



**Landgericht Osnabrück**

Geschäfts-Nr.:

5 O 2218/16

Verkündet am:

31.05.2017

Gez. Henning

als Urkundsbeamtin der Geschäftsstelle

**Im Namen des Volkes!**

**Urteil**

In dem Rechtsstreit

des Herrn

Kläger

Prozessbevollmächtigte: Rechtsanw. Stoll & Sauer, Einsteinallee 1/1, 77933 Lahr,  
Geschäftszeichen: 2511/16 gr/vg

gegen

Beklagte

Prozessbevollmächtigte: Rechtsanw.

hat die 5. Zivilkammer des Landgerichts Osnabrück auf die mündliche Verhandlung vom 17.05.2017 durch den Vorsitzenden Richter am Landgericht Dr. Perschke als Einzelrichter

für **R e c h t** erkannt:

1. Die Beklagte wird verurteilt, dem Kläger ein mangelfreies fabrikneues typengleiches Ersatzfahrzeug aus der aktuellen Serienproduktion des Herstellers mit einem 1,4 l TDI-Motor, 90 PS, und im Übrigen identischer technischer Ausstattung wie das Fahrzeug Audi A1 Sportback, FIN: \_\_\_\_\_ Zug um Zug gegen Rückübereignung des mangelhaften Fahrzeugs Audi A1 Sportback, FIN: \_\_\_\_\_ nachzuliefern.
2. Es wird festgestellt, dass sich die Beklagte mit der Rücknahme des Audi A1 Sportback, FIN: \_\_\_\_\_ in Verzug befindet.
3. Im Übrigen wird die Klage abgewiesen.
4. Die Beklagte trägt die Kosten des Rechtsstreites.
5. Das Urteil ist für den Kläger gegen Sicherheitsleistung in Höhe von 30.000 € vorläufig vollstreckbar.

### Tatbestand

Der Kläger nimmt die Beklagte wegen des Kaufs eines von der sog. Abgasaffäre betroffenen Fahrzeugs in Anspruch.

Mit Kaufvertrag vom 18.03.2014 erwarb der Kläger von der Beklagten einen Audi A1 Sportback Ambition 1,6 TDI als Neuwagen zu einem Kaufpreis von 20.587,- €, der am 13.06.2014 übergeben wurde.

Das Fahrzeug ist mit einem Dieselmotor des Typs EA 189 ausgestattet. Die verwandte Motorsoftware erkennt, ob sich das Fahrzeug auf einem technischen Prüfstand zur Ermittlung der Emissionswerte (Modus 1) oder im üblichen Straßenverkehr (Modus 0) befindet. Durch die Software verringert sich auf dem Prüfstand der Stickoxid-Ausstoß des Fahrzeugs gegenüber dem normalen Fahrbetrieb. Das Fahrzeug wurde in die Schadstoffklasse Euro 5 eingeordnet, weil die nach dieser Abgasnorm geltenden Stickoxid-Grenzwerte auf dem Prüfstand eingehalten wurden.

Mit Bescheid vom 15.10.2015 ordnete das Kraftfahrtbundesamt (KBA) den Rückruf aller betroffenen Fahrzeuge mit dem Aggregat EA 189 (Euro 5) an. Den Herstellern wurde aufgegeben, die aus Sicht des KBA unzulässige Abschaltvorrichtung zu entfernen.

Am 16.12.2015 erklärte die Volkswagen AG im Rahmen einer öffentlichen Mitteilung, dass die betroffenen 1,6 Liter-Aggregate ein Software-Update erhalten. Zusätzlich werde direkt vor dem Luftmassenmesser ein sogenannter Strömungsgleichrichter befestigt. Die Umsetzung werde weniger als eine Stunde Arbeitszeit in Anspruch nehmen. Alle betroffenen Fahrzeuge würden in mehreren Wellen zur Umsetzung zurückgerufen werden. Die Umrüstung von Fahrzeugen mit 1,6-Liter-Motoren sei ab dem 3. Quartal 2016 avisiert.

Das erforderliche Software-Update musste nach einem mit dem KBA abgestimmten Zeit- und Maßnahmenplan abgestimmt und freigegeben werden. Zum Zeitpunkt des Nachlieferungsverlangens war dies für die Motorkonfiguration des klägerischen Fahrzeugs noch nicht erfolgt.

Mit anwaltlichem Schreiben vom 17.05.2016 verlangte der Kläger von der Beklagten bis zum 28.06.2016 die Nachlieferung eines Ersatzfahrzeuges aus der aktuellen Serienproduktion gegen Rückgabe des streitgegenständlichen Audi A1.

Er behauptet, ihm seien bei Abschluss des Kaufvertrages besonders die Zuordnung des Fahrzeuges zur Schadstoffklasse Euro 5 sowie die Verbrauchswerte wichtig gewesen. Er habe ein umweltfreundliches und wertstabiles Fahrzeug gesucht, das die Voraussetzungen für eine „grüne Plakette“ erfüllt. Diese Punkte seien auch zum Gegenstand der mit den Herren Burkhard Köhn und Neco Horoz geführten Verkaufsgespräche gemacht worden. Der Kläger sei gemeinsam mit seiner Frau nach dem Gespräch überzeugt gewesen, ein relativ günstiges und umweltfreundliches Gebrauchtfahrzeug mit langer Lebensdauer zu erwerben.

Der Kläger bestreitet mit Nichtwissen, dass das Kraftfahrtbundesamt die Freigabe des Software-Updates für das streitgegenständliche Fahrzeug erteilt hat.

