

Fortgeschrittenenklausur: Dieselgate

Von Prof. Dr. Ivo Bach, Göttingen*

Sachverhalt

Im April 2014 möchte sich B aus Göttingen einen nagelneuen Seat Alhambra zulegen. Im Internet findet er ein günstiges Angebot von einem Seathändler (H) aus Chemnitz. Er bestellt dort den Wagen und bekommt tags darauf die Auftragsbestätigung. H seinerseits bestellt das Auto umgehend bei Seat (genauer: bei der Seat Deutschland GmbH). Anfang Juli ist es soweit: Der Alhambra läuft vom Band, Seat liefert ihn an H, H informiert B, und B reist mit der Bahn nach Chemnitz. Dort zahlt er den vereinbarten Kaufpreis von 25.000 € und nimmt das neue Auto in Empfang.

Ein gutes Jahr lang hat B große Freude an dem Auto. Dann, im September 2015, erfährt er, dass in seinem Auto ein Motor mit „Schummelsoftware“ verbaut ist. Diese Software bewirkt, dass das Auto bei Testläufen weniger Schadstoff (Stickoxid) ausstößt als im normalen Straßenverkehr. Der Schadstoffausstoß im Straßenverkehr ist also höher als im Datenblatt von Seat angegeben (B hat das betreffende Datenblatt zwar vor seiner Bestellung überflogen; die Angaben zum Stickoxid-Ausstoß haben ihn jedoch – anders als die Kraftstoffverbrauchswerte – nicht sonderlich interessiert). Nach Angaben von Seat kann der Schadstoffausstoß jedoch durch ein Software-Update auf den im Datenblatt angegebenen Wert reduziert werden, ohne dass dies zu einer Leistungsminderung oder einem Mehrverbrauch des Wagens führen würde.

Frage 1

Welche Auskunft hätten Sie dem B gegeben, wenn er Sie im September 2015 gefragt hätte, ob er von H Mängelbeseitigung oder gar Ersatzlieferung verlangen kann?

Fortsetzung 1

Anfang Oktober 2015 wendet sich B an H und verlangt Nacherfüllung bis zum 31.1.2016. H entgegnet, das Update führe Seat (bzw. deren Mutterkonzern, die Volkswagen AG) selbst durch; er (der H) habe nicht in der Hand, wann dies geschehe. Die von B gesetzte Frist verstreicht fruchtlos. Nicht einmal einen konkreten Termin kann H dem B nennen. Im Juni 2016 möchte B angesichts der drohenden Verjährung nicht länger warten, sondern den Vertrag mit H beenden. Er bitte Sie daher wieder um Rat.

Frage 2

Steht dem B tatsächlich ein Rücktrittsrecht zu?

Frage 3

Kann B den Vertrag anfechten?

* Der Verf. ist Inhaber des Lehrstuhls für Bürgerliches Recht und Europäisches Privatrecht an der Georg-August-Universität Göttingen. Der Sachverhalt basiert auf einer wahren Begebenheit.

Fortsetzung 2

Angenommen, Seat hätte alle betroffenen Fahrzeuge im Mai 2016 in die Werkstätten zurückgerufen und dort das versprochene Software-Update durchgeführt. In der Folge hätte sich allerdings gezeigt, dass das Auto sowohl mehr Kraftstoff (Diesel) als auch mehr Harnstoff (AdBlue) verbraucht als zuvor.

Frage 4

Könnte B von H oder von der Seat Deutschland GmbH Ersatz der erforderlichen Mehraufwendungen verlangen?

Frage 5

Angenommen, B selbst habe noch kein Software-Update bekommen: Welche Auswirkungen hat der mit dem Update einhergehende Mehrverbrauch auf seine Nacherfüllungsansprüche gegen H?

Bearbeitervermerk

Die Fragen sind jeweils umfassend – notfalls in einem Hilfsutachten – zu beantworten.

Sollten im Sachverhalt Angaben fehlen, so liegt dies daran, dass B selbst keine entsprechenden Kenntnisse besitzt. Ihm genügt daher zu den betreffenden Aspekten eine abstrakte Schilderung der Rechtslage.

Unterstellen Sie, dass die Geschäftsführer der Seat Deutschland GmbH von den Manipulationen Kenntnis hatten.

Unterstellen Sie ferner, dass sich ein merkantiler Minderwert des Alhambra nicht nachweisen lässt.

Lösungsvorschlag

Zu Frage 1: Anspruch B gegen H auf Nacherfüllung

I. Anspruch auf Mängelbeseitigung, §§ 651, 437 Nr. 1, 439 Abs. 1 BGB

B könnte einen Anspruch auf Mängelbeseitigung aus den §§ 651, 437 Nr. 1, 439 Abs. 1 BGB gegenüber H haben.

1. Anspruch entstanden

a) Werklieferungsvertrag

B und H haben laut Sachverhalt einen Vertrag geschlossen: Das Angebot des B hat H mit der Auftragsbestätigung angenommen. Da das konkrete Fahrzeug zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses noch nicht produziert war, handelt es sich bei dem Vertrag nicht um einen reinen Kauf-, sondern um einen Werklieferungsvertrag. Auf ihn finden gem. § 651 BGB jedoch die kaufrechtlichen Vorschriften Anwendung.

b) Sachmangel bei Gefahrübergang

Der gelieferte Alhambra müsste bereits im Zeitpunkt des Gefahrübergangs einen Sachmangel im Sinne des § 434 BGB aufgewiesen haben.

aa) Sachmangel

Ein solcher Sachmangel liegt gem. § 434 Abs. 1 S. 1 BGB immer dann vor, wenn die gelieferte Sache nicht die vertraglich vereinbarte Beschaffenheit aufweist. Vorliegend haben B und H jedoch keine besondere Beschaffenheit vertraglich vereinbart; insbesondere haben sie sich nicht auf bestimmte Schadstoffwerte geeinigt.¹ Das Datenblatt wurde wohl nicht in den Vertrag einbezogen.

Dass sich der Alhambra für eine besondere Verwendung eignen soll, haben B und H ebenfalls nicht vereinbart, so dass auch ein Mangel nach § 434 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 BGB ausscheidet. Es bleibt § 434 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 BGB. Danach liegt ein Mangel dann vor, wenn die Kaufsache nicht die gewöhnliche Beschaffenheit aufweist oder sich nicht für die gewöhnliche Art der Verwendung eignet.

Von einer mangelnden Eignung für die gewöhnliche Verwendung wird man dabei zunächst einmal nicht ausgehen können; da dem Alhambra bislang nicht die behördliche Zulassung (oder zumindest die grüne Plakette, die zur Einfahrt in Umweltzonen berechtigt) entzogen wurde, eignet er sich ohne weiteres für die gewöhnliche Verwendung im Straßenverkehr.²

Demgegenüber wird man ein Abweichen von der gewöhnlichen Beschaffenheit schon deshalb bejahen können, weil ein gewöhnliches Kraftfahrzeug nicht mit einer „Schummelsoftware“³ ausgestattet ist.⁴ Eine solche Software ist sogar ausdrücklich verboten.⁵

¹ Vertiefender Hinweis: Etwas anderes kann etwa dann gelten, wenn der Kaufvertrag den Hinweis darauf enthält, das Auto erfülle die sog. Euro-5-Norm. Allerdings läge in diesem Fall nur dann ein Sachmangel vor, wenn der Schadstoffausstoß die von der Norm vorgesehenen Grenzwerte überschreitet.

² Vertiefender Hinweis: Etwas anderes wäre wohl dann anzunehmen, wenn das Fahrzeug seine Betriebserlaubnis ipso iure verloren hätte und das Kraftfahrt-Bundesamt (KBA) lediglich vorübergehend davon absähe, die betreffenden Fahrzeuge aus dem Verkehr zu ziehen. Dies wird in Rechtsprechung und Literatur vereinzelt unter Hinweis auf § 19 Abs. 2 S. 2 Nr. 3 StVZO angenommen (LG Düsseldorf BeckRS 2016, 15047; *Fuhrmann*, ZJS 2016, 124 [126]). Nach dieser Vorschrift erlischt die Betriebserlaubnis automatisch, „wenn Änderungen vorgenommen werden, durch die das Abgas- oder Geräuschverhalten verschlechtert wird“. Die Vorschrift greift jedoch nur dann, wenn *nach* Erteilung der Betriebserlaubnis Änderungen an dem konkreten Fahrzeug vorgenommen wurden (*Hentschel/König/Dauer*, in: Kommentar zum Straßenverkehrsrecht, 43. Aufl. 2015, § 19 StVZO Rn. 6). Das ist hier aber nicht der Fall (vgl. auch LG Bochum BeckRS 2016, 05964 Rn. 17, das ebenfalls davon ausgeht, die Zulassung bestehe fort; *Steenbruck*, MDR 2016, 185 [188]).

³ Zur Funktionsweise siehe LG Bochum, BeckRS 2016, 05964 Rn. 2.

