Lieferung eines VW Golf VII als Ersatz für einen VW Golf VI – VW-Abgasskandal

1. **Ein vom VW Abgasskandal betroffener Neuwagen ist ungeachtet seine tatsächlichen Schadstoffemissionen schon deshalb i. S. des § 434 I 2 Nr. 2 BGB mangelhaft, weil darin eine als unzulässige Abschalteinrichtung zu qualifizierende Software zum Einsatz kommt, die den Stickoxid(NO_x)-Ausstoß reduziert, sobald das Fahrzeug auf einem Prüfstand einen Emissionstest absolviert.**

2. **Der Käufer eines vom VW-Abgasskandal betroffenen und deshalb mangelhaften VW Golf VI kann gemäß §§ 437 Nr. 1, 439 I Fall 2 BGB einen Anspruch auf die ersatzweise Lieferung eines (mangelfreien) VW Golf VII haben, wenn und weil der VW Golf VI nicht mehr produziert wird. Entscheidend ist, ob nach dem Willen der Vertragsparteien bei Abschluss des Kaufvertrages die Kaufsache (VW Golf VI) im Falle ihrer Mangelhaftigkeit durch eine gleichartige und gleichwertige (VW Golf VII) ersetzt werden kann. Dafür kann sprechen, dass die Allgemeinen Geschäftsbedingungen des Verkäufers einen Änderungsvorbehalt i. S. des § 308 Nr. 4 BGB enthalten und es dem Käufer zumutbar gewesen wäre, ursprünglich statt des bestellten VW Golf VI einen VW Golf VII zu erhalten.**

3. **Bei der Beurteilung, ob der Verkäufer eines vom VW-Abgasskandal betroffenen – mangelhaften – Neuwagens die Lieferung eines mangelfreien Neufahrzeugs als vom Käufer gewählte Art der der Nacherfüllung nach § 439 III BGB verweigern darf, weil sie im Vergleich zur Nachbesserung mit unverhältnismäßig hohen Kosten verbunden ist, hat außer Betracht zu bleiben, dass der Verkäufer einen Rückgriffsanspruch (§§ 478 f. BGB) gegen die *Volkswagen AG* hat und *ihn* deshalb die Ersatzlieferung „nichts kostet“.**

4. **Auf eine Nachbesserung (§ 439 I Fall 1 BGB) durch Aufspielen eines Softwareupdates kann nicht ohne erhebliche Nachteile für den Käufer eines vom VW-Abgasskandal betroffenen – mangelhaften – Neuwagens zurückgegriffen werden. Denn jedenfalls besteht aufgrund der negativen öffentlichen Berichterstattung über den Zustand nachgerüsteter Fahrzeuge die naheliegende Möglichkeit, dass nach der Installation des Softwareupdates ein merkantiler Minderwert verbleibt. Ob die Berichte aus technischer Sicht zutreffen, ist insoweit ohne Belang; ebenso kommt es nicht darauf an, dass das Kraftfahrt-Bundesamt das Softwareupdate geprüft und freigegeben hat.**

LG Neuruppin, Urteil vom 24.05.2017 – 1 O 170/16

Sachverhalt: Die Klägerin begehrt im Zusammenhang mit dem VW-Abgasskandal von dem Beklagten die Ersatzlieferung (§ 439 I Fall 2 BGB) eines Neuwagens.

Die Klägerin erwarb von dem Beklagten, einem autorisierten VW-Händler, im November 2011 einen VW Golf VI 1.6 TDI Trendline als Neuwagen. Das Fahrzeug ist mit einem Dieselmotor des Typs EA189 ausgestattet und deshalb vom VW-Abgasskandal betroffen. Denn eine Software erkennt, ob der Pkw auf einem Rollenprüfstand einen Emissionstest absolviert, und aktiviert in diesem Fall einen besonderen Betriebsmodus („Modus 1"). In diesem Modus ist die Abgasrückführungsrate höher und deshalb der Stickoxidausstoß niedriger als im normalen Fahrbetrieb („Modus 0"). Der einschlägige Euro-5-Grenzwert wird daher zwar während eines Emissionstests, aber nicht im normalen Fahrbetrieb eingehalten.

Die Verkaufsbedingungen des Beklagten, die in den zwischen den Parteien geschlossenen Kaufvertrag einbezogen wurden, bestimmen unter VI 6 Folgendes:

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

Das Kraftfahrt-Bundesamt ordnete mit Bescheid vom 14.10.2015 gegenüber der *Volkswagen AG* als Herstellerin der vom VW-Abgasskandal betroffenen Fahrzeuge den Rückruf der Fahrzeuge mit dem Aggregat EA189 EU5 an. Gleichzeitig verpflichtete es die *Volkswagen AG,* bei diesen Fahrzeugen die Software – aus Sicht des Kraftfahrt-Bundesamtes eine unzulässige Abschalteinrichtung – zu entfernen und nachzuweisen, dass die Fahrzeuge anschließend alle technischen Anforderungen der relevanten Einzelrechtsakte der Richtlinie 2007/46/EG erfüllen (Pressemitteilung des Kraftfahrt-Bundesamtes vom 16.10.2015).Der VW-Konzern entwickelte für die betroffenen Motoren ein Softwareupdate, das seit Dezember 2016 zur Installation bereit ist. Es soll dazu führen, dass Fahrzeuge wie das der Klägerin künftig durchgängig – also auch im realen Straßenverkehr – im „Modus 1" betrieben und gleichzeitig die Euro-5-Emissionsgrenzwerte eingehalten werden.

