

## Unzumutbarkeit der Nacherfüllung bei einem vom VW-Abgasskandal betroffenen Gebrauchtwagen

1. Ein vom VW-Abgasskandal betroffener Gebrauchtwagen ist i. S. des [§ 434 I 2 Nr. 2 BGB](#) mangelhaft. Denn der Käufer darf erwarten, dass das Fahrzeug die einschlägigen Emissionsgrenzwerte (hier: gemäß Euro-5-Norm) tatsächlich und nicht nur dann einhält, wenn das Fahrzeug auf einem Prüfstand einem Emissionstest unterzogen wird.
2. Ob eine Nacherfüllung dem Käufer i. S. des [§ 440 Satz 1 Fall 3 BGB](#) unzumutbar ist, ist allein aus der Sicht des Käufers zu beurteilen; eine Abwägung der beiderseitigen Interessen findet insoweit nicht statt.
3. Eine Nachbesserung ist dem Käufer eines vom VW-Abgasskandal betroffenen Fahrzeugs nicht zuzumuten, wenn und solange zu befürchten ist, dass sich dadurch der CO<sub>2</sub>-Ausstoß des Fahrzeugs oder dessen Kraftstoffverbrauch erhöht oder die Motorleistung vermindert. Dass dies geschehen wird, muss der Käufer nicht beweisen. Es genügt, wenn aufgrund vom Verkäufer nicht widerlegter tatsächlicher Anhaltspunkte der plausible Verdacht besteht, dass eine Nachbesserung negative Auswirkungen (z. B. auf den Kraftstoffverbrauch) haben wird.
4. Eine Nachbesserung kann dem Käufer eines vom VW-Abgasskandal betroffenen Neuwagens auch deshalb unzumutbar sein, weil sein Vertrauensverhältnis zum Fahrzeughersteller aufgrund dessen arglistiger Täuschung nachhaltig gestört ist. Diese Täuschung kann einem Vertragshändler als Verkäufer des Fahrzeugs zwar nach h. M. nicht zugerechnet werden. Zu berücksichtigen ist aber, dass faktisch der Fahrzeughersteller – also derjenigen, der getäuscht und sich dadurch als unzuverlässig erwiesen hat – die Nachbesserung vornimmt und der Händler dazu nur einen untergeordneten Beitrag leistet. Im Übrigen ist der Vertragshändler nicht nur hinsichtlich der Nachbesserung, sondern auch bei allen künftigen Reparatur- und Serviceleistungen auf den Hersteller angewiesen.
5. Die in der Lieferung eines vom VW-Abgasskandal betroffenen Gebrauchtwagens liegende Pflichtverletzung des Verkäufers ist auch dann i. S. des [§ 323 V 2 BGB](#) erheblich, wenn der Kostenaufwand für die Beseitigung des Mangels weniger als fünf Prozent des Kaufpreises beträgt. Schon der Umstand, dass der Käufer auf eine Nachbesserung nicht verzichten kann, sondern im Rahmen des vom Hersteller mit dem Kraftfahrt-Bundesamt abgestimmten Rückrufs

**ein Softwareupdate aufspielen lassen muss, um die Zulassung des Fahrzeugs nicht zu gefährden, nimmt dem dem Fahrzeug anhaftenden Mangel den Anschein der Unerheblichkeit.**

LG Krefeld, Urteil vom 14.09.2016 – [2 O 83/16](#)

**Sachverhalt:** Die Klägerin, die von der beklagten Audi-Vertragshändlerin einen Audi A1 erworben hat, verlangt die Rückabwicklung des am 23.03.2015 geschlossenen Kaufvertrages, weil ihr Fahrzeug vom VW-Abgasskandal betroffen ist. Der Kaufpreis für das am 16.12.2014 ersugelassene Fahrzeug betrug 27.550 €.

In dem Audi A1, der über einen 2-Liter-Motor des Typs EA189 verfügt, kommt eine Software zum Einsatz, die erkennt, ob das Kfz auf einem Prüfstand einem Emissionstest unterzogen wird oder ob es sich im Straßenverkehr befindet. Auf dem Prüfstand wird der Ausstoß von Stickoxiden (NO<sub>x</sub>) derart optimiert, dass die NO<sub>x</sub>-Emissionen geringer sind als im Normalbetrieb; nur deshalb hält der Pkw die durch die Euro-5-Abgasnorm vergebenen NO<sub>x</sub>-Grenzwerte ein.

Mit Anwaltsschreiben vom 16.03.2016 erklärte die Klägerin unter Bezugnahme auf den VW-Abgasskandal den Rücktritt vom Kaufvertrag, ohne der Beklagten zuvor eine Frist zur Nacherfüllung gesetzt zu haben. Gleichzeitig forderte sie von der Beklagten die Rückzahlung des um eine Nutzungsentschädigung verminderten Kaufpreises Zug um Zug gegen Rückgabe des streitgegenständlichen Fahrzeugs.

Die Beklagte antwortete auf das Anwaltsschreiben mit Schreiben vom 22.03.2016. Sie verwies darauf, dass der Fahrzeughersteller so schnell wie möglich ein Softwareupdate für die Motoren, deren NO<sub>x</sub>-Ausstoß auf dem Prüfstand optimiert werde, entwickeln werde; bis dieses Update zur Verfügung stehe, bitte man um Geduld. Das Softwareupdate werde auf Kosten der *AUDI AG* aufgespielt; der Zeitaufwand dafür betrage etwa 30 Minuten. Ziel sei es, dass die geplanten Maßnahmen keinen Einfluss auf den Kraftstoffverbrauch und die Motorleistung hätten. Die Beklagte verzichtete bis zum 31.12.2017 darauf, wegen etwaiger Ansprüche, die im Zusammenhang mit der Manipulationssoftware bestehen könnten, die Einrede der Verjährung zu erheben.

