

## Landgericht Kempten (Allgäu)

Az.: 13 O 808/16



**IM NAMEN DES VOLKES**

In dem Rechtsstreit

- Kläger -

Prozessbevollmächtigte:

Rechtsanwälte **Dr. Stoll & Sauer Rechtsanwaltsgesellschaft mbH**, Einsteinallee 1/1, 77933  
Lahr, Gz.: 5316/15 gr

gegen

- Beklagte -

Prozessbevollmächtigte:

Rechtsanwälte

wegen Pkw-Kauf u.a.

erlässt das Landgericht Kempten (Allgäu) - 1. Zivilkammer - durch den Vorsitzenden Richter am Landgericht Reichert, die Richterin am Landgericht Ammann und die Richterin am Landgericht Wilhelm aufgrund der mündlichen Verhandlung vom 01.02.2017 folgendes

### Endurteil

1. Die Beklagte wird verurteilt, an den Kläger 3.687,06 € zu zahlen.
2. Die Beklagte wird verurteilt, den Kläger von den durch die Beauftragung der Prozessbevollmächtigten des Klägers entstandenen vorgerichtlichen Rechtsanwaltskosten in Höhe von 398,65 € freizustellen, nebst Zinsen hieraus in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit 02.02.2017.

3. Im Übrigen wird die Klage abgewiesen.
4. Von den Kosten des Rechtsstreits haben der Kläger 92 % und die Beklagte 8 % zu tragen.
5. Das Urteil ist gegen Sicherheitsleistung in Höhe von 110 % des jeweils zu vollstreckenden Betrags vorläufig vollstreckbar.
6. Der Streitwert wird auf 44.370,61 € festgesetzt.

## Tatbestand

Mit vorliegender Klage begehrt der Kläger die Neulieferung eines Pkw VW Tiguan hilfsweise Minderung in Höhe von mindestens 7.400,00 €.

Der Kläger erwarb am 22.08.2011 mittels verbindlicher Bestellung einen neuen Pkw VW Tiguan Sport & Style 4Motion 2,0 I TDU 103 kW (140 PS), 7-Gang-Doppelkupplungsgetriebe DSG bei der Beklagten, einem VW-Vertragshändler, zu einem Kaufpreis von 36.870,61 €. Hinsichtlich der weiteren Details zu dem streitgegenständlichen Fahrzeug wird auf die verbindliche Bestellung (Anlage K 1) Bezug genommen. Das Fahrzeug wurde dem Kläger am 03.03.2012 übergeben.

In dem Pkw ist der Dieselmotor des Typs EA 189 eingebaut, dessen Motorsteuerungssoftware zur Optimierung der Stickstoff-Emissionswerte im behördlichen Prüfverfahren beigetragen hat. Hierbei erkennt die Software, ob sich das Fahrzeug in einer Prüfsituation, folglich auf einem Prüfstand zur Ermittlung der Emissionswerte, oder im üblichen Straßenverkehr befindet. Der Prüfsituation sind bestimmte Fahrbewegungen immanent, deren Abfolge das Fahrzeug erkennt. Die Software bewirkt, dass auf dem Prüfstand geringere Stickstoffwerte (NOx) ausgestoßen werden, als beim normalen Fahrbetrieb. Die Software entscheidet hierbei selbständig, in welchem Modus das Fahrzeug betrieben wird.

Das gegenständliche Fahrzeug wurde im Rahmen der Auflistung der technischen Daten mit der Euro-5-Abgasnorm angeboten. Die hierfür geltenden Grenzwerte erreicht das Fahrzeug nur, wenn die Software die Motorsteuerung automatisch so schaltet. Im tatsächlichen Betrieb bzw. ohne Einschreiten der Software, überschreitet das Fahrzeug die vorgegebenen Grenzwerte.

Mit Schreiben vom 21.01.2016 (Anlage K 2) forderte der Kläger, vertreten durch seinen anwaltlichen Vertreter die Beklagte auf, bis zum 03.03.2016 einen nach aktuellen Vorschriften zulassungsfähigen mangelfreien und vertragsgemäßen Neuwagen zu liefern.

Mit Schreiben vom 04.02.2016 (Anlage K 3) verwies die Beklagte den Kläger darauf, dass der Hersteller des Fahrzeugs derzeit ein Software-Update entwickle, das mit einem Arbeitsaufwand von unter einer Stunde aufgespielt werden könne.

Einen konkreten Zeitpunkt, an dem das Software-Update aufgespielt werden könne, teilte die Beklagte jedoch nicht mit.

Der Bescheid des KBA zur Freigabe des Updates für das klägerische Fahrzeug erging mit Wirkung zum 01.06.2016

Das Software-Update lies der Kläger bislang nicht aufspielen. Das Fahrzeug ist dennoch fahrbereit und verkehrssicher. Die EG-Typengenehmigung wurde dem Fahrzeug bislang nicht entzogen.

Die Beklagte hat die Einrede der Unverhältnismäßigkeit der gewählten Art der Nacherfüllung erhoben.

Der Kläger ist der Ansicht, das Fahrzeug ist mangelhaft, da eine Software eingebaut wurde, die in unzulässiger Weise den Ausstoß der Nox-Werte manipuliert.

