

## **LG Hamburg 29. Zivilkammer, Urteil vom 07.03.2018, 329 O 105/17**

§ 437 BGB, § 439 BGB, § 434 BGB

### **Tenor**

1. Die Beklagte wird verurteilt, dem Kläger ein mangelfreies fabrikneues typengleiches Ersatzfahrzeug aus der aktuellen Serienproduktion des Herstellers mit identischer technischer Ausstattung wie das Fahrzeug VW Tiguan Sport & Style 4 Motion BM Techn. 2,0 TDI 103 kW (140 PS) 7-Gang DSG, FIN:... , Zug um Zug gegen Rückübereignung des mangelhaften Fahrzeugs VW Tiguan Sport & Style 4 Motion BM Techn. 2,0 TDI 103 kW (140 PS) 7-Gang DSG, FIN:... nachzuliefern.
2. Es wird festgestellt, dass sich die Beklagte mit der Neulieferung und Rücknahme der im Klagantrag zu 1) genannten Fahrzeuge im Verzug befindet.
3. Die Beklagte wird verurteilt, den Kläger von den durch die Beauftragung der Prozessbevollmächtigten des Klägers entstandenen vorgerichtlichen Rechtsanwaltskosten in Höhe von 2.613,24 € nebst Zinsen in Höhe von 5 %-Punkten seit dem 03.04.2017 freizustellen.
4. Die Beklagte trägt die Kosten des Rechtsstreits.

### **Tatbestand**

- 1 Die Parteien streiten um Nacherfüllungsansprüche im Rahmen eines Autokaufs. Bei dem Kläger handelt es sich um einen Verbraucher und bei der Beklagten um eine Händlerin, die Fahrzeuge der Marke Volkswagen vertreibt.
- 2 Der Kläger schloss mit der Beklagten am 2. April 2015 einen Kaufvertrag über ein Kraftfahrzeug VW Tiguan Sport & Style 4 Motion BM Techn. 2,0 TDI 103 kW (140 PS) 7-Gang DSG, FIN:... (Anlage K 1).
- 3 Im streitgegenständlichen Fahrzeug ist eine, zur Regelung des Motors der Sorte EA 189 bestimmte Software eingebaut, die den Ausstoß von Abgasen dahingehend regelte, dass bei Betrieb auf einem Prüfstand (Modus 1) Abgase zurück in den Motor zur erneuten Verbrennung geführt werden. Dadurch gelangen weniger Stickoxide in die Umwelt. Auf dem Prüfstand werden deshalb entsprechend weniger Stickoxide gemessen.
- 4 Im normalen Fahrbetrieb (Modus 0) erkennt die Software die geänderten Bedingungen und schaltet in eine Betriebsart, in der weniger Abgase dem Motor zur erneuten Verbrennung zugeführt werden. Dadurch sind die Werte der abgegebenen Stickoxide höher als im Modus 1. Dieses hält der Kläger für einen kaufrechtlichen Mangel.
- 5 Auch ohne ein inzwischen auf den Markt gebrachtes Softwareupdate der Herstellerin ist das streitgegenständliche Fahrzeug fahrbereit und verkehrssicher. Die EG-Typengenehmigung wurde bislang nicht entzogen. Das Kraftfahrt-Bundesamt betrachtet das Aufspielen des Softwareupdates, das in jeder Volkswagen-Vertragswerkstatt zur Verfügung steht, als verpflichtend.

