

## BVSK-RECHT Aktuell – 2017 / KW 24

- **Werbung mit dem Begriff autorisierte Fachwerkstatt/ Service für Fahrzeuge einer bestimmten Marke und Informationspflichten zu Rückrufaktionen**

OLG Hamm, Urteil vom 08.02.2017, AZ: I-12 U 101/16

Das Berufungsurteil des OLG Hamm befasst sich mit Informationspflichten einer Fachwerkstatt gegenüber ihren Kunden zu Rückrufaktionen wegen sicherheitsrelevanter Mängel an einem Fahrzeug. ... [\(weiter auf Seite 2\)](#)

- **Ersatzlieferung bei einem Fahrzeug mit Abgassachmangel**

LG Regensburg, Urteil vom 04.01.2017, AZ: 7 O 967/16

Das sicherlich allgemein bekannte Urteil des LG Regensburg befasste sich mit einem Ersatzlieferungsanspruch eines Käufers, der den am 23.03.2015 bei der beklagten Verkäuferin gekauften Pkw Seat Alhambra I-Tech 2.0 TDI Ecomotive 103 kW zum Preis von 30.950,00 € am 15.05.2015 ausgeliefert erhielt. Dieser Pkw war mit einem Dieselmotor des Typs EA 189 EU 5 mit einer manipulierten Software ausgestattet. ...[\(weiter auf Seite 6\)](#)

- **Nutzungsausfalldauer beim Reparaturfall**

AG Hamburg-Barmbek, Urteil vom 17.11.2016, AZ: 810 C 558/15

Das Urteil des AG Hamburg-Barmbek befasst sich im Wesentlichen mit der Dauer von Nutzungsausfall eines Fahrzeugs, das am 01.12.2012 verunfallte. Das Fahrzeug wurde noch am Unfalltag auf den Betriebshof der Reparaturfirma verbracht. Es wurde am 11.12.2012 begutachtet und das Gutachten hierzu wurde am 19.12.2012 fertig gestellt.

...[\(weiter auf Seite 11\)](#)

- **Mietwagenkosten – Verbindlichkeit von Vermittlungsangeboten der gegnerischen Versicherung**

AG Köln, Urteil vom 02.08.2016, AZ: 263 C 44/16

In diesem Fall klagte die Autovermietung aus abgetretenem Recht vor dem AG Köln restliche Mietwagenkosten aus einem Verkehrsunfall ein. Die Eintrittspflichtigkeit der Beklagten (Kfz-Haftpflichtversicherung des Unfallgegners) dem Grunde nach zu 100 % stand fest.

...[\(weiter auf Seite 16\)](#)

- **Werbung mit dem Begriff autorisierte Fachwerkstatt / Service für Fahrzeuge einer bestimmten Marke und Informationspflichten zu Rückrufaktionen**

OLG Hamm, Urteil vom 08.02.2017, AZ: I-12 U 101/16

## Hintergrund

Das Berufungsurteil des OLG Hamm befasst sich mit Informationspflichten einer Fachwerkstatt gegenüber ihren Kunden zu Rückrufaktionen wegen sicherheitsrelevanter Mängel an einem Fahrzeug.

Die Klägerin des Verfahrens begehrt von der beklagten Fachwerkstatt Schadenersatz aufgrund einer vermeintlichen Pflichtverletzung im Rahmen einer werkvertraglichen Leistung dieser Fachwerkstatt.

Die Klägerin erwarb im Oktober 2010 ein Importfahrzeug, welches in den USA hergestellt wurde und lediglich über den Importweg nach Deutschland eingeführt wurde.

Im streitbefangenen Zeitraum existierte für diese Fahrzeugmarke kein autorisiertes Händlernetz und keine Niederlassung des Unternehmens in Deutschland.

Die Beklagte betreibt eine Fachwerkstatt für Kraftfahrzeuge und wirbt für sich als autorisierte Fachwerkstatt/ Service für Fahrzeuge dieser Marke – also der Marke des Fahrzeugs der Klägerin.

Die Klägerin ließ deshalb bei der Beklagten Reparatur- und Wartungsarbeiten an ihrem Importfahrzeug durchführen.

Ab Februar 2013 fand eine Rückrufaktion des Herstellers auch für die Baureihe des klägerischen Fahrzeugs statt. Die Rückrufaktion erfolgte wegen einer nicht ausreichend gesicherten Mutter im Getrieberad der Hinterachse.

Am 31.10.2013 führte die Beklagte Wartungsarbeiten im Auftrag der Klägerin an deren Fahrzeug durch. Hierbei wurden die Anweisungen des Herstellers im Rahmen der Rückrufaktion vom Beklagten nicht umgesetzt.

Die Klägerin hatte vom Hersteller keine Mitteilung über die Rückrufaktion erhalten.

Im April 2014 erlitt das klägerische Fahrzeug aufgrund einer Hinterachsblokade während der Fahrt erhebliche Beschädigungen. An der Hinterachse trat hierbei ein Totalschaden auf, diese musste vollständig ausgetauscht werden.

Es steht fest, dass dann, wenn entsprechend der Rückrufaktion die sogenannte Mutter gesichert worden wäre, der Schaden nicht entstanden wäre.

Die Klägerin, die durch eigene Nachforschungen Kenntnis von der Rückrufaktion erlangt hatte, nahm daraufhin die Beklagte auf Grundlage eines Kostenvoranschlags auf Netto-Reparaturkosten sowie einen merkantilen Minderwert als Schadenersatz in Anspruch.

Die Klägerin vertrat die Auffassung, dass die Beklagte durch einen fehlenden Hinweis auf die Rückrufaktion ihre werkvertraglichen Aufklärungspflichten ihr gegenüber im Rahmen des Werkvertrags verletzt habe.

Sie behauptet, dass der Rückruf der Beklagten als autorisierte Fachwerkstatt, als die sie sich in ihrer Werbung bezeichnet, bekannt sein musste; zumindest hätte sich die Beklagte Kenntnisse hierüber – nämlich über die Rückrufaktion – verschaffen müssen.

Die Beklagte war der Auffassung, dass die Klägerin sich selbst über die Rückrufaktion hätte informieren müssen und sie selbst keine Überprüfungsspflichten hinsichtlich etwaiger Rückrufaktionen habe. Nach Auffassung der Beklagten richte sich die Rechtslage nach dem Herstellerland, mithin nach amerikanischem Recht. Eine Niederlassung, Servicestation oder freie Werkstatt sei demgemäß nicht verpflichtet, Kunden etwaige Rückrufaktionen mitzuteilen.

Das LG Bochum als Vorinstanz gab der Klage in weit überwiegendem Umfang mit Urteil vom 16.06.2016 (AZ: 6 O 229/15) statt. Das LG Bochum führte im Wesentlichen aus, dass aufgrund des Werbeauftretens der Beklagten eine gesteigerte Informations- und Nachforschungspflicht bestanden habe, da aus den Angaben der Beklagten über sich selbst vernünftigerweise nur geschlossen werden könne, dass sie selbst den Anspruch an sich stellt, vollumfänglich über Fahrzeuge der Herstellermarke informiert zu sein. Demgemäß habe die Klägerin erwarten können, dass die Beklagte nach Maßgabe der Hinweise und Richtlinien des Herstellers handelt und der Rückruf habe der Beklagte ca. acht Monate nach Bekanntgabe der Rückrufaktion bekannt sein können.

