Nacherfüllung durch Lieferung eines Fahrzeugs aus einer jüngeren Serie – VW-Abgasskandal

1. **Ein vom VW-Abgasskandal betroffener Neuwagen ist i. S. des § 434 I 2 Nr. 2 BGB mangelhaft, sodass der Käufer grundsätzlich die Lieferung eines mangelfreien Fahrzeugs verlangen kann (§§ 437 Nr. 1, 439 I Fall 2 BGB).**

2. **Diese Art der Nacherfüllung ist nicht schon dann i. S. des § 275 I BGB unmöglich, wenn das in Rede stehende Fahrzeugmodell inzwischen optisch und technisch überarbeitet wurde. Vielmehr ist der Verkäufer zur Lieferung eines Fahrzeugs aus der aktuellen Serie verpflichtet, wenn die optischen und technischen Änderungen so geringfügig sind, dass Fahrzeuge aus der aktuellen Serie sich zwar von früher gebauten Fahrzeugen unterscheiden, aber gleichwohl derselben Gattung angehören. Ob dies der Fall ist, kann mit Blick darauf zu beurteilen sein, ob der Käufer die Änderungen hätte akzeptieren müssen, wenn der Fahrzeughersteller die Produktion während der Lieferzeit des ursprünglichen (mangelhaften) Fahrzeugs umgestellt hätte.**

3. **Ob der Verkäufer die vom Käufer gewählte Art der Nacherfüllung gemäß § 439 III BGB verweigern darf, weil sie nur mit unverhältnismäßigen Kosten möglich ist, ist unter umfassender Würdigung der in § 439 III 2 BGB genannten Gesichtspunkte zu beurteilen. Abzustellen ist dabei spätestens auf den Zeitpunkt, in dem der Verkäufer – einen durchsetzbaren Nacherfüllungsanspruch des Käufers unterstellt – mit der Nacherfüllung in Verzug geraten ist.**

LG Offenburg, Urteil vom 21.03.2017 – 3 O 77/16

Sachverhalt: Der Kläger kaufte von der Beklagten, einer VW-Vertragshändlerin, mit Vertrag vom 14.01.2014 einen fabrikneuen VW Tiguan 2.0 TDI Sport & Style 4MOTION. Das Fahrzeug wurde ihm am 12.03.2014 übergeben.

Es ist mit einem 2,0-Liter-Dieselmotor vom Typ EA189 ausgestattet und vom VW-Abgasskandal betroffen. Das heißt, in dem Pkw kommt eine Software zum Einsatz, die erkennt, ob das Fahrzeug auf einem technischen Prüfstand einem Emissionstest unterzogen wird oder ob es sich im regulären Straßenverkehr befindet. Auf dem Prüfstand ist der Ausstoß von Stickoxid (NO_x) geringer als im Normalbetrieb, sodass (nur) dort die einschlägigen Euro-5-Emissionsgrenzwerte eingehalten werden.

Der VW-Abgasskandal wurde im September 2015 der Öffentlichkeit und auch dem Kläger bekannt.

Mit Bescheid vom 15.10.2015 verpflichtete das Kraftfahrt-Bundesamt die *Volkswagen AG*, die Software, die nach Auffassung des Kraftfahrt-Bundesamtes eine unzulässige Abschalteinrichtung ist, bei allen betroffenen Fahrzeugen mit dem Aggregat EA189 zu entfernen und geeignete Maßnahmen zu ergreifen, um die Vorschriftsmäßigkeit der betroffenen Fahrzeuge wiederherzustellen.

Die *Volkswagen AG* teilte dem späteren Prozessbevollmächtigten des Klägers unter dem 08.01.2016 mit, dass die vom VW-Abgasskandal betroffenen Fahrzeuge, die – wie das Fahrzeug des Klägers – mit einem 2,0-Liter-Motor ausgestattet sind, nur ein Softwareupdate erhielten. Die vom Kläger geforderte Garantieerklärung, dass dieses Update keine nachteiligen Folgen haben werde, gab die *Volkswagen AG* nicht ab.

Das Kraftfahrt-Bundesamt gab das von der *Volkswagen AG* für das streitgegenständliche Fahrzeugmodell entwickelte Softwareupdate mit Schreiben vom 21.07.2016 frei und bestätigte, dass es geeignet sei, die Vorschriftsmäßigkeit der betroffenen Fahrzeuge herzustellen.