Mit Schreiben vom 14.12.2016 bestätigte das Kraftfahrt-Bundesamt unter anderem bezüglich des VW Golf, dass die *Volkswagen AG* den mit Bescheid vom 16.10.2015 geforderten Nachweis geführt habe. Nach Installation des Updates sei keine unzulässige Abschalteinrichtung mehr vorhanden; die Euro-5-Emissionsgrenzwerte würden eingehalten. Das Kraftfahrt-Bundesamt bestätigte die ursprünglichen Herstellerangaben zum Kraftstoffverbrauch und zu den CO_2-Emissionen; die Motorleistung, das maximale Drehmoment und die Geräuschemissionen blieben durch das Softwareupdate unverändert. In Presseberichten wird demgegenüber über Probleme von Fahrzeugkäufern berichtet, die das Softwareupdate haben installieren lassen.

Den VW Golf VI stellt die *Volkswagen AG* nicht mehr her, sondern sie produziert mittlerweile den Golf VII. Fahrzeugmodelle dieser Generation erfüllen die Abgasnorm „Euro 6“ und basieren auf einer MQB-Plattform, während Fahrzeuge der sechsten Generation auf einer PQ36-Plattform basieren. Fahrzeuge der neuesten Generation verfügen darüber hinaus unter anderem über eine höhere Motorleistung als Fahrzeuge der sechsten Generation.

Mit anwaltlichem Schreiben vom 26.11.2015 forderte die Klägerin den Beklagten auf, ihr bis zum 07.01.2016 Zug um Zug gegen Rückgabe des ihr gelieferten Fahrzeugs einen vertragsgemäßen, zulassungsfähigen mangelfreien Neuwagen zu liefern. Der Beklagte bat mit Schreiben vom 07.12.2015 um Verständnis, „dass der Austausch des Fahrzeuges nicht möglich“ sei.

Die Klägerin hält ihr Fahrzeug für mangelhaft, weil es bereits bei der Übergabe an sie mit einer unzulässigen Abschalteinrichtung versehen gewesen sei und sein Stickoxidausstoß höher sei als angegeben. Sie behauptet, eine Nachbesserung durch Installation des Softwareupdates sei nicht folgenlos möglich; vielmehr drohten insbesondere ein Anstieg des Kraftstoffverbrauchs und eine Verringerung der Motorleistung. Außerdem verbleibe trotz der Installation des Updates ein merkantiler Minderwert in Höhe von mindestens 500 €.

Die Klägerin ist der Auffassung, dass die Kosten für Umrüstung eines jeden vom VW-Abgasskandal betroffenen Fahrzeugs nicht – wie der Beklagte behauptet – 100 €, sondern 4.000 €–5.000 € betrügen, da auch die (anteiligen) Kosten für die Entwicklung des Softwareupdates zu berücksichtigen seien. Eine Ersatzlieferung koste den Beklagten hingegen nichts, weil er die *Volkswagen AG* in Regress nehmen könne. Jedenfalls betrügen die Kosten für eine Ersatzlieferung maximal 18.680,49 € abzüglich des mit 16.312,50 € anzusetzenden Wertes des zurückzugewährenden Fahrzeugs; außerdem müsste dem Beklagten eine Nutzungsentschädigung von 4.940,83 € zufließen. Die Herstellungskosten (inkl. Auslieferung) für das streitgegenständliche Fahrzeug betrügen maximal 8.990,82 €.

Die Klage hatte ganz überwiegend Erfolg.

Aus den Gründen: I. Soweit die Klägerin die Feststellung begehrt, der Beklagte befinde sich sowohl im Annahmeverzug mit der Rücknahme des mangelbehafteten Fahrzeugs als auch im Verzug mit der Neulieferung eines Fahrzeugs, ist dieser Antrag nur in Bezug auf die Feststellung eines Annahmeverzugs zulässig.

Gemäß § 256 I ZPO kann Klage auf Feststellung des Bestehens oder Nichtbestehens eines Rechtsverhältnisses erhoben werden, wenn insoweit ein rechtliches Interesse an dieser Feststellung besteht.

Das Begehren der Feststellung, dass sich der Beklagte mit der Rücknahme des mangelhaften Fahrzeugs im (Gläubiger-)Verzug befinde, wird allgemein aus Gründen der Prozessökonomie aufgrund der Vereinfachung der Zwangsvollstreckung der Zug-um-Zug-Leistung … gemäß §§ 756, 765 ZPO als zulässig angesehen (s. nur BGH, Urt. v. 19.04.2000 – XII ZR 332/97, NJW 2000, 2280 [2281]).

