

**Gericht:** Landgericht Krefeld  
**Spruchkörper:** 2. Zivilkammer  
**Entscheidungsart:** Urteil

---

**Tenor:** Die Beklagte wird verurteilt, an den Kläger 39.276,12 € nebst Zinsen in Höhe von fünf Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 24.03.2016 Zug-um-Zug gegen Übergabe des Fahrzeuges Audi A6 Avant 2.0 TDI, Fahrzeug-Ident-Nummer: XXX, zu zahlen.

Es wird festgestellt, dass die Beklagte sich seit dem 28.01.2016 mit der Rücknahme des vorgenannten Fahrzeuges in Annahmeverzug befindet.

Im Übrigen wird die Klage abgewiesen.

Die Beklagte trägt die Kosten des Rechtsstreits.

Das Urteil ist gegen Sicherheitsleistung in Höhe von 110 % des jeweils beizutreibenden Betrages vorläufig vollstreckbar.

---

#### **Tatbestand**

Der Kläger begehrt im Rahmen des sog. VW-Abgasskandals nach seinem Rücktritt von einem Kaufvertrag über einen Audi A6 mit einem Dieselmotor des Typs EA 189 die Rückzahlung des geleisteten Kaufpreises von 44.200,00 € unter Abzug der von ihr in der Klageschrift näher berechneten Nutzungsentschädigung von 4.103,23 €. 1 2

Die Beklagte ist Vertragshändlerin des Pkw-Herstellers Audi, der dem VW-Konzern angehört. Sie ist nicht in die Konzernstruktur des Herstellers eingebunden. Im Rahmen des VW-Vertriebssystems handelt die Beklagte im eigenen Namen für eigene Rechnung. 3

Die Parteien schlossen im Februar 2014 einen Kaufvertrag über den im Tenor näher bezeichneten Pkw, für den der Kläger einen Kaufpreis von 44.200,00 € an die Beklagte leistete. In dem Wagen ist ein 2,0-Liter-Dieselmotor vom Typ EA 189 eingebaut, dessen Motorsoftware zur Optimierung der Stickstoff-Emissionswerte im behördlichen Prüfverfahren beigetragen hat. Die Software erkennt, ob sich das Kfz auf einem technischen Prüfstand zur Ermittlung der Emissionswerte oder im üblichen Straßenverkehr befindet. Auf dem Rollenprüfstand spielt die eingebaute Software 4

beim Stickstoff-Ausstoß ein anderes Motorprogramm ab als im Normalbetrieb. Hierdurch werden auf dem Prüfstand geringere Stickoxidwerte (NOx) erzielt. Nur so wurden die nach der Euro-5-Abgasnorm vergebenen NOx-Grenzwerte eingehalten. Der Hersteller Audi bewirbt den Fahrzeugtyp im Rahmen der Auflistung der technischen Daten mit der Euro-5-Abgasnorm.

5  
Unter Bezugnahme auf den sog. VW-Abgasskandal verlangte der Kläger mit  
Anwaltsschreiben vom 04.01.2016 Nacherfüllung bis zum 20.01.2016 und erklärte für  
den Fall der Verweigerung den Rücktritt; im Anwaltsschreiben vom 08.03.2016  
erklärte er nach fruchtlosem Ablauf der Nacherfüllungsfrist nochmals den Rücktritt und  
forderte von der Beklagten die Rückzahlung des Kaufpreises abzüglich gezogener  
Nutzungen Zug-um-Zug gegen Rückgabe des streitgegenständlichen Kfz.

6  
Mit Schreiben vom 19.01.2016 verwies die Beklagte den Kläger darauf, dass der  
Hersteller Audi dabei sei, ein Software-Update für die Motoren zu entwickeln, deren  
Ausstoß von NOx auf dem Prüfstand optimiert worden sei. Die Maßnahmen sollten für  
sämtliche Motorvarianten so schnell wie möglich abgeschlossen werden, bis dahin  
bitte man um Geduld. Der Zeitaufwand für das Aufspielen der Software werde etwa 30  
Minuten betragen und auf Kosten von Audi durchgeführt. Ziel sei es, dass die  
Maßnahmen keinen Einfluss auf Verbrauch und Fahrleistung hätten. Die Beklagte  
verzichtete auf die Erhebung der Einrede der Verjährung bis zum 31.12.2017 wegen  
etwaiger Ansprüche, die im Zusammenhang mit der eingebauten Software bestehen  
könnten.

