

Aktenzeichen:  
3 O 240/16



Landgericht Offenburg

## Im Namen des Volkes

### Urteil

In dem Rechtsstreit

- Klägerin -

Prozessbevollmächtigte:

Rechtsanwälte **Dr. Stoll & Sauer**, Einsteinallee 1/1, 77933 Lahr, Gz.: 4747/15 mn/vg

gegen

- Beklagte -

Prozessbevollmächtigte:

Rechtsanwälte

wegen PKW Kauf, VW Abgasskandal

hat das Landgericht Offenburg - 3. Zivilkammer - durch den Richter am Landgericht Moll als Einzelrichter aufgrund der mündlichen Verhandlung vom 10.03.2017 für Recht erkannt:

1. Die Beklagte wird verurteilt, der Klägerin ein mangelfreies fabrikneues typengleiches Ersatzfahrzeug aus der aktuellen Serienproduktion des Herstellers Volkswagen AG mit identischer technischer Ausstattung wie das Fahrzeug VW Touran, FIN \_\_\_\_\_ ; Zug um Zug gegen Rückübereignung des Fahrzeugs VW Touran,

- FIN: , zu liefern.
2. Es wird festgestellt, dass sich die Beklagte mit der Annahme des Fahrzeugs VW Touran, FIN: in Annahmeverzug befindet.
  3. Die Beklagte wird verurteilt, die Klägerin von außergerichtlichen Anwaltskosten in Höhe von 794,03 € freizustellen.
  4. Im Übrigen wird die Klage abgewiesen.
  5. Die Beklagte hat die Kosten des Rechtsstreits zu tragen.
  6. Das Urteil ist für die Klägerin hinsichtlich der Ziff. 1 gegen Sicherheitsleistung in Höhe von 16.000,00 €, hinsichtlich der Ziff. 3 gegen Sicherheitsleistung in Höhe von 1.000,00 € und im Übrigen gegen Sicherheitsleistung in Höhe von 110% des jeweils zu vollstreckenden Betrags vorläufig vollstreckbar.

## Beschluss

Der Streitwert wird nach §§ 48 GKG, 3 ZPO auf **29.148,20 €** festgesetzt. Der Wert des Zug-um-Zug zurückzugewährenden Fahrzeugs war insoweit nicht zu berücksichtigen (vgl. Zöllner/Herget, ZPO, 31. Aufl., § 3 Rn. 16 ).

## Tatbestand

Die Klägerin verlangt von der Beklagten die Neulieferung eines PKW VW Touran.

Die Klägerin bestellte bei der Beklagten unter dem 02.10.2013 einen VW Touran Comfortline BlueMotion Technology 2,0 I TDI 103 kW zum Preis vom 29.148,20 €, der ihr am 29.11.2013 nach Zahlung des Kaufpreises übergeben wurde. Dem Kaufvertrag lagen die Allgemeinen Verkaufsbedingungen der Beklagten zu Grunde. Unter Ziffer IV. 6 heißt es:

*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. ...*

In dem Fahrzeug ist ein Dieselmotor des Typs EA 189 des Herstellers Volkswagen AG verbaut. Das Fahrzeug wurde von dem Hersteller als der Schadstoffklasse EURO 5 zugehörig eingeordnet und verfügte im Zeitpunkt seines Inverkehrbringens über eine Typgenehmigung des Kraftfahrt-Bundesamts (im Folgenden: KBA). Die Motorsteuerung des Fahrzeugs ist durch eine Gerätesoftware so konfiguriert, dass in standardisierten Testsituationen - wie dies auf dem Prüfstand zur Abgaskontrolle der Fall ist (hohe Raddrehzahlen ohne Bewegung des Fahrzeugs) - die Abgasaufbereitung im Gegensatz zum Normal- bzw. Straßenbetrieb verändert wird und das so genannte Abgasrückführungssystem (AGR) auf einen anderen Betriebsmodus (NOx-optimierter Modus) schaltet. Dies hat zur Folge, dass der Ausstoß von Stickoxiden (NOx) gegenüber dem Betrieb bei realen Fahrbedingungen verringert wird, da ein erhöhter Anteil an Stickoxiden dem nächsten Verbrennungsvorgang im Motor über ein Abgasrückführungsventil zugeführt werden.

Nach dem Bekanntwerden des Sachverhaltes im September 2015 ordnete das KBA gegenüber der Volkswagen AG mit Bescheid vom 14.10.2015 den Rückruf der Fahrzeuge an und forderte das Unternehmen auf, geeignete Maßnahmen zur Herstellung der Euro 5 Norm zu ergreifen. Zur Begründung wurde ausgeführt, dass es sich bei der von dem Hersteller verbauten Motorensoftware um eine unzulässige Abschaltvorrichtung im Sinne von Art. 5 Abs. 2 der VO (EG) Nr. 517/2007 handele.

Um der Aufforderung des KBA nachzukommen, ließ die Volkswagen AG in der Folge eine neue Software schreiben, die in die Steuerungselektronik der betroffenen Fahrzeuge eingespielt werden soll. Über die hiermit verbundenen Auswirkungen auf die Fahrzeugleistung, den Kraftstoffverbrauch, einzelne Fahrzeugteile und den Wert des Fahrzeugs besteht Streit.

