Unzumutbarkeit der Nacherfüllung bei einem vom VW-Abgasskandal betroffenen Neuwagen

1. **Ein vom VW-Abgasskandal betroffener Neuwagen 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_2-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 Neuwagens 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 72/16

Sachverhalt: Der Kläger ist von einem mit der Beklagten geschlossenen Kaufvertrag über einen Audi A6 Avant zurückgetreten, weil dieses Fahrzeug vom VW-Abgasskandal betroffen ist. Er nimmt die Beklagte, eine im eigenen Namen und für eigene Rechnung handelnde Audi-Vertragshändlerin, auf Rückzahlung des um eine Nutzungsentschädigung verminderten Kaufpreises in Anspruch.

Die Parteien schlossen im Februar 2014 einen Kaufvertrag über den Pkw, für den der Kläger einen Kaufpreis von 44.200 € an die Beklagte zahlte. In dem Fahrzeug, das über einen 2-Liter-Dieselmotor des Typs EA189 verfügt, kommt eine Software zum Einsatz, die erkennt, ob sich das Fahrzeug zur Ermittlung der Emissionswerte auf einem Prüfstand befindet oder ob es normal im Straßenverkehr benutzt wird. Befindet sich das Fahrzeug auf einem Prüfstand, wird der Ausstoß von Stickoxiden (NO_X) derart optimiert, dass die NO_X-Emissionen geringer sind als im Normalbetrieb; nur deshalb hält der Pkw die durch die Euro-5-Abgasnorm vorgegebenen NO_X-Grenzwerte ein.

Bezug nehmend auf den VW-Abgasskandal verlangte der Kläger von der Beklagten mit Anwaltsschreiben vom 04.01.2016 Nacherfüllung und setzte der Beklagten hierfür eine Frist bis zum 20.01.2016. Nachdem diese Frist erfolglos abgelaufen war, erklärte der Kläger mit Anwaltsschreiben vom 08.03.2016 (nochmals) den Rücktritt vom Kaufvertrag und forderte die Beklagte auf, ihm Zug um Zug gegen Rückgabe des streitgegenständlichen Fahrzeugs den um eine Nutzungsentschädigung verminderten Kaufpreis zu erstatten.

Die Beklagte verwies den Kläger mit Schreiben vom 19.01.2016 darauf, dass der Fahrzeughersteller dabei sei, so schnell wie möglich ein Softwareupdate für die Motoren der Fahrzeuge zu entwickeln, deren NO_X-Ausstoß in Testsituationen optimiert werde. Bis das Update zur Verfügung stehe, bitte man um Geduld. Das Update werde mit einem Zeitaufwand von etwa 30 Minuten auf Kosten der *AUDI AG* aufgespielt werden; Ziel sei es, dass diese Maßnahme keinen Einfluss auf Kraftstoffverbrauch und Motorleistung habe. Gleichzeitig verzichtete die Beklagte bis zum 31.12.2017 darauf, wegen etwaiger Ansprüche, die im Zusammenhang mit der eingebauten Software bestehen könnten, die Einrede der Verjährung zu erheben.

Die Beklagte ist, was eine Nachbesserung anbelangt, auf Handlungsanweisungen der *AUDI AG* angewiesen, die auch das erforderliche Softwareupdate bereitstellen muss. Als der Kläger den Rücktritt vom Kaufvertrag erklärte, hatte die *AUDI AG* lediglich eine sogenannte Konzeptsoftware entwickelt; ein auf das Fahrzeug des Klägers abgestimmtes Softwareupdate hatte das Kraftfahrt-Bundesamt noch nicht freigegeben und eine Rückrufaktion noch nicht genehmigt. Die Freigabe des Updates erfolgte erst mit Bescheid des Kraftfahrt-Bundesamtes vom 27.05.2016. Danach werden die Grenzwerte für Schadstoffemissionen eingehalten; die Motorleistung bleibt unverändert, und die ursprünglich vom Hersteller angegebenen Verbrauchswerte und CO_2-Emissionen 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 Updates jedoch als verpflichtend.

