Rücktritt vom Kaufvertrag trotz Installation eines Softwareupdates – VW-Abgasskandal

1. **Ein vom VW-Abgasskandal betroffenes Fahrzeug ist schon deshalb mangelhaft, weil darin eine Software zum Einsatz kommt, die durch Aktivierung eines speziellen Betriebsmodus bewirkt, dass (nur) während eines Emissionstests auf einem Prüfstand die Schadstoffemissionen des Fahrzeugs so weit reduziert werden, dass das Fahrzeug die einschlägigen Emissionsgrenzwerte einhält.**

2. **Der Käufer eines vom VW-Abgasskandal betroffenen Fahrzeugs, das bereits einem Softwareupdate unterzogen wurde, trägt für seine Behauptung, das Update wirke sich nachteilig insbesondere auf den Kraftstoffverbrauch, die Motorleistung und die CO_2-Emissionen des Fahrzeugs aus, nur dann die Beweislast, wenn er die Installation des Updates als Erfüllung seines Nachbesserungsanspruchs (§§ 437 Nr. 1, 439 I Fall 2 BGB) angenommen hat. Daran fehlt es, wenn der Käufer das Softwareupdate – für den Verkäufer erkennbar – nur hat installieren lassen, um die Zulassung des Fahrzeugs zum Verkehr auf öffentlichen Straßen nicht zu gefährden.**

3. **Hat der Käufer eines vom VW-Abgasskandal betroffenen Fahrzeugs die Installation des Softwareupdates – für den Verkäufer erkennbar – nicht als Erfüllung seines Nachbesserungsanspruchs (§§ 437 Nr. 1, 439 I Fall 2 BGB) angenommen, so muss der Verkäufer beweisen, dass das Update nicht zu neuen Mängeln des Fahrzeugs etwa in Gestalt eines zu hohen Kraftstoffverbrauchs oder zu hoher CO_2-Emissionen führt. Da es sich insoweit um eine negative Tatsache handelt, trifft den Käufer allerdings eine sekundäre Darlegungslast. Dieser genügt der Käufer indes auch dann, wenn er nachteilige Auswirkungen des Softwareupdates zum Beispiel auf die Motorleistung, den Kraftstoffverbrauch und die CO_2-Emissionen lediglich allgemein, nur auf Vermutungen gestützt behauptet, ohne dass er seine Behauptungen willkürlich, ohne greifbare Anhaltspunkte – „ins Blaue hinein“ – aufstellt.**

4. **Bestreitet der Verkäufer eines vom VW-Abgasskandal betroffenen Fahrzeugs die grundsätzlich zulässige Behauptung des Käufers, ein – bereits installiertes – Softwareupdate wirke sich nachteilig auf die Lebensdauer des Fahrzeugs und seiner Teile aus, weil es einen schnelleren Verschleiß des Fahrzeugs und seiner Teile zur Folge habe, so kann der Verkäufer der ihn treffenden Beweislast nur genügen, indem er in allen Einzelheiten die Wirkungsweise der zur Mo-**

torsteuerung eingesetzten Software vor und nach dem Softwareupdate darlegt. Nur dann kann ein Sachverständiger prüfen, ob und gegebenenfalls inwieweit das Fahrzeug in seiner Gesamtheit oder bezüglich einzelner Teile nach der Installation des Softwareupdates höheren Belastungen ausgesetzt ist, als es zuvor der Fall war.

5. **Zwar begründet nicht jede noch so kleine nachteilige Veränderung, die ein vom VW-Abgasskandal betroffenes Fahrzeug durch die Installation des vorgesehenen Softwareupdates erfährt, einen Sachmangel; vielmehr muss die Verschlechterung fühlbar sein. Das heißt aber auch, dass ein vom VW-Abgasskandal betroffenes Fahrzeug nicht erst dann einen (neuen) Mangel aufweist, wenn der Motor infolge des Updates die angegebene Höchstleistung nicht mehr erbringt. Das Fahrzeug ist vielmehr schon dann mangelhaft, wenn durch das Softwareupdate – bei unveränderter Höchstleistung – die Elastizität spürbar abnimmt. Demgegenüber kommt es für die Beurteilung, ob hinsichtlich des Kraftstoffverbrauchs ein Mangel vorliegt, auf die Angaben des Herstellers zum (ursprünglichen) Verbrauch an, während hinsichtlich der Schadstoffemissionen des Fahrzeugs auf die einschlägigen Grenzwerte abzustellen ist.**

6. **Bei der Beurteilung, ob dem Käufer eines vom VW-Abgasskandal betroffenen Fahrzeugs, das bereits ein – aus Sicht des Käufers unzulängliches – Softwareupdate erhalten hat, eine (weitere) Nachbesserung zumutbar ist, ist zugunsten des Käufers zu berücksichtigen, dass der Verkäufer (weitere) Nachbesserungsmaßnahmen nicht ohne Weiteres ergreifen könnte. Vielmehr müssten sowohl der Fahrzeughersteller als auch das Kraftfahrt-Bundesamt daran (erneut) mitwirken, sodass nicht absehbar ist, wann eine (weitere) Nachbesserung erfolgen könnte. Ein Abwarten ins Ungewisse ist dem Käufer indes nicht zuzumuten.**

OLG Köln, Beschluss vom 27.03.2018 – 18 U 134/17

Sachverhalt: Der Kläger erwarb von der Beklagten, die ein Audi-Zentrum betreibt, im Januar 2015 für 41.400 € einen gebrauchten Audi A4 Avant 2.0 TDI mit einer Laufleistung von 17.007 km. Dieser Pkw ist vom VW-Abgasskandal betroffen.

Im September 2016 ließ der Kläger, der sein Fahrzeug bis dahin genutzt hatte, ein von der Fahrzeugherstellerin bereitgestelltes und vom Kraftfahrt-Bundesamt freigegebenes Softwareupdate installieren und einen Strömungsgleichrichter nachrüsten. Anschließend setzte er die Nutzung des Fahrzeugs fort.

Mit anwaltlichem Schreiben vom 12.12.2016 erklärte der Kläger den Rücktritt von dem mit der Beklagten geschlossenen Kaufvertrag. Er behauptet, das Softwareupdate habe insbesondere zu einer Verringerung der Motorleistung geführt und den Kraftstoffverbrauch des Fahrzeugs sowie dessen CO_2-Emissionen ansteigen lassen. Trotz des Updates sei der Stickoxidausstoß des Pkw beim regulären Betrieb im Straßenverkehr noch immer zu hoch. Die Beklagte ist dem entgegengetreten, indem sie insbesondere eine Mangelhaftigkeit des Pkw vor oder nach Installation des Softwareupdates in Abrede gestellt hat.

