



Im Namen des Volkes

Urteil

In dem Rechtsstreit

- Kläger -

Prozessbevollmächtigter:

Rechtsanwalt **Thomas Schmidt**, Schillerstraße 4, 14532 Kleinmachnow

gegen

Volkswagen Automobile Berlin GmbH, vertreten d.d. Geschäftsführer **Andreas Wappler**,
Oberlandstraße 40 - 41, 12099 Berlin

- Beklagte -

Prozessbevollmächtigte:

Rechtsanwälte **Frankfurth, Tillack, Hörz**, Neue Kantstraße 14, 14057 Berlin, Gz.: 00121/17
Ti/WAB/Sm

hat das Landgericht Berlin - Zivilkammer 22 - durch den Richter am Landgericht Pechan als Einzelrichter am 19.03.2019 aufgrund der mündlichen Verhandlung vom 05.02.2019 für Recht erkannt:

1. Die Beklagte wird verurteilt, an den Kläger ein fabrikneues, typengleiches Fahrzeug mit gleicher oder gleichwertiger Sonderausstattung wie bei dem Fahrzeug „VW Touran Comfortline BlueMotion Technology 1,6 L TDI“ mit der Fahrzeugidentifikationsnummer (FIN) _____ nachzuliefern, insbesondere mit folgender Ausstattung gemäß der dem Urteil beigelegten Bestellung vom 26.1.2015

- BlueMotion Technology 1,6 L TDI

- 6-Ganggetriebe

- Bordwerkzeug und Wagenheber
- RCD 310 Ausstattung
- Dachreling Silber
- Ganzjahresreifen
- Klimaanlage
- Multimediabuchse mit USB Adapterkabel
- Nebelscheinwerfer mit Abbiegelicht
- Netztrennwand
- Parkassistent für Front und Heckbereich
- Reserverad
- Top Paket

und zwar aus der aktuellen Serienproduktion des Herstellers, Zug um Zug gegen Rückübergang des mangelhaften Fahrzeugs mit der Fahrzeugidentifikationsnummer _____ Erstzulassung 11.3.2015.

2. Es wird festgestellt, dass sich die Beklagte mit der Rücknahme des im Tenor zu 1. genannten Fahrzeugs in Annahmeverzug befindet.
3. Die Beklagte wird verurteilt, an den Kläger 2.077,74 € nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem jeweiligen Basiszinssatz seit dem 2.12.2017 zu zahlen.
4. Es wird festgestellt, dass die Beklagte verpflichtet ist, dem Kläger die künftig notwendigen Erhaltungskosten für den im Antrag zu 1. genannten Pkw zu erstatten.
5. Es wird festgestellt, dass die Beklagte verpflichtet ist, dem Kläger Schadensersatz zu zahlen für künftige weitere Schäden, die aus der Manipulation des im Klageantrag zu 1. genannten Pkw noch entstehen werden, und zwar bis zur Rückgabe und Neulieferung gemäß dem Tenor zu 1.
6. Im übrigen wird die Klage abgewiesen.

7. Die Beklagte hat die Kosten des Rechtsstreits zu tragen.
8. Der Tenor zu 1. ist gegen Sicherheitsleistung in Höhe von 9.500,- € und die Tenöre zu 3. und 6. sind gegen Sicherheitsleistung in Höhe des jeweils beizutreibenden Betrages vorläufig vollstreckbar.

Tatbestand

Der Kläger nimmt die Beklagte, eine Vertragshändlerin der Volkswagen AG, auf Ersatzlieferung eines Neufahrzeugs aus der aktuellen Serienproduktion in Anspruch, und zwar Zug um Zug gegen Rückübereignung des ihm nach Abschluss des Kaufvertrags übereigneten Neufahrzeugs. Darüber hinaus begehrt er die Feststellung des Annahmeverzug der Beklagten, die Feststellung der Verpflichtung der Beklagten die künftigen notwendigen Erhaltungskosten für den Pkw zu tragen und die Feststellung der Verpflichtung der Beklagten künftige weitere Schäden zu ersetzen, die aus der Manipulation des PKW bis zur Rückgabe und Neulieferung noch entstehen.

Der Kläger kaufte von der Beklagten auf der Grundlage der verbindlichen Bestellung vom 26.1.2015 den am 11.3.2015 erstmals zugelassenen VW Touran Comfortline BlueMotion Technology 1,6 I TDI mit der Fahrgestellnummer _____ für 27.178,60 €.

Wegen der weiteren Einzelheiten dieses Kaufvertrages wird auf die Bestellung vom 26.1.2015 Bezug genommen. Das Fahrzeug wurde dem Kläger am 31.3.2015 in Wolfsburg bei der Volkswagen AG übergeben.

Das streitgegenständliche Fahrzeug ist mit einem von der Volkswagen AG hergestellten Dieselmotor des Typs EA 189 ausgestattet. In die Motorsteuerung baute die Volkswagen AG eine Software ein, die erkennt, ob sich das Fahrzeug in einer standardisierten Testsituation, d.h. auf dem Prüfstand, befindet. In diesem Fall schaltet sie auf einen Modus, in dem die Abgasrückführung höher ist (= Modus 1), mit der Folge, dass der gemessene Stickstoffausstoß geringer ist als im normalen Fahrbetrieb (= im Modus 0).

Das Kraftfahrtbundesamt erkannte in der streitgegenständlichen Software eine unzulässige Abschaltvorrichtung im Sinne der Art. 5 Abs. 2, Art. 3 Nr. 10 der Verordnung (EG) Nr. 715/2007 und gab der Volkswagen AG mit Bescheid vom 14.10.2015 (vgl. B 10) auf, die unzulässige Abschaltvorrichtung zu entfernen und geeignete Maßnahmen zur Wiederherstellung der Vorschriftsmäßigkeit zu ergreifen. Mit Schreiben an die Volkswagen AG vom 3.11.2016 (B 10) bestätigte das Kraftfahrt-Bundesamt, dass die von der Volkswagen AG für die betroffenen

Fahrzeuge dem Kraftfahrt-Bundesamt vorgestellte Änderung der Applikationsdaten geeignet sei, die Vorschriftsmäßigkeit der genannten Fahrzeuge herzustellen. Die Volkswagen AG kündigte in der Folgezeit eine nachträgliche Anpassung aller betroffenen Fahrzeuge durch die Vornahme eines Software-Updates an. Der Kläger wurde im Dezember 2016 von der Volkswagen AG aufgefordert ein Softwareupdate durchführen zu lassen. Einen auf den 30.3.2017 angesetzten Termin zur Durchführung des Softwareupdates hat der Kläger nicht wahrgenommen. Die Beklagte hat dem Kläger im Rahmen dieses Rechtsstreits mit Schriftsatz vom 16.7.2018 die Durchführung des Softwareupdates angeboten und ihn aufgefordert, sein Fahrzeug hierfür vorzustellen. Ob das Softwareupdate durchgeführt worden ist, ist zwischen den Parteien streitig.

