

---

**Datum:** 21.06.2016  
**Gericht:** Oberlandesgericht Hamm  
**Spruchkörper:** 28. Zivilsenat  
**Entscheidungsart:** Beschluss  
**Aktenzeichen:** 28 W 14/16  
**ECLI:** ECLI:DE:OLGHAM:2016:0621.28W14.16.00

---

**Schlagworte:** Abgasskandal, Dieselmotor, Klage, Erfolgsaussichten, Lieferung eines Neufahrzeugs

**Normen:** §§ 114ff ZPO, §§ 434, 439 BGB

**Leitsätze:**

Die beabsichtigte Klage einer Kundin, die im Jahre 2011 einen VW Polo mit einem Dieselmotor erworben hat, der vom sog. Abgasskandal betroffen ist, und die deswegen vom Hersteller - gegen Rückgabe des betroffenen Fahrzeugs - die Lieferung eines mangelfreien Neufahrzeugs verlangt, kann hinreichende Aussichten auf Erfolg haben.

---

**Tenor:**

Auf die sofortige Beschwerde der Antragstellerin wird der Beschluss der Einzelrichterin der 3. Zivilkammer des Landgerichts Essen vom 09.03.2016 aufgehoben.

Der Antragstellerin wird für die beabsichtigte Klage ratenfrei Prozesskostenhilfe unter Beiordnung von Rechtsanwalt S aus N bewilligt.

---

**Gründe**

1

I.

2

Die Antragstellerin begehrt Prozesskostenhilfe für die Geltendmachung kaufvertraglicher Gewährleistungsrechte aus Anlass eines Neufahrzeugkaufs; mit der beabsichtigten Klage will sie die Antragsgegnerin auf Nachlieferung eines mangelfreien Fahrzeugs in Anspruch

3

nehmen.

Im Jahr 2011 erwarb die Antragstellerin – durch Vermittlung der Fa. U & P GmbH / H - bei der Antragsgegnerin ein Neufahrzeug vom Typ VW Polo Trendline 1,6 l TDI zum Preis von 19.509,21 €.

Das Fahrzeug wurde im September 2011 ausgeliefert.

Im Oktober 2015 erfuhr die Klägerin, dass ihr Fahrzeug vom sog. Abgas-Skandal betroffen ist; der verbaute Dieselmotor (Typ EA 189) ist von einer Software betroffen, die Stickoxidwerte im Prüfstandlauf „optimiert“.

Mit Anwaltsschreiben vom 16.10.2015 warf die Antragstellerin der Antragsgegnerin vor, diesen Mangel arglistig verschwiegen zu haben, verlangte die Neulieferung eines mangelfreien Fahrzeugs mit der aus der Rechnung vom 14.09.2011 ersichtlichen Ausstattung (Bl. 8ff. d.A.) und setzte hierzu vergeblich eine Frist zum 30.10.2015.

Die Antragstellerin begehrt nun Prozesskostenhilfe für eine Klage, gerichtet auf Nachlieferung eines solchen Neufahrzeugs Zug um Zug gegen Rückgabe des gelieferten Fahrzeugs, Feststellung des Annahmeverzugs und Freistellung von vorgerichtlichen Anwaltskosten.

Die Antragsgegnerin steht auf dem Standpunkt, das Fahrzeug sei nicht mangelhaft, weil es technisch sicher und in der Fahrbereitschaft nicht eingeschränkt sei und über alle Genehmigungen verfüge.

Im Übrigen sei das Nachlieferungsverlangen unverhältnismäßig. Sie, die Antragsgegnerin, sei bereit, sämtliche mit dem Motor Typ EA 189 ausgestatteten Fahrzeuge technisch zu überarbeiten. Sie gehe davon aus, dass die Umsetzung der technischen Maßnahme an dem einzelnen Fahrzeug voraussichtlich weniger als eine Stunde in Anspruch nehme und dafür Kosten von deutlich weniger als 100 € anfielen. Demgegenüber entstünden ihr im Falle einer Nachlieferung Kosten von etwa 19.300 €.