Der weitere Antrag der Klägerin festzustellen, dass sich der Beklagte mit der Neulieferung eines Fahrzeugs im (Schuldner-)Verzug befand, ist unzulässig. Der Verzug eines Schuldners ist kein Rechtsverhältnis i. S. von § 256 I ZPO, sondern vielmehr ein bloßes Element eines Rechtsverhältnisses, das Vorfrage für die Beurteilung eines etwaigen Schadensersatzanspruchs sein kann (vgl. BGH, Urt. v. 19.04.2000 – XII ZR 332/97, NJW 2000, 2280 [2281]; LG Regensburg, Urt. v. 04.01.2017 – 7 O 967/16, juris Rn. 23). Die Übertragung der Grundsätze zum Annahmeverzug auf den Schuldnerverzug ist nicht angezeigt (ebenso BGH, Urt. v. 19.04.2000 – XII ZR 332/97, NJW 2000, 2280 [2281]).

Im Übrigen ist die Klage zulässig.

II. Die Klage ist, soweit sie zulässig ist, in der Hauptsache ganz überwiegend begründet, im Hinblick auf die außergerichtlichen Rechtsanwaltskosten unbegründet.

1. Der Klägerin steht gegen den Beklagten ein Anspruch auf Nachlieferung eines … Fahrzeugs im Wege kaufrechtlicher Gewährleistung gemäß §§ 437 Nr. 1, 439 I Fall 2, 434 I, 433 BGB zu.

a) Die Klägerin kaufte von dem Beklagten gemäß § 433 BGB einen Neuwagen des Typs VW Golf VI 1.6 TDI Trendline.

b) Der übergebene Neuwagen war bei Gefahrübergang gemäß § 434 I 2 Nr. 2, Satz 3 BGB mangelhaft.

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.

Mangelhaft ist der Wagen unbeschadet der zwischen den Parteien streitigen Frage des tatsächlichen Schadstoffausstoßes ... im Echtbetrieb schon deshalb, weil sich der Hersteller eines unzulässigen Abschaltmechanismus für die Messung der NO_X-Werte unter Prüfbedingungen bedient hat. Der Käufer eines Fahrzeugs kann im Rahmen der üblichen und zu erwartenden Beschaffenheit eines Neuwagens in jedem Fall davon ausgehen, dass die rechtlichen Voraussetzungen für eine Zulassungsfähigkeit seines Fahrzeugs auf rechtmäßigem Wege eingehalten werden, ohne die Verwendung einer manipulierenden Software, die im Rahmen eines Prüfstandslaufs einen Modus aktiviert, der nicht dem üblichen Betriebsmodus entspricht und in dem der Stickoxidausstoß reduziert wird (ebenso z. B. LG Regensburg, Urt. v. 04.01.2017 – 7 O 967/16, juris Rn. 30; LG Münster, Urt. v. 14.03.2016 – 011 O 341/15, juris Rn. 18; LG Oldenburg, Urt. v. 01.09.2016 – 16 O 790/16, juris Rn. 26).

Dass im Fahrzeug der Klägerin wie in allen mit dem entsprechenden Aggregat EA189 ausgestatteten Fahrzeugen eine solche manipulierende Software installiert wurde, ist unstreitig. Dass diese auch unzulässig ist, steht zur Überzeugung des Gerichts im Anschluss an die seitens des Kraftfahrt-Bundesamtes durchgeführte Prüfung, ob eine Entziehung der Betriebserlaubnis geboten ist, und der resultierenden Auflage an den Hersteller, diese unzulässigen Abschalteinrichtung unter Einhaltung der entsprechenden Einzelrechtsakte der Richtlinie 2007/46/EG zu entfernen, fest (vgl. Schreiben des Kraftfahrt-Bundesamtes vom 14.12.2016; ähnlich OLG München, Beschl. v. 23.03.2017 – 3 U 4316/16, juris Rn. 13).

c) Die von der Klägerin im Rahmen ihres Wahlrechts nach § 439 I BGB gewählte Lieferung einer mangelfreien Sache ist dem Beklagten nicht gemäß § 275 I BGB unmöglich.

Zwar wird eine exakt gleiche wie die ursprünglich bestellte, da zum Zeitpunkt des Kaufvertragsschlusses aktuelle, Version des Golf VI nicht mehr produziert. Die Klägerin muss sich nicht auf die Lieferung eines eigenschaftsgleichen gebrauchten VW Golf VI, der dem gekauften Modell entspricht, verweisen lassen, da sämtliche Fahrzeuge dieser Baureihe mit dem vertraglich vereinbarten Dieselmotor an dem festgestellten Sachmangel leiden und daher mangels Mängelbeseitigung kein taugliches Nacherfüllungsobjekt darstellen.

