von der Beklagten gehandelt werden.

### 41

Die Zulassung zum Verkehr auf öffentlichen Straßen ist nach § 3 Abs. 1 Satz 2 FZV zu erteilen, wenn das Fahrzeug einem genehmigten Typ entspricht. Solange das Fahrzeug also einem genehmigten Typ entspricht, ist die Zulassung zu erteilen und darf der Betrieb nicht nach § 5 Abs. 1 FZV beschränkt oder untersagt werden. Solange für das Fahrzeug eine Typgenehmigung besteht, droht eine Betriebsbeschränkung oder -untersagung daher grundsätzlich nicht.

### 42

Zwar kommt in Betracht, dass bereits dann wenn die Rücknahme oder der Widerruf einer Typgenehmigung drohen oder zumindest die Gefahr besteht, dass die Typgenehmigung mit Nebenbestimmung versehen wird, die bei Nichtbeachtung dazu führen können, dass ein Fahrzeug nicht mehr einem genehmigten Typ entspricht, die Eignung des Fahrzeugs zur gewöhnlichen Verwendung entfällt. Denn in einem solchen Fall wäre die zuständigen Zulassungsbehörden infolge der Änderung der Typgenehmigung zu einem

Einschreiten nach § 5 Abs. 1 FZV verpflichtet und es wäre einem Käufer nicht zuzumuten, dieses Verfahren erst abwarten zu müssen, bis er Gewährleistungsrechte geltend machen kann (vgl. BGH vom 08.01.2019, NJW 2019, 1133 [Rn. 17 ff.]; BGH vom 21.07.2021, NJW 2021, 2958 [Rn. 23 ff.]).

#### 43

Die im Hinblick auf das Vorliegen eines Sachmangels darlegungs- und beweisbelastete Klagepartei hat vorliegend keine Tatsachen konkret vorgetragen, aufgrund derer davon auszugehen wäre, dass die italienische Typgenehmigungsbehörde die Typgenehmigung zurücknehmen, widerrufen oder ändern wird.

#### 44

Soweit die Klagepartei behauptet, das Kraftfahrtbundesamt (KBA) habe im Hinblick auf das Vorliegen unzulässiger Abschaltvorrichtungen im streitgegenständlichen Fahrzeug bzw. Motor Beanstandungen erhoben, ist gleichwohl festzustellen, dass es von seiner Befugnis zur Untersagung der Veräußerung dieser Fahrzeuge nach § 26 Abs. 3 EG-FGV bisher keinen Gebrauch gemacht hat, obgleich die möglichen Abschaltvorrichtungen nach Klagevortrag bereits seit dem Jahr 2016 Zeit bekannt sein sollen. Aus dem Klagevortrag ergeben sich auch keine Anhaltspunkte dafür, dass das Kraftfahrtbundesamt beabsichtigt von seiner Untersagungsbefugnis nach § 26 Abs. 3 EG-FGV Gebrauch zu machen. In Ermangelung eines Vorgehens des KBA nach § 26 Abs. 3 EG-FGV können die Zulassungsbehörden nicht nach § 26 Abs. 4 Satz 2 EG-FGV i.V.m. § 5 Abs. 1 FZV den Betrieb des streitgegenständlichen Fahrzeugs untersagen oder beschränken. Mit anderen Worten droht eine Betriebsbeschränkung oder -untersagung also auch insoweit nicht.

#### 45

Ist nach alledem davon auszugehen, dass die Typgenehmigung Bestand hat, dann droht dem Kläger auch keine Betriebsbeschränkung oder -untersagung. Die Eignung des Fahrzeugs zur gewöhnlichen Verwendung, sprich zum Betrieb im öffentlichen Straßenverkehr, ist danach gegeben. Ein Sachmangel liegt nicht vor.

#### 46

b. Das Gericht konnte den Sachvortrag des Klägers zu einer unzulässigen Abschaltvorrichtung überdies ohnehin nicht zugrunde legen und hätte hierüber selbst dann nicht Beweis zu erheben, wenn man davon ausginge, die Behauptungen des Klägers würden eine Mangelhaftigkeit des Fahrzeuges begründen. Denn die Behauptungen des Klägers erfolgen schlicht ins Blaue hinein.