## **Aussage**

Das OLG Hamm wies die Berufung der Beklagten als unbegründet zurück und führt hierzu wörtlich aus:

*„Der Klägerin steht der geltend gemachte Schadensersatzanspruch aus § 280 Abs. 1, § 634 Nr. 4, § 633 Abs. 2 Nr. 2 BGB zu.*

*Unstreitig hat die Klägerin die Beklagte am 31.10.2013 mit der Inspektion ihres Fahrzeugs Typ D E beauftragt. In der Sache handelt es sich um einen Werkvertrag darauf gerichtet, das Kraftfahrzeug für die nächste Zeit gebrauchts- und fahrbereit zu machen (Sprau in: Palandt, BGB, 73. Auflage, Einf v § 631 Rn. 30).*

*Die Beklagte hat eine ihr aus dem Werkvertrag obliegende Pflicht verletzt, indem sie es unstreitig unterlassen hat, die Klägerin - nach Überprüfung der Internetseite des Fahrzeugherstellers auf Hinweise über einen Rückruf begründende Mängel - über das Bestehen des „Safety Recall N08“ zu informieren.*

*Die Beklagte war aufgrund des Wartungsvertrages verpflichtet, sich die zumutbar zu erlangende Kenntnis von derart schwerwiegenden, sicherheitsrelevanten Mängeln zu verschaffen.*

*Gegenstand des Auftrags vom 31.10.2013 war unstreitig zumindest eine „kleine Inspektion“. Auch wenn der Arbeitsumfang im Verhältnis zu einer „großen Inspektion“ geringer gewesen wäre, hatte aus der berechtigten Sicht des Fahrzeughalters, auf deren Einbeziehung in den Vertrag der Betreiber der Werkstatt sich nach Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte einlassen musste, eine umfassende Prüfung der Verkehrssicherheit des Fahrzeugs zu erfolgen. Dies beinhaltete auch die Überprüfung zumutbar zur Verfügung stehender Informationsquellen, wie hier die Internetseite des Herstellers, auf verkehrssicherheitsrelevante Rückrufaktionen. Die Klägerin ist nach außen als Fachwerkstatt gerade für Fahrzeuge der Firma E aufgetreten. Die Klägerin konnte daher - wie die übrigen Kunden - in berechtigter Weise annehmen, dass die Beklagte in Bezug auf E-Fahrzeuge eine vollständige Kenntnis über alles Notwendige für die Verkehrs- und Betriebssicherheit hat oder sich - soweit nicht vorhanden - vor Durchführung entsprechender Inspektionsaufträge besorgt.*

*Etwas anderes ergibt sich nicht daraus, dass es sich bei dem Fahrzeug der Klägerin um einen sogenannten „Grauimport“ handelt. Wie das Landgericht zutreffend festgestellt hat, bewirbt die Beklagte ihr Unternehmen als „autorisierte Service-Vertragswerkstatt“ unter anderem für die Marke E, ohne eine Beschränkung auf in Deutschland vertriebene oder offiziell importierte Fahrzeuge vorzunehmen. Damit war aus der maßgeblichen Sicht eines objektiven Empfängers an der Stelle der Klägerin nicht zu erkennen, dass „grau importierte“ Fahrzeuge einer weniger effektiven Fehlerkontrolle unterlagen als regulär vertriebene oder eingeführte Fahrzeuge.*

*Vielmehr hätte es der Beklagten gerade im Hinblick auf ein „grau importiertes“ Fahrzeug, hinsichtlich dessen die Beklagte nach eigenen Angaben keinen Zugriff auf Computerprogramme des Herstellers haben will, in denen Rückrufaktionen einzusehen gewesen wären, obliegen, sich über andere ihr zugängliche Quellen zu informieren. Hierzu gehört die Internetseite des Herstellers, auf der die Beklagte nach den nicht angegriffenen Feststellungen des Landgerichts durch Eingabe der Fahrgestellnummer eine entsprechende Abfrage hätte durchführen können. Der Beklagten war bekannt, dass es sich bei dem Fahrzeug der Klägerin um einen „Grauimport“ handeln musste und die Klägerin vom Hersteller nicht über Rückrufaktionen informiert wird. Auch aus diesem Grund war es deshalb im Rahmen des geschlossenen Werkvertrages ihre Aufgabe als Fachwerkstatt, sich selbst zu informieren.*

*Entgegen der Auffassung der Beklagten werden hierdurch die werkvertraglichen Pflichten nicht über Gebühr ausgeweitet. Dabei ist zu berücksichtigen, dass die Überprüfung die Beklagte nicht mit handwerklichem Arbeitsaufwand belastet hätte, die Überprüfung auf Rückrufaktionen aber für die Auftraggeber sowohl unter sicherheitsrelevanten Gesichtspunkten als auch bei wirtschaftlicher Betrachtung von besonderer Bedeutung ist.*

*Es kann dahinstehen, ob das Kraftfahrtbundesamt erst später über die Rückrufaktion „Safety Recall N08“ informiert worden ist. Es oblag der Beklagten, sich selbst aktiv um die notwendigen Informationen zu kümmern und nicht auf die Information Dritter zu warten. Zudem ist weder ersichtlich noch vorgetragen, dass die Beklagte im Regelfall von einer zeitnahen Veröffentlichung von Rückrufaktion auch bei Grauimporten ausgehen konnte oder ohne Verschulden hiervon ausgegangen ist.*

*Ein Vertretenmüssen der Beklagten wird vermutet; § 280 Abs. 1 Satz 2 BGB. Anhaltspunkte für ein fehlendes Verschulden sind weder vorgetragen noch ersichtlich.*

*Eine Fristsetzung zur Nacherfüllung war nicht erforderlich, da bereits ein Schaden am Fahrzeug eingetreten ist, der durch ein Nachholen des pflichtgemäßen Verhaltens nicht beseitigt würde.*

*Das Landgericht hat festgestellt, dass die fiktiven Mängelbeseitigungskosten 6.058,32 € betragen und auch nach der Reparatur ein merkantiler Minderwert von 2.521,01 € verbleibt. Dies greifen die Parteien im Berufungsverfahren nicht an. Es handelt sich um gemäß § 249 Abs. 1, § 251 Abs. 1 BGB ersatzfähigen Schaden. Die Kausalität des unterlassenen Hinweises auf die Rückrufaktion für den eingetretenen Schaden ist zwischen den Parteien nicht (mehr) im Streit.*

*Ein Anspruchsausschluss folgt nicht aus den Regelungen des Produkthaftungsgesetzes. Die im hiesigen Rechtsstreit geltend gemachten Ansprüche haben mit Produkthaftung im Sinne dieses Gesetzes nichts zu tun. Nach § 15 Abs. 2 ProdHaftG bleibt auch eine Haftung nach anderen Vorschriften ausdrücklich unberührt.*

*Den zuerkannten Zinsanspruch hat die Beklagte bereits nicht zulässig mit der Berufung angegriffen, da es insoweit an einer den Anforderungen des § 520 Abs. 3 ZPO genügenden Berufungsbegründung fehlt. Jedenfalls folgt der Anspruch aus § 280 Abs. 1 und 2, § 286 Abs. 1, § 288 Abs. 1 BGB und §§ 291, 288 Abs. 1 Satz 2 BGB.*



*Die zulässige Anschlussberufung der Klägerin ist ebenfalls unbegründet. Der Klägerin steht ein Anspruch auf Verzinsung des zuerkannten Betrages vor dem 08.09.2015 nicht zu. Ein solcher Anspruch folgt nicht aus § 280 Abs. 1 und 2, § 286 Abs. 1 Satz 1, Abs. 2, § 288 Abs. 1 BGB. Die Beklagte befand sich vor dem 08.09.2015 mit dem Ausgleich der Schadensersatzforderung nicht in Zahlungsverzug.*

*Eine Mahnung der Klägerin im Hinblick auf den geltend gemachten Schadensersatzbetrag kann nicht festgestellt werden. Insbesondere enthalten die Schreiben der Klägerin vom 28.04.2014 und 13.05.2014 keine eindeutige Aufforderung zur Leistung des Schadensersatzbetrages. Vielmehr hat die Klägerin die Beklagte mit Schreiben vom 28.04.2014 lediglich aufgefordert, die Verpflichtung zum Schadensersatz dem Grunde nach anzuerkennen. Das Schreiben vom 13.05.2014 enthält eine Aufforderung zur Mangelbeseitigung, nicht zur Schadensersatzleistung.*