- 6 Das Kraftfahrtbundesamt hatte ab dem 01.06.2016 das Software-Update freigegeben und die Beklagte hat dieses Software-Update beim Fahrzeug des Klägers am 19.07.2016 (bei km-Stand 16.914) aufgebracht.
- 7 Der Kläger forderte die Beklagte schriftlich am 16.01.2017 (Anlage K 3) zur Nachlieferung eines mangelfreien Neuwagens auf. Dies lehnte die Beklagte mit Schreiben vom 20.01.2017 (Anlage K 4) ab.
- 8 Mit der am 03.04.2017 der Beklagten zugestellten Klage begehrt der Kläger nunmehr Ersatzlieferung eines mangelfreien typengleichen Ersatzfahrzeugs.
- 9 Er trägt vor, bei der Wirkweise der Software handle es sich um einen Sachmangel im Sinne des § 434 I Satz 2 Nr. 2 BGB, da das Fahrzeug sich nicht für die gewöhnliche Verwendung eigne und eine Beschaffenheit fehle, die bei Fahrzeugen der gleichen Art üblich sei und die er, der Käufer, nach der Art der Sache erwarten kann. Schon das Vorhandensein einer solchen Abschaltvorrichtung („Schummelsoftware“) im Fahrzeug sei unüblich und begründe einen Mangel. Ein Käufer könne erwarten, dass in seinem Fahrzeug keine Programme Wirkungen entfalten, die geeignet seien, offizielle Stellen über die Fähigkeit zur Genehmigung des Fahrzeuges zu täuschen. Ohne eine Umrüstung drohe die Gefahr, dass das Fahrzeug durch Hoheitsakt stillgelegt werde.
- 10 Ferner sei eine Beschaffenheit vereinbart, da die Verbrauchs- und Abgasangaben im Verkaufsprospekt Grundlage für den Vertrag gewesen seien, von denen nun das Fahrzeug durch die andere Betriebsart im Modus für die Straße abweiche.
- 11 Darüber hinaus bestehe ein Rechtsmangel. Das Fahrzeug sei nicht typengenehmigungskonform und eine bestehende Betriebserlaubnis sei von Gesetz wegen erloschen. Bei der Software handle es sich um eine illegale Abschaltvorrichtung. Dadurch, dass das Fahrzeug nun im Modus für die Straße und nicht für den Prüfstand betrieben werde, sei die Einhaltung aller Abgaswerte der EURO-5-Norm nicht mehr möglich.
- 12 Eine Nachbesserung sei unmöglich, da sich durch ein etwaiges Softwareupdate Motorschäden, eine verringerte Lebensdauer des Motors und weitere Wertverluste an dem Fahrzeug ergäben. Dass eine Nachbesserung komplett folgenlos möglich sei, könne physikalisch ausgeschlossen werden. Zumindest ein merkantiler Minderwert sei anzunehmen, da vom Dieselskandal betroffene Fahrzeuge kaum noch oder nur unter Wert verkauft werden könnten. Es bestehe mithin ein weitreichender Mangelverdacht, der allenfalls durch langfristige Überprüfungen ausgeräumt werden könne, was aber nicht zumutbar sei.
- 13 Auch sei eine Nachbesserung durch die Software der VW AG unzumutbar, da die Herstellerin bereits durch das Einbringen der unzulässigen Abschaltvorrichtung getäuscht habe und – insoweit unstreitig – die angebliche „Nachbesserung“ nur durch ein Softwareupdate der Herstellerin erfolgen könne.
- 14 Das durchgeführte Software-Update sei deshalb auch keine hinreichende Nachbesserung. Das Fahrzeug verbrauche seitdem 0,5 l/100 km mehr und es sei noch gar nicht absehbar, welche zu befürchtenden negativen Folgen sich noch ergeben würden. Er, der Kläger, habe deshalb das Software-Update auch nicht als

Nachbesserung akzeptiert, sondern nur aufgrund des Zwanges und der Befürchtung, dass andernfalls das Fahrzeug stillgelegt werde, aufspielen lassen.