Der Nachlieferungsanspruch bezieht sich daher vorliegend auf die Lieferung eines Neuwagens aus der aktuellen Serienproduktion des Golfs, hier des Modells Golf VII. Der Nachlieferungsanspruch ist nämlich nach zutreffender Ansicht sogar bei Vereinbarung eines Stückkaufs nicht per se nur mit dem ursprünglich vereinbarten Gegenstand erfüllbar. Vielmehr ist nach dem durch Auslegung zu ermittelnden Willen der Vertragsparteien bei Vertragsschluss zu beurteilen, ob eine Ersatzlieferung in Betracht kommt (§§ 133, 157 BGB). Dies ist dann der Fall, wenn nach der Vorstellung der Parteien im Zeitpunkt des Kaufvertragsschlusses die Kaufsache im Falle ihrer Mangelhaftigkeit durch eine gleichartige und gleichwertige ersetzt werden kann (BGH, Urt. v. 07.06.2006 – VIII ZR 209/05 Rn. 23). Diese Grundsätze sind auch auf Gattungsschulden übertragbar (ebenso LG Regensburg, Urt. v. 04.01.2017 – 7 O 967/16, juris Rn. 36), sodass ein Nachlieferungsgegenstand nicht zwingend exakt dieselben Eigenschaften wie der ursprünglich bestellte (Gattungs-)Gegenstand haben muss, sondern eine Auslegung des Parteiwillens zu erfolgen hat.

Die Voraussetzungen für die Möglichkeit der Nachlieferung eines gleichartigen und gleichwertigen Gegenstands durch ein Fahrzeug der Modellserie Golf VII sind vorliegend erfüllt.

Die Parteien vereinbarten ursprünglich einen Gattungskauf (§ 243 BGB) durch die Bestellung eines nur den Eigenschaften nach konkretisierten Neufahrzeugs. Durch ein Fahrzeug derselben Gattung wäre daher eine Nachlieferung nach dem Parteiwillen unzweifelhaft möglich. Dies gilt ferner aufgrund der in die Auslegung des Parteiwillens gemäß §§ 133, 157 BGB einbezogenen Nr. IV 6 der Allgemeinen Geschäftsbedingungen des Beklagten auch für gleichartige und gleichwertige Fahrzeuge eines Nachfolgemodells, welche die Golf-VII-Fahrzeuge zur Überzeugung des Gerichts darstellen. Denn aufgrund der Allgemeinen Geschäftsbedingungen verbleibt dem Beklagten innerhalb der Lieferzeit ein gewisser Spielraum an einseitigen Anpassungen aufgrund technischer Änderungen des Herstellers, nämlich unter anderem bezüglich Konstruktions- oder Formänderungen, sofern die Änderungen oder Abweichungen unter Berücksichtigung der Interessen des Verkäufers für den Käufer zumutbar sind.

Wenn der Beklagte – im Grundsatz zu Recht – betont, dass der Nachlieferungsanspruch nicht über den ursprünglichen Erfüllungsanspruch hinausgehen kann und „nicht weniger, aber auch nicht mehr“ sei, so ist es im Übrigen widersprüchlich, wenn er sodann meint, der Vorbehalt der technischen Änderungen in seinen Allgemeinen Geschäftsbedingungen könne nur im Rahmen der ersten Lieferung gelten – dies könnte nämlich gerade ein mögliches „Weniger“ einer Nachlieferung bedeuten.

Die hier im Modellvergleich zwischen Golf VI und Golf VII vorgenommenen technischen Veränderungen stellen nur leichte Veränderungen dar und sind nicht erheblich, sondern vielmehr beiden Parteien, insbesondere dem Beklagten im Rahmen der spiegelbildlich zur ursprünglichen Lieferung durchzuführenden Zumutbarkeitsprüfung der Nachlieferung eines technisch veränderten Nachfolgemodells, zumutbar. Nach Nr. VI 6 der Allgemeinen Geschäftsbedingungen hätte sich die Klägerin – die Wirksamkeit dieser Regelung unterstellt (vgl. zu möglichen Bedenken KG, Urt. v. 27.10.2011 – 23 U 15/11, NJW-RR 2012, 506) – diese innerhalb der Lieferzeit entgegenhalten lassen müssen. Eine AGB-rechtliche Wirksamkeitsprüfung kann vorliegend offenbleiben, da es dem Beklagten selbst im Fall ihrer Unwirksamkeit gemäß § 242 BGB als Verwender verwehrt wäre, sich auf eine Unwirksamkeit zu berufen.

Soweit der Beklagte darauf verweist, der Golf VII basiere auf einem neuen modularen Querbaukastensystem, 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 (ebenso LG Offenburg, Urt. v. 21.02.2017 – 3 O 77/16). Dass im Golf VII eine überholte, technisch veränderte Version des Motors eingebaut ist, ist schon aufgrund der Mangelhaftigkeit des ursprünglichen Motors zwingend notwendig. Dass dieser zugleich etwas leistungsstärker als sein Vorgänger ist, ist in einer Gesamtschau im Hinblick auf den Hintergrund des ursprünglichen Mangels für den Beklagten zumutbar und kann sich nicht zulasten der Klägerin auswirken. In Bezug auf den Einwand des Beklagten, das neue Modell sei auch deshalb höherwertig, weil damit die Euro-6-Norm eingehalten werde, gilt Entsprechendes. Der Nacherfüllungsanspruch der Klägerin besteht gerade aufgrund des Nichteinhaltens der Vorgängernorm Euro 5; dass inzwischen für Diesel-Neuwagen die Euro-6-Norm gilt und die Klägerin mit einem Neuwagen diese einzuhalten hat, beruht gerade auf der Mangelhaftigkeit der ursprünglichen Leistung des Beklagten. Die „Höherwertigkeit“ dieses Standards ist daher ebenfalls unerheblich.