Der Kläger behauptet unter anderem, er habe bei der Erklärung des Rücktritts nicht absehen können, ob sich durch das Softwareupdate der Kraftstoffverbrauch, die CO_2-Emissionen, die Motorleistung oder das maximale Drehmoment veränderten. Bekanntlich gebe es einen Zielkonflikt zwischen günstigen NO_X-Werten und günstigen CO_2-Werten. Daher sei zu vermuten, dass eine Verringerung der NO_X-Emissionen nur unter Inkaufnahme neuer Mängel (höherer CO_2-Ausstoß, höherer Kraftstoffverbrauch) oder unter Inkaufnahme eines erhöhten Motorverschleißes möglich sei. Auf eine Mangelbeseitigung durch die Beklagte zu warten, sei ihm – dem Kläger – aber auch deshalb nicht zumutbar gewesen, weil er bis dahin mit einem Fahrzeug hätte fahren müssen, das nicht gesetzeskonform sei. Sein Vertrauensverhältnis zum Fahrzeughersteller sei aufgrund des VW-Abgasskandals und der intransparenten Informationspolitik nachhaltig gestört. Als er den Rücktritt vom Kaufvertrag erklärt habe, sei nicht ausgeschlossen gewesen, dass seinem Fahrzeug die Zulassung entzogen und es stillgelegt werde. Der Kläger meint überdies, eine Nacherfüllung sei ihm unzumutbar gewesen, weil ihn die AUDI AG arglistig getäuscht habe und faktisch sie als Fahrzeugherstellerin die Nachbesserung vornehme. Schließlich – so behauptet der Kläger – verbleibe trotz Nachbesserung ein merkantiler Minderwert, zumal allgemein beobachtet werde, dass Händler vom VW-Abgasskandal betroffene Fahrzeuge nicht in Zahlung nähmen. Durch diesen Skandal habe der VW-Konzern nicht nur bei ihm, dem Kläger, sondern allgemein in der Bevölkerung Vertrauen eingebüßt.

Die im Wesentlichen auf Zahlung von 40.096,77 € nebst Zinsen gerichtete Klage hatte ganz überwiegend Erfolg.

Aus den Gründen: Der Kläger hat gegen die Beklagte einen Anspruch auf Rückzahlung des Kaufpreises von 44.200 € abzüglich gezogener Nutzungen in Höhe von 4.923,88 € 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. Der Kläger ist spätestens mit Schreiben vom 08.03.2016 wirksam wegen Mangelhaftigkeit von dem Kaufvertrag mit der Beklagten über den streitgegenständlichen Audi A6 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. Der Kläger durfte bei seiner Kaufentscheidung davon ausgehen, dass der erworbene Audi A6 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_x-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 Abschalteinrichtung … Dieser Einwand greift jedoch aus mehreren Gründen nicht durch.

Zunächst spricht der Hersteller Audi in der von dem Kläger … 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 Abschalteinrichtung sei nicht zum Einsatz gekommen, weil die bisherige Motorsteuerung auf dem Prüfstand in den NO_X-optimierten Modus 1 (mit einer erhöhten Abgasrückführungsrate) geschaltet habe, während sich der Motos 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 – I-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 Prüfstand-Modus 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 des Klägers, 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_X-Werten gebracht (den von der Beklagten so genannten Modus 1), wohingegen der Motor im realen Fahrbetrieb (dem von der Beklagten so genannten Modus 0) eine geringere Abgasrückführung und damit höhere NO_X-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 Emissionswerte getäuscht (ähnlich LG Bochum, Urt. v. 16.03.2016 – I-2 O 425/15).

2. Dem Rücktritt des Kläger steht nicht entgegen, dass sie der Beklagten nur eine kurze Frist zur Nacherfüllung nach § 323 I BGB gesetzt hat. Denn eine Fristsetzung wäre gemäß § 440 Satz 1 Fall 3 BGB wegen Unzumutbarkeit vollständig entbehrlich gewesen (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 des Klägers, zu beurteilen, eine Interessenabwägung findet nicht statt (vgl. Staudinger/*Matusche-Beckmann,* BGB, Neubearb. 2014, § 440 Rn. 23 f.).

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

Es war … 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 19.01.2016 dahin gehend aus, Ziel sei es, dass die Maßnahmen keinen Einfluss auf Verbrauch und Fahrleistung haben werden. Sie hat den berechtigten Mangelverdacht des Klägers 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 27.05.2016 – also drei Monate nach der Rücktrittserklärung – zu dem Ergebnis, dass Folgemängel nicht zu befürchten seien.