Eine Nachbesserung sei nicht möglich und vor allem im Zeitpunkt des Nachbesserungsverlangens auch nach der Behauptung der Beklagten mangels Zulassung des Updates überhaupt nicht möglich gewesen.

Das Fahrzeug sei darüber hinaus auch erheblich wertgemindert, da ein Weiterverkauf erheblich

erschwert, wenn nicht gar unmöglich sei. Zudem sei nicht sichergestellt, dass es durch das Software Update nicht zu weiteren Schäden am Fahrzeug käme durch eine überdurchschnittliche Abnutzung verschiedener Verschleißteile, wodurch der Kläger zum einen mit weiteren Kosten rechnen müsse, zum anderen das Aufspielen des Software-Updates keine taugliche Nachbesserung darstelle.

Hinsichtlich der begehrten Neulieferung bestreitet der Kläger, nachdem er zunächst selbst vorgezogen hatte, dass das vom Kläger erworbene Fahrzeug in einer neuen Variante unter Verwendung eines neuen Motors, der den Anforderungen der Euro-6-Norm entspricht und mit veränderter PS-Zahl angeboten wird, nunmehr, dass es einen Modelwechsel gab.

Der Kläger ist jedoch der Ansicht, dass die Abweichungen beim Hubraum oder der PS-Zahl keine Rolle spielten, da es sich dennoch um ein Fahrzeug dieser Gattung handle.

Zudem ergäbe sich aus den Neuwagen-Verkaufsbedingungen, die der Bestellung, die dem Kaufvertrag zugrunde lag, dass sich der Hersteller Änderungen oder Abweichungen im Farbton, des Lieferumfanges im Rahmen des Zumutbaren vorbehält. Hinsichtlich der weiteren Einzelheiten wird Bezug auf die Neuwagen-Verkaufsbedingungen (Anlage K 1) genommen.

**Der Kläger hat nach einer ersten Änderung des Klageantrags Ziffer 3 nach Hinweis des Gerichts im Rahmen der mündlichen Verhandlung seine ursprüngliche Klage um einen Hilfsantrag, gerichtet auf Minderung erweitert und beantragt daher zuletzt:**

- 1. Die Beklagtenpartei wird verurteilt, der Klagepartei ein mangelfreies fabrikneues typengleiches Ersatzfahrzeug aus der aktuellen Serienproduktion des Herstellers mit identischer technischer Ausstattung wie das Fahrzeug VW Tiguan, FIN:   
 Zug um Zug gegen Rückübereignung des mangelhaften   
 Fahrzeugs VW Tiguan, FIN: nachzuliefern.**
- 2. Es wird festgestellt, dass sich die Beklagtenpartei mit der Neulieferung und mit der Rücknahme der im Klageantrag Ziffer 1 genannten Fahrzeuge in Verzug befinden.**

det.

3. Die Beklagtenpartei wird verurteilt, die Klagepartei von den durch die Beauftragung der Prozessbevollmächtigten der Klagepartei entstandenen vorgerichtlichen Rechtsanwaltskosten in Höhe von 1.530,63 freizustellen nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten seit Rechtshängigkeit.

Hilfsweise zu den Anträgen Ziffer 1 und Ziffer 2:

Die Beklagte wird verurteilt, an den Kläger einen Wertminderungsbetrag, dessen Höhe in das Ermessen des Gerichts gestellt wird, mindestens aber 7.400,00 € zu bezahlen.

Die Beklagte beantragt,

die Klage abzuweisen.

Die Beklagte ist der Ansicht, dass das Fahrzeug nicht mangelhaft ist. Die eingebaute Software stelle keinen Mangel dar, da das streitgegenständliche Fahrzeug technisch sicher sei, fahrbereit sei und über alle behördlichen Genehmigungen verfüge.

Die Beklagte behauptet, jedenfalls stelle das Aufspielen des Software-Updates eine geeignete und erfolgreiche Nachbesserung dar, so dass die begehrte Neulieferung ohnehin unverhältnismäßig wäre, im Übrigen, nachdem die Fahrzeuge der vom Kläger erworbenen Baureihe nicht mehr hergestellt werden, unmöglich sei. Die Beklagte behauptet insofern, dass das vom Kläger erworbene Fahrzeug der 1. Generation, Typ „5N“, seit Juni 2015 nicht mehr hergestellt wird. Aktuell bietet der Hersteller die streitgegenständliche Fahrzeugreihe VW Tiguan als Nachfolgemodell Typ „AD1“ an. Im Vergleich zum Fahrzeug der Klagepartei sei der damals verwendete Motor durch ein neues, den Anforderungen der Euro-6-Norm entsprechendes Aggregat ersetzt, ferner habe sich die PS-Zahl sowie der Aufbau der Karosserie verändert.

Nachdem bislang Einbrüche der Verkaufszahlen von Dieselfahrzeugen am Markt nicht feststell-

bar seien und das Software-Update nicht zu Folgeschäden führte, andernfalls eine Genehmigung des KBA nicht erteilt worden wäre, lägen auch die Voraussetzungen eines merkantilen Min-  
derwertes nicht vor.

