

**Abschrift**

I-2 O 254/16



Verkündet am 24.03.2017

Hellmann, Justizsekretärin  
als Urkundsbeamtin der  
Geschäftsstelle

**Landgericht Arnsberg**

**IM NAMEN DES VOLKES**

**Urteil**

In dem Rechtsstreit

Klägerin,

Prozessbevollmächtigte:

Rechtsanwälte Dr. Lehnen & Sinnig  
Rechtsanwälte PartG mbB, Max-Planck-  
Straße 22, 54296 Trier,

g e g e n

Beklagte,

Prozessbevollmächtigte:

e

hat das Landgericht - 2. Zivilkammer - Arnsberg  
aufgrund mündlicher Verhandlung vom 03.03.2017  
durch den Vizepräsidenten des Landgerichts , den Richter am Landgericht Dr.  
, und die Richterin S

**für Recht erkannt:**

Die Beklagte wird verurteilt,

an die Klägerin 23.063,01 Euro nebst Zinsen hieraus in Höhe von 5 Prozentpunkten  
über dem jeweiligen Basiszinssatz seit dem 09.02.2016 abzüglich eines  
Nutzungersatzes für gefahrene 27.400 km in Höhe von 2.527,70 € zu zahlen, Zug

2

um Zug gegen Übereignung des Pkw VW Caddy, Baujahr 2015 mit der Fahrzeugidentifikationsnummer WV. ....

es wird festgestellt, dass sich die Beklagte mit der Annahme des oben genannten Pkws in Verzug befindet;

im Übrigen wird die Klage abgewiesen.

Die Kosten des Rechtsstreits werden der Beklagten auferlegt.

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

#### **Tatbestand:**

Die Klägerin begehrt primär die Rückabwicklung eines mit der Beklagten als Vertragshändlerin der Volkswagen AG geschlossenen Autokaufs.

Im Januar 2015 erwarb die Klägerin von der Beklagten den aus dem Tenor ersichtlichen VW Caddy als Neuwagen zu einem Kaufpreis von 23.063,01 €. Die Klägerin erhielt das Fahrzeug und zahlte den vollständigen Kaufpreis.

In dem streitgegenständlichen Fahrzeug ist der Dieselmotor des Motortyps EA 189 mit 1,6 Liter Hubraum verbaut, der im Zusammenhang mit dem sog. VW-Abgasproblematik steht. In dem Fahrzeug ist eine Software installiert, die erkennt, wann sich das Fahrzeug im Prüfstand zur Ermittlung der Emissionswerte befindet. In diesem synthetischen Fahrzyklus (NEFZ) werden dann, anders als im realen Fahrbetrieb, Prozesse aktiv, die zu einer erhöhten Abgasrückführung führen und dadurch weniger Stickoxide (NOx) ausgestoßen werden.

Im September 2015 wurde der Einbau dieser Software öffentlich bekannt. Im Oktober 2015 machte das Kraftfahrtbundesamt (nachfolgend: KBA) die für das Fahrzeug zuvor erteilte EG-Typengenehmigung von der Umsetzung eines konkreten Zeit- und Maßnahmeplans abhängig und verpflichtete die Volkswagen AG die „unzulässige

Abschalteinrichtung“ zu entfernen und den Nachweis zu führen, dass nach Entfernen der unzulässigen Abschalteinrichtung alle technischen Anforderungen der relevanten Einzelrechtsakte der Richtlinie 2007/46/EG erfüllt werden und die geplante Änderung geeignet ist, die Vorschriftsmäßigkeit der Fahrzeuge herzustellen.

Mit anwaltlichem Schreiben ihrer Prozessbevollmächtigten vom 08.12.2015 forderte die Klägerin die Beklagte unter Fristsetzung bis zum 15.01.2016 zur Nachlieferung, hilfsweise zur Nachbesserung auf.