Der Kläger forderte die Beklagte mit Anwaltsschreiben vom 24.01.2016 gestützt auf §§ 437 Nr. 1, 439 I Fall 2 BGB auf, ihm bis zum 07.03.2016 ein mangelfreies Fahrzeug zu liefern. Dem kam die Beklagte nicht nach.

Der Kläger meint, das von ihm erworbene Fahrzeug sei mangelhaft. Eine Nachbesserung – so behauptet er – sei der Beklagten auch bei Erhebung der vorliegenden Klage noch nicht möglich gewesen, weil das dafür erforderliche Softwareupdate zu diesem Zeitpunkt noch nicht zur Verfügung gestanden habe. Abgesehen davon lasse sich sein Fahrzeug durch Aufspielen des Updates nicht in einen vertragsgemäßen Zustand versetzen. Vielmehr führe das Softwareupdate voraussichtlich zu einem Anstieg des Kraftstoffverbrauchs, zu einer Verringerung der Motorleistung und zu einem erhöhten Verschleiß. Zudem hafte seinem Fahrzeug trotz einer Nachbesserung der Makel eines „Betrugsfahrzeugs“ an und verbleibe deshalb ein merkantiler Minderwert.

Die Beklagte stellt demgegenüber das Vorliegen eines Mangels in Abrede und meint unter anderem, die Lieferung eines Neufahrzeugs sei unmöglich, weil – unstreitig – der VW Tiguan so, wie ihn der Kläger erworben hat („VW Tiguan I“), inzwischen nicht mehr produziert wird. Seit 2016 verkauft die *Volkswagen AG* vielmehr ein verändertes Modell („VW Tiguan II“). Jedenfalls – so meint die Beklagte – dürfe sie eine Ersatzlieferung gemäß § 439 III BGB verweigern, weil sie nur mit unverhältnismäßigen Kosten möglich sei.

Die Klage hatte Erfolg.

Aus den Gründen: I. … Der Kläger hat einen Anspruch auf Lieferung eines Pkw VW Tiguan aus der aktuellen Serie, der die Ausstattungsmerkmale des Pkw hat, den der Kläger mit Kaufvertrag vom 14.01.2014 erworben hat.

1. a) Das vom Kläger erworbene Fahrzeug … ist i. S. des § 434 I 2 Nr. 2 BGB mangelhaft.

aa) Zwar trifft der Einwand der Beklagten zu, dass der Wagen – derzeit – uneingeschränkt und bestimmungsgemäß genutzt werden kann. Auch ist die Behauptung des Klägers, es sei ihm bei Erwerb des streitgegenständlichen VW Tiguan auf die besondere Umweltverträglichkeit des Fahrzeugs angekommen, offenkundig unzutreffend. Bei dem VW Tiguan handelt es sich um einen sogenannten SUV mit hohem Gewicht, Luftwiderstand und Motorleistung und damit verbunden mit einem hohen Kraftstoffverbrauch. Der Erwerb eines solchen Fahrzeugs lässt darauf schließen, dass der Käufer kein besonderes Interesse an einer Umweltverträglichkeit des Fahrzeugs haben kann. Auch haben die konkreten Stickoxid-Emissionswerte für die Kaufentscheidung eines Verbrauchers grundsätzlich keine Bedeutung.

bb) Der Käufer eines neuen Kraftfahrzeugs kann jedoch erwarten, dass dieses in vollem Umfang den aktuellen gesetzlichen Bestimmungen entspricht. Denn das den jeweils geltenden Abgasvorschriften entsprechende Emissionsverhalten des Motors stellt eine Eigenschaft dar, welche für die geschuldete Beschaffenheit i. S. des § 434 I 2 Nr. 2 BGB maßgeblich ist (vgl. OLG Hamm, Beschl. v. 21.06.2016 – 28 W 14/16, juris Rn. 28; OLG Celle, Beschl. v. 30.06.2016 – 7 W 26/16, juris Rn. 6; LG Hagen, Urt. v. 18.10.2016 – 3 O 66/16, juris Rn. 24, 32 ff.; jeweils m. w. Nachw.).