Schließlich habe der Kläger keine angemessene Frist zur Nachbesserung gesetzt.

Das Gericht hat keinen Beweis erhoben.

Zur Ergänzung des Tatbestandes wird Bezug genommen auf die zwischen den Parteien ge-  
wechselten Schriftsätze nebst Anlagen und sonstiger Aktenteile, die bis zum Schluss der mündli-  
chen Verhandlung bzw. in nachgelassener Schriftsatzfrist bei Gericht eingegangen sind.

## Entscheidungsgründe

Die zulässige Klage ist im Hauptantrag unbegründet, im Hilfsantrag teilweise begründet. Dem  
Kläger steht demnach ein Anspruch auf Rückzahlung eines Betrages in Höhe von 3.687,06 €  
aus §§ 346, 433, 434, 437, 441 Abs. 4 BGB zu.

I.

Das Gericht hatte über die zuletzt gestellten Anträge des Klägers zu entscheiden. Bei der Klage-  
änderung mit Schriftsatz vom 04.10.2016 handelte es sich lediglich um eine Konkretisierung  
des Klageantrags Ziffer 3, die gemäß § 264 Nr. 2 ZPO stets zulässig ist.

Bei der Erweiterung der Klage um den hilfsweise gestellten Antrag im Rahmen der mündlichen  
Verhandlung lag ebenfalls eine zulässige Klageänderung im Sinne des §§ 263, 260 ZPO vor.

Die fehlende Einwilligung der Beklagten ist unerheblich, da das Gericht die Klageänderung für sachdienlich erachtet. Über die geänderten Anträge konnte aufgrund des bereits vorliegenden Streitstoffs entschieden werden, die zwischen den Parteien bestehenden Streitpunkte konnten abschließend erledigt werden.

II.

Das Landgericht Kempten (Allgäu) ist sachlich gemäß §§ 23, 71 GVG und örtlich gemäß §§ 12, 17 ZPO sowohl für den Haupt- als auch für den Hilfsantrag zuständig.

III.

Die Klage ist im Hauptantrag unbegründet. Der Kläger hat keinen Anspruch auf Neulieferung eines Pkw VW Tiguan gemäß §§ 433, 434, 437 Nr. 1, 439 BGB.

1.

Die Parteien schlossen einen Kaufvertrag über das gegenständliche Fahrzeug im Sinne des § 433 Abs. 1 BGB.

2.

Im Zeitpunkt des Gefahrübergangs war das gegenständliche Fahrzeug mangelhaft.

Die Mangelhaftigkeit des gegenständlichen Fahrzeugs ergibt sich sowohl aus § 434 Abs. 1 S. 1 BGB wie auch aus § 434 Abs. 1 S. 2 BGB.

a)

Der vom Kläger gekaufte Pkw weist nicht die vereinbarte Beschaffenheit im Sinne des § 434 Abs. 1 S. 1 BGB auf.

Als Beschaffenheit einer Sache iSv § 434 Abs. 1 BGB sind sowohl alle Faktoren anzusehen, die der Sache selbst anhaften, als auch alle Beziehungen der Sache zur Umwelt, die nach der Verkehrsauffassung Einfluss auf die Wertschätzung der Sache haben (BGH, NJW 2016, 2874, beck online; BGH, NJW 2013, 1948 Rn. 15; NJW 2013, 1671; Senat, Beschl. v. 26.8.2014 – VIII ZR 335/13, BeckRS 2014, 17609; OLG Koblenz, MDR 2012, 507 [508] = BeckRS 2012, 06811; ähnl. Staudinger/Matusche-Beckmann, BGB, Neubearb. 2013, § 434 Rn. 54; MüKoBGB/Westermann, 7. Aufl., § 434 Rn. 10; Reinking/Eggert, Der Autokauf, 12. Aufl., Rn. 2441, jew. mwN; enger hingegen Erman/Grunewald, BGB, 14. Aufl., § 434 Rn. 3).

Die Beschaffenheitsvereinbarung beruht auf der Fahrzeugbeschreibung, die die Sollbeschaffenheit des Fahrzeugs festlegt. Aus Sicht eines Kaufinteressenten werden solche Vorfeldangaben deshalb Grundlage einer Beschaffenheitsvereinbarung gemäß § 434 Abs. 1 S. 1 BGB (BGHZ 170, 86 = NJW 2007, 1346; BGH, NJW-RR 2011, 462; NJW 2012, 2723; NJW 2013, 1074; Reinking/Eggert, Der Autokauf, 12. Aufl. 2014, Rn. 2429; Palandt/Weidenkaff, BGB, 75. Aufl. 2016, § 434 Rn. 15; OLG Hamm, NJW-RR 2017, 49, beck-online).

Für eine derartige Beschaffenheitsvereinbarung ist weder erforderlich, dass die Beschaffenheitsvereinbarung selbst Rechtscharakter aufweist (OLG Hamm, NJW-RR 2017, 49 beck-online), noch ist es erforderlich, dass bestimmte Beschaffenheitsanforderungen ausdrücklich festgelegt werden. Eine solche Vereinbarung kann sich vielmehr auch aus den Umständen des Vertragsschlusses wie etwa dem Kontext der dabei geführten Gespräche oder den bei dieser Gelegenheit abgegebenen Beschreibungen ergeben (BGH, Urteil vom 17. März 2010 - VIII ZR 253/08, WM 2010, 990 Rn. 13).