Er behauptet die Mangelhaftigkeit des erworbenen Fahrzeugs. Der PKW entspreche nicht der vereinbarten Beschaffenheit. Der Kläger hätte mit der Beklagten in Bezug auf die Einhaltung der Schadstoffgrenzwerte der Euro 5 - Norm eine Beschaffenheitsvereinbarung getroffen. Von dieser Beschaffenheitsvereinbarung weiche der erworbene PKW ab, weil das Fahrzeug wegen des zu hohen Ausstoßes von Stickoxid nicht in die Schadstoffklasse der Euro 5 - Norm hätte eingeordnet werden können. Die verwendete Software verschleierte den tatsächlichen Ausstoß des Stickoxids. Die Durchführung eines Updates sei für ihn nicht zumutbar, weil eine Umprogrammierung ohne nachteilige Effekte auf Motorleistung, Kraftstoffverbrauch, Schadstoffausstoß und Kosten nicht möglich sei. Darüber hinaus bewirke die im Motor zum Einsatz kommende Software einen geminderten Wiederverkaufswert des Fahrzeugs.

Durch die Fehlerhaftigkeit der bisher verwendeten Software seien an dem Fahrzeug bereits Schäden entstanden. Der Dieselpartikelfilter und das gesamte Abgassystem seien hierdurch ganz erheblich belastet. Aus diesem Grund sei davon auszugehen, dass die Dauerhaltbarkeit des Fahrzeugs beeinträchtigt sei.

Der Kläger behauptet weiter, es liege eine illegale Abschaltvorrichtung vor. Das habe das KBA im Rahmen des Rückrufbescheids bestandskräftig festgestellt. Dieser Bescheid entfalte für die Zivilgerichte Bindungswirkung.

Der Kläger ist der Auffassung, die von ihm beehrte Nachlieferung sei nicht wegen Unmöglichkeit gemäß § 275 Abs. 1 BGB ausgeschlossen, da der Hersteller das streitgegenständliche Fahrzeug aktuell in nahezu identischer Ausstattung anbiete. Einzig der Motor sei durch ein neues, den Anforderungen der Euro 6 - Norm

entsprechendes Aggregat ersetzt worden. Die neue Fahrzeugversion sei (noch) der durch die Beklagte auf der Grundlage des zwischen den Parteien geschlossenen Kaufvertrages geschuldeten Gattung zuzuordnen. Denn ausweislich Ziff. IV.6. der in den Kaufvertrag einbezogenen Neuwagen-Verkaufsbedingungen

“ (bleiben) Konstruktions- oder Formänderungen, Abweichungen im Farbton sowie Änderungen des Lieferumfangs seitens des Herstellers während der Lieferzeit ... vorbehalten, sofern die Änderungen oder Abweichungen unter Berücksichtigung der Interessen des Verkäufers für den Käufer zumutbar sind.“

Diese Klausel erlaube grundsätzlich Änderungen, die im Interesse des Käufers liegen und einen technischen Fortschritt oder gar die Erfüllung gesetzlicher Vorgaben darstellen. Die nun angebotene Modellvariante des Audi A1 als Audi A1 Sportback 1,4 TDI, den der Kläger als Erfüllungsleistung annehmen würde, – halte sich in diesem Rahmen, womit (auch) sie den geschuldeten Leistungsgegenstand darstelle, eine Nachlieferung also möglich sei. Ebenso wie das streitgegenständliche Fahrzeug verfüge dieser Audi über einen TDI-Motor mit 90 PS.

Demgegenüber sei der Beklagten die Nachbesserung des Audi A1 zum Zeitpunkt des Nacherfüllungsverlangens unmöglich gewesen. Damals sei völlig unklar gewesen, ob Volkswagen überhaupt würde nachbessern können. Die (zumindest) vorübergehende Unmöglichkeit stehe der dauernden Unmöglichkeit gleich, da dem Kläger ein Festhalten am Vertrag nicht mehr zumutbar sei.

Die Beklagte dürfe die Nachlieferung auch nicht gemäß § 439 Abs. 3 BGB wegen Unverhältnismäßigkeit verweigern. Anders als von der Beklagten vorgetragen, sei die Nachlieferung für diese nämlich (nahezu) kostenfrei, während die Nachbesserung unter Berücksichtigung der Entwicklungskosten für die Software ca. 4.000 € - 5.000 € pro Fahrzeug koste. Zudem zeige § 439 Abs. 3 Satz 2 BGB, dass für die Antwort auf die Frage nach der Unverhältnismäßigkeit einer der beiden Arten der Nacherfüllung nicht allein auf deren Kosten abzustellen sei. Vorliegend bringe die Nachbesserung bereits deshalb einen erheblichen Nachteil für den Kläger mit sich, da sie deutlich länger dauern würde als die von ihm gewünschte Nachlieferung. Zudem führe das Software-Update zu einem erhöhten CO<sub>2</sub>-Ausstoß, womit es keine geeignete Nachbesserung darstelle und deshalb vom Kläger nicht zu akzeptieren sei.

Er vertritt ferner die Ansicht, die Beklagte hafte auf Schadensersatz aus Prospekthaftung.

Zudem ergebe sich der geltend gemachte Anspruch auch aus den §§ 280, 241, 443, 823 Abs. 2 BGB in Verbindung mit Art. 12, 18 der Richtlinie Nr. 2007/46/EG, §§ 4, 6, 25 EG-Fahrzeuggenehmigungsverordnung.