Mit Schreiben vom 21.12.2015 teilte die Beklagte der Klägerin mit, dass vor dem Hintergrund eines bereits geplanten Maßnahmeplans, der vorsehe, dass die notwendigen technischen Lösungen entwickelt werden, der Austausch des Fahrzeugs nicht möglich sei.

Die Klägerin erklärte mit Schreiben vom 22.01.2016 den Rücktritt vom Kaufvertrag und forderte die Beklagte auf, ihr den gezahlten Kaufpreis abzüglich eines Nutzungersatzes für die bis dahin gefahrenen Kilometer zu erstatten und das Fahrzeug bis zum 08.02.2016 am Wohnsitz der Klägerin abzuholen.

Mit anwaltlichem Schreiben der Beklagten vom 26.01.2016 wies sie einen Anspruch auf Rückabwicklung zurück.

Die Klägerin ist der Ansicht, dass streitgegenständliche Fahrzeug sei mangelhaft; die gesetzte Frist von einem Monat sei angemessen, eine Fristsetzung wäre auch entbehrlich, da die Nachbesserung unmöglich und unzumutbar sei und die Nachlieferung abgelehnt wurde; auch handle es sich um einen erheblichen Mangel, wobei auch das arglistige Verhalten der Volkswagen AG zu berücksichtigen sei, welches sich die Beklagte als Vertragshändlerin zuzurechnen habe.

Die Klägerin beantragt,

1. die Beklagte zu verurteilen, an sie 23.063,01 Euro nebst Zinsen hieraus in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem jeweiligen Basiszinssatz seit dem 09.02.2016 abzüglich eines angemessenen Nutzungersatzes für gefahrene 27.400 km zu zahlen, Zug um Zug gegen Übereignung des Pkw VW Caddy, Baujahr 2015 mit der Fahrzeugidentifikationsnummer

4

2. Festzustellen, dass sich die Beklagte mit der Rücknahme des im Antrag zu 1. genannten Pkws in Verzug befindet.
  
3. Die Beklagte zu verurteilen, sie von außergerichtlichen Rechtsanwaltskosten i.H.v. 1.899,24 Euro freizustellen.

Die Beklagte beantragt,  
die Klage abzuweisen.

Die Beklagte meint, dem Kläger stünde mangels Vorliegens eines Mangels schon kein Rücktrittsrecht zu, da das Fahrzeug die für die EG-Typengenehmigung vorausgesetzten Emissionsgrenzwerte im wie vom Gesetzgeber vorgesehenen synthetischen Fahrzyklus einhalte, technisch sicher und in seiner Fahrbereitschaft nicht eingeschränkt sei und über alle erforderlichen Genehmigungen, insbesondere der EG-Typengenehmigung verfüge und nach wie vor als Fahrzeug der Abgasnorm EU5 zu klassifizieren sei; auch bei Vorliegen eines Mangels wäre dieser jedenfalls aus den o.g. Gründen und deshalb unerheblich, weil er durch das Aufspielen eines Software-Updates und den Einbau des Strömungsgleichrichters mit einem Kostenaufwand von weniger als 100,00 € und einem Zeitaufwand von unter einer Stunde ohne negative Folgen behebbar sei und ein Wertverlust weder eingetreten, noch zu erwarten sei; hierzu behauptet die Beklagte, dass das KBA für das streitgegenständliche Fahrzeug mit Bescheid vom 21.11.2016 bestätigt habe, dass eine Überarbeitung ohne negative Auswirkungen möglich sei. Ferner meint die Beklagte, es fehle an einer für den Rücktritt erforderlichen angemessenen Fristsetzung zur Nacherfüllung.