Die Beklagte ist für eine Änderung der Software auf Handlungsanweisungen des Fahrzeugherstellers sowie darauf angewiesen, dass dieser ein Softwareupdate bereitstellt. Als die Klägerin den Rücktritt vom Kaufvertrag erklärte, hatte die *AUDI AG* nur eine sogenannte Konzeptsoftware entwickelt. Ein auf das Fahrzeug der Klägerin abgestimmtes Softwareupdate hatte das Kraftfahrt-Bundesamt noch nicht freigegeben und eine Rückrufaktion noch nicht genehmigt. Das Update für das Fahrzeug der Klägerin wurde erst mit Bescheid des Kraftfahrt-Bundesamtes vom 20.06.2016 freigegeben. Danach hält das Fahrzeug, nachdem das Softwareupdate aufgespielt wurde, die Grenzwerte für Emissionen ein und bleibt die Motorleistung unverändert. Die ursprünglich vom Fahrzeughersteller angegebenen Kraftstoffverbrauchswerte und CO<sub>2</sub>-Emissionswerte werden bestätigt.

Auch ohne das Softwareupdate ist das streitgegenständliche Fahrzeug fahrbereit und verkehrssicher. Die EG-Typgenehmigung wurde bislang nicht entzogen. Das Kraftfahrt-Bundesamt betrachtet das Aufspielen des Softwareupdates jedoch als verpflichtend.

Die Klägerin behauptet, sie habe sich auch deshalb für das Fahrzeug entschieden, weil es als umweltfreundlichstes Dieselfahrzeug seiner Klasse beworben worden sei. Tatsächlich überschreite aber im normalen Fahrbetrieb der NO<sub>x</sub>-Ausstoß des Fahrzeugs die durch die Euro-5-Abgasnorm vorgegebenen Grenzwerte um ein Vielfaches. Lediglich auf einem Prüfstand werde – unstrittig – die Motorsteuerung automatisch so geschaltet, dass die Grenzwerte eingehalten würden. Als sie – die Klägerin – den Rücktritt vom Kaufvertrag erklärt habe, habe sie nicht absehen können, ob sich durch das für ihr Fahrzeug vorgesehene Softwareupdate der Kraftstoffverbrauch oder die CO<sub>2</sub>-Emissionen ihres Fahrzeugs erhöhen oder sich die Motorleistung und das maximale Drehmoment verändern würden. Es sei aber zu vermuten, dass eine Verringerung des NO<sub>x</sub>-Ausstoßes nur unter Inkaufnahme eines höheren CO<sub>2</sub>-Ausstoßes, eines höheren Kraftstoffverbrauchs oder eines höheren Motorverschleißes möglich sei. Denn bekanntermaßen gebe es einen Zielkonflikt zwischen günstigen NO<sub>x</sub>-Emissionen und günstigen CO<sub>2</sub>-Emissionen. Auch zeitlich betrachtet sei es ihr, der Klägerin, nicht zumutbar gewesen, bis zur Verfügbarkeit des vorgesehenen Softwareupdates zuzuwarten. Denn bis dahin hätte sie mit einem Fahrzeug fahren müssen, das nicht gesetzeskonform betrieben werden könne. Darüber hinaus sei ihr Vertrauensverhältnis zum Fahrzeughersteller wegen des VW-Abgasskandals und der intransparenten Informationspolitik des Herstellers nachhaltig gestört. Als sie den Rücktritt vom Kaufvertrag erklärt habe, sei nicht ausgeschlossen gewesen, dass ihrem Fahrzeug aufgrund der rechtswidrig erlangten EG-Typgenehmigung die Zulassung entzogen und es stillgelegt würde, da zu diesem Zeitpunkt – unstrittig – das Kraftfahrt-Bundesamt einen Rückruf noch nicht genehmigt hatte. Schließlich, so meint die Klägerin, habe die *AUDI AG* die Fahrzeugkäufer arglistig getäuscht, sodass ihr eine Nachbesserung, die faktisch durch den Hersteller erfolge, unzumutbar sei. Abgesehen davon sei zu befürchten, dass trotz Nachbesserung ein merkantiler Minderwert verbleibe, zumal allgemein beobachtet werde, dass Kfz-Händler vom VW-Abgasskandal betroffene Fahrzeuge nicht in Zahlung nähmen. Der VW-Abgasskandal habe nicht nur bei ihr, der Klägerin, zu einem Vertrauensverlust geführt, sondern der VW-Konzern habe allgemein in der Bevölkerung Vertrauen eingebüßt.

Die im Wesentlichen auf Zahlung von (27.550 € – 953,18 € =) 26.596,82 € nebst Zinsen und den Ersatz von außergerichtlichen Rechtsanwaltskosten gerichtete Klage hatte ganz überwiegend Erfolg.