- 15 Einbezogen in den Vertrag seien die Neuwagen-Verkaufsbedingungen der Volkswagen AG in denen die Gattung in Ziffer IV. 6. weitergehend definiert werde:
- 16 „6. 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.“
- 17 Daraus ergebe sich, dass sich die von den Parteien vereinbarte Gattungsschuld auch auf das nachfolgende Modell beziehe.
- 18 Ferner hält der Kläger die Einrichtung einer solchen unzulässigen Abschaltvorrichtung, die die Abgasmesswerte auf dem Prüfstand unzulässig beeinflusst, für eine Täuschung durch die Volkswagen AG, die sich die Beklagte zurechnen lassen muss.
- 19 Der Kläger beantragte deshalb,
- 20 wie erkannt.
- 21 Die Beklagte beantragt,
- 22 die Klage abzuweisen.
- 23 Sie ist der Ansicht bei der Software und den von ihr bestrittenen Folgeschäden am Motor oder anderen Teilen handle es sich nicht um einen Sachmangel. Eine Betriebsgenehmigung habe für das Fahrzeug immer bestanden. Das Fahrzeug sei uneingeschränkt gebrauchstauglich. Die Fahrzeuge müssten alle Abgaswerte nur auf dem Prüfstand einhalten, um eine Typengenehmigung zu erhalten. Konkrete Emissionswerte seien nicht Gegenstand von Vertragsverhandlungen oder Vereinbarungen der Parteien gewesen. Ein etwaiger Sachmangel sei auch nicht erheblich, da Nachbesserung durch ein Softwareupdate der Herstellerin mit geringem Kostenaufwand möglich sei.

- 24 Durch dieses Softwareupdate als Nachbesserung, das den Motor dann nur noch im Prüfstandmodus betreibe, komme es in der Folgezeit nicht zu einer Wertminderung. Alle Fahrzeuge seien wertbeständig. Die Motorleistung bestehe uneingeschränkt weiter und sei daher noch dieselbe wie im Vertrag vorausgesetzt. Die Nachbesserung mit der Software sei daher zumutbar und ausreichend. Dies habe auch das Kraftfahrtbundesamt festgestellt. An diese Feststellung aufgrund einer öffentlichen Urkunde, die Beweiskraft nach §§ 417, 418, 371b ZPO entfalte, seien auch die Zivilgerichte gebunden. Dementsprechend sei vorliegend durch das Aufspielen des Software-Updates ein etwaiger Mangel hinreichend nachgebessert, so dass keinerlei Ansprüche mehr bestünden.
- 25 Eine Nachlieferung sei ferner unmöglich, da das Fahrzeugmodell Tiguan I nicht mehr produziert werde und eine Nachlieferung eines Neufahrzeuges der nachfolgenden Generation Tiguan II unverhältnismäßig und zudem ein Aliud wäre. Die beiden Modelle seien so unterschiedlich, dass sie nicht mehr zur selben Gattung gehörten und sich ein Nachlieferungsanspruch auf die Folgegeneration somit nicht erstrecken könne. So verfüge das Nachfolgemodell über 10 PS mehr, erfülle die Euro-6-Norm und sei auch äußerlich unterschiedlich (Anlagen B 8, 11, 12, 13).
- 26 Auch sei eine Nachlieferung gemäß § 439 Abs.3 S.1 BGB unverhältnismäßig, da die Kosten für eine Nachlieferung die Kosten für eine Nachbesserung weit überstiegen.
- 27 Zudem erhalte jeder Kunde eine Bescheinigung der Volkswagen AG nach Durchführung der technischen Maßnahmen (Anlage B 10) und die Volkswagen AG ergreife auch vertrauensbildende Maßnahmen, wonach jedem Kunden für den Zeitraum von 24 Monaten (max. Fahrleistung 250.000 km) zugesagt werde, eventuellen Beschwerden im Zusammenhang mit den technischen Maßnahmen an den Dieselfahrzeugen nachzugehen.
- 28 Für den umfangreichen Parteivortrag im Übrigen wird auf die gewechselten Schriftsätze nebst überreichten Anlagen Bezug genommen.

### **Entscheidungsgründe**

- 29 Die zulässige Klage ist begründet.
- 1.)

