

## **Anspruch auf Ersatzlieferung (§§ 437 Nr. 1, 439 I Fall 2 BGB) eines ŠKODA Octavia Combi 2.0 TDI – VW-Abgasskandal**

- 1. Ein vom VW-Abgasskandal betroffener Neuwagen ist jedenfalls i. S. des [§ 434 I 2 Nr. 2 BGB](#) mangelhaft. Denn dass in einem Neuwagen eine – als unzulässige Abschaltvorrichtung zu qualifizierende – Software zum Einsatz kommt, die nur dann für eine Verringerung des Stickoxidausstoßes sorgt, wenn das Fahrzeug auf einem Prüfstand einen Emissionstest absolviert, ist bei Neuwagen anderer Hersteller nicht bekanntermaßen üblich.**
- 2. Berufet sich der Verkäufer erst in einem Rechtsstreit über den Anspruch des Käufers auf Ersatzlieferung ([§§ 437 Nr. 1, 439 I Fall 2 BGB](#)) darauf, dass die Ersatzlieferung im Vergleich zu einer Mangelbeseitigung mit unverhältnismäßig hohen Kosten verbunden sei, so ist bei der nach [§ 439 III 2 BGB](#) gebotenen Beurteilung, welche Bedeutung der Mangel hat, auf den Zeitpunkt des Gefahrübergangs ([§ 446 Satz 1 BGB](#)) abzustellen.**
- 3. Der Käufer eines vom VW-Abgasskandal betroffenen Neuwagens, der vom Verkäufer gemäß [§§ 437 Nr. 1, 439 I Fall 2 BGB](#) die Lieferung eines mangelfreien Fahrzeugs verlangt, verhält sich nicht treuwidrig ([§ 242 BGB](#)), wenn er an seinem Verlangen festhält, obwohl mittlerweile ein Softwareupdate zur Verfügung steht, nach dessen Installation der dem Fahrzeug anhaftende Mangel angeblich vollständig und folgenlos beseitigt sein soll. Denn jedenfalls trägt der Käufer angesichts der Tatsache, dass sowohl die *Volkswagen AG* als auch die jeweiligen Kfz-Verkäufer eine Mangelhaftigkeit der vom VW-Abgasskandal betroffenen Fahrzeuge in Abrede stellen, das Risiko, dass die Nachbesserung durch Installation des Softwareupdates scheitert. Er muss nämlich befürchten, dass er seinen Anspruch auf Nachbesserung des Updates klageweise durchsetzen muss und diesem Anspruch dann der Verjährungseinwand entgegengehalten wird.**
- 4. Der Käufer eines vom VW-Abgasskandal, der vom Verkäufer mit anwaltlicher Hilfe Nacherfüllung ([§ 439 I BGB](#)) verlangt, hat gegen den Verkäufer gemäß [§ 439 II BGB](#) einen Anspruch auf Ersatz der aufgewendeten Anwaltskosten.**

LG Zwickau, Urteil vom 12.05.2017 – [7 O 370/16](#)

**Sachverhalt:** Der Kläger verlangt von der beklagten ŠKODA-Vertragshändlerin im Zusammenhang mit dem sogenannten VW-Abgasskandal die Ersatzlieferung ([§ 439 I Fall 2 BGB](#)) eines ŠKODA Octavia Combi.

Er bestellte bei der Beklagten am 18.09.2010 verbindlich .2010 einen ŠKODA Octavia Combi 2.0 TDI als Neuwagen zum Preis von 23.165 €. Das bestellte Fahrzeug wurde dem Kläger am 11.12.2010 übergeben.

Es ist mit einem von der *Volkswagen AG* hergestellten Dieselmotor des Typs EA189 (Euro 5) ausgestattet und deshalb vom VW-Abgasskandal betroffen. In dem Pkw kommt eine Software zum Einsatz, die zur Abgasaufbereitung einen von zwei Betriebsmodi aktiviert. „Modus 1“ ist nur aktiv, sobald das Fahrzeug auf einem Rollenprüfstand einen Emissionstest absolviert; dann ist die Abgasrückführungsrate höher und deshalb der Stickoxidausstoß niedriger als im „Modus 0“, in dem das Fahrzeug regulär betrieben wird.