*Eine die Mahnung entbehrlich machende ernsthafte und endgültige Erfüllungsverweigerung (§ 286 Abs. 2 Nr. 3 BGB) ergibt sich nicht aus dem Schreiben der Beklagten vom 06.05.2014. An das Vorliegen einer ernsthaften und endgültigen Erfüllungsverweigerung sind strenge Anforderungen zu stellen. Die Weigerung muss als letztes Wort aufzufassen sein. Zwar hat die Beklagte in diesem Schreiben ein Anerkenntnis dem Grunde nach sowie Ansprüche sowohl dem Grunde als auch der Höhe nach abgelehnt. Diese Ablehnung hat sie aber im Wesentlichen damit begründet, dass ihr ein zustehendes Nachbesserungsrecht eingeräumt worden sei. Auch wenn der Beklagten tatsächlich kein Nachbesserungsrecht zustand, da der Schaden durch eine erfolgte Nacherfüllung nicht hätte beseitigt werden können, hat sie durch ihr Verhalten jedenfalls nicht zum Ausdruck gebracht, dass sie Gewährleistungsansprüche ernsthaft und endgültig ablehnt. Im Hinblick auf den streitgegenständlichen Schadensersatzanspruch gilt dies umso mehr, als die Klägerin zu diesem Zeitpunkt ihren Schaden noch nicht einmal beziffert hatte.“*

## **Praxis**

Laut dem OLG Hamm haben sich Fachwerkstätten unter Ausnutzen zumutbarer Informationsquellen – wie etwa der Internetseite des Herstellers – über verkehrssicherheitsrelevante Rückrufaktionen zu informieren, da der Kunde diesbezüglich erwartet, dass die Werkstatt über alle notwendigen Kenntnisse für die Verkehrs- und Betriebssicherheit verfügt bzw. sich diese vor dem Durchführen von Inspektionsarbeiten verschafft.

Das Urteil des OLG Hamm befasst sich sehr informativ mit Aufklärungspflichten über Rückrufaktionen, auch wenn die Werkstatt keinem autorisierten Händlernetz angehört und auch keine Niederlassung des Herstellers darstellt.

**Zu beachten ist, dass das OLG Hamm die Revision gegen das Urteil zuließ. Das Urteil ist demgemäß noch nicht rechtskräftig, die Revision ist beim BGH (AZ: VII ZR 51/17) anhängig.**

- **Ersatzlieferung bei einem Fahrzeug mit Abgassachmangel**  
LG Regensburg, Urteil vom 04.01.2017, AZ: 7 O 967/16

## Hintergrund

Das sicherlich allgemein bekannte Urteil des LG Regensburg befasste sich mit einem Ersatzlieferungsanspruch eines Käufers, der den am 23.03.2015 bei der beklagten Verkäuferin gekauften Pkw Seat Alhambra I-Tech 2.0 TDI Ecomotive 103 kW zum Preis von 30.950,00 € am 15.05.2015 ausgeliefert erhielt. Dieser Pkw war mit einem Dieselmotor des Typs EA 189 EU 5 mit einer manipulierten Software ausgestattet.

Der beklagte Händler hatte dem Hersteller VW in diesem Verfahren den Streit verkündet, wobei beide – also der Händler und die Streithelferin VW – die Mangelhaftigkeit des Fahrzeugs nicht anerkannten.

Der Kläger behauptet, dass das Fahrzeug wegen des Nichteinhaltens der geforderten Stickoxidwerte derzeit nicht zulassungsfähig sei und das Kraftfahrtbundesamt lediglich eine Ausnahme vom Entzug der Zulassung gemacht habe. Des Weiteren ist er der Auffassung, dass eine folgenlose Nachbesserung technisch nicht möglich ist- Jedenfalls verbleibe selbst im Falle der Nachrüstung ein Mangelverdacht. Auch deshalb sei der Marktwert des betroffenen Fahrzeugs gesunken.

Der Kläger beantragt daher wörtlich:

*„Die Beklagtenpartei wird verurteilt, der Klägerpartei ein mangelfreies fabrikneues typengleiches Ersatzfahrzeug aus der Serienproduktion des Herstellers mit identischer technischer Ausstattung wie das Fahrzeug Seat Alhambra, FIN:.... Zug um Zug gegen Rückübereignung des mangelhaften Fahrzeugs Seat Alhambra, FN:.... nachzuliefern.*

*Es wird festgestellt, dass sich die Beklagtenpartei mit der Neulieferung und mit der Rücknahme der im Klageantrag Ziffer 1 genannten Fahrzeuge in Verzug befindet.“*

Die Beklagte und deren Streithelferin VW wandten im Wesentlichen ein, dass selbst dann, wenn man von einem Mangel ausgehen wolle, dem Kläger lediglich ein Recht auf Nachbesserung zustehe.

Des Weiteren sei eine Nachlieferung unmöglich, da Fahrzeuge der aktuellen Serienproduktion nicht derselben Gattung angehören würden, weil sie sich nicht nur hinsichtlich der streitgegenständlichen Software, sondern auch in Ihrer Motorleistung und sonstigen technischen Weiterentwicklungen unterscheiden würden. Insbesondere seien sie mit der Typgenehmigung Euro 6 ausgestattet.

Weiterhin ist sie der Auffassung, dass sie die Nachlieferung gemäß § 439 Abs. 3 BGB als unverhältnismäßig verweigern dürfen, da die Beseitigung der Softwaremanipulation zu einem Betrag von weniger als 100,00 € möglich sei und der Kläger bis dahin sein Fahrzeug ohne Einschränkung weiterbenutzen könne.

## Aussage

Das LG Regensburg gab der Klage des Käufers auf Ersatzlieferung eines entsprechenden Fahrzeugs statt und führt hierzu wörtlich aus:

*„Die Klage ist weitestgehend zulässig und – soweit zulässig – auch im Wesentlichen begründet.*

*Soweit der Kläger nicht nur festgestellt haben will, dass sich die Beklagte im Annahmeverzug mit der Rücknahme des streitgegenständlichen Fahrzeugs, sondern darüber hinaus im (Schuldner-)Verzug mit der von ihm begehrten Nachlieferung befindet, ist die Klage unzulässig.*

*Gemäß § 256 I ZPO kann Klage auf Feststellung des Bestehens oder Nichtbestehens eines Rechtsverhältnisses erhoben werden. Keine Rechtsverhältnisse sind abstrakte Rechtsfragen wie etwa der Verzug des Schuldners. Der Schuldnerverzug ist ein Unterfall der Verletzung der Leistungspflicht, nämlich die rechtswidrige Verzögerung der geschuldeten Leistung aus einem vom Schuldner zu vertretenden Grund, und zugleich eine gesetzlich definierte Voraussetzung unterschiedlicher Rechtsfolgen, also lediglich „Vorfrage“ für die Beurteilung dieser Rechtsfolgen. Ein gegenüber dem ursprünglichen Schuldverhältnis eigenständiges „Verzugsverhältnis“ kennt das Gesetz nicht (BGH, Urt. v. 19.04.2000 – XII ZR 332/97, NJW 2000, 2280 [2281]).*

*Soweit in Fällen, in denen eine Verurteilung zu einer Zug um Zug zu erbringenden Leistung begehrt wird, der Antrag des Klägers, den Annahmeverzug des Schuldners hinsichtlich der ihm gebührenden Leistung festzustellen, mit Rücksicht auf §§ 756, 765 ZPO aus Gründen der Prozessökonomie allgemein als zulässig angesehen wird, sind diese Überlegungen auf den Schuldnerverzug nicht übertragbar (BGH, Urt. v. 19.04.2000 – XII ZR 332/97, NJW 2000, 2280 [2281]).*

*Im Übrigen ist die Klage zulässig. Dies gilt aus den genannten Gründen auch für den Antrag festzustellen, dass sich die Beklagte im Annahmeverzug befindet.*

*Die Klage ist weitgehend begründet.*

*Dem Kläger steht der geltend gemachte Nachlieferungsanspruch aus §§ 434 I 2 Nr. 2, 437 Nr. 1, .439 I Fall 2 BGB zu.*

*Die im streitgegenständlichen Fahrzeug installierte Software zur Beeinflussung der Schadstoffemission im Testbetrieb stellt einen Sachmangel i. S. des § 434 I 2 Nr. 2 BGB dar.*

