

Abschrift

Aktenzeichen:
3 O 77/16



Landgericht Offenburg

Im Namen des Volkes

Urteil

In dem Rechtsstreit

- Kläger -

Prozessbevollmächtigte:

Rechtsanwälte **Dr. Stoll & Sauer**, Einsteinallee 3, 77933 Lahr, Gz.: 4098/15 mn/db

gegen

- Beklagte -

Prozessbevollmächtigte:

wegen Feststellung u.a.

hat das Landgericht Offenburg - 3. Zivilkammer - durch die Richterin am Landgericht Dr. Keese als Einzelrichterin auf Grund der mündlichen Verhandlung vom 14.02.2017 für Recht erkannt:

1. Die Beklagte wird verurteilt, an den Kläger ein mangelfreies, fabrikneues typenidentisches Ersatzfahrzeug aus der aktuellen Serienproduktion des Herstellers mit identischer technischer Ausstattung wie das Fahrzeug VW Tiguan, FIN: nachzuliefern, Zug um Zug gegen Rückübereignung des mangelhaften Fahrzeugs VW Tiguan, FIN:

2. Es wird festgestellt, dass sich die Beklagte mit der Neulieferung und mit der Rücknahme der in Ziffer 1 genannten Fahrzeuge in Verzug befindet.

3. Die Beklagte wird verurteilt, den Kläger von den durch die Beauftragung der Prozessbevollmächtigten des Klägers entstandenen vorgerichtlichen Rechtsanwaltskosten in Höhe von 1.642,20 Euro nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten seit dem 17.04.2016 freizustellen.
4. Die Kosten des Rechtsstreits trägt die Beklagte.
5. Das Urteil ist für den Kläger gegen Sicherheitsleistung in Höhe von 25.000 € vorläufig vollstreckbar.
6. Der Streitwert wird auf 41.774,50 Euro festgesetzt.

Tatbestand

Die Parteien streiten um einen Nachlieferungsanspruch in Bezug auf ein Fahrzeug, das vom sog. „VW-Abgasskandal“ um manipulierte Stickoxidwerte betroffen ist.

Die Beklagte ist Vertragshändlerin der Volkswagen AG und vertreibt Fahrzeuge der Marke Volkswagen. Der Kläger erwarb mit Kaufvertrag vom 14.01.2014 von der Beklagten einen fabrikneuen Pkw vom Typ VW Tiguan „Sport & Style 4Motion BM Techn. 2,0 l TDI 130 kw (177 Ps)“ zu einem Kaufpreis von Euro. Das Fahrzeug wurde vom Kläger vollständig bezahlt und ihm am 12.03.2014 übergeben.

In dem Kraftfahrzeug ist ein 2,0-Liter-Dieselmotor vom Typ EA 189 eingebaut, dessen Motorsoftware den Ausstoß von Stickoxid im behördlichen Prüfverfahren optimiert. Das Fahrzeug wurde als der Schadschoffklasse EURO 5 zugehörig von der Volkswagen AG beworben, angeboten und verkauft. Die eingebaute Software erkennt allerdings, ob sich das Kfz auf einem technischen Prüfstand zur Ermittlung der Emissionswerte oder im üblichen Straßenverkehr befindet. Dadurch werden auf dem Prüfstand geringere Stickoxidwerte als im Normalbetrieb erzielt. Nur so werden die nach der Euro-5-Abgasnorm vergebenen NOx-Grenzwerte eingehalten. Dies alles wurde im September 2015 unter dem Stichwort „VW-Abgasskandal“ der Öffentlichkeit und auch dem Kläger bekannt.

Mit Bescheid vom 15.10.2015 verpflichtete das Kraftfahrt-Bundesamt die Volkswagen AG dazu, bei allen betroffenen Fahrzeugen mit dem Aggregat EA 189 die aus Sicht des Kraftfahrt-Bundesamts unzulässige Abschaltvorrichtung zu entfernen und geeignete Maßnahmen zur Wiederherstellung der Vorschriftsmäßigkeit der Fahrzeuge zu ergreifen und nachzuweisen (vgl. Pressemeldung des Kraftfahrt-Bundesamts vom 16.10.2015, Anlage K 11). Die Volkswagen AG teilte dem Prozessbevollmächtigten des Klägers mit Schreiben vom 08.01.2016 (Anlage K 19) mit, dass die

2,0 Liter Motoren ein reines Software-Update erhalten würden. Die vom Prozessbevollmächtigten des Klägers mit Schreiben vom 10.12.2015 (Anlage K 18) geforderte Garantieerklärung im Hinblick auf mögliche nachteilige Folgen des geplanten Software-Updates gab die Volkswagen AG nicht ab. Das Kraftfahrt-Bundesamt erteilte für die von der Volkswagen AG für den streitgegenständlichen Fahrzeugtyp entwickelte Software mit Schreiben vom 21.07.2016 die Freigabe und bestätigte, dass das von der Volkswagen AG geplante Software-Update geeignet sei, die Vorschriftenmäßigkeit der Fahrzeuge herzustellen (Anlage B 5).