**Aus den Gründen:** Die Klägerin hat gegen die Beklagte einen Anspruch auf Rückzahlung des Kaufpreises von 27.550 € abzüglich gezogener Nutzungen in Höhe von 990,15 € Zug um Zug gegen Rückgabe des ... Fahrzeugs (§§ 346 I, 348 BGB i. V. mit §§ 437 Nr. 2, 440 Satz 1 Fall 3, 323 I BGB). Lediglich der Nutzungsersatz war geringfügig höher anzusetzen, und es besteht kein Anspruch auf Erstattung der vorgerichtlichen Anwaltskosten.

I. Die Klägerin ist mit Schreiben vom 16.03.2016 wirksam wegen Mangelhaftigkeit vom Kaufvertrag ... über den streitgegenständlichen Audi A1 zurückgetreten. Der Pkw wies bei Gefahrübergang einen Sachmangel auf. Eine Frist zur Nacherfüllung war entbehrlich, und die Pflichtverletzung war nicht unerheblich; diese beiden Voraussetzungen des Rücktrittsrechts hängen eng miteinander zusammen.

1. Der Ist-Zustand des Wagens wich bei Gefahrenübergang vom Soll-Zustand ab. Das Kfz erfüllte die Euro-5-Abgasnorm nicht. Damit fehlte ihm jedenfalls eine Beschaffenheit, wie sie bei Sachen der gleichen Art üblich ist und die ein Käufer nach der Art der Sache erwarten kann ([§ 434 I 2 Nr. 2 BGB](#)).

Zur Beschaffenheit eines Kaufgegenstands können alle Eigenschaften gehören, die der Sache selbst anhaften, sowie alle Beziehungen einer Sache zur Umwelt, die nach der Verkehrsanschauung Einfluss auf die Wertschätzung haben oder die Brauchbarkeit der Sache beeinflussen und ihr unmittelbar anhaften (vgl. Palandt/*Weidenkaff*, BGB, 75. Aufl., § 434 Rn. 10). Ein Emissionsverhalten des Motors entsprechend der Euro-5-Abgasnorm (bzw. allgemein der gesetzlichen Abgasvorschriften) stellt eine solche Eigenschaft dar. Die Klägerin durfte bei ihrer Kaufentscheidung davon ausgehen, dass der erworbene Audi A1 die für ihn geltenden Abgasvorschriften einhält und die dazugehörigen (und auch in der Werbung bzw. den Prospekten ... angegebenen) Emissionswerte korrekt ermittelt wurden. Tatsächlich wurde die Einhaltung der Euro-5-Norm nur wegen des Einsatzes manipulierender Software und damit nicht vorschriftsgemäß sichergestellt. Wäre die Software nicht eingesetzt worden, wären im Prüfverlauf die gesetzlichen vorgeschriebenen NO<sub>x</sub>-Emissionswerte überschritten worden (vgl. [LG Münster, Urt. v. 14.03.2016 – 011 O 341/15](#); [LG Lüneburg, Urt. v. 02.06.2016 – 4 O 3/16](#); [LG Bochum, Urt. v. 16.03.2016 – I-2 O 425/15](#)).

Allerdings leugnet die Beklagte einen Mangel. Sie beruft sich darauf, der Motor verfüge nicht über eine unzulässige Abschaltvorrichtung des Emissionskontrollsystems ... Dieser Einwand greift jedoch aus mehreren Gründen nicht durch.

Zunächst spricht der Hersteller Audi in der von der Klägerin ... vorgelegten Kundeninformation selbst davon, dass es Ziel der Nachbesserung sei, die Emissionsgrenzwerte einzuhalten, was nur bedeuten kann, dass sie ohne Nachbesserung nicht eingehalten werden. Weiter hätte sich das Kraftfahrt-Bundesamt kaum veranlasst gesehen, die Nachbesserung für verpflichtend zu erklären, wenn die Emissionen ohnehin den gesetzlichen Vorgaben entsprochen hätten; und der Hersteller Audi (wie auch der gesamte VW-Konzern) hätte sich ohne Notwendigkeit wohl nicht veranlasst gesehen, eine derart aufwendige und kostspielige Nachbesserung aus reiner Kulanz anzubieten.

Schließlich geht der Vortrag der Beklagten zur Mangelhaftigkeit schon am Kern des Problems vorbei. Der Mangel wird ... sogar zugestanden, wenn sie behauptet, eine unzulässige Abschaltvorrichtung sei nicht zum Einsatz gekommen, weil die bisherige Motorsteuerung auf dem Prüfstand in den NO<sub>x</sub>-optimierten Modus 1 (mit einer erhöhten Abgasrückführungsrate) geschaltet habe, während sich der Motor im normalen Fahrbetrieb im partikeloptimierten Modus 0 befunden habe. Denn der Prüfstand-Modus gibt zwar nicht den realen Fahrbetrieb wieder, die Motorsteuerung muss aber jedenfalls im Wesentlichen identisch wie dort funktionieren (ähnlich [LG Bochum, Urt. v. 16.03.2016 – 2 O 425/15](#)). Nur so wird gewährleistet, dass die Abgas- und Verbrauchswerte, die nicht mit denen des realen Fahrbetriebs übereinstimmen müssen, in einer gewissen Korrelation zueinander stehen und eine Aussage über den realen Fahrbetrieb sowie den Vergleich zu anderen Fahrzeugen zulassen: Niedrige Werte im Prüfstandsmodus lassen auch niedrige Werte im realen Fahrbetrieb erwarten und umgekehrt. Die Fahrzeuge müssen die Prüfstand-Situation zwar erkennen können und in einen Prüfstand-Modus umschalten, damit die Fahrzeugassistenzsysteme nicht falsch reagieren (etwa deshalb, weil sich hier die Hinterräder nicht mitdrehen); der Prüfstand-Modus dient aber nicht dazu, das Emissionskontrollsystem anders zu steuern.