#### 47

Der Vortrag des Klägers zu einer im Wesentlichen auf einem Timer beruhenden Abschaltvorrichtung, wonach die Abgasrückführungsrate und die Regeneration des NOx-Speicherkatalysators nach einer Dauer von 22 Minuten verringert oder sogar ganz deaktiviert wird, mag zwar u.U. als hinreichend substantiiert angesehen werden, um darin das Vorhandensein einer unzulässigen Abschaltvorrichtung erkennen zu können.

#### 48

Allerdings ist er jedenfalls für das vorliegende Fahrzeug ins Blaue hinein aufgestellt.

#### 49

Der Kläger konnte vorliegend gerade keine konkreten, auf das vorliegende Fahrzeug bezogene Umstände vortragen, die das Vorliegen einer zeitgesteuerten Abschaltvorrichtung nahelegen.

#### 50

Das Fahrzeug des Klägers unterliegt unstreitig keinem Rückruf durch das Kraftfahrtbundesamt. Weiter liegt für das streitgegenständliche Fahrzeug eine Typgenehmigung der zuständigen italienischen Behörden vor (zu deren Bedeutung siehe vorstehend).

#### 51

Nachdem die italienischen Behörden nach unstreitigem Vortrag der Parteien auch keinen Anlass für einen Rückruf sehen, spricht zunächst nichts für das Vorliegen der von Klägerseite behaupteten und von der Beklagten ausdrücklich bestrittenen Zeitsteuerung. Etwas anderes könnte nur gelten, wenn etwa das (deutsche) Kraftfahrtbundesamt Feststellungen zum dem hier streitgegenständlichen Fahrzeug getroffen hätte, die auf das Vorliegen einer unzulässigen Abschaltvorrichtung hindeuteten.

#### 52

Das ist aber ganz offensichtlich nicht der Fall. Denn der Fahrzeug- bzw. Motortyp des Wohnmobils des Klägers ist in der öffentlich (unter [https://www.kba.de/DE/Themen/Marktueberwachung/Abgasthematik/abgasthematik\\_node.html](https://www.kba.de/DE/Themen/Marktueberwachung/Abgasthematik/abgasthematik_node.html), dort Übersicht 3) zugänglichen und damit als offenkundig im Sinne von § 291 ZPO zu behandelnden Marktüberwachungs-Information zu betroffenen Fahrzeugvarianten außerhalb des Zuständigkeitsbereiches des KBA nicht enthalten. Entgegen der Darstellung des Klägers ergibt sich die Betroffenheit des streitgegenständlichen Fahrzeuges auch gerade nicht aus dem in Anlage K 1 vorgelegten Schreiben des KBA vom 08.05.2020. Das Fahrzeug ist dort gerade nicht bei den unter Ziff. 5 genannten Typen genannt. Vielmehr wird lediglich darauf hingewiesen, dass das „Vorgängermodell mit EU5/EU6 NSK auffällig“ gewesen sei. Weder ist ersichtlich, dass es sich beim dem vom Kläger im November 2019 erworbenen Fahrzeug um dieses Vorgängermodell handelt, noch ist auch nur ansatzweise erkennbar oder vorgetragen, was mit „auffälligen Ergebnissen“ gemeint ist.

#### **53**

Wenn aber (nach dem Klägervortrag) einige Motor- und Fahrzeugvarianten einer Einstufung als „betroffen“ durch das Kraftfahrtbundesamt unterliegen, der streitgegenständliche Motor aber nicht, dann lässt sich daraus gerade nicht der Schluss ziehen, das Fahrzeug sei ebenfalls „betroffen“, sondern im Gegenteil vermuten, dass das Fahrzeug gerade nicht betroffen ist. Im Zuge der Vielzahl der anhängigen Verfahren im Zusammenhang mit dem sogenannten „Diesel-Skandal“ ist festzustellen, dass das Kraftbundesamt die einzelnen Motor- und Fahrzeugtypen untersucht und Beanstandungen zeitnah und passgenau für das einzelne Aggregat vornimmt.