Das Kraftfahrt-Bundesamt verpflichtete die *Volkswagen AG* mit Bescheid vom 14.10.2015, bei allen vom VW-Abgasskandal betroffenen Fahrzeugen einem EA189-Dieselmotor die Software – eine aus Sicht des Kraftfahrt-Bundesamtes unzulässige Abschalteneinrichtung – zu entfernen und nachzuweisen, dass die Fahrzeuge anschließend alle technischen Anforderungen der relevanten Einzelrechtsakte der Richtlinie 2007/46/EG erfüllen.

Mit Anwaltsschreiben vom 14.12.2015 verlangte der Kläger, der sein Fahrzeug wegen der beschriebenen Software für mangelhaft hält, von der Beklagten die Ersatzlieferung eines mangelfreien Neuwagens bis zum 25.01.2016. Dem trat die Beklagte mit Schreiben vom 05.01.2016 entgegen.

In der Folgezeit entwickelte die *Volkswagen AG* für den hier interessierenden Motortyp ein Softwareupdate, das dazu führen soll, dass die betroffenen Fahrzeuge künftig auch im realen Straßenverkehr im „(Prüfstand-)Modus 1“ betrieben werden. Das Kraftfahrt-Bundesamt gab dieses Update am 10.06.2016 unter anderem für den ŠKODA Octavia 2.0 TDI frei.

Der Kläger hält sein Fahrzeug für mangelhaft und behauptet, dass der tatsächliche Stickoxidausstoß im normalen Fahrbetrieb den einschlägigen Euro-5-Grenzwert überschreite, so dass der streitgegenständliche Pkw nicht zuffassungsfähig sei. Zudem – so meint der Kläger – weise das Fahrzeug keine Beschaffenheit auf, die bei vergleichbaren Neuwagen üblich sei und die er als Käufer deshalb erwarten könne. Er – der Kläger – habe deshalb den mit Schreiben vom 14.12.2015 geltend gemachten Anspruch auf Ersatzlieferung (§§ 437 Nr. 1, 439 I Fall 2 BGB). Eine Ersatzlieferung sei weder mit unverhältnismäßigen Kosten verbunden noch der Beklagten unzumutbar, zumal eine Nachbesserung durch Installation des von der *Volkswagen AG* entwickelten Softwareupdates nachteilige Auswirkungen auf das Fahrzeug habe.

Die Beklagte stellt demgegenüber das Vorliegen eines Sachmangels in Abrede. Sie macht geltend, dass für sie die ersatzweise Lieferung eines Neufahrzeugs im Vergleich zur Mangelbeseitigung mit unverhältnismäßig hohen Kosten verbunden sei. Der – behauptete – Mangel des Fahrzeugs lasse sich durch Installation eines von der *Volkswagen AG* entwickelten Softwareupdates mit einem Kostenaufwand von weniger als 100 € beseitigen.

Die Klage hatte ganz überwiegend Erfolg; sie wurde lediglich insoweit teilweise abgewiesen, als der Kläger den Ersatz vorgerichtlich entstandener Rechtsanwaltskosten begehrte.

**Aus den Gründen:** I. Der Kläger hat gegenüber der Beklagten einen Anspruch auf Lieferung eines mangelfreien fabrikneuen typengleichen Ersatzfahrzeugs ... aus §§ 434 I 2 Nr. 2, 437 Nr. 1, 439 I 1 Fall 2 BGB.

1. Die in dem streitgegenständlichen Fahrzeug zur Motorsteuerung installierte Software stellt einen Sachmangel dar.

a) Unstreitig führt die bei dem streitgegenständlichen Fahrzeug installierte Software dazu, dass nur auf dem Rollenprüfstand die Motorsteuerung in den stickoxidoptimierten Modus 1 mit höherer Abgasrückführung geschaltet wird, während sich der Motor im normalen Fahrbetrieb durchgängig im partikeloptimierten Modus 0 mit einem höheren Stickoxidanteil befindet.