Mit anwaltlichem Schreiben vom 25.1.2016 (Anl. K2) forderte die Klägerin nach Einleitung eines Güteverfahrens die Beklagte vergeblich zur Neulieferung eines „vertragsgemäßen“ Fahrzeugs VW Touran bis zum 07.03.2016 auf.

Unter dem 20.6.2016 teilte das KBA der Volkswagen AG mit, dass eine Prüfung der mit dem Softwareupdate bespielten Fahrzeuge keine Beanstandung in Bezug auf unzulässige Abschaltvorrichtungen ergeben habe, die Grenzwerte und besonderen Anforderungen betreffend Schadstoffemissionen und Dauerhaltbarkeit von emissionsmindernden Einrichtungen eingehalten würden, die ursprünglich vom Hersteller angegebenen Kraftstoffverbrauchswerte und CO<sub>2</sub>-Emissionen in Prüfungen durch einen technischen Dienst bestätigt worden seien und die bisherige Motorleistung und das maximale Drehmoment sowie die Geräuschemissionen unverändert geblieben wären. Wegen der weiteren Einzelheiten wird auf die Anlage B3 Bezug genommen.

Mit Schreiben vom 19.9.2016 informierte die Beklagte die Klägerin darüber, dass das Update in ihr Fahrzeug eingespielt werden könne.

Die Klägerin behauptet, die von der Beklagten angebotene Art der Nacherfüllung in Gestalt eines Software-Updates führe zwar dazu, dass die öffentlich-rechtlichen Vorschriften der VO (EG) Nr. 517/2007 eingehalten würden, habe allerdings nachteilige Auswirkungen auf die Motorleistung (Reduzierung um 10 %) und gehe mit einem erhöhten Kraftstoffverbrauch einher. Sie bedinge auch eine erhöhte Produktion von Ruß, was sich neben eines erhöhten Kraftstoffverbrauchs negativ auf den Verschleiß der hiervon betroffenen Bauteile auswirke. Darüber hinaus sei ein merkantiler Minderwert ihres Fahrzeugs von mindestens 10% eingetreten. Im jetzigen Zustand könnten Maßnahmen bis hin zur Stilllegung drohen. Es sei von einem nicht nachbesserungsfähigen Makel auszugehen. Schließlich sei bei Ablauf der gesetzten Nachbesserungsfrist von einer vorübergehenden Unmöglichkeit der Nachbesserung auszugehen gewesen. Angesichts der bei einer Nachbesserung eintretenden Nachteile könne sie Nachlieferung eines Fahrzeugs VW Touran aus der aktuellen Serienproduktion verlangen. Dieses unterscheide sich lediglich geringfügig von der alten Serie.

Die Klägerin **beantragt**:

1. Die Beklagtenpartei wird verurteilt, der Klägerpartei ein mangelfreies fabrikneues typengleiches Ersatzfahrzeug aus der aktuellen Serienproduktion des Herstellers mit identischer technischer Ausstattung wie das Fahrzeug VW Touran, FIN: \_\_\_\_\_ Zug um Zug gegen Rückübergabe des mangelhaften Fahrzeuges VW Touren, FIN: \_\_\_\_\_ , nachzuliefern.
2. Es wird festgestellt, dass sich die Beklagtenpartei mit der Neulieferung und mit der Rücknahme des im Klageantrag Ziffer 1 genannten Fahrzeugs in Verzug befindet.
3. Die Beklagtenpartei wird verurteilt, die Klagepartei von den durch die Beauftragung der Prozessbevollmächtigten der Klagepartei entstandenen vorgerichtlichen Rechtsanwaltskosten in Höhe von 1.307,51 € freizustellen.

Die Beklagte **beantragt**:

Die Klage wird abgewiesen.

Die Beklagte behauptet, auch wenn das Abgasrückführungssystem über zwei Betriebsmodi verfüge, sei hierdurch die Gebrauchstauglichkeit und Sicherheit des Fahrzeugs nicht beeinträchtigt. Ein Mangel liege nicht vor. Die von ihr verbaute Technik stelle keine unzulässige Abschalteneinrichtung im Sinne der VO (EG) Nr. 517/2007 dar. Im normalen Fahrbetrieb seien die für die Typengenehmigung maßgeblichen Grenzwerte, die auf Laborwerten (Neuer Europäischer Fahrzyklus) beruhten, ohnehin nicht zu erreichen. Die erteilte EG-Typengenehmigung sei durch das KKBA nicht aufgehoben worden und beanspruche nach wie vor Gültigkeit.

Das Softwareupdate führe zur Beseitigung der vom KBA geltend gemachten Beanstandungen. Nachteile in Bezug auf den Kraftstoffverbrauch, CO<sub>2</sub>-Emissionen, die Motorleistung, die Dauerhaltbarkeit des Motors und seiner Komponenten bestünden nicht. Eine Überarbeitung der betroffenen Fahrzeuge führe zu keinen nachteiligen Auswirkungen auf den Verkehrswert ihres Fahrzeuges.