Auch die Änderungen an der Karosserie einschließlich der Abmessungen, für die sich der Beklagte auf einen Vergleichsartikel der „Auto Bild“ vom 07.12.2012 bezieht, sind unwesentlich und führen zu einer in zumutbarem Umfang für den Beklagten anzunehmenden Gleichartigkeit und Gleichwertigkeit des Nachfolgemodells. Das auf den dortigen Fotos und weiteren Abbildungen (S. 40–42 der Auto-Bild-Ausgabe) ersichtliche Design der Golf-Modelle wurde nur in sehr geringem Maße verändert; die Abmessungen des Golf VII sind etwa innen um 2–6 cm im Kofferraum und um 10–15 cm in der Innenbreite größer als die des Golf VI (S. 42 der Zeitschrift); der Golf VII ist 13 cm breiter, bei Berücksichtigung der Außenspiegel und außen in der Breite um 21 cm schmaler. Radstand und Länge des Wagens vergrößerten sich jeweils um knapp 6 cm. Derartige Veränderungen wären einem Käufer im Rahmen der Lieferzeit jedenfalls aufgrund der AGB-Klausel VI 6.des Beklagten zumutbar, was spiegelbildlich in der begehrten Nachlieferung für den Beklagten gilt. Darüber hinaus gelangt im Übrigen auch das Testergebnis dieses von dem Beklagten selbst angeführten Vergleichs bei den Abmessungen zum Ergebnis „kein weltbewegender Unterschied“, beim Punkt Bequemlichkeit dazu, dass der „Golf VII nur um Nuancen besser als sein Vorgänger“ sei, meint zu „Handlichkeit und Lenkverhalten: alles wie gehabt“; im Hinblick auf die Umweltfreundlichkeit sei der Golf VI „nicht wirklich schlechter“ und im Gesamtergebnis „nur 6,6 Prozent schlechter als sein Nachfolger“.

Eine fehlende Gleichwertigkeit oder Unzumutbarkeit für den Beklagten folgt auch nicht aus einer „Höherwertigkeit“ des Golf VII in einer Gesamtschau, die sich im Preis des Wagens äußert. Denn die Listenpreise von Golf VI und Golf VII unterscheiden sich um lediglich 880 € (S. 48 des Auto-Bild-Artikels), wovon ein erheblicher Anteil bereits inflationsbedingt zu erklären ist.

d) Der Beklagte kann die Einrede der Unverhältnismäßigkeit der Nachlieferung im Verhältnis zur Nachbesserung gemäß § 439 III BGB nicht mit Erfolg geltend machen. Denn auf das Aufspielen des nunmehr von Volkswagen bereitgestellten Softwareupdates im Wege der Nachbesserung kann die Klägerin nicht verwiesen werden, da auf diese nicht ohne erhebliche Nachteile für den Käufer zurückgegriffen werden kann (§ 439 III 2 letzter Halbsatz BGB) und die gebotene Interessenabwägung im Rahmen des § 439 III BGB daher zugunsten der Klägerin ausfällt.

Nach § 439 III BGB kann der Verkäufer die vom Käufer gewählte Art der Nacherfüllung verweigern, wenn sie nur mit unverhältnismäßigen Kosten möglich ist, wobei insbesondere der Wert der Sache in mangelfreiem Zustand, die Bedeutung des Mangels und die Frage zu berücksichtigen ist, ob auf die andere Art der Nacherfüllung ohne erhebliche Nachteile für den Käufer zurückgegriffen werden kann.

Selbst unter der Annahme zugunsten des Beklagten, die Kosten der Entwicklung der Software seien – etwa als „sowieso“ aufgrund der Anforderungen des Kraftfahrt-Bundesamtes und der die Nachbesserung wünschenden Kunden anfallende Kosten (so LG Regensburg, Urt. v. 04.01.2017 – 7 O 967/16, juris Rn. 40) – bei der Bemessung der Kosten, die für die Nachbesserung anfallen, nicht zu berücksichtigen und es stünden daher Nachbesserungskosten in Höhe von etwa 100 € den vielfachen Kosten für die Neulieferung eines Fahrzeugs gegenüber, fällt die Interessenabwägung zugunsten der Klägerin aus.