7  
Die Beklagte ist für die Änderung der Motorsoftware auf die Handlungsanweisungen  
sowie die Bereitstellung des Software-Updates durch den Hersteller Audi angewiesen.  
Zum Zeitpunkt des erklärten Rücktritts hatte Audi nur eine sog. Konzeptsoftware  
entwickelt. Ein auf den spezifischen Fahrzeugtyp abgestimmtes Software-Update  
hatte das Kraftfahrt-Bundesamt (KBA) noch nicht freigegeben und eine Rückrufaktion  
noch nicht genehmigt. Im Zeitpunkt der Erklärung des Rücktritts konnte die Beklagte  
keine Angaben über den konkreten Zeitplan der Mangelbeseitigung machen. Der  
Bescheid des KBA zur Freigabe des Updates für das klägerische Fahrzeug erging erst  
am 27.05.2016; danach werden die Grenzwerte für Schadstoffemissionen  
eingehalten, die Motorleistung bleibt unverändert und die ursprünglich vom Hersteller  
angegebenen Verbrauchswerte und CO2-Emissionen werden bestätigt.

8  
Auch ohne das Software-Update ist das streitgegenständliche Fahrzeug fahrbereit und  
verkehrssicher. Die EG-Typengenehmigung wurde bislang nicht entzogen. Das KBA  
betrachtet das Aufspielen des Software-Updates jedoch als verpflichtend.

9  
Der Kläger behauptet:

10  
Das Fahrzeug halte die Euro-5-Abgasnorm nicht ein. Tatsächlich überschritten die  
NOx-Werte im normalen Fahrbetrieb die Grenzwerte um ein Vielfaches. Auf einem  
Prüfstand hingegen werde - unstrittig - die Motorsteuerung automatisch so geschaltet,  
dass die gesetzlichen Grenzwerte eingehalten würden. Es sei bei Erklärung des  
Rücktritts vom Kaufvertrag für ihn nicht absehbar gewesen, ob sich die  
Kraftstoffverbrauchswerte sowie die CO2-Emissionen ebenso wie die Motorleistung  
und das maximale Drehmoment des Fahrzeuges nach dem Software-Update  
verändern würden. Das sei auch nicht zu erreichen, da es bekanntermaßen einen  
Zielkonflikt zwischen günstigen Stickstoffwerten und günstigen Kohlendioxid-

Abgaswerten gebe. Es sei zu vermuten, dass eine Verbesserung der Stickoxidwerte nur unter Inkaufnahme neuer Mängel beim CO<sub>2</sub>-Ausstoß oder beim Kraftstoffverbrauch oder unter Inkaufnahme von erhöhtem Motorverschleiß möglich sei. Er befürchte daher, dass die Nacherfüllung wiederum zu einem Folgemangel an dem Pkw führe. Auch unter zeitlichen Aspekten sei ihm das Abwarten der Mangelbeseitigung nicht zumutbar gewesen, weil er währenddessen mit einem Auto hätte fahren müssen, das die Umweltgesetze nicht einhalte. Sein Vertrauensverhältnis zum Hersteller sei aufgrund der Vorfälle und der intransparenten Informationspolitik im Rahmen des VW-Abgasskandals nachhaltig gestört. Im Zeitpunkt der Rücktrittserklärung sei nicht ausgeschlossen gewesen, dass dem Fahrzeug aufgrund der rechtswidrig erlangten EG-Typengenehmigung die Zulassung entzogen und es stillgelegt würde, da zu diesem Zeitpunkt - unstreitig - das KBA die Rückrufaktion noch nicht genehmigt habe. Ferner habe der Hersteller Audi die Käufer arglistig getäuscht, sodass ihm eine Nacherfüllung, die faktisch durch den Hersteller erfolge, unzumutbar sei. Schließlich sei im Falle der Nachbesserung ein merkantiler Minderwert von 20% zu befürchten, da sich ein Preisverfall bereits bei anderen Fahrzeugen zeige und allgemein beobachtet werde, dass Händler vom Abgasskandal betroffene Fahrzeuge nicht in Zahlung nehmen würden. Denn der durch die Softwareverwendung ausgelöste VW-Abgasskandal habe zu einem Vertrauensverlust nicht nur bei dem Kläger, sondern allgemein in der Bevölkerung in die Marken des VW-Konzerns geführt.