Letzteres geschah bei dem Motor im Wagen der Klägerin, der Motor wurde (so die Beklagte selbst in ihrem Schriftsatz vom 24.08.2016) – nur! – bei der Prüfstand-Fahrt in einen Modus mit höherer Abgasrückführung und dadurch bedingt geringeren NO<sub>x</sub>-Werten gebracht (den von der Beklagten sogenannten Modus 1), wohingegen der Motor im realen Fahrbetrieb (dem von der Beklagten sogenannten Modus 0) eine geringere Abgasrückführung und damit höhere NO<sub>x</sub>-Werte aufwies.

Da nur die Prüfstand-Fahrt Grundlage der EG-Typgenehmigung ist und nur deren Werte öffentlich (in Prospekten und der Werbung) bekannt gemacht werden, werden Kunden (und auch die Genehmigungsbehörde) über die Aussagekraft der Messwerte und die im realen Fahrbetrieb zu erwartenden Emissionenwerte getäuscht (ähnlich [LG Bochum, Urt. v. 16.03.2016 – 2 O 425/15](#)).

2. Dem Rücktritt der Klägerin steht nicht entgegen, dass sie der Beklagten keine Frist zur Nacherfüllung nach [§ 323 I BGB](#) gesetzt hat. Denn eine Fristsetzung war gemäß [§ 440 Satz 1 Fall 3 BGB](#) wegen Unzumutbarkeit entbehrlich (a. A. [LG Frankenthal, Urt. v. 12.05.2016 – 8 O 208/15](#)).

Für die Beurteilung, ob die Nacherfüllung für den Käufer unzumutbar ist, sind alle Umstände des Einzelfalls zu berücksichtigen, insbesondere die Zuverlässigkeit des Verkäufers (vgl. [BT-Drs. 14/6040, S. 233](#) f.), eine nachhaltige Störung des Vertrauensverhältnisses der Parteien, die Art der Sache und der Zweck, für den der Verbraucher sie benötigt, die Art des Mangels und die Begleitumstände der Nacherfüllung; die Unzumutbarkeit ist allein aus der Perspektive des Käufers, also der Klägerin, zu beurteilen, eine Interessenabwägung findet nicht statt (vgl. Staudinger/*Matusche-Beckmann*, BGB, Neubearb. 2014, § 440 Rn. 23 f.).

a) Die Nachbesserung war der Klägerin schon deshalb unzumutbar, weil sie die begründete Befürchtung hegen durfte, dass das beabsichtigte Softwareupdate entweder nicht erfolgreich sein oder zu Folgemängeln führen würde.

Es war vorliegend zum Zeitpunkt des Rücktritts, auf den allein abzustellen ist ([BGH, Urt. v. 15.06.2011 – VIII ZR 139/09](#)), nicht auszuschließen, dass die Beseitigung der Manipulationssoftware negative Auswirkungen auf die übrigen Emissionswerte, den Kraftstoffverbrauch und die Motorleistung haben würde. Im Gegenteil, derartige Befürchtungen wurden gerichtsbekannt auch von Fachleuten mehrfach öffentlich geäußert und beruhten auf der naheliegenden Überlegung, warum der Hersteller Audi nicht schon bei der Entwicklung der Motoren zur Erstellung einer entsprechenden Software in der Lage gewesen sei bzw. warum Audi nicht schon viel früher, nämlich schon weit vor Bekanntwerden des Abgasskandals, die Entwicklung der jetzt in Aussicht gestellten Software unternommen habe. Sie beruhten weiter auf dem bekannten Zielkonflikt zwischen günstigen Stickoxidwerten und günstigen Kohlendioxidwerten. Die Beklagte selbst drückte diese Unsicherheit über die Möglichkeit einer erfolgreichen Nachbesserung ohne Inkaufnahme anderweitiger Nachteile in ihrem Schreiben vom 22.03.2016 dahin gehend aus, Ziel sei es, dass die Maßnahmen keinen Einfluss auf Verbrauch und Fahrleistung haben werden. Sie hat den berechtigten Mangelverdacht der Klägerin auch nicht durch einen Gegenbeweis (etwa in Form eines unabhängigen Gutachtens) oder eine Garantieerklärung (seitens der Beklagten selbst oder von Audi) ausgeräumt. Das Kraftfahrt-Bundesamt kam erst am 20.06.2016 – also drei Monate nach der Rücktrittserklärung – zu dem Ergebnis, dass Folgemängel nicht zu befürchten seien.

Der berechtigte Mangelverdacht reicht aus, um der Klägerin die Nachbesserung unzumutbar zu machen. Es genügt nämlich grundsätzlich nicht, einen Mangel abzustellen, wenn dafür ein anderer Mangel entsteht (vgl. Palandt/*Weidenkaff*, a. a. O., § 440 Rn. 7). Dass dies geschehen wird, muss die Klägerin nicht beweisen oder auch nur als sicher eintretend behaupten. Das würde sie als Käuferin überfordern. Ihre Interessen sind vielmehr schon hinreichend beeinträchtigt, wenn sie aus Sicht eines verständigen Kunden konkrete tatsächliche Anhaltspunkte für die Möglichkeit anderer Mängel hat. Das ist für sogenannte Montagsautos anerkannt (vgl. [BGH, Urt. v. 23.01.2013 – VIII ZR 140/12](#) Rn. 24) und beruht dort auf der Überlegung, dass ein Auto, das schon einige Mängel zeigte, mit einer gewissen Wahrscheinlichkeit (aber nicht mit Sicherheit), weitere Mängel aufweisen wird. Ähnlich ist es vorliegend. Der Mangelverdacht ergibt sich aus plausiblen Überlegungen, die auf tatsächlichen Annahmen beruhen und die die Beklagte – jedenfalls zum Zeitpunkt des Rücktritts – nicht widerlegt hat.

b) Es war für die Klägerin auch zeitlich unzumutbar, auf die Nacherfüllung zu warten (ähnlich [LG Lüneburg, Urt. v. 02.06.2016 – 4 O 3/16](#)).

