

Beglaubigte Abschrift

Hanseatisches Oberlandesgericht

Hamburg, 26.10.2018

4 U 97/17

**Verfügung**

Rechtsstreit

1. Termin zur mündlichen Verhandlung vor dem Einzelrichter wird bestimmt auf

Wochentag und Datum	Uhrzeit	Zimmer/Etage/Gebäude
Montag, 03.12.2018	14:00 Uhr	siehe Hinweis

**HINWEIS: Den endgültigen Sitzungssaal erfahren Sie am Sitzungstag am Aushang bzw. bei der Information im Eingangsbereich des Gerichts.**

**Belehrungen gemäß §§ 78, 215 ZPO**

Vor den Oberlandesgerichten herrscht Anwaltszwang. Daher kann nur ein Rechtsanwalt oder im Einvernehmen mit einem Rechtsanwalt ein der deutschen Sprache mächtiger Staatsangehöriger eines Mitgliedstaates der Europäischen Union oder eines anderen Vertragsstaates des Abkommens über den Europäischen Wirtschaftsraum, der nach den Teilen 1 und 5 des Gesetzes über die Tätigkeit europäischer Rechtsanwälte in Deutschland (EuRAG) berechtigt ist, vorübergehend die Tätigkeit eines Rechtsanwalts auszuüben, zum Prozessbevollmächtigten bestellt werden. Handlungen, die die Partei selbst vornimmt, sind prozessrechtlich unwirksam. Wird für die Partei kein Rechtsanwalt oder kein vorstehend näher bezeichneter ausländischer Rechtsanwalt tätig, kann gegen sie ein Versäumnisurteil ergehen. Die Parteien werden daher ausdrücklich darauf hingewiesen, dass das Nichterscheinen im Termin zu einem Verlust des Prozesses führen kann. Gegen die nicht erschienene Partei kann auf Antrag des Gegners ein Versäumnisurteil erlassen oder eine Entscheidung nach Aktenlage getroffen werden (§§ 330 bis 331a; 251a ZPO); in diesem Fall hat die säumige Partei auch die Gerichtskosten und die notwendigen Kosten der Gegenseite zu tragen (§ 91 ZPO). Aus dem Versäumnisurteil oder dem Urteil nach Lage der Akten kann der Gegner der säumigen Partei gegen diese die Zwangsvollstreckung betreiben (§ 708 Nr. 2 ZPO).

2. **Gemäß §§ 525, 273 ZPO wird angeordnet:**

- 2.1. Die übliche telefonische Abstimmung des Termins war leider nicht möglich, da der Anschluss Ihrer Kanzlei stets besetzt war oder das Telefon nicht abgehoben wurde.

3. Hinweis gemäß § 139 ZPO:

**Der Senat weist zur Vorbereitung der Sitzung auf folgendes hin:**

Dass an dem streitgegenständlichen Fahrzeug ein Mangel vorhanden ist, dürfte nach bisheriger Einschätzung im Sinne von § 291 ZPO unzweifelhaft sein. Das Vorliegen der Besonderheiten

der Steuerungs-Software des PKW ist ohnehin unter den Parteien nicht streitig. Soweit sich fragt, ob darin ein Mangel im Sinne von § 434 Abs. 1 Nr. 1 BGB zu sehen ist, dürfte nach der umfassenden Berichterstattung in den Medien und der öffentlichen Diskussion über diese Frage, allgemein bekannt sein, dass die solchermaßen ausgestatteten Fahrzeuge nicht in allen Orten die üblichen Zufahrts/Durchfahrtsrechte haben können und von daher für die vom Vertrag vorausgesetzte Verwendung nicht geeignet sind.