Auch ohne das Softwareupdate war das streitgegenständliche Fahrzeug fahrbereit; die Typengenehmigung ist nicht entzogen worden.

Die Beklagte lehnte Gewährleistungsansprüche des Klägers mit Schreiben ihrer jetzigen Prozeßbevollmächtigten vom 6.4.2017 (Bl. 141 Bd. III d.A.) ab, da schon kein Sachmangel vorläge. Gleichzeitig ließ sie mitteilen, daß der Kläger am 4.11.2016 das angebotene Softwareupdate habe durchführen lassen.

Die Beklagte erhebt die Einrede der Verjährung - jedoch nicht in Bezug auf die eingebaute Software, die den Stickoxidausstoß im Prüfstand beeinflusst.

Mit der Klage begehrt der Kläger nunmehr insbesondere die Ersatzlieferung eines Neufahrzeugs aus der aktuellen Serienproduktion der Volkswagen AG.

Der Kläger behauptet, mit vorgerichtlichem Schreiben seines jetzigen Prozeßbevollmächtigten vom 29.3.2017 (Blatt 140 Bd. III der Akte) habe er die Beklagte zur mangelfreien Nachbesserung binnen 2 Wochen aufgefordert und für den Fall des erfolglosen Ablaufs der Frist den Anspruch auf Nacherfüllung durch Lieferung eines Neufahrzeugs aus der aktuellen Serienproduktion der Volkswagen AG geltend gemacht. Darauf habe die Beklagte mit Schreiben ihrer jetzigen Prozessbevollmächtigten vom 6.4.2017 (Blatt 141 Bd. III der Akte) reagiert. Das Softwareupdate habe er nicht durchführen lassen. Das Software-Update stelle nämlich keine erfolgreiche Mängelbeseitigung dar. Auch nach Durchführung des Software-Updates lägen die Stickoxidwerte des streitgegenständlichen Fahrzeugs über den zulässigen Grenzwerten. Zudem führe die Durchführung des Software-Updates bei vielen Fahrzeugen zu unbehebbaaren Motorproblemen. Das Zulassungsamt habe ihm wegen des nicht durchgeführten Softwareupdates nunmehr die

Stillegung des Fahrzeugs angedroht. Der Kilometerstand des Fahrzeugs betrage am 5.2.2019, dem Tag der letzten mündlichen Verhandlung, 39.965 km.

Die Klägerin beantragt,

1. die Beklagte zu verurteilen, an ihn ein fabrikneues, typengleiches Fahrzeug mit gleicher oder gleichwertiger Sonderausstattung wie bei dem Fahrzeug „VW Touran Comfortline BlueMotion Technology 1,6 L TDI“ mit der Fahrzeugidentifikationsnummer (FIN) _____, nachzuliefern, insbesondere mit folgender Ausstattung gemäß der dem Urteil beigelegten Bestellung vom 26.1.2015

- BlueMotion Technology 1,6 L TDI
- 6-Ganggetriebe
- Bordwerkzeug und Wagenheber
- RCD 310 Ausstattung
- Dachreling Silber
- Ganzjahresreifen
- Klimaanlage
- Multimediabuchse mit USB Adapterkabel
- Nebelscheinwerfer mit Abbiegelicht
- Netztrennwand
- Parkassistent für Front und Heckbereich
- Reserverad
- Top Paket

und zwar aus der aktuellen Serienproduktion des Herstellers, Zug um Zug gegen Rückübergabe des mangelhaften Fahrzeugs mit der Fahrzeugidentifikationsnummer _____, Erstzulassung 11.3.2015.

hilfsweise, für den Fall, dass der Klageantrag zu 1. unbegründet sein sollte,

die Beklagte zu verurteilen, an ihn einen Wertminderungsbetrag, dessen Höhe in das Ermessen des Gerichts gestellt wird, mindestens jedoch 5.000,- € nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit Rechtshängigkeit zu zahlen;

2. festzustellen, dass sich die Beklagte mit der Rücknahme des im Klageantrag zu 1. genannten Pkw in Verzug befindet;
3. die Beklagte zu verurteilen, an ihn weitere 3.037,48 nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit Rechtshängigkeit zu zahlen;
4. festzustellen, dass die Beklagte verpflichtet ist, ihm die künftig notwendigen Erhaltungskosten für den im Antrag zu 1. genannten Pkw zu erstatten;
5. festzustellen, dass die Beklagte verpflichtet ist, ihm Schadensersatz zu zahlen für künftige weitere Schäden, die aus der Manipulation des im Klageantrag zu 1. genannten Pkw noch entstehen werden, und zwar bis zur Rückgabe und Neulieferung gemäß dem Antrag zu 1.

Die Beklagte beantragt,

die Klage abzuweisen.

Die Beklagte behauptet, der streitgegenständliche Motor enthalte keine unzulässige Abschaltvorrichtung. Dem Kläger sei durch den Kauf des Fahrzeuges kein Schaden entstanden. Es bestünde auch kein softwarebedingter Wertverlust und kein merkantiler Minderwert nach Durchführung des Softwareupdates und dem Einbau des Strömungsgleichrichters. Die Nachlieferung eines Neufahrzeugs sei der Beklagten unmöglich, da inzwischen ein Modellwechsel stattgefunden habe und die streitgegenständliche Gattung damit untergegangen sei. Jedenfalls unterliege ein Anspruch auf Nachlieferung dem Einwand der Unverhältnismäßigkeit, denn die Nachlieferungskosten betrügen 9.500,- €, wohingegen die Kosten der Nachbesserung weniger als 100,- € betrügen. Falls rechtserheblich sei ihr als Vertragshändlerin eine - unterstellte - Täuschung des Klägers durch die Volkswagen AG jedenfalls nicht zuzurechnen.

Wegen des weiteren Vorbringens der Parteien wird Bezug genommen auf den vorgetragenen Inhalt der eingereichten Schriftsätze nebst Anlagen und das Sitzungsprotokoll vom 5.2.2019.