Die Klägerin könne keine Nachlieferung eines fabrikneuen typengleichen Ersatzfahrzeuges aus der aktuellen Serienproduktion verlangen, denn hierbei würde es sich um ein aliud gegenüber dem vertraglich geschuldeten Soll handeln. Es sei von Unmöglichkeit der Nachlieferung auszugehen, zumal das streitgegenständliche Fahrzeug seit Mai 2015 nicht mehr hergestellt werde. Das Nachfolgemodell entspreche in Form, Leistung und Ausstattung nicht dem von der Klägerin gekauften Vorgängermodell. Darüber hinaus entstünden bei der von der Klägerin gewählten Art der Nacherfüllung unverhältnismäßige Kosten, weswegen sie diese Form der Nachlieferung verweigere. Für die Lieferung eines Fahrzeugs seien bei Rücknahme des bisherigen PKW von Kosten in Höhe von 14.050,00 € auszugehen, für eine Nachbesserung in Gestalt des Aufspielens eines Software-Updates fielen Kosten von nur maximal 100,00 € an. Der Mangel sei weiterhin unerheblich und eine Nachbesserung weder technisch noch mit Blick auf das zeitliche Zuwarten bis zur Freigabe des Updates durch das KBA unzumutbar.

Wegen der weiteren Einzelheiten des Sach- und Streitstandes wird auf die zwischen den Parteien gewechselten Schriftsätze nebst Anlagen und die Sitzungsniederschrift vom 07.03.21017 verwiesen.

## Entscheidungsgründe

I. Die zulässige Klage hat Erfolg.

1. Der Klägerin steht gemäß §§ 437 Nr. 1, 439 BGB ein Anspruch auf Lieferung eines VW Touran aus der aktuellen Serienproduktion von VW zu.

a. Die Parteien haben aufgrund der Bestellung der Klägerin vom 2.10.2013 einen Kaufvertrag im Sinne von § 433 BGB über einen VW Touran, BlueMotion Technology „LIFE“ 2,0 l TDI, 103 kW (140 PS), 6 Gang zum Preis von 29.148,20 € geschossen. Die steht zwischen den Parteien außer Streit und lässt sich zwanglos anhand des von der Klägerin vorgelegten Bestellformulars (Anl. K2) nachvollziehen.

b. Das von der Beklagten auf der Grundlage des Vertrags am 21.11.2013 gelieferte Fahrzeug ist mangelhaft im Sinne § 434 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 BGB.

aa. Gemäß dieser Vorschrift ist eine Kaufsache frei von Sachmängeln, wenn sie sich mangels konkreter Beschaffenheitsvereinbarung für die gewöhnliche Verwendung eignet und eine Beschaffenheit aufweist, die bei Sachen der gleichen Art üblich ist und die der Käufer nach der Art der Sache erwarten kann. Diese Anforderungen erfüllt der streitgegenständliche Pkw nicht. Ein Fahrzeug, in dem eine Software verbaut ist, die ohne erkennbaren und technisch veranlassten Grund die Abgasrückführung so steuert, dass auf dem Prüfstand der Ausstoß von Stickoxiden (NOx) gegenüber dem Betrieb bei realen Fahrbedingungen verringert wird, widerspricht den berechtigten Käufererwartungen an die Kaufsache. Die objektiv berechnete Käufererwartung (vgl. hierzu: BGH, Urteil vom 29. Juni 2011 – VIII ZR 202/10 –, Rn. 12, juris) geht nämlich dahin, dass bei Messung der Abgaswerte eines Fahrzeuges für den Erhalt der Typengenehmigung nach der Verordnung VO (EG) Nr. 715/2007 im Rahmen des so genannten (Neuen Europäischen Fahrzyklus) die Abgasrückführung grundsätzlich in dem gleichen Modus arbeitet wie im realen Betrieb des Fahrzeuges. Denn nur dann macht eine Messung der Abgaswerte Sinn. Nur so ist gewährleistet, dass eine - wenn auch nur näherungsweise - Prüfung der Emissionen anhand der vorgegebenen Grenzwerte belastbar ist und der mit den Abgasgrenzwerten verfolgte Umweltschutz im Sinne der Verordnung erreicht wird. Dabei spielt es keine Rolle, ob die unter Laborbedingungen gemessenen Emissionen im normalen Straßenbetrieb (Ampeln, Autobahn, etc.) eins zu eins eingehalten werden können. Eine Software, die die Abgasrückführung auf dem Teststand steuert

und zu einer Verringerung des Ausstoßes der Stickoxide führt, verfälscht zwangsläufig die entsprechenden Messergebnisse bzw. führt dazu, dass diese Ergebnisse keine valide Aussage über den Emissionsausstoß unter normalen Fahrbedingungen zulassen. Sie sind infolgedessen nicht brauchbar. Dass eine solche Einrichtung den Zielen der VO (EG) Nr. 715/2007 zuwiderläuft, kann aus dem Erwägungsgrund 12 der Verordnung abgelesen werden. Dort ist festgehalten, dass es in der Verordnung auch darum geht, „sicherzustellen, dass sich die Grenzwerte auf das tatsächliche Verhalten der Fahrzeuge bei ihrer Verwendung beziehen.“ Gleiches ergibt sich aus Art. 5 Abs. 1 VO (EG) Nr. 715/2007.