#### **54**

Deshalb bietet die Frage, ob das Kraftfahrtbundesamt einen Fahrzeugtyp / Motor beanstandet hat oder nicht, einen geeigneten Maßstab dafür, zwischen berechtigten Vermutungen, die auch zur Zulässigkeit entsprechender Tatsachenbehauptungen führen (Saenger, Zivilprozessordnung, 8. Auflage 2019, § 138 Rnr. 2; MüKoZPO / Fritsche ZPO § 138 Rn. 8) einerseits und Behauptungen ins Blaue hinein andererseits zu unterscheiden.

#### **55**

Das Fehlen einer solchen Beanstandung schließt zwar das Vorliegen einer unzulässigen Abschaltvorrichtung nicht aus, doch ist die Darlegung konkreter Anhaltspunkte erforderlich, die die Behauptung des Vorliegens einer unzulässigen Abschaltvorrichtung plausibel (und nicht nur als unbestimmter Verdacht ins Blaue hinein) erscheinen lassen. Es fehlt an einer hinreichenden Darlegung, wie die Klagepartei zu diesem Schluss kommt.

#### **56**

Zur Abgrenzung von grundsätzlich unbeachtlichem Vortrag ins Blaue muss der Anspruchsteller somit mindestens greifbare Anhaltspunkte aufzeigen.

#### **57**

Die gebotene Darlegung und der Nachweis einer angeblichen „unzulässigen Abschaltvorrichtung“ muss zumindest grundsätzlich auf den im streitgegenständlichen Fahrzeug konkret verbauten Motor gerichtet sein. Denn es geht nicht an, alle Fahrzeuge eines Herstellers quasi „über einen Kamm zu scheren“, indem man behauptet, die Beklagten hätten wie andere Hersteller Fahrzeuge mit illegalen Abschaltvorrichtungen verkauft, das Kraftfahrtbundesamt (KBA) habe auch Fahrzeuge der Beklagten beanstandet und deshalb sei auch das streitgegenständliche Fahrzeug von den Manipulationen betroffen. Eine solche „Vermutung“ existiert nicht, schon weil damit sämtliche Motoren einer Motorenfamilie/ einer Baureihe ohne Berücksichtigung ihrer unterschiedlichen technischen Merkmale und ohne Berücksichtigung der möglicherweise äußerst unterschiedlichen rechtlichen Rahmenbedingungen (z.B. Euro 6 statt Euro 5) dem Generalverdacht einer unzulässigen Abschaltvorrichtung unterworfen werden würden (OLG München Hinweisbeschluss v. 01.03.2021 – 8 U 4122/20, BeckRS 2021, 9658, wie schon im Beschluss vom 29.08.2019, Az. 8 U 1449/19, WM 2019, 1937).

#### **58**

Der Kläger bietet vorliegend keinerlei konkrete Hinweise darauf, dass sein Fahrzeug von illegalen Abschaltvorrichtungen betroffen sein könnte. Sämtlicher Vortrag des Klägers zu angeblichen unzulässigen Abschaltvorrichtungen bezieht sich weder auf sein eigenes Fahrzeug noch wenigstens auf denselben Fahrzeugtyp. Auf dieser Grundlage den angebotenen Sachverständigenbeweis zu erheben, wäre

unzulässige Ausforschung (vgl. OLG München, Hinweisbeschluss vom 22.03.2019, 21 U 533/19; OLG Koblenz, Urteil vom 21.11.2019, Az. 1 U 1413/19).

#### **59**

Nach alledem konnte der Einzelrichter bereits den Klägervortrag, vorliegend werde die Abgasreinigung im zeitlichen Umgriff von 22 Minuten abgeschaltet oder reduziert, nicht zugrunde legen, da diese Behauptung jedenfalls für den streitgegenständlichen Motortyp ins Blaue hinein aufgestellt ist.