Entscheidungsgründe

Die Klage ist in dem aus dem Tenor ersichtlichen Umfang begründet.

Der vom Kläger hat gegen die Beklagte einen Anspruch auf Nachlieferung einer mangelfreien Sache gemäß §§ 437 Nr. 1, 434 Abs. 1, 439 Abs. 1, 439 Absatz 1 Alt. 2 BGB.

1. Klageantrag zu 1.)

Das von der Beklagten dem Kläger gelieferte Fahrzeug weist einen Sachmangel auf. Gemäß § 434 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 BGB ist eine Sache (nur dann) frei von Sachmängeln, wenn sie 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 erwarten kann. Diese Anforderungen hat das Fahrzeug des Klägers im insoweit maßgeblichen Zeitpunkt des Gefahrübergangs bei Auslieferung am 31.3.2015 nicht erfüllt.

Für die gewöhnliche Verwendung eignet sich ein Kraftfahrzeug grundsätzlich nur dann, wenn es eine Beschaffenheit aufweist, die weder seine (weitere) Zulassung zum Straßenverkehr hindert noch ansonsten seine Gebrauchsfähigkeit aufhebt oder beeinträchtigt (vgl.: BGH, Urteile vom 29.6.2016 - VIII ZR 191/15; Urteil vom 26.10.2016 - VIII ZR 240/15; Urteil vom 24.10.2018 - VIII ZR 66/17). Dies war bei dem vom Kläger erworbenen Fahrzeug bei Gefahrübergang nicht der Fall, denn es war zu diesem Zeitpunkt werksseitig mit einer Software ausgestattet, die den Stickoxidausstoß auf dem Prüfstand gegenüber dem Stickoxidausstoß im normalen Fahrbetrieb reduziert. Daher war das Fahrzeug mit einer unzulässigen Abschaltvorrichtung versehen, aufgrund derer die Gefahr einer Betriebsuntersagung durch die für die Zulassung zum Straßenverkehr zuständige Zulassungsbehörde besteht. Dabei handelt es sich um einen Sachmangel i.S.d. § 434 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 BGB. Insoweit teilt das Gericht die vom Bundesgerichtshof in seinem Beschluß vom 8.1.2019 - VIII ZR 225/17 - niedergelegte vorläufige Rechtsauffassung.

Bei der im Fahrzeug des Klägers vorhandenen Einrichtung, die bei erkanntem Prüfstandlauf eine verstärkte Abgasrückführung aktiviert, handelt es sich um eine nach Artikel 5 Absatz 2 Satz 1 der Verordnung (EG) Nr. 715/2007 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 20.6.2007 über die Typgenehmigung von Kraftfahrzeugen hinsichtlich der Emissionen von leichten Personenkraftwagen und Nutzfahrzeugen (Euro 5 und Euro 6) und über den Zugang zu Reparatur- und Wartungsinformationen für Fahrzeuge (ABl. L 171 vom 29.6.2007; nachfolgend: VO 715/2007/EG) unzulässige Abschaltvorrichtung.

Die Verordnung 715/2007/EG, in deren Anwendungsbereich auch das Fahrzeug des Klägers fällt (Art.2 Abs.1, Art.10 VO 715/2007/EG), legt gemeinsame technische Vorschriften der Mitgliedstaaten für die EG-Typgenehmigung von Kraftfahrzeugen hinsichtlich ihrer Schadstoffemissionen fest (Art.1 Abs.1 VO 715/2007/EG). Dabei regelt sie unter anderem auch die Anforderungen, die die Hersteller von Neufahrzeugen zu erfüllen haben, um eine EG-Typgenehmigung zu erhalten (Art.5 VO 715/2007/EG). Die genannte Verordnung wird unter anderem ergänzt durch die Verordnung 692/2008/EG der Kommission vom 18.7.2008 zur Durchführung und Änderung der Verordnung 715/2007/EG (ABl. L 199 vom 28.7.2008). Diese „Durchführungsverordnung“ regelt in Art. 3 Abs. 1, dass der Hersteller für die Erlangung der EG-Typgenehmigung die Übereinstimmung mit den in den Anhängen im Einzelnen konkretisierten Prüfbedingungen nachzuweisen hat, und verlangt in Art. 3 Abs. 9 Unterabs. 3 bei Dieselfahrzeugen zusätzlich weitere Nachweise im Hinblick auf Stickoxid-Emissionen, unter anderem auch „zur Arbeitsweise des Abgasrückführungssystems“.

Was unter einer EG-Typgenehmigung zu verstehen ist, bestimmen die genannten Verordnungen nicht; dies ergibt sich vielmehr aus der Legaldefinition in Artikel 3 Nummer 5 der Richtlinie 2007/46/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 5.9.2007 zur Schaffung eines Rahmens für die Genehmigung von Kraftfahrzeugen und Kraftfahrzeuganhängern sowie von Systemen, Bauteilen und selbständigen technischen Einheiten für diese Fahrzeuge (ABl. L 263 vom 9.10.2007 - Rahmenrichtlinie). Danach ist eine EG-Typgenehmigung das Verfahren, nach dem ein Mitgliedstaat der Europäischen Union einem Hersteller gegenüber bescheinigt, dass ein Typ eines Fahrzeugs, eines Systems oder eines Bauteils oder einer selbständigen technischen Einheit den einschlägigen Verwaltungsvorschriften und technischen Anforderungen der Rahmenrichtlinie und der in ihrem Anhang IV oder XI aufgeführten Rechtsakte entspricht. Diese Begriffsbestimmung hat der deutsche Normgeber auch in § 2 Nr. 4 a der Verordnung über die Zulassung von Fahrzeugen zum Straßenverkehr (Fahrzeug-Zulassungsverordnung - FZV) übernommen.

Die Verwendung der betreffenden Software im Fahrzeug des Klägers ist nach Art. 5 Abs. 2 VO 715/2007/EG unzulässig.

Nach Art. 5 Abs. 1 VO 715/2007/EG hat der Hersteller von ihm gefertigte Neufahrzeuge dergestalt auszurüsten, dass die Bauteile, die das Emissionsverhalten voraussichtlich beeinflussen, so konstruiert, gefertigt und montiert sind, dass das Fahrzeug unter normalen Betriebsbedingungen den Vorgaben der Verordnung und ihren Durchführungsmaßnahmen entspricht. Damit soll sichergestellt werden, dass sich die vorgegebenen Emissionsgrenzwerte auf das tatsächliche Verhalten der Fahrzeuge bei ihrer Verwendung beziehen (vgl. Erwägungsgrund 12 der VO 715/2007/EG) und dass die zur Verbesserung der Luftqualität und zur Einhaltung der Luftverschmutzungsgrenzwerte erforderliche erhebliche Minderung der Stickoxidemissionen bei Dieselfahrzeugen (vgl. Erwägungsgrund 6 der VO 715/2007/EG) erreicht wird.