Das Landgericht hat die Klage abgewiesen. Es hat gemeint, dass das Vorbringen des insoweit darlegungsbelasteten Klägers zu den behaupteten nachteiligen Auswirkungen des Softwareupdates nicht hinreichend substanziiert sei. Zudem – so das Landgericht – scheitere der Rücktritt des Klägers daran, dass er der Beklagten keine Frist zur Nacherfüllung gesetzt habe. Den Vortrag des Klägers, dass sein Fahrzeug infolge des Softwareupdates einem erhöhten Verschleiß unterliege, hat das Landgericht als präkludiert angesehen, weil er erst nach Schluss der mündlichen Verhandlung erfolgt sei und jenseits der Grenzen eines dem Kläger eingeräumten Schriftsatznachlasses gelegen habe.

Das Berufungsgericht hat darauf hingewiesen, dass die Berufung des Klägers gegen das landgerichtliche Urteil zulässig sei und auch begründet sein könne.

Aus den Gründen: I. … 2. … [D]as angefochtene Urteil leidet insofern unter Rechtsfehlern i. S. des § 513 I ZPO, als das Landgericht zum einen zu Unrecht den Kläger hinsichtlich der nachteiligen Folgen des Softwareupdates in vollem Umfang für darlegungspflichtig gehalten und ferner das diesbezügliche Vorbringen des Klägers als nicht hinreichend substanziiert angesehen hat. Zum anderen hat das Landgericht zu Unrecht eine Nachfristsetzung des Klägers verlangt. Schließlich hat das Landgericht § 296a ZPO unzutreffend angewandt.

Bei zutreffender Rechtsanwendung sowie unter Berücksichtigung des sehr wohl hinreichenden Vorbringens des Klägers, und zwar einschließlich seines nach Schluss der mündlichen Verhandlung im ersten Rechtszug angebrachten weiteren Vorbringens, ist die Sache allerdings noch nicht zur Entscheidung reif, sondern es bedarf zunächst einiger Hinweise und anschließend voraussichtlich der Beweiserhebung durch Einholung eines Sachverständigengutachtens.

Im Einzelnen:

a) Indem der Kläger die das angefochtene Urteil tragenden Erwägungen des Landgerichts, sein Vorbringen zur unzureichenden Mängelbeseitigung durch das Softwareupdate sei nicht hinreichend substanziiert, und es habe der Setzung einer Frist zur Mängelbeseitigung bedurft, angegriffen hat, hat er seine Berufung auch i. S. des § 520 III 2 Nr. 2 ZPO hinreichend begründet.

b) Die angefochtene Entscheidung des Landgerichts leidet unter mehreren bedeutsamen Rechtsfehlern i. S. des § 513 I ZPO.

aa) Zum einen hat das Landgericht, indem es zunächst den Kläger als Käufer für darlegungspflichtig auch das Gelingen der Nachbesserung durch das Softwareupdate betreffend angesehen und sodann sein Vorbringen zu den nunmehr vorhandenen Mängeln am erworbenen Pkw als nicht hinreichend substanziiert gewürdigt hat, sowohl die Darlegungslast falsch verteilt als auch die Anforderungen an eine hinreichende Substanziierung des Vorbringens des Klägers als Käufer überzogen.

(1) Ganz unabhängig von dem Streit der Parteien über die Einhaltung von Grenzwerten ohne den im Sinne der Abgasrückführung optimierten Betriebsmodus der Zeit vor dem Softwareupdate vom 16.09. bzw. 27.09.2017 war das vom Kläger erworbene Fahrzeug schon deshalb mangelhaft, weil die für die Betriebszulassung notwendige Typgenehmigung unter Einsatz einer Software für die Motorsteuerung erwirkt wurde, die für den für die Einhaltung von Grenzwerten maßgebenden Betrieb des Pkw auf einem Emissionsprüfstand einen speziellen Betriebsmodus vorsah, ohne die für die Genehmigung zuständige Behörde hiervon in Kenntnis zu setzen. Auch wenn das Kraftfahrt-Bundesamt von einem Widerruf der Typgenehmigung wegen der unzulässigen Software abgesehen hat, stattdessen dem Hersteller Auflagen erteilt, einen von ihm erarbeiteten Maßnahmenplan für verbindlich erklärt und schließlich die bereitgestellte Software nach Prüfung freigegeben hat, hat bereits der bloße Einsatz der ursprünglichen Software zur Motorsteuerung mit dem speziellen Betriebsmodus einen Sachmangel aller damit ausgerüsteten Pkw begründet. Der Senat hat dies bereits in dem veröffentlichten Beschluss vom 20.12.2017 – 18 U 112/17, NZV 2018, 72 – näher ausgeführt. Hierauf wird Bezug genommen.

Dementsprechend kommt es für die anfängliche Mangelhaftigkeit des vom Kläger erworbenen Pkw nicht darauf an, welche der voneinander abweichenden Behauptungen der Parteien zur Einhaltung der für Stickoxidemissionen vorgesehenen Grenzwerte in der Zeit vor dem Softwareupdate zutrifft.

(2) Richtig ist sodann, dass den Käufer unter Umständen die Darlegungs- und Beweislast für das Fehlschlagen einer vorgenommenen Nachbesserung treffen kann. Indessen liegt darin eine Umkehr der gewöhnlichen Darlegungs- und Beweislast für die Erfüllung gemäß § 362 I BGB. Steht nämlich – wie hier – ein Sachmangel bei Gefahrübergang fest, steht damit ebenfalls fest, dass der Anspruch des Käufers auf Übergabe und Übereignung einer mangelfreien Sache zunächst nicht vollumfänglich erfüllt worden ist und dass der Käufer gemäß § 437 Nr. 1 BGB Nacherfüllung verlangen kann. Der Nacherfüllungsanspruch ist aber lediglich eine Modifikation des ursprünglichen Erfüllungsanspruchs gemäß § 433 I 2 BGB (vgl. BGH, Urt. v. 17.10.2012 – VIII ZR 226/11, juris Rn. 24), sodass es bei der grundsätzlichen Darlegungs- und Beweislast des Schuldners für das Gelingen der (Nach-)Erfüllung als Ausgangspunkt verbleibt. Eine Umkehr der Darlegungs- und Beweislast in diesem Zusammenhang bedarf deshalb einer Rechtfertigung im Gesetz, und diese entnimmt der BGH § 363 BGB. Danach trifft den Käufer (nur) dann die Darlegungs- und Beweislast für die einen Sachmangel begründenden Umstände, wenn er eine ihm als (Nach-)Erfüllung angebotene Leistung als Erfüllung angenommen hat (vgl. BGH, Urt. v. 23.11.2005 – VIII ZR 43/05, juris Rn. 20; Urt. v. 11.02.2009 – VIII ZR 274/07, juris Rn. 15).

(3) Stellt man nun auf den oben beschriebenen Mangel im Zusammenhang mit der Betriebszulassung des hier erworbenen Pkw ab, hat die seitens des Kraftfahrt-Bundesamtes für das hier verwendete Softwareupdate erteilte Genehmigung insofern zu einer erfolgreichen Nachbesserung bzw. Nacherfüllung geführt, als ein eventuelles Risiko für die Betriebszulassung infolge einer seitens des Herstellers möglicherweise durch Täuschung der Genehmigungsbehörde, jedenfalls aber durch Einsatz einer unzulässigen Software zwecks Motorsteuerung … nicht mehr besteht.