#### **60**

Die Beklagte ist aufgrund der dargestellten Rechtslage schon nicht verpflichtet, dem Kläger nach § 439 Abs. 1 BGB ein neues Fahrzeug zu liefern oder nach §§ 437 Nr. 2 1. Alt., 346 Abs. 1 BGB den Kaufpreis zu erstatten.

#### **61**

c. Damit kommt es nicht mehr darauf an, ob der Kläger – die behaupteten Mängel unterstellt – überhaupt die Nachlieferung eines gleichartigen, fabrikneuen Fahrzeuges fordern könnte. Es ist lediglich ergänzend auszuführen, dass auch das nicht der Fall wäre. Zu dieser Frage hat eine Einzelrichterin Kammer im Verfahren 9 O 1499/21 bereits zutreffend Stellung genommen:

#### **62**

Die Nachlieferungsverpflichtung des Verkäufers unterliegt mit Blick auf die wirtschaftlichen Interessen des Verkäufers gewissen Grenzen. Zwar wird dessen Schutz vor unverhältnismäßigen Kosten der Nachlieferung vom Gesetz bereits allgemein im Rahmen von § 439 Abs. 4 BGB berücksichtigt; zudem beträgt die regelmäßige kaufrechtliche Verjährungsfrist für Gewährleistungsansprüche gemäß § 438 Abs. 1 Nr. 3 BGB lediglich zwei Jahre. Dennoch ist stets sorgfältig und nicht nur schematisch zu prüfen, ob und inwieweit die Parteien im jeweiligen Einzelfall die Ersatzlieferung eines Nachfolgemodells tatsächlich als austauschbar mit dem ursprünglich gelieferten Kaufgegenstand angesehen haben.

#### **63**

Dabei ist zu berücksichtigen, dass die den Verkäufer eines Verbrauchsguts im Nachlieferungsfall treffende Pflicht zur Beschaffung eines neuwertigen Nachfolgemodells von vornherein in zeitlicher Hinsicht nicht unbeschränkt gelten kann. Gerade bei einem Neuwagenkauf tritt durch die Nutzung des Fahrzeugs durch den Käufer recht schnell ein deutlicher Wertverlust ein. Dennoch hat der Käufer im Falle der Nachlieferung die an ihn ausgelieferte mangelhafte Sache gemäß § 439 Abs. 5 BGB lediglich in dem abgenutzten Zustand und ohne Wertersatz an den Verkäufer herauszugeben. Zudem hat der Käufer bei einem – hier vorliegenden – Verbrauchsgüterkauf nach §§ 474 Abs. 1 Satz 1, 475 Abs. 3 Satz 1 BGB einen Ersatz für die Nutzung des ursprünglich gelieferten Fahrzeugs (anders als etwa nach einem Rücktritt) nicht zu leisten.

#### **64**

In Ansehung dieser Umstände gebietet eine nach beiden Seiten hin interessengerechte Auslegung des Parteiwillens, dass eine Nachfolgemodelle umfassende Beschaffungspflicht des Verkäufers im Fall einer mangelbedingten Ersatzlieferung von vornherein auf den Zeitraum begrenzt sein muss, innerhalb dessen die Vertragsparteien (bei Vertragsabschluss) mit dem Eintritt eines Gewährleistungsfalls und einem entsprechenden Nachlieferungsbegehren üblicherweise rechnen konnten. Im Rahmen einer typisierenden Betrachtung sowie unter Beachtung der im nationalen und europäischen Kaufrecht zugrunde gelegten Maßstäbe und Wertungen trägt es den Interessen der am Neuwagenkauf beteiligten Vertragsparteien dabei grundsätzlich in angemessener Weise Rechnung, dass der Verkäufer im Gewährleistungsfall zur Nachlieferung eines zwischenzeitlich hergestellten Nachfolgemodells nur verpflichtet ist, wenn der Käufer einen entsprechenden Anspruch gegenüber seinem Verkäufer binnen eines Zeitraums von zwei Jahren ab Vertragsschluss erstmals geltend macht. Die Geltendmachung weiterer Gewährleistungsrechte (siehe § 437 BGB) bleibt dem Käufer unbenommen.