Folgerichtig sieht die Verordnung die Verwendung von Abschaltvorrichtungen, die die Wirkung von Emissionskontrollsystemen verringern, strikt als unzulässig an (Art. 5 Abs. 2 Satz 1 VO 715/2007/EG), sofern nicht die ausdrücklich normierten Ausnahmetatbestände (Art. 5 Abs. 2 Satz 2 VO 715/2007/EG) greifen (vgl. auch Deutscher Bundestag, Wissenschaftliche Dienste, WD 7 - 3000 - 031/16, S. 12 ff.). Dabei ist eine „Abschaltvorrichtung“ gemäß Art. 3 Nr. 10 VO 715/2007/EG definiert als jedes Konstruktionsteil, das die Temperatur, die Fahrzeuggeschwindigkeit, die Motordrehzahl, den eingelegten Getriebegang, den Unterdruck im Einlasskrümmer oder sonstige Parameter ermittelt, 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.

Ausgehend von diesen weit gefassten Bestimmungen handelt es sich auch bei der im Fahrzeug des Klägers installierten Software um eine unzulässige Abschaltvorrichtung nach Art. 5 Abs. 2 VO 715/2007/EG (vgl.: OLG Köln, Beschluss vom 28.5.2018 - 27 U 13/17, juris Rn. 2; OLG Koblenz, NJW-RR 2018, 376; LG Berlin, Urteil vom 30.10.2018 - 22 O 115/17). Denn eine solche Software erkennt, ob sich das Fahrzeug in einem Prüfzyklus zur Ermittlung der Emissionswerte befindet, und schaltet in diesem Fall in einen Modus, bei dem verstärkt Abgase in den Motor zurückgelangen und sich so der Ausstoß an Stickoxiden verringert. Im normalen Fahrbetrieb hingegen aktiviert eine solche Software einen anderen Modus, bei dem eine Abgasrückführung nur in geringerem Umfang stattfindet; sie ermittelt also aufgrund technischer Parameter die betreffende Betriebsart des Fahrzeugs - Prüfstandlauf oder Echtbetrieb - und aktiviert oder

deaktiviert dementsprechend die Abgasrückführung, was unmittelbar die Wirksamkeit des Emissionskontrollsystems beeinträchtigt.

Soweit Art. 5 Abs. 2 Satz 2 VO 715/2007/EG in bestimmten Fällen die Verwendung von Abschaltvorrichtungen gestattet, liegen die hierfür erforderlichen (engen) Voraussetzungen nicht vor. Die vorgesehenen Ausnahmen kommen - aufgrund des in Art. 5 Abs. 1 VO 715/2007/EG ausdrücklich benannten Regelungszwecks dieser Vorschrift - von vornherein dann nicht in Betracht, wenn die betreffende Abschaltvorrichtung - wie hier - gerade dazu dient, bei erkanntem Prüfbetrieb ein vom Echtbetrieb abweichendes Emissionsverhalten des Fahrzeugs herbeizuführen.

Infolge der nach Art. 5 Abs. 2 VO 715/2007/EG unzulässigerweise im Fahrzeug des Klägers installierten Abschaltvorrichtung ist der weitere (ungestörte) Betrieb des Fahrzeugs des Klägers im öffentlichen Straßenverkehr bei Gefahrübergang nicht gewährleistet gewesen und das Fahrzeug eignete sich nicht zur gewöhnlichen Verwendung im Sinne von § 434 Absatz 1 Satz 2 Nr. 2 BGB. Ein Pkw, der aufgrund seiner Ausrüstung mit einer Software, die einen speziellen Modus für den Prüfstandlauf und einen hiervon abweichenden Modus für den Alltagsbetrieb vorsieht und hierdurch im Prüfzyklus verbesserte Stickoxidwerte generiert, weist bereits deshalb einen Sachmangel auf (vgl.: OLG München, Beschluss vom 23.3.2017 - 3 U 4316/16; OLG Köln, Beschluss vom 27.3.2018 - 18 U 134/17; OLG Nürnberg, NZV 2018, 315).

Denn nach § 5 Abs. 1 FZV kann die zuständige Zulassungsbehörde in Fällen, in denen sich ein Fahrzeug als nicht vorschriftsmäßig nach der Fahrzeug-Zulassungsverordnung erweist, dem Eigentümer oder Halter eine angemessene Frist zur Beseitigung der Mängel setzen oder den Betrieb des Fahrzeugs auf öffentlichen Straßen beschränken oder untersagen.

Nach der verwaltungsgerichtlichen Rechtsprechung sind Fahrzeuge, die mit einer nach Art. 5 Abs. 2 VO 715/2007/EG unzulässigen Abschaltvorrichtung versehen sind, auch dann „nicht vorschriftsmäßig“ im Sinne von § 5 Abs. 1 FZV, wenn der Halter einer Aufforderung zur Entfernung der Abschaltvorrichtung mittels eines von der zuständigen Typgenehmigungsbehörde zugelassenen Software-Updates nicht Folge leistet, da ein solches Fahrzeug entgegen den in § 3 Abs. 1 Satz 2 FZV normierten Zulassungsvoraussetzungen keinem genehmigten Typ (mehr) entspricht (vgl.: OVG Münster, Beschluss vom 17.8.2018 - 8 B 548/18, Rn. 24 ff.; VG Düsseldorf, Urteil vom 24.1.2018 - 6 K 12341/17, juris Rn. 269 ff., 347 ff.; VG Karlsruhe, Beschluss vom 26.2.2018 - 12 K 16702/17, juris Rn. 22;).