Zwar sind nach der Verordnung (EG) Nr. 750/2007 für die Einhaltung der Emissionsgrenzwerte die Messergebnisse auf dem Rollenprüfstand maßgeblich. Dies bedeutet aber nicht, dass der Hersteller eines Motors die Motorsteuerung mittels Software derartig programmieren darf, dass der Stickoxidanteil bei der Schadstoffmessung auf dem Rollenprüfstand bewusst von vornherein niedriger gehalten wird als unter den regulären Bedingungen des Straßenverkehrs. Eine ausschließlich auf den Testzyklus zugeschnittene Programmierung der Abgasbehandlung kann daher nur als unzulässige Umgehung der einschlägigen Vorschriften angesehen werden ([LG Hildesheim, Urt. v. 17.01.2017 – 3 O 139/16, DAR 2017, 83](#)). Zu Recht geht daher auch das Kraftfahrt-Bundesamt von einer bei dem Motor des streitgegenständlichen Fahrzeuges eingebauten unzulässigen Abschaltvorrichtung aus.

b) Es kann dahinstehen, ob als Folge der installierten Software eine zwischen den Parteien geschlossene Beschaffensvereinbarung nicht eingehalten wird. Denn jedenfalls liegt ein Mangel i. S. von [§ 434 I 2 Nr. 2 BGB](#) vor. Das Fahrzeug weist nämlich keine Beschaffenheit auf, die bei Sachen der gleichen Art üblich ist und die der Käufer nach der Art der Sache erwarten kann. Die Installation und Verwendung einer sogenannten Abschaltsoftware zur Erreichung bzw. bei der Ermittlung der Einhaltung gesetzlicher Grenzwerte ist bei Pkw anderer Hersteller in einer vergleichbaren Fahrzeugklasse jedenfalls nicht bekanntermaßen üblich, auch wird Solches von der Beklagten nicht vorgetragen ([OLG Celle, Beschl. v. 30.06.2016 – 7 W 26/16, VersR 2016, 1515](#); [OLG Hamm, Beschl. v. 21.06.2016 – 1-28 W 14/16, juris](#); [LG Krefeld, Urt. v. 14.09.2016 – 2 O 83/16, MDR 2016, 1201](#); [LG Bückeburg, Urt. v. 11.01.2017 – 2 O 39/16, juris](#)).

2. Der bei dem streitgegenständlichen Fahrzeug somit gegebene Mangel gibt dem Kläger das Recht, Nacherfüllung zu verlangen, da er grundsätzlich frei wählen kann, ob er die Beseitigung des Mangels oder – wie hier – die Lieferung einer mangelfreien Sache verlangt ([§ 439 I BGB](#)).

Es mag sein, dass die Beklagte bei Abschluss des Kaufvertrags keine Kenntnis von dem Mangel hatte. Hierauf kommt es aber wegen des von einem Verschulden des Verkäufers unabhängigen Anspruches des Käufers auf Nachlieferung nicht an.

Einer Entscheidung darüber, ob das Verlangen der Nachlieferung auch auf Schadensersatz gestützt werden kann, bedarf es nicht.

3. Dass die mit der Klage geltend gemachte Nachlieferung der Beklagten nicht möglich wäre, wird von der Beklagten nicht behauptet.