Fraglich und zwischen den Parteien umstritten ist indessen unabhängig von der nunmehr gesicherten Betriebszulassung und der insofern geglückten Nacherfüllung zweierlei, und zwar zum einen, ob die Nachbesserung durch das Softwareupdate tatsächlich die Einhaltung der Stickoxid-Grenzwerte bewirkt hat, zum anderen ob das Softwareupdate andere Eigenschaften des Pkw zum Nachteil des Käufers verändert hat, ob also die Optimierung im Sinne eines den gesetzlichen Vorgaben entsprechenden Stickoxidausstoßes durch das Softwareupdate auf Kosten der Motorleistung, des Kraftstoffverbrauchs, der damit einhergehenden CO_2-Emissionen und der Lebensdauer der im Pkw verbauten Teile unternommen worden ist.

Die seitens des Landgerichts befürwortete Verteilung der Darlegungs- und Beweislast in diesem Zusammenhang zulasten des Klägers als Käufer und Gläubiger des Nacherfüllungsanspruchs hängt nach den vorstehenden Erwägungen zunächst davon ab, ob er, indem er die Motorsteuerung des erworbenen Fahrzeugs einem Softwareupdate hat unterziehen lassen, eine ihm als Erfüllung angebotene Leistung auch als Erfüllung angenommen hat (§ 363 BGB).

Dem steht hier zweierlei entgegen: Zum einen hat die Beklagte nicht einmal behauptet, dass dem Kläger das Softwareupdate als Nachbesserung bzw. Nacherfüllung angeboten worden ist, sondern die Beklagte hat eingehend dargetan, dass das vom Kläger erworbene Fahrzeug trotz des Einsatzes der ursprünglichen Software nicht mit einem Mangel behaftet gewesen sei.

Zum anderen hat der Kläger zwar der Vornahme des Updates nicht widersprochen und hat auch das mit dem Update versehene Fahrzeug anschließend ohne Beanstandungen in einem engen zeitlichen Zusammenhang mit der Übernahme des Pkw nach der Nachbesserung genutzt. Jedoch handelte es sich bei dem Softwareupdate keineswegs um eine freiwillige Leistung des Herstellers und der nicht nur dem Hersteller, sondern auch den Kunden vertraglich verbundenen Händler, sondern das Kraftfahrt-Bundesamt sah die Abschaltvorrichtung als unzulässig an und hatte die betroffenen Hersteller zuvor verpflichtet, die in der ursprünglichen Software vorhandene Abschalteinrichtung zu entfernen und den Nachweis zu führen, dass trotz der Entfernung alle Grenzwerte eingehalten werden. Wie dem Senat aus dem oben genannten anderen Verfahren bekannt ist, verzichtete das Kraftfahrt-Bundesamt unter diesen Voraussetzungen auf den Widerruf der Typgenehmigung. Das war allgemein bekannt. Dementsprechend konnten und mussten sowohl der Kläger als auch die Beklagte davon ausgehen, dass der Fortbestand der Betriebszulassung des seitens des Klägers erworbenen Pkw das vom Kraftfahrt-Bundesamt genehmigte Softwareupdate voraussetzte und der Kläger nicht ohne erhebliches Risiko für die Betriebszulassung des Fahrzeugs auf das Update verzichten konnte. Kurz: Wollte der Kläger das Fahrzeug sicher ohne Schwierigkeiten weiter nutzen, musste er von dem Angebot des Softwareupdates Gebrauch machen, und das war nicht nur dem Kläger, sondern auch der Beklagten jederzeit klar.

Schließlich ist zu beachten, dass den Kunden und hierunter auch dem Kläger die Details der zur Motorsteuerung eingesetzten Software sowie deren Wirkungsweise in den zur Beurteilung des Erfolgs der Nachbesserung notwendige Details nicht bekannt waren und sind. Das wusste nicht nur die Beklagte, das ist allgemein bekannt und bedarf keiner näheren Erörterung. Auch deshalb spricht nichts dafür, dass der Kläger die erfolgte Nachbesserung inhaltlich billigen wollte, und mit Rücksicht auf das öffentlich bekannt gewordene Geschehen in der Vergangenheit konnte man auch nicht davon ausgehen, dass der Kläger dem Hersteller oder/und dem Kraftfahrt-Bundesamt vertraute, sondern man musste annehmen, dass er sich mangels Sachkunde zu dem Erfolg der Nachbesserung gar nicht erklären wollte, als er das Fahrzeug wieder übernahm.

Vor dem Hintergrund des mangelnden Angebots des Softwareupdates als Nachbesserung einerseits, der „Zwangslage“ des Klägers andererseits und schließlich der mangelnden Sachkunde des Klägers als Kunde kann man seine Zustimmung zum Update und die daran anschließende Nutzung des Pkw mitsamt Update auch mit Rücksicht auf den Horizont der Beklagten als Empfängerin einer damit verbundenen konkludenten Willenserklärung ausnahmsweise nicht als Entgegennahme einer Leistung im Sinne einer (Nach-)Erfüllung gemäß § 363 BGB und der hierauf gestützten Rechtsprechung des BGH verstehen, sondern ein objektiver Empfänger anstelle der Beklagte musste davon ausgehen, dass der Kläger an der Durchführung des Softwareupdates nur mitwirkte, um die fortgesetzte Nutzung des erworbenen Pkw sicherzustellen, sich aber hinsichtlich des Gelingens der Nachbesserung durch eine ihm nicht bekannte Software nicht zu erklären beabsichtigte.

(4) Daraus folgt allerdings noch nicht ohne Weiteres eine Darlegungs- und Beweislast der Beklagten als Verkäuferin. Zu berücksichtigen ist vielmehr, dass die obigen Ausführungen zur Darlegungs- und Beweislast für das Gelingen einer (Nach-)Erfüllung das Bestehen eines solchen Nacherfüllungsanspruchs voraussetzen und nur das Gelingen der Nacherfüllung betreffen. Das war hier zwar im Hinblick auf den nach dem Vorgehen des Kraftfahrt-Bundesamtes im Falle der Nichterfüllung der Auflagen seitens des Herstellers drohenden Widerruf der EG-Typgenehmigung und im Hinblick auf die Folgen eines solchen Vorgangs für die Betriebszulassung der Fall. Insofern hat das Update mit Rücksicht auf die Genehmigung des Kraftfahrt-Bundesamtes indessen zweifellos zur (Nach-)Erfüllung geführt.