- 30 Der Kläger hat gegen die Beklagte einen Anspruch auf ein mangelfreies fabrikneues typengleiches Ersatzfahrzeug aus der aktuellen Serienproduktion des Herstellers mit identischer technischer Ausstattung wie das Fahrzeug VW Tiguan Sport & Style 4 Motion BM Techn. 2,0 TDI 103 kW (140 PS) 7-Gang DSG, FIN:... Zug um Zug gegen Rückübereignung des mangelhaften Fahrzeugs VW Tiguan Sport & Style 4 Motion BM Techn. 2,0 TDI 103 kW (140 PS) 7-Gang DSG, FIN:... gemäß §§ 437 Nr. 1, 439 Abs.1 Var.2 BGB.
- 31 Der Antrag des Klägers ist gemäß §§ 133, 157 BGB dahingehend auszulegen, dass es ihm darauf ankommt, ein gleichwertiges Fahrzeug mit der von ihm zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses gewünschten Ausstattung zu erhalten. Die Beklagte kann den Nachlieferungsanspruch somit mit allen typengleichen Fahrzeugen des Modells VW Tiguan 2,0 TDI mit identischer Ausstattung wie das „Altfahrzeug“ des Klägers erfüllen (die Ausstattung ergibt sich aus Anlage K1).
- A.)
- 32 Das durch die Beklagte gelieferte Fahrzeug hatte bei Gefahrübergang einen Sachmangel im Sinne des § 434 Abs.1 BGB (so neuerdings auch OLG Köln in einem Hinweisbeschluss zu 18 U 112/17). Der vom Kläger erworbene Neuwagen entsprach nicht dem Leistungsversprechen des zwischen den Parteien am 12.07.2013 geschlossenen Kfz-Kaufvertrages. Das Fahrzeug war bei Gefahrübergang mangelhaft jedenfalls gemäß § 434 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 und S. 3 BGB. Nach § 434 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 BGB ist der Kaufgegenstand nicht frei von Sachmängeln, wenn er sich nicht für die gewöhnliche Anwendung eignet oder nicht 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 im Echtbetrieb schon deshalb, weil sich der Hersteller eines unzulässigen Abschaltmechanismus für die Messung der Stickoxid-Werte unter Prüfbedingungen bedient hat. Der Käufer eines Fahrzeugs kann im Rahmen der üblichen und zu erwartenden Beschaffenheit eines Neuwagenkaufs 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 Prüflaufstandes einen Modus aktiviert, der nicht dem üblichen Betriebsmodus entspricht und in dem der Stickoxidausstoß reduziert wird (hierzu wie zum Folgenden LG Neuruppin, Urteil vom 24. Mai 2017 - 1 O 170/16 - unter Verweis unter anderem auf LG Regensburg, Urteil vom 04.01.2017, 7 O 967/16; LG Münster, Urteil vom 14.03.2016, 11 O 341/15; LG Oldenburg, Urteil vom 01.09.2016, 16 O 790/16 LG Aachen, Urteil vom 18.05.2016, 9 O 269/16). Dass im Fahrzeug des Klägers wie in allen mit dem entsprechenden Aggregat EA189 ausgestatteten Fahrzeugen eine solche manipulierende Software installiert wurde, ist unstrittig. Dass diese auch unzulässig ist, steht zur Überzeugung des Gerichts ausweislich der zur Akte gereichten Dokumente des Kraftfahrt-Bundesamtes fest, das den Hersteller verpflichtet hat, diese unzulässige Abschaltvorrichtung unter Einhaltung der entsprechenden Einzelrechtsakte der Richtlinie 2007/46/EG zu entfernen. Dieser Mangel lag als produktionsbedingter auch bei Gefahrübergang vor, hier der Übergabe des Fahrzeugs an den Kläger (§§ 434 Abs. 1 S. 1, 446 BGB).

33 Der Durchschnittskäufer kann bei einem Autokauf erwarten, dass das von ihm erworbene Fahrzeug die Abgaswerte einhält, und zwar nicht nur durch eine beigefügte Software für den Prüfstand. Er kann erwarten, dass alle laufenden Prozesse auf dem Prüfstand auch im normalen Fahrbetrieb aktiv bleiben und der Prüfstand somit die reale Fahrsituation nachbildet. Dass, wie die Beklagte vorbringt, der Abgasausstoß zwischen Prüfstand und Straßenbetrieb auf natürliche Weise variieren, ist dabei bekannt aber insoweit unerheblich.

B.)

34 Ferner liegt ein Rechtsmangel vor.

35 Nach § 435 S.1 BGB ist eine Sache frei von Rechtsmängeln, wenn Dritte in Bezug auf die Sache keine oder nur die im Kaufvertrag übernommenen Rechte gegen den Käufer geltend machen können. Auch auf öffentlichem Recht beruhende Eingriffsbefugnisse, Beschränkungen und Bindungen, die die Nutzung der Kaufsache beeinträchtigen, können einen Rechtsmangel begründen (BGH U.v. 18.01.2017, VIII ZR 234/15). So liegt es auch hier.