⁴ So etwa LG Bochum BeckRS 2016, 05964 Rn. 3; LG Münster BeckRS 2016, 06090; LG Essen, Urt. v. 14.4.2016 – 7 O 97/15; OLG Hamm BeckRS 2016, 13954; LG Frankenthal, Urt. v. 12.5.2016 – 8 O 205/15 (unter Hinweis darauf,

Fraglich ist, ob ein Abweichen von der gewöhnlichen Beschaffenheit darüber hinaus deswegen anzunehmen ist, weil der Alhambra im gewöhnlichen Verkehr mehr Schadstoffe ausstößt als im Datenblatt angegeben. Referenz für die gewöhnliche Beschaffenheit sind jedoch nicht die Angaben im Datenblatt des konkreten Alhambra-Modells, sondern gem. § 434 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 Alt. 2 BGB vielmehr „Sachen der gleichen Art“. Von einem Sachmangel ist daher erst dann auszugehen, wenn der Schadstoffausstoß einen Wert erreicht, der (signifikant) über demjenigen der übrigen (modernen) Dieselfahrzeuge liegt. Ob dies vorliegend der Fall ist, lässt sich dem Sachverhalt nicht entnehmen. Allerdings gehören gem. § 434 Abs. 1 S. 3 BGB zur gewöhnlichen Beschaffenheit „auch Eigenschaften, die der Käufer nach den öffentlichen Äußerungen [...] des Herstellers [...] insbesondere in der Werbung oder bei der Kennzeichnung über bestimmte Eigenschaften der Sache erwarten kann, es sei denn, dass der Verkäufer die Äußerung nicht kannte und auch nicht kennen musste, dass sie im Zeitpunkt des Vertragsschlusses in gleichwertiger Weise berichtigt war oder dass sie die Kaufentscheidung nicht beeinflussen konnte.“

Vorliegend waren die „offiziellen“ Schadstoffwerte in einem Seat-Datenblatt angegeben. Dafür, dass H dieses Datenblatt nicht kannte, ergeben sich keine Anhaltspunkte im Sachverhalt; zumindest hätte er es als Fachhändler kennen müssen. Auch waren die im Datenblatt angegebenen Werte bis zum Vertragsschluss nicht berichtigt worden. Fraglich ist allerdings, ob die dritte Ausnahmevariante greift: ob ausgeschlossen werden kann, dass die Kaufentscheidung des B durch die Informationen in dem Datenblatt beeinflusst wurde. Immerhin haben ihn die betreffenden Werte „nicht sonderlich interessiert“. Allerdings verlangt § 434 Abs. 1 S. 3 BGB nicht, dass Kaufentscheidung kausal auf der Äußerung des Herstellers beruht. Vielmehr ist die Äußerung nur dann unbeachtlich, wenn sie die Kaufentscheidung nicht beeinflussen konnte. Das ist etwa dann der Fall, wenn der Käufer die Äußerung überhaupt nicht zur Kenntnis genommen hat⁶ oder Kenntnis von ihrer Unrichtigkeit hatte.⁷ Ausweislich des Sachverhalts hat B das Datenblatt samt der darin genannten Werte jedoch zumindest gelesen. Eine Beeinflussung der Kaufentscheidung ist dementsprechend nicht ausgeschlossen.

das Kraftfahrt-Bundesamt habe die Durchführung des Software-Updates verbindlich [für den Fahrzeugeigentümer!] angeordnet); wohl auch LG Paderborn BeckRS 2016, 13271; ferner *Riehm*, DAR 2016, 12; *Steenbruck*, MDR 2016, 185 (186).

⁵ Art. 5 Abs. 2 S. 1 EU-TypengenehmigungsVO (VO 715/2007): „Die Verwendung von Abschaltvorrichtungen, die die Wirkung von Emissionskontrollsystemen verringern, ist unzulässig.“

⁶ *Faust*, in: Beck'scher Online-Kommentar zum BGB, Ed. 40, Stand: 1.8.2014, § 434 Rn. 87; *Grunewald*, in: Erman, Kommentar zum BGB, 14. Aufl. 2014, § 434 Rn. 29; *Büdenbender*, in: Nomos Kommentar zum BGB, 8. Aufl. 2014, § 434 Rn. 53.

⁷ *Westermann*, in: Münchener Kommentar zum BGB, 6. Aufl. 2012, § 434 Rn. 35; *Kasper*, ZGS 2007, 172 (180).

Die erhöhten Schadstoffwerte sind folglich ebenfalls als Sachmangel einzustufen.

bb) Bei Gefahrübergang

Beide Sachmängel (die „Schummelsoftware“ und der erhöhte Schadstoffausstoß) lagen bereits bei Gefahrübergang vor.

c) Zwischenergebnis

Ein Anspruch des B auf Mängelbeseitigung ist entstanden.

2. Anspruch erloschen

Der Anspruch könnte jedoch gem. § 275 Abs. 1 BGB erloschen sein, wenn es dem H (subjektiv) unmöglich wäre, das Update zu programmieren und aufzuspielen. In der Tat ist H selbst wohl nicht in der Lage, das Update durchzuführen. Allerdings kann und muss er sich in diesem Fall der Hilfe der Seat Deutschland GmbH (bzw. der Volkswagen AG als deren Mutterkonzern) bedienen. Dementsprechend liegt kein Fall der subjektiven Unmöglichkeit vor.⁸

3. Anspruch durchsetzbar

Der Anspruch ist im September ohne weiteres durchsetzbar. Insbesondere tritt Verjährung gem. § 438 Abs. 1 Nr. 3, Abs. 2 BGB erst zwei Jahre nach Ablieferung der Kaufsache, vorliegend also erst im Juli 2016 ein.

4. Ergebnis

B hat einen Anspruch auf Nachbesserung gegenüber H aus den §§ 651, 437 Nr. 1, 439 Abs.1 BGB.

II. Anspruch auf Ersatzlieferung

1. Anspruch entstanden und nicht erloschen

Neben dem Anspruch auf Mängelbeseitigung gewährt § 439 Abs. 1 BGB dem Käufer auch noch einen Anspruch auf Lieferung einer Ersatzsache. Zwischen diesen beiden Ansprüchen kann der Käufer grundsätzlich frei wählen.

2. Anspruch durchsetzbar

a) Einrede der relativen Unverhältnismäßigkeit

Allerdings kann der Verkäufer gem. § 439 Abs. 3 S. 1 BGB die gewählte Art der Nacherfüllung verweigern, wenn sie gegenüber der anderen Nacherfüllungsart mit unverhältnismäßigen Kosten verbunden wäre, wenn also die Kosten der gewählten Nacherfüllungsart diejenigen der anderen Nacherfüllungsart in einem gewissen Umfang übersteigen. Diesbezüglich werden in Rechtsprechung und Literatur unterschied-

⁸ Vertiefender Hinweis: Problematisch ist allerdings, dass das Update durch die Seat Deutschland GmbH respektive Volkswagen AG nicht absehbar ist. Man könnte daher die Problematik der vorübergehenden Unmöglichkeit andeuten. Allerdings liegt eine Annahme im Zeitpunkt „September 2015“ noch fern. Daher sei an dieser Stelle auf die diesbezüglichen Ausführungen zu Frage 2 verwiesen.

liche Grenzwerte genannt – die Vorschläge reichen von 5 % bis 30 % Mehraufwand.⁹

Ohne dass der Sachverhalt nähere Angaben zu konkreten Werten enthält, dürfte davon auszugehen sein, dass die Kosten einer Ersatzlieferung ein Vielfaches derjenigen einer Mängelbeseitigung, also eines bloßen Software-Updates, ausmachen. Dies liegt schon deshalb nahe, weil die „Schummelsoftware“ auch bei potentiellen Ersatzfahrzeugen installiert ist, also auch dort erst per Update entfernt werden müsste. H kann daher eine Ersatzlieferung gem. § 439 Abs. 3 S. 1 BGB verweigern.

b) Verjährung

Verjährung tritt gem. § 438 Abs. 1 Nr. 3, Abs. 2 BGB zwei Jahre nach Übergabe der Kaufsache, hier also erst im Juli 2016, ein.

3. Ergebnis

Eine Ersatzlieferung kann H wegen Unverhältnismäßigkeit gem. § 439 Abs. 3 S. 1 BGB verweigern.

Zu Frage 2: Rücktrittsrecht des B

Dem B könnte ein Rücktrittsrecht aus §§ 651, 437 Nr. 2, 323 BGB zustehen.

I. Werklieferungsvertrag

Einen Werklieferungsvertrag haben B und H geschlossen.

II. Sachmangel bei Gefahrübergang

Auch stellen sowohl die Existenz der „Schummelsoftware“ als auch der hohe Schadstoffausstoß Sachmängel dar, die jeweils bereits bei Gefahrübergang vorliegen.

III. Fristsetzung oder Entbehrlichkeit

Gem. § 323 BGB setzt ein Rücktrittsrecht jedoch grundsätzlich voraus, dass der Gläubiger dem Schuldner eine angemessene Frist gesetzt hat und diese Frist erfolglos abgelaufen ist.

1. Entbehrlichkeit

Allerdings ist eine Fristsetzung unter bestimmten Voraussetzungen ausnahmsweise entbehrlich, nämlich unter anderem dann, wenn dem Käufer die Nacherfüllung nicht zugemutet werden kann (§ 440 S. 1 BGB) oder wenn besondere Um-

⁹ 5 %: Faust (Fn. 6), § 439 Rn. 47 (bei nicht zu vertretenden Mängeln); 10 %: Bitter/Meidt, ZIP 2001, 2114 (2122); Haas, in: Haas/Medicus/Rolland/Schäfer/Wendtland, Das neue Schuldrecht, 2002, Rn. 161; Reinicke/Tiedtke, Kaufrecht, 8. Aufl. 2009, Rn. 446; Tiedtke/Schmitt, DStR 2004, 2060 (2063), wohl auch Huber, NJW 2002, 1004 (1008); Grunewald (Fn. 6), § 439 Rn. 14; 20 %: LG Ellwangen NJW 2003, 517; Kirsten, ZGS 2005, 66 (73); 25 %: v. Westphalen, in: Henssler/Graf v. Westphalen, Praxis der Schuldrechtsreform, 2002, § 439 Rn. 27; 30 %: Westermann (Fn. 7), § 439 Rn. 20; Harke, in: Artz/Gsell/Lorenz, Zehn Jahre Schuldrechtsmodernisierung, 2014, S. 237 (258).

stände vorliegen, die unter Abwägung der beiderseitigen Interessen einen sofortigen Rücktritt rechtfertigen (§ 323 Abs. 2 Nr. 3 BGB).