Im vorliegenden Rechtsstreit geht es dagegen darum, ob die zur Erfüllung des Nacherfüllungsanspruchs gebotene Maßnahme des Softwareupdates andere Sachmängel (erhöhter Verbrauch, geringere Leistung, höherer Verschleiß bzw. verkürzte Lebensdauer) zur Folge hatte. Dennoch kann es hier nicht bei der gewöhnlichen Verteilung der Darlegungs- und Beweislast des Sachmängelgewährleistungsrechts, also bei der Darlegungs- und Beweislast des Käufers – die Voraussetzungen des für die Beweislast eventuell bedeutsamen § 477 BGB sind bislang nicht vorgetragen worden – verbleiben, sondern auch insofern muss der Verkäufer als Schuldner des Nacherfüllungsanspruchs dartun und beweisen, dass die von ihm in eigener Verantwortung ergriffenen Maßnahmen zur Herstellung des vertragsgemäßen Zustands geführt haben und nicht die Behebung eines Sachmangels andere Sachmängel begründet hat, es sich also nicht um eine zur Herstellung des geschuldeten vertragsgemäßen Zustandes nicht geeignete Maßnahme gehandelt hat. Dies ist Ausfluss der oben dargestellten Verteilung der Darlegungs- und Beweislast im Zusammenhang mit der Nacherfüllung und trägt dem Umstand Rechnung, dass es hierbei nicht um das Vorliegen irgendwelcher Sachmängel bereits bei Gefahrübergang geht, sondern um die Ordnungsmäßigkeit der Nachbesserung und um die Eignung der hierzu vom Verkäufer ergriffenen Maßnahme. Das erscheint auch insofern interessengerecht, als es dem Verkäufer freisteht, wie er genau den Mangel beseitigt, und er deshalb die zur Mangelbeseitigung ergriffene Maßnahme kennt, während der Käufer insofern auf die Information des Verkäufers angewiesen ist.

Zwar bleibt es demnach dabei, dass die Beklagte als Verkäuferin darlegen und beweisen muss, dass das Softwareupdate nicht zu anderen Sachmängeln geführt hat. Ihre Darlegungslast in diesem Zusammenhang unterliegt indessen einer wichtigen Einschränkung. Indem sie nämlich nicht nur behauptet, das Softwareupdate habe zur Beseitigung des speziellen, abgasrückführungs-optimierten Betriebsmodus geführt, sondern darüber hinaus jedenfalls konkludent vorträgt, der Pkw des Klägers habe danach nicht unter anderen, auf das Softwareupdate zurückgehenden Sachmängeln gelitten, behauptet sie eine sogenannte negative Tatsache. Die Behauptung einer negativen Tatsache hat indessen nach allgemeinen Regeln eine Umkehr der Darlegungslast im Sinne einer sekundären Behauptungslast des Gegners zur Folge (vgl. BGH, Urt. v. 12.11.2010 – V ZR 181/09, juris Rn. 12). Deshalb muss der Kläger konkrete Sachmängel darlegen, die auf das Softwareupdate als Maßnahme zur Nacherfüllung zurückgehen sollen.

(5) Dies hat der Kläger unternommen, indem er nachteilige Auswirkungen des Softwareupdates für die Motorleistung, für den Verbrauch, für die CO_2-Emissionen und für die Lebensdauer des Pkw bzw. seiner Teile (Verschleiß) behauptet hat, wenn auch in allgemeiner Form. Zu Unrecht hat das Landgericht dem entgegengehalten, dies sei nicht hinreichend substanziiert gewesen.

Denn ein Sachvortrag ist immer dann schon erheblich, wenn Tatsachen vorgetragen werden, die in Verbindung mit einem Rechtssatz geeignet und erforderlich sind, das geltend gemachte Recht zu begründen. Die Angabe näherer Einzelheiten ist grundsätzlich nur dann erforderlich, wenn diese für die Rechtsfolgen von Bedeutung sind; dabei hängt es vom Einzelfall ab, in welchem Maße die Partei ihr Vorbringen durch die Darlegung konkreter Einzeltatsachen noch weiter substanziieren muss (vgl. BGH, Urt. v. 04.07.2000 – VI ZR 236/99, juris Rn. 8).

Hier hatte der Kläger nachteilige Folgen des Softwareupdates vorgetragen, die gegebenenfalls der Eignung der betreffenden Maßnahme zur Herstellung des vertragsgemäß geschuldeten Zustands entgegenstehen und zur Folge hätten, dass die Beklagte ihrer Nacherfüllungspflicht nicht nachgekommen wäre, sondern der Pkw weiter mangelhaft wäre, wenn auch in anderer Art und Weise als vor dem Softwareupdate. Die behaupteten Nachteile – wie hinsichtlich der übrigen Voraussetzungen des geltend gemachten Gewährleistungsrechts zu erörtern sein wird – sind im Rahmen des § 434 I 2 Nr. 2 BGB insofern von entscheidungserheblicher Bedeutung, als der Pkw des Klägers gegebenenfalls im Zusammenhang mit Leistung, Verbrauch, Emissionen und Lebensdauer Eigenschaften aufweist, die nachteilig von der Beschaffenheit eines nicht mit einem Softwareupdate versehenen Pkw des hier in Rede stehenden Fahrzeugtyps abweichen. Dagegen kommt es im Rahmen des § 434 I 2 Nr. 2 BGB nicht darauf an, was das Kraftfahrt-Bundesamt in diesem Zusammenhang geprüft, festgestellt und mitgeteilt hat. Ebenso wenig ist im Zusammenhang mit der Substanziierung von Belang, ob der Kläger eigene Versuche hinsichtlich der behaupteten nachteiligen Veränderung angestellt und ob er Erfahrungswerte hat.

Diesen Umständen kommt als tatsächlicher Hintergrund der Behauptungen des Klägers Bedeutung nur im Zusammenhang mit einem möglichen Verstoß gegen § 138 I ZPO durch eine sogenannte „ins Blaue hinein“ aufgestellte Behauptung zu. Davon wiederum kann aber nur dann die Rede sein, wenn eine Behauptung ohne greifbare Anhaltspunkte für das Vorliegen eines bestimmten Sachverhalts willkürlich aufs Geratewohl aufgestellt wird (vgl. BGH, Urt. v. 20.09.2002 – V ZR 170/01, juris Rn. 9). Davon kann hier schon mit Rücksicht darauf nicht die Rede sein, dass einerseits dem Kläger als Kunden die näheren Einzelheiten der zur Motorsteuerung eingesetzten Software nach und vor dem Update nicht bekannt sind und andererseits der Hersteller zunächst über Jahre hinweg auch vom Kraftfahrt-Bundesamt unentdeckt von einer unzulässigen Software Gebrauch gemacht hat. Hinzu kommt, dass auch die Prüfungen und Feststellungen des Kraftfahrt-Bundesamtes in diesem Zusammenhang nach den entsprechenden Mitteilungen nicht einmal auf Plausibilität hin überprüfbar sind. Dementsprechend bewegen sich die allgemein gehaltenen Behauptungen des Klägers im Bereich der nach § 138 I ZPO zweifellos zulässigen Spekulation und berühren die Wahrheitspflicht nicht.

(6) Allerdings liegt in dem seitens des Klägers behaupteten merkantilen Minderwert kein Mangel zugrunde, sondern gegebenenfalls lediglich eine Mangelfolge, die dem Schadenersatz zugänglich wäre, aber im Rahmen des geltend gemachten Rücktrittsrechts keine Bedeutung hat.