Insbesondere kann die für eine Beschaffenheitsvereinbarung erforderliche Willensübereinstimmung auch konkludent in der Weise erzielt werden, dass der Käufer dem Verkäufer bestimmte Anforderungen an den Kaufgegenstand zur Kenntnis bringt und dieser zustimmt (Senatsurteil vom 20. Mai 2009 - VIII ZR 191/07, BGHZ 181, 170 Rn. 9 unter Hinweis auf BT-Drucks. 14/6040, S. 213). Ebenso ist der Gesetzgeber davon ausgegangen, dass in Fällen, in denen der Verkäufer bei Vertragsschluss die Eigenschaften der verkauften Sache in einer bestimmten Weise beschreibt und der Käufer vor diesem Hintergrund seine Kaufentscheidung trifft, die Erklärungen des Verkäufers ohne Weiteres zum Inhalt des Vertrages und damit zum Inhalt einer Beschaffenheitsvereinbarung werden (BT-Drucks. 14/6040, S. 212) (BGH Urt. v. 19.12.2012 – VIII ZR 96/12, BeckRS 2013, 1763, beck-online).

Danach wurde vorliegend zwischen den Parteien vereinbart, dass der NOx-Ausstoß innerhalb der Grenzwerte der Euro-5-Abgasnorm liegt und das Fahrzeug dieser Kategorie entspricht. Tatsächlich werden die maßgeblichen Grenzwerte nur durch das Eingreifen der Software in die Motorsteuerung erzielt, so dass tatsächlich das gegenständliche Fahrzeug nicht diese Vorgaben erfüllt und damit die vereinbarte Beschaffenheit nicht aufweist.

b)

Darüber hinaus liegt auch ein Sachmangel im Sinne des § 434 Abs. 1 S. 2 BGB vor.

Nach § 434 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 BGB ist der Kaufgegenstand frei von Sachmängeln, wenn er sich 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 verlangen kann. Zwar eignet sich das Fahrzeug trotz der eingebauten Software und der so manipulierten Abgaswerte für die gewöhnliche Verwendung.

Allerdings 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. Vielmehr stellt die Installation einer Manipulationssoftware, welche die korrekte Messung der Stickoxidwerte verhindert und im Prüfbetrieb niedrigere Ausstoßmengen vortäuscht, als sie tatsächlich entstehen, eine negative Abweichung von der üblichen Beschaffenheit vergleichbarer Fahrzeuge dar (OLG Hamm, Beschl. v. 21.06.2016 - 28 W 14/16, (PKH-Verf.), juris Rn. 28; vgl. OLG Celle, Beschl. v. 30.06.2016 - 7 W 26/16, (PKH-Verf.), juris Rn. 6; LG Krefeld, Urt. v. 14.09.2016 - 2 O 83/16, juris Rn. 22; LG Krefeld, Urt. v. 14.09.2016 - 2 O 72/16, juris Rn. 22; LG Oldenburg, Urt. v. 01.09.2016 - 16 O 790/16, juris Rn. 26; LG Lüneburg, Urt. v. 02.06.2016 - 4 O 3/16, Pkt. B.1.a); LG Braunschweig, Urt. v. 12.10.2016 - 4 O 202/16, Rn. 19; von denjenigen, die Ansprüche aus anderen Gründen verneint haben: LG Paderborn, Urt. v. 17.05.2016 - 2 O 381/15, juris Rn. 16; LG Paderborn, Urt. v. 09.06.2016 - 3 O 23/16, juris Rn. 27; LG Dortmund, Urt. v. 12.05.2016 - 25 O 6/16, juris Rn. 26; LG Münster, Urt. v. 14.03.2016 - 11 O 341/15, juris Rn. 18; LG Bochum, Urt. v. 16.03.2016 - 2 O 424/15, juris Rn. 17; LG Frankenthal, Urt. v. 12.05.2016 - 8 O 208/15, juris Rn. 21; offengelassen von: LG Düsseldorf, Urt. v. 23.08.2016 - 6 O 413/15, juris Rn. 21; LG Bielefeld, Urt. v. 02.05.2016 - 3 O 318/15; LG München I, Urt. v. 14.04.2016 - 23 O 23033/15, juris Rn. 23).

Ein Durchschnittskäufer eines Neufahrzeuges kann davon ausgehen, dass die gesetzlich vorgegebenen und im technischen Datenblatt aufgenommenen Abgaswerte nicht nur deshalb eingehalten und entsprechend attestiert werden, weil eine Software installiert worden ist, die dafür sorgt, dass der Prüfstandlauf erkannt und über entsprechende Programmierung der Motorsteuerung in gesetzlich unzulässiger Weise insbesondere der Stickoxidausstoß reduziert wird. Insoweit resultiert die Mangelhaftigkeit nicht etwa daraus, dass die unter Laborbedingungen (Prüfstandlauf) gemessenen Werte im alltäglichen Straßenverkehr nicht eingehalten werden, sondern basiert darauf, dass der Motor die Vorgaben im Prüfstandlauf nur aufgrund der manipulierten Software einhält (LG Münster, Urteil vom 14. März 2016 - 11 O 341/15, 011 O 341/15).