Zunächst ist der Mangel von erheblicher Bedeutung. Selbst unter der Annahme, dass eine Verwendungseinschränkung des Fahrzeugs derzeit nicht besteht und die Mangelbeseitigung lediglich 100 € kosten würde (vgl. zur Argumentation der indiziellen Bedeutung des Mangelbeseitigungsaufwandes für eine Erheblichkeit der Pflichtverletzung im Rahmen des Rücktrittsrechts [§ 323 V 2 BGB]: BGH, Urt. v. 28.05.2014 – VIII ZR 94/13, NJW 2014, 3229), ist der Mangel erheblich. Denn im Rahmen dieser indiziellen Bedeutung müsste neben den Kosten für die Entwicklung (vgl. LG Regensburg, Urt. v. 04.01.2017 – 7 O 967/16, juris Rn. 41) auch der erhebliche für die Entwicklung und Zulassung des Softwareupdates erforderliche zeitliche Aufwand von mehr als einem Jahr berücksichtigt werden, der schon für sich eine Unerheblichkeit ausschließt.

Es kommt im Ergebnis nicht auf die – wirtschaftlich und rechtlich teilweise abenteuerliche – Argumentation der Klägerin an, die Nachlieferung sei im Verhältnis der Kosten der Nachbesserung schon rechnerisch nicht unverhältnismäßig. Zu meinen, die Nachlieferung koste den Beklagten aüfgrund des kostenlosen Regresses bei Volkswagen überhaupt nichts, ist ersichtlich verfehlt. Es ist bei den zu vergleichen Nachlieferungskosten der wirtschaftliche Aufwand für die jeweilige Methode anzusetzen, unabhängig davon, bei wem er letztendlich verbleibt. Ein Regress des Verkäufers einer Sache bei seinem Lieferanten gemäß §§ 437 Nr. 1, 439, 478 BGB ist sowohl im Falle der Nachbesserung als auch der Nachlieferung vorgesehen. Diese Regressmöglichkeit bei der Bewertung der Unverhältnismäßigkeit der Nacherfüllung im Rahmen von § 439 III BGB zu berücksichtigen, widerspräche dem Zweck dieser Vorschrift. Im Rahmen des § 439 III BGB geht es vielmehr nur um das Verhältnis der jeweiligen Vertragsparteien. Ansonsten könnte unter Umständen der Letztkäufer eine völlig unwirtschaftliche Variante vom Letztverkäufer verlangen, da diesen die Nacherfüllung „nichts koste“. Dessen Verkäufer könnte ihm dann aber dann entgegenhalten, dass er wegen § 439 III BGB nur die andere Nacherfüllungsart zu ersetzen habe, sodass der Letztverkäufer auf den unwirtschaftlichen Kosten „sitzen bliebe". Dass im vorliegenden Fall der Hersteller Volkswagen dem Beklagten vorab (vertraglich) Deckung erklärt haben soll, ändert an dieser rechtlichen Bewertung des Regressanspruchs nichts.

Weiter in der streitgegenständlichen Konstellation verfehlt ist die Argumentation der Klägerin, dem Beklagten „fließe“ bei der Rückgabe des gekauften Wagens eine Nutzungsentschädigung in Höhe von 4.940,83 € „zu“ (S. 11 des Schriftsatzes vom 04.10.2016). Ihr im Übrigen und zuletzt vehement in der mündlichen Verhandlung erklärtes Rechtsschutzziel in diesem Verfahren ist es, die Zahlung einer Nutzungsentschädigung gerade zu vermeiden, weshalb sie vorliegend aufgrund der Regelung der §§ 474 I, V 1, 439 IV BGB, die eine Nutzungsersatzpflicht der Klägerin als Verbraucherin im Rahmen der Nachlieferung ausschließt (s. dazu unten e) auf Nachlieferung eines Neuwagens, nicht jedoch auf Rückzahlung des Kaufpreises nach Rücktritt klagt.

Die Nachvollziehung der Berechnungen der Klägerin dahin gehend, dass die Nachbesserung sogar teurer als die Nachlieferung sei (S. 10–12 des Schriftsatzes vom 04.10.2016), kann hier ebenfalls dahinstehen.

Im Rahmen der Unzumutbarkeit der Nachbesserung geht auch die Argumentation der Klägerin, eine Nachbesserung in Form des Softwareupdates sei ihr bereits deshalb nicht zumutbar, weil Volkswagen arglistig gehandelt habe und der Beklagte sich zu dieser Nachbesserung der neuen Software des arglistig handelnden Herstellers bedienen müsste, fehl. Denn die Klägerin sieht sich offenkundig in ihrem Vertrauen in Volkswagen nicht derart erschüttert, dass sie mit dem Hersteller nichts mehr zu tun haben möchte; vielmehr verlangt sie mit der hiesigen Klage gerade einen Neuwagen dieses selben Herstellers. Eine Nachbesserung wegen Vertrauensverlustes in den einzuschaltenden Hersteller abzulehnen, eine Nachlieferung desselben Herstellers aber zu begehren, ist widersprüchlich und unbeachtlich.