(7) Soweit das Landgericht das Vorbringen des Klägers zur Frage des Verschleißes bzw. der Lebensdauer des Fahrzeugs und seiner Teile nach dem Softwareupdate wegen einer Überschreitung der sachlichen Grenzen des gemäß § 283 ZPO eingeräumten Schriftsatznachlasses gemäß § 296a ZPO präkludiert und von einer Wiedereröffnung gemäß § 156 ZPO abgesehen hat, kann das schon deshalb nicht überzeugen, weil das Landgericht den Schriftsatznachlass antragsgemäß, das heißt im Hinblick auf den gegnerischen Schriftsatz vom 23.06.2017, eingeräumt hat und weil auf Seite 25 des betreffenden Schriftsatzes der Beklagten die Lebensdauer bestimmter Fahrzeugteile im Zusammenhang mit dem seitens des Klägers behaupteten merkantilen Minderwert problematisiert wird. Schon deshalb kam eine Präklusion nach § 296a ZPO mit Blick auf die sachlichen Grenzen des eingeräumten Schriftsatznachlasses nicht in Betracht, sondern lediglich eine Präklusion gemäß § 296 ZPO wegen Verzögerung.

Die Nachholung einer seitens des Ausgangsgerichts nicht unternommenen Verzögerungspräklusion anstelle einer unzulässigen Präklusion nach § 296a ZPO ist dem Berufungsgericht im Rahmen der hierfür maßgebenden §§ 530, 531 I ZPO indessen nicht möglich. Dementsprechend ist auch das Vorbringen des Klägers zum Verschleiß bzw. zur Lebensdauer zu berücksichtigen und kann, weil es sich um im ersten Rechtszug zu Unrecht nicht berücksichtigtes und nicht etwa um neues Vorbringen handelt, auch nicht nach den § 529, 531 II ZPO unbeachtet bleiben.

bb) Unzutreffend ist auch die Erwägung des Landgerichts, dass eine (weitere) Nachbesserung hier nicht von vornherein ausgeschlossen gewesen und deshalb eine Nachfristsetzung hier nicht gemäß § 323 II Nr. 1 BGB entbehrlich gewesen sei. Jedenfalls aber greift hier die vom Landgericht nicht geprüfte Bestimmung des § 323 II Nr. 3 BGB ein.

(1) An die tatsächlichen Voraussetzungen für die Bejahung einer endgültigen Erfüllungsverweigerung i. S. des § 323 II Nr. 1 BGB sind strenge Anforderungen zu stellen; sie liegt nur vor, wenn der Schuldner eindeutig zum Ausdruck bringt, er werde seinen Vertragspflichten nicht nachkommen. In dem Bestreiten von Mängeln liegt dabei nicht ohne Weiteres eine endgültige Nacherfüllungsverweigerung; denn das Bestreiten ist prozessuales Recht des jeweiligen Schuldners. Vielmehr müssen zu dem bloßen Bestreiten weitere Umstände hinzutreten, welche die Annahme rechtfertigen, dass der Schuldner über das Bestreiten der Mängel hinaus bewusst und endgültig die Erfüllung seiner Vertragspflichten ablehnt und es damit ausgeschlossen erscheint, dass er sich von einer Fristsetzung hätte oder werde umstimmen lassen (vgl. nur BGH, Urt. v. 21.12.2005 – VIII ZR 49/05, juris Rn. 25 m. w. Nachw.; Staudinger/*Schwarze,* BGB, Neubearb. 2015, § 323 Rn. B 90, Stand: 09.11.2016).

Im vorliegenden Fall bestreitet die Beklagte nicht lediglich die Mangelhaftigkeit des seitens des Klägers erworbenen Pkw vor und nach dem Softwareupdate, sondern das in seiner Wirkung streitige Softwareupdate ist dem Kläger als Käufer und Gläubiger des Nacherfüllungsanspruchs trotz der oben auch unter Bezugnahme auf eine frühere Entscheidung des Senats erörterten Sach- und Rechtslage – Sachmangel bereits durch die Ausrüstung mit der ursprünglich eingesetzten Software – und trotz des Vorgehens des Kraftfahrt-Bundesamtes gegenüber dem Hersteller zu keinem Zeitpunkt als Nachbesserung angeboten worden, sondern lediglich als im Verhältnis zum Kunden freiwillige Maßnahme des Herstellers. Die Beklagte und der Hersteller haben jedes Einräumen der Mangelhaftigkeit eines mit der beanstandeten Software versehenen Pkw geradezu sorgfältig vermieden.

Zudem kann und konnte der Hersteller und kann und konnte erst recht die Beklagte nicht ohne Weiteres zu einer weiteren Nachbesserung schreiten. Denn mit Rücksicht auf das zurückliegende, zu dem installierten Softwareupdate führende Verfahren müsste dazu nicht nur der Hersteller eine neue Lösung zur Einhaltung Stickoxid-Emissionsgrenzwerte unter Beibehaltung der bisherigen Leistungs- und Verbrauchswerte sowie unter Schonung der Bauteile des Fahrzeugs zunächst entwickeln, erproben und sodann in der erforderlichen Menge herstellen lassen, sondern erneut müsste auch das Kraftfahrt-Bundesamt in den betreffenden Prozess einbezogen werden. Bei vernünftiger Betrachtung konnte und kann nicht davon ausgegangen werden, dass der Hersteller dies unter Inkaufnahme sowohl der damit verbundenen erheblichen Kosten als auch des neuerlichen öffentlichen Aufsehens bloß auf ein weiteres Nachbesserungsverlangen des Klägers gegenüber Beklagten unternähme. Die Beklagte selbst konnte die Nachbesserung außerdem nicht vornehmen, und es kann auch nicht festgestellt werden, dass sie den Hersteller hierzu allein vor dem Hintergrund des Vorgehens des Klägers veranlassen konnte.

Zu berücksichtigen ist schließlich, dass – wie die Erfahrung mit der Entwicklung, Bereitstellung und Freigabe des installierten Softwareupdates zeigt – angesichts des Umfangs der erforderlichen Maßnahmen, der Masse der betroffenen Fahrzeuge und der Notwendigkeit, das Kraftfahrt-Bundesamt zu beteiligen, mit einem ganz erheblichen Zeitaufwand gerechnet werden muss, der nicht sicher prognostizierbar ist. Dabei ist auch zu bedenken, dass der Hersteller mit Maßnahmen zu einer weiteren Nachbesserung nach dem Sach- und Streitstand des vorliegenden Verfahrens und den öffentlich zugänglichen Informationen nicht begonnen hat, sondern öffentlich den Standpunkt vertritt, dass kein Mangel vorgelegen habe und das installierte Softwareupdate jedenfalls ausreiche. Dass das Abwarten einer gänzlich ungewissen Zeit bis zu der geschuldeten Nachbesserung den Kunden nicht zumutbar ist, hat der Senat in der oben genannten, bereits veröffentlichten Entscheidung bereits ausgeführt. Das bedarf nicht der Wiederholung.

Vor dem Hintergrund dieser Umstände ist das Bestreiten der Beklagten hier ausnahmsweise sehr wohl auch als ernsthafte und endgültige Verweigerung einer Nachbesserung zu verstehen.