Dies stellt einen Mangel im Sinne des § 434 Abs. 1 S. 2 BGB dar (so im Ergebnis auch: OLG Celle, Beschluss vom 30. Juni 2016 - 7 W 26/16).

c)

Der Mangel des streitgegenständlichen Fahrzeugs lag bereits im Zeitpunkt des Gefahrübergangs vor.

3.

Allerdings ist ein Anspruch des Klägers auf Neulieferung des gegenständlichen Fahrzeugs nicht gegeben, da die Lieferung eines Neufahrzeugs der Beklagten gemäß § 275 Abs. 1 BGB unmöglich ist.

a)

Der Nachlieferungsanspruch stellt einen modifizierten Erfüllungsanspruch dar (OLG München NJW 2006, 449 (450); Canaris JZ 2003, 831, 836; Haas NJW 1992, 2389, 2392; ders. BB 2001, 1313, 1315; Ehmann/Sutschet (Fn. 17) S. 200 f.; dies. JZ 2004, 62 (63); P. Huber, in: Huber/Faust (Fn. 38) Kap. 13 Rn. 45; ders. NJW 2002, 1004 (1005); Lorenz/Riehm (Fn. 38) Rn. 504; AnwK-BGB/Büdenbender § 439 Rn. 2; MüKo/Emmerich (Fn. 5) § 320 Rn. 6; Bamberger/Roth/Faust (Fn. 5) § 439 Rn. 6; Lorenz NJW 2002, 2497; ders. NJW 2006, 1175; Reinicke/Tiedtke (Fn. 5) Rn. 408; Tiedtke/Schmitt DStR 2004, 2016 (2019); Oechsler NJW 2004, 1825 f.; Ball NZV 2004, 217(218); Scherer NZI 2002, 356 (361); Arnold DStR 2002, 1049

(1051)) und kann damit nicht weiter reichen, als der ursprüngliche Erfüllungsanspruch.

Bei der Lieferung einer mangelfreien Sache decken sich, wie schon aus der gesetzlichen Formulierung hervorgeht, der Nacherfüllungsanspruch und der ursprüngliche Erfüllungsanspruch hinsichtlich der vom Verkäufer geschuldeten Leistungen; es ist lediglich an Stelle der ursprünglich gelieferten mangelhaften Kaufsache nunmehr eine mangelfreie – im Übrigen aber gleichartige und gleichwertige – Sache zu liefern. Die Ersatzlieferung erfordert daher eine vollständige Wiederholung der Leistungen, zu denen der Verkäufer nach § 433 Abs.1 und 2 BGB verpflichtet ist; der Verkäufer schuldet nochmals die Übergabe des Besitzes und die Verschaffung des Eigentums an einer mangelfreien Sache – nicht weniger, aber auch nicht mehr. Denn mit der Nacherfüllung soll nach der gesetzgeberischen Konzeption lediglich eine nachträgliche Erfüllung der Verkäuferpflichten aus § 433 Abs. 1 BGB durchgesetzt werden; der Käufer soll mit der Nacherfüllung das erhalten, was er vertraglich zu beanspruchen hat (BT-Dr 14/6040, S. 221; BGHZ 162, 219 [227] = NJW 2005, 1348, BGH, NJW 2008, 2837, beck-online).

b)

Der Kläger hatte gemäß dem zwischen den Parteien geschlossenen Kaufvertrag einen Anspruch auf Lieferung eines VW Tiguan Sport & Style 4MOTION 2,0 I TDI 103 kW (140 PS) 7-Gang-Doppelkupplungsgetriebe DSG, 103 kW des Modell-Bestellschl. 5N2239 in der bestellten Ausstattungsvariante.

Ein möglicher Nachlieferungsanspruch des Klägers muss damit eine gleichwertige und gleichartige Sache zum Gegenstand haben.

c)

Die Lieferung eines Neufahrzeugs ist eine (individualisierte) Gattungsschuld. Die gesamte Gattung des streitgegenständlichen Fahrzeugs ist untergegangen, so dass eine Neulieferung für die Beklagte unmöglich im Sinne des § 275 Abs. 1 BGB ist.

aa)

Die vom Kläger erworbene Modellreihe wird nicht mehr vom Fahrzeughersteller hergestellt. Ein Neufahrzeug der vom Kläger im Jahr 2011 erworbenen Fahrzeugserie VW Tiguan existiert da-

mit nicht mehr, die gesamte Gattung ist somit untergegangen.

Aufgrund des Untergangs der gesamten Gattung des streitgegenständlichen Fahrzeugs ist die Neulieferung eines solchen Fahrzeugs für die Beklagte unmöglich im Sinne des § 275 Abs. 1 BGB, da die Lieferung eines Nachfolgemodells nicht einem gleichwertigen und gleichartigen Fahrzeug entspricht, sondern eine über den ursprünglichen Erfüllungsanspruch hinausgehende Leistung darstellen würde (so auch LG Bayreuth, Urteil vom 04.01.2017 – Az.: 21 O 34/16).