Das Emissionsverhalten des streitgegenständlichen Motors entspricht diesen Vorschriften jedoch nicht, weil, wie die *Volkswagen AG* in ihrem Anschreiben vom Januar 2016 selbst eingeräumt hat, „die Stickoxidwerte (NO_X) im Vergleich zwischen Prüfstandlauf (NEFZ) und realem Fahrbetrieb verschlechtert werden“. Die Installation und Verwendung einer sogenannten Abschaltsoftware ist bei Fahrzeugen anderer Hersteller in einer vergleichbaren Fahrzeugklasse jedenfalls nicht bekanntermaßen üblich. 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 (LG Braunschweig, Urt. v. 12.10.2016 – 4 O 202/16, juris Rn. 19; LG Regensburg, Urt. v. 04.01.2017 – 7 O 967/16, juris Rn. 30).

Ein Mangel liegt zudem auch darin, dass für den Fall, dass der Kläger das durch die *Volkswagen AG* bereitgestellte Softwareupdate nicht durchführen lässt, nach den eigenen Abgaben der *Volkswagen AG* ein Entzug der Betriebserlaubnis droht (vgl. Schreiben der *Volkswagen AG* vom Januar 2016), das Fahrzeug im derzeitigen Zustand also nicht vorschriftsmäßig ist. Ein Käufer darf üblicherweise erwarten, dass er ein Fahrzeug erwirbt, dessen Betriebserlaubnis nicht gefährdet ist oder nur mit Auflagen aufrechterhalten wird (vgl. LG Hagen, Urt. v. 18.10.2016 – 3 O 66/16, juris Rn. 39 m. w. Nachw.).

b) Damit kann der Käufer nach seiner Wahl gemäß §§ 437 Nr. 1, 439 I BGB Nachlieferung eines mangelfreien Fahrzeugs oder die Beseitigung des Mangels verlangen. Im Streitfall hat der Kläger die Nachlieferung gewählt, sodass er einen Anspruch auf Lieferung eines fabrikneuen Pkw VW Tiguan hat.

aa) Die Beklagte kann sich nicht darauf berufen, dass die Nachlieferung nach §§ 439 III, 275 BGB unmöglich wäre. Denn die Nachlieferung … ist nicht unmöglich.

(1) Vorliegend lag eine Gattungsschuld vor. Eine Ersatzlieferung wird erst dann unmöglich, wenn die gesamte Gattung untergegangen bzw. mangelhaft ist (Palandt/*Weidenkaff,* BGB, 76. Aufl., § 439 Rn. 15). Im Streitfall ist zwar davon auszugehen, dass alle Fahrzeuge des Typs Tiguan aus der ersten Baureihe mit dem Dieselmotor EA189 mangelbehaftet sind.

(2) Die Nachlieferung ist aber durch die Überlassung eines Fahrzeugs der aktuellen Baureihe des Tiguan, also des Tiguan II, mit dem anderen Motor möglich.

Der Auffassung der Beklagten, dass die Fahrzeuge der aktuellen Serienproduktion des Typs Tiguan einer anderen Gattung angehören, kann nicht gefolgt werden. Eine Gattung bilden alle Gegenstände, die durch gemeinschaftliche Merkmale (Typ, Sorte, u. U. auch Preis) gekennzeichnet sind und sich dadurch von anderen Gegenständen abheben. Über die Abgrenzung entscheidet der Parteiwille (Palandt/*Grüneberg,* BGB, 76. Aufl., § 243 Rn. 2). Im Streitfall ist demnach die Regelung unter Nr. 6 der Neuwagen-Verkaufsbedingungen der Beklagten, die unstreitig in den Kaufvertrag einbezogen waren, zu berücksichtigen. Dort heißt es unter anderem:

> „Konstruktions- oder Formänderungen, Abweichungen im Farbton sowie Änderungen des Lieferumfangs seitens des Herstellers während der Lieferzeit bleiben vorbehalten, sofern die Änderungen oder Abweichungen unter Berücksichtigung der Interessen des Verkäufers für den Käufer zumutbar sind. Sofern der Verkäufer oder Hersteller zur Bezeichnung der Bestellung oder des bestellten Kaufgegenstandes Zeichen oder Nummern gebraucht, können allein daraus keine Rechte begründet werden.“

Der Motor des Tiguan II hat 10 kW mehr (140 kW statt 130 kW) und erfüllt anstelle der Euro-Norm 5 die Euro-Norm 6. Weiterhin ist der Tiguan II gegenüber dem Tiguan I, wie aus dem von der Beklagten eingereichten Artikel in der Zeitschrift „auto motor und sport“ (Anlage B 10) ersichtlich, um einige Zentimeter größer, hat mehr Ladevolumen, und die technische Ausstattung und das Design wurden leicht abgeändert. Diese Änderungen sind jedoch nicht so erheblich, dass man davon ausgehen könnte, dass der Tiguan II einer eigenen Gattung angehören würde.