(2) Hinzu kommt, dass dem Hersteller und Vertragspartner der Beklagten eine gravierende Pflichtverletzung im Zusammenhang mit der Einrichtung einer „Abschaltvorrichtung“ zur Last fällt, die wegen der Beteiligung des Kraftfahrt-Bundesamtes und der in Rede stehenden EG-Typgenehmigung bedeutende Auswirkungen auch für die einzelnen Kunden hat bzw. hatte. Fest steht insofern, dass der Hersteller dem Kraftfahrt-Bundesamt die Einrichtung einer nach Auffassung des für die EG-Typengenehmigung zuständigen Kraftfahrt-Bundesamt unzulässigen „Abschaltvorrichtung“ verschwiegen hatte und dass eine Vorrichtung wie die unter anderem von Audi verwendete sowie die diesbezügliche Argumentation der Beklagten den für die Genehmigung maßgebenden Laborbetrieb ad absurdum führt.

Zweifellos richtig ist auch, dass das Kraftfahrt-Bundesamt diese bedenklichen Umstände nicht selbst und zeitnah im Zusammenhang mit den maßgebenden Laborprüfungen entdeckt hat und dass auch nicht der Hersteller selbst den Sachverhalt aus eigenem Antrieb aufgeklärt hat, sondern dass der Sachverhalt erst nach Jahren und auf aufsehenerregende Veröffentlichungen hin geklärt worden ist. Erst danach hat das Kraftfahrt-Bundesamt Maßnahmen ergriffen und schließlich die vom Hersteller bereitgestellte Software freigegeben. Allerdings ist die von der Beklagten vorgetragene Freigabebestätigung des Kraftfahrt-Bundesamtes vom 10.08.2016 mangels detaillierter Angaben zu Prüfungsgegenstand, zur Prüfungsmethodik sowie zu den an der Prüfung Beteiligten nicht einmal auf ihre Plausibilität hin prüfbar und vermag deshalb das infrage gestellte Vertrauen der Kunden in den Hersteller und das Genehmigungsverfahren nicht wiederherzustellen.

Schließlich ist in diesem Zusammenhang zu berücksichtigen, dass der Hersteller und die ihr verbundenen Händler wie die Beklagte die Details der vor und nach dem Update zur Motorsteuerung eingesetzten Software und ihrer Wirkungsweise den Kunden nicht bekannt gegeben haben. Deshalb ist den Käufern wie dem Kläger nicht einmal eine eigene Plausibilitätsprüfung möglich und kann man sich selbst im Falle vorhandener Sachkunde oder unter Hinzuziehung derselben nicht ohne Weiteres von der behaupteten Ordnungsmäßigkeit der unternommenen Nachbesserung durch das Softwareupdate überzeugen.

Mit Rücksicht darauf, dass die Käufer also einerseits mit gravierenden Rechtsfolgen konfrontiert sein könnten, wenn sich die unter anderem vom hier betroffenen Hersteller unternommenen Manipulationen wiederholten, aber andererseits weder eine Grundlage für ein gewisses Vertrauen in den Hersteller und das Kraftfahrt-Bundesamt vorhanden sein kann, noch eine eigene, auch nur auf die Plausibilität beschränkte Sachprüfung möglich ist, kann den Käufern betroffener Pkw und darunter auch dem Kläger nicht zugemutet werden, sich mit einer Nachbesserung unbekannten Inhalts in eine unsicheren zeitlichen Rahmen (s. oben) abzufinden.

Demgegenüber hat die Beklagte den Einsatz einer unzulässigen Software zur Motorsteuerung zwar selbst nicht zu verantworten und auch keinen Einfluss auf das bereitgestellte Softwareupdate. Sie kann sich aber wegen der in Betracht kommenden Regressansprüche im Zusammenhang mit einer ungenügenden ersten Nachbesserung durch das installierte Softwareupdate an den Hersteller als ihren diesbezüglichen Vertragspartner halten. Ferner kann die Beklagte ihrerseits als Käuferin eines Gebrauchtwagens beim Vor-Verkäufer Rückgriff nehmen.

Nach allem erscheinen ein sofortiger Rücktritt und ein Verzicht auf weitere Nachbesserungsbegehren auch unter Berücksichtigung der beiderseitigen Interessen hier ausnahmsweise gerechtfertigt.

c) Die vorgenannten Rechtsfehler der angefochtenen Entscheidung sind entscheidungserheblich. Denn bei zutreffender tatsächlicher und rechtlicher Würdigung hätte es zunächst eines Hinweises und anschließend eventuell einer Beweiserhebung bedurft.

Der mit der Klage geltend gemachte Anspruch des Klägers auf Rückzahlung des Kaufpreises ergibt sich aus … §§ 433, 434 I 2 Nr. 2, 437 Nr. 2 Fall 1, 440 Satz 1, 323 II Nr. 1 BGB, § 346 I BGB.

aa) Der Kläger hat aufgrund der Bestellung vom 06.01.2015 sowie des Verkaufsangebots nebst Fahrzeugbeschreibung vom 12.01.2015 den Pkw Audi A4 Avant 2.0 TDI … gekauft und hierfür insgesamt 41.400 € gezahlt.

bb) Dieser Pkw litt bis zur Installation unter einem nicht unerheblichen Sachmangel. Das hat der Senat oben bereits auch unter Bezugnahme auf ein bereits abgeschlossenes Verfahren ausgeführt und bedarf hier nicht der Wiederholung.

Streitig ist zwischen den Parteien zwar nicht, ob die einem Update unterzogene Software zur Motorsteuerung diesen im Zusammenhang mit der EG-Typgenehmigung und der Betriebszulassung stehenden Sachmangel beseitigt hat – dies ist vielmehr schon deshalb der Fall, weil das Kraftfahrt-Bundesamt die neue Software freigegeben hat. Jedoch streiten die Parteien insofern über die Eignung des Softwareupdates zu der geschuldeten Nacherfüllung, als der Kläger im Rahmen der ihn treffenden sekundären Darlegungslast behauptet, das Softwareupdate habe nachteilige Folgen für die Leistung des Pkw, für den Kraftstoffverbrauch, für die CO_2-Emissionen und für die Lebensdauer des Pkw sowie seiner Teile (= erhöhter Verschleiß).

Da zum einen § 363 BGB hier nicht eingreift und zum anderen es nicht um den Fortbestand eines bereits bei Gefahrübergang vorhandenen Mangels im Sinne der Regeln der Darlegungs- und Beweislast des Sachmängelgewährleistungsrechts geht, sondern um die Eignung des durchgeführten Softwareupdates zur ordnungsgemäßen Nacherfüllung, trifft die Beklagte die Darlegungs- und Beweislast. Das ist bereits oben eingehend erörtert worden.