a) § 440 S. 1 BGB

Ob eine Nacherfüllung dem Käufer unzumutbar im Sinne des § 440 S. 1 BGB ist, bestimmt sich allein aus der Perspektive des Käufers. Vorliegend könnte eine solche Unzumutbarkeit auf dem Umstand gründen, dass H dem B im Juni 2016 noch nicht einmal einen Termin für das Software-Update nennen kann. Eine solche fortdauernde Unsicherheit muss ein Käufer grundsätzlich nicht dulden. Allerdings ist wiederum zu berücksichtigen, dass die Nutzungsmöglichkeit des Alhambra durch die „Schummelsoftware“ nicht beeinträchtigt wird. Das Zuwarten stellt daher keine übermäßige Belastung für B dar und ist folglich nicht unzumutbar.¹⁰

Nach h.M. soll die Ausnahme des § 440 S. 1 BGB aber auch dann greifen, wenn der Käufer das Vertrauen in die Fähigkeiten des Verkäufers verloren hat.¹¹ Dasselbe muss auch dann gelten, wenn der Käufer das Vertrauen in die Kaufsache bzw. in deren Hersteller verliert – jedenfalls dann, wenn sich der Verkäufer für die Nacherfüllung jenes Herstellers bedient.¹² In der Tat scheint die Verwendung der „Schummelsoftware“ geeignet, einen solchen Vertrauensverlust auszulösen. Allerdings erfolgt die Entwicklung des Software-Updates unter Aufsicht des Kraftfahrt-Bundesamtes; die Gefahr einer neuerlichen illegalen Programmierung besteht daher nicht. Dem B ist die Nacherfüllung in Form eines Software-Updates daher zumutbar.

b) § 323 Abs. 2 Nr. 3 BGB

Der Ausnahmetatbestand des § 323 Abs. 2 Nr. 3 BGB wird unter anderem dann als erfüllt angesehen, wenn der Verkäufer dem Käufer den Mangel arglistig verschwiegen hat.¹³ Vorliegend wusste H jedoch selbst nichts von der „Schummelsoftware“. Allenfalls könnte ihm ein mögliches Wissen der Seat Deutschland GmbH¹⁴ zuzurechnen sein. Jedoch fehlt es hierfür an einer einschlägigen Rechtsgrundlage. Insbesondere ist die Seat Deutschland GmbH nicht als Wissensvertreter (im Sinne des § 166 BGB analog) des H einzustufen.¹⁵

¹⁰ So auch LG Paderborn, BeckRS 2016, 13271.

¹¹ Faust (Fn. 6), § 440 Rn. 37; Schmidt, in: Prütting/Wegen/Weinrich, Kommentar zum BGB, 11. Aufl. 2016, § 440 Rn. 9; Weidenkaff, in: Palandt, Kommentar zum BGB, 75. Aufl. 2016, § 440 Rn. 8.

¹² Faust (Fn. 6), § 440 Rn. 33; wohl auch Fuhrmann, ZJS 2016, 124 (126).

¹³ BGH NJW 2010, 2503; Ernst, in: Münchener Kommentar zum BGB, 6. Aufl. 2012, § 323 Rn. 127.

¹⁴ Genauer: Das Wissen der Geschäftsführer der Seat Deutschland GmbH, das der Seat Deutschland GmbH wiederum nach § 166 BGB zuzurechnen ist.

¹⁵ So auch LG Düsseldorf BeckRS 2016, 15047; LG Frankenthal, Urt. v. 12.5.2016 – 8 O 205/15; im Ergebnis auch LG Paderborn BeckRS 2016, 13271; anders in einem Fall, in

c) § 326 Abs. 5 BGB

Gem. § 326 Abs. 5 BGB wäre eine angemessene Fristsetzung ferner dann entbehrlich, wenn H wegen Unmöglichkeit gem. § 275 Abs. 1 BGB von seiner Leistungspflicht befreit wäre. Dies könnte deswegen anzunehmen sein, weil es der Seat Deutschland GmbH (respektive der Volkswagen AG) bis zum Zeitpunkt Juni 2016 noch nicht gelungen ist, ein Update zu programmieren. Die Nacherfüllung ist also in diesem Zeitpunkt nicht möglich. Zu einer Befreiung nach § 275 Abs. 1 BGB kommt es indes nur dann, wenn die Unmöglichkeit dauerhaft ist, wenn das Update also auch in Zukunft nicht zur Verfügung stehen wird. Bei einer vorübergehenden Unmöglichkeit wird die Leistungspflicht nach ganz h.M. grundsätzlich nur suspendiert und § 326 BGB findet keine Anwendung.¹⁶

Allerdings kann eine vorübergehende Unmöglichkeit ausnahmsweise dann in eine dauerhafte „umschlagen“, wenn Ungewissheit darüber besteht, ob die Leistung in Zukunft möglich sein wird und der einen oder anderen Partei ein Zuwarten nicht zugemutet werden kann.¹⁷ Diesbezüglich ist wiederum zu berücksichtigen, dass die Nutzungsmöglichkeit des Alhambra durch die „Schummelsoftware“ nicht beeinträchtigt wird und ein Zuwarten daher keine übermäßige Belastung für B darstellt.¹⁸ Dementsprechend ist nicht von einer dauerhaften Unmöglichkeit im Sinne der §§ 275 Abs. 1, 326 BGB auszugehen.

d) Zwischenergebnis

Die Fristsetzung ist nicht entbehrlich.

2. Frist bis 31.1.2016

Vorliegend hat B dem H im Oktober 2015 eine Frist bis zum 31.1.2016 gesetzt. Diese Frist ist zwischenzeitlich abgelaufen, ohne dass H das Software-Update durchgeführt hätte.

dem die Verkäuferin ein hundertprozentiges Tochterunternehmen der Volkswagen AG war, LG München BeckRS 2016, 10952 (ohne Nennung einer Rechtsgrundlage).

¹⁶ BGH NJW 2007, 3777 (3778 Rn. 24); BGH NZI 2010, 956 (959 Rn. 22); Ernst (Fn. 13), § 275 Rn. 148; Schmidt, in: Beck'scher Online-Kommentar zum BGB, Ed. 40., Stand: 1.8.2014, § 326 Rn. 6; Westermann, in: Erman, Kommentar zum BGB, 14. Aufl. 2014, § 326 Rn. 6; sogar gegen eine Suspendierung Kaiser, in: Festschrift für Walther Hadding zum 70. Geburtstag, 2004, S. 121 ff.

¹⁷ BGH NJW 2007, 3777 (3778 Rn. 24); ebenso Medicus, in: Festschrift für Andreas Heldrich zum 70. Geburtstag, 2005, S. 347 (349); Caspers, in: Staudinger, Kommentar zum BGB, 2014, § 275 Rn. 53; wohl auch Huber/Faust, 2002, Kap. 8 Rn. 9; Ernst (Fn. 13), § 275 Rn. 144.

¹⁸ Vertiefender Hinweis: Die genannte Rechtsprechung zum Umschlagen der vorübergehenden in eine dauerhafte Unmöglichkeit dient freilich in erster Linie dem Schutz des Schuldners (hier also des H): Ihm soll die Bürde genommen werden, sich auf unbestimmte Zeit leistungsbereit halten zu müssen. Der Gläubiger hingegen kann durch Fristsetzung selbst für klare Verhältnisse sorgen.

Es fragt sich allerdings, ob die gesetzte Frist von drei bis vier Monaten als angemessen eingestuft werden kann. Die Angemessenheit einer Frist muss stets anhand der Umstände des konkreten Einzelfalls beurteilt werden.¹⁹ Dabei sind die widerstreitenden Interessen der Parteien in einen angemessenen Ausgleich zu bringen. Aus Sicht des H ist zu berücksichtigen, dass es sich bei der Programmierung des Software-Updates um eine komplexe Aufgabe handelt, die unter Umständen einen längeren Zeitraum in Anspruch nehmen kann. Erschwerend kommt hinzu, dass nicht H selbst das Update entwickelt, sondern, dass Seat bzw. deren Mutterkonzern Volkswagen dies tut und dabei Vorgaben des Kraftfahrt-Bundesamtes beachten muss. Und selbst nach erfolgreicher Entwicklung besteht die Schwierigkeit, dass nicht alle betroffenen Fahrzeuge gleichzeitig mit dem Update versorgt werden können.

Demgegenüber ist auf Seiten des Käufers gemeinhin zu berücksichtigen, dass er an einer raschen Mängelbeseitigung interessiert ist, um die Kaufsache voll nutzen zu können. Genau dies ist aber vorliegend ohne weiteres möglich. Der Wagen verfügt nach wie vor über eine Zulassung im Sinne der StVZO.

Angesichts dieser Interessenlage war die von B gesetzte Frist zu kurz bemessen.

Hinweis: a.A. gut vertretbar.²⁰

3. Frist bis Juni 2016

Allerdings gilt, dass dann, wenn der Schuldner eine zu kurze Frist gesetzt hat, automatisch eine angemessene Frist zu laufen beginnt.²¹ Fraglich ist, ob diese Frist im Juni 2016 abgelaufen ist. Die oben geschilderte Interessenlage hat sich nun nämlich dahingehend geändert, dass die Verjährung der Sachmängelgewährleistungsansprüche unmittelbar bevorsteht. B ist also gezwungen, tätig zu werden. Zwar wäre es ihm auch möglich, seinen Nacherfüllungsanspruch einzuklagen und so die Verjährung gem. § 204 Nr. 1 BGB zu hemmen. Eine derartige Festlegung auf das Nacherfüllungsrecht ist ihm aber nicht zuzumuten. Sein Interesse daran, seine Rechte zu sichern, ohne Klage erheben zu müssen,²² wiegt

¹⁹ Schmidt (Fn. 16), § 323 Rn. 17; Westermann (Fn. 16), § 323 Rn. 15; a.A. aber wohl LG München BeckRS 2016, 10952, das unter Verweis auf § 308 BGB davon ausgeht, dass „eine Nachbesserungsfrist von mehr als 6 Wochen oder mehr als 2 Monaten [...] als Verstoß gegen die grundsätzliche gesetzgeberische Wertung unzulässig [sei]“.