Das klägerische Modell des VW Tiguan (im Folgenden: „Tiguan I“) wird inzwischen nicht mehr produziert; seit 2016 verkauft die Volkswagen AG ein verändertes Modell (im Folgenden: „Tiguan II“).

Mit Anwaltsschreiben vom 24.01.2016 hat der Kläger der Beklagten gegenüber Gewährleistungsansprüche geltend gemacht und die Beklagte aufgefordert, bis zum 07.03.2016 ein mangelfreies Fahrzeug nachzuliefern (Anlage K 3). Die Beklagte kam dem nicht nach.

Mit der Klage verlangt der Kläger die Nachlieferung eines mangelfreien Fahrzeugs gleichen Typs Zug um Zug gegen Rückgabe des ihm überlassenen Pkw.

Er meint, das von ihm erworbene Fahrzeug mit dem Motor vom Typ EA 189 sei mangelhaft. Eine Nachbesserung sei zum Zeitpunkt der Klageerhebung nicht möglich gewesen, da das konkrete Nachbesserungsverfahren noch nicht zur Verfügung gestanden habe. Die Durchführung des Updates führe auch nicht zu einem vertragsgemäßen Zustand. Die Nachbesserung führe voraussichtlich zu einem erhöhten Kraftstoffverbrauch; einem Sinken der Fahrzeugleistung und einer erhöhten Verrußung mit der Gefahr eines erhöhten Verschleißes. Zudem bleibe der Makel eines „Betrugsfahrzeugs“ und ein merkantiler Minderwert. Jedenfalls sei die Nachbesserung dem Kläger nicht zuzumuten.

Der Kläger beantragt daher,

1. die Beklagte zu verurteilen, an den Kläger ein mangelfreies, fabrikneues typenidentisches Ersatzfahrzeug aus der aktuellen Serienproduktion des Herstellers mit identischer technischer Ausstattung wie das Fahrzeug VW Tiguan, FIN: nachzuliefern, Zug um Zug gegen Rückübereignung des mangelhaften Fahrzeugs VW Tiguan, FIN:
2. festzustellen, dass sich die Beklagte mit der Neulieferung und mit der Rücknahme der in Ziffer 1 genannten Fahrzeuge in Verzug befindet.
3. die Beklagte zu verurteilen, den Kläger von den durch die Beauftragung der Prozessbevollmächtigten des Klägers entstandenen vorgerichtlichen Rechtsanwaltskosten in Höhe von 1.642,20 Euro nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten seit Rechtshängigkeit frei-

zustellen.

Die Beklagte beantragt,

die Klage abzuweisen.

Die Beklagte hat zunächst die Einrede der Verjährung erhoben, diese jedoch wieder zurück genommen. Sie meint, es läge schon kein Mangel vor, da das Fahrzeug uneingeschränkt gebrauchstauglich und technisch sicher sei und die erteilte EG-Typengenehmigung wirksam sei. Sie behauptet, die Kosten für das Softwareupdate lägen bei weniger als 100 Euro brutto pro Fahrzeug; negative Folgen seien mit dem Update nicht verbunden. Ein merkantiler Minderwert bestehe nicht. Sie ist der Ansicht, die Nachlieferung eines Neufahrzeugs sei nach § 439 Abs. 3 BGB unverhältnismäßig und zudem unmöglich, da der „Tiguan I“ nicht mehr produziert werde und der „Tiguan II“ erheblich vom „Tiguan I“ abweiche.

Entscheidungsgründe

I.

Die Klage ist zulässig und begründet. 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 der Volkswagen AG des Typs Tiguan mit dem 2,0 -Liter-Dieselmotor EA 189 ist im Sinne 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 Fahrzeuges 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 Fahr-

zeugs haben kann. Auch haben die konkreten Stickoxid-Emissionswerte für die Kaufentscheidung eines Verbrauchers grundsätzlich keine Bedeutung.