#### **65**

Ausgehend hiervon ist der vom Käufer geltend gemachte Nachlieferungsanspruch ausgeschlossen, weil er eine Nachlieferung des entsprechenden Modells von seinem Verkäufer erst nach mehr als zwei Jahren nach Vertragsschluss am 12.11.2019 verlangt hat, nämlich erstmals mit der am 30.10.2021 bei Gericht eingereichten, der Beklagten aber erst am 20.11.2021 zugestellten Klage (vgl. BGH, Urteile vom 21.07.2021, Gz.: VIII ZR 254/20, VIII ZR 118/20, VIII ZR 275/19, VIII ZR 357/20).

#### **66**

Richtigerweise ist dabei auf das Datum der Zustellung der Klageschrift abzustellen, denn die Beklagte trägt richtig vor, dass das Nacherfüllungsverlangen mit Schreiben vom 06.10.2021 wegen Zurückweisung mangels Originalvollmacht (§ 174 S. 1 BGB) keinerlei Wirkung entfalten konnte.

#### **67**

d. Auch ein Rücktritt des Klägers ist ausgeschlossen. Sein hilfsweise geltend gemachter Zahlungsanspruch besteht daher ebenfalls nicht. Auch insoweit schließt sich der Einzelrichter der durch eine andere Einzelrichterin der Kammer im Verfahren 9 O 1499/21 vertretenen Auffassung in einem identisch gelagerten Fall an:

#### **68**

Ein Rücktritt nach §§ 437 Nr. 2, 323, 346, 349 BGB setzt neben dem hier schon nicht vorliegenden Sachmangel (siehe oben a) und b)) im Sinne des § 434 BGB zu seiner Wirksamkeit grundsätzlich darüber hinaus voraus, dass der Käufer dem Verkäufer erfolglos eine angemessene Frist zur Nacherfüllung gesetzt hat (vgl. hierzu grundlegend BGH, Urteil vom 26.08.2020, Gz.: VIII ZR 351/19).

#### **69**

Das ist vorliegend nicht geschehen (siehe vorstehend).

#### **70**

Eine vom Gesetz zugelassene Ausnahme von dem Fristsetzungserfordernis kann nicht bejaht werden. Für das Eingreifen eines solchen Ausnahmetatbestands und damit für das Vorliegen der hierfür erforderlichen Voraussetzungen ist der Käufer, der sekundäre Gewährleistungsrechte geltend macht, nach allgemeinen Grundsätzen darlegungs- und beweisbelastet (vgl. BGH, Urteil vom 29.09.2021, Gz.: VIII ZR 111/20; BGH, Urteil vom 11.02.2009, Gz.: VIII ZR 274/07).

#### **71**

Eine Fristsetzung ist namentlich dann entbehrlich, wenn besondere Umstände vorliegen, die unter Abwägung der beiderseitigen Interessen die sofortige Ausübung des Rücktrittsrechts rechtfertigen (§ 323 Abs. 2 Nr. 3 BGB). Ein die sofortige Rückabwicklung des Kaufvertrags rechtfertigendes überwiegendes Käuferinteresse ist regelmäßig dann zu bejahen, wenn der Verkäufer dem Käufer einen ihm bekannten Mangel bei Abschluss des Kaufvertrags arglistig verschwiegen hat (BGH, Urteile vom 29.09.2021, Gz.: VIII ZR 111/20; vom 09.01.2008, Gz.: VIII ZR 210/06; vom 20.05.2009, Gz.: VIII ZR 247/06; vom 10.03.2010, Gz.: VIII ZR 182/08; Beschluss vom 08.12.2006, Gz.: V ZR 249/05). In diesen Fällen ist in aller Regel ein den Verkäuferbelangen vorgehendes Interesse des Käufers anzuerkennen, von einer weiteren Zusammenarbeit mit dem Verkäufer Abstand zu nehmen, um sich vor möglichen weiteren Täuschungsversuchen zu schützen (BGH, Urteil vom 10.03.2010, Gz.: VIII ZR 182/08). Denn durch das arglistige Verschweigen eines Mangels entfällt auf Seiten des Käufers regelmäßig die zur Nacherfüllung erforderliche Vertrauensgrundlage, während der Verkäufer die Möglichkeit zur nachträglichen Mangelbeseitigung in der Regel nicht verdient, wenn er den ihm bekannten Mangel vor Vertragsschluss hätte beseitigen können und damit im Vorfeld der vertraglichen Beziehungen bereits die Chance hatte, eine Rückabwicklung des später geschlossenen Vertrags zu vermeiden (vgl. BGH, Urteil vom 29.09.2021, Gz.: VIII ZR 111/20; BGH, Urteil vom 09.01.2008, Gz.: VIII ZR 210/06; Beschluss vom 08.12.2006, Gz.: V ZR 249/05).