#### **Entscheidungsgründe:**

I. Die zulässige Klage ist aus dem Tenor ersichtlichen Teil begründet, und im Übrigen unbegründet.

1. Der Klägerin steht gegenüber der Beklagten ein Zahlungsanspruch in der aus dem Tenor ersichtlichen Höhe aus §§ 346 Abs.1, 437 Nr. 2, 323 Abs.1, Abs.2 Nr. 2, 440 S.1 Var. 3, 348, 320 BGB zu.

a.) Nach § 346 Abs.1 BGB sind im Falle des Rücktritts die empfangenen Leistungen zurückzugewähren und die gezogenen Nutzungen herauszugeben, wenn dem Erklärenden ein vertragliches oder gesetzliches Rücktrittsrecht zusteht. Diese Voraussetzungen liegen vor.

aa.) Mit Schreiben vom 21.12.2015 hat die Klägerin der Beklagten gegenüber den Rücktritt erklärt.

bb.) Das Rücktrittsrecht folgt aus §§ 437 Nr.2, 433 Abs.1, 434 Abs.1 S.2 Nr.2, 323 Abs.1, 326 Abs.5, 440 S.1 Var. 3 BGB.

(1) Das Fahrzeug war im Zeitpunkt der Übergabe mangelhaft im Sinne des § 434 Abs.1 BGB, da es jedenfalls nicht die Beschaffenheit auswies, die bei Sachen gleicher Art üblich ist und die der Käufer nach der Art der Sache gemäß § 434 Abs.1 S.2 Nr.2 Var.2 BGB erwarten kann. Welche Beschaffenheit des Kaufgegenstandes ein Käufer anhand der Art der Sache im Sinne von § 434 Abs.1 S.2 Nr.2 erwarten kann, bestimmt sich nach dem Empfängerhorizont eines Durchschnittskäufers und damit nach der objektiv berechtigten Käufererwartung.

Das Fahrzeug entspricht diesen objektiv berechtigten Erwartungen nicht. Die eingebaute Software erkennt, wann sich das Fahrzeug im Testzyklus befindet und aktiviert während dieser Testphase einen Abgasrückführungsprozess, der zu einem geringeren Stickoxidausstoß führt. Das streitgegenständliche Fahrzeug täuscht mithin im Prüfstand einen niedrigeren Stickoxidausstoß vor, als er im Fahrbetrieb entsteht. Ein Durchschnittskäufer darf erwarten, dass die in der Testphase laufenden stickoxidverringernenden Prozesse auch im realen Fahrbetrieb aktiv bleiben und nicht durch den Einsatz einer Software deaktiviert bzw. nur im Testzyklus aktiviert werden. Andernfalls wäre die staatliche Regulierung zulässiger Stickoxidausstoßgrenzen – wenn auch nur unter Laborbedingungen – Makulatur (vgl. u.a. OLG Hamm, Beschl. v. 21.06.2016, Az.: 28 W 14/16; OLG Celle, Beschl. v. 30.06.2016, Az.: 7 W 26/16; LG Aachen, Urte. v. 06.12.2016, Az. 10 O 146/16; LG Münster, Urte. v. 14.03.2016, Az. 11 O 341/15; LG Oldenburg, Urte. v. 01. 09.2016, Az.: 16 O 790/16; LG München II, Urte. v. 15.11. 2016, Az.:12 O 1482/16; LG Dortmund, Urte. v.

31.10.2016, Az.: 7 O 349/15; LG Hagen, Urte. v. 18.10.2016, Az.: 3 O 66/16, LG Paderborn, Urte. v. 17.05.2016, Az.: 2 O 381/15).

(2) Die Klägerin hat der Beklagten eine Frist zur Nacherfüllung gesetzt. Ob die gesetzte Frist angemessen war, braucht nicht entschieden zu werden da eine solche jedenfalls entbehrlich war.

Die Nachlieferung wurde seitens der Beklagten mit Schreiben vom 21.12.2015 abgelehnt. Damit hat die Beklagte zum Ausdruck gebracht, dass für sie eine Nachlieferung ernsthaft und endgültig nicht in Betracht komme. Die Klägerin musste sich auch nicht auf eine Nachbesserung verweisen lassen, weil ihr eine solche nicht zumutbar war gemäß 440 S.1 Var.3 BGB.