Problematischer könnte indessen das Begehren des Klägers auf Nachlieferung sein, weil das Landgericht vollkommen zutreffend die Überlegung angestellt hat, ob nicht wegen der unterdessen vorgenommenen Änderungen der Beklagten bzw. des Lieferunternehmens am Produkt die begehrte Nachbesserung im Sinne von § 275 Abs. 1 BGB unmöglich geworden ist, so dass eine Nachlieferung gemäß § 439 Abs. 3, 275 Abs. 1 BGB nicht geschuldet sein könnte. Allerdings wird diese Frage nach derzeitiger Übersicht des Gerichts in Rechtsprechung und Literatur unterschiedlich gesehen, was sich auch schon aus den in Berufungsbegründung und Berufungserwidern von den Parteien jeweils zitierten vielfachen Entscheidungen ergibt. Nach einigen Ansichten liege ein Fall der Unmöglichkeit vor, da bei Modellveränderungen eine Besserstellung des Kunden erfolge, welche vom Nacherfüllungsrecht und dessen Sinn und Zweck nicht gedeckt sei (LG Darmstadt Urteil vom 27. März 2017, Az.: 13 O 543/16; LG Kempten Urteil vom 29. März 2017 Az.: 13 O 808/16). Diesen Entscheidungen steht allerdings gegenüber, dass auch vertreten wird, dass beim Gattungskauf der Verkäufer so lange Nachlieferung zu leisten hat, wie die Gattung (das Fahrzeugmodell) überhaupt noch hergestellt werde und am Markt verfügbar sei (Staudinger-Caspers, Kommentar zum BGB, § 275 Rdnr. 19 m.w.N.). Daher bestehe auch bei Abweichungen durch eine Modelländerung grundsätzlich ein Nachlieferungsanspruch (so etwa LG Offenburg Urteil vom 21. Juni 2017 Az.: 3 O 77/16 oder LG Aachen Urteil vom 8. Juni 2017 Az.: 12 O 347/17). Auch das Landgericht Hamburg hat nach Kenntnis des Senats schon diese Auffassung vertreten. Es fragt sich daher, ob es zur Entscheidung des vorliegenden Rechtsstreits darauf ankommt, diese Frage zu entscheiden und Stellung zu beziehen. Nach derzeitigen Kenntnisstand ist diese Frage vom Bundesgerichtshof noch nicht abschließend entschieden worden und spielte auch bei der am 5. September 2018 verhandelten Sache (Az.: VIII ZR 66/17) keine Rolle, deren Verkündung ohnehin erst für den Januar 2019 angekündigt ist. Gleichwohl meint das Gericht, dass der vorliegende Rechtsstreit entscheidungsreif sein dürfte, weil eine Entscheidung über diese streitige Rechtsfrage nicht erforderlich sein dürfte. Nähert man sich der Problematik nämlich von der Bestimmung des Begriffs der Gattungsschuld, um die es sich hier unzweifelhaft handelt, so ergibt sich die Lösung bereits aus der Definition des Begriffs selbst. Nach einhelliger Ansicht bestimmt sich eine Gattungsschuld nämlich als eine solche, die durch Lieferung einer Sache mittlerer Art und Güte bestimmt wird, wie es schon der Gesetzestext von § 243 Abs. 1 BGB vorgibt, was bedeutet, dass innerhalb einer Gattung gerade bei Massenware kleinere Abweichungen möglich sind (vgl. statt vieler Palandt-Grüneberg, § 243 Rdnr.4). Somit kann auch im vorliegenden Fall die Frage gestellt werden, ob die Gattung VW Tiguan nicht weiterhin hergestellt wird, sich allerdings durch den Modellwechsel/Facelift Abweichungen zwischen dem dem Kläger ausgelieferten Fahrzeug und den nunmehr hergestellten Fahrzeugen ergeben. Stellten diese Abweichungen allerdings insgesamt nur kleinere und mithin unbedeutende Abweichungen dar, so wäre die Nacherfüllung möglich und die Beklagte auf die Berufung hierzu antragsgemäß zu verurteilen.

Nach derzeitiger Ansicht des Gerichts kann gut vertreten werden, dass es sich bei den von den Parteien vorgetragene Abweichungen zwischen dem ausgeliefertem Fahrzeug und den derzeit hergestellten VW Tiguan um keine Abweichungen, die eine neue Gattung bestimmten, handelt. Vielmehr sind es sämtlich kleinere technische oder optische Veränderungen, die aber weder das Erscheinungsbild des Fahrzeugs noch dessen technische Ausrichtung grundsätzlich verändern. Damit wird es aber weder auf die Entscheidung des Bundegerichtshofs ankommen noch liegt eine Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung vor, die es erforderlich machen würde, gemäß § 543 Abs. 1 Nr. 1 ZPO die Revision zuzulassen. Dem dürfte auch nicht entgegenstehen, dass in der Rechtsprechung zum Teil vertreten wird, bei der Nacherfüllung dürfe der Käufer nicht besser gestellt werden als bei ordnungsgemäßer Erfüllung. Das überzeugt nur auf den ersten Blick, denn immer stellt eine Nachlieferung als Nacherfüllung eine Verbesserung für den Käufer dar, bekommt dieser doch zum Zeitpunkt der Nachlieferung erneut eine neue Sache, wohingegen die ursprünglich gelieferte Ware schon älter ist und unabhängig von Wertminderungen durch Abnutzung keine Neuware mehr ist. Von daher können also Wertverbesserungen des nachzuliefernden PKW kein Ausschluss für eine Nachlieferung sein, sind diese doch gerade dem Anspruch auf Nachlieferung immanent.

Das Gericht regt an, dass die Parteien Möglichkeiten einer einvernehmliche Lösung erwägen.

Dr. Theege  
Richter am Oberlandesgericht



Für die Richtigkeit der Abschrift  
Hamburg, 30.10.2018

Busse, JOSEkr'in  
Urkundsbeamtin der Geschäftsstelle  
Durch maschinelle Bearbeitung beglaubigt  
- ohne Unterschrift gültig