Der Vergleich der in der Anlage B 10 abgedruckten Lichtbilder ergibt eindeutig, dass die Abweichungen optischer Art als gering zu bewerten sind. Auch die technischen Veränderungen stellen nur leichte Veränderungen dar und sind nicht erheblich. Die Abweichungen sind insgesamt als gering zu bewerten und wären dem Kunden nach Nr. 6 der Neuwagen-Verkaufsbedingungen zuzumuten, falls die *Volkswagen AG* nach der Bestellung, aber vor der Auslieferung des Fahrzeugs an den Kläger die Produktion des Tiguan I eingestellt und auf den Tiguan II umgestellt hätte.

Soweit die Beklagte darauf verweist, der Tiguan II basiere auf einem neuen modularen Querbaukasten, ist das unerheblich. Derartige technische Details sind in aller Regel für einen Verbraucher, der sich einen Pkw kauft, nicht von Bedeutung und ihm zumeist nicht einmal bekannt. Zudem verpflichtet Nr. 6 der Neuwagen-Verkaufsbedingungen den Käufer gerade, auch Konstruktions- und Formänderungen hinzunehmen, sofern diese für ihn zumutbar sind, was hier wie ausgeführt angesichts der nur geringen optischen und technischen Veränderungen vorliegt.

bb) Die Beklagte ist auch nicht wegen Unverhältnismäßigkeit der Kosten der Nachlieferung berechtigt, diese zu verweigern mit der Folge, dass der Käufer nur noch Mangelbeseitigung verlangen könnte (§ 439 III BGB).

Die Feststellung der Unverhältnismäßigkeit erfordert grundsätzlich eine umfassende Würdigung der in § 439 III BGB genannten Umstände, also der Kosten der vom Käufer gewählten Form der Nacherfüllung, des Werts der Sache in mangelfreiem Zustand, die Bedeutung des Mangels und die Frage, ob die andere Art der Nacherfüllung für den Käufer erhebliche Nachteile hätte.

Die Beklagte kann sich für die Unverhältnismäßigkeit der Kosten der vom Kläger gewählten Nachlieferung aber nicht darauf berufen, dass die Nachbesserung durch das Aufspielen des Softwareupdates Kosten von unter 100 € verursachen würde. Auf die zwischen den Parteien streitige Frage, welche Kosten für das seitens der *Volkswagen AG* geplante Softwareupdate anfallen und ob das Softwareupdate für den Kläger zumutbar wäre, kommt es nicht an. Denn zum maßgeblichen Zeitpunkt im März 2016 war die Mängelbeseitigung durch Nachbesserung in Form des Aufspielens eines Softwareupdates unstreitig nicht möglich, da das Softwareupdate noch nicht aufgespielt werden konnte, da die Freigabe des Kraftfahrt-Bundesamtes erst im Juli 2016 erteilt wurde.

(1) Auf welchen Zeitpunkt für die Beurteilung nach § 439 III BGB abzustellen ist, ist allerdings streitig. Teilweise wird in der Literatur auf den Zeitpunkt der letzten mündlichen Verhandlung abgestellt (*Faust,* in: Bamberger/Roth, BGB, 3. Aufl., § 439 Rn. 41). Diese Ansicht überzeugt nicht. Der BGH hat zu der ähnlich gelagerten Problematik des Ausschlusses des Rücktrittsrechts nach § 323 V 2 BGB wegen Geringfügigkeit des Mangels bereits entschieden, dass ein zum Zeitpunkt des Rücktritts erheblicher Mangel nicht zu einem geringfügigen Mangel wird, wenn sich nachträglich herausstellt. dass der Mangel doch mit verhältnismäßig geringem Aufwand behoben werden kann (vgl. BGH, Urt. v. 15.06.2011 – VIII ZR 139/09, juris Rn. 9). Auch zu § 633 II BGB a.F. vertritt der BGH die Auffassung, dass für die Bewertung des zur Nachbesserung erforderlichen Aufwands auf den Zeitpunkt abzustellen ist, In dem die vertragsgemäße Erfüllung geschuldet war; eine Erhöhung des Aufwands aufgrund späteren Baukostensteigerungen war daher nicht zu berücksichtigen (BGH, Urt. v. 23.03.1995 – VII ZR 235/93, juris Rn. 12).