36 Zwar ist es richtig, dass der Kläger sein Fahrzeug (noch) bestimmungsgemäß nutzen kann. 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, was unstrittig ist. 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).

37 Da der Kläger das Software-Update aber hat durchführen lassen, droht jedenfalls nach derzeitiger Sachlage kein Entzug der Betriebserlaubnis und keine Stilllegung, beseitigt aber letztlich den Mangel nicht (siehe dazu weiter unten).

- 38 Nach allem hat der Kläger Anspruch auf Nacherfüllung gemäß § 439 BGB und hat insoweit Nachlieferung verlangt. Dies zu Recht.
- C.)
- 39 Die gewählte Nacherfüllung durch Neulieferung eines Fahrzeuges ist nicht unverhältnismäßig.
- 40 Die Beklagte kann die Einrede der Unverhältnismäßigkeit der Nachlieferung im Verhältnis zur Nachbesserung gemäß § 439 Abs. 3 BGB nicht mit Erfolg geltend machen. Denn auf das Aufspielen des von VW bereitgestellten Software-Updates im Wege der Nachbesserung kann der Kläger nicht verwiesen werden, da auf diese nicht ohne erhebliche Nachteile für den Käufer zurückgegriffen werden kann (§ 439 Abs. 3 Satz 2, letzter Halbsatz BGB) und die gebotene Interessenabwägung im Rahmen des § 439 Abs. 3 BGB daher zugunsten des Klägers ausfällt.
- 41 Nach § 439 Abs. 3 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.
- 42 Selbst unter der Annahme zugunsten der Beklagten, die Kosten der Entwicklung des Softwareupdates seien - etwa als „sowieso“ aufgrund der Anforderungen des Kraftfahrt-Bundesamtes und der die Nachbesserung wünschenden Kunden anfallende Kosten - 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 Fahrzeuges gegenüber, fällt die Interessenabwägung zugunsten des Klägers aus.
- 43 Zunächst ist der Mangel von erheblicher Bedeutung. Selbst unter der Annahme, dass eine Verwendungseinschränkung des Fahrzeuges derzeit nicht besteht und die Mangelbeseitigung lediglich 100 € kosten würde, ist der Mangel erheblich. Denn im Rahmen dieser indiziellen Bedeutung müsste neben den Kosten für die Entwicklung auch der erhebliche für die Entwicklung und Zulassung des Software-Updates erforderliche zeitliche Aufwand von mehr als einem Jahr berücksichtigt werden, der schon für sich eine Unerheblichkeit ausschließt (so auch die Zivilkammer 1 des Landgerichts Hamburg, Urteil vom 16.11.2016, 301 O 96/16).

44 Es kommt im Ergebnis aber auch nicht auf die wirtschaftliche Argumentation an. Zu berücksichtigen ist vielmehr, dass derzeit unklar ist, ob das Softwareupdate auch auf lange Dauer technisch keine Nachteile mit sich bringt. Allein die Behauptung, das Kraftfahrtbundesamt habe nach sachkundiger Überprüfung keine Bedenken gehabt, besagt dazu nichts. Denn zum Einen kann sachlich nur geprüft worden sein, ob technisch nach kurzer Zeit noch keine Auswirkungen zu bemerken sind (über die langfristigen Folgen ist damit nichts gesagt und kann derzeit auch noch nichts gesagt werden, siehe dazu ferner unter D.) . Zum Anderen ist bei dieser unklaren Sachlage weiterhin offen, ob die vom Kraftfahrtbundesamt angeordnete Nachbesserung im kaufrechtlichen Verhältnis als ausreichend angesehen werden kann. All dies sind letztlich Umstände, die die gewählte Art der Nachbesserung, nämlich die Neulieferung, nicht als unverhältnismäßig erscheinen lassen. Schon der Umstand, dass eine Mangelbeseitigungsmaßnahme von der zuständigen Behörde geprüft und gefordert wird, zeigt, dass es sich nicht um einen unerheblichen Mangel handeln kann (so auch LG Aachen, Urteil vom 18.05.2016, 9 O 269/16).