Die angemessene Wartezeit richtet sich vorrangig nach dem Interesse des Käufers, weil – wie dargelegt – allein aus seiner Sicht die Unzumutbarkeit zu beurteilen ist. Der Beklagten ist zwar zuzugestehen, dass es nicht auf eine rein subjektive Betrachtung ankommt, was bereits daraus folgt, dass ein Käufer dem Verkäufer grundsätzlich eine angemessene Frist zu setzen hat, eine zweite Andienung also nicht in seinem Belieben steht (§ 323 I BGB). Bei der Bestimmung der Angemessenheit dieser Frist sind zunächst objektive Faktoren maßgeblich, was vordergründig im Streitfall dafür sprechen könnte, die Zeitspanne für Entwicklung, Prüfung, Genehmigung und (massenhaftes) Aufspielen der Software für angemessen zu halten. Die alleinige Maßgeblichkeit objektiver Faktoren im vorliegenden Fall würde aber die Interessen der Klägerin als Käuferin in unangemessener Weise hintanstellen. Die Beklagte war nämlich im Zeitpunkt der Rücktrittserklärung (noch) gar nicht in der Lage, den Mangel zu beseitigen, da ihr das erforderliche Softwareupdate bis dahin nicht zur Verfügung stand. Auch wenn sie hierbei auf die Unterstützung des Herstellers und die Freigabe durch das Kraftfahrt-Bundesamt angewiesen war, konnte die Nacherfüllungsfrist wegen dieser Umstände nicht zum Nachteil der Klägerin für eine zunächst ungewisse Zeit hinausgezögert werden. Erst später, nämlich im Verlauf des Prozesses, stellte sich Gewissheit über die Genehmigung des Softwareupdates ein, ein konkreter Nachbesserungstermin für das Fahrzeug der Klägerin war aber auch zum Zeitpunkt des Schlusses der mündlichen Verhandlung, also fast ein Jahr nach Bekanntwerden des Abgasskandals, noch nicht bekannt bzw. benannt. Angesichts dieser Unsicherheit war es der Klägerin überhaupt nicht möglich, sinnvoll eine Frist zu setzen. Schon allein das Abwarten ins Ungewisse hinein erscheint unzumutbar.

Zwar war der Wagen fahrbereit, er entsprach aber nicht den für ihn geltenden Umweltvorschriften. Wollte man aber allein auf die objektiv notwendige Zeit zur Mängelbeseitigung abstellen, würde das bedeuten, dass die Klägerin mit dem mangelhaften Fahrzeug nach Bekanntwerden des Abgasskandals im Herbst 2015 noch circa ein Jahr hätte fahren müssen. Das würde man bei einem Wagen, der lediglich eine optische Beeinträchtigung wie etwa einen Lackschaden aufweist, als nicht hinnehmbar bezeichnen. Der Mangel am klägerischen Fahrzeug ist aber wegen der damit verbundenen Mehrbelastung für die Umwelt objektiv erheblich bedeutender, auch wenn man ihn nicht sieht und spürt und die Fahrbereitschaft nicht beeinträchtigt ist.

Die (zeitlichen) Probleme auf Herstellerseite bei der Entwicklung des Softwareupdates wirken allein zu Lasten der Beklagten und sind ihrem Risikobereich zuzuordnen, weil sie zur Nachbesserung auf den Hersteller Audi angewiesen ist. Wie bereits ausgeführt, wusste Audi seit der Entwicklung des Motors von dem Mangel und hätte seitdem an seiner Beseitigung arbeiten können und müssen.

Für eine zeitliche Unzumutbarkeit spricht schließlich auch der Sinn und Zweck der Frist: Sie soll den Schuldner in die Lage versetzen, seine Leistung zu vollenden und nicht mit ihr zu beginnen (vgl. MünchKomm-BGB/*Ernst*, 7. Aufl., § 323 Rn. 73). Dauert die Mängelbeseitigung aber unabsehbar an, so stellt sich die Lage für den Käufer dar, als würde der Schuldner mit Fristsetzung erstmals den Versuch der Bewirkung einer Leistung unternehmen.

c) Schließlich gründet sich die Unzumutbarkeit der Nacherfüllung auch auf eine nachhaltige Zerstörung des Vertrauensverhältnisses zum Hersteller Audi. Aufgrund der tatsächlich engen Verbindung zwischen der Beklagten als Vertragshändlerin und Audi im Rahmen des selektiven Vertriebssystems strahlt dieser Vertrauensverlust gegenüber dem Hersteller auch auf die Beziehung der Klägerin zur Beklagten aus.