bb. Weiterhin ist das Fahrzeug auch deshalb mit einem Mangel behaftet, weil die verbaute Umschaltlogik eine unzulässige Abschaltvorrichtung im Sinne von Art. 5 Abs. 2 VO (EG) Nr. 715/2007 darstellt. Dieser Umstand stellt den Bestand der von dem erteilten Typengenehmigung für den streitgegenständlichen Fahrzeugtyp infrage, was letztlich auch zu einer Betriebsuntersagung gemäß §§ 3, 5 FZV führen kann.

(1) Die im Fahrzeug der Klägerin verbaute Umschaltlogik stellt eine unzulässige Abschaltvorrichtung im Sinne von Art. 5 Abs. 2 VO (EG) Nr. 715/2007. Nach dieser unmittelbar geltenden Vorschrift sind Abschaltvorrichtungen, die die Wirkung von Emissionskontrollsystemen verringern, unzulässig. „Abschaltvorrichtungen“ sind nach Artikel 3 Nr. 10 VO (EG) Nr. 715/2007 Konstruktionsteile, die die Temperatur, die Fahrzeuggeschwindigkeit, die Motordrehzahl (UpM), den eingelegten Getriebegang, den Unterdruck im Einlasskrümmer oder sonstige Parameter ermitteln, um die Funktion eines beliebigen Teils des Emissionskontrollsystems zu aktivieren, zu verändern, zu verzögern oder zu deaktivieren, wodurch die Wirksamkeit des Emissionskontrollsystems unter Bedingungen, die bei normalem Fahrzeugbetrieb vernünftigerweise zu erwarten sind, verringert wird. Hierunter lässt sich die verbaute Software samt ihrer technischen Umsetzung in Bezug auf die Stickstoffoxide subsumieren. Sie erkennt nämlich, ob sich ein Fahrzeug im realen Gebrauch oder auf dem Teststand befindet. Ist Ersteres der Fall, führt dies zu einer Veränderung der Abgasrückführung, nämlich dergestalt, dass mehr Stickstoffoxide ausgestoßen werden. Diese Steuerung führt entgegen den Ausführungen der Beklagten auch zu einer Verringerung der Wirksamkeit des „Emissionskontrollsystems“ des Fahrzeugs. Dies folgt zwangsläufig daraus, dass im realen Fahrbetrieb auf einen anderen Modus (Modus 0) als im Testbetrieb umgeschaltet wird, der seinerseits mit einem erhöhten Stickstoffausstoß verbunden ist. Dem kann auch nicht entgegengehalten werden, dass die Abgasrückführung kein Bestandteil des Emissionskontrollsystems sein könne, da diese begrifflich die Existenz von Emissionen (in die Umwelt ausströmende) Stoffe voraussetze, wozu in den Motor zurückströmende Gase nicht zählen würden. Dem ist entgegenzuhalten, dass die Unterscheidung in innermotorische Maßnahmen und Emissionskontrolle in der

Verordnung keine Stütze findet. Vielmehr umfasst Art. 3 Nr. 10 VO (EG) Nr. 715/2007 alle technischen Vorgänge, darunter mit der Motordrehzahl einen eindeutig innermotorischen Faktor), die auf Entstehen und Verminderung der Emissionen einwirken (vgl. Früh, NVwZ 2017, 265 (266)).

(2) Der Verbau einer unzulässigen Abschaltvorrichtung kann dazu führen, dass das KBA die von ihm für den Fahrzeugtyp erteilte (rechtswidrige) Typengenehmigung nach §§ 25 Abs. 3 EG-FGV, 48 VwVfG zurücknimmt (i. E. Führ, NVwZ 2017, 265, 269 ff.). Dies gilt jedenfalls grundsätzlich dann, wenn die Problematik im Genehmigungsverfahren nicht offen gelegt wurde. Dies hätte wiederum zur Folge, dass gemäß §§ 3, 5 FZV eine Betriebsuntersagung erfolgen kann, worauf die Volkswagen AG in einem Schreiben vom Januar 2016 (Anlage K 17) - wenn auch in anderem Zusammenhang - hinweist. Auch insoweit handelt es sich um einen Sachmangel, da die erteilte Typengenehmigung nicht im Einklang mit geltendem Recht stand und in ihrem Bestand bei Inverkehrbringen des Fahrzeugs gefährdet war. Auch dies entspricht nicht den berechtigten Käufererwartungen im Sinne von § 434 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 BGB. Dass das KBA sich letztlich zu einem Vorgehen gemäß §§ 25 Abs. 2 EG-FGV, 36 VwVfG entschieden hat, ändert nichts daran, dass das Fahrzeug im Zeitpunkt des Gefahrenüberganges (§ 446 BGB) nicht den berechtigten Käufererwartungen entsprach. Denn mit einer im Bestand ernsthaft gefährdeten Typengenehmigung eines Kraftfahrzeugs muss ein Käufer nicht rechnen. Hinzu kommt, dass auch die vom KBA getroffene Maßnahme letztlich den Mangel des Fahrzeugs offenbar.