Das Landgericht hat mit Beschluss vom 09.03.2016 die Bewilligung von Prozesskostenhilfe versagt und zur Begründung – u.a. – ausgeführt:

Zwar begründe die Installation einer Manipulationssoftware einen Sachmangel i.S. des § 434 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 BGB und lasse sich ein Mangel auch über § 434 Abs. 1 S. 3 BGB begründen. Jedoch berufe sich die Antragsgegnerin zutreffend auf die Unverhältnismäßigkeit des Nachlieferungsbegehrens (§ 439 Abs. 3 BGB). Die Kosten und der Zeitaufwand einer Mängelbeseitigung seien relativ so gering, dass die Antragstellerin gehalten sei, zunächst diese zu fordern. Dass die angekündigte Mängelbeseitigungsmaßnahme nicht greife oder mit anderen Nachteilen verbunden sei, sei nicht bekannt.

Gegen diesen Beschluss hat die Antragstellerin sofortige Beschwerde eingelegt und den Verstoß gegen das Gebot rechtlichen Gehörs gerügt.

Sie vertieft ihre Ausführungen zur Mangelhaftigkeit des Fahrzeugs, wobei sie darauf hinweist, dass mit der monierten Software in dem Fahrzeug eine Abschaltvorrichtung gemäß Art. 3 Nr. 10 der Verordnung (EG) Nr. 715/2007 vorhanden sei, die gegen die Bestimmungen zum Erhalt der Typengenehmigung und damit auch der Betriebserlaubnis verstoße.

Die Antragstellerin geht davon aus, dass es nach Deaktivierung oder Rückbau dieser Vorrichtung entweder zu höheren Verbrauchswerten oder zu einer reduzierten Fahrleistung

kommt.

Mit der Beschwerde wird gerügt, dass die Antragsgegnerin nicht substantiiert dargelegt habe, welche technische Maßnahme sie zur Überarbeitung beabsichtige, wobei die Antragstellerin den angeblich geringen Kosten- und Zeitaufwand mit Nichtwissen bestreitet. 16

Im Übrigen stellt sich die Antragstellerin auf den Standpunkt, die Kosten der Nachbesserung umfassten nicht nur den Reparaturaufwand i.e.S., sondern u.a. auch Aufwendungen zur Feststellung des Mangels, Transportkosten, Anwaltskosten, Nutzungsausfallschaden, Verdienstausschlag und Kosten für die Begutachtung der durchgeführten Nachbesserung. 17

Der pauschal mit 19.300 € angegebene Aufwand einer Nachlieferung sei nicht nachvollziehbar; jedenfalls sei nicht auf den Verkaufswert des nachzuliefernden Fahrzeugs abzustellen. Die Antragstellerin meint, der Antragsgegnerin entstünden für die Beschaffung eines identisch ausgestatteten Fahrzeugs gar keine Kosten, zumal die Überführungskosten für die Lieferung des mangelbehafteten Fahrzeugs von ihr, der Antragstellerin, getragen worden seien. 18

Die Antragstellerin stützt ihr Begehren auch auf den Gesichtspunkt der unerlaubten Handlung. 19

Das Landgericht hat der Beschwerde nicht abgeholfen, sondern sie dem Senat zur Entscheidung vorgelegt. 20

Mit der Versagung der Prozesskostenhilfe sei keine Festlegung verbunden; die „Fehlerhaftigkeit“ sei im Hauptverfahren weiter zu klären. 21

Die Unverhältnismäßigkeit der Kosten einer Nachlieferung sei aufgrund einer umfassenden Würdigung aller Einzelfallumstände festzustellen. Insgesamt springe bei der im Rahmen des Prozesskostenhilfe-Prüfungsverfahrens nur überschlägig vorzunehmenden Abwägung ins Auge, dass es für die Antragsgegnerin deutlich kostengünstiger sei, die Software, die ohnehin für eine Vielzahl von Fahrzeugen zu entwickeln sei, aufzuspielen, als ein Neufahrzeug zu liefern, zumal ihr nicht einmal eine Nutzungsentschädigung für das klägerische Fahrzeug zustehe. 22