In der Rechtsprechung des BGH ist anerkannt, dass einem Käufer die Nachbesserung durch den Verkäufer in der Regel unzumutbar ist, wenn dieser ihn arglistig über den Kaufgegenstand oder bei der Vertragsabwicklung getäuscht hat. Wegen der erwiesenen Unzuverlässigkeit des Verkäufers darf der Käufer von einer weiteren Zusammenarbeit Abstand nehmen, um sich vor eventuellen neuerlichen Täuschungsversuchen zu schützen (vgl. BGH, Urt. v. 10.03.2010 – [VIII ZR 182/08](#) Rn. 19 f.). Wenn der Wagen direkt von Audi an die Klägerin verkauft worden wäre, wäre nach diesen Grundsätzen ohne Weiteres eine Unzumutbarkeit der Nachbesserung anzunehmen. Audi hat die Behörden und massenhaft Kunden über die Umweltfreundlichkeit der Motoren des Typs EA189 und deren Abgaswerte getäuscht und sich hierdurch Wettbewerbsvorteile verschafft. Dabei ist es belanglos, ob der Vorstand von dem Einsatz der manipulierenden Software wusste, ihn gebilligt oder ihn gar angeordnet hat; denn in jedem Fall ist Audi das Handeln der im Unternehmen tätigen Personen zuzurechnen.

Die erwähnte Rechtsprechung des BGH ist vorliegend allerdings nicht unmittelbar anwendbar, weil die Beklagte und nicht Audi Verkäuferin war, die Beklagte die Klägerin (oder andere Käufer) nicht selbst getäuscht hat und ihr die Täuschung von Audi auch nicht im rechtlichen Sinn zuzurechnen ist (so die h. M.; für eine weitergehende Zurechnung von Herstellerverschulden spricht sich mit erheblichen Argumenten *Weller*, NJW 2012, 2312, aus). Dennoch führt die Täuschung durch Audi aufgrund der Besonderheiten des Vertriebssystems und der Besonderheiten der Mängelbeseitigung vorliegend zu einer Unzumutbarkeit der Nachbesserung. Entscheidend ist nämlich nicht das unmittelbare arglistige Verhalten, sondern die dadurch erwiesene Unzuverlässigkeit von Audi.

Auch wenn das Softwareupdate von der Beklagten auf den Wagen der Klägerin aufgespielt werden soll, stellt sich dies als bloß untergeordneter Akt der gesamten Nachbesserung dar. Die wesentlichen Nachbesserungsschritte, die Entwicklung der Software, deren Test und die Einholung der Genehmigungen, werden hingegen von Audi geleistet, also von demjenigen, der getäuscht und sich dadurch als unzuverlässig erwiesen hat.

Die Beklagte trägt das Risiko, dass die Klägerin den Hersteller Audi zu Recht für unzuverlässig hält. Die Klägerin selbst ist dem Hersteller allenfalls durch die Herstellergarantie verbunden; jedenfalls hat sie sich seiner nicht zur Erfüllung ihrer Verbindlichkeiten bedient. Das ist bei der Beklagten entscheidend anders. Audi ist in Bezug auf das Softwareupdate Erfüllungsgehilfe der Beklagte i. S. von [§ 278 BGB](#), da die Beklagte die Nachbesserung ohne diese allein vom Hersteller zur Verfügung gestellte Software nicht durchführen kann. Sie selbst dürfte wegen des dadurch hervorgerufenen Verlusts der Betriebserlaubnis gar nicht eigenständig nachbessern.

Abgesehen davon hätte die Beklagte ohne Audi den Wagen erst gar nicht liefern können, und sie ist für sämtliche Reparatur- und Serviceleistungen in der Zukunft auf Audi angewiesen. Das allein zeigt die enge Verbindung zwischen Audi als Hersteller und der Beklagten als Verkäuferin. Die Beklagte will als Teil eines selektiven Vertriebssystem beim Verkauf ihrer Fahrzeuge vom guten Ruf des Herstellers profitieren, muss dann aber im Fall des erheblichen Ansehensverlustes des Herstellers und dessen arglistigen Verhaltens im Gegenzug hinnehmen, dass der Kunde eine Nachbesserung durch den Hersteller ablehnt. Wegen der Brisanz des Abgasskandals, des im Raum stehenden Vorwurfs eines millionenfachen Betrugs und stets neuer Enthüllungen über das Ausmaß des Skandals ist nachvollziehbar, dass die Klägerin nicht mehr darauf vertraut, dass die Nacherfüllung in ihrem Interesse erfolgt und sie objektiv über alle Umstände und mögliche Folgemängel informiert wird. Aufgrund der faktischen Nähe der Beklagten als Vertragshändlerin zu Audi und dem VW-Konzern darf die Klägerin die Befürchtung haben, dass die Beklagte eher im Lager des VW-Konzerns steht und dessen wirtschaftliche Interessen verfolgt bzw. bevorzugt als ihren berechtigten Belangen als Kundin nachzukommen. Dies umso mehr als die Beklagte (und wohl auch der Hersteller Audi selbst) den Mangel noch während des Prozesses leugnet (zuletzt im nachgelassenen Schriftsatz vom 24.08.2016) und damit offenbar das angekündigte Softwareupdate als bloße Kulanzmaßnahme hinstellen will.