#### **72**

Ein arglistiges Verschweigen seitens der Beklagten trägt die Klagepartei nichts vor; ein solches ist auch nicht anderweitig ersichtlich.

#### **73**

Zwar kann die Vertrauensgrundlage zwischen einem Käufer und einem Verkäufer unter Umständen auch dann gestört sein, wenn der Verkäufer sich bei Vertragsabschluss ordnungsgemäß verhalten hat, jedoch der Hersteller des Fahrzeugs dieses mit einer ihm bekannten und verschwiegenen unzulässigen Abschaltvorrichtung in den Verkehr gebracht hat und der Verkäufer nun allein eine Nachbesserung in Form eines von diesem Hersteller entwickelten Software-Updates anbietet. Dabei kommt es darauf an, ob spätestens bei Erklärung des Rücktritts (zum Zeitpunkt des Vorliegens der Umstände, die eine Fristsetzung entbehrlich machen vgl. auch BT-Drucks. 14/6040, S. 186) die Vertrauensgrundlage zwischen den Parteien so gestört war, dass eine Nacherfüllung (vgl. § 323 Abs. 1 BGB), also eine Nachbesserung oder eine Ersatzlieferung, für den Käufer unter Einbeziehung des Herstellers nicht zumutbar war. Ob dies der Fall ist,

hängt jedoch von den konkreten Umständen des Einzelfalls ab, die der Tatrichter nicht schematisch, sondern in sorgfältiger Abwägung zu würdigen hat.

#### **74**

Gemessen daran war eine Nacherfüllung im Rahmen des zwischen den Parteien geschlossenen Vertrags zum Zeitpunkt des Rücktritts für den Kläger nicht unzumutbar, wie sich bereits daran zeigt, dass der Kläger genau diese mit seinem Klageantrag Ziffer 1 primär begehrt.

#### **75**

Für die Frage, ob besondere Umstände vorliegen, die unter Abwägung der beiderseitigen Interessen ohne Fristsetzung zur Nacherfüllung einen Rücktritt rechtfertigen (§ 323 Abs. 2 Nr. 3 BGB), kommt es im Grundsatz allein darauf an, ob dem Kläger eine mögliche Nachbesserung zumutbar ist. Auch die Frage der Zumutbarkeit einer Nachlieferung ist im Streitfall für die Entbehrlichkeit der Fristsetzung nach § 323 Abs. 2 Nr. 3 BGB von Bedeutung. Denn der Kläger hat sich trotz des hilfsweise erklärten Rücktritts – wie die vorliegenden Klageanträge zeigen –, nicht für eine Nachbesserung als maßgebliche Nacherfüllungsart entschieden.