D.)

45 Die Nachbesserung durch das Softwareupdate ist für den Kläger unzumutbar, wobei es nicht darauf ankommt, dass der Kläger das Software-Update inzwischen hat aufspielen lassen.

46 Es besteht der plausible Verdacht, dass das angebotene Softwareupdate keine ausreichende Nachbesserung ist. Die von Klägerseite zitierten technischen Bedenken sind jedenfalls auch einem Laien nachvollziehbar: Wenn die Softwaresnachbesserung nunmehr dazu führt, dass der Motor nur noch im Prüfstandmodus betrieben wird, das heißt, eine permanente Abgasrückführung erfolgt, so dürfte relativ klar sein, dass damit ein deutlich gesteigerter Verschleiß der betroffenen Motorteile einhergeht. Schon diese Befürchtung, die auch in der Öffentlichkeit umfangreich und kontrovers diskutiert wird, führt nach Ansicht des Gerichts zu einem deutlichen und auf unabsehbare Zeit verbleibenden Minderwert des Fahrzeuges, der auch durch eine sachverständige Überprüfung, die eigentlich nur durch Langzeittests erfolgen kann, nicht ausgeräumt werden kann.

47 Auch folgt hier eine Unzumutbarkeit der Nachbesserung aus der nachhaltigen Störung des Vertrauensverhältnisses zwischen Kläger und der Beklagten (zu den Grundsätzen: BGH v. 20.03.2010 VIII ZR 182/08). Der Käufer eines so mangelbehafteten Fahrzeuges befürchtet, dass die Nachbesserung durch ein einfaches Softwareupdate keinesfalls ausreichend sein kann, um die Mängel zu beheben, denn es wäre dann ja nicht nachvollziehbar, warum der Hersteller dieses einfache mit geringem Kosten verbundene Update nicht von vornherein eingebracht hätte. Aufgrund der erfolgten herstellerbedingten Täuschung ist ein solches Verhalten nachvollziehbar.

- 48 Im Rahmen der Frage der Unzumutbarkeit der Nachbesserung durch das Softwareupdate ist das Verhalten der Herstellerin auch der Beklagten zuzurechnen, weil nur die einzige Möglichkeit besteht, dieses Softwareupdate von der Herstellerin zu erhalten (vgl. dazu: LG Köln, Urt. v. 18.05.2017- 2 O 422/16; LG Krefeld, Urt. v. 14.09.2016, 2 O 83/16; LG Aachen, Urteil vom 18.05.2016, 9 O 269/16), denn unstreitig ist ein Softwareupdate nur unter Mitwirkung der Volkswagen AG möglich. Selbst wenn, was hier auch streitig ist, die Beklagte und die Volkswagen AG rechtlich als selbstständig zu betrachten sind, bleibt es für den Kläger auch im Rahmen des Vertragsverhältnisses mit der Beklagten unzumutbar, ein Softwareupdate als Nachbesserung zu akzeptieren, dessen Wirksamkeit nicht wissenschaftlich erwiesen ist und das jedenfalls auf unabsehbare Zeit mit einem Makel behaftet ist.
- 49 Die Beklagte kann hierbei auch nicht darauf verweisen, das Kraftfahrtbundesamt habe durch Akzeptieren der Nachbesserung durch das Softwareupdate und aufgrund öffentlich-rechtlichen Bescheids wirksam diese Art der Nachbesserung verfügt. Denn dabei handelt es sich lediglich um öffentlich-rechtliche Vorschriften, die letztlich kleine Auswirkungen im zivilrechtlichen Vertrag haben, unabhängig davon, ob die öffentlich-rechtliche Entscheidung verwaltungsgerichtlich und auch vor dem EuGH Bestand haben wird. Gerade die „Zwickmühle“, die sich einem geschädigten Käufer bietet, zeigt, dass die Nachbesserung durch ein technisch in der sachkundigen Öffentlichkeit angezweifelt Softwareupdate für den Verbraucher unzumutbar ist. Entweder der Kunde vertraut auf den Bescheid des Kraftfahrt-Bundesamtes mit dem Risiko, dass aufgrund Langzeittests das Softwareupdate eben doch nicht hinreichende Nachbesserung erbringt (sonst hätte der Hersteller dies sicher doch von Anfang an eingebaut und damit den gesamten Dieselabgasskandal verhindern können) oder der Kunde verweigert das Softwareupdate wegen der bestehenden Bedenken mit dem Risiko der Stilllegung des Fahrzeugs.
- 50 Bei dieser Sachlage kann dem Kläger auch nicht vorgeworfen werden, dass er das Software-Update hat aufspielen lassen. Er hat damit nicht die Nachbesserung im Sinne der zivilrechtlichen Vorschriften akzeptiert, sondern ist diesem Begehren lediglich aus öffentlich-rechtlichen Zwängen nachgekommen, weil er befürchtet hat, dass ansonsten das Fahrzeug aus öffentlich-rechtlichen Gründen stillgelegt wird. Ein Akzeptieren der Nachbesserung kann darin nicht gesehen werden.
- 51 Offen bleiben kann, ob nicht die Nachbesserung durch das Software-Update schon deswegen nicht hinreichend ist, weil es andere erheblich bessere und nachhaltigere Nachbesserungsmöglichkeiten gibt. Immerhin lässt sich nach den aktuellen Informationen aus einer Studie des Lehrstuhlinhabers für Verbrennungskraftmaschinen an der TU München, Georg Wachtmeister, das Problem praktisch für alle streitbefangenen Fahrzeugtypen durch die sogenannte SCR-Technik lösen mit einem allerdings höheren Aufwand von mindestens rund € 1.300,00 pro Fahrzeug (vgl. DER SPIEGEL, 4/2018, S. 67).