Aufgrund der Unmöglichkeit der Nachlieferung, wird die Beklagte von der Verpflichtung zur Nachlieferung befreit, § 275 Abs. 1 BGB.

bb)

Sofern die Klagepartei im Schriftsatz vom 18.01.2017 (Bl. 297 d. A.) nunmehr bestreitet, dass es einen Modellwechsel bezüglich des streitgegenständlichen Fahrzeugs gab, steht dieses pauschale Bestreiten im Widerspruch zu den Ausführungen der Klagepartei in der Klageschrift vom 24.05.2016 (Bl. 37 d. A.), wonach die Klagepartei selbst ausführt, dass das streitgegenständliche Fahrzeug nicht mehr hergestellt wird, sondern eine neue Variante dieses Pkw hergestellt wird, wobei die Klagepartei die vorgenommenen Änderungen detailliert vorträgt.

Das Gericht verkennt in diesem Zusammenhang nicht, dass eine Partei nicht gehindert ist, ihr Vorbringen im Laufe des Rechtsstreits zu ändern, insbesondere zu präzisieren, zu ergänzen oder zu berichtigen (BGH NJW-RR 1995, 1340; 2000, 208; Senat, Ur. v. 08.04.2005 – 10 U 5279/04 = DAR 2005, 684, stRspr., zuletzt Ur. v. 14.03.2014 – 10 U 679/13 [juris, dort Rz. 52] *Schneider*, Beweis und Beweiswürdigung, 5. Aufl. 1994, Rz. 101). Der Umstand, dass der Vortrag zu dem eigenen früheren Vortrag in Widerspruch steht, kann aber im Rahmen der Verhandlungswürdigung nach § 286 Abs. 1 ZPO Beachtung finden (BGH NJW-RR 2000, 208; OLG Rostock OLG-NL 2004, 118 [120]; OLG München, Ur. v. 14.03.2014 – 10 U 679/13 [juris, dort Rz. 52] *Hohlweck* JuS 2001, 584 [585]). Wechselnder Vortrag kann dabei als Anpassung an die jeweilige Beweislage verstanden werden und verliert dann an Überzeugungskraft (OLG Hamm, Ur. v. 08.06.2006 – 18 U 163/05 [juris, dort Rz. 90]; OLG München, Ur. v. 14.03.2014 – 10 U 679/13 [juris, dort Rz. 52]).

Ebenso ist zu berücksichtigen, dass die Klagepartei ihren zunächst substantiierten Vortrag dahingehend ändert, dass der substantiierte und zunächst in Übereinstimmung mit dem Vortrag der Klagepartei stehende Vortrag der Beklagten nunmehr pauschal bestritten wird.

Gemäß § 138 Abs. 2 ZPO besteht jedoch eine Erklärungslast jeder Partei über die von ihrem

Gegner behaupteten Tatsachen. Tatsachen, die nicht ausdrücklich bestritten werden, sind als zugestanden anzusehen, wenn nicht die Absicht, sie bestreiten zu wollen, aus den übrigen Erklärungen der Partei hervorgeht, § 138 Abs. 3 ZPO. Die Erklärungslast ist in Bestehen und Umfang davon abhängig, wie die darlegungspflichtige Partei vorgetragen hat (BGH NJW 1999, 1404, 1405; Zöller, ZPO, 29. Aufl. 2012, § 138, Bearb.: Greger, Rn. 8a). Die erklärungsbelastete Partei hat deshalb, wenn ihr Vortrag beachtlich sein soll, auf die substantiierten Behauptungen ihres Prozessgegners grundsätzlich substantiiert, also mit positiven Angaben, zu erwidern (BGH NJW 2010, 1357, 1358 Musielak, ZPO, 8. Aufl. 2011, § 138 Rn. 10; Zöller-Greger a. a. O.). Hieraus folgt, dass ein substantiiertes Vorbringen grundsätzlich nicht pauschal bestritten werden kann (BGH a. a. O.; OLG Hamm: 24 U 61/11 vom 27.03.2012).

Das pauschale Bestreiten der Klagepartei, es habe bezüglich des klägerischen Fahrzeugs keinen Modellwechsel gegeben, vor allem unter Berücksichtigung dessen, dass dieser Vortrag mit dem substantiierten Vortrag der Klagepartei in der Klageschrift im Widerspruch steht und auch nicht der Realität im Pkw-Handel entspricht, ist daher gemäß § 138 Abs. 3 ZPO unbeachtlich.

c)

Dem Eintritt der Unmöglichkeit steht auch nicht entgegen, dass in den Lieferbedingungen, die der verbindlichen Bestellung zugrunde lagen (Anlage K 1), unter Ziffer IV. 6. sich der Verkäufer während der Lieferzeit Konstruktion- oder Formänderungen, Abweichungen im Farbton sowie Änderungen des Lieferumfangs seitens des Herstellers vorbehält, sofern, die Änderungen oder Abweichungen unter Berücksichtigung der Interessen des Verkäufers für den Käufer zumutbar sind.