Die Nachbesserung wird für die Klägerin nicht deshalb zumutbar, weil das Kraftfahrt-Bundesamt das Softwareupdate genehmigt und in dieser Genehmigung vom 20.06.2016 die Grenzwerte für Schadstoffemissionen als eingehalten sowie die Motorleistung als unverändert bezeichnet und die ursprünglich vom Hersteller angegebenen Verbrauchswerte und CO<sub>2</sub>-Emissionen bestätigt hat. Zwar ist es vorstellbar, dass die Nachbesserung durch eine an sich unzuverlässige Person einem Käufer deshalb zumutbar werden kann, weil sie unter behördlicher Aufsicht vorgenommen wird. Vorliegend ist die (erst nach dem Rücktritt erteilte) Genehmigung des Kraftfahrt-Bundesamtes aber schon nicht zur Vertrauensbildung geeignet, weil das Kraftfahrt-Bundesamt bei der ursprünglichen Typgenehmigung des Wagens versagt hat, indem es die manipulierende Software nicht erkannt hat. Auch später ist das Kraftfahrt-Bundesamt nicht tätig geworden, obwohl es entsprechende Anzeichen gegeben haben muss, die zu den entsprechenden Untersuchungen in den USA geführt haben. Schließlich dürfte die Genehmigung des Kraftfahrt-Bundesamtes allein auf öffentlich-rechtliche Belange hin erteilt worden sein (die Abgasvorschriften); aus ihr ergibt sich jedenfalls nicht, ob und gegebenenfalls inwieweit ein Fahrzeug mit dem Softwareupdate von dem kaufrechtlich Geschuldeten abweicht.

3. Nach den Umständen des vorliegenden Falles ist im Rahmen der Interessenabwägung auch nicht von einer nur unerheblichen Pflichtverletzung i. S. des [§ 323 V 2 BGB](#) auszugehen, die einen Rücktritt ausschließen würde (ebenso [LG Lüneburg, Urt. v. 02.06.2016 – 4 O 3/16](#); a. A. [LG Bochum, Urt. v. 16.03.2016 – 2 O 425/15](#)).

Wann von einer Unterschreitung der Erheblichkeitsschwelle im Sinne dieser Vorschrift auszugehen ist, bedarf einer umfassenden Abwägung der beiderseitigen Interessen, wobei die Bedeutung des Mangels in der Verkehrsanschauung und alle Umstände des Einzelfalls zu würdigen sind (vgl. [BGH, Urt. v. 15.06.2011 – VIII ZR 139/09](#)). Für die Beurteilung ist auf den Zeitpunkt der Rücktrittserklärung abzustellen (vgl. [BGH, Urt. v. 15.06.2011 – VIII ZR 139/09](#) Rn. 9). Insbesondere sind dabei der für die Mangelbeseitigung erforderliche Aufwand, die Qualität des Vertragsgegenstandes, die Anzahl der Mängel, die Auswirkung auf die beeinträchtigte Leistung und die für die Kaufentscheidung maßgeblichen Kriterien heranzuziehen (vgl. BeckOK-BGB/H. *Schmidt*, Stand: 01.08.2016, § 323 Rn. 39).

Der BGH stellt unter anderem auf die Kosten der Mangelbeseitigung ab; danach ist im Rahmen der nach den Umständen des Einzelfalles vorzunehmenden Interessenabwägung von einer Unerheblichkeit der Pflichtverletzung in der Regel dann nicht mehr auszugehen, wenn der Mangelbeseitigungsaufwand mehr als fünf Prozent des Kaufpreises beträgt (vgl. [BGH, Urt. v. 28.05.2014 – VII I ZR 94/13](#) Rn. 30). Hierbei handelt es sich jedoch nicht um einen starren Grenzwert. Vielmehr hat der BGH klargestellt, dass die Bestimmung der Erheblichkeitsgrenze unter Heranziehung der Mängelbeseitigungskosten bei einem Prozentsatz von fünf Prozent des Kaufpreises nur in der Regel gilt (vgl. [BGH, Urt. v. 28.05.2014 – VIII ZR 94/13](#) Rn. 38). Demnach ist also weiterhin eine flexible und den Umständen des Einzelfalls gerecht werdende Handhabung der Erheblichkeitsschwelle angezeigt. Eine schematische Betrachtung verbietet sich.

a) Im Rahmen der Interessenabwägung sind aus Sicht der Beklagten als Verkäuferin die Relation von Kaufpreis und Kosten der Nachbesserung sowie der Zeitaufwand der Nachbesserung zu berücksichtigen. Die Kosten des dreißigminütigen Softwareupdates samt Arbeitskosten belaufen sich nach Behauptung der Beklagten auf circa 100 €. Das Verhältnis zum Kaufpreis von 27.550 € betrage demnach circa 0,4 %.

b) Aus der Sicht der Klägerin muss im Rahmen der Interessenabwägung beachtet werden, wie schwer sie der Mangel trifft und was eine Nacherfüllung für sie konkret bedeutet. Danach liegt ein erheblicher Mangel schon allein deshalb vor, weil zum Zeitpunkt der Rücktrittserklärung – wie ausgeführt – bei der Klägerin trotz des damals schon angekündigten (aber noch nicht genehmigten) Softwareupdates ein erheblicher und berechtigter Mangelverdacht verblieben ist und damals noch nicht konkret absehbar war, wann der Wagen der Klägerin nachgebessert werden würde. Hier greifen die Gründe, die der Klägerin eine Nachbesserung unzumutbar machen und die den Mangel erheblich machen, ineinander.