*Nach § 434 I 2 Nr. 2 BGB ist der Kaufgegenstand frei von Sachmängeln, wenn er sich für die gewöhnliche Verwendung eignet und eine Beschaffenheit aufweist, welche bei Sachen der gleichen Art üblich ist und die der Käufer nach der Art der Sache erwarten kann. Die im streitgegenständlichen Fahrzeug eingebaute Abschaltsoftware entspricht nicht der Beschaffenheit, die bei Sachen der gleichen Art üblich ist und die der Käufer nach Art der Sache auch erwarten kann. Die Installation und Verwendung einer sogenannten Abschaltsoftware ist bei Fahrzeugen anderer Hersteller in einer vergleichbaren Fahrzeugklasse jedenfalls nicht bekanntermaßen üblich (so auch LG Braunschweig, Urt. v. 12.10.2016 – 4 O 202/16). Auch erwartet ein Durchschnittskäufer nicht, dass die gesetzlich vorgegebenen Abgaswerte nur deshalb eingehalten und entsprechend attestiert werden, weil eine Software installiert ist, die dafür sorgt, dass der Prüfstandlauf erkannt und über entsprechende Programmierung der Motorsteuerung nur für diesen Fall der Stickoxidausstoß reduziert wird. Insoweit resultiert die Mangelhaftigkeit nicht etwa daraus, dass die unter Laborbedingungen gemessenen Werte im alltäglichen Straßenverkehr nicht eingehalten werden. Denn für den Kläger als Käufer und Erklärungsempfänger war erkennbar, dass die Angaben zum Schadstoffausstoß auf einer objektivierenden Grundlage beruhen und nicht den Abgaswerten im realen Fahrbetrieb entsprechen werden. Die Mangelhaftigkeit des Fahrzeugs basiert vielmehr darauf, dass der Motor die Vorgaben im Prüfstandlauf nur aufgrund der manipulierenden Software einhält (LG Münster, Urt. v. 14.03.2016 – 011 O 341/15; LG Oldenburg, Urt. v. 01.09.2016 – 16 O 790/16).*

*Auch eignet sich das Fahrzeug nicht zur gewöhnlichen Verwendung. Zwar ist der Beklagtenseite zuzugestehen, dass der Kläger derzeit das streitgegenständliche Fahrzeug uneingeschränkt nutzen kann. Allerdings muss das Fahrzeug unstreitig im Rahmen einer Rückrufaktion umgerüstet werden, um mittelfristig keine Nachteile wie Probleme bei der Einfahrt in Umweltzonen, steuerliche Nachteile oder gar den Verlust der allgemeinen*

*Betriebserlaubnis zu erleiden. Wenn es dem Kläger also nicht freisteht, dem Rückruf seines Fahrzeugs Folge zu leisten, um dessen Zulassung im Straßenverkehr zu erhalten, dann kann nicht von einer gewöhnlichen Verwendungsmöglichkeit des streitgegenständlichen Fahrzeugs ausgegangen werden (LG Oldenburg, Urt. v. 01.09.2016 – 16 O 790/16).*

*Der Mangel des Fahrzeugs gibt dem Kläger gemäß §§ 437 Nr. 1, 439 I BGB das Recht, Nacherfüllung zu verlangen, wobei er grundsätzlich frei wählen kann, ob er die Beseitigung des Mangels oder – wie hier – die Lieferung einer mangelfreien Sache verlangt.*

*Die Nachlieferung ist der Beklagten nicht unmöglich (§ 275 I BGB).*

*Es spricht vieles dafür, dass Neufahrzeuge des Typs SEAT Alhambra aus der aktuellen Serienproduktion mit vergleichbarer Ausstattung auch dann derselben Gattung wie das streitgegenständliche Fahrzeug angehören, wenn sie eine andere Motorleistung oder sonstige technische Verbesserungen aufweisen und dabei insbesondere den Anforderungen der Euro-6-Norm entsprechen.*

*Für die Bestimmung der Gattung ist zunächst maßgeblich, wie der Vertragsgegenstand in dem zwischen den Parteien geschlossenen Kaufvertrag bestimmt wird. Insoweit weist der Kläger zutreffend darauf hin, dass sich die Beklagte in ihren Neuwagen-Verkaufsbedingungen weitgehende Änderungen des Leistungsgegenstandes vorbehält, etwa im Hinblick auf Konstruktions- oder Formänderungen, sofern die Änderungen unter Berücksichtigung der Interessen des Verkäufers für den Käufer zumutbar sind. So wie der Käufer eines Neufahrzeugs es danach hinzunehmen hätte, statt des von ihm gewählten, der Euro-5-Norm genügenden Modells ein Modell zu erhalten, welches der Euro-6-Norm entspricht, kann die Beklagte dem Nachlieferungsverlangen des Käufers die technische Verbesserung nicht entgegenhalten.*

*Letztlich kann auch dahinstehen, ob es sich bei einem ähnlichen Fahrzeug aus der aktuellen Produktion um ein Fahrzeug derselben Gattung oder um ein sogenanntes aliud handelt, weil der Nachlieferungsanspruch nicht nur mit Gegenständen erfüllt werden kann, die derselben Gattung angehören. Das ergibt sich schon daraus, dass nach zutreffender Ansicht eine Nachlieferung auch beim Stückkauf infrage kommt, wo der Anspruch notwendig auf die Lieferung eines aliuds gerichtet ist. Ob beim Stückkauf eine Ersatzlieferung in Betracht kommt, ist nach dem durch Auslegung zu ermittelnden Willen der Vertragsparteien bei Vertragsschluss zu beurteilen (§§ 133, 157 BGB). Möglich ist die Ersatzlieferung nach der Vorstellung der Parteien dann, wenn die Kaufsache im Falle ihrer Mangelhaftigkeit durch eine gleichartige und gleichwertige ersetzt werden kann (BGH, Urt. v. 07.06.2006 – VIII ZR 209/05, BGHZ 168, 64 Rn. 23). Unter diesen Voraussetzungen kann daher auch bei einer Gattungsschuld die Verpflichtung zur Nachlieferung auf einen nicht derselben Gattung angehörenden Gegenstand gerichtet sein. Das ist hier aus den genannten Gesichtspunkten der Fall.*

*Die Beklagte kann die Nachlieferung nicht nach § 439 III BGB verweigern. Insbesondere ist die Nachlieferung nicht nur mit unverhältnismäßigen Kosten möglich. Die Kosten der Nachlieferung sind auch im Verhältnis zu den Kosten einer Nachbesserung nicht unverhältnismäßig (sog. relative Unverhältnismäßigkeit).*

*Bei der Beurteilung der Verhältnismäßigkeit sind nach § 439 III 2 BGB insbesondere der Wert der Sache in mangelfreiem Zustand, die Bedeutung des Mangels und die Frage zu berücksichtigen, ob auf die andere Art der Nacherfüllung ohne erhebliche Nachteile für den Käufer zurückgegriffen werden kann.*

*Während dem Wert der Sache in mangelfreiem Zustand bei der hier im Vordergrund stehenden relativen Unverhältnismäßigkeit keine besondere Bedeutung zukommt, sind die beiden zuletzt genannten Aspekte im Sinne des Klägers zu beantworten.*

*Im Rahmen der bei der Verhältnismäßigkeitsprüfung gebotenen Interessenabwägung ist zunächst der gesamte Aufwand der Kosten für die Nachbesserung einerseits und für die*



*Nachlieferung andererseits im Wege einer Schätzung gegenüberzustellen. Dabei sind nach Ansicht des Gerichts an dieser Stelle die Kosten nicht mit einzubeziehen, die für die Entwicklung des Softwareupdates anfallen, wenngleich die Entwicklung des Updates auch von der Beklagten – und sei es wegen der Vorgaben des Kraftfahrt-Bundesamtes – als äußerst aufwendig beschrieben wird. Denn insoweit ist zu berücksichtigen, dass die Beklagte diesen Aufwand sowieso hat – schon wegen der Vorgaben des Kraftfahrt-Bundesamtes und im Hinblick auf die Kunden, die Nachbesserung verlangen. Abgesehen von den Kosten für das Aufspielen der Software auf das Fahrzeug des Klägers handelt es sich also bei den Kosten der Nachlieferung um Kosten die zusätzlich anfallen. Damit ist festzustellen, dass die Kosten der Nachlieferung die Kosten der Nachbesserung um ein Vielfaches übersteigen, ohne dass es darauf ankäme, welchen Wert der zurückgenommene Pkw für die Beklagte hat und welche Kosten bei ihr oder dem Hersteller für das nachzuliefernde Neufahrzeug im Einzelnen anfallen.*