Schließlich behauptet der Kläger, mit der Beauftragung seines Prozessbevollmächtigten seien außergerichtliche Rechtsanwaltskosten in Höhe von 1.127,52 € entstanden. Hiervon habe die Beklagte ihn gemäß § 280 BGB freizustellen, da sie mit der Lieferung einer mangelhaften Sache eine Pflichtverletzung aus dem Kaufvertrag begangen habe. Zudem ergebe sich der Ersatzanspruch auch aus § 439 Abs. 2 BGB; denn zu den zum Zwecke der Nacherfüllung erforderlichen Aufwendungen gehörten auch die durch die Anspruchsdurchsetzung entstehenden Rechtsanwaltskosten. Der Ansatz einer 2,0 Geschäftsgebühr sei im Hinblick auf die Vielzahl komplexer und schwieriger Fragestellungen in tatsächlicher und rechtlicher Hinsicht angemessen.

Der Kläger beantragt,

1. die Beklagtenpartei zu verurteilen, der Klägerpartei ein mangelfreies fabrikneues typengleiches Ersatzfahrzeug aus der aktuellen Serienproduktion des Herstellers mit einem 1,4 l TDI-Motor, 90 PS, und im Übrigen identischer technischer Ausstattung wie das Fahrzeug Audi A1 Sportback, FIN: \_\_\_\_\_ Zug um Zug gegen Rückübereignung des mangelhaften Fahrzeugs Audi A1 Sportback, FIN: \_\_\_\_\_ nachzuliefern;
2. festzustellen, dass sich die Beklagtenpartei mit der Neulieferung und mit der Rücknahme der im Klageantrag Ziffer 1 genannten Fahrzeuge in Verzug befindet;
3. die Beklagtenpartei zu verurteilen, die Klägerpartei von den durch die Beauftragung der Prozessbevollmächtigten der Klägerpartei entstandenen vorgerichtlichen Rechtsanwaltskosten in Höhe von € 1.127,52 freizustellen.

Die Beklagte beantragt,

die Klage abzuweisen.

Sie bestreitet das Vorliegen einer unzulässigen Abschaltvorrichtung und behauptet, die verwendete Software wirke nicht auf das Emissionskontrollsystem ein. Das Abgasrückführungssystem sei nicht Bestandteil des Emissionskontrollsystems, sondern eine innermotorische Maßnahme. Die Emissionswerte im normalen Straßenbetrieb seien nicht relevant, weil der Gesetzgeber sich dazu entschieden habe, die Emissionsgrenzwerte allein unter Laborbedingungen festzulegen. Das Fahrzeug des Klägers sei technisch sicher und uneingeschränkt gebrauchstauglich.

Die Beklagte behauptet weiter, das Kraftfahrtbundesamt habe für den hier vorliegenden Fahrzeugtyp mit Schreiben vom 21.11.2016 die Freigabe der technischen Maßnahmen erklärt. In dem Schreiben sei ausgeführt, dass die von der Volkswagen AG dem KBA vorgestellte Änderung der Applikationsdaten geeignet sei, die Vorschriftsmäßigkeit der genannten Fahrzeuge herzustellen (Anlage B 3).

Wolle man das Vorliegen eines Mangels unterstellen, so wäre der geltend gemachte Anspruch auf Nachlieferung nach Ansicht der Beklagten dennoch unbegründet. Eine Nachlieferung sei nämlich unmöglich. Die Fahrzeuge der aktuellen Serienproduktion des Audi A1 gehörten nicht derselben Gattung an, da sie sich von dem streitgegenständlichen Fahrzeug nicht nur hinsichtlich der Software, sondern auch durch eine abweichende Leistung des 1,6 l TDI-Motors (116 PS statt 90 PS) und sonstige technische Weiterentwicklungen unterschieden. Insbesondere seien sie mit einer Euro 6 - Typengenehmigung ausgestattet. Die vom Kläger beim Kauf des streitgegenständlichen Fahrzeugs gewählte Ausstattungslinie „Ambition“ gebe es nicht mehr.

Jedenfalls dürfe die Beklagte die Nachlieferung gemäß § 439 Abs. 3 BGB als unverhältnismäßig verweigern, weil die Nachbesserung mithilfe eines Software-Updates im Rahmen eines kurzen Werkstattbesuches von weniger als 1 Stunde zu Kosten von weniger als 100 € möglich sei, während sich die Nachlieferungskosten vorliegend kalkulatorisch auf 5.494,00 € beliefen. Die Unverhältnismäßigkeit der Nachlieferung gegenüber der Nachbesserung folge außerdem aus der Unerheblichkeit des – unterstellten – Mangels. Von einem geringfügigen Mangelbeseitigungsaufwand sei nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs in der Regel auszugehen, wenn dieser nicht mehr als 5 % des Kaufpreises betrage. Vorliegend beliefen sich die Mängelbeseitigungskosten auf weniger als 0,5 % des Kaufpreises, womit die Nachlieferung verweigert werden könne.

Ausweislich der Freigabe durch das KBA sei die Nachbesserung möglich. Sie sei dem Kläger auch zumutbar, da er anders als von ihm behauptet nicht über vertragsrelevante Umstände getäuscht worden sei. Schließlich sei dem Kläger die Nachbesserung auch nicht deshalb unzumutbar (§ 440 BGB), weil sie nicht kurzfristig möglich gewesen ist, sondern zunächst die erforderlichen technischen Maßnahmen zu entwickeln waren. Denn der Kläger habe sein Fahrzeug in der Zwischenzeit problemlos nutzen können.