52 Ferner kann dem Käufer in einer solchen Fallkonstellation nicht vorgeworfen werden, er handele widersprüchlich, wenn er einerseits dem Softwareupdate als Nachbesserung des Herstellers nicht vertraut, andererseits aber wiederum ein Dieselfahrzeug im Wege der Nachlieferung verlangt (sowohl LG Paderborn, a.a.O.). Denn der maßgebliche Unterschied ist der, dass der Käufer, der sich auf ein Softwareupdate einlässt, nur noch eingeschränkte Gewährleistungsrechte hat (wenn überhaupt), bei einer Nachlieferung eines Neufahrzeuges aber wiederum die normale Neuwagengewährleistung besteht und der Käufer nach derzeitigem Sachstand ziemlich sicher sein kann, dass das Neufahrzeug ohne Mängel gerade auch der hier streitigen Art ausgeliefert werden wird. Es ist deshalb nach Ansicht des Gerichts nicht verwerflich, der höchst streitigen Nachbesserung des Herstellers im Rahmen des „Dieselabgas-Skandals“ nicht zu vertrauen, andererseits aber bei zeitlich nach dem Beginn des „Abgasskandals“ auf den Markt gekommenen Neufahrzeugen unter Berücksichtigung der neu laufenden Gewährleistungsfrist auf die Mangelfreiheit zu vertrauen.

E.)

53 Eine Nachlieferung ist auch nicht unmöglich im Sinne des § 275 Abs.1 BGB.

54 Vorliegend lag eine Gattungsschuld vor. Eine Ersatzlieferung wird erst dann unmöglich, wenn die gesamte Gattung untergegangen bzw. mangelhaft ist (Palandt/Weidenkaff, BGB, 77. 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. 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, 77. 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.“*

55 Der Motor des „Tiguan II“ hat 10 PS mehr (150 PS statt 140 PS) und erfüllt anstelle der EURO-Norm 5 die EURO-Norm 6. Weiterhin ist der „Tiguan II“ gegenüber dem „Tiguan I“, wie aus den von der Beklagten eingereichten Unterlagen ersichtlich ist, 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. Die Abweichungen optischer Art sind als gering zu bewerten. Auch die technischen Veränderungen sind nur leichter Natur letztlich nicht erheblich. Die Abweichungen zwischen den Modellen sind deshalb 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.

