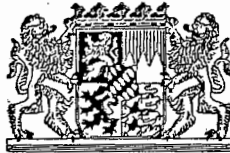


Az.: 13 U 1161/11
3 O 1381/10 LG Nürnberg-Fürth



IM NAMEN DES VOLKES

In dem Rechtsstreit

- Kläger und Berufungsbeklagter -

Prozessbevollmächtigte:
Rechtsanwälte

gegen

- Beklagte und Berufungsklägerin -

Prozessbevollmächtigte:
Rechtsanwälte

wegen Nacherfüllung

erlässt das Oberlandesgericht Nürnberg -13. Zivilsenat- durch den Vorsitzenden Richter am Oberlandesgericht Steckler, den Richter am Landgericht Dr. Forster und die Richterin am Oberlandesgericht Graf auf Grund der mündlichen Verhandlung vom 15.12.2011 folgendes

Endurteil

1. Auf die Berufung wird das Endurteil des Landgerichts Nürnberg-Fürth vom 05.05.2011 abgeändert:

Die Beklagte wird verurteilt, den Mangel des Fahrzeuges Alfa Romeo, Fahrzeug-Identifizierungsnummer ZAR 93900007218906, der

darin besteht, dass sich Metallteile im Kraftstoffsystem befinden, fachgerecht zu beseitigen.

Die weitergehende Klage wird abgewiesen und die weitergehende Berufung zurückgewiesen.

2. Von den Kosten des Rechtsstreits trägt der Kläger 5/6 und die Beklagte 1/6.
3. Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar. Der Kläger kann die Vollstreckung gegen Sicherheitsleistung in Höhe von 110 % des aufgrund des Urteils vollstreckbaren Betrags abwenden, falls nicht die Beklagte vor der Vollstreckung Sicherheit in Höhe von 110 % des zu vollstreckenden Betrages leistet.

Beschluss

Der Streitwert wird für das Berufungsverfahren auf

31.240,00 €

festgesetzt.

Entscheidungsgründe

I.

Die Parteien streiten um Gewährleistungsansprüche aus dem Kauf eines neuen Pkw am 10.03.2008.

Mit Endurteil vom 05.05.2008 hat das Landgericht Nürnberg-Fürth die Beklagte - dem Antrag des Klägers gemäß - zur Lieferung eines mangelfreien Pkw der Marke Alfa Romeo

159 2.4 JTDm ZoV DPF II 154 kw Hubraum 2387 Motor Diesel Getriebschaltung
Herstellergarantie und Zulassungsbescheinigung Teil II/Coc

nebst nachfolgenden Extras

Fahrzeugaufbereitung: Reinigung (innen und außen)

210: Metallic Lackierung inklusive Außenspiegel in Wagenfarbe

55Y+4FX: Blue & Me Navigation-Bluetooth System

213: Alarmanlage mit Innenraumüberwachung

sowie in der Farbe Nero Carbonio 876, Polsterung Leder "II" Schwarz, 529, Modelljahr 2008, Karosserie/Aufbau: Limousine, 5 Türen

Zug-um-Zug gegen Übergabe des Pkw Marke Alfa Romeo mit der Fahrzeugidentifizierungsnummer

sowie zur Zahlung von 179,77 € verurteilt.

Wegen der tatsächlichen Feststellungen, die dieser Entscheidung zugrunde liegen, wird auf den Tatbestand des Ersturteils (S. 3 – 6) Bezug genommen (§ 540 Abs. 1 Nr.1 ZPO).

Gegen dieses ihren Prozessbevollmächtigten am 11.05.2011 zugestellte Endurteil wendet sich die Beklagte mit am 09.06.2011 eingegangener Berufung vom 07.06.2011, die mit Schriftsatz vom 08.07.2011, eingegangen am selben Tage, begründet wurde.

Die Beklagte rügt die örtliche Zuständigkeit des Gerichts erster Instanz.

In der Sache meint sie, ein Gewährleistungsanspruch des Klägers scheitere schon daran, dass er das Fahrzeug nicht zur Untersuchung vorgestellt habe. Auch sei das Landgericht aufgrund lebensfremder Erwägungen davon ausgegangen, der durch den Sachverständigen festgestellte Mangel (Metallteile im Kraftstoffsystem) sei nicht auf eine Falschbetankung zurückzuführen, die der Sachverständige als häufigste Ursache für derartige Schäden genannt hat. Weiter verweist die Beklagte unter Bezugnahme auf ihr erstinstanzliches Vorbringen darauf, die Beschaffung eines Neufahrzeuges des Modelljahres 2008, wie vom Kläger gefordert, sei unmöglich.