Das Risiko der Entziehung der Betriebserlaubnis für Deutschland bestehe nicht. Durch das Softwareupdate und den Strömungsgleichrichter werde das Fahrzeug alle Emissionsgrenzwerte ohne nachteilige Folgen für die Motorleistung, den Kraftstoffverbrauch und die CO<sub>2</sub>-Emissionen einhalten. Die technische Überarbeitung werde voraussichtlich weniger als eine Stunde Zeit in Anspruch nehmen und weniger als 100,- € kosten.

Die Beklagte bestreitet, dass die bisher verwendete Software negative Auswirkungen auf das Abgassystem hat. Das Abgassystem werde durch die Software nicht stärker belastet als ohne sie. Auch wirke sich das Software-Update nicht negativ auf die Langlebigkeit von Bestandteilen des Emissionskontrollsystems oder des Motors aus.

Der Kläger habe weiter keinen auf Nachlieferung gerichteten Schadensersatzanspruch gemäß §§ 311 Abs. 2, 241 Abs. 2 BGB. Die Prospekthaftung i.w.S. sei zum einen durch die Anwendbarkeit des Kaufrechts gesperrt und zum anderen auf den vorliegenden Fall nicht übertragbar. Es fehle an einem „Prospekt“ im Sinne der kapitalmarktrechtlichen Rechtsprechung. Überdies ließen sich die Grundsätze der Prospekthaftung nicht auf Sachverhalte außerhalb des Kapitalanlagerechts erweitern. Weiter fehle es an substantiiertem Vortrag zu angeblich unrichtigen Prospektangaben. Schließlich habe die Beklagte eine etwaige Pflichtverletzung nicht zu vertreten, da sie keine Kenntnis von der Konfiguration des Abgasrückführungssystems gehabt habe und sich ein etwaiges Verschulden der Volkswagen AG auch nicht zurechnen lassen müsse.

Schließlich weist die Beklagte darauf hin, dass sie für den Fall eines Nachlieferungsanspruchs des Klägers gegen diesen gemäß §§ 281 Abs. 5, 346 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 BGB einen Anspruch auf Wertersatz für die gezogenen Gebrauchsvorteile habe. Für dessen Berechnung müsse der Kläger ihr die aktuelle Laufleistung seines Fahrzeuges mitteilen. Solange diese Auskunft nicht erfolgt sei, bestehe nach §§ 281 Abs. 5, 348, 320 BGB zugunsten der Beklagten ein Leistungsverweigerungsrecht hinsichtlich der etwaig von ihr geschuldeten Leistung, auf das sie sich berufe.

Der Antrag des Klägers auf Feststellung des Annahmeverzuges sei unbegründet, weil dieser ihr die Rückgabe des streitgegenständlichen Fahrzeuges nicht in Annahmeverzug begründender Weise angeboten habe. Vorliegend fehle es an einem ausreichend bestimmten Angebot.

Der Antrag auf Freistellung von vorgerichtlichen Rechtsanwaltskosten sei ebenso unbegründet. Der Kläger habe nicht vorgetragen, dass er überhaupt eine Verbindlichkeit eingegangen sei. Darüber hinaus sei keinesfalls eine Geschäftsgebühr von 2,0 gerechtfertigt, da die Bevollmächtigten des Klägers vorgerichtlich ausschließlich standardisierte Anschreiben versandt hätten.

Wegen der weiteren Einzelheiten wird auf die zwischen den Parteien gewechselten Schriftsätze nebst Anlagen Bezug genommen.



## Entscheidungsgründe

Die Klage ist im Wesentlichen zulässig und - soweit zulässig - auch weit überwiegend begründet.

### I.

Soweit der Kläger nicht nur festgestellt haben will, dass sich die Beklagte im Annahmeverzug mit der Rücknahme des streitgegenständlichen Fahrzeugs, sondern darüber hinaus im (Schuldner-)Verzug mit der von ihm begehrten Nachlieferung befindet, ist die Klage unzulässig.

Gemäß § 256 Abs. 1 ZPO kann Klage auf Feststellung des Bestehens oder Nichtbestehens eines Rechtsverhältnisses erhoben werden. Keine Rechtsverhältnisse sind abstrakte Rechtsfragen wie etwa der Verzug des Schuldners. Der Schuldnerverzug ist ein Unterfall der Verletzung der Leistungspflicht, nämlich die rechtswidrige Verzögerung der geschuldeten Leistung aus einem vom Schuldner zu vertretenden Grund und zugleich eine gesetzlich definierte Voraussetzung unterschiedlicher Rechtsfolgen, also lediglich „Vorfrage“ für die Beurteilung dieser Rechtsfolgen. Ein gegenüber dem ursprünglichen Schuldverhältnis eigenständiges „Verzugsverhältnis“ kennt das Gesetz nicht (BGH NJW 2000, 2280).

Soweit in Fällen, in denen eine Verurteilung zu einer Zug um Zug zu erbringenden Leistung begehrt wird, der Antrag des Klägers, den Annahmeverzug des Schuldners hinsichtlich der ihm gebührenden Leistung festzustellen, mit Rücksicht auf §§ 756, 765 ZPO aus Gründen der Prozessökonomie allgemein als zulässig angesehen wird, sind diese Überlegungen auf den Schuldnerverzug nicht übertragbar (BGH a.a.O.).

Im Übrigen ist die Klage zulässig. Dies gilt aus den genannten Gründen auch für den Antrag festzustellen, dass sich die Beklagte im Annahmeverzug befindet.