Es kann insofern dahinstehen, ob die Neuwagen-Verkaufsbedingungen, wirksam in den Vertrag einbezogen wurde, was nicht einmal die Klagepartei behauptet hat, denn jedenfalls ist diese Klausel dahingehend einschränkend zu verstehen, dass sie nicht zur Lieferung eines aliuds berechtigt (vgl. KG, NJW-RR 2012, 506, 507 betroffen war eine abweichende Schadstoffklasse und eine veränderte Motorleistung). Damit deckt diese Klausel jedoch gerade nicht die Lieferung einer anderen Baureihe ab, so dass bereits aus diesem Grund der Kläger keine Rechte aus der Klausel ableiten kann. Schließlich ist die Anwendung der Klausel nur auf Änderungen während der Lieferzeit beschränkt und erfasst damit schon nicht den geltend gemachten Anspruch des Klägers.

Die Klage ist damit im Hauptantrag unbegründet. Der Kläger hat keinen Anspruch auf Nachlieferung eines neuen Fahrzeugs aus der aktuellen Produktion. Insoweit war die Klage abzuweisen.

4.

Damit ist aber auch der Antrag auf Feststellung, dass die Beklagte sich im Annahmeverzug befindet, unbegründet und war abzuweisen.

III.

Der Kläger hat jedoch einen Anspruch auf Rückzahlung des Kaufpreises in Höhe von 3.687,06 € (10 % des Neuwagenpreises) gemäß §§ 346, 433, 434, 437, 441 Abs. 4 BGB.

1.

Es war zulässig einen unbestimmten Klageantrag zu stellen und die Höhe des Minderungsbetrages ins Ermessen des Gerichts zu stellen. Darzulegen ist bei zulässigerweise unbezifferten Zahlungsklageanträgen die Größenordnung des erstrebten Betrages und Schätzungsgrundlagen. Diese Voraussetzung hat der Kläger erfüllt.

Da zur Ermittlung des angemessenen Minderungsbetrages die Schätzung durch das Gericht zulässig ist (§ 441 Abs. 3 Satz 2 BGB), ist daher ein unbestimmter Klageantrag zulässig, solange er eine Größenordnung enthält.

2.

Die Parteien haben einen wirksamen Kaufvertrag über das gegenständliche Fahrzeug geschlossen (sh. II. 1).

Das Fahrzeug ist mangelhaft. Der Mangel lag bereits im Zeitpunkt des Gefahrübergangs vor (sh. II. 2).

3.

Der Kläger hat der Beklagten mit Schreiben eine Frist zur Nachlieferung gesetzt. Eine Frist zur Nachbesserung wurde der Beklagten zu keinem Zeitpunkt gesetzt.

Eine Fristsetzung war jedoch im vorliegenden Fall entbehrlich, nachdem die Nacherfüllung unmöglich ist, §§ 326 Abs. 5, 275 Abs. 1 BGB.

a)

Es kann vorliegend dahinstehen, ob im Rahmen des § 326 Abs. 5 BGB auf den Zeitpunkt des Nachbesserungsverlangens oder auf den Zeitpunkt der Rücktrittserklärung abzustellen ist, wobei im vorliegenden Fall zum Zeitpunkt des Nachbesserungsverlangens jedenfalls auch nach den Angaben der Beklagten im Schreiben vom 04.02.2016 (Anlage K 3) es nicht möglich war, das von der Beklagten als Nachbesserung in Aussicht gestellte Software-Update aufzuspielen, da dieses jedenfalls für das streitgegenständliche Fahrzeug erst am 01.06.2016 zugelassen wurde, und damit im Zeitpunkt des Nachbesserungsverlangens bzw. innerhalb einer angemessenen Frist jedenfalls nicht zur Verfügung stand.

b)

Aber auch der Umstand, dass ein von der Beklagten angebotenes Software-Update seit dem 01.06.2016 von der KBA zugelassen wurde, ändert an dem Umstand, dass eine Nachbesserung des Fahrzeugs des Klägers im Sinne einer Beseitigung aller Mängel unmöglich ist, nichts.

Die Nachbesserung muss ohne jede Einschränkung zu einem vertragsgemäßen Zustand der Sache führen. Es reicht also nicht aus, wenn die Kaufsache deutliche Spuren der Reparatur- oder Austauschmaßnahmen des Verkäufers aufweist oder wegen verbliebener und nicht behebbarer Umstände auch in Zukunft Nachbesserungsmaßnahmen nötig sind (MüKoBGB/Westermann BGB § 439 Rn. 9-11, beck-online).

Das Aufspielen des Software-Updates ist nicht geeignet, den Mangel vollständig zu beseitigen.

Es kommt hierbei nicht darauf an, ob das Software-Update geeignet ist, in technischer Hinsicht den Mangel dahingehend zu beseitigen, dass das Fahrzeug nunmehr auch ohne manipulativen Eingriff in die Motorsteuerung die Grenzwerte der Euro-5-Abgasnorm einhält ohne anderweitige

technische Nachteile zu erleiden, da das klägerische Fahrzeug jedenfalls weiterhin mangelhaft ist, da auch durch das Aufspielen des Software-Updates es bei der Eigenschaft des Fahrzeugs als ein solches Fahrzeug, dass von dem sog. „Abgasskandal“ betroffen war, verbleibt. Dieser dem Fahrzeug anhaftende Eigenschaft kann nicht durch das Aufspielen des Software-Updates beseitigt werden, so dass ein Makel an dem Fahrzeug verbleibt.