An dieser Stelle und im Rahmen der Kausalität des Rechtsfehlers im ersten Rechtszug für die angefochtene Klageabweisung ist lediglich hinzuzufügen, dass die für die Abwesenheit anderer nachteiliger Folgen und in diesem Sinne für die Eignung des Softwareupdates zur Nacherfüllung primär darlegungspflichtige Beklagte zwar ihrer Darlegungslast nach dem Maßstab des materiellen Rechts nachgekommen ist, indem sie die Verursachung der vom Kläger behaupteten Nachteile durch das Softwareupdate in Abrede gestellt hat. Jedoch bedarf es in einer Hinsicht der Ergänzung des Vorbringens, und zwar im Hinblick nicht auf die primäre Darlegungslast der Beklagten, sondern mit Rücksicht auf die sie ebenfalls treffende Beweislast. So stellt die Beklagte ebenfalls in Abrede, dass sich das Softwareupdate nachteilig auf die Lebensdauer des Fahrzeugs und seiner Teile auswirke bzw. einen schnelleren Verschleiß des Fahrzeugs und seiner Teile zur Folge habe. Um dem in diesem Zusammenhang angebotenen Beweis durch Einholung eines Sachverständigengutachtens nachgehen und die Frage der Lebensdauer bzw. des Verschleißes klären zu können, muss ein hinzugezogener Sachverständiger aber die Wirkungsweise des Softwareupdates kennen. Kurz: Er muss prüfen können, ob und inwiefern einzelne Teile des Pkw und/oder die Gesamtheit des Fahrzeugs nach dem Softwareupdate höheren Belastungen ausgesetzt ist, als das zuvor der Fall war. Das wiederum kann der Sachverständige nicht ohne weitere Informationen der Beklagten bzw. des Herstellers prüfen und beurteilen. Deshalb muss die Beklagte die Wirkungsweise der vor dem Softwareupdate zur Motorsteuerung eingesetzten unzulässigen Software sowie die Wirkungsweise der nach dem Softwareupdate eingesetzten Software in allen Einzelheiten darlegen. Ohne die entsprechenden Anknüpfungstatsachen kann auch durch ein Sachverständigengutachten nicht bewiesen werden, dass das Softwareupdate nicht infolge schnelleren Verschleißes zu einer nicht unerheblichen Verkürzung der Lebensdauer des Fahrzeugs und/oder seiner Teile geführt hat. Dementsprechend wäre ohne weiteres Vorbringen der Beklagten zu der Wirkungsweise der zur Motorsteuerung eingesetzten Software vor und nach dem Update als Anknüpfungstatsachen davon auszugehen, dass das Softwareupdate zwar den anfänglichen Sachmangel beseitigt hat, aber auf Kosten jedenfalls eines anderen nicht unerheblichen Umstands, nämlich eines schnelleren Verschleißes nicht unbedeutender einzelner Fahrzeugteile, und dass das Softwareupdate deshalb in dieser Hinsicht nicht zur Nacherfüllung geeignet war.

Oben ist bereits erörtert worden, dass das Vorbringen des sekundär darlegungspflichtigen Beklagten zum schnelleren Verschleiß und zur Verkürzung der Lebensdauer des Fahrzeugs nicht nach § 296a ZPO hätte präkludiert werden dürfen und dass der Senat die im ersten Rechtszug naheliegende Präklusion nach § 296 ZPO aus rechtlichen Gründen nicht nachzuholen vermag.

Den übrigen seitens des Klägers von Beginn des Verfahrens an behaupteten Mängeln (verschlechterte Leistung, erhöhter Verbrauch und damit einhergehende höhere CO_2-Emissionen, unzulässig hohe Stickoxid-Emissionen) kann der zu beauftragende Sachverständige demgegenüber ohne Weiteres nachgehen, indem er Messungen vornimmt. Insofern ist lediglich anzumerken, dass nicht in jeder noch so kleinen Verschlechterung durch die mit dem Softwareupdate veränderte Motorsteuerung auch ohne Weiteres ein Sachmangel liegt, sondern dass die nachteilige Veränderung spürbar sein muss. Das heißt allerdings zum Beispiel die Leistung betreffend keineswegs, dass es lediglich auf die im Vertrag angegebene Höchstleistung des Pkw ankommt, sondern dass es dafür auf eine im Vergleich zu den Werten vor dem Update bei der Nutzung des Pkw im Straßenverkehr fühlbare Verschlechterung ankommt. Das wäre bei unveränderter Höchstleistung etwa dann der Fall, wenn die Elastizität spürbar abgenommen hätte. Beim Kraftstoffverbrauch bilden dagegen die Angaben des Herstellers zu dem Verbrauch den Maßstab, und bei den Emissionen ergibt sich der Maßstab auch für eventuelle nachteilige Folgen des Updates aus den gesetzlichen Grenzwerten.

Oben ist schon erörtert worden, dass in einem eventuellen merkantilen Minderwert selbst kein Sachmangel liegt, weil es sich dabei nicht um eine Beschaffenheit des Pkw als Kaufsache handelt, sondern um den Ausdruck von Angebot und Nachfrage mit Rücksicht unter anderem auf die Beschaffenheit betreffender Pkw. Jedenfalls aber steht einer Behandlung eines eventuellen merkantilen Minderwerts entgegen, dass die Ursächlichkeit des ursprünglichen Mangels nicht hinreichend sicher festgestellt werden kann, weil die Folgen der Diskussion um innerstädtische Fahrverbote für Dieselfahrzeuge die Folgen des VW-Abgasskandals hinsichtlich der Nachfrage nach Dieselfahrzeugen zwischenzeitlich überlagert haben.

Legt man das Vorbringen der Beklagten auf Seite 21 ff. ihres Schriftsatzes vom 23.06.2017 nach seinem Sinn aus, dann sind die dort enthaltenen Beweisangebote (sachverständige Zeugnisse und Sachverständigengutachten) nicht nur bezogen auf einzelne Emissionswerte und den Kraftstoffverbrauch, sondern ebenfalls bezogen auf die zuvor angesprochene Fahrzeugleistung zu verstehen.

Dabei ist allerdings zu berücksichtigen, dass sachverständige Zeugen lediglich Umstände bekunden können, die sie in der Vergangenheit oder Gegenwart kraft ihrer Sachkunde wahrgenommen haben, und auf solche kommt es hier nicht an. Denn die Beklagte hat nicht dargetan, dass sich die benannten Zeugen … mit dem hier maßgebenden Pkw befasst hätten, und sie legt ebenso wenig im Detail dar, inwiefern die betreffenden Zeugen hier relevante Messungen oder Simulationen vorgenommen haben. Die Klärung der streitigen Fragen kann jedenfalls unmittelbar nur von einem Sachverständigen unternommen werden, weil es dabei unmittelbar nicht um in der Vergangenheit liegende Geschehnisse geht, welche die benannten Zeugen (kraft Sachkunde) wahrgenommen haben.

cc) Dass es hier ausnahmsweise einer Nachfristsetzung nicht bedurfte, ist oben bereits ausgeführt worden. Hierauf wird Bezug genommen.

dd) Die vom Kläger behaupteten nachteiligen Folgen des Softwareupdates für die Leistung, den Verbrauch und die Lebensdauer des Pkw bzw. seiner Teile sind, wenn sie zutreffen, nicht unerheblich i. S. des § 323 V 2 BGB. Das gilt insbesondere für die mit einem schnelleren Verschleiß einhergehende Verkürzung der Lebensdauer des Pkw, aber auch für die die bestimmungsgemäße Nutzung des Fahrzeugs im Straßenverkehr betreffenden Gesichtspunkte der Leistung und des Verbrauchs des Pkw.