²⁰ Angesichts der dargestellten Interessenlage haben verschiedene Gerichte eine vom Käufer gesetzte Frist als unangemessen kurz eingestuft, z.B. LG Bochum BeckRS 2016, 05964 Rn. 19; LG Münster BeckRS 2016, 06090; OLG Celle BeckRS 2016, 13999 Rn. 8; LG Frankenthal, Urt. v. 12.5.2016 – 8 O 205/15; a.A. LG München BeckRS 2016, 10952.

²¹ BGH NJW 1985, 2640; Grüneberg, in: Palandt, Kommentar zum BGB, 75. Aufl. 2016, § 323 Rn. 14.

²² Vertiefender Hinweis: Der aus einem Rücktritt resultierende Rückgewähranspruch des B aus § 346 Abs. 1 BGB ver-

schwerer als die Schwierigkeiten des H bei der Mängelbeseitigung.²³

IV. Ausschluss des Rücktrittsrechts nach § 323 Abs. 5 S. 2 BGB

Allerdings könnte ein Rücktrittsrecht des B nach § 323 Abs. 5 S. 2 BGB wegen Unerheblichkeit ausgeschlossen sein. Im Rahmen dieser Erheblichkeitsprüfung ist wiederum eine umfassende Interessenabwägung auf der Grundlage der Umstände des Einzelfalls vorzunehmen. Als Faustregel gilt dabei, dass ein behebbarer Mangel dann als unerheblich einzustufen ist, wenn die Mängelbeseitigungskosten weniger als 5 % des Sachwertes ausmachen.²⁴ Ob die Kosten im vorliegenden Fall mehr oder weniger als (5 % von 25.000 € =) 1.250 € betragen, lässt sich dem Sachverhalt nicht entnehmen.²⁵

Allerdings kann auch ein Mangel, der sich nur mit größerem Aufwand oder überhaupt nicht beheben lässt, unerheblich im Sinne des § 323 Abs. 5 S. 2 BGB sein, nämlich dann, wenn der Mangel die Gebrauchstauglichkeit der Kaufsache

jährt nach h.M. nicht nach § 438 BGB; vielmehr gilt für ihn die allgemeine Verjährung nach §§ 195, 199 BGB (BGH NJW 2007, 674 [677 Rn. 35 ff.]; Westermann [Fn. 7], § 438 Rn. 4; Faust [Fn. 6], § 438 Rn. 49). Auch § 217 BGB greift nach ganz h.M. nicht (Grothe, in: Münchener Kommentar zum BGB, 6. Aufl. 2012, § 217 Rn. 4; Henrich, in: Beck'scher Online-Kommentar zum BGB, Ed. 40, Stand: 1.8.2016, § 217 Rn. 12; a.A. Bach, in: Beck'scher Online-Großkommentar, Ed. 1, Stand: 2016, § 217 Rn. 15).

²³ H hat es jedoch in der Hand, die Interessenlage wieder zu seinen Gunsten zu verschieben, indem er mit H eine Verlängerung der Verjährungsfrist vereinbart oder sogar vollständig auf die Verjährungseinrede verzichtet; vgl. § 202 BGB. Tatsächlich hat H gegenüber B die Verjährungsfrist bis zum 31.12.2017 verlängert, ohne dass dieser Umstand Eingang in den hiesigen Sachverhalt gefunden hat.

²⁴ Vgl. BGHZ 201, 290; Ernst (Fn. 13), § 323 Rn. 251; Grüneberg (Fn. 21), § 323 Rn. 32.

²⁵ In der Praxis haben viele Verkäufer behauptet, das Aufspielen der neuen Software nehme nicht mehr als eine halbe Stunde in Anspruch und verursache lediglich Kosten i.H.v. 100 €. Verschiedene Gerichte haben deswegen eine Erheblichkeit des Mangels abgelehnt (z.B. LG Bochum BeckRS 2016, 05964 Rn. 18; LG Münster BeckRS 2016, 06090). Diese Angaben beziehen sich aber wohl stets nur auf das bloße Aufspielen des Software-Updates; Zeit und Kosten für die Entwicklung des Updates müssen m.E. aber auch berücksichtigt werden (ebenso LG München BeckRS 2016, 10952; a.A. LG Münster BeckRS 2016, 06090; offen gelassen LG Bochum BeckRS 2016, 05964 Rn. 18; LG Detmold BeckRS 2016, 14877 Rn. 15). Vor allem aber stand im Zeitpunkt der Rücktrittserklärung jeweils noch nicht fest, ob und wann ein Software-Update überhaupt zur Verfügung stehen würde (und erst recht nicht, mit welchem Kostenaufwand es verbunden ist); insofern hätten die Gerichte m.E. von einer Unbehebbarkeit ausgehen müssen (so auch LG Frankenthal, Urt. v. 12.5.2016 – 8 O 205/15).

nicht berührt und auch nicht zu nennenswerten Wertminderungen führt. Zumindest die Gebrauchstauglichkeit wird durch die erhöhten Schadstoffwerte nicht aufgehoben, ja nicht einmal beeinträchtigt. Das wäre erst dann der Fall, wenn dem Fahrzeug die Zulassung oder zumindest die grüne Plakette entzogen würde.²⁶ Auch hat der Mangel laut Bearbeitervermerk nicht zu einem nennenswerten Wertverlust des Alhambra geführt. Der Mangel ist vorliegend also unabhängig von den Kosten der Nacherfüllung als unerheblich einzustufen.

Hinweis: a.A. sehr gut vertretbar²⁷.

V. Ergebnis

Dem B steht kein Rücktrittsrecht zu.²⁸

Frage 3: Anfechtung

I. Anfechtung wegen Eigenschaftsirrtums

In Betracht kommt zunächst ein Anfechtungsrecht wegen eines Irrtums über eine verkehrswesentliche Eigenschaft nach § 119 Abs. 2 BGB.

1. Irrtum über eine verkehrswesentliche Eigenschaft

Eigenschaften einer Sache sind deren natürliche Beschaffenheit sowie deren Beziehungen zur Umwelt, soweit diese dauerhaft sind und Einfluss auf den Wert oder die Nutzbarkeit der Sache haben.²⁹ Verkehrswesentlich ist eine Sacheigenschaft, wenn sie nach der Parteivereinbarung oder jedenfalls nach der allgemeinen Verkehrsanschauung für den Wert oder die Tauglichkeit der Sache erheblich ist.³⁰

a) Erhöhter Schadstoffausstoß

Der Schadstoffausstoß stellt zwar eine natürliche Beschaffenheit der Sache und damit eine Eigenschaft im Sinne des § 119 Abs. 2 BGB dar. Allerdings ist der exakte Ausstoß eines Fahrzeugs wohl nach allgemeiner Verkehrsanschauung

²⁶ In der Praxis hat das Kraftfahrt-Bundesamt einen Rückruf der betroffenen Kraftfahrzeuge verpflichtend angeordnet, vgl. Pressemitteilung des KBA v. 16.10.2015, abrufbar unter http://www.kba.de/DE/Home/infotext_startseite_VW_komplett.html?nn=456892 (2.11.2016); welche Konsequenz eine Nichtbefolgung für den jeweiligen Fahrzeughalter nach sich zieht, ist nicht ganz klar; vgl. *Lüftenegger*, DAR 2016, 122 (123 ff.).

²⁷ Eine Erheblichkeit bejahend etwa LG München BeckRS 2016, 10952 (unter anderem deshalb, weil das Software-Update vom Kraftfahrt-Bundesamt genehmigt werden müsse und weil möglicherweise trotz des Updates ein merkantiler Minderwert bleibe).

²⁸ Dem B bleibt aber die Möglichkeit einer Minderung des Kaufpreises, vgl. § 441 Abs. 1 S. 2 BGB.

²⁹ BGHZ 88, 240 (245); *Ellenberger*, in: Palandt, Kommentar zum BGB, 75. Aufl. 2016, § 119 Rn. 24.

³⁰ BGH NJW 2001, 226; *Wendtland*, in: Beck'scher Online-Kommentar zum BGB, Ed. 40, Stand: 1.8.2016, § 119 Rn. 40.

nicht als wesentlich einzustufen. Vielmehr ist für den Durchschnittskäufer nur ausschlaggebend, ob die einschlägigen Grenzwerte eingehalten werden. Ob diese Grenzwerte vorliegend überschritten werden, lässt sich dem Sachverhalt nicht entnehmen. Selbst wenn man den (exakten) Schadstoffausstoß an sich für eine verkehrswesentliche Eigenschaft hielte, stünde dem B kein Anfechtungsrecht aus § 119 Abs. 2 BGB zu: Da den B die betreffenden Werte im Datenblatt „nicht sonderlich interessierten“, dürfte er keine Vorstellung vom Schadstoffausstoß gehabt haben – und damit auch keine Fehlvorstellung.

b) Existenz der „Schummelsoftware“

Demgegenüber wird man die (Nicht-)Existenz einer „Schummelsoftware“ ohne weiteres als verkehrswesentliche Eigenschaft einstufen können, und zwar schon deshalb, weil sie nach Art. 5 der EU-TypengenehmigungsVO verboten ist.³¹ Auch hier stellt sich jedoch die Frage nach dem Irrtum des B. Auch über die Existenz einer solchen Software wird sich B wohl keine Gedanken gemacht haben. Allenfalls ließe sich von einer Art sachgedanklichem Mitbewusstsein³² dahingehend ausgehen, alles sei in Ordnung. Tut man dies, wird man den Irrtum auch als kausal für den Vertragsschluss anzusehen haben.