Aus der gem. § 440 Satz 1 BGB allein maßgeblichen Käuferperspektive („wenn die dem Käufer zustehende Art der Nacherfüllung (...) ihm unzumutbar ist“), war es für die klagende Partei zum Rücktrittszeitpunkt unzumutbar, sich auf eine Nachbesserung mit ungewisser Dauer einzulassen (vgl. etwa LG Krefeld, Urteil vom 14.09.2016 – 2 O 72/16; LG Bückeburg, Urteil vom 11.01.2017 – 2 O 39/16; LG Dortmund, Urteil vom 29.09.2016 – 25 O 49/16; vgl. letztlich auch LG Hagen, Urteil vom 12.10.2016 – 4 O 202/16). Im Einzelnen:

(a) Eine Nachbesserung hat grundsätzlich innerhalb einer „angemessenen Frist“ zu erfolgen. Diese zeitliche Grenze ist auf die hier maßgebliche Problematik aber nicht zugeschnitten. Die Angemessenheit einer Frist ist nach objektiven Kriterien zu beurteilen (BGH, Urte. v. 21.06.1985, Az.: V ZR 134/84). Maßgeblich ist, dass dem Verkäufer eine zeitliche Grenze gesetzt wird, die aufgrund der jeweiligen Umstände des Einzelfalls bestimmbar ist und ihm vor Augen führt, dass er die Nachbesserung nicht zu einem beliebigen Zeitpunkt bewirken darf (vgl. BGH, Urteil vom 13.07.2016 – VIII ZR 49/15). Abweichend davon war hier zum Rücktrittszeitpunkt auch nicht für das Gericht bestimmbar, wie viel Zeit die Nachbesserung in Anspruch nehmen wird. Die Nachbesserung ist an ein behördliches Genehmigungsverfahren gebunden. Die Dauer und auch der Ausgang dieses Verfahrens standen nicht fest. So heißt es auch in dem Schreiben der Beklagten vom 23.02.2016 lediglich unverbindlich und vage:

„Der aktuelle Zeitplan sieht vor, dass die ersten Fahrzeuge ab Januar 2016 auf den erforderlichen technischen Stand gebracht werden. (...) Bis zur konkreten Durchführung der Maßnahmen möchten wir (...) um Geduld und (...) Verständnis

dafür bitten, dass wir alle notwendigen Schritte mit dem gebotenen Tempo, aber auch mit der Sorgfalt angehen, die Ihre Mandantschaft jetzt von uns erwarten darf.“

Ein Fristenlauf ist unter diesen Voraussetzungen Makulatur: Weder kann die Nachbesserung zeitlich beschleunigt werden, noch kann der Käufer absehen, wie lange er sich gedulden muss. Dies kann nicht zu Lasten des Käufers gehen.

(b) Ein Nachbesserungsrecht, das ex-ante zeitlich nicht begrenzt werden kann, ist systemfremd und widerspricht europarechtlichen Wertungsvorgaben.

Ausweislich des Erwägungsgrundes 52 der Verbraucherrechterichtlinie (Richtlinie 2011/83/EU) hat der Unternehmer vorbehaltlich abweichender Vereinbarungen die Ware so bald wie möglich und in jedem Fall spätestens binnen 30 Tagen nach Abschluss des Vertrags zu liefern. Diese Vorgabe setzt § 476 Abs. 3 Satz 2 BGB um. Durch die Höchstfrist soll Rechtssicherheit geschaffen werden (vgl. die Regierungsbegründung, BT-Drs. 17/12637, 69: „Wie der Erwägungsgrund 51 der Richtlinie zeigt, soll Artikel 18 Absatz 1 dem Verbraucher Rechtssicherheit über den Zeitpunkt der Lieferung der Sache nach einem Kauf verschaffen“). Diese Wertungsvorgabe wird unterlaufen, wenn für den Unternehmer im Rahmen der Nachbesserung keine zeitlichen Grenzen gelten. Dies berücksichtigt letztlich auch § 308 Nr. 2 BGB.