Da somit bei Kraftfahrzeugen, die entgegen zwingender unionsrechtlicher Vorschriften

installierte Abschaltvorrichtungen aufweisen, zur Herstellung ihrer Vorschriftenmäßigkeit eine entsprechende Nachrüstung erforderlich ist, sieht sich der Halter eines solchen Fahrzeugs, so lange eine ordnungsgemäße Nachrüstung (noch) nicht durchgeführt worden ist, einer drohenden Betriebsbeschränkung oder -untersagung nach § 5 Abs. 1 FZV ausgesetzt. Diese Gefahr besteht nicht erst bei einer - hier aber durch Bescheid des KraftfahrtBundesamtes vom 14.10.2015 an den Fahrzeughersteller bereits erteilten (vgl. B 10) - Umrüstungsanordnung der zuständigen Typgenehmigungsbehörde, sondern auch schon dann, wenn diese Behörde eine entsprechende Maßnahme gegenüber dem Hersteller noch nicht gefordert hat. Denn auch dann liegt im Ansatz bereits ein Sachverhalt („Mangelanlage“/Grundmangel) vor, der - gegebenenfalls in Verbindung mit weiteren Umständen (vor allem einer Entscheidung beziehungsweise Äußerung der zuständigen Typgenehmigungsbehörde) - dazu führen kann, dass die Zulassungsbehörde eine Betriebsuntersagung oder -beschränkung nach § 5 Abs. 1 FZV vornimmt, weil das Fahrzeug wegen der gegen Art. 5 Abs. 2 VO 715/2007/EG verstoßenden Abschaltvorrichtung nicht dem genehmigten Typ (§ 3 Abs. 1 Satz 2 FZV) entspricht.

Die im Falle einer nicht erfolgten Nachrüstung bestehenden Gefahr einer Betriebsuntersagung oder -beschränkung durch die Zulassungsbehörde hat demnach zur Folge, dass bei den betroffenen Fahrzeugen die Eignung für die gewöhnliche Verwendung im Sinne von § 434 Absatz 1 Satz 2 Nr. 2 BGB fehlt. Eine entsprechende Eignung ist einer Kaufsache nicht erst dann abzusprechen, wenn ihre Tauglichkeit ganz aufgehoben, sondern bereits dann, wenn ihre Eignung herabgesetzt ist (BGH Urteil vom 26.4.2017 - VIII ZR 80/16).

Von einer solch verminderten Eignung ist bei Fahrzeugen, die mit nicht nachgerüsteten Motoren des Typs EA 189 ausgestattet sind, auszugehen. Denn der Käufer eines solchen Fahrzeugs muss jederzeit damit rechnen, es aufgrund behördlicher Anordnung - unter Umständen sogar unter Anordnung der sofortigen Vollziehung (vgl. etwa OVG Münster, Beschluss vom 17. August 2018 - 8 B 548/18) - nicht mehr im öffentlichen Straßenverkehr nutzen zu dürfen. Dies gilt unabhängig davon, ob die im jeweiligen Einzelfall zuständige Zulassungsbehörde bereits eine entsprechende Betriebsuntersagung nach § 5 Abs. 1 FZV ausgesprochen hat oder eine solche (zunächst) unterblieben ist. Die den Käufer an der gewöhnlichen Verwendung hindernde Beschaffenheit liegt nämlich nicht erst in der behördlich verfügten Untersagung des Betriebs, sondern bereits in der durch die unzulässige Abschaltvorrichtung hervorgerufenen Möglichkeit eines entsprechenden behördlichen Eingreifens (BGH, Urteil vom 18.1.2017 - VIII ZR 234/15).

Vorliegend ist das Softwareupdate an dem Fahrzeug des Klägers nach Aktenlage nicht durchgeführt worden. Der Kläger behauptet während des gesamten Rechtsstreits, das

Softwareupdate sei an seinem Fahrzeug nicht durchgeführt worden. Auch die Beklagte hat dies zunächst behauptet und dem Kläger diesbezüglich vorgehalten, einen für den 30.3.2017 vereinbarten Termin nicht eingehalten zu haben. Wenn die Beklagte nunmehr vortragen möchte, das Softwareupdate sei doch durchgeführt worden, obliegt es ihr, insoweit konkret vorzutragen, wann konkret das Softwareupdate nunmehr durchgeführt worden ist (§ 138 Abs. 1 und 4 ZPO). Als VW-Vertragshändler ist ihr dies auch problemlos möglich, da sie auf die Fahrzeughistorie zugreifen kann.

Es bestand auch keine Verpflichtung des Klägers, das Softwareupdate - etwa an dem ursprünglich vereinbarten Termin am 30.3.2017 - durchführen zu lassen, denn eine Nachbesserung in Form der Mängelbeseitigung durch Aufspielen eines Softwareupdates war dem Kläger nicht zumutbar. Dies zum einen deshalb, weil auch in Fachkreisen vielfach die Meinung herrschte, daß die Beseitigung der Manipulations-Software negative Auswirkungen auf die übrigen Emissionswerte, den Kraftstoffverbrauch, den Verschleiß des Motors und die Motorleistung haben würde (vgl.: LG Krefeld, Urteil vom 14.9.2016 - 2 O 83/16). Diese Überlegung drängte sich schon deshalb auf, weil es nahe liegt, zu fragen, warum ein großer Fahrzeughersteller wie VW nicht schon bei der Entwicklung der Motoren zur Herstellung einer nicht manipulierten aber dennoch ebenso gut funktionierenden Software in der Lage gewesen sei; und warum VW nicht schon viel früher, nämlich schon vor Bekanntwerden des Abgasskandals, die Entwicklung der jetzt in Aussicht gestellten Software unternommen habe.

Zum anderen war eine Nachbesserung durch Aufspielen des Software-Updates dem Kläger auch deshalb unzumutbar, weil er von der Volkswagen AG arglistig über den Kaufgegenstand getäuscht worden war. Die Volkswagen AG hat den Kläger nämlich darüber getäuscht, dass die für das von dem Kläger erworbene Fahrzeug angegebenen Abgaswerte mit einem zulässigen Messverfahren, welches den gesetzlichen Regelungen entspricht, ermittelt worden ist (vergleiche ausführlich: LG Berlin, Urteil vom 30.10.2018 - 22 O 115/17 -, Seite 7 f.). wegen der erwiesenen Unzuverlässigkeit des Verkäufers darf der Käufer von einer weiteren Zusammenarbeit Abstand nehmen, um sich vor eventuellen neuerlichen Täuschungsversuchen zu schützen (vergleiche: BGH, NJW 2010, 2503).

Die Beklagte hat sich das Wissen der Volkswagen AG zurechnen zu lassen und ist auch nicht Dritte im Sinne von § 123 Abs. 2 BGB; denn nicht Dritter im Sinne dieser Vorschrift ist auch der Allein- oder Mehrheitsgesellschafter einer GmbH, wenn er die Möglichkeiten seiner Weisungsbefugnis gegenüber der GmbH dazu benutzt, in mittelbarer Täterschaft durch die GmbH als Werkzeug deren Geschäftspartner arglistig zu täuschen. In einem solchen Fall sind

die Beziehungen des täuschenden Gesellschafters zur Gesellschaft so eng, dass diese die Täuschung wie eine eigene zu vertreten hat.