Auch muss berücksichtigt werden, dass der sog. „Abgasskandal“ Gegenstand breiter öffentlicher Wahrnehmung und Diskussion ist, einschließlich der Nachbesserungsversuche von Herstellerseite. Bereits das Bestehen eines naheliegenden Risikos eines bleibenden merkantilen Minderwerts ist ausreichend. (so im Ergebnis auch OLG Hamm, Urteil vom 09.02.2012 - I-28 U 186/10 LG München I, Urteil vom 14. April 2016 - 23 O 23033/15 -, Rn. 46, zitiert nach juris, LG Oldenburg Ur. v. 1.9.2016 – 16 O 790/16, BeckRS 2016, 15963, beck-online).

Folglich stellt die von der Beklagten angebotene Form der Nachbesserung keine taugliche Nachbesserung dar, ohne, dass es darauf ankommt, ob das Software-Update aus technischer Sicht den Mangel beseitigen kann ohne, dass es zu Folgeschäden an dem Fahrzeug kommt.

Da auch eine anderweitige Beseitigung des Mangels nicht ersichtlich ist, ist die Nachbesserung unmöglich, § 275 Abs. 1 BGB, eine erforderliche Fristsetzung nach § 326 Abs. 5 BGB war damit entbehrlich.

4.

Der Kläger hat konkludent die Minderung durch die Erhebung des hilfsweise gestellten Antrags erklärt.

5.

Der Minderungsbetrag richtet sich nach dem Satz, um den das Fahrzeug im Geschäftsleben als geringer wertig angesehen wird.

Dieser Betrag ist, nachdem vorliegend eine Möglichkeit den Makel „Abgasskandal“ zu beseitigen nicht besteht, so dass sich der Minderungsbetrag weder nach der Proportionalmethode noch mit Hilfe der Reparaturkosten noch über eine Mehrbelastung des Käufers bestimmen lässt, nach § 441 Abs. 3 S. 2 BGB, § 287 ZPO zu schätzen.

Das Gericht kann diese Schätzung auch ohne Einholung eines Sachverständigengutachtens

selbst vornehmen, weil es über eine ausreichende eigene Sachkunde verfügt. Es ist aufgrund seines Aufgabenzuschnittes langjährig und mit einer Vielzahl von Streitigkeiten auf dem Gebiet des Kaufs oder Verkaufs von Kraftfahrzeugen bzw. mit Schäden an Fahrzeugen befasst.

Die Reichweite des „Abgasskandals“ und die hieraus resultierende allgemeine negative Stimmung, bezogen auf die unter Verwendung einer manipulativen Software produzierten Fahrzeuge ist hinlänglich allgemein bekannt. Das Gericht ist überzeugt, dass sich dies bei Verkaufsverhandlungen spürbar negativ auf den erzielbaren Preis auswirken wird.

Das Gericht erachtet hier den verbleibenden Minderwert, der dem Fahrzeug als Makel verbleibt, bei einem Satz von 10 % des Kaufpreises.

Maßgeblich war insoweit ein Vergleich mit anderen Mängeln, bei Neufahrzeugen, bei denen Mängel allgemein als gravierend anzusehen sind.

Unter Berücksichtigung dessen setzt das Gericht den Minderungsbetrag auf 3.687,06 € fest.

Einen höheren Betrag kann der Kläger nicht beanspruchen.

#### IV.

Der Kläger kann ebenfalls Freistellung von seinen vorgerichtlich entstandenen Rechtsanwaltskosten in Höhe von 398,65 € verlangen.

Der Anspruch folgt aus § 439 Abs. 2 BGB. Danach muss der Verkäufer die zum Zwecke der Nacherfüllung erforderlichen Aufwendungen tragen. Die Aufzählungen in § 439 Abs. 2 BGB sind nicht abschließend. Ersatzfähig sind alle erforderlichen Aufwendungen, so auch die erforderlichen Rechtsanwaltskosten (BGH NJW-RR 1999, 813; Weidenkaff, in: Palandt, § 439 Rn. 11).

Der Anspruch berechnet sich jedoch aus einem Geschäftswert von bis zu 4.000,00 €, nachdem der Kläger mit einem Betrag von 3.687,06 € obsiegt, so dass ein Anspruch in Höhe von 398,65 € besteht.

Der Kläger kann damit die Freistellung von den vorgerichtlichen Rechtsanwaltskosten in Höhe von 398,65 € verlangen.

Der Anspruch auf die geltend gemachten Zinsen ergibt sich aus § 291 ZPO.

V.

Die Entscheidung über die Kosten beruht auf § 92 Abs. 1 ZPO. Die Entscheidung über die vorläufige Vollstreckbarkeit beruht auf § 709 S. 2 ZPO.

gez.

Reichert  
Vorsitzender Richter  
am Landgericht

Ammann  
Richterin  
am Landgericht

Wilhelm  
Richterin  
am Landgericht

Verkündet am 29.03.2017

gez.  
Mundl, JHSekr'in  
Urkundsbeamtin der Geschäftsstelle