## II.

Die Klage ist weitgehend begründet.

1. Dem Kläger steht der geltend gemachte Nachlieferungsanspruch aus §§ 434 Abs. 1 S. 2 Nr. 2, 437 Nr. 1, 439 Abs. 1 Alt. 2 BGB zu.

a) Der erworbene Audi A1 wies im Zeitpunkt des Gefahrübergangs einen Sachmangel gem. § 434 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 BGB auf. Denn das Fahrzeug entsprach nicht einer solchen Beschaffenheit, die bei Sachen der gleichen Art üblich ist und die der Käufer nach der Art der Sache erwarten kann.

aa) Das klägerische Fahrzeug verfügt über eine Software, die zwischen dem Betrieb des Fahrzeugs auf dem Prüfstand im Modus 1 und dem Betrieb im realen Fahrbetrieb im Modus 0 unterscheidet. Im Modus 1 kommt es zu einer höheren Abgasrückführungsrate. Zwar kann und muss der Prüfstandmodus nicht den realen Fahrbetrieb exakt widerspiegeln; allerdings kann nur bei im Wesentlichen identischer Funktion der Motorsteuerung gewährleistet werden, dass die Abgas- und Verbrauchswerte in einer gewissen Korrelation zueinander stehen. Nur dann lässt die Simulation auch eine Aussage über den realen Fahrbetrieb sowie den Vergleich zu anderen Fahrzeugen zu: Niedrige Werte im Prüfstandmodus lassen auch niedrige Werte im realen Fahrbetrieb erwarten und umgekehrt (LG Krefeld, Az. 2 O 83/16, Ur. v. 14.09.2016, Rn. 25, zitiert nach juris). Bei einem die Prüfstandswerte nicht manipulierenden Fahrzeug besteht die Gewähr dafür, dass schädliche Emissionen im Straßenverkehr mit derselben Effektivität wie auf dem Prüfstand vermieden werden (LG Paderborn, Ur. v. 09.06.2016, Rn. 27, zitiert nach juris). Das streitgegenständliche Fahrzeug täuscht dagegen durch den Wechsel zwischen den verschiedenen Modi auf dem Prüfstand einen anderen, niedrigeren Stickoxidausstoß vor und nimmt damit den Simulationswerten die Aussagekraft. Eine derartige Umschaltlogik entspricht nicht den berechtigten Erwartungen eines Käufers an die übliche Beschaffenheit vergleichbarer Fahrzeuge. Der Käufer eines Fahrzeugs der Emissionsklasse „Euro 5“ darf vielmehr davon ausgehen, dass das Fahrzeug die vorgegebenen Grenzwerte im Rahmen des für die Einstufung maßgeblichen Prüfungsverfahrens auch tatsächlich einhält. Diese Erwartung wird enttäuscht durch den Umstand, dass das Ergebnis im Prüfstand nur aufgrund einer speziellen, in dem Fahrzeug verbauten Software erzielt wird, die den künstlichen Fahrzyklus erkennt und in einen Betriebsmodus schaltet, der den Stickoxidausstoß reduziert (LG Paderborn, a.a.O.).

bb) Darüber hinaus ist das Fahrzeug auch deswegen mangelhaft, weil es selbst nach dem Vorbringen der Beklagten einem Software-Update unterzogen werden muss, um den entsprechenden Auflagen des Kraftfahrtbundesamtes zu genügen und nicht den Verlust der Allgemeinen Betriebserlaubnis zu riskieren (LG Frankenthal, Urt. v. 12.05.2016, 8 O 208/15; LG Oldenburg, Urt. v. 01.09.2016, 16 O 790/16; LG Kleve, Urt. v. 31.03.2017, 3 O 252/16, jeweils zitiert nach juris). In dem Schreiben des Kraftfahrtbundesamtes vom 03.11.2016 ist insoweit ausgeführt, dass die von der Volkswagen AG dem KBA vorgestellte Änderung der Applikationsdaten geeignet ist, die Vorschriftsmäßigkeit der genannten Fahrzeuge herzustellen (Anlage B 3). Wenn also ausweislich dieses Schreibens die Vorschriftsmäßigkeit erst hergestellt werden muss, mithin das Fahrzeug ohne das Software-Update nicht vorschriftsmäßig ist, dann kann hieraus auf die derzeitige Mangelhaftigkeit des Fahrzeugs geschlossen werden. Denn ein nicht den Vorschriften genügendes Fahrzeug entspricht nicht der Beschaffenheit, die ein Käufer bei dem Erwerb eines Neuwagens erwartet.

b) Der Mangel des Fahrzeuges gibt dem Kläger gemäß § 437 Nr. 1 BGB das Recht Nacherfüllung zu verlangen, wobei er grundsätzlich frei wählen kann, ob er die Beseitigung des Mangels oder – wie hier – die Lieferung einer mangelfreien Sache wünscht.

aa) Die begehrte Neulieferung eines Audi A1 ist nicht gemäß § 275 Abs. 1 BGB wegen Unmöglichkeit ausgeschlossen.