Ein zeitlich nicht bestimmbarer Fristenlauf würde im Übrigen auch gegen anerkannte Auslegungsvorgaben zur Konkretisierung der Angemessenheit einer Frist verstoßen. Eine

„Nachfrist (...) braucht nicht so lang zu sein, dass der Schuldner Gelegenheit hat, innerhalb der Frist seine Leistung vorzubereiten. Vielmehr ist voranzusetzen, dass die Leistung weitgehend fertiggestellt ist und dass der Schuldner lediglich Gelegenheit erhalten soll, seine im Wesentlichen abgeschlossene Leistung vollends zu erbringen“ (BGH, Urteil vom 10-02-1982 – VIII ZR 27/81; vgl. auch OLG Karlsruhe, Urteil vom 24.11.2011 – 9 U 83/11).

Daraus folgt aber auch, dass die Nachbesserungsfrist

„regelmäßig wesentlich kürzer (...) als die vereinbarte Herstellungsfrist“ sein kann (BGH, Urteil vom 18.01.1973 – VII ZR 183/70; vgl. auch Erst, in: Münchener Kommentar zum BGB, 7. Auflage 2016, § 323 BGB Rn. 74).

Im Gegensatz dazu würde eine Nachbesserung hier genutzt werden, um das betroffene Fahrzeug neu zu entwickeln. Dies zeigt sich schon daran, dass die Nachbesserung einer behördlichen Genehmigung bedarf. Eine Betriebsgenehmigung ist vor dem Verkauf eines Fahrzeugs einzuholen.

(c) Auch aus sonstigen Wertungsgesichtspunkten kann der Klägerin eine Nachbesserung mit ungewisser Dauer nicht zugemutet werden. Die Nachbesserung muss „ohne erhebliche Unannehmlichkeiten für den Verbraucher erfolgen“ (Art. 3 Abs. 3 der Richtlinie 1999/44/EG (Verbrauchsgüterkaufrichtlinie)). Das ist hier nicht der Fall. Die mit einem Zuwarten verbundenen Risiken sind zu hoch, als dass sie dem Käufer aufgebürdet werden könnten:

(aa)

Zum Rücktrittszeitpunkt war letztlich offen, ob eine – für den weiteren Betrieb des Fahrzeugs vorausgesetzte – Nachbesserung überhaupt möglich sein wird. Die Einzelgenehmigung des Kraftfahrtbundesamtes lag nicht vor. Zweifel an einem Nachbesserungserfolg sind jedenfalls unter Berücksichtigung der öffentlichen Diskussion nachvollziehbar.

Zweifel an einem Nachbesserungserfolg sind insbesondere auch vor dem Hintergrund verständlich, dass die von der Volkswagen AG dem KBA vorgeschlagenen technischen Maßnahmen innerhalb kurzer Zeit für eine Vielzahl von betroffenen Fahrzeugen entwickelt worden sind und mit kurzer Werkstattzeit umsetzbar sein sollen. Dann aber stellt sich die Zweifel begünstigende Frage, warum die technischen Lösungen nicht von vornherein implementiert worden sind.

Erschwerend kommt hinzu, dass nach dem gesetzlichen Grundsatz eine Nachbesserung erst nach dem erfolglosen zweiten Versuch als fehlgeschlagen gilt, § 440 S. 2 BGB. Der Käufer müsste also befürchten, dass sich weitere behördliche Verfahren mit ungewisser Dauer anschließen können.