*Andererseits ist der Mangel von erheblicher Bedeutung. Selbst wenn man zugrunde legt, dass derzeit keine Verwendungseinschränkung besteht, droht im Fall einer unterbliebenen oder gescheiterten Nachbesserung der Entzug der Zulassung des Fahrzeugs.*

*Die Bedeutung des Mangels wird nicht durch die Behauptung der Beklagten infrage gestellt, dass er – im Wege der Nachbesserung – mit einem Aufwand von weniger als 100 € und damit weniger als 0,3 % des Kaufpreises beseitigt werden könnte. Selbst wenn man in Anlehnung an die Rechtsprechung zur Erheblichkeit eines Mangels – genauer: der Pflichtverletzung – i. S. von § 323 V 2 BGB auf die Höhe des Mangelbeseitigungsaufwands abstellen wollte (BGH, Urt. v. 28.05.2014 – VIII ZR 94/13, BGHZ 201, 290 Rn. 17 ff.) ergäbe sich nichts anderes. Denn dort, wo der Beseitigungsaufwand indizielle Bedeutung für das Gewicht eines Mangels haben soll, müssten die erheblichen Kosten für die Entwicklung des Softwareupdates mit einbezogen werden. Denn in diesen Kosten spiegelt sich das technische Defizit wider, welches den mit der streitgegenständlichen Abgassteuerungssoftware ausgerüsteten Fahrzeugen anhaftet.*

*Vor allem aber ist die Nachbesserung im Vergleich zur Nachlieferung im konkreten Fall für den Kläger erheblich nachteiliger. Dies ergibt sich zum einen daraus, dass derzeit noch ungewiss ist, ob das von der Beklagten angebotene Softwareupdate nachteilige Folgen haben wird.*

*Der Kläger behauptet, dass eine folgenlose Nachbesserung gar nicht möglich ist; die Beklagte behauptet das Gegenteil. Zwar bieten beide zum Beweis ihrer Behauptung Sachverständigenbeweis an. Die Erholung eines dahin gehenden Gutachtens ist aber nicht erforderlich, denn zweifellos wird die Möglichkeit einer folgenlosen Nachbesserung derzeit in der Öffentlichkeit kontrovers diskutiert. Schon diese derzeit bestehende Unsicherheit hinsichtlich des Erfolgs einer Nachbesserung führt dazu, dass diese Form der Nacherfüllung für den Kläger als erheblich nachteilig anzusehen ist. Denn die Unsicherheit des Erfolges der Nachbesserung kann den Weiterverkaufswert des Fahrzeugs beeinträchtigen. Negative Äußerungen in der Öffentlichkeit über mögliche Folgen des vom VW-Konzern angebotenen Softwareupdates beeinflussen den Fahrzeugwert auch dann, wenn sie sich aus technischer Sicht als unzutreffend darstellen sollten.*

*Ergänzend ist zu berücksichtigen, dass bei mangelhafter Nachbesserung nach einer weit verbreiteten Meinung die Verjährung der Gewährleistungsrechte nur dann von neuem beginnt, wenn aus den Umständen anzunehmen ist, dass der Verkäufer den Mangel anerkennt (§ 212 I Nr. 1 BGB; vgl. auch Palandt/Weidenkaff, BGB, 75. Aufl. [2016], § 438 Rn. 16a). Das macht die Beklagte ausdrücklich nicht, sondern betont, dass sie das Update nur im Wege der Kulanz zur Verfügung stellt. Dadurch wird das Risiko des Scheiterns der Nachbesserung insofern auf den Käufer verlagert, als dieser seinen Anspruch auf Nachbesserung des Softwareupdates möglicherweise im Klagewege durchsetzen muss und er riskiert, dass seinem dahin gehenden Anspruch der Verjährungseinwand entgegengehalten wird.*

*Der Kläger hat daher Anspruch auf Nachlieferung eines Neufahrzeugs aus der aktuellen Serie, Zug um Zug gegen Rückgabe und Rückübereignung (§§ 439 IV, 348 BGB) des streitgegenständlichen Fahrzeugs.*

*Nutzungsersatz nach §§ 439 IV, 346 II 1 Nr. 1 BGB schuldet der Kläger nicht, weil es sich bei dem streitgegenständlichen Kaufvertrag um einen Verbrauchsgüterkauf nach § 474 I BGB handelt. Auf solche Verträge ist § 439 IV BGB mit der Maßgabe anzuwenden, dass Nutzungen weder herauszugeben sind noch deren Wert zu ersetzen ist (§ 474 V 1 BGB).*

*Die Beklagte befindet sich gemäß § 293 BGB in Verzug mit der Rücknahme des streitgegenständlichen Fahrzeugs.*

*Mit Schreiben vom 19.2.2016 hat der Kläger der Beklagten angeboten, den dort mit der Fahrzeugidentifikationsnummer näher bezeichneten, bei der Beklagten erworbenen Pkw SEAT Alhambra „gegen Lieferung des Neuwagens ... zurückzugeben“.*

*Leistungsort für die Rückgabe der mangelhaften Sache ist nach § 269 I BGB der Wohnsitz des Schuldners. Das vorgenannte Schreiben stellt daher ein tatsächliches Angebot nach § 294 BGB dar, weil die Beklagte nur noch zuzugreifen braucht...“*

## **Praxis**

Als eines der ersten Gerichte kommt das LG Regensburg im Ergebnis dazu, dass der Fahrzeugverkäufer eine Ersatzlieferung durchzuführen hat, auch wenn nur noch ein entsprechendes – eventuell sogar höherwertiges – Nachfolgemodell als Ersatzlieferung erfolgen kann.

**Zu beachten ist, dass dieses Urteil noch nicht rechtskräftig ist!**

- **Nutzungsausfalldauer beim Reparaturfall**

AG Hamburg-Barmbek, Urteil vom 17.11.2016, AZ: 810 C 558/15

### Hintergrund

Das Urteil des AG Hamburg-Barmbek befasst sich im Wesentlichen mit der Dauer von Nutzungsausfall eines Fahrzeugs, das am 01.12.2012 verunfallte. Das Fahrzeug wurde noch am Unfalltag auf den Betriebshof der Reparaturfirma verbracht. Es wurde am 11.12.2012 begutachtet und das Gutachten hierzu wurde am 19.12.2012 fertig gestellt.

Im Anschluss hieran ließ der Kläger/ Geschädigte sein Fahrzeug in der Werkstatt reparieren, wobei die Reparatur erst am 28.02.2013 beendet war.

In der Zeit vom 03.12.2012 an nutzte der Kläger ein Mietfahrzeug, dessen Kosten die beklagte Versicherung übernahm.

Der Kläger begehrte für weitere 71 Tage Nutzungsausfall in Höhe von 53,00 € pro Tag.

Er behauptet hierzu, dass die Verzögerung bei der Reparatur auf den Weihnachtsfeiertagen, sowie einer Lieferverzögerung wegen Werksrückständen hinsichtlich des auszutauschenden Schlossträgers beruht.

Er legte des Weiteren einen Reparaturzeitablaufplan der Werkstatt vor und behauptet weiter, dass die Werkstatt unmittelbar nach Einlieferung des Fahrzeugs damit beauftragt wurde, einen Gutachter zu bestellen. Die hier eingetretene Verzögerung gehe daher nicht zu seinen Lasten, ebenso wenig die Dauer der Begutachtung und die Dauer der Erstellung des Gutachtens.

Weiterhin habe er die Werkstatt während des gesamten Reparaturzeitraums häufig an die zügige Erledigung erinnert, wegen des fehlenden Schloßträgers jedoch vergeblich.