Diese Situation ist im Verhältnis zwischen der Beklagten und der Volkswagen AG gegeben. Verkäuferin des streitgegenständlichen Fahrzeugs ist die Beklagte. Bereits aus anderen Rechtsstreitigkeiten im Zusammenhang mit der von der Volkswagen AG hergestellten und verwendeten Manipulationssoftware (so z.B.: LG Berlin, Urteil vom 30.10.2018 - 22 O 115/17 -, Seite 6) ist folgendes bekannt:

Laut Beherrschungs- und Gewinnsabführungsvertrag vom 20.8.2009 ist die Beklagte Tochtergesellschaft der Volkswagen Retail GmbH. Gemäß § 1 dieses Vertrages unterliegt ihre Geschäftsführung den Weisungen der Volkswagen Retail GmbH. Ihren Jahresüberschuss führte sie an diese Gesellschaft als Obergesellschaft ab. Aus dem notariellen Vertrag des Notars Frankfurth vom 12.5.2010 ergibt sich, dass sämtliche Geschäftsanteile an der Beklagten von der Volkswagen Retail GmbH gehalten werden. Ab dem 23.4.2012 lautet die neue Firma der Volkswagen Retail GmbH „VGRD GmbH“. Alleinige Gesellschafterin der VGRD GmbH ist die Volkswagen AG. Durch den Beherrschungs- und Gewinnsabführungsvertrag vom 25.2.2014 ist die VGRD GmbH mit der Volkswagen AG verbunden. Danach ist die Volkswagen AG weisungsbefugt und die VGRD GmbH führt ihren gesamten Gewinn an die Volkswagen AG ab. Letztlich ist also die Volkswagen AG gegenüber der Beklagten in vollem Umfang weisungsbefugt, nämlich über die VGRD GmbH, deren alleinige Gesellschafterin die Volkswagen AG ist. Auch fließen sämtliche Gewinne der Beklagten letztlich der Volkswagen AG zu; denn die Beklagte führt ihren Jahresüberschuss an die VGRD GmbH ab, und diese wiederum führt ihren gesamten Gewinn an die Volkswagen AG ab.

Da sich das Fahrzeug des Klägers somit bei Gefahrübergang am 31.3.2015 und zum Zeitpunkt der unstreitigen Verweigerung des Nacherfüllungsverlangens mit Schreiben der Prozeßbevollmächtigten der Beklagten vom 6.4.2017 (Bl. 141 Bd. III d.A.) - dem eine Geltendmachung von Gewährleistungsrechten vorhergegangen sein muß - wegen (latent) drohender Betriebsuntersagung nicht für die gewöhnliche Verwendung geeignet hat, ist es unabhängig davon mangelhaft im Sinne von §434 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 BGB, ob es die Beschaffenheit aufwies, die bei Sachen der gleichen Art üblich ist und die der Käufer nach Art der Sache erwarten konnte. Denn die in der genannten Vorschrift genannten Merkmale der Sache (Verwendungseignung und übliche Beschaffenheit) müssen kumulativ vorliegen, damit die Sache frei von Sachmängeln ist (BGH, Urteil vom 30. November 2012 - V ZR 25/1).

Der Anspruch des Klägers ist nicht etwa deshalb ausgeschlossen, weil Fahrzeugmodelle der ersten Generation des VW Touran seit Mai 2015 nicht mehr hergestellt werden, denn der Beklagten ist dadurch die Erfüllung des Anspruchs des Klägers nicht gemäß § 275 Abs. 1 BGB unmöglich geworden. Insoweit hält das Gericht die vorläufigen Einschätzungen des Bundesgerichtshofes in dem Hinweisbeschluss vom 8.1.2019 - VIII ZR 225/17 - (Rn. 24 ff.) für zutreffend.

Auch nach einem Modellwechsel ist ein Anspruch des Käufers eines mangelhaften Neufahrzeugs gegen den Verkäufer auf Lieferung eines mangelfreien fabrikneuen und typengleichen, entsprechend ausgestatteten Ersatzfahrzeugs aus der aktuellen Serienproduktion des Herstellers nicht gemäß § 275 Abs. 1 BGB ausgeschlossen.

Ob eine Ersatzlieferung in Betracht kommt, ist nach dem durch Auslegung zu ermittelnden Willen der Vertragsparteien bei Vertragsschluss zu beurteilen (§§ 133, 157 BGB; BGH, Urteil vom 7.6.2006 - VIII ZR 209/05 -).

Im Ausgangspunkt ist dabei zu berücksichtigen sein, dass es sich beim Kauf eines Neufahrzeugs zwar regelmäßig - ohne anderslautende Vereinbarung der Vertragsparteien - um eine Gattungsschuld (§ 243 Abs. 1 BGB) handelt (vgl.: BGH, Urteil vom 17.10.2018 - VIII ZR 212/17 -). Bei der hier eröffneten Frage, ob die vom Käufer gemäß § 439 Absatz 1 Alt. 2 BGB begehrte Ersatzlieferung unmöglich ist, ist aber die Unterscheidung zwischen Stückkauf und Gattungskauf nicht maßgeblich, denn im Rahmen der Nacherfüllung hat der Gesetzgeber des am 1.1.2002 in Kraft getretenen Gesetzes zur Modernisierung des Schuldrechts vom 26.11.2001 (Schuldrechtsmodernisierungsgesetz; BGBl. I S. 3138) diese Unterscheidung ausdrücklich als verzichtbar angesehen (BT-Drucks. 14/6040, S. 230 [zu § BGB § 439 BGB]; siehe auch S. 94). Demgemäß ist nach dem Wortlaut des § 439 BGB weder hinsichtlich der Nachbesserung noch hinsichtlich der Ersatzlieferung maßgebend, ob ein Stückkauf oder ein Gattungskauf vorliegt (BGH, Urteil vom 7.6.2006 - VIII ZR 209/05 -). Vielmehr ist bei der vom Schuldner vertraglich übernommenen Beschaffungspflicht anzusetzen (vgl. BT-Drucks. 14/6040, S. 132; Urteil vom 17.10.2018 - VIII ZR 212/17 -), deren Inhalt und Reichweite durch interessengerechte Auslegung des Kaufvertrags zu bestimmen ist (§§ 133, 157 BGB).