Vorliegend traf die Beklagte eine Gattungsschuld. Eine Ersatzlieferung wird bei dieser erst dann unmöglich, wenn die gesamte Gattung untergegangen bzw. mangelhaft ist (Palandt-Weidenkaff, BGB, 76. Aufl., § 439, Rn. 15). Im Streitfall ist zwar davon auszugehen, dass alle Fahrzeuge des Typs Audi A1 aus der Baureihe, dem das streitgegenständliche Fahrzeug angehört, mit dem Dieselmotor EA 189 mangelbehaftet sind. Die Nachlieferung ist aber durch Überlassung eines Fahrzeugs der aktuellen Baureihe des Audi A1 möglich. Entgegen der Auffassung der Beklagten gehören Neufahrzeuge des Typs Audi A1 aus der aktuellen Serienproduktion mit vergleichbarer Ausstattung auch dann derselben Gattung wie das streitgegenständliche Fahrzeug an, wenn sie eine andere Motorleistung oder sonstige technische Verbesserungen aufweisen und dabei insbesondere den Anforderungen der Euro 6 - Norm entsprechen. Eine Gattung bilden alle Gegenstände, die durch gemeinschaftliche Merkmale (Typ, Sorte, etc.) gekennzeichnet sind und sich dadurch von anderen Gegenständen abheben. Über die Abgrenzung entscheidet der Parteiwille (Palandt-Grüneberg, BGB,

76. Aufl., § 243, Rn. 2). Für dessen Ermittlung ist im vorliegenden Fall die Regelung in Ziffer 6. der Neuwagen-Verkaufsbedingungen der Beklagten, die unstreitig in den Kaufvertrag einbezogen waren, von besonderer Bedeutung. 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.“

In der aktuellen Produktion des Audi A1 gibt es ein Modell, das – wie der streitgegenständliche Wagen – über einen TDI-Motor mit 90 PS verfügt. Dieser Motor hat 0,2 l Hubraum weniger als das im streitgegenständlichen Fahrzeug verbaute Aggregat und erfüllt anstelle der Euro-Norm 5 die Euro-Norm 6. Die technische Ausstattung und das Design wurden leicht abgeändert. Diese Modifikationen sind jedoch nicht so erheblich, dass man davon ausgehen könnte, der Audi A1 aus der aktuellen Serie stelle eine eigene Gattung dar. Die Abweichungen sind insgesamt als gering zu bewerten und wären dem Kunden nach Ziffer 6. der Neuwagen-Verkaufsbedingungen zuzumuten, falls die Audi AG nach der Bestellung, aber vor der Auslieferung des Fahrzeugs an den Kläger die Produktion des Audi A1 in der alten Version ein- und auf den nunmehr aktuellen Audi A1 umgestellt hätte.

Letztlich kann aber auch dahinstehen, ob es sich bei einem ähnlichen Fahrzeug aus der aktuellen Produktion um ein Fahrzeug derselben Gattung oder um ein sogenanntes „aliud“ handelt. Denn der Nachlieferungsanspruch kann nicht nur mit Gegenständen erfüllt werden, die derselben Gattung angehören. Das ergibt sich schon daraus, dass nach zutreffender Ansicht eine Nachlieferung auch beim Stückkauf in Frage kommt, wo der Anspruch notwendig auf die Lieferung eines „aliuds“ gerichtet ist. Ob beim Stückkauf eine Ersatzlieferung in Betracht kommt, ist nach dem durch Auslegung zu ermittelnden Willen der Vertragsparteien bei Vertragsschluss zu beurteilen (§§ 133, 157 BGB). Möglich ist die Ersatzlieferung nach der Vorstellung der Parteien dann, wenn die Kaufsache im Falle ihrer Mangelhaftigkeit durch eine gleichartige und gleichwertige ersetzt werden kann (BGH, Urteil vom 7.6.2006 - VIII ZR 209/05, NJW 2006, 2839 (2840 f.)). Unter diesen Voraussetzungen kann daher auch bei einer Gattungsschuld

die Verpflichtung zur Nachlieferung auf einen nicht derselben Gattung angehörenden Gegenstand gerichtet sein. Das ist hier aus den genannten Gesichtspunkten der Fall.

Mithin scheidet die vom Kläger begehrte Nachlieferung nicht gemäß § 275 Abs. 1 BGB wegen Unmöglichkeit aus.

bb) Die Beklagte kann die Nachlieferung auch nicht gemäß § 439 Abs. 3 BGB wegen Unverhältnismäßigkeit der mit ihr verbundenen Kosten verweigern.

Die Beurteilung der Unverhältnismäßigkeit erfordert eine umfassende Würdigung der in § 439 Abs. 3 BGB genannten Umstände, also der Kosten der vom Käufer gewählten Form der Nacherfüllung, des Wertes der Sache in mangelfreiem Zustand, der Bedeutung des Mangels und der Frage, ob die andere Art der Nacherfüllung für den Käufer erhebliche Nachteile hätte.

(1) Auf welchen Zeitpunkt hierfür abzustellen ist, ist streitig. Teilweise wird in der Literatur auf den Termin der letzten mündlichen Verhandlung abgestellt (Faust, in: Bamberger/Roth, BGB, 3. Aufl., § 439 Rn. 41). Diese Ansicht überzeugt jedoch nicht. Der BGH hat zu der ähnlich gelagerten Problematik des Ausschlusses des Rücktrittsrechts nach § 323 Abs. 5 Satz 2 BGB wegen Geringfügigkeit des Mangels bereits entschieden, dass ein zum Zeitpunkt des Rücktritts erheblicher Mangel nicht zu einem geringfügigen Mangel wird, wenn sich nachträglich herausstellt, dass der Mangel doch mit verhältnismäßig geringem Aufwand behoben werden kann (vgl. BGH, Urt. v. 15.06.2011 – VIII ZR 139/09, Rn. 9, zitiert nach juris). Auch zu § 633 Abs. 2 BGB a.F. vertritt der BGH die Auffassung, dass für die Bewertung des zur Nachbesserung erforderlichen Aufwands auf den Zeitpunkt abzustellen ist, in dem die vertragsgemäße Erfüllung geschuldet war; eine Erhöhung des Aufwands aufgrund späterer Baukostensteigerungen war daher nicht zu berücksichtigen (BGH, Urt. v. 23.03.1995 – VII ZR 235/93, Rn. 12, zitiert nach juris).