### Aussage

Zur Nutzungsausfalldauer und zur Höhe des Nutzungsausfalls führt das AG Hamburg-Barmbek wörtlich aus:

*„Dem Kläger steht aufgrund des Verkehrsunfalls vom 1. Dezember 2012 gemäß § 115 Abs. 1 Nr. 1 VVG, § 7 Abs. 1 StVG, § 249 BGB ein Anspruch auf Zahlung weiterer Nutzungsentschädigung in Höhe der Hauptforderung, entsprechend 65 Tagen à 43,00 € zu.*

*Die Beklagte haftet gemäß § 115 Abs. 1 Nr. 1 VVG als Kfz-Haftpflichtversicherung der nach § 7 Abs. 1, § 18 Abs. 1 StVG ersatzpflichtigen Unfallverursacherin dem Grunde nach in voller Höhe auf Ersatz der aus dem Unfallereignis.*

*Gemäß § 249 Abs. 1 BGB hat der zum Schadensersatz Verpflichtete den Zustand herzustellen, der bestehen würde, wenn der zum Ersatz verpflichtende Umstand nicht eingetreten wäre. Ist wegen der Verletzung einer Person oder der Beschädigung einer Sache Schadensersatz zu leisten, so kann der Geschädigte gemäß § 249 Abs. 2 Satz 1 BGB statt der Herstellung den dazu erforderlichen Geldbetrag verlangen. Der durch die Instandsetzung eines beschädigten Fahrzeugs bedingte Nutzungsausfall ist regelmäßig ein nach § 249 Abs. 2 BGB zu ersetzender Schaden.*

*Dieser steht vorliegend ohne weiteres dem Beklagten als Sicherungsgeber und Nutzer des Fahrzeugs aufgrund seines berechtigten Besitzes als absolut geschützten Rechtsguts auch im Rahmen von § 7 StVG zu (vgl. BGH, Urteil vom 18. November 1980 – VI ZR 215/78, NJW 1981, 750 unter II 2 a); auf die Ermächtigung der Sicherungseigentümerin zur Geltendmachung des Schadens im eigenen Namen kommt es insoweit nicht an.*

*Voraussetzung für den Ersatz des Nutzungsausfallschadens ist, dass der Geschädigte in dem maßgeblichen Zeitraum das Kfz anderenfalls hätte nutzen wollen und hierzu auch in der Lage gewesen wäre; ausgeschlossen ist der Nutzungsausfallschaden unter diesen Umständen allerdings dann, wenn dem Geschädigten ein jederzeit zugängliches anderes (eigenes) Fahrzeug zur Verfügung stand (vgl. Palandt/Grüneberg, BGB, 75. Aufl., § 249 Rn. 42 mwN). Nach diesen Maßstäben erstreckte sich die Zeit der fühlbaren Nutzungsbeeinträchtigung vorliegend über 90 Tage, gerechnet vom Unfalltag, dem 1. Dezember 2012, bis zum 28. Februar 2013, als der Kläger das Fahrzeug repariert zurückerhielt. Auszuklammern sind allerdings 19 Tage, während der der Kläger auf Kosten der Beklagten einen Mietwagen in Anspruch genommen hatte.*

*Der Kläger hat zum Einen zur Überzeugung des Gerichts bewiesen, dass er während der gesamten restlichen Ausfallzeit von 71 Tagen sowohl den Willen hatte, das Fahrzeug zu nutzen, als auch die hypothetische Möglichkeit hierzu, und dass er dementsprechend in der Zeit, in der er keinen Mietwagen in Anspruch genommen hatte, durch die Entbehrung des Fahrzeugs fühlbar beeinträchtigt war. Der Kläger hat in seiner persönlichen Anhörung detailliert und uneingeschränkt glaubhaft geschildert, dass er das Fahrzeug einerseits als – einziges – Familienfahrzeug verwendete, andererseits benötigte, um zur Arbeit zu gelangen. Die Zeugin W. hat diese Angaben glaubhaft bestätigt, ebenso, dass weder dem Kläger noch der Familie nach der Rückgabe des Mietwagens andere eigene Fahrzeuge zur Verfügung standen.*

*Die Beklagte wendet hiergegen zwar ein, jedenfalls am Unfalltag sei der Kläger nicht fühlbar beeinträchtigt worden, weil sich der Unfall erst abends ereignet habe. Diese Auffassung geht jedoch fehl. Der Unfall ereignete sich nicht vor der Haustür des Klägers. Selbstverständlich hätte der Kläger das Fahrzeug noch benötigt, um vom Unfallort bis zu seinem Wohnort zu gelangen, und war schon deshalb für den Rest des Tages konkret beeinträchtigt. Eine Aufteilung der Nutzungsausfallentschädigung nach verbleibenden Stunden am Unfalltag kommt mit Blick auf die der Rechtssicherheit dienende Pauschalierung derselben nicht in Betracht.*

*Ebensowenig lässt sich aus der Tatsache, dass der Kläger erst am 3. Dezember 2012 einen Mietwagen nahm, die von der Beklagten gewünschte Folgerung ziehen, er habe am 2. Dezember 2012 keinen Nutzungswillen gehabt. Denn der 2. Dezember 2012 war ein Sonntag. Die Anmietung eines Fahrzeugs wäre deshalb mit erheblichen Erschwernissen verbunden. Dass der Kläger hierauf verzichtete und erst am nächsten Tag, als er mit der Werkstatt sämtliche weiteren Fragen klärte, auch einen Mietwagen beanspruchte, lässt nicht den Rückschluss zu, dass er sein eigenes, jederzeit verfügbares Fahrzeug am Sonntag hätte nutzen wollen.*

*Zum anderen wird der eingetretene Schaden auch nicht dadurch (teilweise) beseitigt, dass der Kläger die Möglichkeit hatte, an einzelnen Samstagen und ganz vereinzelt auch an Sonntagen auf ein kostenfreies Werkstattfahrzeug zuzugreifen. Nach dem Rechtsgedanken des § 843 Abs. 4 BGB wird der Schädiger nicht durch eine (freiwillige) Leistung Dritter entlastet, die ihm nach dem Sinn der schadensrechtlichen Vorschriften nicht zugute kommen soll. Dies gilt auch für den Nutzungsausfallschaden (vgl. BGH, Urteil vom 5. Februar 2013 – VI ZR 363/11, NJW 2013, 1151 Rn. 23). So liegt der Fall hier. Die Werkstatt war aus keinem rechtlichen Gesichtspunkt verpflichtet, während der Dauer des von ihr nicht zu verantwortenden Werkrückstands die Mobilität des Klägers sicherzustellen. Vielmehr handelte es sich um eine reine Kulanzleistung zur Kundenbindung, die dem Schädiger nicht zu Gute kommen kann. Hinzu kommt, dass der Zugriff auf den Werkstattwagen für den Kläger mit erheblichem Aufwand verbunden war, da der Kläger das Fahrzeug jeweils bei der Werkstatt abholen und es entweder am selben Tag oder spätestens am nächsten Tag zurückbringen musste und es schon deshalb lediglich begrenzt einsetzen konnte. Die in dieser Form beschränkte Nutzung ersetzt den jederzeitigen Zugriff auf ein eigenes Fahrzeug nicht. Insofern ist die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs, wonach Nutzungsausfall für ein beschädigtes Kraftfahrzeug nicht fordern kann, wer (selbst) über mindestens ein zweites derzeit ungenutztes Fahrzeug verfügt, dessen ersatzweiser Einsatz ihm zuzumuten ist (vgl.*



*BGH, Urteil vom 14. Oktober 1975 – VI ZR 255/74, NJW 1976,286), nicht einschlägig (vgl. BGH, Urteil vom 5. Februar 2013 – VI ZR 363/11, aaO).*

*Die Beklagte kann ferner dem Anspruch nicht entgegenhalten, dass der vorgenannte Entbehrungszeitraum die für die Schadensbeseitigung erforderliche Zeit überschritten hätte. Der Schädiger hat den durch die fühlbare Nutzungsbeeinträchtigung begründeten Nutzungsausfallschaden zu ersetzen, soweit dies tatsächlich zur Herstellung des Zustands erforderlich ist, der ohne die Schädigung bestehen würde. Zur Herstellung erforderlich sind nur die Aufwendungen, die ein verständiger, wirtschaftlich denkender Mensch in der Lage des Geschädigten für zweckmäßig und notwendig halten darf (st. Rspr., statt vieler BGH, Urteil vom 5. Februar 2013 – VI ZR 290/11, NJW 2013, 1149 Rn. 13 mwN). Der Anspruch auf Ersatz des Nutzungsausfalls besteht nur für die erforderliche Ausfallzeit, d.h. für die notwendige Reparatur- bzw. Wiederbeschaffungsdauer zuzüglich der Zeit für die Schadensfeststellung und gegebenenfalls einer angemessenen Überlegungszeit (BGH, Urteil vom 5. Februar 2013 – VI ZR 363/11, NJW 2013, 1151 Rn. 22). Das Führt im Streitfall indes dazu, dass der Kläger Nutzungsausfall in Höhe von 43 € pro Tag für den gesamten geltend gemachten Zeitraum bis zum tatsächlichen Abschluss der Reparatur beanspruchen kann.*