Bei der Bestimmung des Inhalts und der Reichweite der vertraglichen Beschaffungspflicht des Verkäufers ist zunächst dem aus den Gesetzesmaterialien hervorgehenden Vorrang des Anspruchs auf Nacherfüllung Rechnung zu tragen sein, der den §§ 437 ff. BGB zugrunde liegt

und der einerseits dem Käufer das gewähren will, was dieser vertraglich zu beanspruchen hat, und andererseits dem Verkäufer eine letzte Chance einräumen will, den mit der Rückabwicklung des Vertrags verbundenen wirtschaftlichen Nachteil abzuwenden. Weiter ist zu berücksichtigen, dass die Pflicht des Verkäufers zur Ersatzbeschaffung nach § 439 Absatz 1 Alt. 2 BGB, gleichartige und gleichwertige Sachen erfasst, denn der Anspruch des Käufers auf Ersatzlieferung richtet sich darauf, dass anstelle der ursprünglich gelieferten mangelhaften Kaufsache nunmehr eine mangelfreie, im Übrigen aber gleichartige und - funktionell sowie vertragsmäßig - gleichwertige Sache zu liefern ist (vgl. BGH, Urteil vom 7.6.2006 - VIII ZR 209/05 -). Die Ersatzbeschaffung ist damit nicht darauf beschränkt, eine mangelfreie, im Übrigen aber mit dem Kaufgegenstand identische Sache zu liefern.

Für die Frage, ob ein Mangel durch eine gleichartige und gleichwertige Ersatzleistung behoben werden kann, kommt es somit darauf an, ob die Vertragsbeteiligten die konkrete Leistung nach dem Vertragszweck und ihrem erkennbaren Willen als austauschbar angesehen haben (BGH, Urteil vom 21. November 2017 - X ZR 111/16 -).

Dabei ist zu beachten sein, dass beim Kauf eines Neufahrzeugs mit der Produktion und dem Markteintritt eines Nachfolgemodells typischerweise zu rechnen ist. Den Parteien, namentlich dem Fahrzeughändler, ist bei Abschluss des Kaufvertrags in der Regel bewusst, dass der Fahrzeughersteller nach gewisser Zeit einen Modellwechsel vornehmen kann und das bisherige Modell nicht mehr produziert. Am Markt tritt das Nachfolgemodell an die Stelle des nicht mehr aktuellen Vorgängermodells. Nachfolgemodelle sind dabei in der Regel in mancher Hinsicht fortentwickelt, sei es durch die Klassifikation nach neuen europäischen Abgasnormen und Änderungen der Motortechnik, durch Fortschritte bei Sicherheits- und Assistenzsystemen und entsprechenden umfangreichem Einsatz von Steuerungssoftware, durch Änderung bei Abmessungen, Gewicht, Kraftstoffverbrauch und Formensprache oder etwa durch vermehrten Komfort. Auf diese Weise ersetzt das Nachfolgemodell am Markt seinen Vorgänger und tritt an dessen Stelle. Diese Gesichtspunkte erlangen auch bei der Beurteilung der Austauschbarkeit der Leistung nach einem Modellwechsel Gewicht. Ein mehr oder weniger großer Änderungsumfang ist für die Interessenlage der Vertragsparteien, insbesondere des Verkäufers, in der Regel ohne Belang, zumal der Fahrzeughersteller technische oder andere Änderungen auch ohne äußerlich erkennbaren Modellwechsel vornehmen kann. Auch die in der Instanzrechtsprechung teilweise für maßgeblich erachtete Unterscheidung zwischen einem „facelift“ und einem Modellwechsel ist insoweit nicht entscheidend sein. Vielmehr steht für den mit einem Anspruch des Käufers auf Ersatzlieferung konfrontierten Verkäufer eines Neuwagens nach einem Modellwechsel - sofern ein Neufahrzeug der nicht mehr aktuellen Modellreihe nicht

mehr zu beschaffen ist - im Mittelpunkt, welche Ersatzbeschaffungskosten er für das Nachfolgemodell aufwenden müsste. Die Interessenlage des Verkäufers ist in dieser Lage nicht wesentlich anders zu beurteilen, als sei das zur Zeit des Abschlusses des Kaufvertrages produzierte Modell noch lieferbar. Die danach entscheidende Frage, ob die Kosten der Ersatzbeschaffung - nach dem Vortrag der Beklagten, 26.000 € netto abzüglich des Veräußerungserlöses für das vom Kläger erworbene Fahrzeug in Höhe von 16.500 € netto (Bl. 62 Bd. II d.A.) - im Einzelfall unverhältnismäßig sind und deshalb ein Beschaffungshindernis darstellen könnten, ist nicht anhand von § 275 Abs. 1 BGB zu beantworten sein. Denn für das Kaufrecht hat der Gesetzgeber diese Frage vornehmlich dem Anwendungsbereich des § 439 Absatz 4 BGB (beziehungsweise des hier in zeitlicher Hinsicht noch anwendbaren § 439 Absatz 3 BGB a.F.) zugewiesen (BT-Drucks. 14/6040, S. 232).

Bei der Beantwortung dieser Frage ist zunächst zu berücksichtigen, dass nicht die Kosten zweier unterschiedlicher Möglichkeiten der Nacherfüllung miteinander zu vergleichen sind. Die Nachbesserung durch die von der Beklagten gewünschten Durchführung eines Software-Updates ist dem Kläger - wie oben dargelegt nicht zuzumuten. Es geht daher allein um die Frage, ob die von der Beklagten behaupteten Höhe der Ersatzbeschaffungskosten von angeblich 9.500 € unverhältnismäßige Kosten im Hinblick auf die Nachbesserung darstellen. Bei einem zum Zeitpunkt des Nachbesserungsverlangens im März/April 2017 erst 2 Jahre alten Fahrzeug mit einem Neuwert von 27.178,60 € lassen sich ernsthafte Anhaltspunkte für die Unverhältnismäßigkeit einer Aufwendung von 9.500 € nicht erkennen. Soweit die Beklagte bei der Beurteilung der Frage nach der Unverhältnismäßigkeit auf den Vergleich zwischen den von ihr behaupteten Wiederbeschaffungskosten und den Nachbesserungskosten für das Aufspielen des Software-Updates abstellt, ist dies - wie oben dargestellt - kein rechtlich erheblicher Vergleich. Lediglich ergänzend ist darauf hinzuweisen, daß die Beklagte mit Schriftsatz vom 22.8.2017 bei der Berechnung des Wertverlustes den angeblich „bis heute“ - also bis zum 22.8.2017 - eingetretenen Wertverlust ansetzt (Bl. 60 Bd. II d.A.). Anzusetzen wäre jedoch der bis zu dem Nacherfüllungsverlangen des Klägers eingetretene Wertverlust.