Im Verlaufe des Berufungsverfahrens wurde unstreitig, dass die Firma die Produktion der kompletten Modellreihe 159 im Oktober 2011 eingestellt hat, nachdem bereits seit November 2010 diese Baureihe nicht mehr mit einem 2,4 Liter Dieselmotor mit einer Leistung von 154 Kilowatt produziert wurde, sondern nur noch mit Dieselmotoren mit 2 Litern Hubraum und Leistungen von 100 sowie 125 Kilowatt ausgestattet wurde.

Diese neuen Motoren weisen statt 5 nur noch 4 Zylinder auf, haben ein geringeres Drehmoment (350 bzw. 360 Nm statt 400 Nm), ermöglichen eine geringere Beschleunigung von 0 auf 100 km/h (statt 8,2 Sek. jetzt 8,8 bzw. 9,9 Sek.) und nicht mehr die Erreichung einer Höchstgeschwindigkeit von 230 km/h, sondern nur noch von 202 oder 218 km/h. Hingegen ist der Schadstoffausstoß von 179 g/km auf 134 bzw. 142 g/km gesunken.

Die Beklagte beantragt,

unter Abänderung der angefochtenen Entscheidung des Landgerichts Nürnberg-Fürth vom 05.05.2011 die Klage abzuweisen.

Der Kläger beantragt,

die Berufung zurückzuweisen.

Hilfsweise beantragt er,

dass die Beklagte verpflichtet wird, an den Kläger einen Pkw wie im Hauptantrag zu I. der Klage beschrieben mit Modelljahr/Baujahr 2009 bzw. 2010 bzw. 2011 mit der Motorleistung von mindestens 125 kW und einem Hubraum von rund 2 Litern in der Farbe schwarz mit Lederausstattung schwarz zu liefern.

Zusätzlich hilfsweise beantragt er,

die Beklagte zur Nachbesserung des streitgegenständlichen Mangels zu verurteilen.

Der Kläger verteidigt zunächst das erstinstanzliche Urteil. Zu seinem ersten Hilfsantrag führt er aus, Fahrzeuge Alfa Romeo 159 mit einer Motorleistung von 125 kW und einem Hubraum von rund 2 Litern würden bei verschiedenen Händlern noch als Neuwagen angeboten.

Zur Ergänzung des Sach- und Streitstandes im Berufungsverfahren wird auf die Berufungsbegründung der Beklagten vom 08.07.2011 und den Schriftsatz des Beklagtenvertreters vom 24.11.2011 sowie die Berufungserwiderung des Klägers vom 24.08.2011 und den Schriftsatz des Klägersvertreters vom 08.12.2011 nebst der hierzu übergebenen Anlagen verwiesen.

II.

Die Berufung der Beklagten hat teilweise Erfolg, denn die Nachlieferung eines gleichen oder zumindest gleichartigen und gleichwertigen Ersatzfahrzeugs ist nach den im Berufungsverfahren unstreitigen tatsächlichen Umständen unmöglich, so dass der Gewährleistungsanspruch des Klägers auf die andere Art des Nacherfüllungsanspruchs nach § 439 Abs. 1 BGB, die Beseitigung des Mangels, beschränkt ist (vgl. Palandt/Weidenkaff, BGB, 71. Aufl., § 439 Rn. 20).

Die weitergehende Berufung der Beklagten ist unbegründet.

1. Die durch die Beklagte erhobene Rüge der örtlichen Unzuständigkeit des Erstgerichts ist im Berufungsverfahren ausgeschlossen (§ 513 Abs. 2 ZPO).
2. Aufgrund des Ergebnisses der erstinstanzlich durchgeführten Beweisaufnahme steht unter Beachtung der Beweislastumkehr nach § 476 BGB fest, dass der streitgegenständliche Pkw bereits im Zeitpunkt des Gefahrübergangs mangelbehaftet war, so dass der Kläger gemäß § 437 Nr. 1, § 439 Abs. 1 BGB Nacherfüllung verlangen kann.
 - a) Ursache der Mangelercheinung (Ruckeln und Ausgehen des Motors) sind nach den Feststellungen des Sachverständigen in seinem erstinstanzlich schriftlich erstatteten Gutachten vom 27.12.2010 Metallspäne im Kraftstoffsystem. Solche Teile hat der Sachverständige – nachdem die Mangelercheinungen auch bei einer von ihm durchgeführten Probefahrt aufgetreten waren – im Kraftstofffilter vorgefunden.