Dementsprechend wird in der Literatur auch richtigerweise überwiegend vertreten, dass es nicht auf den Zeitpunkt der letzten mündlichen Verhandlung ankommt (vgl. MünchKomm-Westermann, BGB, 7. Aufl., § 439, Rn. 27, der auf den Zeitpunkt des Gefahrübergangs abstellen will, sowie Staudinger/Matusche-Beckmann, BGB, Neubearb. 2013, § 439, Rn. 126, die dem Gedanken des BGH aus dem Urteil vom 23.03.1995 folgen will). Dies ist auch zutreffend, denn es darf einem Verkäufer nicht zugutekommen, wenn er die vom Kläger berechtigt gewählte Form der Nacherfüllung

verweigert, den Kläger in ein Gerichtsverfahren zwingt und so zeitliche Verzögerungen verursacht.

(2) Entscheidend ist demnach die Sachlage spätestens zu dem Zeitpunkt, als die Beklagte mit der Nachlieferung in Verzug geraten ist, also am 29.06.2016. Damals war die Mängelbeseitigung durch Nachbesserung in Form eines Software-Updates unstreitig nicht möglich, da das Software-Update noch nicht aufgespielt werden konnte. Die Freigabe des Kraftfahrt-Bundesamtes erfolgte nämlich erst am 21.11.2016. Mithin kann die Beklagte zur Begründung der von ihr behaupteten Unverhältnismäßigkeit der Kosten der vom Kläger gewählten Nachlieferung nicht mit Erfolg darauf verweisen, dass die Nachbesserung durch das Software-Update Kosten von weniger als 100 € verursachen würde. Denn diese Form der Nacherfüllung war im Mai 2016 nicht alternativ möglich. Damit aber kommt es auf die zwischen den Parteien streitige Frage, welche Kosten für das seitens der Volkswagen AG bzw. der Audi AG geplante Software-Update anfallen und ob das Software-Update für den Kläger zumutbar wäre, nicht an.

Die vom Kläger auf den 28.06.2016 gesetzte Frist zur Nacherfüllung durch Nachlieferung war auch angemessen. Die Beklagte kann sich nicht darauf berufen, dass der Kläger ihr bis zum Vorliegen des zu jenem Zeitpunkt bereits von der Volkswagen AG angekündigten Software-Updates hätte Zeit lassen müssen. Die Bestimmung einer derart langen Frist ist für den Käufer auch unter Beachtung des Umstandes, dass keine Gebrauchseinschränkung des Fahrzeugs vorlag, unzumutbar. Dabei ist zu berücksichtigen, dass der VW-Abgasskandal bereits im September 2015 bekannt geworden ist und der Kläger negative Auswirkungen auf den Marktpreis ernstlich befürchten musste. Aus dem mit der Täuschung eingegangenen unternehmerischen Risiko von Strafzahlungen, Schadensersatzklagen und einem massiven geschäftsschädigenden Imageverlust für die Volkswagen AG konnte jedenfalls Anfang 2016 nur der Schluss gezogen werden, dass es für die Ausgestaltung der Motorsoftware wichtige technische Gründe gab und eine andere Lösung technisch gar nicht oder nur mit hohen Kosten möglich sein würde (vgl. LG Hagen, Ur. v. 18.10.2016 – 3 O 66/16, Rn. 65, zitiert nach juris). Für den Kläger war im Mai 2016 noch weniger als jetzt abschätzbar, ob und wann für sein Fahrzeug eine technische, vom Kraftfahrt-Bundesamt akzeptierte Lösung gefunden werden würde und ob und wann das über dem Fahrzeug schwebende Risiko des Verlustes der Betriebserlaubnis und des Wertverlusts abgewendet werden kann.

(3) Selbst wenn man dies alles anders sähe und die Abwägung unter Berücksichtigung der Nachbesserungskosten in Höhe von lediglich 100 € vornähme, so ergäbe sich hieraus nicht die Unverhältnismäßigkeit der Nachlieferung im Sinne des § 439 Abs. 3 BGB. Denn zugunsten der vom Kläger gewählten Nachlieferung spricht, dass der in Rede stehende Mangel von erheblicher Bedeutung ist. Selbst wenn man davon ausgeht, dass derzeit keine Verwendungseinschränkung besteht, droht im Fall einer unterbliebenen oder gescheiterten Nachbesserung der Entzug der Zulassung des Fahrzeugs. Auf dieses Risiko musste und muss sich der Kläger nicht einlassen (so auch: LG Regensburg, Urt. v. 04.01.2017 – 7 O 967/16 –, zitiert nach juris).