Auch die mehrfach wiederkehrende Argumentation der Klägerin, die … Dauer, die der Beklagte bzw. die *Volkswagen AG* für sich bezüglich der Nachbesserung durch ein Softwareupdate beansprucht hätte, sei unzumutbar lang, ist für die vorliegende Nachlieferungskonstellation unerheblich und allenfalls im Falle eines erklärten Rücktritts relevant. Vorliegend zeigt die Klägerin mit ihrem fortdauernden Nachlieferungsverlangen aber, dass sie am Vertrag trotz der verstrichenen Dauer der Durchsetzung der begehrten Nacherfüllung festhalten will.

Von wesentlicher Bedeutung ist jedoch im Rahmen der Interessenabwägung des § 439 III BGB, dass auf die Nachbesserung in Form des Softwareupdates nicht ohne erhebliche Nachteile für die Käuferin zurückgegriffen werden kann. Denn aufgrund der negativen öffentlichen Berichterstattung über den Zustand zahlreicher mit dem Softwareupdate versehener Fahrzeuge verbleiben ein Mangelverdacht und die naheliegende Möglichkeit eines fortbestehenden Minderwerts des Fahrzeugs.

Über die Frage, ob eine folgenlose Nachbesserung, wie der Beklagte sie behauptet, die Klägerin sie aber bestreitet, durch das nunmehr verfügbare Softwareupdate möglich ist, war der beidseits angebotene Sachverständigenbeweis nicht einzuholen.

Denn bereits die kontroverse Diskussion in der Öffentlichkeit und daher bestehende Unsicherheit sowohl bezüglich des Erfolgs der Nachbesserung als auch eines naheliegenden verbleibenden Minderwerts des Fahrzeugs beim Weiterverkauf führt dazu, dass diese Form der Nacherfüllung für die Klägerin als erheblich nachteilig anzusehen ist. Solche negativen Äußerungen, wie in der Presse und weiteren Öffentlichkeit diskutiert, können den Fahrzeugwert auch dann beeinflussen, wenn sie sich aus technischer Sicht als unzutreffend darstellen sollten (ebenso LG Regensburg, Urt. v. 04.01.2017 – 7 O 967/16, juris Rn. 43). Die positive Überprüfung der Software durch das Kraftfahrt-Bundesamt ist daher auch nicht geeignet, diese Unsicherheit zu beseitigen.

Bei lebensnaher Betrachtung kann auch der Vortrag des Beklagten, der ursprünglich vertraglich geschuldete Zustand könne durch eine lediglich 100 € kostende Maßnahme vollkommen und folgenlos hergestellt werden, nicht nachvollzogen werden. Denn es stellt sich die Frage, warum ursprünglich der Aufwand betrieben worden sein soll, eine (zusätzliche) Abschalteinrichtung zu konstruieren, wenn auf legalem und derart günstigem Wege ein mangelfreier Zustand hätte erreicht werden können.

e) Die Klägerin schuldet entgegen der zuletzt … geäußerten Auffassung im Rahmen der Nachlieferung gemäß §§ 474 I, V 1, 439 IV BGB keinen Nutzungsersatz. Denn der zwischen den Parteien geschlossene Neuwagen-Kaufvertrag ist aufgrund der unstreitigen Verbrauchereigenschaft (§ 13 BGB) der Klägerin und der Unternehmereigenschaft (§ 14 BGB) des Beklagten ein Verbrauchsgüterkauf i. S. von § 474 I 1 BGB, sodass gemäß § 474 V 1 BGB ein Wertersatz von Nutzungen bei der Rückgabe des ursprünglich gelieferten Wagens gegen Lieferung eines neuen Wagens ausscheidet.

f) Soweit die Klägerin in ihrem Klageantrag Zug um Zug lediglich eine Rückübereignung des Fahrzeugs angeboten hat, unterliegt dieser Antrag insoweit der Abweisung, als zusätzlich im Rahmen der von der Klägerin selbst geltend gemachten Zug-um-Zug-Nacherfüllung gemäß §§ 346 I, 439 IV BGB neben der Rückübereignung auch eine Rückgabe geschuldet ist.

2. Der Feststellungsantrag zu 2 ist im zulässigen Umfang begründet, da sich der Beklagte gemäß § 293 BGB mit der Rücknahme des Fahrzeugs im Annahmeverzug befindet. Die Klägerin hat dem Beklagten mit Schreiben vom 26.11.2015 die Rückgabe des mangelbehafteten Fahrzeugs, das zu Beginn des Schreibens mit der Fahrzeug-Identifikationsnummer identifiziert wurde, gemäß § 295 BGB hinreichend konkret angeboten.