c. Die Klägerin hat gegenüber der Beklagten Anspruch auf Lieferung eines mangelfreien Fahrzeugs des gleichen Fahrzeugtyps (VW Touran) gemäß § 439 Abs. 1 Alt. 2 BGB.

aa. Gemäß § 439 Abs. 1 BGB kann der Käufer bei Bestehen eines Sachmangels an der Kaufsache nach seiner Wahl die Beseitigung des Mangels oder die Lieferung einer mangelfreien Sache verlangen. Vorliegend hat die Klägerin ihr Wahlrecht dahingehend ausgeübt, dass die Beklagte ein neues Fahrzeug liefert.

bb. Diese Form der Nacherfüllung ist nicht unmöglich im Sinne von § 275 Abs. 1 BGB, weil der von der Klägerin in 2013 erworbene VW Touran seit Mai 2015 nicht mehr hergestellt wird und offenbar diese Serie nicht ohne unzulässige Abschaltvorrichtung gebaut wurde. Dem Nacherfüllungsverlangen der Klägerin kann nämlich durch Lieferung eines typengleichen Ersatzfahrzeuges aus der aktuellen Serienproduktion entsprochen werden.

(1) Eine Ersatzlieferung eines Neuwagens ist wegen Unmöglichkeit nach § 275 Abs. 1 BGB ausgeschlossen, wenn das erworbene Fahrzeug nach dem Parteiwillen nicht austauschbar ist (Reinking/Eggert, aaO., Rn. 933). Möglich ist die Ersatzlieferung hingegen, wenn nach der Vor-

stellung der Parteien bei Vertragsschluss die Kaufsache im Falle ihrer Mangelhaftigkeit durch eine gleichartige und gleichwertige ersetzt werden kann. Dies ist für Stückschulden anerkannt (vgl. BGH, Urteil vom 07. Juni 2006 – VIII ZR 209/05, juris) und lässt sich ohne Weiteres auf Gattungsschulden im Sinne von § 243 BGB übertragen. Dementsprechend führt der Produktionsstopp einer Modellserie oder die auf eine Weiterentwicklung zurückzuführenden Änderungen oder Modellpflagemassnahmen eines Herstellers bei Einstellung der alten Serienproduktion nicht zwangsläufig zur Annahme der Unmöglichkeit einer Ersatzlieferung, weil „die Gattung untergegangen“ ist. Maßgeblich ist vielmehr der Parteiwille, der in jedem Einzelfalle durch Auslegung (§§ 133, 157 BGB) zu ermitteln ist (LG Offenburg, Urt. v. 21.03.2017 - 3 O 77/16; wohl auch: OLG Hamm, Urteil vom 22. Juli 2010 – I-2 U 242/09 –, Rn. 29, juris).

(2) Ausgehend hiervon ergibt sich aus den bei Vertragsschluss in 2013 getroffenen Vereinbarungen der Parteien, dass die herstellerseitige Umstellung eines Fahrzeugmodells der Erfüllungstauglichkeit des vertraglichen Lieferanspruchs nicht entgegensteht. Dies folgt zwanglos aus den Allgemeinen Geschäftsbedingungen der Beklagten, die in den streitgegenständlichen Kaufvertrag einbezogen worden. Gemäß Abschnitt IV. Ziff. 6 sollten nämlich während der Lieferzeit durch den Hersteller veranlasste Konstruktions- oder Formänderungen, Abweichungen im Farbton sowie Änderungen des Lieferumfangs bei dem von der Klägerin bestellten Fahrzeug der Beklagten „vorbehalten“ bleiben, sofern sie unter Berücksichtigung der Verkäuferinteressen für den Käufer zumutbar sind. Daraus wird deutlich, dass die Beklagte den vertraglichen Erfüllungsanspruch der Klägerin auch durch ein von der Bestellung abweichendes, aber funktionell gleichartiges und gleichwertiges Fahrzeug befriedigen können sollte, sofern berechnigte Käuferinteressen nicht entgegenstehen. Dieser Ansatz lässt sich auch für den Nacherfüllungsanspruch - bei dem es sich um eine Modifikation des ursprünglichen Leistungsanspruchs handelt (vgl. Palandt/Weidenkaff, Kommentar zum BGB, 76. Aufl., § 439 Rn. 1) - fruchtbar machen. Es ist zwar richtig, dass (nur) der Beklagten der in der Klausel fixierte Änderungsvorbehalt zustehen sollte und dieser sich auf den ursprünglichen Leistungsanspruch aus dem Kaufvertrag bezog. Das ändert aber nichts daran, dass bei redlicher Vertragsauslegung (§§ 133, 157 BGB) ein Modellwechsel der Erfüllungstauglichkeit nicht entgegensteht, zumal ein entsprechender Parteiwille in dieser Bestimmung ihren Niederschlag gefunden hat. Dies gilt ganz unabhängig davon, ob die Klausel einer Kontrolle am Maßstab der §§ 307 ff. BGB standhält oder nicht, zumal sich die Beklagte hierauf als Verwenderin nicht berufen könnte.