Vor allem aber ist die Nachbesserung im Vergleich zur Nachlieferung im konkreten Fall für den Kläger erheblich nachteilhafter. Dies ergibt sich schon daraus, dass derzeit noch ungewiss ist, ob das von der Beklagten angebotene Software-Update negative Folgen haben wird. Bereits die Unsicherheit hinsichtlich des Erfolgs einer Nachbesserung führt dazu, dass diese Form der Nacherfüllung für den Kläger als erheblich nachteilig anzusehen ist. Denn die Unsicherheit des Erfolges der Nachbesserung kann den Weiterverkaufswert des Fahrzeuges beeinträchtigen. Negative Äußerungen in der Öffentlichkeit über mögliche Folgen des vom VW-Konzern angebotenen Software-Updates beeinflussen den Fahrzeugwert auch dann, wenn sie sich aus technischer Sicht als unzutreffend darstellen sollten (so auch: LG Regensburg, Urt. v. 04.01.2017 – 7 O 967/16 –, zitiert nach juris).

Darüber hinaus ist zu berücksichtigen, dass nach einer weit verbreiteten Meinung bei mangelhafter Nachbesserung die Verjährung der Gewährleistungsrechte nur dann von neuem beginnt, wenn aus den Umständen zu schließen ist, dass der Verkäufer den Mangel anerkennt (§ 212 Abs. 1 Nr. 1 BGB; vgl. auch Palandt-Weidenkaff, BGB, 76. Aufl., § 438 Rn. 16a). Das macht die Beklagte ausdrücklich nicht, sondern betont, dass sie das Update nur im Wege der Kulanz zur Verfügung stellt. Dadurch wird das Risiko des Scheiterns der Nachbesserung insofern auf den Käufer verlagert, als dieser seinen Anspruch auf Nachbesserung des Softwareupdates möglicherweise im Klagewege durchsetzen muss, und er riskiert, dass seinem dahingehenden Anspruch der Verjährungseinwand entgegen gehalten wird (so auch: LG Regensburg, Urt. v. 04.01.2017 – 7 O 967/16 –, zitiert nach juris).

c) Der Kläger hat daher einen Anspruch auf Nachlieferung eines Neufahrzeuges aus der aktuellen Serie des Audi A1 mit einem 90 PS TDI-Motor, Zug-um-Zug gegen

Rückgabe und Rückübereignung (§§ 439 Abs. 4, 348 BGB) des streitgegenständlichen Fahrzeugs.

2. Nutzungersatz nach §§ 439 Abs. 4, 346 Abs. 2 S. 1 Nr. 1 BGB schuldet der Kläger nicht, weil es sich bei dem streitgegenständlichen Vertrag um einen Verbrauchsgüterkauf nach § 474 Abs. 1 BGB handelt. Auf solche Verträge ist § 439 Abs. 4 BGB mit der Maßgabe anzuwenden, dass Nutzungen weder herauszugeben sind noch deren Wert zu ersetzen ist (§ 474 Abs. 5 S. 1 BGB).

3. Der Kläger hat darüber hinaus einen Anspruch auf Feststellung des Annahmeverzuges der Beklagten. Der Kläger hat der Beklagten das Fahrzeug mit Schreiben vom 17.05.2016 ordnungsgemäß abholbereit angeboten. Leistungsort für die Rückgabe der mangelhaften Sache ist nach § 269 Abs. 1 BGB der Wohnsitz des Schuldners. Dementsprechend stellt das vorgenannte Schreiben ein gemäß § 295 BGB ausreichendes wörtliches Angebot dar. Durch die nicht erfolgte Abholung des Fahrzeuges ist die Beklagte mithin in Annahmeverzug gemäß § 293 BGB geraten.

4. Ein Anspruch auf Freistellung von vorgerichtlichen Rechtsanwaltskosten steht dem Kläger nicht zu.

a) Zwar können die zur Durchsetzung der Mängelansprüche erforderlichen Rechtsverfolgungskosten gemäß § 280 Abs. 1 BGB Gegenstand eines vertraglichen Schadensersatzanspruchs sein (BGH, Ur. v. 30.04.1986 – VIII ZR 112/85 – NJW 1986, 2243 (2245)), denn die Beklagte hat durch die Lieferung des mangelbehafteten Fahrzeugs ihre vertraglichen Pflichten verletzt. Sie hat dies aber nicht schuldhaft getan, da sie über den Einsatz der Software nicht informiert war und diese ebenso wenig als mangelhaft erkennen konnte. Entsprechendes behauptet auch der Kläger nicht.

b) Ein Verzug der Beklagten mit der Nacherfüllung lag zum Zeitpunkt der vorgerichtlichen Beauftragung der Klägervorteiler nicht vor, womit die vorprozessual entstandenen Rechtsanwaltskosten keinen Verzugsschaden darstellen.



c) Schließlich ergibt sich ein Erstattungsanspruch auch nicht aus § 439 Abs. 2 BGB. Soweit ausnahmsweise auch Rechtsanwaltskosten zu den gemäß § 439 Abs. 2 BGB erstattungsfähigen Aufwendungen gezählt werden, geschieht dies nur dann, wenn sie zur Auffindung des zu beseitigenden Mangels notwendig sind (BGH NJW-RR 1999, 813 (814)). Das waren sich vorliegend nicht: Der Kläger kannte die Abgasproblematik seines Fahrzeuges bereits vor Einschaltung seiner jetzigen Prozessbevollmächtigten.

### III.

Die Kostenentscheidung beruht auf § 92 Abs. 2 Nr. 1 ZPO.

Die Entscheidung über die vorläufige Vollstreckbarkeit hat ihre Rechtsgrundlage in § 709 ZPO.

Dr. Perschke  
Beglaubigt

Osnabrück, den 31.05.2017

  
Henning, Justizhauptsekretärin  
als Urkundsbeamtin der Geschäftsstelle