Der Kläger beantragt, 11

die Beklagte zu verurteilen, an ihn 40.096,77 € nebst Zinsen in Höhe von fünf Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 28.01.2016 Zug-um-Zug gegen Übergabe des Fahrzeuges Audi A6 Avant 2.0 TDI, Fahrzeug-Ident-Nummer: XXX, abzüglich einer Nutzungsentschädigung in Höhe von 953,18 € zu zahlen; 12

festzustellen, dass sich die Beklagte spätestens seit dem 28.01.2016 mit der Rücknahme des vorbezeichneten Fahrzeuges in Annahmeverzug befinde; 13

die Beklagte zu verurteilen, an ihn die Kosten der außergerichtlichen Rechtsverfolgung in Höhe von 1.706,94 € nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 28.01.2016 zu zahlen. 14

Die Beklagte beantragt, 15

die Klage abzuweisen. 16

Sie behauptet, das streitgegenständliche Fahrzeug sei technisch sicher, in seiner Fahrbereitschaft nicht eingeschränkt und verfüge über alle notwendigen Genehmigungen. Es sei nicht mangelhaft. Die Emissionsgrenzwerte der Abgasnormen müssten im normalen Fahrbetrieb nicht erreicht werden. Eine unzulässige Abschaltvorrichtung sei nicht zum Einsatz gekommen. Die bisherige Motorsteuerung habe auf dem Prüfstand vielmehr in den NO<sub>x</sub>-optimierten Modus 1 geschaltet, bei dem es eine erhöhte Abgasrückführungsrate gegeben habe; im normalen Fahrbetrieb habe sich der Motor im Partikel-optimierten Modus 0 befunden. Nach dem Software-Update gebe es nur noch den Modus 1. Selbst wenn aber ein Mangel vorliege, sei er unerheblich, da der Mangelbeseitigungsaufwand unter Einbeziehung der Entwicklungskosten mit weniger als 100,00 € zu kalkulieren sei und 17

damit bei nur 0.25 % des Kaufpreises liege. Das Software-Update führe auch nicht zu irgendwelchen Nachteilen oder negativen Folgen für Verbrauch, Leistung, Abgaswerte oder Haltbarkeit. Abgesehen davon hätte der Kläger eine längere Frist zur Nacherfüllung setzen müssen. Die Länge der angemessenen Frist hänge dabei auch von dem zwischen dem Hersteller und dem KBA abgestimmten Zeit- und Maßnahmenplan ab.

Wegen der weiteren Einzelheiten des Sach- und Streitstandes wird auf die zu den Akten gereichten Schriftsätze nebst Anlagen Bezug genommen. 18

**Entscheidungsgründe:** 19

Die zulässige Klage hat ganz überwiegend Erfolg. Der Kläger hat gegen die Beklagte einen Anspruch auf Rückzahlung des Kaufpreises von 44.200,00 € abzüglich gezogener Nutzungen i.H.v. 4.923,88 € Zug-um-Zug gegen Rückgabe des im Tenor bezeichneten Fahrzeuges (§§ 346 Abs. 1, 348 i.V.m. § 437 Nr. 2, § 440 Satz 1 Mod. 3, 323 Abs. 1 BGB). Lediglich der Nutzungsersatz war geringfügig höher anzusetzen und es besteht kein Anspruch auf Erstattung der vorgerichtlichen Anwaltskosten. 20

Soweit der Kläger mit Schriftsatz vom 23.03.2016 einen anderen Antrag angekündigt hat als den aus der Klageschrift, den er dann in der mündlichen Verhandlung gestellt hat, gebot das nicht die Wiedereröffnung der mündlichen Verhandlung, da die Anträge sich nicht in der Sache, sondern nur sprachlich unterscheiden. 21

I. 22

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. 23

1. 24

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 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 BGB). 25

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 Rdn. 10). Ein Emissionsverhalten des Motors entsprechend der Euro-5-Abgasnorm (bzw. allgemein der gesetzlichen Abgasvorschriften) stellt eine solche Eigenschaft dar. Die Kläger durfte bei ihrer 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 zum Fahrzeugtyp 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 26

Software nicht eingesetzt worden, wären im Prüfverlauf die gesetzlichen vorgeschriebenen NOx-Emissionswerte überschritten worden (vgl. LG Münster, Urteil v. 14.03.2016 - 11 O 341/15; LG Lüneburg, Urteil vom 02.06.2016 - 4 O 3/16; LG Bochum, Urteil v. 16.03.2016 - 2 O 425/15).