(bb)

Unter Berücksichtigung der öffentlichen Diskussion war auch unklar, ob sich der Marktwert der betroffenen Fahrzeuge nachteilig entwickelt. Gerade der Wert eines



Kraftwagens kann von subjektiven Vorstellungen beeinflusst sein (vgl. BGH, Urteil vom 04.03.1976 - VI ZR 14/75: „Mittelbar aber können auch ästhetische Urteile und selbst irrationale Vorurteile schadensrechtlich erheblich werden, wenn sie sich wegen ihrer allgemeinen Verbreitung zwangsläufig auf den Verkehrswert der Sache, auf die sie sich beziehen, auswirken. Das ist aber bei der allgemeinen besonderen Wertschätzung eines fabrikneuen unfallfreien Kraftwagens der Fall (...“).

Auch im Zusammenhang mit der „130 %-Rechtsprechung“, wonach in Abweichung von dem Wirtschaftlichkeitsgebot des § 249 Abs. 2 Satz 1 BGB Ersatz des Reparaturaufwands bis zu 30 % über dem Wiederbeschaffungswert des Fahrzeugs verlangt werden kann (vgl. etwa BGH, Urteil vom 02.06.2015 – VI ZR 387/14), ist anerkannt, dass der Vertrautheit mit einem Fahrzeug (vgl. BGH, Urteil vom 15.10.1991 – VI ZR 314/90) und dem Wissen um den Zustand des Fahrzeugs, insbesondere auch das Wissen darum, „ob und welche Mängel dabei aufgetreten und auf welche Weise sie behoben worden sind“, „ein wirtschaftlicher Wert zukommt“ (BGH, Urteil vom 15.02.2005, Az.: VI ZR 70/04). Dies begründet die naheliegende Möglichkeit, dass jedenfalls vor der Freigabeerklärung des Kraftfahrtbundesamts ein Wertverlust zu besorgen ist. Zuvor ist gerade nicht bekannt, ob und wie der Mangel behoben werden kann. Dabei handelt es sich auch nicht um eine Bagatelle – die Zulassung ist an die Mangelbeseitigung gebunden. Ist aber jedenfalls während der Nachbesserungszeit ein Wertverlust möglich, ist die klagende Partei in ihrer Dispositionsmöglichkeit erheblich eingeschränkt: Will sie keinen mangelbedingten Verlust erleiden, muss sie mit einem Verkauf des Fahrzeugs warten. Dies gilt erst Recht mit Blick auf den europäischen Markt. Ein Kraftwagen ist ein zentrales Verkehrsgut. Einschränkungen in der Fungibilität mit unbestimmter Dauer sind nicht hinnehmbar.

(cc)

Die naheliegende Möglichkeit eines mangelbedingten Wertverlustes jedenfalls während der Nachbesserungszeit führt im Übrigen auch dazu, dass die klagende Partei das Risiko seiner unfallbedingten Verwirklichung trägt: Erleidet das Fahrzeug etwa einen technischen Totalschaden und kann der Geschädigte nur Ersatz des Wiederbeschaffungswerts verlangen, ist der (mangelbedingt ggf. geminderte) Wert zum Zeitpunkt des schädigenden Ereignisses maßgeblich.

(dd)

Es besteht aber auch der Verdacht, dass das Fahrzeug innerhalb von Deutschland nicht rechtlich gesichert betrieben werden kann bzw. kein Haftpflichtversicherungsschutz besteht. Entsprechende rechtliche Erwägungen sind jedenfalls nicht unvertretbar. So heißt es etwa in dem Urteil des LG München II vom 15.11.2016 – 12 O 1482/16:

„Zu berücksichtigen ist auch, dass die Betriebserlaubnis für den PKW kraft Gesetzes gemäß § 19 Abs. 2 Satz 2 Nr. 3 StVZO erloschen ist. Dass die Behörden an diesen Umstand momentan für Hunderttausende Kraftfahrzeugführer keine Folgen knüpfen, ist für sich genommen für § 19 Abs. 2 Satz 2 Nr. 3 StVZO unerheblich, da die Rechtsfolge kraft Gesetzes eintritt – unabhängig von behördlichen Maßnahmen.“

Dieses rechtliche Risiko kann nicht dem Käufer aufgebürdet werden, zumal ausländische Behörden von der hiesigen Verwaltungspraxis abweichen können.

cc.) Das Rücktrittsrecht war auch nicht gemäß § 323 Abs.5 S.2 BGB ausgeschlossen. Danach kann der Gläubiger vom Vertrag nicht zurücktreten, wenn der Schuldner die Leistung nicht vertragsgemäß bewirkt hat und die Pflichtverletzung unerheblich ist.