Diese Feststellungen des Sachverständigen greift die Beklagte zu Recht nicht an.
 - b) Dieser Mangel ist innerhalb von 6 Monaten ab Gefahrübergang aufgetreten, denn die Übergabe erfolgte im September 2008. Am 26.02.2009, 5 Monate nach der Zulassung des Fahrzeugs am 29.09.2008, wurde dieses unstrittig erstmals wegen der bereits damals aufgetretenen Mangelercheinungen in eine Werkstatt verbracht.
 - c) Deshalb findet – da ein Verbrauchsgüterkauf gemäß § 474 Abs. 1 BGB vorliegt – § 476 BGB Anwendung, wonach vermutet wird, dass der Mangel bereits bei Gefahrübergang vorgelegen hat, nachdem diese Vermutung mit der Art der Sache oder des Mangels nicht unvereinbar ist.

Unerheblich ist, dass für die Entstehung des Mangels zwei Ursachen denkbar sind, nämlich ein Produktionsfehler vor oder Falschbetankung nach Gefahrübergang, denn wann genau und warum der Mangel, der sich innerhalb von

6 Monaten gezeigt hat, tatsächlich entstanden ist, spielt für die Vermutung des § 476 BGB keine Rolle.

Gerade den mit der Feststellung des Zeitpunkts einer Mangelentstehung verbundenen Schwierigkeiten will die Vermutung des § 476 BGB zugunsten des Verbrauchers begegnen. Sie findet daher in den Fällen Anwendung, in denen sich ein Mangel innerhalb von 6 Monaten ab Gefahrübergang zeigt, sich der Zeitpunkt und die Ursache seiner Entstehung jedoch nicht zuverlässig feststellen lassen (BGH MDR 2007, 1295; NJW 2007, 2619).

Die – früher ergangene – Entscheidung des BGH vom 02.06.2004 (BGHZ 159, 215) steht dem nicht entgegen, zumal in diesem Fall feststand, dass der Motor, der innerhalb des 6-Monats-Zeitraums zu Schaden kam, bei Gefahrübergang nicht mangelhaft gewesen war.

Die Beklagte hätte deshalb die gegen sie streitende Vermutung widerlegen müssen, wozu sie jedoch nicht einmal angesetzt hat.

Weitere Untersuchungen durch den Sachverständigen , die einen Produktionsfehler möglicherweise ausschließen und eine Falschbetankung als Ursache belegen hätten können, hat die Beklagte nicht beantragt.

Im Übrigen ist das Landgericht durchaus auf tragfähiger Grundlage zu der Überzeugung gelangt, dass das Fahrzeug nicht falsch betankt wurde.

3. Damit stand dem Kläger als Gewährleistungsanspruch gemäß § 437 Nr. 1, § 439 Satz 1 BGB nach seiner Wahl der Nacherfüllungsanspruch auf Beseitigung des Mangels oder auf Lieferung einer mangelfreien Sache zu.

Diese Ansprüche hängen entgegen der Auffassung der Beklagten auch nicht davon ab, dass der Käufer dem Verkäufer Gelegenheit zur Untersuchung der Kaufsache auf die Mangelhaftigkeit hin gibt. Die von der Beklagten für ihre Auffassung herangezogene Entscheidung des Bundesgerichtshofs vom 10.03.2010 (NJW 2010, 1448) befasst sich mit einem Fall des Rücktritts, der

voraussetzt, dass der Verkäufer Gelegenheit zur Nacherfüllung erhalten hat.

Außerdem hat die Beklagte von der Klägerin auch gar nicht erbeten, das Fahrzeug besichtigen und untersuchen zu dürfen, sondern mit Schreiben ihrer anwaltlichen Bevollmächtigten vom 25.10.2009 verlangt, dass das Fahrzeug zum Zwecke der Nachbesserung zu ihr verbracht werde, weil die vom Kläger verlangte Ersatzlieferung - die zu diesem Zeitpunkt noch möglich gewesen wäre - unverhältnismäßig sei.