2. Ausschluss des Anfechtungsrechts nach Treu und Glauben

Allerdings ist eine Anfechtung wegen Eigenschaftsirrtums ohnehin nach Treu und Glauben ausgeschlossen. Nach ständiger Rechtsprechung des BGH³³ und ganz h.M. in der Literatur³⁴ darf das Anfechtungsrecht aus § 119 Abs. 2 BGB nicht dazu genutzt werden, die Regelungen des Mängelgewährleistungsrechts zu umgehen. In concreto würde, ließe man eine Anfechtung zu, das Erheblichkeitserfordernis des § 323 Abs. 2 S. 2 BGB ausgehebelt.

II. Anfechtung wegen arglistiger Täuschung

1. Kein Ausschluss des Anfechtungsrechts

Eine Anfechtung nach § 123 BGB ist nicht nach Treu und Glauben ausgeschlossen: Anders als bei § 119 Abs. 2 BGB sind bei § 123 BGB der Anfechtungsgrund und der Grund für die Mängelgewährleistungsansprüche nicht identisch.³⁵

2. Arglistige Täuschung

Fraglich ist, ob dem B ein Anfechtungsrecht wegen arglistiger Täuschung nach § 123 BGB zusteht. Zwar hatte vorlie-

³¹ Siehe oben Fn. 6.

³² Dieser Begriff ist der entsprechenden Problematik im deutschen Betrugsstrafrecht entlehnt; vgl. *Beukelmann*, in: Beck'scher Online-Kommentar zum StGB, Ed. 32, Stand: 1.6.2016, § 263 Rn. 25.

³³ BGH, Urt. v. 16.3.1973 – V ZR 118/71; BGH, Urt. v. 16.3.1973 – V ZR 118/71; BGHZ 60, 319 (320); 34, 32.

³⁴ Siehe nur *Westermann* (Fn. 7), § 437 Rn. 53; *Singer*, in: Staudinger, Kommentar zum BGB, 2016, § 119 Rn. 85.

³⁵ BGH NJW 2009, 1266 (1268 Rn. 35); *Ellenberger* (Fn. 29), § 123 Rn. 29; *Faust* (Fn. 6), § 437 Rn. 184.

gend H selbst keine Kenntnis von der „Schummelsoftware“ (und kann ihm auch eine mögliche Kenntnis der Seat Deutschland GmbH nicht nach § 166 BGB analog zugerechnet werden³⁶), so dass eine arglistige Täuschung durch ihn selbst ausscheidet. Allerdings steht eine Täuschung durch Seat im Raum, weil nach dem Bearbeitervermerk zu unterstellen ist, dass deren Geschäftsführer von der „Schummelsoftware“ wussten;³⁷ dieses Wissen ist der Seat Deutschland GmbH nach § 166 BGB zuzurechnen.

Stuft man Seat als Dritten im Sinne des § 123 Abs. 2 BGB ein, so wäre eine solche Täuschung zwar unerheblich, weil H selbst keine Kenntnis von jener Täuschung hatte und haben musste. Etwas anderes würde jedoch gelten, wenn man Seat dem Lager des H zurechnete. Der BGH geht in ständiger Rechtsprechung davon aus, dass solche Personen, die im Rahmen der Vertragsverhandlungen als Vertrauenspersonen des Anfechtungsgegners auftreten, nicht als Dritte im Sinne des § 123 Abs. 2 BGB einzustufen sind; eine durch sie verübte Täuschung begründet daher auch bei Unkenntnis des Anfechtungsgegners ein Anfechtungsrecht.³⁸ Davon wird man vorliegend jedoch nicht auszugehen haben. Seat hat nur insofern Einfluss auf die Vertragsverhandlungen genommen, als sie ein Datenblatt zur Verfügung gestellt hat. Das genügt nicht, um sie als Vertrauensperson des H dessen Lager zuzurechnen (a.A. vertretbar³⁹).

3. Ergebnis

B kann den Vertrag auch nicht wegen arglistiger Täuschung gem. § 123 BGB anfechten.

Frage 4: Schadensersatzansprüche des B

I. Ansprüche gegen H

1. Anspruch aus §§ 651, 437 Nr. 3, 280 ff. BGB

a) Werklieferungsvertrag

Ein Werklieferungsvertrag zwischen B und H liegt vor.

³⁶ Siehe oben Frage 2 III. 1. b).

³⁷ In der Realität ist bislang nicht klar, wer wann von der „Schummelsoftware“ wusste. Ein Ermittlungsverfahren der Staatsanwaltschaft Braunschweig wegen Betrugs nach § 263 StGB richtet sich derzeit wohl nur gegen Mitarbeiter der VW AG; vgl. Pressemitteilung der Staatsanwaltschaft Braunschweig v. 29.9.2015 (abrufbar unter <http://www.staatsanwaltschaften.niedersachsen.de/startseite/taats-an-walt-schaf-ten/braunschweig/presseinformationen/ermittlungsverfahren-in-der-vw-abgasaffaere-eingeleitet-137314.html> [2.11.2016]) und v. 8.10.2015 (abrufbar unter <http://www.staatsanwaltschaften.niedersachsen.de/startseite/taatsanwaltschaften/braunschweig/presseinformationen/vw-abgasmanipulationen-137584.html> [2.11.2016]). Zur Frage, wann der Vorstand der Volkswagen AG von der Software Kenntnis erlangt hat, siehe auch das KapMuG-Verfahren: LG Braunschweig BeckRS 2016, 14509.

³⁸ BGH NJW 1962, 2195; *Ellenberger* (Fn. 29), § 123 Rn. 13.

³⁹ Stufte man Seat als Nicht-Dritten ein, würde wiederum die Frage virulent, ob die Täuschung zu einem Irrtum bei B geführt hat (siehe oben I. 1. b).

b) Sachmangel bei Gefahrübergang

Auch stellen sowohl die Existenz der „Schummelsoftware“ als auch der hohe Schadstoffausstoß Sachmängel dar, die jeweils bereits bei Gefahrübergang vorliegen.

c) Vertretenmüssen

H müsste diesen Mangel zu vertreten haben. Grundsätzlich hat der Schuldner gem. § 276 Abs. 1 BGB Vorsatz und Fahrlässigkeit zu vertreten.

aa) Eigenes Verschulden des H

Vorliegend hat H den Mangel jedoch weder vorsätzlich noch fahrlässig herbeigeführt. Auch hat er es weder vorsätzlich noch fahrlässig unterlassen, den Mangel vor Gefahrübergang zu beheben: Er kannte den Mangel nicht und hätte ihn auch nicht kennen müssen.

bb) Zurechnung eines Verschuldens der Seat Deutschland GmbH

Fraglich ist jedoch, ob ihm ein mögliches Verschulden der Seat gem. § 278 BGB zuzurechnen ist. Dies wäre dann der Fall, wenn Seat als Erfüllungsgehilfe im Sinne dieser Vorschrift einzustufen wäre. Erfüllungsgehilfe ist, wer nach den tatsächlichen Gegebenheiten mit dem Willen des Schuldners bei der Erfüllung einer diesem obliegenden Verbindlichkeit als seine Hilfsperson tätig wird.⁴⁰ Ob der Hersteller nach diesem Maßstab als Erfüllungsgehilfe eines Verkäufers anzusehen ist, ist umstritten.

Nach Ansicht des BGH⁴¹ und der h.M. in der Literatur⁴² ist das nicht der Fall. Der Verkäufer schulde lediglich die Übergabe und Übereignung der Kaufsache, nicht aber ihre Herstellung. Das gelte selbst dann, wenn die Sache bei Vertragsschluss noch nicht hergestellt sei: Weil § 651 BGB auf § 433 BGB verweise, sei auch hier nicht die Herstellung, sondern wiederum nur Übergabe und Übereignung der herzustellenden Sache geschuldet.⁴³

⁴⁰ BGH, Urt. v. 21.4.1954 – VI ZR 55/53, BGHZ 13, 111 (113); *Unberath*, in: Beck'scher Online-Kommentar zum BGB, Ed. 40, Stand: 1.3.2011, § 278 Rn. 11.

⁴¹ BGH NJW 1967, 1903; BGH NJW 1968, 2238 (2239); BGH, Urt. v. 15.7.2008 – VIII ZR 211/07, BGH NJW 2008, 2837 (2840 Rn. 29 – Buchenparkettstäbchen); BGH NJW 2009, 1660 (1661 Rn. 11 – Bodenfliesen); ebenso bereits das Reichsgericht, vgl. etwa RGZ 101, 152 (154 f.).

⁴² *U. Huber*, AcP 177 (1977), 281 (305); *Schmidt-Salzer*, BB 1979, 1 (3); *Huber/Faust* (Fn. 19), Kap. 13 Rn. 123; *Lorenz*, ZGS 2004, 408 (410); *Reinicke/Tiedtke* (Fn. 9), Rn. 566; *Schubel/Koch*, DB 2004, 119 (123); *Schwarze*, Das Recht der Leistungsstörungen, 2008, § 34 Rn. 50 und 54; *Caspers* (Fn. 17), § 278 Rn. 37.