c) Abgesehen davon nimmt allein der Umstand, dass die Klägerin auf die Nacherfüllung praktisch nicht verzichten könnte, sondern im Rahmen der mit dem Kraftfahrt-Bundesamt ausgearbeiteten Rückrufaktion des Herstellers dazu verpflichtet wäre, das Softwareupdate aufspielen zu lassen, um die Zulassung des Fahrzeuges zukünftig nicht zu gefährden, dem Mangel den Anschein der Unerheblichkeit (vgl. auch [LG München I, Urt. v. 14.04.2016 – 23 O 23033/15](#)). Die Klägerin würde ohne einen Rücktritt faktisch zu einer Nachbesserung gezwungen, die ihr nach den obigen Ausführungen an sich unzumutbar ist. Deshalb scheidet eine Minderung als alternatives Gewährleistungsrecht praktisch aus.

d) Ferner war im Zeitpunkt des Rücktritts nicht auszuschließen, dass der Sachmangel einen merkantilen Minderwert verursacht, weil sich der mit dem Abgasskandal verbundene erhebliche Imageverlust von Audi und dem ganzen VW-Konzern bei der Preisbildung auf dem Gebrauchtwagenmarkt niederschlägt. Selbst zum heutigen Zeitpunkt ist dies noch nicht endgültig absehbar, da noch nicht alle Motoren über die neue Software verfügen und von unabhängigen Fachleuten noch nicht auf negative Veränderungen geprüft wurden. Außerdem dürften Fahrzeuge mit nachgebesserten Motoren noch nicht in aussagekräftiger Zahl auf dem Gebrauchtwagenmarkt zu finden sein.

e) Schließlich ist zu bedenken, dass der Vertrauensverlust, der die konkrete Nachbesserung mit dem Softwareupdate unzumutbar macht, auch Auswirkungen auf das zukünftige Vertrauen in das Fahrzeug zeigt. Ein Autokauf ist zwar zunächst ein zeitlich begrenzter Leistungsaustausch und kein Dauerschuldverhältnis. Ein Auto ist aber ein langlebiges, hochwertiges Wirtschaftsgut, das im Laufe seiner Nutzung ständig gepflegt, gewartet und repariert werden muss. Hierzu bedarf es der ständigen Leistung des Herstellers, weil dieser Wartungsintervalle und -maßnahmen vorgibt und die Ersatzteile produziert. Das erfordert ebenfalls ein gewisses Vertrauen in dessen Zuverlässigkeit, das durch das arglistige Handeln von Audi gestört ist.

4. Aufgrund des wirksamen Rücktritts sind gemäß [§ 346 I BGB](#) die empfangenen Leistungen zurückzugewähren. Die Beklagte hat den Kaufpreis zu erstatten und erhält neben dem Wagen auch die durch Fahrleistung eingetretene Wertminderung des Kfz ersetzt ([§ 346 II Nr. 1 BGB](#)). Auf den [ihr] zurückzuerstattenden Kaufpreis in Höhe von 27.550 € hat sich die Klägerin deshalb eine Nutzungsentschädigung anrechnen zu lassen. Das Fahrzeug wies im Zeitpunkt des Rücktritts eine Laufleistung von 10.000 km auf. Das Gericht schätzt die Gesamtlauflistung des Fahrzeugs auf mindestens 250.000 km (vgl. [OLG Düsseldorf, Urt. v. 21.01.2008 – I-1 U 152/07, NJW-RR 2008, 1199](#)). Die Klägerin hat mit dem Fahrzeug 8.985 km zurückgelegt, da der Kilometerstand bei Vertragsschluss 1.015 km betrug. Für den Gebrauchsvorteil

$$\left( \frac{\text{Bruttokaufpreis}}{\text{Gesamtfahrleistung}} \times \text{gefahrene Kilometer} \right)$$

muss sie daher einen Nutzungsersatz von 990,15 € leisten. Mithin besteht ein Anspruch auf Zahlung von 26.559,85 € Zug um Zug gegen Rückgabe des Kfz.

II. Der Zinsanspruch folgt aus [§§ 286, 288](#) I BGB.

III. Ferner hat die Klägerin einen Anspruch auf Feststellung des Annahmeverzugs der Beklagten ... Die Klägerin hat der Beklagten mit Schreiben vom 16.03.2016 unter Fristsetzung bis zum 23.03.2016 den Pkw ordnungsgemäß abholbereit angeboten. Mit Schreiben vom 22.03.2016 wies die Beklagte die Rückabwicklung zurück. Das nach [§ 256 I ZPO](#) erforderliche Feststellungsinteresse der Klägerin besteht, weil die Feststellung der erleichterten Vollstreckung des geltend gemachten Leistungsanspruchs dient und hierzu erforderlich ist (s. [§ 756 ZPO](#); vgl. BGH, Urt. v. 13.12.2001 – [VII ZR 27/00](#)).

IV. Der Klägerin steht der geltend gemachte Anspruch auf Erstattung außergerichtlichen Rechtsanwaltskosten in Höhe von 1.564,26 € als Verzugsschaden ... nicht zu. Das Anwaltsschreiben vom 16.03.2016 hat den Verzug der Beklagten erst begründet. Eine andere Anspruchsgrundlage ist nicht ersichtlich ...

#### **Probleme beim Autokauf?**

Als spezialisierter Rechtsanwalt helfe ich Ihnen gerne weiter – ganz gleich, ob Sie Käufer oder Verkäufer sind. Interessiert? Nutzen Sie das Kontaktformular auf <https://autokaufrecht.info/sofortberatung/> oder rufen Sie mich unverbindlich an

**(0 23 27) 8 32 59-99.**