4. Die Nachlieferung einer mangelfreien Sache war jedoch zum Zeitpunkt der letzten mündlichen Verhandlung des Berufungsgerichts unmöglich, so dass ein Anspruch des Klägers auf diese Leistung gemäß § 275 Abs. 1 BGB nicht (mehr) besteht. Sie konnte dem Kläger deshalb auch nicht zugesprochen werden.
 - a) Unstreitig wird ein Fahrzeug, wie es der Kläger nach der getroffenen Konfiguration bei der Beklagten bestellt und wie diese es nach dem Kundenwunsch vom Hersteller bezogen hat, seit November 2010 nicht mehr hergestellt. Die zunächst noch weiter produzierte Modellreihe Alfa Romeo 159 wurde ab dieser Zeit nur noch mit Dieselmotoren mit 2 Litern Hubraum und einer Leistung von 100 bzw. 125 kW ausgestattet. Die Produktion des Fahrzeugs mit einem 2,4 Liter Motor und einer Leistung von 154 kW wurde eingestellt. Seit Oktober 2011 ist die Produktion der Modellreihe 159 insgesamt eingestellt.
 - b) Damit wurde es für die Beklagte unmöglich, eine gleichartige und gleichwertige mangelfreie Sache nachzuliefern.

Darauf, ob am Markt bei anderen Händlern noch Neufahrzeuge der Modellreihe 159 mit der zwischen November 2010 und Oktober 2011 gebauten Motorisierung beschafft werden können, kommt es nicht an.

aa) Der Senat neigt dazu, anzunehmen, dass in Fällen des Kaufs eines Neuwagens, der nach der Bestellung beim Verkäufer vom Hersteller in der vom Kunden gewünschten Ausstattung erst gebaut wird, nach der Vorstellung der

Vertragsparteien der Lieferungs- (und damit auch ein eventueller Nachlieferungs-) Anspruch auf ein vom Hersteller für den Käufer so gefertigtes Fahrzeug gerichtet und entsprechend beschränkt ist, so dass eine Nachlieferung unmöglich wird, wenn der Hersteller die Produktion einstellt.

Ein Käufer, der ein fabrikneues Fahrzeug mit Herstellergarantie gekauft hat, hat regelmäßig nicht die Vorstellung, der Verkäufer könne seiner Erfüllungsverpflichtung dadurch nachkommen, dass er ein Fahrzeug mit der bestellten Ausstattung nicht – wie vereinbart – vom Hersteller bezieht, sondern über das Internet irgendwie aufspürt. Entsprechend hat ein Verkäufer die Vorstellung, eine Nachlieferung erforderlichenfalls durch eine Neubestellung beim Hersteller, nicht aber durch die Suche eines bereits hergestellten Fahrzeugs in möglicherweise vergleichbarer Ausstattung bei irgendeinem anderen europäischen Händler erfüllen zu können und auch zu müssen.

bb) Dies kann für die Entscheidung aber dahinstehen, denn ein vergleichbares Neufahrzeug mit Herstellergarantie ist schon deswegen nicht mehr auf dem Markt erhältlich, weil es bereits seit mehr als einem Jahr nicht mehr hergestellt wird.

Ein Fahrzeug mit der im letzten Jahr noch gebauten geringeren Motorisierung ist dem vom Kläger gekauften nicht gleichartig und gleichwertig.

Ein Pkw wird im Wesentlichen durch Marke, Baureihe, Typ, Karosserie und Motor charakterisiert. Neben dem äußeren Erscheinungsbild des Fahrzeugs kommt gerade seiner Motorisierung besonderes Gewicht zu. Der Motor ist gewissermaßen das Herz des Fahrzeuges, prägt sein Leistungsvermögen und seine Wertschätzung.

Ein Fahrzeug mit einer deutlich geringeren Motorisierung ist daher einem ansonsten baugleichen Fahrzeug mit erheblich stärkerer Motorisierung objektiv nicht vergleichbar. Der Käufer müsste - und würde - ein solches Fahrzeug deshalb auch nicht als Erfüllung annehmen.