- 56 Zwar ist es richtig, dass die in Bezug genommenen Neuwagenbedingungen hier eine Klausel zugunsten des Verkäufers enthalten. Daraus lässt sich aber der allgemeine Grundsatz für dieses Kaufvertragsverhältnis ableiten, dass auch im Gegenzug der Verkäufer ihm zumutbare Änderungen der Leistungen erbringen muss. Das ist hier nach obigen Erörterungen der Fall.
- 57 Soweit die Beklagte darauf verweist, der „Tiguan II“ basiere auf einem neuen modularen Querbaukasten, 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 Änderungen vorliegt (so jedenfalls entgegen der von der Beklagten zitierten umfangreichen Rechtsprechung: LG Offenburg, Urteil vom 21.03.2017, 3 O 77/16; LG Paderborn, Urteil vom 24.11.2017, 6 O 36/17 neuerdings wohl auch dahin tendierend OLG Stuttgart in einem Hinweis in der Sache 3 U 133/17).
- F.)
- 58 Der Kläger schuldet der Beklagten keinen Wertersatz für die Nutzung des Fahrzeugs.
- 59 Gemäß § 474 Abs.2 S.1 BGB a.F. ist bei einem Verbrauchsgüterkauf kein Wertersatz für Nutzungen des Verbrauchers herauszugeben (im Zeitpunkt des Kaufs geltende Gesetzesänderung in Folge der Entscheidung des EuGH NJW 2008, 1433). Eine Abweichung von dieser klaren gesetzlichen und europarechtlichen Regelung ist nicht deshalb angezeigt, weil der Kläger das zurückzugebende Fahrzeug ohne jegliche mängelbedingte Einschränkung hat nutzen können, denn im Rahmen des Verbraucherrechtsschutzes ist gerade uneingeschränkt für alle Fälle geregelt, dass Nutzungen nicht herauszugeben sind.

G.)

60 Der Anspruch auf Nachlieferung ist auch nicht dadurch ausgeschlossen, dass der Hersteller im Wege „vertrauensbildender Maßnahmen“ die Bescheinigung gemäß Anlage B 10 und die Erklärung abgibt, wonach jedem Kunden für den Zeitraum von 24 Monaten (max. Fahrleistung 250.000 km) zugesagt werde, eventuellen Beschwerden im Zusammenhang mit den technischen Maßnahmen an den Dieselfahrzeugen nachzugehen. Denn die Bescheinigung gemäß Anlage B 10 zeigt nur, dass der Fahrzeug-Hersteller der Auffassung ist, mit dem Softwareupdate seien alle Probleme gelöst. Rechtlich verbindliche Erklärungen werden insoweit jedoch nicht abgegeben, so dass sich ein Käufer eines betroffenen Fahrzeuges hierauf nicht in zumutbarer Weise einlassen kann und muss.

2.)

61 Die Beklagte befindet sich mit der Rücknahme des Fahrzeugs zu Ziffer 1 im Verzug. Der Kläger hat mit Schreiben vom 16.01.2017 die Beklagte aufgefordert ihm ein Neufahrzeug zu liefern, was nach obigen Erörterungen auch problemlos möglich wäre. Die Beklagte hätte mithin das Fahrzeug des Klägers nach Fristablauf zurücknehmen müssen.

3.)

62 Die Beklagte schuldet dem Kläger die Freistellung von den durch die Beauftragung der Prozessbevollmächtigten der Klägerpartei entstandenen vorgerichtlichen Rechtsanwaltskosten in Höhe von 2.613,24 € gemäß §§ 280 Abs.1, Abs.2, 286 BGB. Zum Zeitpunkt der Entstehung dieser Kosten hatte der Kläger einen fälligen und durchsetzbaren Anspruch auf Nachlieferung eines unter Ziffer 1 genannten Fahrzeuges. Eine Mahnung war entbehrlich, da die Beklagte die Leistung ernsthaft und endgültig verweigert hatte.

4.)

63 Die Nebenentscheidungen beruhen auf §§ 91, 709 S.1, 2 ZPO.