Von einer vorsätzlich sittenwidrigen Schädigung i.S. des § 826 BGB oder einem gemäß § 823 Abs. 2 BGB i.V.m. § 263 StGB festzustellenden Betrug könne nicht ausgegangen werden. Es sei nicht erkennbar, dass es der Antragstellerin beim Erwerb des Wagens auf die angegebenen Abgaswerte angekommen sei. 23

Mit Schriftsatz vom 09.03.2016 hat die Antragsgegnerin ihr Sachvorbringen, insbesondere zu der von ihr angenommenen Unverhältnismäßigkeit der Nachlieferung ergänzt. Sie verweist in diesem Zusammenhang auf einen mit dem Kraftfahrtbundesamt vereinbarten Zeit- und Maßnahmenplan. Dass eine technische Überarbeitung aller betroffenen Fahrzeuge ohne Nachteile in Bezug auf Leistungs- und Verbrauchsparameter möglich sei, ergebe sich aus den Prüfbescheiden und Freigaben, die vom Kraftfahrtbundesamt sukzessive für bestimmte Fahrzeugtypen erteilt worden seien bzw. werden. 24

Für den im streitgegenständlichen Fahrzeug verbauten Motor vom Typ EA 189 EU 5 mit 1,6l Hubraum sei neben einem Software-Update die Befestigung eines Strömungsgleichrichters vor dem Luftmassenmesser vorgesehen, was voraussichtlich weniger als 1 Stunde dauere und einen Kostenaufwand von deutlich weniger als 100 € ausmache. 25

|                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                   |    |
|-------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|----|
| Diesem Wert ist nach Auffassung der Antragsgegnerin der vielfach höhere aktuelle Kaufpreis für ein Neufahrzeug desselben Modells gegenüberzustellen, welches sie sonst – ohne Nachlieferung an die Antragstellerin – anderweitig verkaufen könnte.                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                | 26 |
| II.                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                               | 27 |
| Die sofortige Beschwerde ist begründet.                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                           | 28 |
| Der Antragstellerin war gemäß den §§ 114 ff. ZPO Prozesskostenhilfe für die beabsichtigte Rechtsverfolgung zu bewilligen, weil die Nachlieferungsklage hinreichende Aussicht auf Erfolg verspricht, nicht mutwillig ist und die Antragstellerin nach ihren persönlichen und wirtschaftlichen Verhältnissen nicht in der Lage ist, die Kosten der Prozessführung zu tragen.                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                        | 29 |
| 1.                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                | 30 |
| Die Antragstellerin hat schlüssig vorgetragen, dass ihr gegen die Antragsgegnerin ein Anspruch auf Nachlieferung eines Neufahrzeugs gemäß § 439 Abs. 1 BGB zusteht.                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                               | 31 |
| Sie hat insbesondere mit hinreichender Erfolgsaussicht geltend gemacht, dass das bei der Antragsgegnerin erworbene Fahrzeug einen bereits bei Übergabe vorhandenen Sachmangel im Sinne des § 434 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 BGB aufweist. Entgegen der Annahme der Antragsgegnerin entspricht ein Neufahrzeug nicht schon dann der üblichen und berechtigterweise von einem Käufer zu erwartenden Beschaffenheit, wenn es technisch sicher und fahrbereit ist und über alle Genehmigungen verfügt. Durch die Installation der Manipulationssoftware, die die korrekte Messung der Stickoxidwerte verhindert und im Prüfbetrieb niedrigere Ausstoßmengen vorspiegelt, dürfte ein Fahrzeug vielmehr von der bei vergleichbaren Fahrzeugen üblichen Beschaffenheit abweichen. | 32 |
| 2.                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                | 33 |
| Ob die Antragsgegnerin die von der Antragstellerin gewählte Art der Nacherfüllung in Form der Nachlieferung gemäß § 439 Abs. 3 BGB verweigern darf, ist derzeit noch nicht abschließend und sicher festzustellen.                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                 | 34 |
| Nach § 439 Abs. 3 BGB kann der Verkäufer die vom Käufer gewählte Art der Nacherfüllung unbeschadet des § 275 Abs. 2 und 3 BGB verweigern, wenn sie nur mit unverhältnismäßigen Kosten möglich ist.                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                | 35 |
| Die Antragsgegnerin beruft sich hier weder auf die Unmöglichkeit der Nachlieferung (§ 275 Abs. 2 BGB) noch auf die Unzumutbarkeit des damit verbundenen Aufwandes (§ 275 Abs. 3 BGB), sondern auf die Unverhältnismäßigkeit der mit dieser Form der Nacherfüllung verbundenen Kosten.                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                             | 36 |
| Über diesen Einwand, dessen Berechtigung nicht unzweifelhaft ist, ist nicht im summarischen Prozesskostenhilfeverfahren zu entscheiden, dies ist dem Hauptsacheverfahren vorzubehalten.                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                           | 37 |
| Die für die Bewilligung von Prozesskostenhilfe notwendige hinreichende Erfolgsaussicht ist in der Regel schon dann zu bejahen, wenn die Entscheidung schwieriger Rechts- und Tatfragen abhängt (BGH, Beschl. v. 07.03.2007, IV ZB 37/06, NJW-RR 2007, 908).                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                       | 38 |
| Bei der Beurteilung der Streitfrage der von der Antragsgegnerin geltend gemachten Unverhältnismäßigkeit der Nachlieferung wird zu berücksichtigen sein, dass § 439 Abs. 3                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                         | 39 |