Auf den Umstand, dass der Käufer sich später – im Interesse, einen Neuwagen zu erhalten – auch mit einem in seiner Motorisierung nicht vergleichbaren Fahrzeug zufrieden geben würde, kommt es nicht an, weil ihm insoweit kein einseitiges Leistungsbestimmungsrecht zusteht.

cc) Zu dieser Rechtsfrage der Vergleichbarkeit der Fahrzeuge war dem Klägervertreter keine Schriftsatzfrist zu weiteren Ausführungen mehr zu gewähren.

Bereits in der mündlichen Verhandlung vom 17.11.2011, wurde nicht nur erörtert, dass der Hauptantrag, dem das Erstgericht stattgegeben hatte, ersichtlich auf eine unmögliche Leistung gerichtet war, sondern auch, dass die Modellreihe 159 wohl nur noch mit einer schwächeren Motorisierung gebaut werde. Daraufhin hat der Kläger seinen Antrag umgestellt und der Beklagten wurde Schriftsatzfrist zur Frage der Vergleichbarkeit des nunmehr begehrten Fahrzeuges eingeräumt. Die Beklagte hat die Frist am 24.11.2011 zur Einreichung eines Schriftsatzes mit beachtlichem Vortrag genutzt, über den im Termin vom 15.12.2011 verhandelt wurde.

Der Kläger hatte daher bis zum Termin und in diesem hinreichend Gelegenheit, zur Frage der Vergleichbarkeit der Fahrzeuge mit unterschiedlicher Motorisierung Stellung zu nehmen.

5. Dem Hilfsantrag des Klägers auf Nachbesserung des streitgegenständlichen Mangels war stattzugeben.

a) Die Stellung des Hilfsantrages war auch im Berufungsverfahren noch zulässig.

Es kann dahinstehen, ob der Hilfsantrag überhaupt eine Klageänderung i. S. v. § 263 ZPO darstellt oder nicht vielmehr dem § 264 Nr. 3 ZPO unterfällt, denn auch eine Klageänderung wäre zulässig, weil sie sachdienlich ist (§ 533 Nr. 1 ZPO) und auf Tatsachen gestützt werden kann, die das Berufungsgericht

seiner Entscheidung über die Berufung ohnehin nach § 529 ZPO zugrunde zu legen hat (§ 533 Nr. 2 ZPO).

Das Landgericht hat aufgrund der durchgeführten Beweisaufnahme den Mangel festgestellt (vgl. oben unter 2.). Der Sachverständige hat in seinem erstinstanzlich schriftlich erstatteten Gutachten auch die zur Mangelbeseitigung erforderlichen Maßnahmen, nämlich Austausch sämtlicher Komponenten des Kraftstoffsystems (Pumpe, Injektoren, Leitungen, Tank), beschrieben (S. 3 des Gutachtens vom 27.12.2010)

Damit genügen die erstinstanzlich getroffenen Feststellungen, um positiv über den Hilfsantrag entscheiden zu können.

- b) Auf den Hilfsantrag hin war die Beklagte daher zur fachgerechten Beseitigung des Mangels des verkauften Fahrzeugs, der darin besteht, dass sich Metallteile im Kraftstoffsystem befinden, zu verurteilen. Die Art der fachgerechten Beseitigung ergibt sich aus dem Gutachten des Sachverständigen vom 27.12.2010.

III.

Nebenentscheidungen:

1. Die Kostenentscheidung beruht auf § 92 Abs. 1, § 97 Abs. 1 ZPO. Die Quote ergibt sich daraus, dass der Senat die Kosten der Mangelbeseitigung auf 5.000 € schätzt.
2. Der Ausspruch zur vorläufigen Vollstreckbarkeit beruht auf § 708 Nr. 10, § 711 Satz 1, § 713 ZPO.
3. Gründe, die Revision zuzulassen (§ 543 Abs. 2 ZPO) bestehen nicht. Die Rechtssache hat weder grundsätzliche Bedeutung noch erfordert die Fortbildung des Rechts oder die Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung eine

Entscheidung des Revisionsgerichts. Von der höchstrichterlichen Rechtsprechung weicht der Senat nicht ab. Der zu entscheidende Fall wird geprägt durch die ihm eigenen Besonderheiten im Tatsachenbereich.



Steckler
Vorsitzender Richter
am Oberlandesgericht



Dr. Forster
Richter
am Landgericht



Graf
Richterin
am Oberlandesgericht

Verkündet am 15.12.2011



Böhm, Justizangestellte
Urkundsbeamter der Geschäftsstelle