Nach umfassender Interessenabwägung auf der Grundlage der Umstände dieses Einzelfalls handelt es sich vorliegend um einen erheblichen Mangel.

Für die Frage der Erheblichkeit der Pflichtverletzung im Sinne des § 323 Abs. 5 Satz 2 BGB ist nach höchstrichterlicher Rechtsprechung bei behebbaren Mängeln zwar grundsätzlich im Rahmen dieser Interessenabwägung maßgeblich auf die Kosten der Mängelbeseitigung im Zeitpunkt der Rücktrittserklärung abzustellen. Ist aber im Zeitpunkt der Rücktrittserklärung der Mangel nicht oder nur mit hohen Kosten behebbar oder die Mangelursache ungeklärt, kommt es entscheidend auf das Ausmaß der Funktionsbeeinträchtigung an (vgl. BGH, Urteil vom 29. Juni 2011 -VIII ZR 202/10-; BGH, Urteil vom 6. Februar 2013 - VIII ZR 374/11 - BGH, Urteil vom 26.10.2016 – VIII ZR 240/15; BGH, Urteil vom 15. Juni 2011 - VIII ZR 139/09). Eine vergleichbare Interessenlage liegt hier vor. Im Januar 2016 standen -wenn auch nur mangels Freigabe durch das KBA - noch keine Servicemaßnahmen zur technischen Überarbeitung zur Verfügung. Somit kommt es vorliegend, für die Beurteilung der Erheblichkeit der Pflichtverletzung, maßgeblich auf die Beeinträchtigung der Funktionsfähigkeit des Fahrzeugs an. Zwar war das Fahrzeug technisch

funktionsfähig. Die Funktionsfähigkeit des Fahrzeugs war aber deshalb in erheblicher Weise beeinträchtigt, weil das KBA die zunächst vorbehaltlos gewährte Typengenehmigung aufgrund der eingebauten Software an Bedingungen geknüpft hat. Dies führte jedenfalls mittelbar zu der konkreten Gefahr, dass das Fahrzeug seine Zulassungsfähigkeit und damit seine Funktion als Fortbewegungsmittel im Straßenverkehr gänzlich verlieren könnte. Dieses durch den Einbau der Software begründete, die Kernfunktion des Kaufgegenstandes betreffende Risiko, muss der Käufer nicht nach § 323 Abs. 5 S.2 BGB hinnehmen, ohne sich vom Vertrag lösen zu können.

b.) Die sich aus dem Rücktritt ergebenden Pflichten sind gemäß §§ 348, 320 Abs.1 BGB Zug um Zug zu erfüllen. Insofern steht der Beklagten ihrerseits ein Anspruch auf Übergabe und Übereignung des Fahrzeugs und ein entsprechender Wertersatz für die tatsächliche Nutzung des Fahrzeugs gemäß § 346 Abs.1, Abs.2 BGB gegen Rückgabe des gezahlten Kaufpreises nebst gezogener Nutzungen zu. Vor dem Hintergrund der tatsächlichen Laufleistung ist nach den Grundsätzen der kilometeranteiligen linearen Wertminderung der Nutzungsersatz wie folgt zu berechnen:  $\text{Bruttokaufpreis} \times \frac{\text{gefahrte km}}{\text{Gesamtlaufleistung}}$ , wobei das Gericht die zu erwartende Gesamtlaufleistung gemäß § 287 ZPO auf 250.000 km schätzt. Dies ergibt bei einem Wertersatzanspruch i.H.v. 2.527,70 €.