Der berechtigte Mangelverdacht reicht aus, um dem Kläger 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 der Kläger nicht beweisen oder auch nur als sicher eintretend behaupten. Das würde ihn als Käufer überfordern. Seine Interessen sind vielmehr schon hinreichend beeinträchtigt, wenn er 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 den Kläger 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 des Klägers als Käufer 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 Kläger 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 des Klägers 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 dem Kläger 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 der Kläger 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 zulasten 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 Mangelbeseitigung 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 Kläger 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 den Kläger 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 vom 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 den Kläger (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 einer 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 … 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 der Kläger den Hersteller Audi zu Recht für unzuverlässig hält. Der Kläger selbst ist dem Hersteller allenfalls durch die Herstellergarantie verbunden; jedenfalls hat er sich seiner nicht zur Erfüllung seiner 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 der Kläger nicht mehr darauf vertraut, dass die Nacherfüllung in seinem Interesse erfolgt und er objektiv über alle Umstände und mögliche Folgemängel informiert wird. Aufgrund der faktischen Nähe der Beklagten als Vertragshändlerin zu Audi und dem VW-Konzern darf der Kläger die Befürchtung haben, dass die Beklagte eher im Lager des VW-Konzerns steht und dessen wirtschaftliche Interessen verfolgt bzw. bevorzugt als seinen berechtigten Belangen als Kunde 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 den Kläger 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_2-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 – I-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 – VIII 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 Prozentsatzes 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 30-minütigen Softwareupdates samt Arbeitskosten belaufen sich nach Behauptung der Beklagten auf circa 100 €. Das Verhältnis zum Kaufpreis von 44.200 € betrüge demnach circa 0,25 %.

b) Aus der Sicht des Klägers muss im Rahmen der Interessenabwägung beachtet werden, wie schwer ihn der Mangel trifft und was eine Nacherfüllung für ihn konkret bedeutet. Danach liegt ein erheblicher Mangel schon allein deshalb vor, weil zum Zeitpunkt der Rücktrittserklärung – wie ausgeführt – bei dem Kläger 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 des Klägers nachgebessert werden würde. Hier greifen die Gründe, die dem Kläger eine Nachbesserung unzumutbar machen und die den Mangel erheblich machen, ineinander.

c) Abgesehen davon nimmt allein der Umstand, dass der Kläger 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). Der Kläger würde ohne einen Rücktritt faktisch zu einer Nachbesserung gezwungen, die ihm nach den obigen Ausführungen an sich unzumutbar ist. Deshalb scheidet eine Minderung als alternatives Gewährleistungsrecht praktisch aus.

d) Ferner war es 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 [ihm zu erstattenden Kaufpreis in Höhe von 44.200 € hat sich der Kläger deshalb eine Nutzungsentschädigung anrechnen zu lassen. Das Fahrzeug weist eine Laufleistung von 27.850 km auf. Das Gericht schätzt die Gesamtlaufleistung des Fahrzeugs auf mindestens 250.000 km (vgl. OLG Düsseldorf, Urt. v. 21.01.2008 – I-1 U 152/07, NJW-RR 2008, 1199). Für den Gebrauchsvorteil

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

muss er daher … 4.923,88 € leisten. Mithin besteht ein Anspruch auf Zahlung von 39.276,12 € Zug um Zug gegen Rückgabe des Kfz.

II. Der Zinsanspruch folgt aus §§ 286, 288 I BGB.

III. Ferner hat der Kläger einen Anspruch auf Feststellung des Annahmeverzugs der Beklagten … Der Kläger hat der Beklagten mit Schreiben vom 04.01.2016 unter Fristsetzung bis zum 27.01.2016 den Pkw ordnungsgemäß abholbereit angeboten. Das nach § 256 I ZPO erforderliche Feststellungsinteresse des Klägers 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. Dem Kläger steht der geltend gemachte Anspruch auf Erstattung außergerichtlichen Rechtsanwaltskosten in Höhe von 1.706,94 € als Verzugsschaden … nicht zu. Das Anwaltsschreiben vom 04.01.2016 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.