4. Die Beklagte kann die Nachlieferung nicht nach [§ 439 III BGB](#) verweigern.

- a) Dass die Beklagte die Einrede der Unverhältnismäßigkeit der Nachlieferung ([§ 439 III BGB](#)) erstmals in diesem Rechtsstreit erhoben hat, ist rechtlich ohne Belang ([BGH, Urt. v. 16.10.2013 – VIII ZR 273/12, NJW 2014, 213](#) Rn. 17).
- b) Bei der Beurteilung der Verhältnismäßigkeit sind nach [§ 439 III 2 BGB](#) insbesondere der Wert der Sache im mangelfreien 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.
- c) Die für einen erstmals im Prozess geltend gemachten Ausschluss der verlangten Nacherfüllung nach [§ 439 III BGB](#) relevante Bedeutung des Mangels bestimmt sich nach den zum Zeitpunkt des Gefahrübergangs vorliegenden Umständen ([OLG Nürnberg, Urt. v. 20.02.2017 – 14 U 199/16](#), juris). Dies ist vorliegend der 11.12.2010.
- d) Zum Zeitpunkt des Gefahrübergangs am 11.12.2010 hatte aber die *Volkswagen AG* die von ihr bei der Motorsteuerung mittels Software installierte unzulässige Abschalteneinrichtung der Öffentlichkeit und auch der Fachwelt verschwiegen. Am 11.12.2010 hatte die *Volkswagen AG* auch – weil offenbar hierfür keine Veranlassung gesehen wurde – eine Möglichkeit zur Behebung dieses Mangels mittels eines Softwareupdates nicht entwickelt. Dies ist erstmals im Laufe des Jahres 2016 nach der Aufforderung des Kraftfahrt-Bundesamtes geschehen. Bei dem für die Beurteilung der Einrede des [§ 439 III BGB](#) maßgeblichen Zeitpunkt am 11.12.2010 war damit eine Behebung des von der *Volkswagen AG* zu diesem Zeitpunkt verschwiegenen Sachmangels nicht möglich. Die Einrede des [§ 439 III BGB](#) greift daher nicht.
- e) Doch selbst wenn – was in der Literatur vertreten wird (vgl. Staudinger/*Westermann*, BGB, Neubearb. 2014, § 439 Rn. 25) – für die Beurteilung der Begründetheit der im Prozess erstmals erhobenen Einrede des [§ 439 III BGB](#) auf den Zeitpunkt des Nachlieferungsverlangens oder auf den Zeitpunkt abzustellen wäre, zu dem sich der Verkäufer mit der verlangten Nachlieferung im Verzug befunden hat, wäre vorliegend die Einrede des [§ 439 III BGB](#) nicht begründet. Denn zum Zeitpunkt des Nachlieferungsverlangens des Klägers am 14.12.2015 und zum Zeitpunkt des Verzuges der Beklagten mit der Nachlieferung aufgrund ihrer Ablehnung mit Schreiben vom 05.01.2016 hatte das Kraftfahrt-Bundesamt zwar von der *Volkswagen AG* bereits eine Behebung des Mangels verlangt. Ob und wenn ja wann und mit welchen Folgen der *Volkswagen AG* eine Beseitigung des Mangels möglich sein würde, war aber weder am 14.12.2015 noch am 05.01.2016 absehbar. Der Kläger war nicht verpflichtet, sich auf diese Ungewissheit einzulassen. Die Einrede der Beklagten des [§ 439 III BGB](#) würde damit auch unter diesen Umständen nicht greifen.

5. Das Festhalten des Klägers an seinem Nachlieferungsanspruch ist auch nicht treuwidrig ([§ 242 BGB](#)).

Zwar hat die *Volkswagen AG* auf Aufforderung des Kraftfahrt-Bundesamtes zur Beseitigung des Sachmangels ein Softwareupdate entwickelt, das nach der Bestätigung des Kraftfahrt-Bundesamtes vom 10.06.2016 für den Motor des streitgegenständlichen Fahrzeuges folgenlos sein soll. Es kann dahinstehen, ob – was derzeit offenbar noch kontrovers diskutiert wird – dieses Softwareupdate tatsächlich zu einer folgenlosen Nachbesserung führen würde.

Denn bei der Nachbesserung einer mangelhaften Sache durch den Verkäufer beginnt nach weit verbreiteter Meinung die Verjährung der Gewährleistungsrechte nur dann von Neuem, wenn aus den Umständen anzunehmen ist, dass der Verkäufer den Mangel anerkennt. Ein derartiges Anerkenntnis erklärt die Beklagte und erklärt übrigens auch die *Volkswagen AG* ausdrücklich nicht. Dadurch aber wird das Risiko des Scheiterns der Nachbesserung auf den Kläger als Käufer verlagert, da dieser seinen Anspruch auf Nachbesserung des Softwareupdates möglicherweise im Klageweg durchsetzen muss und er riskiert, dass seinem dahin gehenden Anspruch der Verjährungseinwand entgegengehalten wird ([LG Regensburg, Urt. v. 04.01.2017 – 7 O 967/16](#), juris).