Allerdings leugnet die Beklagte einen Mangel. Sie beruft sich darauf, der Motor verfüge nicht über eine unzulässige Abschaltvorrichtung des Emissionskontrollsystems, die im Prüfstandmodus geschaltet worden sei. Dieser Einwand greift jedoch aus mehreren Gründen nicht durch. 27

Zunächst spricht der Hersteller Audi in der von dem Kläger als Anlage K2 vorgelegten Kundeninformation selbst davon, dass es Ziel der Nachbesserung sei, die Emissionsgrenzwerte einzuhalten, was nur bedeuten kann, dass sie ohne Nachbesserung nicht eingehalten wurden. Weiter hätte sich das KBA 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 aufwändige und kostspielige Nachbesserung aus reiner Kulanz anzubieten. 28

Schließlich geht der Vortrag der Beklagten zur Mangelhaftigkeit schon am Kern des Problems vorbei. Der Mangel wird hierdurch sogar zugestanden, wenn sie behauptet, eine unzulässige Abschaltvorrichtung sei nicht zum Einsatz gekommen, weil die bisherige Motorsteuerung auf dem Prüfstand in den NOx-optimierten Modus 1 (mit einer erhöhten Abgasrückführungsrate) geschaltet, während sich der Motor im normalen Fahrbetrieb im Partikel-optimierten Modus 0 befunden habe. Denn der Prüfstandmodus gibt zwar nicht den realen Fahrbetrieb wieder, die Motorsteuerung muss aber jedenfalls im Wesentlichen identisch wie dort funktionieren (ähnlich LG Bochum, Urteil 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 Prüfstandmodus lassen auch niedrige Werte im realen Fahrbetrieb erwarten und umgekehrt. Die Fahrzeuge müssen die Prüfstandsituation zwar erkennen können und in einen Prüfstandmodus umschalten, damit die Fahrzeugassistenzsysteme nicht falsch reagieren (etwa deshalb, weil sich hier die Hinterräder nicht mitdrehen), der Prüfstandmodus 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 Prüfstandfahrt in einen Modus mit höherer Abgasrückführung und dadurch bedingt geringeren NOx-Werten gebracht (den von der Beklagten sog. Modus 1), wohingegen der Motor im realen Fahrbetrieb (dem von der Beklagten sog. Modus 0) eine geringere Abgasrückführung und damit höhere NOx-Werte aufwies. Da nur die Prüfstandfahrt Grundlage der EG-Typengenehmigung ist und nur dessen 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, Urteil v. 16.03.2016 - 2 O 425/15). 29

2. 30

Dem Rücktritt des Klägers steht nicht entgegen, dass sie der Beklagten nur eine kurze 31

Frist zur Nacherfüllung nach § 323 Abs. 1 BGB gesetzt hat. Denn eine Fristsetzung wäre gem. § 440 Satz 1 Mod. 3 BGB wegen Unzumutbarkeit vollständig entbehrlich gewesen (a.A. LG Frankenthal, Urteil v. 12.05.2016 - 8 O 208/15).

Für die Beurteilung, ob die Nacherfüllung für den Käufer unzumutbar ist, sind alle Umstände des Einzelfalles zu berücksichtigen, insbesondere die Zuverlässigkeit des Verkäufers (vgl. BT-Drucks. 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, 2014, § 440 Rdn. 23 f.).

a. 33

Die Nachbesserung war dem Kläger schon deshalb unzumutbar, weil er die begründete Befürchtung hegen durfte, dass das beabsichtigte Software-Update entweder nicht erfolgreich sein oder zu Folgemängeln führen würde. 34

Es war vorliegend zum Zeitpunkt des Rücktritts, auf den allein abzustellen ist (BGH, Urteil v. 15.06.2011 - VIII ZR 139/09), nicht auszuschließen, dass die Beseitigung der Manipulations-Software 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 dahingehend 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 KBA kam erst am 27.05.2016 - also 3 Monate nach Rücktrittserklärung - zu dem Ergebnis, dass Folgemängel nicht zu befürchten seien. 35