Das Nachfolgemodell (VW Touran) ist dem zunächst gelieferten Fahrzeug funktionell gleichartig und gleichwertig. Weder der Umstand, dass das neue Modell des VW Touran etwas länger (130 mm), etwas breiter (35 mm), etwas flacher (-6 mm) und 62 kg leichter geworden ist und in die-

sem ein Dieselmotor EA288 mit anderen Leistungsstufen unter Schadstoffklasse EU 6 verbaut ist, rechtfertigen die Annahme, dass es sich hierbei um ein „aliud“ gegenüber dem zunächst gelieferten Pkw handelt. Die vorgenommenen Änderungen betreffen die Konstruktion und Form Fahrzeugs; sie sind nicht von einem solchen Ausmaß, dass eine Erfüllungstauglichkeit gemessen an dem Maßstab des Abschnitts IV. Ziff. 6 infrage gestellt ist. Auch die Klägerin beanstandet die Änderungen nicht. Gleiches gilt für die technischen Änderungen (Motorleistung, Schadstoffklasse EU 6), zumal kein „Downsizing“ z. B. der Leistung vorliegt. Dass eine Sonderausstattung in Gestalt eines so genannten LIFE-Plus-Pakets nunmehr nicht mehr möglich ist, steht dem ebenfalls nicht entgegen. Auch insoweit handelt es sich nicht um konstruktive Änderungen von solchem Gewicht, dass eine Erfüllungstauglichkeit in Frage steht.

cc. Die Beklagte kann den Nachlieferungsanspruch der Klägerin nicht gemäß § 439 Abs. 3 Satz 1 BGB wegen unverhältnismäßiger Kosten verweigern.

(1) Insoweit ist bereits zweifelhaft, ob sich die Beklagte hinsichtlich des Nachlieferungsverlangens der Klägerin überhaupt auf die Einrede der Unverhältnismäßigkeit berufen und die Klägerin auf eine Nachbesserung verweisen kann. Die Beklagte ist nämlich spätestens durch das Schreiben der Klägerin vom 25.01.2016 zur Nachlieferung bis zum 7.3.2016 aufgefordert worden und mit Ablauf dieses Tages mit ihrer Verpflichtung zur Nachlieferung in Verzug geraten (§ 286 BGB), zumal sie offenbar an dem von der Klägerin im November 2015 eingeleiteten Güteverfahren - welches ebenfalls auf Nachlieferung gerichtet war - nicht teilnahm. Die von ihr angebotene Nachbesserung in Gestalt des Aufspielens eines Software-Updates war aber im März 2016 (noch) gar nicht möglich. Das KBA hatte nämlich für den Fahrzeug-Cluster, dem das streitgegenständliche Fahrzeug angehört, die von der Volkswagen AG entwickelte Software erst im Juli 2016 „freigegeben“. Ist aber eine Nachbesserung der mangelhaften Kaufsache bei Ablauf einer vom Käufer gesetzten und als angemessen anzusehenden Frist zur Nachlieferung nicht möglich, spricht einiges dafür, den Verkäufer in einem späteren Prozess mit dem Einwand der Unverhältnismäßigkeit nach § 439 Abs. 3 BGB auszuschließen. Andernfalls käme es ihm zugute, wenn er - vertragswidrig - die vom Käufer gewählte mögliche Form der Nacherfüllung verweigert, diesen in ein Gerichtsverfahren zwingt und so zeitliche Verzögerungen verursacht, um bezüglich des geltend gemachten Anspruchs auf Nachlieferung im Hinblick auf eine zwischenzeitlich mögliche Nachbesserung die Einrede des § 439 BGB zu erheben.

(2) Dem muss vorliegend indes nicht weiter nachgegangen werden. Selbst wenn man davon ausgeht, dass ein Verkäufer die Einrede nach § 439 Abs. 3 Satz 1 BGB in einem Prozess auch dann erheben kann, wenn die nach seiner Auffassung kostengünstigere Form der Nacherfüllung

erst zu einem Zeitpunkt möglich wurde, in dem er sich mit der vom Käufer gewählten Art der Nacherfüllung in Verzug befand (in diese Richtung: BGH, Urteil vom 16. Oktober 2013 – VIII ZR 273/12 –, Rn. 17, juris), greift die Einrede vorliegend nicht durch.

Nach § 439 Abs. 3 Satz 1 BGB kann ein Verkäufer die vom Käufer gewählte Art der Nacherfüllung verweigern, wenn sie nur mit unverhältnismäßigen Kosten möglich ist. Bei Beurteilung dieser Frage sind nach § 439 Abs. 1 Satz 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 könnte. Maßgeblich kommt es dabei darauf an, ob die Kosten der Nachlieferung im Verhältnis zu den Kosten der Nachbesserung unverhältnismäßig sind (OLG Nürnberg, Urteil vom 20. Februar 2017 – 14 U 199/16 –, Rn. 46, juris).