Dem Anspruch des Klägers auf die begehrte Ersatzlieferung steht mithin nicht entgegen, dass das nunmehr allein zur Verfügung stehende Nachfolgemodell technisch in verschiedener Hinsicht Änderungen aufweist, denn das Begehren des Klägers ist unverkennbar auf die Ersatzlieferung eines mangelfreien VW Touran gerichtet, der zumindest in etwa die gleichen Eigenschaften aufweist, wie das von ihm erworbene Modell - jedoch ohne eine unzulässige Abschaltvorrichtung. Ob das Fahrzeug nun 4 km schneller oder langsamer fahren kann, ob es einige Zentimeter länger oder kürzer ist, dürfte dabei für die Vertragsparteien ersichtlich

nebensächlich sein. Die Beklagte selbst bezeichnet den Touran der 2. Generation als das Nachfolgemodell der 1. Generation und zeigt damit, daß es sich bei den Fahrzeugen wohl um Fahrzeuge handelt, die - schon ausweislich der selben Namensgebung - eine erhebliche Ähnlichkeit aufweisen, die sie vergleichbar macht. Auch das Aussehen und die Leistung der Fahrzeuge der 1. und 2. Generation lassen - auch bei großem Bemühen - eine große Ähnlichkeit nicht verheimlichen.

Der Anspruch des Klägers auf Nacherfüllung durch Lieferung eines Neufahrzeugs führt nicht dazu, daß er für die Nutzung des streitgegenständlichen Fahrzeugs bis zur Rückgabe an die Beklagte Nutzungsersatz zu leisten hat, denn bei dem streitgegenständlichen Kauf handelt es sich um einen Verbrauchsgüterkauf nach § 474 BGB. § 439 Abs. 4 BGB ist unter Beachtung des Urteils des Gerichtshofs der Europäischen Gemeinschaften vom 17. April 2008 (Rs. C-404/06, NJW 2008, 1433 – Quelle AG/Bundesverband der Verbraucherzentralen und Verbraucherverbände) im Wege der richtlinienkonformen Rechtsfortbildung in Fällen des Verbrauchsgüterkaufs (§ 474 Abs. 1 Satz 1 BGB) einschränkend anzuwenden: Die in § 439 Abs. 4 BGB in Bezug genommenen Vorschriften über den Rücktritt (§§ 346 bis 348 BGB) gelten in diesen Fällen nur für die Rückgewähr der mangelhaften Sache selbst, führen hingegen nicht zu einem Anspruch des Verkäufers gegen den Käufer auf Herausgabe der gezogenen Nutzungen oder auf Wertersatz für die Nutzung der mangelhaften Sache (BGH, Urteil vom 26.11.2008 -VIII ZR 200/05 -, juris Rn. 17, 26). Etwas anderes gilt nur im Falle der Rückabwicklung des Vertrages (BGH, Urteil vom 16.9.2009 - VIII ZR 243/08), die hier jedoch gerade nicht durchgeführt wird.

2. Klageantrag zu 2.)

Der Klageantrag zu 2.) ist zulässig und begründet.

Das Feststellungsinteresse folgt aus Vollstreckungsregelungen der §§ 756, 765 ZPO. Aufgrund des konkreten Angebots des Klägers zur Abholung des Fahrzeugs und ihre nachfolgende Ablehnung von Gewährleistungsansprüchen des Klägers befindet sich die Beklagte in Annahmeverzug.

3. Klageantrag zu 3.)

Der Klageantrag zu 3.) ist aus § 281 BGB begründet. Bei der Schwierigkeit der tatsächlichen und rechtlichen Gegebenheiten ist die Inanspruchnahme rechtsanwaltlicher Tätigkeit auch vorgerichtlich erforderlich. Bei der Berechnung der vorgerichtlichen Rechtsanwaltskosten erscheint der Ansatz einer zweifachen Geschäftsgebühr angemessen, da es sich sowohl rechtlich als auch tatsächlich um eine umfangreiche Angelegenheit handelt (vergleiche: OLG Köln, Beschluss vom 28.5.2018 - 27 U 13/17, juris Rn. 67; LG Berlin, Urteil vom 9.10.2018 - 22 O 298/17). Da vorgerichtlich die Nacherfüllung durch Lieferung eines Neufahrzeugs geltend gemacht worden ist, ist ein Gegenstandswert von bis zu 30.000 € anzusetzen. Daraus errechnet sich ein Gebührenanspruch in Höhe von 2.077,74 € (1.726 € + 20 € + 19 % MwSt).

4. Klageantrag zu 4.)

Der Klageantrag zu 4.) ist zulässig und begründet.

Die künftigen Erhaltungskosten kann der Kläger derzeit nicht beziffern, da ungewiss ist, über welchen Zeitraum das Fahrzeug noch bei ihm verbleibt. Der Anspruch des Klägers auf Ersatz der Erhaltungskosten folgt aufgrund des Annahmeverzugs der Beklagten mit der Rücknahme des Fahrzeugs (§ 293 BGB) aus § 304 BGB.

5. Klageantrag zu 5.)

Der Anspruch des Klägers auf Ersatz künftiger weitere Schäden, die etwa aus der Manipulation des streitgegenständlichen Fahrzeugs noch entstehen, folgt aus §§ 437 Nr. 3, 280 BGB. Das Feststellungsinteresse des Klägers folgt aus dem Umstand, dass weitere Schäden möglich erscheinen. Bei nicht Durchführung des Software-Updates ist die Stilllegung des Fahrzeugs wahrscheinlich.

6. Nebenentscheidungen

Die Kostenentscheidung folgt aus § 92 Abs. 2 Satz 1 ZPO, diejenige über die vorläufige Vollstreckbarkeit aus § 709 ZPO.

Bei der Kostenentscheidung ist zu berücksichtigen, dass die Geltendmachung der

vorgerichtlichen Rechtsanwaltskosten nicht Streitwert erhöhend ist und nur diesbezüglich eine teilweise Klageabweisung erfolgt ist.

Pechan
Richter am Landgericht

Verkündet am 19.03.2019

Tober, JBesch
als Urkundsbeamtin der Geschäftsstelle