#### **76**

Die Behauptung der Klagepartei, der Hersteller biete bislang kein Software-Update an, ist für die Annahme der Unzumutbarkeit der Nachbesserung zudem nicht ausreichend. Zum einen kann es der Beklagten nicht von vornherein verwehrt werden, eine eigene Lösung im Wege der Nachbesserung zu finden. Gerichtsbekannt kann grundsätzlich auch eine Nachbesserung durch den Austausch / Einbau von Hardwarekomponenten erfolgen. Soweit der Kläger behauptet, der Austausch von Hardware sei „selbstverständlich technisch unmöglich“, handelt es sich um eine technisch nicht nachvollziehbare Behauptung ins Blaue hinein. Soweit der Kläger Schäden durch eine Nachbesserung behauptet, sind diese rein spekulativ und basieren zudem auf dem Vortrag in anderen Verfahren zu Software-Updates anderer Fahrzeughersteller.

#### **77**

Selbst wenn die Nacherfüllung für den Kläger unzumutbar wäre, träte damit das Interesse der Beklagten an einer vom Gesetzgeber durch das Instrument der Nacherfüllung grundsätzlich eingeräumten „zweiten Andienung“ nicht automatisch zurück. Denn der Beklagten war das Vorhandensein der unzulässigen Abschaltvorrichtung vor oder bei Vertragsschluss nicht bekannt. Sie hatte daher nicht die Möglichkeit, diesen Mangel frühzeitig zu beseitigen. Gerade diesem Umstand kommt aber nach der höchstrichterlichen Rechtsprechung entscheidendes Gewicht für ein Zurücktreten der Belange des täuschenden Verkäufers im Rahmen der Interessenabwägung nach § 323 Abs. 2 Nr. 3 BGB zu (BGH, Urteil vom 09.01.2008, Gz.: VIII ZR 210/06; BGH, Beschluss vom 08.12.2006, Gz.: V ZR 249/05). Der Beklagten ist eine Berufung auf eine „zweite Andienung“ auch nicht per se deswegen zu versagen, weil ihr eine mögliche Arglist des Herstellers zuzurechnen wäre. Denn eine Zurechnung eines solchen Herstellerverhaltens gemäß § 278 BGB, § 166 BGB analog scheidet aus (st. Rspr.; vgl. etwa BGH, Urteile vom 02.04.2014, Gz.: VIII ZR 46/13; vom 24.10.2018, Gz.: VIII ZR 66/17; vom 21.07.2020, Gz.: VIII ZR 254/20, sowie Beschluss vom 09.06.2020, Gz.: VIII ZR 315/19 und Urteil vom 29.09.2021, Gz.: VIII ZR 111/20).

#### **78**

Eine Fristsetzung zur Nacherfüllung war auch nicht gemäß § 440 BGB entbehrlich. Hiernach bedarf es einer Fristsetzung zur Nacherfüllung nicht, wenn dem Käufer die ihm „zustehende Art der Nacherfüllung“ unzumutbar ist.

#### **79**

Wie oben eingehend ausgeführt, ist eine Nachbesserung für den Kläger nicht unzumutbar.

#### **80**

Eine Fristsetzung zur Nacherfüllung kann auch nicht gemäß § 326 Abs. 5 BGB als entbehrlich angesehen werden. Denn dies setzt eine Unmöglichkeit beider Arten der Nacherfüllung voraus. Nur in diesem Fall ist „die Leistung“ im Sinne von § 275 Abs. 1 BGB – hier die Erfüllung des Nacherfüllungsanspruchs in seinen beiden für den Käufer zur Wahl stehenden Alternativen – unmöglich und eine Fristsetzung deshalb entbehrlich (BGH, Urteil vom 29.09.2021, Gz.: VIII ZR 111/20: BT-Drucks. 14/6040, S. 234; vgl. hierzu BGH, Urteile vom 21.07.2021, Gz.: VIII ZR 254/20; vom 11.12.2019, Gz.: VIII ZR 361/18; vom 07.06.2006, Gz.: VIII ZR 209/05; vom 10.10.2007, Gz.: VIII ZR 330/06).

**81**

3. Die geltend gemachten Nebenforderungen teilen das Schicksal des Hauptanspruchs.

II.

**82**

Die Kostenentscheidung beruht auf §§ 91, 101 ZPO.

III.

**83**

Die Entscheidung zur vorläufigen Vollstreckbarkeit folgt § 709 ZPO.