Im Rahmen der danach vorzunehmenden Verhältnismäßigkeitsprüfung ist festzustellen, dass die Kosten der Nachlieferung auf der Grundlage des strittigen Vorbringens der Beklagten (Schriftsatz vom 26.4.2017) die Kosten einer Nachbesserung um ein Vielfaches übersteigen. Selbst wenn man aber den von der Beklagten errechneten Wert von 14.050,00 € für eine Nachlieferung den Kosten von 100,00 € für eine Nachbesserung gegenüberstellt, lässt sich eine Unverhältnismäßigkeit im Sinne von § 439 Abs. 3 BGB nicht bejahen.

Gegen eine Unverhältnismäßigkeit der Nachlieferung spricht nämlich, dass die von der Beklagten angeführte Nachbesserung im März 2016 nicht verfügbar war, sie vielmehr erst im September 2016 angeboten wurde. Dieser zeitliche Versatz von sechs Monaten stellt einen erheblichen Nachteil im Sinne von § 439 Abs. 1 Satz 2 BGB dar, auch wenn man davon ausgeht, dass das Fahrzeug der Klägerin in dieser Zeit gebrauchsfähig war und ohne Sicherheitsbedenken genutzt werden konnte. Der Beklagten war es nämlich in diesem Zeitfenster ohne weiteres möglich, sich vertragstreu im Wege der Ersatzlieferung zu verhalten.

Weiterhin ist aufgrund der umfassend in den Medien erfolgten konträren Berichterstattung über die Wirkungen des von der Volkswagen AG angebotenen Software-Updates die Nachbesserung für die Klägerin mit erheblichen Nachteilen im Sinne von § 439 Abs. 3 S. 2 BGB verbunden (LG Regensburg, Urteil vom 04. Januar 2017 – 7 O 967/16 –, Rn. 43, juris). Ein Minderwert lässt sich nämlich nicht belastbar ausschließen. Der Beklagten ist zwar zuzugeben, dass sie die technische Richtigkeit der in einzelnen Presseartikeln aus verschiedenen Fachzeitschriften sowie Pressemeldungen zitierten Einschätzungen abgestritten hat und überdies das KBA die Freigabe der Software erklärte; ebenso gibt es beachtliche Pressestimmen, die davon ausgehen, dass

trotz des so genannten „Abgasskandals“ die Dieselfahrzeuge von VW derzeit preisstabil sind. Allerdings sind die Unsicherheiten über die Auswirkungen der Software auf das Fahrverhalten der Fahrzeuge, den Kraftstoffverbrauch, den Verschleiß von Einzelteilen etc. geeignet, den Verkehrswert zu beeinträchtigen. Die nachteilige Berichterstattung ist auch nicht gänzlich aus der Luft gegriffen, zumal die Volkswagen AG selbst im Rahmen eines vor dem Landgericht Braunschweig zu Az. 5 O 2049/15 geführten Verfahrens vortragen lässt, dass grundsätzlich jede Maßnahme zur Verringerung von Stickoxiden bei Dieselmotoren mit spezifischen Nachteilen verbunden ist, wobei bei der Abgasrückführung namentlich eine erhöhte Rußproduktion mit Auswirkungen auf den Dieselpartikelfilter des Fahrzeugs zu beklagen seien (S. 44 der Anlage K62). Trotz des Umstands, dass die Volkswagen AG zwischenzeitlich über eine besondere nachgelagerte Einspritztechnik einen Weg gefunden haben will, diese Problematik zu lösen, besteht doch ein Verdacht, dass mit dieser Technik Leistungseinbußen am Fahrzeug, ein erhöhter Spritverbrauch oder jedenfalls ein erhöhter Verschleiß an Bauteilen des Fahrzeugs einhergeht. Dass diese Unsicherheiten den Verkehrswert des Fahrzeugs gänzlich unbeeinflusst lassen, wie die Beklagte vorträgt, liegt fern. Vielmehr ist - naheliegend - für den Preis von zentraler Bedeutung, ob potentielle Käufer darauf vertrauen können, dass das Software-Update den Mangel beseitigt, ohne nachteilige Auswirkungen auf die genannten Parameter zu zeitigen (vgl. Auch Anlage K76). Angesichts der derzeit bestehenden konträren Berichterstattung, die auch nicht durch den angebotenen Sachverständigenbeweis widerlegt werden kann, lässt sich eine Preisstabilität der Fahrzeuge nicht verlässlich feststellen, mögen auch Marktbeobachter wie Schwacke und DAT im Oktober 2016 ausgemacht haben, dass die Gebrauchtwagenpreise bei den betroffenen Dieselfahrzeugen „derzeit stabil“ blieben.