⁴³ BGH NJW 1967, 1903 (1904, zum – insoweit inhaltsgleichen – alten Schuldrecht); ebenso nun BGH NJW 2014, 2183 (zum neuen Schuldrecht); zustimmend für den (Regel-)Fall, dass der Vertrag den Schuldner nicht zur persönlichen Herstellung verpflichtet *Schwenker*, in: Erman, Kommentar zum BGB, 14. Aufl. 2014, § 651 Rn. 10; *Voit*, in: Beck'scher

Die Gegenansicht⁴⁴ argumentiert, dass der Verkäufer seine Pflicht zur Übergabe und Übereignung einer Sache nicht erfüllen könne, ohne dass die Sache zuvor hergestellt worden sei. Besonders deutlich werde dies beim Werklieferungsvertrag, bei dem die zu liefernde Sache im Zeitpunkt des Vertragsschlusses noch nicht existiere; es gelte aber auch beim Kaufvertrag. Hier wird insbesondere darauf verwiesen, dass § 433 Abs. 1 S. 1 BGB seit der Schuldrechtsreform ausdrücklich eine Pflicht zur Lieferung einer *mangelfreien* Sache normiere. Insofern müsse der Hersteller als Erfüllungsgehilfe angesehen werden.

Folgt man der h.M. ist Seat vorliegend nicht als Erfüllungsgehilfe des H einzustufen.

d) Ergebnis

B hat gegen H keinen Schadensersatzanspruch aus §§ 280 ff. BGB.⁴⁵

2. § 823 Abs. 1 BGB

Auch ein Schadensersatzanspruch aus § 823 Abs. 1 BGB scheidet aus. Zum einen liegt schon keine Eigentumsverletzung bei B vor: Er hat von Beginn an mangelhaftes Eigentum bekommen.⁴⁶ Zum anderen fehlt es wiederum an einem (eigenen) Verschulden des H.

Online-Kommentar zum BGB, Ed. 40, Stand: 1.2.2015, § 651 Rn. 13; *Busche*, in: Münchener Kommentar zum BGB, 6. Aufl. 2012, § 651 Rn. 5; *Peters/Jacoby*, in: Staudinger, Kommentar zum BGB, 2013, § 651 Rn. 10.

⁴⁴ *Grundmann*, in: Münchener Kommentar zum BGB, 7. Aufl. 2016, § 278 Rn. 31; *Schmidt-Kessel*, in: Prütting/Wegen/Weinreich, Kommentar zum BGB, 11. Aufl. 2016, § 278 Rn. 21; *Peters*, ZGS 2010, 24; *Schroeter*, JZ 2010, 495 (497 ff.); *Klees*, MDR 2010, 305; *Weller*, NJW 2012, 2312 (2315); *Bach*, Leistungshindernisse, § 2 C. III. 2. b) cc) (im Erscheinen).

⁴⁵ Vertiefender Hinweis: Wer eine Zurechnung des Verschuldens mit der Gegenansicht bejaht, muss noch die Frage klären, ob B Schadensersatz statt oder neben der Leistung verlangt – ob also die besonderen Voraussetzungen der §§ 281-283 BGB vorliegen müssen oder nicht. M.E. wird man nach allen hierzu vertretenen Ansichten von einem Schadensersatz neben der Leistung ausgehen können, weil es sich bei dem Mehrverbrauch (a) um einen Mangelfolgeschaden handelt, weil der Mehrverbrauch (b) nicht durch eine (weitere) Nacherfüllung beseitigt werden kann und weil durch das Schadensersatzverlangen nicht das Recht des H zur zweiten Andienung beeinträchtigt wird; vgl. zur Abgrenzung des Schadensersatzes neben vom Schadensersatz statt der Leistung *Bach*, ZJS 2013, 1.

⁴⁶ Vertiefender Hinweis: Überlegen ließe sich allerdings, ob die im Rahmen der Nacherfüllung vorgenommenen Änderungen an der Software einen sog. Weiterfressermangel darstellen. Immerhin hat das Auto im Zeitpunkt der Lieferung weniger Kraft- und Harnstoff verbraucht. Im Ergebnis wird man einen solchen Weiterfressermangel jedoch zu verneinen haben. Letztlich war der Motor von Beginn an so ausgelegt,

3. § 831 BGB

Eine Haftung des H aus § 831 BGB scheidet jedenfalls deshalb aus, weil Seat – mangels Weisungsgebundenheit – nicht als dessen Verrichtungsgehilfe einzustufen ist.

II. Ansprüche gegen Seat

1. §§ 280 ff. BGB

Mangels eines Schuldverhältnisses zwischen B und der Seat Deutschland GmbH scheidet vertragliche Schadensersatzansprüche aus.⁴⁷

2. § 823 Abs. 1, 31 BGB

Ein Anspruch aus § 823 Abs. 1 BGB scheidet wiederum am Fehlen einer Eigentumsverletzung.

3. § 823 Abs. 2, 31 BGB i.V.m. § 263 Abs. 1 StGB

In Betracht kommt daher lediglich ein Anspruch aus § 823 Abs. 2 BGB i.V.m. § 263 Abs. 1 StGB.⁴⁸

dass er nur entweder die angegebenen Schadstoffwerte oder den angegebenen Kraft- und Harnstoffverbrauch einhalten konnte (wenn die angegebenen Leistungsparameter erfüllt werden sollten). Der Mangel nach Nacherfüllung ist also mit demjenigen vor Nacherfüllung „stoffgleich“ (so auch *Riehm*, DAR 2016, 12 [13]). Demgegenüber scheidet die Annahme eines Weiterfressermangels m.E. nicht daran, dass der Käufer in die Veränderung einwilligt, wenn er das Software-Update aufspielen lässt (so aber *Riehm*, DAR 2016, 12 [13]). Denn diese Einwilligung erfolgt nicht freiwillig, sondern aufgrund einer gegenüber dem Käufer verpflichtenden Anordnung des Kraftfahrt-Bundesamtes.

⁴⁷ Vertiefender Hinweis: Andenken ließe sich eine Anwendung der Grundsätze über den Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter. Allerdings dient dieses Institut dem Schutz des Integritätsinteresses (des Dritten); vorliegend ist aber das Äquivalenzinteresse des B verletzt, zumindest im weitesten Sinne: der Schaden des B liegt darin, dass er, um das gekaufte Fahrzeug vertragsgemäß nutzen zu können, Mehraufwendungen für Kraft- und Harnstoff aufbringen muss.

⁴⁸ Vertiefender Hinweis: Neben § 263 StGB kommt eine weitere Vorschrift als Schutzgesetz in Betracht, nämlich § 5 PkwEnVKV („Hersteller und Händler, die Werbeschriften erstellen, erstellen lassen, weitergeben oder auf andere Weise verwenden, haben sicherzustellen, dass in den Werbeschriften Angaben über den offiziellen Kraftstoffverbrauch und die offiziellen spezifischen CO₂-Emissionen der betreffenden Modelle neuer Personenkraftwagen nach Maßgabe von Abschnitt I der Anlage 4 gemacht werden.“). Zwar dürfte es sich bei dieser Vorschrift tatsächlich um ein Schutzgesetz im Sinne des § 823 Abs. 2 BGB handeln, weil es speziell die Interessen eines Pkw-Käufers im Blick hat. Allerdings ist der Hersteller eines Pkw nach dieser Vorschrift nur verpflichtet, den „offiziellen CO₂-Ausstoß“ in der Werbung anzugeben. Zum einen ist von der „Schummelsoftware“ aber wohl nicht der CO₂-Ausstoß, sondern ausschließlich der Stickoxid-Ausstoß betroffen; zum anderen muss nur der „offizielle“ Ausstoß angegeben werden, also derjenige, der „im EG-

a) § 263 Abs. 1 StGB als Schutzgesetz

§ 263 Abs. 1 StGB bezweckt den Schutz eines Einzelnen, nämlich desjenigen, dessen Vermögen durch den Betrug gemindert wird. Die Vorschrift stellt daher ein taugliches Schutzgesetz im Sinne des § 823 Abs. 2 BGB dar.⁴⁹

b) Zurechnung eines Betrugs durch die Geschäftsführer

Fraglich ist jedoch, ob § 263 Abs. 1 StGB im konkreten Fall tatsächlich verletzt wurde. Daran lässt sich bereits deshalb zweifeln, weil die Vorschriften des StGB nur das Verhalten natürlicher Personen sanktionieren. Auf die Seat Deutschland GmbH als juristische Person ist das StGB an sich nicht anwendbar. Dennoch kommt eine Haftung juristischer Personen nach § 823 Abs. 2 BGB i.V.m. Vorschriften des StGB in Betracht: Ihnen kann die Verletzung des betreffenden Strafgesetzes durch ein Organ bzw. einen Repräsentanten gem. § 31 BGB zugerechnet werden. Vorliegend ist also zu prüfen, ob die Geschäftsführer der Seat Deutschland GmbH einen Betrug im Sinne des § 263 StGB⁵⁰ begangen haben.⁵¹

c) Objektiver Tatbestand des § 263 StGB

Nach dem Bearbeitervermerk ist zu unterstellen, dass die Geschäftsführer der Seat Deutschland GmbH Kenntnis von der „Schummelsoftware“ hatten.⁵² Die falschen Angaben im Datenblatt stellen daher eine Täuschung dar. Allerdings ist fraglich, ob diese Täuschung einen Irrtum bei B erregt hat. Hieran lässt sich deshalb zweifeln, weil B die Angaben im Datenblatt laut Sachverhalt zwar überflogen hat, sie ihn aber nicht sonderlich interessiert haben. Insofern liegt die Annahme nahe, B habe sich keine Vorstellungen über den Schadstoffausstoß gemacht und sei dementsprechend auch keinem Irrtum unterlegen.⁵³

Allerdings greift die isolierte Betrachtung der Schadstoffwerte zu kurz. Vielmehr muss spätestens nach dem Up-

Fahrzeugtypgenehmigungsbogen oder in der Konformitätsbescheinigung angegeben ist“ (vgl. § 2 Nr. 5 EnVKV i.V.m. Art. 2 Nr. 5 der Richtlinie 1999/94/EG).

⁴⁹ BGH NJW 2012, 601 (602 Rn. 13); *Sprau*, in: Palandt, Kommentar zum BGB, 75. Aufl. 2016, § 823 Rn. 70.