*Ohne Erfolg wendet die Beklagte zunächst ein, der Kläger habe den Gutachtenauftrag zu spät erteilt. Zutreffend ist zwar, dass sich die Begutachtung des Fahrzeugs erheblich verzögert hatte und erst 10 Tage nach dem Unfall stattgefunden hat. Festzuhalten ist aber zunächst, dass der Unfalltag ein Samstag war, so dass die Verzögerung bis zum darauffolgenden Montag, dem 3. Dezember 2012, dem Kläger ohnehin nicht angelastet werden kann. Der Kläger hat darüberhinaus zur Überzeugung des Gerichts bewiesen, dass er alles seinerseits Erforderliche zur zügigen Schadensfeststellung getan hatte und die Verzögerung nicht in seinem Verantwortungsbereich lag. Er hat vorgetragen, er habe am 3. Dezember 2012 – dem ersten Werktag nach dem Unfall – gegenüber der von ihm ausgesuchten Werkstatt den Auftrag erteilt, einen Gutachter zu bestellen, und die Werkstatt habe es versäumt, diesen Auftrag zügig umzusetzen. Diesen Vortrag konnte der Zeuge A. zwar nur allgemein dahingehend bestätigen, dass üblicherweise unmittelbar mit der Anlegung der Schadenakte und der Übergabe derselbe an die späteren Prozessbevollmächtigten seitens des Kunden der Gutachtenauftrag über die Werkstatt erteilt wird. Gestützt wird der Vortrag jedoch maßgeblich durch den als Teil der Anlage K1 vorgelegten schriftlichen Auftrag vom 3. Dezember 2012, den der Kläger an das Gutachtenbüro erteilt hatte.*

*Auf die Frage, weshalb dieser Auftrag seitens der mit der Schadensabwicklung betrauten Werkstatt erst am 11. Dezember 2012 – dem Besichtigungstag – an den Gutachter weitergegeben und von diesem erfüllt worden ist, kommt es nicht an. Denn der Schädiger ist an sich gem. § 249 Abs. 1 BGB im Wege der Naturalrestitution auch zur Schadensermittlung und damit der Beauftragung eines Sachverständigen verpflichtet. Verzögert sich die Schadensermittlung in einem solchen Fall, müsste der Schädiger diesen Zeitraum ebenfalls bei der Nutzungsausfallentschädigung erstatten. Dass der geschädigte von seiner Ersetzungsbefugnis gem. § 249 Abs. 2 S. 1 BGB Gebrauch macht und selbst die von ihm ausgesuchte Werkstatt mit der Abwicklung des Schadens einschließlich der Schadensfeststellung durch einen Sachverständigen beauftragt, kann ihn nicht schlechter stellen. Hierbei führt er ein Geschäft des Schädigers, sodass die Werkstatt auch insoweit Erfüllungsgehilfe gem. § 278 BGB des Schädigers und nicht des Geschädigten ist und der Schädiger daher für dessen Fehlverhalten einzustehen hat (vgl. BGH, Urteil vom 29. Oktober 1974 – VI ZR 42/73, BGHZ 63, 182, juris Rn. 11 [Erforderlichkeit von Reparaturkosten]).*

*Dass der Kläger seine Schadensminderungspflicht verletzt hätte, indem er die Angelegenheit nach Übergabe an die Werkstatt nicht mehr weiter verfolgt und nicht auf eine gebotene Beschleunigung hingewirkt oder die zügige Abwicklung anderweitig verhindert hätte, lässt sich nicht feststellen. Für eine solche Verletzung der Schadensminderungspflicht wäre die Beklagte darlegungs- und beweisbelastet; sie hat indes auf den Vortrag des Klägers, nach der Auftragserteilung zunächst an diesen Auftrag gebunden gewesen zu sein, so dass eine anderweitige Gutachtenvergabe oder sonst ein wirksames Nachfassen nicht zu einer*

*maßgeblichen Verkürzung des Schadensfeststellungszeitraums geführt hätten, nichts weiter vorgetragen.*

*Ebensowenig verfängt der Einwand, die Reparatur hätte bereits am 20. Dezember 2013 beginnen und nach 14 Tagen beendet sein können. Ausweislich des Reparaturablaufplans und des insoweit nicht substantiiert bestrittenen Vortrags des Klägers hat dieser den Reparaturauftrag bereits am Freitag, den 14. Dezember 2012, und damit unverzüglich nach der Mitteilung, dass das Fahrzeug reparaturwürdig sei, erteilt. Die darauffolgende Verzögerung bis zum eigentlichen Reparaturbeginn am 2. Januar 2013 beruhte auf einer weiter erforderlichen Achsvermessung am 17. und 18. Dezember 2012 und im Übrigen im Wesentlichen auf den Weihnachtsfeiertagen, die im Jahr 2012 auf Montag (24. Dezember 2012) bis Mittwoch (26. Dezember 2012) fielen, sowie darauf, dass Sylvester und Neujahr auf Montag (31. Dezember 2012) und Dienstag (1. Januar 2013) fielen. Dass in diesem Zeitraum ein verunfalltes Fahrzeug nicht vorrangig repariert wird, gehört ohne weiteres zu dem vom Schädiger zu tragenden Werkstattisiko (vgl. BGH, Urteil vom 29. Oktober 1974 – VI ZR 42/73, BGHZ 63, 182. Juris Rn. 11 [Erforderlichkeit von Reparaturkosten].*

*Konkrete Anhaltspunkte für eine Verletzung der Schadensminderungspflicht in diesem Zeitraum hat die hierfür darlegungs- und beweisbelastete Beklagte nicht vorgetragen; der Kläger hat im Gegenteil dargelegt und durch die Aussage Zeugin W. sowie Zeugen A. auch hinreichend bewiesen, dass er mehrfach die zügige Reparatur angemahnt hatte. Eine konkrete Handlungsalternative, die sich dem Kläger bis zum Jahreswechsel hätte aufdrängen müssen, hat die Beklagte nicht aufgezeigt.*

*Der Kläger hat durch die Vorlage des Reparaturberichts sowie die Aussage des Zeugen A. und der Zeugin W. weiter bewiesen, dass die folgende Verzögerung ausschließlich auf einen von dem Kläger selbst und der von ihm ausgesuchten Werkstatt nicht zu beeinflussenden Teilerückstand bezüglich des Schlossträgers zurückzuführen war. Insoweit wird zur Vermeidung von Wiederholungen auf die Sitzungsniederschrift Bezug genommen. Wenn das erforderliche, technisch zwingend nötige Ersatzteil nicht zu erhalten ist, ist die Reparaturverzögerung prima facie ohne weiteres erforderlich; auch ein wirtschaftlich denkender Mensch würde an Stelle des Geschädigten hieran nichts ändern können.*

*Entgegen der Auffassung der Beklagten war im Streitfall insbesondere eine Notreparatur nicht angezeigt. Die Beklagte hat schon nicht konkret ausgeführt, wie eine Notreparatur des nicht verkehrssicheren, nur schleppfähigen Fahrzeugs hätte durchgeführt werden können und welche Kosten hierfür angefallen wären. Der Kläger hat seinerseits detailliert erklärt – wie die Zeugin W. glaubhaft bestätigt hat –, dass ein gebrauchter Schlossträger für eine Notreparatur nicht zu erhalten war. Zudem hat der Zeuge A. eine provisorische Reparatur unter Verwendung von Gebrauchtteilen oder durch Kleber des beschädigten Schlossträgers nicht für verkehrssicher erachtet und mitgeteilt, dass er diese Art der Reparatur – als Mitarbeiter einer Fachwerkstatt nicht ausführen würde. Unter diesen Umständen konnte der Kläger auch unter Berücksichtigung von wirtschaftlichen Erwägungen eine Notreparatur nicht in Betracht ziehen.*

*Auf den nach alledem zu entschädigenden Ausfallzeitraum von 71 Tagen hat die Beklagte bereits für 6 Tage die geforderte Nutzungsausfallentschädigung geleistet. Für die verbleibenden 65 Tage steht dem Beklagten weiterer Schadensersatz in Höhe von – unstreitigen – 43 € pro Tag zu.“*

## Praxis

Das sehr informative und lesenswerte Urteil des AG Hamburg-Barmbek befasst sich zum einen mit Verzögerungstatbeständen bei der Gutachtenbeauftragung, Gutachtenerstellung sowie auch der Reparaturverzögerung wegen eines fehlenden Ersatzteils sowie letztendlich der Reparaturverzögerung wegen Feiertagen.