Nachdem aber die Beklagte und auch die *Volkswagen AG* den von dem Kläger gerügten Mangel ausdrücklich nicht anerkennen und auch keine isolierte Gewährleistung für das angebotene Softwareupdate übernehmen, ist das Festhalten des Klägers an seinem Nachlieferungsanspruch nicht treuwidrig.

6. Der Kläger schuldet der Beklagten für die Nutzung des mangelhaften Pkw ŠKODA Octavia Combi keinen Wertersatz.

Nach dem unbestrittenen Vortrag des Klägers handelte es sich bei dem Erwerb des streitgegenständlichen Fahrzeugs um einen Verbrauchsgüterkauf nach [§ 474 I BGB](#). Nach [Art. 229 § 32 I EGBGB](#) gilt für den im Jahr 2010 geschlossenen Kaufvertrag die Vorschrift des [§ 474 BGB](#) in ihrer bis zum 12.06.2014 geltenden Fassung. Bei richtlinienkonformer Auslegung dieser Vorschrift ist [§ 439 IV BGB](#) – auf den [§ 474 II BGB](#) a.F. verweist – dahin gehend anzuwenden, dass bei einer Ersatzlieferung i. S. des [§ 439 I Fall 2 BGB](#) ein Anspruch des Verkäufers auf Wertersatz für Nutzungen gegenüber dem Käufer nicht besteht ([BGH, Urt. v. 26.11.2008 – VIII ZR 200/05](#), [NJW 2009, 427](#) Rn. 13 ff.; [LG Regensburg, Urt. v. 04.01.2017 – 7 O 967/16](#), juris).

Damit aber hat der Kläger den Wert der von ihm gezogenen Nutzungen des Fahrzeugs nicht zu ersetzen.

II. Die Beklagte befindet sich mit der Rücknahme des streitgegenständlichen Fahrzeugs seit ihrer Verweigerung vom 05.01.2016 in Verzug.

III. Der Anspruch des Klägers auf Freistellung der ihm vorgerichtlich entstandenen Rechtsanwaltskosten besteht in Höhe von 914,63 €.

1. Der Kläger durfte bei der Durchsetzung seiner Mängelrechte anwaltlichen Beistand in Anspruch nehmen. Den ihm hierdurch in Form von vorgerichtlicher Rechtsanwaltskosten entstandenen Aufwand, hat die Beklagte gemäß [§ 439 II BGB](#) zu tragen (BGH, Urt. v. 17.02.1999 – [X ZR 40/96](#), [NJW-RR 1999, 813](#) [814]). Der von dem Kläger geltend gemachte Freistellungsanspruch besteht daher dem Grunde nach.

2. Der Freistellungsanspruch für die ihm vorgerichtlich entstandenen Rechtsanwaltskosten ist aber nur in einer Höhe von 914,63 € gegeben.

Der dem Rechtsstreit zugrunde liegende Sachverhalt ist sicherlich in tatsächlicher Hinsicht und auch in rechtlichen Fragen überdurchschnittlich schwierig und komplex. Dieser Umstand rechtfertigt aber nicht die von dem Kläger geltend gemachte 2,0-fache Geschäftsgebühr seiner Rechtsanwälte, sondern eine 1,7-fache Geschäftsgebühr nach Nr. 2300 VV RVG ([LG Regensburg, Urt. v. 04.01.2017 – 7 O 967/16](#), juris).

Die ersatzfähigen vorgerichtlichen Anwaltskosten berechnen sich daher wie folgt:

**Gegenstandswert: 23.165,00 €**

|  |            |
|--|------------|
| 1,70 Geschäftsgebühr (Nr. 2300 VV RVG) | 1.339,60 € |
| 0,75 Geschäftsgebühr (Anrechnung)      | – 591,00 € |
| Auslagenpauschale (Nr. 7002 VV RVG)    | 20,00 €    |
| Zwischensumme netto                    | 768,60 €   |
| 19 % USt. (Nr. 7008 VV RVG)            | 146,04 €   |
| Summe brutto                           | 914,64 €   |

**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.**