⁵⁰ In Betracht kommt hier nur ein Dreiecksbetrug an B zu Gunsten der Seat Deutschland GmbH.

⁵¹ In der Realität umfasst die Zurechnungsdimension wohl noch (mindestens) einen Schritt mehr. Hier scheint es möglich, dass nur der Vorstand (bzw. zumindest einzelne Mitarbeiter) des Mutterkonzerns Volkswagen AG von der „Schummelsoftware“ Kenntnis hatte, nicht aber auch die Geschäftsführer der Seat GmbH. Dann stellt sich die komplizierte Frage nach einer Wissenszurechnung im Konzern; siehe hierzu etwa *Spindler*, Unternehmensorganisationspflichten, 2. Aufl. 2011, S. 963 ff.; *Schüler*, Die Wissenszurechnung im Konzern, 2000; *Bork*, ZGR 1994, 237; *Drexler*, ZHR 161 (1997), 491; *Verse*, AG 2015, 413.

⁵² Siehe zur Frage, wer wann in der Realität von der „Schummelsoftware“ Kenntnis hatte, oben Fn. 31.

⁵³ Jedenfalls aber dürfte es an einer Kausalität des Irrtums für die Vermögensverfügung (Kauf des Alhambra bei H) fehlen.

date der gestiegene Kraft- und Harnstoffverbrauch in die Betrachtung einbezogen werden. Dem steht nicht entgegen, dass dieser Mehrverbrauch erst aufgrund der Nachbesserung eingetreten ist;⁵⁴ denn die Täuschung richtete sich letztlich auf den Motor als solchen: Er sei imstande, mit dem angegebenen Verbrauch und dem angegebenen Schadstoffausstoß die angegebene Leistung zu erreichen.

Auf Basis dieser Täuschung ist der Irrtum des B darin zu sehen, dass er bei Vertragsschluss zumindest davon ausging, der Motor könne die angegebene Leistung dauerhaft mit dem angegebenen Kraft- und Harnstoffverbrauch erzielen. Dieser Irrtum war auch kausal für die Vermögensverfügung: Hätte B gewusst, dass ein Software-Update nötig werden würde, das den Verbrauch erhöht, hätte er den Wagen wohl nicht (oder zumindest nicht zum selben Preis) gekauft.⁵⁵

Fraglich ist jedoch, ob dem B ein Vermögensschaden entstanden ist. Das wäre der Fall, wenn der Alhambra aufgrund der „Schummelsoftware“ einen geringeren Wiederverkaufswert erreichen würde. Ein solcher merkantiler Minderwert lässt sich aber laut Bearbeitervermerk nicht nachweisen. Allerdings stellen auch die Mehraufwendungen für Kraft- und Harnstoff einen Vermögensschaden dar.

d) Subjektiver Tatbestand

Die Seat-Geschäftsführer müssten ferner vorsätzlich und mit (Fremd-) Bereicherungsabsicht gehandelt haben.

Der Vorsatz muss sich auf sämtliche Tatbestandsmerkmale beziehen.⁵⁶ Zumindest hinsichtlich des Schadens dürfte es jedoch an einem solchen Vorsatz fehlen.⁵⁷ Man wird nämlich annehmen können, dass die Seat-Geschäftsführer davon ausgingen, die „Schummelsoftware“ werde nie entdeckt. Ohne Entdeckung wäre es aber nicht zu dem Update und ohne Update nicht zum Mehrverbrauch des Alhambra gekommen.

Zumindest aber fehlt es an einer Bereicherungsabsicht. Zwar handelten die Geschäftsführer in der Absicht, den Absatz der Seat-Fahrzeuge und damit auch den Gewinn der Seat-GmbH zu steigern. Allerdings muss die von der Absicht umfasste Bereicherung stoffgleich mit dem eingetretenen Schaden sein.⁵⁸ Der Schaden liegt vorliegend jedoch, wie gesagt, in dem Mehrverbrauch – und nicht in einem etwaigen Minderwert des Alhambra.

Der subjektive Tatbestand des § 263 Abs. 1 StGB ist demnach nicht erfüllt.

⁵⁴ So aber *Riehm*, DAR 2016, 12 (13).

⁵⁵ Vertiefender Hinweis: Dem steht m.E. nicht entgegen, dass B das Update freiwillig durchführen ließ. Immerhin hat Seat den Alhambra zurückgerufen, um das Software-Update aufzuspielen. B durfte sich jedenfalls zu diesem Update herausgefordert fühlen. In der Realität war er sogar zur Durchführung des Updates verpflichtet, vgl. oben Fn. 37.

⁵⁶ *Fischer*, in: Fischer, Kommentar zum StGB, 63. Aufl. 2016, § 16 Rn. 3.

⁵⁷ Vgl. *Riehm*, DAR 2016, 12 (13).

⁵⁸ *Beukelmann*, in: Beck'scher Online-Kommentar zum StGB, Ed. 32, Stand: 1.6.2016, § 263 Rn. 78; *Fischer* (Fn. 56), § 263 Rn. 187.

e) Ergebnis

B hat keinen Anspruch auf Schadensersatz aus §§ 823 Abs. 2, 31 BGB i.V.m. § 263 Abs. 1 StGB gegen die Seat Deutschland GmbH.

4. § 1 ProdHG

Mangels Verletzung von Eigentum oder Körper des B scheidet eine Haftung der Seat Deutschland GmbH nach dem ProdHG aus.

Frage 5: Auswirkungen auf den Nacherfüllungsanspruch**I. Anspruch auf Mängelbeseitigung**

Wenn der Schadstoffausstoß nur auf Kosten eines erhöhten Kraft- und/oder Harnstoffverbrauchs reduziert werden kann, ist es unmöglich, im Wege der Mängelbeseitigung ein mangelfreies Fahrzeug herzustellen.⁵⁹ Dementsprechend scheint der Anspruch des B auf Mängelbeseitigung gem. § 275 Abs. 1 BGB ausgeschlossen zu sein.

Allerdings ist es immerhin möglich, den bestehenden Mangel gegen einen anderen Mangel auszutauschen. Fraglich ist, ob dem Käufer ein Anspruch auf einen solchen Mangeltausch zusteht. Dagegen spricht, dass man den Verkäufer mit einem – aus objektiver Sicht – unsinnigen Reparaturaufwand belegen würde.⁶⁰ Dafür spricht, dass es dem Käufer möglich sein sollte, denjenigen Mangel zu wählen, der für ihn subjektiv die geringste Beeinträchtigung darstellt.⁶¹ So ist gemeinhin anerkannt, dass der Käufer dann, wenn sich ein Mangel zwar nicht vollständig, wohl aber teilweise beseitigen lässt, einen Anspruch auf jene partielle Mängelbeseitigung hat.⁶² Auch hat er nach h.M. einen Anspruch darauf, dass der Ver-

käufer das geschuldete Ergebnis auf anderem als dem vertraglich vereinbarten Weg herstellt.⁶³

Der BGH⁶⁴ geht deswegen zu Recht davon aus, dass dem Käufer grundsätzlich ein Anspruch auf Mangeltausch zusteht. Allerdings soll sich der Verkäufer unter Umständen auf die Einrede der Unerschwinglichkeit aus § 275 Abs. 2 BGB berufen können, nämlich dann, wenn durch den neuen Mangel Folgeschäden drohen, die zu tragen dem Verkäufer nicht zugemutet werden kann.

Eine solche Unzumutbarkeit dürfte vorliegend zu bejahen sein: H kann den Schadstoffausstoß nur um den Preis beseitigen, dass der Kraft- und Harnstoffverbrauch steigt. Die Folgekosten können – abhängig von der Laufleistung des Wagens – immens sein, so dass H die Mängelbeseitigung (respektive den Mangeltausch) gem. § 275 Abs. 2 BGB verweigern kann.⁶⁵

II. Anspruch auf Ersatzlieferung*1. Auswirkungen auf die Möglichkeit einer Ersatzlieferung*

Zunächst ist fraglich, ob eine Ersatzlieferung unter den hier in Rede stehenden Umständen überhaupt möglich ist. Zwar haben H und B eine Gattungsschuld vereinbart. Jedoch weisen alle Exemplare der vereinbarten Gattung denselben (unterstelltermaßen unbehebbarer) Mangel auf.

Es fragt sich also, ob B unter § 439 Abs. 1 BGB die Lieferung eines Exemplars aus einer vergleichbaren Gattung verlangen kann. Diese Frage ist eng mit derjenigen eines Ersatzlieferungsanspruchs bei vereinbarter Stückschuld verwandt. Diesbezüglich herrscht Streit.

Ein beachtlicher Teil der Literatur lehnt einen Ersatzlieferungsanspruch im Fall einer Stückschuld pauschal ab.⁶⁶ Argumentiert wird dabei insbesondere mit der Parteivereinbarung: Zum einen sei danach nur eine einzige Sache „erfüllungstauglich“ und eine Ersatzlieferung deswegen von vornherein unmöglich im Sinne des § 275 Abs. 1 BGB. Zum anderen dürfe ein Schuldner, der sich vertraglich lediglich zur Lieferung einer bestimmten Sache verpflichtet hat, nicht von Gesetzes wegen gezwungen werden, eine andere Sache zu liefern.