Es kommt schadenersatzrechtlich zu dem zutreffenden Ergebnis, dass der Kläger durch sein Verhalten keine Schadenminderungspflichten verletzt hat und ihm im Wesentlichen die geltend gemachten Nutzungsausfallbeträge auch der Dauer nach zustehen.

- **Mietwagenkosten – Verbindlichkeit von Vermittlungsangeboten der gegnerischen Versicherung**

AG Köln, Urteil vom 02.08.2016, AZ: 263 C 44/16

### Hintergrund

In diesem Fall klagte die Autovermietung aus abgetretenem Recht vor dem AG Köln restliche Mietwagenkosten aus einem Verkehrsunfall ein. Die Eintrittspflichtigkeit der Beklagten (Kfz-Haftpflichtversicherung des Unfallgegners) dem Grunde nach zu 100 % stand fest.

Die Beklagte kürzte die unfallbedingt entstandenen Mietwagenkosten der Höhe nach. Der Unfall ereignete sich am 13.02.2013 um 17:45 Uhr. Um 18:49 Uhr erfolgte ein Telefonat eines Mitarbeiters der Geschädigten mit der Beklagten. Um 19:45 Uhr mietete die Geschädigte dann bei der Klägerin einen Ersatzwagen vom 13.02.2013 bis 28.02.2013 an.

Die Klägerin forderte nunmehr vor dem AG Köln die Nettomietwagenkosten in Höhe von 1.748,63 € abzüglich der auf Beklagtenseite vorgerichtlich bezahlten 403,36 € ein.

Die Beklagte berief sich auf einen Verstoß der Geschädigten gegen Schadenminderungspflichten, weil diese nicht die von der Beklagten angebotene Mietwagenvermittlung in Anspruch genommen habe. Das AG Köln sprach weitere Mietwagenkosten in Höhe von 855,41 € zu.

### Aussage

Das AG Köln machte Ausführungen zur Verbindlichkeit von Vermittlungsangeboten der unfallgegnerischen Versicherung. Hierzu führte das Gericht aus:

*„Steht fest, dass dem Geschädigten ein günstigerer Normaltarif in der konkreten Situation ohne Weiteres zugänglich war, so kann ihm eine kostengünstigere Anmietung unter dem Blickwinkel der ihm gemäß § 254 BGB obliegenden Schadensminderungspflicht zugemutet werden. Das steht hier nicht fest. Soweit die Beklagte einwendet, sie habe der Geschädigten telefonisch und sodann schriftlich die Vermittlung eines Ersatzfahrzeugs angeboten, greift dies nicht durch. Denn die Beklagte hat nicht ausreichend dargelegt, dass der Geschädigten ein günstigerer Tarif in der konkreten Situation ohne weiteres zugänglich war. In dem von ihr vorgelegten Schreiben hat die Beklagte die Anmietung eines "Mietwagens zu einem Tagespreis von brutto 32 EUR (inklusive Kilometer und Haftungsbefreiung)" angeboten und den "Anmietwunsch" an die Firma F. weitergeleitet. Dieses Angebot genügt nach Auffassung des Gerichts nicht, weil es sich nicht um ein derart bestimmtes und für die Geschädigten prüffähiges Alternativangebot handelt, an welche sich die Geschädigte halten müsste. Wollte die Beklagte dies wirksam gegen die erhobenen Ansprüche einwenden, so hätte sie nicht bloß die abstrakte Möglichkeit einer Anmietung eröffnen, sondern ein konkretes Angebot vorlegen müssen, aus welchem sich insbesondere das Modell und der Typ des angemieteten Fahrzeugs, der genaue Angebotsinhalt (zB offene Anmietdauer) und etwaige Zusatzleistungen (Freikilometer, Versicherung mit Höhe der Selbstbeteiligung, Zustellung/Abholung, Zweifahrer, Notwendigkeit der Vorlage einer Kreditkarte bzw. Vorfinanzierung) ergeben. Nur dann hätte die Geschädigte auch die Möglichkeit gehabt, dieses Angebot zu überprüfen und mit den Leistungen der von ihnen gewählten Mietwagenfirma zu vergleichen. Denn dem Schreiben lässt sich aus Sicht der Geschädigten gar nicht sicher entnehmen, dass die Beklagte ein dem eigenen Fahrzeug vergleichbares Fahrzeug zur Verfügung stellen kann. Dass sie nun behauptet, ein solches Fahrzeug hätte damals zur Verfügung gestanden, ändert daran nichts. Denn der diesbezügliche Vortrag ist unsubstantiiert. Angesichts der von Klägerseite vorgelegten Preislisten hätte die Beklagte näher zu den Angebotsbedingungen vortragen müssen. Selbst nach ihrem eigenen Vortrag bleibt etwa der Preis für etwaige Nebenleistungen unklar. Bei dem Angebot des Mitarbeiters der Beklagten und dem gleichlautenden Schreiben vom selben Tag musste es sich aus Sicht der Geschädigten deshalb nur um ein bloßes Vermittlungsangebot handeln, dessen Nichtannahme kein Verstoß gegen die Schadensminderungspflicht darstellen kann. Da die*



*Beklagte die Darlegungspflicht für die tatsächlichen Voraussetzungen des § 254 Abs. 2 BGB trägt, hätte sie hierzu näher vortragen müssen. Mangels weiterer Darlegung bleibt es bei dem Grundsatz, dass der Geschädigte Herr des Restitutionsverfahrens ist, das ihm nicht ohne Weiteres vom Schädiger aus der Hand genommen werden darf.“*

Das AG Köln ging auch deshalb nicht von der Verbindlichkeit des Angebots aus, da es sich unstreitig um vertragliche Sonderkonditionen der Beklagten handelte. Es sei der Geschädigten nicht zumutbar, sich auf derartige Sonderkonditionen einzulassen. Sodann schätzte das Gericht die erforderlichen Mietwagen anhand des Schwacke Automietpreisspiegels und sprach weitere Mietwagenkosten in Höhe von 855,41 € zu.

## **Praxis**

Am 26.04.2016 entschied der BGH zum AZ: VI ZR 563/15, dass der Geschädigte u. U. gegen Schadenminderungspflichten verstößt, wenn er ein Vermittlungsangebot der gegnerischen Versicherung nicht annimmt. Zumindest ließ der BGH die Entscheidung der Vorinstanz unbeanstandet. Die revisionsrechtliche Überprüfung habe keine Rechtsfehler ergeben.

Vor dem Hintergrund dieser Entscheidung des BGH ist es umso erfreulicher, wenn das AG Köln zugunsten des Geschädigten entscheidet. Der Versicherer muss schon konkret überprüfbare Angebote vorlegen, um u. U. einen Verstoß gegen Schadenminderungspflichten auf Geschädigtenseite begründen zu können.

Allgemeine Hinweise auf möglicherweise günstigere Anmietkonditionen reichen jedenfalls nicht aus.

Auch ist wichtig, dass es sich nicht um Sonderkonditionen handelt, sondern um solche des freien Marktes, welcher dem Geschädigten unmittelbar zugänglich ist. Ansonsten würde der Manipulation Tür und Tor geöffnet. Das AG Köln hat dies zutreffend erkannt und im Sinne des Geschädigten entschieden.