Es kann vorliegend offenbleiben, ob der Erfüllungsort der Rückgabe des mangelbehafteten Fahrzeugs im Rahmen der Nachlieferung am Wohnsitz der Klägerin oder am Sitz des Beklagten liegt (§ 269 I BGB). Denn in Auslegung des Schreibens der Klägerin gemäß §§ 133, 157 BGB, in welchem sie ausführt, dass das betroffene Fahrzeug zum Zwecke der Überprüfung nach Terminabsprache dem Beklagten gerne zur Verfügung gestellt werde, ist davon auszugehen, dass sie damit gleichzeitig anbot, auch im Rahmen der Nachlieferung den mangelbehafteten Wagen zum Sitz des Beklagten zu bringen. Damit hat sie – unter der Annahme des Erfüllungsortes am Sitz des Beklagten – die geschuldete Leistung wörtlich angeboten. Zwar hatte der Beklagte nicht vor dem 26.11.2015 erklärt, dass er die Leistung nicht annehmen werde, wie § 295 Satz 1 BGB erfordert. Jedoch erklärte er eine solche Weigerung mit Schreiben vom 07.12.2015. Ein weiteres wörtliches Angebot gemäß § 295 BGB wäre als bloße Förmelei anzusehen und war daher gemäß § 242 BGB entbehrlich (ebenso MünchKomm-BGB/*Ernst,* 7. Aufl. [2016], § 295 Rn. 7 m. w. Nachw.). Wäre von einem Erfüllungsort am Wohnsitz der Klägerin auszugehen, hätte die Klägerin sogar ein Mehr als die geschuldete Leistung angeboten, sodass erst recht von einem wirksamen Angebot auszugehen ist.

3. Die Klägerin kann hingegen den Ersatz der bzw. Freistellung von den geltend gemachten vorgerichtlichen Rechtsanwaltsgebühren nicht beanspruchen. Ein diesbezüglicher Anspruch der Klägerin ergibt sich aus keiner in Betracht kommenden Anspruchsgrundlage.

a) Ein Ersatzanspruch besteht nicht gemäß § 439 II BGB. Nach dieser Vorschrift kann allein die Einschaltung eines Rechtsanwalts zur Ermittlung eines Mangels erfasst sein. Hier wurden die Prozessbevollmächtigten jedoch unmittelbar zur Geltendmachung des Nachlieferungsanspruchs eingeschaltet.

b) Ein Anspruch aus §§ 437 Nr. 1, 439, 280 I und II, 286 BGB besteht nicht, da sich der Beklagte im Zeitpunkt der vorgerichtlichen Einschaltung der nunmehrigen klägerischen Prozessbevollmächtigten nicht gemäß § 286 BGB im Verzug mit der Nacherfüllung befand. Es fehlt daher jedenfalls an einer Kausalität der Pflichtverletzung für die eingetretene Gebührenbelastung der Klägerin. Denn die Nacherfüllung, hier in Form der Nachlieferung, wurde erstmals durch die Prozessbevollmächtigten der Klägerin verlangt. Mangels vorherigen Nacherfüllungsverlangens der Klägerin gegenüber dem Beklagten und dessen daraus folgender Unkenntnis über das Nacherfüllungsbegehren der Klägerin fehlte es zuvor am notwendigen Verschulden für eine Leistungsverzögerung gemäß § 286 IV BGB. Daher hat frühestens die Aufforderung des Beklagten durch die Prozessbevollmächtigten einen Verzug des Beklagten mit seiner Nachlieferungspflicht begründet.

Die – am ehesten in diesen Zusammenhang einzuordnende – Argumentation der Klägerin, eine Nachfristsetzung sei vorliegend entbehrlich, ist für den hiesigen Streitgegenstand unerheblich.

c) Ein Anspruch besteht auch nicht gemäß §§ 311 II, 241 II, 280 I BGB.

Auf eine solche vorvertragliche Haftung wegen fahrlässiger Aufklärungspflichtverletzung über einen Mangel ist angesichts des erfolgten Gefahrübergangs nach richtiger Ansicht bereits neben dem anwendbaren Kaufgewährleistungsrecht nicht zurückzugreifen (BGH, Urt. v. 27.03.2009 – V ZR 30/08, NJW 2009, 2120, Leitsatz 2).

Eine vorsätzliche arglistige Täuschung durch den Beklagten als Pflichtverletzung i. S. von §§ 311 II, 241 II, 280 I BGB ist nicht ersichtlich. Denn dass er von der Manipulationssoftware vor und bei Abschluss des Kaufvertrags im November 2011 wusste und diese der Klägerin verschwieg, ist nicht ersichtlich und wird von der Klägerin auch nicht dargetan.

d) Ein Anspruch aus § 823 II BGB i. V. mit Art. 12, 18 und weiteren Vorschriften der Richtlinie 2007/46/EG („Typgenehmigungsverfahrens-Richtlinie“), §§ 4, 6, 25 EG-FGV scheitert bereits daran, dass den Beklagten als Verkäufer die dort geregelten Pflichten nicht betreffen, sondern allein den Hersteller der Fahrzeuge (oder „andere Verfügungsberechtigte“, § 3 V EG-FGV), hier die *Volkswagen AG*.

Ein deliktischer Anspruch aus § 823 II BGB i. V. mit § 263 StGB scheidet aus, da dem Beklagten selbst keine Täuschungshandlung vorzuwerfen ist und er für eine etwaige Täuschungshandlung der *Volkswagen AG* nicht einzustehen hat (vgl. oben).

Die Verletzung eines geschützten Rechtsguts der Klägerin durch den Beklagten i. S. von § 823 I BGB liegt ebenfalls nicht vor. …

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