Der BGH⁶⁷ und die wohl h.M. in der Literatur⁶⁸ lassen einen Ersatzlieferungsanspruch hingegen – zu Recht – grund-

⁵⁹ Vertiefender Hinweis: Die neue Motorengeneration kommt wohl ohne „Schummelsoftware“ aus und ist dabei ähnlich leistungsstark und sparsam wie die Schummelmotoren. Insofern liegt die Frage nahe, ob H im Rahmen der Mängelbeseitigung zum Austausch des Motors verpflichtet ist. Grundsätzlich stellt der Austausch von Einzelteilen eine Form der Mängelbeseitigung dar (vgl. *Faust* [Fn. 6], § 439 Rn. 26). Allerdings stellt der Motor kein Einzelteil des gekauften Wagens dar, sondern dessen Hauptbestandteil, zumal bei einem Austausch auch noch viele andere Bauteile an den neuen Motor angepasst werden müssen (Abgasanlage, Getriebe, Elektrik etc.). Insofern ist fraglich, ob im Fall eines Motorenaustauschs noch von Mängelbeseitigung gesprochen werden kann oder ob schon eine (partielle) Ersatzlieferung vorliegt. Jedenfalls aber stellt sich die unten im Rahmen der Ersatzlieferung angesprochene Frage nach der „Erfüllungstauglichkeit“ auch bei einem Motoraustausch. Auf die dortigen Ausführungen sei also an dieser Stelle verwiesen (unten II. 2.).

⁶⁰ Gegen einen Anspruch *Faust* (Fn. 6), § 439 Rn. 37; *Grunewald* (Fn. 6), § 439 Rn. 4; wohl auch OLG Celle BeckRS 2016, 13999 Rn. 7.

⁶¹ Für einen Anspruch *Matusche-Beckmann*, in: *Staudinger*, 2014, § 439 Rn. 100; *Schmidt* (Fn. 11), § 439 Rn. 24; *Reinicke/Tiedtke* (Fn. 9), Rn. 442; *Gutzeit*, NJW 2007, 956.

⁶² BGH NJW 2013, 1365 Rn. 12; *Faust* (Fn. 6), § 439 Rn. 37.

⁶³ *Faust* (Fn. 6), § 439 Rn. 37 unter Berufung auf BGH NJW 1981, 1448 (zum alten Schuldrecht).

⁶⁴ BGH NJW 2005, 2852 (Operation eines Hundewelpen).

⁶⁵ In der Realität wird man eine Unzumutbarkeit wohl deshalb zu verneinen haben, weil das Kraftfahrt-Bundesamt ein Softwareupdate angeordnet hat, siehe oben Fn. 26.

⁶⁶ *Faust*, ZGS 2004, 252 (253 ff.); *Gruber*, in: *Jahrbuch junger Zivilrechtswissenschaftler*, 2001, S. 187 (191); *P. Huber*, NJW 2002, 1004 (1006); *U. Huber*, in: *Festschrift für Peter Schlechtriem zum 70. Geburtstag*, 2003, S. 521 (523 Fn. 9); *Jacobs*, *Die kaufrechtliche Nacherfüllung*, S. 377 ff.; *Lorenz/Riehm*, *Lehrbuch zum neuen Schuldrecht*, 2002, Rn. 505; *Musielak*, NJW 2008, 2801 (2804); *Pfeiffer*, ZGS 2002, 23 (29 Fn. 38); *Reinicke/Tiedtke* (Fn. 9), Rn. 422 ff.

⁶⁷ BGH, Urt. v. 7.6.2006 – VIII ZR 209/05; BGHZ 168, 64.

sätzlich zu. Hierfür spricht vor allem der Wille des Reformgesetzgebers, dem es gerade darum ging, die vor der Reform bestehende Differenzierung zwischen Stück- und Gattungsschulden aufzuheben. Auch die Verbrauchsgüterkaufrichtlinie, die der Regelung in § 439 BGB zugrunde liegt, unterscheidet nicht zwischen Stück- und Gattungsschulden. Allerdings kann ein Ersatzlieferungsanspruch nur dann bestehen, wenn dies dem Parteiwillen (bei Vertragsschluss) entspricht, wenn die Kaufsache nach dem Willen der Parteien also im Falle ihrer Mangelhaftigkeit durch eine gleichartige und gleichwertige Sache ersetzt werden kann.⁶⁹

Nichts anderes sollte gelten, wenn die Parteien zwar keine Stück-, sondern eine Gattungsschuld vereinbart haben, dann aber die gesamte Gattung untergeht (bzw. von einem unbehebaren Mangel betroffen ist). Auch in diesem Fall muss es also auf den Parteiwillen ankommen, genauer gesagt darauf, ob nach diesem Parteiwillen die Kaufsache aus einer bestimmten Gattung im Falle der Mangelhaftigkeit jedes einzelnen Gattungsexemplars durch eine Kaufsache aus einer gleichartigen und gleichwertigen Gattung ersetzt werden kann.

Dies wird man vorliegend jedoch wohl zu verneinen haben. In Betracht käme nur die Lieferung eines anders motorisierten Alhambra – entweder mit einem neuen Diesel-Aggregat oder mit einem „alten“ Benzinmotor. Da der Motor aber einen entscheidenden Bestandteil eines Fahrzeugs darstellt, wird man wohl ein anders motorisiertes Fahrzeug nicht mehr als dem gelieferten Fahrzeug vergleichbar ansehen können.⁷⁰

Ein Ersatzlieferungsanspruch des B wäre demnach abzulehnen

Hinweis: a.A. gut vertretbar.

2. Auswirkungen auf die Einrede der Unverhältnismäßigkeit nach § 439 Abs. 3 BGB

Zudem hat der mit dem Update einhergehende Mehrverbrauch Auswirkungen auf die Einrede der Unverhältnismäßigkeit (unterstellt eine Ersatzlieferung wäre an sich als möglich einzustufen): Durch die Unmöglichkeit (bzw. Unerreichbarkeit) der Mängelbeseitigung entfällt das Recht des H, die Ersatzlieferung wegen relativer Unverhältnismäßigkeit zu verweigern.⁷¹ Ohne das Vergleichsobjekt „Män-

gelmängelbeseitigung“ ist für eine relative Unverhältnismäßigkeit kein Raum.

Es fragt sich daher, ob K die Ersatzlieferung wegen absoluter Unverhältnismäßigkeit nach § 439 Abs. 3 S. 3 Hs. 2 BGB verweigern kann. Der BGH geht jedenfalls dann von einer solchen absoluten Unverhältnismäßigkeit aus, wenn die Nacherfüllungskosten mehr als 200 % des mangelbedingten Minderwertes oder mehr als 100 % des Werts der Sache in mangelfreiem Zustand ausmachen.⁷² Laut Bearbeitervermerk mindert die „Schummelsoftware“ den Wert des Alhambra nicht in nennenswertem Umfang. Dementsprechend dürften die Kosten für eine Ersatzlieferung ohne Weiteres über dem Grenzwert von 200 % des mangelbedingten Minderwerts liegen.

Allerdings scheidet im vorliegenden Fall eine Einrede der absoluten Unverhältnismäßigkeit von vornherein aus. Da es sich bei H um einen Unternehmer im Sinne des § 14 BGB und bei B um einen Verbraucher im Sinne des § 13 BGB handelt, fällt der Kaufvertrag in den Anwendungsbereich der Verbrauchsgüterkaufrichtlinie. Diese sieht als Einschränkung des Nacherfüllungsanspruchs eines Verbrauchers ausschließlich die Einrede der relativen Unverhältnismäßigkeit vor, nicht aber diejenige der absoluten Unverhältnismäßigkeit. § 439 Abs. 3 S. 3 Hs. 2 BGB ist dementsprechend richtlinienwidrig.⁷³ Da der deutsche Gesetzgeber bei der Schaffung des § 439 Abs. 3 BGB nicht vorsätzlich gegen die Richtlinienvorgaben verstoßen wollte, sondern die Richtlinienwidrigkeit seiner Regelung schlichtweg nicht erkannt hat, erweist sich das deutsche Recht an dieser Stelle als planwidrig zu weit. § 439 Abs. 3 S. 3 Hs. 2 BGB ist daher im Wege der teleologischen Reduktion auf Fälle zu beschränken, die nicht in den Anwendungsbereich der Richtlinie fallen.⁷⁴

Dementsprechend kann H die Ersatzlieferung vorliegend nicht nach § 439 Abs. 3 BGB verweigern.

⁶⁸ Westermann (Fn. 7), § 439 Rn. 11; Matusche-Beckmann (Fn. 61), § 439 Rn. 60 ff.; Bitter/Meidt, ZIP 2001, 2114 (2119 f.); Büdenbender, in: Schulte u.a., Handkommentar zum BGB, 8. Aufl. 2014, § 439 Rn. 29; Canaris, JZ 2003, 831 (833 ff.); Grunewald (Fn. 6), § 439 Rn. 5; Oechsler, NJW 2004, 1825 (1828 f.); Oetker/Maultzsch, Vertragliche Schuldverhältnisse, 4. Aufl. 2013, § 2 Rn. 202 ff.; Spickhoff, BB 2003, 589 (590); Ball, NZV 2004, 217 (220); Gsell, JuS 2007, 97; Roth, NJW 2006, 2953.

⁶⁹ BGHZ 168, 64.

⁷⁰ So im Ergebnis auch Steenbruck, MDR 2016, 185 (186).

⁷¹ Vertiefender Hinweis: Im hiesigen Kontext ist davon auszugehen, dass die Mängelbeseitigung unmöglich ist; die Möglichkeit des Mangeltauschs muss unbeachtlich bleiben. Zwar hat B, wie gesagt, das Recht, einen solchen Mangel-

tausch zu verlangen, nicht aber auch die Pflicht. Lehnt er ihn ab, führt dies zu einer Unmöglichkeit der Mängelbeseitigung (wobei wiederum darauf hinzuweisen ist, dass das Kraftfahrt-Bundesamt das Update in der Realität verpflichtend angeordnet hat, siehe oben Fn. 5 und 26).

⁷² BGH NJW 2015, 468 (472 Rn. 40 ff.).

⁷³ EuGH, Urt. v. 16.6.2011 – verb. Rs C-65/09 und 87/09 (Putz/Weber) = Slg. I 2011, 5257.

⁷⁴ BGH NJW 2012, 1073.