BGB richtlinienkonform einschränkend dahin auszulegen ist, dass nur die Berufung auf die relative Unverhältnismäßigkeit der vom Käufer gewählten Art der Nachlieferung statthaft ist (vgl. hierzu BGH, Urt. v. 21.12.2011, VIII ZR 70/08, NJW 2012, 1073),

Das setzt voraus, dass der Antragsgegnerin beide Arten der Nacherfüllung tatsächlich möglich sind. 40

Die Parteien streiten nicht darum, dass der Antragsgegnerin die von der Antragstellerin gewünschte Nachlieferung möglich ist, jedoch lässt sich nicht ohne weiteres feststellen, dass dies auch für die von der Antragsgegnerin favorisierte Nachbesserung gilt. 41

Dabei mag das in Abstimmung mit dem Kraftfahrtbundesamt durchgeführte Prüfungsverfahren darauf hinweisen, dass, soweit Freigaben erfolgen, die von der Antragsgegnerin vorgesehene technische Nachrüstung nicht zu den von der Antragstellerin befürchteten Nachteilen in Form erhöhter Verbrauchswerte oder einer reduzierten Fahrleistung führen wird. Allerdings ist zu konstatieren, dass der Antragsgegnerin nach ihrer eigenen Darstellung bislang keine Freigabe des Kraftfahrtbundesamts für die technische Umrüstung des streitgegenständlichen Fahrzeugmodells vorliegt. Wann damit zu rechnen ist und bis zu welchem Zeitpunkt die technische Maßnahme ggfls. an dem Fahrzeug der Antragstellerin umgesetzt werden könnte, ist bislang nicht vorgetragen. 42

Es erscheint aber zweifelhaft, ob die Antragsgegnerin die Antragstellerin unter Hinweis auf die Unverhältnismäßigkeit der Nachlieferung auf eine Nachbesserung verweisen könnte, wenn ihr diese nicht binnen angemessener Frist möglich ist. Welche Frist als angemessen anzusehen ist, ist nicht ohne weiteres festzulegen (s. dazu LG Frankenthal, Urt. v. 12.05.2016, 8 O 208/15, zit. nach juris). Die rechtliche und tatsächliche Bewertung dieses Gesichtspunkts ist nicht im Rahmen des summarischen Prozesskostenhilfverfahrens vorzunehmen. 43

Die zwischen den Parteien kontrovers diskutierten Fragen um die im Rahmen der Prüfung der Unverhältnismäßigkeit einzustellenden Kosten der einen und der anderen Art der Nacherfüllung können deswegen - einstweilen - offen bleiben. 44