ee) Schon mit Rücksicht darauf, dass weder die Beklagte noch der ihr vertraglich verbundene Hersteller dem Kläger das Softwareupdate unter Anerkennung des zweifellos vorhandenen ursprünglichen Sachmangels als Nacherfüllung angeboten haben, kann von einem Verstoß des Klägers gegen Treu und Glauben durch Geltendmachung von Mängeln des Softwareupdates keine Rede sein. Erst recht gilt das mit Rücksicht darauf, dass ebenfalls weder die Beklagte noch der Hersteller dem Kläger eine mehr oder weniger eingehende Prüfung der getroffenen Maßnahmen durch Offenlegung der Einzelheiten der Wirkungsweise gestattet haben sowie dass mit Rücksicht auf das Verhalten des Herstellers sowohl im Zusammenhang mit der heimlichen Einrichtung eines besonderen Betriebsmodus für Emissionsprüfungen als auch hinsichtlich des Umgangs mit dem Sachverhalt in der Zeit nach dessen Bekanntwerden bis heute ein Vertrauen keine Grundlage findet.

Der Senat kann offenlassen, ob es nicht seitens der Beklagten treuwidrig ist, sich darauf zu berufen, dass es für die Behauptungen des Klägers zur mangelnden Eignung des Softwareupdates keinerlei Anhaltspunkte gebe, wenn zugleich weder der bis dahin vorhandene Sachmangel anerkannt noch die Einzelheiten der Wirkungsweise des Softwareupdates dargetan werden.

ff) Zutreffend wendet die Beklagte allerdings ein, dass der Kläger gemäß § 346 I, II 1 Nr. 1 BGB zwar Rückzahlung des Kaufpreises verlangen kann, im Gegenzug aber verpflichtet ist, Wertersatz in Höhe der gezogenen Nutzungen zu leisten. Der entsprechende, vom Senat gemäß § 287 ZPO zu schätzende Betrag ist vom Betrag des zurückzugewährenden Kaufpreises in Abzug zu bringen.

Der Höhe nach kommt es für den Nutzungsersatz dabei zum einen darauf an, welche Lebensdauer in Kilometern man unterstellt, welchen Fahrzeugwert man ansetzt und wie die gefahrene Laufleistung in Kilometern ist. Hier ist von folgenden Daten auszugehen:

	48,43 km/Tag
Lebensdauer abzüglich bei Gefahrübergang gefahrener Kilometer:	482.993 km
Fahrzeugwert bei Gefahrübergang	41.400 €
geschätzte Laufleistung	74.589 km

Kilometerwert	0,08571552 €
vom Kläger gefahrene Kilometer	57.582 km
Wert der gezogenen Nutzungen	4.935,00 €

Demnach sind von dem Kaufpreis in Höhe von 41.400 € 4.935 € in Abzug zu bringen, sodass 36.465 € zurückzuzahlen sind.

d) Aus den obigen Erwägungen und den Umständen, dass zum einen die hier vertretene rechtliche Würdigung ganz erheblich von derjenigen des Landgerichts abweicht, sowie dass der Sachvortrag der Beklagten danach unter einer Lücke leidet (s. oben wegen der Anknüpfungstatsachen hinsichtlich der Wirkungsweise des Softwareupdates), die zu einem Teilerfolg der Klage und der Berufung führen könnte, ergibt sich eine Hinweispflicht nach § 139 I 2 Fall 1, III ZPO.

II. Der Beklagten wird aufgegeben, innerhalb einer Frist von einem Monat ab Zustellung dieser Entscheidung die Wirkungsweise der ursprünglich, das heißt vor dem Softwareupdate zur Motorsteuerung eingesetzten Software in beiden Betriebsmodi sowie des Softwareupdates sowie des im Zusammenhang damit eingebauten Strömungsgleichrichters in allen Einzelheiten darzutun. Die Beklagte muss dazu zwar nicht die ihr eventuell nicht bekannten Programmierungen für die Motorsteuerung darlegen, sie muss aber die Wirkung derselben auf die übrigen Teile des Motors so konkret darlegen, dass ein Sachverständiger die unterschiedlichen Einwirkungen auf die Bauteile des Motors und des gesamten Fahrzeugs auch in ihrem Ausmaß erkennen und nach ihrer Wirkung beurteilen kann.

III. Anschließend soll durch Einholung über die folgenden Behauptungen der Beklagten Beweis erhoben werden:

> 1. Hat die durch das Softwareupdate vom September 2016 veränderte Software zur Motorsteuerung nachteilige Auswirkungen auf die Leistung des Pkw Audi A4 Avant 2.0 TDI mit der Fahrzeug-Identifizierungsnummer … gehabt (Maximum, Leistungskurve, Elastizität usw.)? Wenn das der Fall ist: Welche genau?
>
> 2. Hat die durch das Softwareupdate vom September 2016 veränderte Software zur Motorsteuerung nachteilige Auswirkungen auf den Verbrauch des Pkw Audi A4 Avant 2.0 TDI mit der Fahrzeug-Identifizierungsnummer … gehabt (Betrieb im Stadtverkehr, Überland- und Autobahnfahrten usw.)? Wenn das der Fall ist: Welche genau?
>
> 3. Welche Auswirkungen hat die durch das Softwareupdate vom September 2016 veränderte Software zur Motorsteuerung auf die Stickoxid- und die CO_2-Emissionen des Pkw Audi A4 Avant 2.0 TDI mit der Fahrzeug-Identifizierungsnummer … gehabt?

> 4. Welche Auswirkungen hat die durch das Softwareupdate vom September 2016 veränderte Software zur Motorsteuerung auf die Lebensdauer des Pkw Audi A4 Avant 2.0 TDI mit der Fahrzeug-Identifizierungsnummer … sowie seiner einzelnen Bauteile gehabt? Kommt es infolge des Softwareupdates bzw. aufgrund der anderen Motorsteuerung zu einem schnelleren Verschleiß von Bauteilen des Pkw oder gar des Fahrzeugs in seiner Gesamtheit? Wenn ja: Inwiefern genau ist das der Fall?

IV. Der Senat beabsichtigt, sich wegen der Beauftragung mit einem Gutachten an Herrn Prof. Dr.-Ing. *P* von der RWTH Aachen … zu wenden. Insofern wird Stellungnahmen der Parteien auch mit weiteren Vorschlägen innerhalb von zwei Monaten nach Zustellung dieses Beschlusses entgegengesehen.

V. Die Einholung des Sachverständigengutachtens wird von der Einzahlung eines Auslagenvorschusses in Höhe von 10.000 € seitens der Beklagten innerhalb von zwei Monaten nach Zustellung dieses Beschlusses abhängig gemacht. Der Umfang des einzuzahlenden Auslagenvorschusses orientiert sich an dem Umfang der voraussichtlich erforderlichen Versuche und Messungen. …

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.