Der berechnete 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, BGB, 75. Aufl., § 440 Rdn. 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 sog. Montagsautos anerkannt (vgl. BGH, Urteil v. 23.01.2013 - VIII ZR 140/12 Rdn. 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 36

Mangelverdacht ergibt sich aus plausiblen Überlegungen, die auf tatsächlichen Annahmen beruhen und die die Beklagte - jedenfalls zum Zeitpunkt des Rücktritts - nicht widerlegt hat.

b. 37

Es war für den Kläger auch zeitlich unzumutbar, auf die Nacherfüllung zu warten (ähnlich LG Lüneburg, Urteil vom 02.06.2016 - 4 O 3/16). 38

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 Abs. 1 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 Software-Update bis dahin nicht zur Verfügung stand. Auch wenn sie hierbei auf die Unterstützung des Herstellers und die Freigabe durch das KBA 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 Software-Updates 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. 39

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 ca. 1 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. 40

Die (zeitlichen) Probleme auf Herstellerseite bei der Entwicklung des Software-Updates 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. 41

Für eine zeitliche Unzumutbarkeit spricht schließlich auch der Sinn und Zweck der 42

Frist: Sie soll den Schuldner in die Lage versetzen, seine Leistung zu vollenden und nicht mit ihr zu beginnen (vgl. MünchKommBGB-Ernst, 7. Aufl. § 323 Rdn. 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. 43

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. 44

In der Rechtsprechung des Bundegerichtshofes ist es 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, Urteil v. 10.03.2010 - VIII ZR 182/08 Rdn. 19/20). 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 EA 189 und dessen 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. 45

Die erwähnte Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes 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. 46

Auch wenn das Software-Update von der Beklagten auf den Wagen des Klägers 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. 47

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 ihm nicht zur Erfüllung seiner Verbindlichkeiten bedient. Das ist bei der Beklagten entscheidend anders. Audi ist in 48

Bezug auf das Software-Update Erfüllungsgehilfe der Beklagte im Sinne 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 arglistigem Verhalten 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 neuen Enthüllungen über das Ausmaß des Skandals ist nachvollziehbar, dass der Kläger 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 der Kläger 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 Software-Update als bloße Kulanzmaßnahme hinstellen will.

49

Die Nachbesserung wird für den Kläger nicht deshalb zumutbar, weil das KBA das Software-Update 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 KBA aber schon nicht zur Vertrauensbildung geeignet, weil das KBA bei der ursprünglichen Typengenehmigung des Wagens versagt hat, indem es die manipulierende Software nicht erkannt hat. Auch später ist das KBA 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 KBA allein auf öffentlich-rechtliche Belange hin erteilt worden sein (die Abgasvorschriften), aus ihr ergibt sich jedenfalls nicht, ob und ggf. inwieweit ein Fahrzeug mit dem Software-Update von dem kaufrechtlich Geschuldeten abweicht.

50

3.

Nach den Umständen des vorliegenden Falles ist im Rahmen der Interessenabwägung auch nicht von einer nur unerheblichen Pflichtverletzung im Sinne § 323 Abs. 5 S. 2 BGB auszugehen, die einen Rücktritt ausschließen würde (ebenso LG Lüneburg, Urteil vom 02.06.2016 - 4 O 3/16; a.A. 16; LG Bochum, Urteil v. 16.03.2016 - 2 O 425/15).