bb) Der Käufer eines neuen Kraftfahrzeuges 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 im Sinne des § 434 I 2 Nr. 2 BGB maßgeblich ist (vgl. OLG Hamm, Beschluss vom 21.06.2016, 28 W 14/16, juris Rn. 28; OLG Celle, Beschluss vom 30.06.2016, 7 W 26/16, juris Rn. 6; LG Hagen, Urteil vom 18.10.2016 - 3 O 66/16, juris Rn. 24, 32 ff., jew. m.w.N.). Das Emissionsverhalten des streitgegenständlichen Motors entspricht diesen Vorschriften jedoch nicht, weil, wie die Volkswagen AG in ihrem Anschreiben vom Januar 2016 selbst eingeräumt hat, dass „die Stickoxidwerte (NOx) im Vergleich zwischen Prüfstandlauf (NEFZ) und realem Fahrbetrieb verschlechtert werden“ (Anlage K 17, im Anlagenheft Kläger I Bl. 349). 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 Prüflaufstand erkannt und über entsprechende Programmierung der Motorsteuerung nur für diesen Fall der Stickoxidausstoß reduziert wird (LG Braunschweig, Urteil vom 12.10.2016 - 4 O 202/16, juris Rn. 19; LG Regensburg, Urteil vom 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 bereit gestellte Software-Update nicht durchführen lässt, nach den eigenen Abgaben der Volkswagen AG ein Entzug der Betriebserlaubnis droht (vgl. Schreiben der Volkswagen AG vom Januar 2016, Anlage K 17), 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 aufrecht erhalten wird (vgl. LG Hagen, Urteil vom 18.10.2016 - 3 O 66/16, juris Rn. 39, m.w.N.).

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

aa) Die Beklagte kann sich nicht darauf berufen, dass die Nachlieferung nach § 439 Abs. 3, § 275

BGB unmöglich wäre. Denn die Nachlieferung des streitgegenständlichen Pkw 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 1. Baureihe mit dem Dieselmotor EA 189 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 6. der Neuwagen-Verkaufsbedingungen der Beklagten, die unstreitig in den Kaufvertrag mit einbezogen waren, zu berücksichtigen. Dort heißt es u.a.: *„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 den Beklagten eingereichten Artikel in der Zeitschrift Auto Motor 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 gesamt als gering zu bewerten und wären dem Kunden nach Ziffer 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 Querbau-

kasten, 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 Ziffer 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 könne, § 439 Abs. 3 BGB. Die Feststellung der Unverhältnismäßigkeit erfordert grundsätzlich eine umfassende Würdigung der in § 439 Abs. 3 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 Software-Updates Kosten von unter 100 Euro verursachen würde. Auf die zwischen den Parteien streitige Frage, welche Kosten für das seitens der Volkswagen-AG geplante Software-Update anfallen und ob das Software-Update 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 Software-Updates unstreitig nicht möglich, da das Software-Update noch nicht aufgespielt werden konnte, da die Freigabe des Kraftfahrt-Bundesamts erst im Juli 2016 erteilt wurde.

(1) Auf welchen Zeitpunkt für die Beurteilung nach § 439 Abs. 3 BGB abzustellen ist, ist allerdings streitig. Teilweise wird in der Literatur auf den Zeitpunkt der letzten mündlichen Verhandlung abgestellt (Bamberger/Roth/Faust, BGB, 3. Aufl., § 439 Rn 41). Diese Ansicht überzeugt nicht. Der BGH hat zu der ähnlich gelagerten Problematik des Ausschlusses des Rücktrittsrechts nach § 232 Abs. 5 S. 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, Urteil vom 15.06.2011 - VIII ZR 139/09, juris Rn. 9). Auch zu § 633 Abs. 2 a. F. BGB 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, Urteil vom 23.03.1995 - VII ZR 235/93, juris Rn. 12). Dementspre-

chend wird in der Literatur auch richtigerweise überwiegend vertreten, dass es nicht auf den Zeitpunkt der letzten mündlichen Verhandlung ankommt (vgl. MünchKommBGB/Westermann, 7. Aufl., § 439 Rn. 27, der auf den Zeitpunkt des Gefahrübergangs abstellen will, sowie Staudinger/Matusche-Beckmann, Neubearb. 2013, § 439 BGB 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 zugute kommen, 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 der 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 Software-Updates 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 eingegangene unternehmerische 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, Urteil vom 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 Abs. 4, § 346 BGB hat die Beklagte nach § 474 Abs. 1, Abs. 5 BGB nicht. Bei dem Kläger handelt es sich unstreitig um einen Verbraucher (vgl. Schriftsatz der Beklagten vom 02.11.2016 S. 38, Band II d.A. S. 401).

3 O 77/16

- Seite 9 -

2. Die Beklagte befindet sich mit der Neulieferung eines Pkw vom Typ VW „Tiguan II“ und der Rückgabe des Fahrzeugs des Klägers in Verzug, § 286 BGB, so dass dem Antrag auf Feststellung des Annahmeverzugs statt zu geben ist.

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

II.

Die Kostenentscheidung folgt aus § 91 Abs. 1 ZPO, die Entscheidung über die vorläufige Vollstreckbarkeit aus § 709 ZPO. Das Gericht hat für die Höhe der Sicherheitsleistung gemäß § 709 S. 1 ZPO die Wertdifferenz zwischen dem zurückzugebenden Fahrzeug und einem fabrikneuen Fahrzeugs des Typs „Tiguan II“ zuzüglich der Verfahrenskosten geschätzt.

Dr. Keese
Richterin am Landgericht

Verkündet am 21.03.2017

Bächle, JFAng'e
Urkundsbeamtin der Geschäftsstelle