Dementsprechend wird in der Literatur auch richtigerweise überwiegend vertreten, dass es nicht auf den Zeitpunkt der letzten mündlichen Verhandlung ankommt (vgl. MünchKomm-BGB/*Westermann,* 7. Aufl., § 439 Rn. 27, der auf den Zeitpunkt des Gefahrübergangs abstellen will, sowie Staudinger/*Matusche-Beckmann,* BGB, Neubearb. 2013, § 439 Rn. 126, die dem Gedanken des BGH aus dem Urteil vom 23.03.1995 folgen will). Dies ist auch zutreffend, denn es darf einem Verkäufer nicht zugutekommen, wenn er die vom Kläger berechtigt gewählte Form der Nacherfüllung verweigert, den Kläger in ein Gerichtsverfahren zwingt und so zeitliche Verzögerungen verursacht.

(2) Maßgeblich ist demnach die Sachlage spätestens zu dem Zeitpunkt, als die Beklagte mit der Nachlieferung in Verzug geraten ist, also am 08.03.2016. Die maßgebliche Software existierte zu jenem Zeitpunkt noch nicht bzw. hatte jedenfalls noch keine Freigabe vom Kraftfahrt-Bundesamt.

Die vom Kläger gesetzte Frist zur Nacherfüllung durch Nachlieferung zum 07.03.2016 war auch angemessen. Die Beklagte kann sich nicht darauf berufen, dass der Kläger ihr zur Nacherfüllung eine Frist bis zum Vorliegen des zu jenem Zeitpunkt bereits von der *Volkswagen AG* angekündigten Softwareupdates hätte setzen müssen. Die Setzung einer derart langen Frist ist für den Käufer auch unter dem Gesichtspunkt, dass keine Gebrauchseinschränkung des Fahrzeugs vorlag, unzumutbar. Dabei ist zu berücksichtigen, dass der VW-Abgasskandal bereits im September 2015 bekannt geworden ist und der Kläger negative Auswirkungen auf den Marktpreis ernstlich befürchten musste. Aus dem mit der Täuschung eingegangenen unternehmerischen Risiko von Strafzahlungen, Schadensersatzklagen und einem massiven geschäftsschädigenden Imageverlust für die *Volkswagen AG* konnte jedenfalls Anfang 2016 nur der Schluss gezogen werden, dass es für die Ausgestaltung der Motorsoftware wichtige technische Gründe gab und eine andere Lösung technisch gar nicht oder nur mit hohen Kosten möglich sein würde (vgl. LG Hagen, Urt. v. 18.10.2016 – 3 O 66/16, juris Rn. 65). Für den Kläger war Anfang 2016 noch weniger als jetzt abschätzbar, ob und wann für sein Fahrzeug eine technische, vom Kraftfahrt-Bundesamt akzeptierte Lösung gefunden werden würde und ob und wann das über dem Fahrzeug schwebende Risiko des Verlustes der Betriebserlaubnis und des Wertverlusts abgewendet werden kann.

c) Einen Anspruch auf Wertersatz für die vom Kläger gezogenen Nutzungen nach §§ 439 IV, 346 BGB hat die Beklagte nach § 474 I, V BGB nicht. Bei dem Kläger handelt es sich unstreitig um einen Verbraucher.

2. Die Beklagte befindet sich mit der Neulieferung eines Pkw vom Typ VW Tiguan II und der Rücknahme des Fahrzeugs des Klägers in Verzug …

3. Auch der Anspruch des Klägers auf Ersatz der vorgerichtlichen Rechtsanwaltskosten folgt aus Verzug. …

Hinweis: Dieses Urteil hat mir freundlicherweise der Kollege Dr. *Ralf Stoll* – Dr. Stoll & Sauer Rechtsanwaltsgesellschaft mbH – zukommen lassen, der die Entscheidung für den Kläger erstritten hat.

Probleme beim Autokauf?

Als spezialisierter Rechtsanwalt helfe ich Ihnen gerne weiter – ganz gleich, ob Sie Käufer oder Verkäufer sind. Interessiert? Nutzen Sie das Kontaktformular auf https://autokaufrecht.info/sofortberatung/ oder rufen Sie mich unverbindlich an

(0 23 27) 8 32 59-99.