51

52

|   |    |
|---|----|
| 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 Einzelfalles zu würdigen sind (vgl. BGH, Urteil v. 15.06.2011 - VIII ZR 139/09). Für die Beurteilung ist auf den Zeitpunkt der Rücktrittserklärung abzustellen (vgl. BGH, Urteil v. 15.06.2011 - VIII ZR 139/09 Rdn. 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. Beck'scher Online-Kommentar BGB-Schmidt, Stand 01.08.2016, § 323 Rdn. 39).  | 53 |
| Der Bundegerichtshof 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 5 % des Kaufpreises beträgt (vgl. Urteil v. 28.05.2014 - VIII ZR 94/13). Hierbei handelt es sich jedoch nicht um einen starren Grenzwert. Vielmehr hat der Bundesgerichtshof klargestellt, dass die Bestimmung der Erheblichkeitsgrenze unter Heranziehung der Mängelbeseitigungskosten bei einem Prozentsatzes von 5 % des Kaufpreises nur in der Regel gilt (vgl. Urteil v. 28.05.2014 - VIII ZR 94/13 Rdn. 38). Demnach ist also weiterhin eine flexible und den Umständen des Einzelfalles gerecht werdende Handhabung der Erheblichkeitsschwelle angezeigt. Eine schematische Betrachtung verbietet sich. | 54 |
| a.  | 55 |
| 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 Software-Updates samt Arbeitskosten belaufen sich nach Behauptung der Beklagten auf ca. 100,00 €. Das Verhältnis zum Kaufpreis von 44.200,00 € betrage demnach ca. 0,25 %.  | 56 |
| b.  | 57 |
| Aus der Sicht des Klägers 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 dem Kläger trotz des damals schon angekündigten (aber noch nicht genehmigten) Software-Updates 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.   | 58 |
| c.  | 59 |
| Abgesehen davon nimmt allein der Umstand, dass der Kläger auf die Nacherfüllung praktisch nicht verzichten könnte, sondern im Rahmen der mit dem KBA ausgearbeiteten Rückrufaktion des Herstellers dazu verpflichtet wäre, das Software-Update aufspielen zu lassen, um die Zulassung des Fahrzeuges zukünftig nicht zu gefährden, dem Mangel den Anschein der Unerheblichkeit (vgl. auch LG München,   | 60 |

Urteil 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. 61

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. 63

Schließlich ist zu bedenken, dass der Vertrauensverlust, der die konkrete Nachbesserung mit dem Software-Update 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. 65

Aufgrund des wirksamen Rücktritts sind gemäß § 346 Abs. 1 BGB die empfangenen Leistungen zurück zu gewähren. Die Beklagte hat den Kaufpreis zu erstatten und erhält neben dem Wagen auch die durch Fahrleistung eingetretene Wertminderung des Kfz ersetzt (§ 346 Abs. 2 Nr. 1 BGB). Auf den zurückzuerstattenden Kaufpreis in Höhe von 44.200,00 € 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 Fahrzeuges auf mindestens 250.000 km (vgl. OLG Düsseldorf, NJW-RR 2008, 1199). Für den Gebrauchsvorteil (Bruttokaufpreis x gefahrene KM ÷ Gesamtlaufleistung) muss er daher einen Nutzungsersatz von 4.923,88 € leisten. Mithin besteht ein Anspruch auf Zahlung i.H.v. 39.276,12 € Zug-um-Zug gegen Rückgabe des Kfz.

II. 67

Der Zinsanspruch folgt aus §§ 286, 288 Abs. 1 BGB. 68

III. 69

Ferner hat der Kläger einen Anspruch auf Feststellung des Annahmeverzugs der Beklagten. Diese war wegen der verweigerten Rückgabe und Rückübereignung des streitgegenständlichen Kfz gem. §§ 298, 293 BGB in Verzug. Der Kläger hat der 70

Beklagten mit Schreiben vom 04.01.2016 unter Fristsetzung bis zum 27.01.2016 den Pkw ordnungsgemäß abholbereit angeboten. Das nach § 256 ZPO erforderliche Feststellungsinteresse des Klägers besteht, weil die Feststellung der erleichterten Vollstreckung des geltend gemachten Leistungsanspruchs dient und hierzu erforderlich ist, siehe § 756 ZPO (vgl. BGH, Urteil v. 13.12.2001 - VII ZR 27/00 Rdn. 27).

|   |    |
|---|----|
| IV.   | 71 |
| Dem Kläger steht der geltend gemachte Anspruch auf Rückerstattung außergerichtlichen Rechtsanwaltskosten i.H.v. 1.706,94 € als Verzugsschaden nach §§ 286, 288 BGB nicht zu. Das Anwaltsschreiben vom 04.01.2016 hat den Verzug der Beklagten erst begründet. Eine andere Anspruchsgrundlage ist nicht ersichtlich. | 72 |
| V.  | 73 |
| Die Kostenentscheidung folgt aus § 92 Abs. 2 Nr. 1 ZPO. Die Entscheidung über die vorläufige Vollstreckbarkeit beruht auf § 709 ZPO.  | 74 |
| Der Streitwert wird auf 40.096,77 € festgesetzt.  | 75 |

---