Die Einrede nach § 439 Abs. 3 BGB ist daher nicht berechtigt.

d. Nutzungsersatz nach §§ 439 Abs. 4, 346 Abs. 2 S. 1 Nr. 1 BGB kann die Beklagte von der Klägerin nicht verlangen. Es handelt sich vorliegend um einen so genannten Verbrauchsgüterkauf im Sinne von § 474 BGB. Dies hat die Klägerin anlässlich ihrer informatorischen Anhörung am 10.3.2017 glaubhaft bestätigt. Dementsprechend müssen Nutzungen nicht herausgegeben und Wertersatz nicht geleistet werden, wie sich aus § 474 Abs. 5 S. 1 BGB ergibt. Die Klägerin hat lediglich gemäß §§ 439 Abs. 4, 348 BGB das alte Fahrzeug Zug-um-Zug gegen Lieferung des neuen Fahrzeugs zurückzugeben.

2. Für die Feststellung des Annahmeverzuges (Antrag Ziff. 2) besteht ein berechtigtes Interesse im Sinne von § 256 Absatz 1 ZPO. Dieses ergibt sich aus §§ 756, 765 ZPO. Annahmeverzug im Sinne von § 293 BGB liegt auch vor, den die Klägerin hat der Beklagten mit Schreiben vom

25.01.2016 angeboten, das alte Fahrzeug gegen Lieferung eines neuen Fahrzeugs zurückzunehmen.

3. Die Beklagte schuldet der Klägerin ferner gemäß § 439 Abs. 2 BGB Freistellung von der von ihr aufgewendeten außergerichtlichen Anwaltsgebühren. Im vorliegenden Fall ist mit Blick auf den Umfang und die Schwierigkeit der anwaltlichen Tätigkeit sowie der Bedeutung der Angelegenheit (§ 14 Abs. 1 RVG) allerdings nur eine 1,5 Geschäftsgebühr nach Nr. 2300 VV RVG angemessen, was nach § 315 Abs. 3 Satz 2 BGB bestimmt werden kann. Dabei wird nicht verkannt, dass der in Rede stehende Sachverhalt komplex und die zur Entscheidung stehenden Rechtsfragen nicht einfach gelagert sind. Allerdings führt die Vielzahl der von den Prozessbevollmächtigten der Klägerin geführten Verfahren (nach dem eigenen Internetauftritt werden 35.000 Geschädigte vertreten) zu einer beachtlichen, auch vorgerichtlichen Zeitersparnis, was bei Findung der angemessenen Gebühr zu berücksichtigen ist (vgl. BGH, Urteil vom 28.5.2013, XI ZR 420/10 - juris; LG Regensburg aaO.).

Die Klägerin kann demnach eine 1,5 Geschäftsgebühr nach Nr. 2300 VV RVG bei einem Gegenstandswert von bis zu 30.000,00 € abzüglich einer Anrechnung von 0,75-Gebühr (Schriftsatz vom 16.01.2017) fordern. Hinzu kommt die Pauschale nach Nr. 7002 VV RVG sowie die Mehrwertsteuer nach Nr. 7008 VV RVG. Es errechnet sich ein Betrag in Höhe von 794,03 €.

II. Die Nebenentscheidungen beruhen auf §§ 92 Abs. Nr. 1, 709 Satz 1 und 2 ZPO.

### **Rechtsbehelfsbelehrung:**

Gegen die Entscheidung, mit der der Streitwert festgesetzt worden ist, kann Beschwerde eingelegt werden, wenn der Wert des Beschwerdegegenstands 200 Euro übersteigt oder das Gericht die Beschwerde zugelassen hat.

Die Beschwerde ist binnen **sechs Monaten** bei dem

Landgericht Offenburg  
Hindenburgstraße 5  
77654 Offenburg

einzu legen.

Die Frist beginnt mit Eintreten der Rechtskraft der Entscheidung in der Hauptsache oder der anderweitigen Erledigung des Verfahrens. Ist der Streitwert später als einen Monat vor Ablauf der sechsmonatigen Frist festgesetzt worden, kann die Beschwerde noch innerhalb eines Monats nach Zustellung oder formloser Mitteilung des Festsetzungsbeschlusses eingelegt werden. Im Fall der formlosen Mitteilung gilt der Beschluss mit dem dritten Tage nach Aufgabe zur Post als bekannt gemacht.

Die Beschwerde ist schriftlich einzulegen oder durch Erklärung zu Protokoll der Geschäftsstelle des genannten Gerichts. Sie kann auch vor der Geschäftsstelle jedes Amtsgerichts zu Protokoll erklärt werden; die Frist ist jedoch nur gewahrt, wenn das Protokoll rechtzeitig bei dem oben genannten Gericht eingeht. Eine anwaltliche Mitwirkung ist nicht vorgeschrieben.

Moll  
Richter am Landgericht

Verkündet am 09.06.2017

Bächle, JFAng'e  
Urkundsbeamtin der Geschäftsstelle

Beglaubigt  
Offenburg, 12.06.2017

Bächle  
Urkundsbeamtin der Geschäftsstelle  
Durch maschinelle Bearbeitung beglaubigt  
- ohne Unterschrift gültig