c.) Der Zinsanspruch folgt aus §§ 288 Abs.1, 286 Abs.1 BGB. Spätestens zum 09.02.2016 befand sich die Beklagte mit der Rückzahlung des Kaufpreises in Verzug. Die Beklagte war, wie oben ausgeführt, zur Rückzahlung des Kaufpreises gemäß § 346 Abs.1 BGB verpflichtet. Dem Anspruch steht auch nicht die Einrede des § 320 Abs.1 BGB entgegen, welche über § 348 S.2 BGB auch im Rückgewährschuldverhältnis Anwendung findet. Zwar kann der Schuldner danach eine ihm obliegende Verpflichtung bis zur Bewirkung der Gegenleistung verweigern, jedoch nur, wenn er seinerseits bereit ist, die ihm obliegende Leistung zu erbringen. Die Beklagte hat mit Schreiben vom 26.01.2016 die Rücknahme des Fahrzeugs abgelehnt und dadurch zum Ausdruck gebracht, zur Rückerstattung des Kaufpreises nicht bereit zu sein.

2. Die Beklagte befindet sich mit der Annahme des Fahrzeugs in Verzug gemäß § 293 BGB. Die Klägerin hat die Beklagte mit Schreiben vom 22.01.2016 aufgefordert, das Fahrzeug abzuholen und der Klägerin den Kaufpreis abzüglich eines Nutzungersatzes zu erstatten. Dieses wörtliche Angebot war gemäß § 295 S.1 BGB ausreichend, da die Beklagte im Rahmen des Rückgewährschuldverhältnisses als Gläubigerin das Fahrzeug bei der Klägerin als Schuldnerin gemäß § 269 Abs.1 BGB abzuholen hat.

3. Soweit die Klägerin die Freistellung vorgerichtlicher Rechtsanwaltskosten begehrt, war dem nicht stattzugeben.

Ein dahingehender Schadensersatzanspruch steht der Klägerin nicht zu.

Ein solcher ergibt sich weder aus vorvertraglicher Pflichtverletzung gemäß §§ 311 Abs.2, 241 Abs.2 BGB noch aus § 280 Abs.1 BGB.

a.) Sofern die Klägerin meint, vorliegend seien die Grundsätze der Prospekthaftung anwendbar, ist dem nicht zuzustimmen. Das mit einer Kapitalanlage verbundene wirtschaftliche Risiko ist mit dem Kauf eines Fahrzeugs nicht vergleichbar und der Käufer deshalb nicht in besonderen Maße schutzbedürftig. Das Vertrauen des Käufers in die Richtigkeit und Vollständigkeit der Angaben im Prospekt ist ausreichend über § 434 Abs.2 S.3 BGB geschützt.

b.) Ein Schadensersatz aufgrund Verzugs gemäß §§ 280 Abs.1, Abs.2, 286 Abs.1 BGB kommt deshalb nicht in Betracht, weil die Prozessbevollmächtigten der Klägerin ausweislich des Schreibens vom 08.12.2015 bereits vor der verzugsbegründenden Mahnung beauftragt waren.

c.) Ein Schadensersatzanspruch aus § 280 Abs.1 BGB scheitert am erforderlichen Verschulden der Beklagten. Zwar hat die Beklagte ihre Pflicht aus § 433 Abs.1 S.2 BGB verletzt, der Klägerin das Fahrzeug frei von Sach- und Rechtsmängeln zu verschaffen. Der Beklagten ist diese Pflichtverletzung aber nicht vorwerfbar im Sinne des § 276 Abs.1 BGB. Der Einsatz der Software war der Beklagten nicht bekannt. Der Einbau der Software ist über Jahre hinweg nicht bekannt geworden. Das KBA verfügt bislang nicht über die technischen Möglichkeiten, die Fahrzeuge im synthetischen Fahrzyklus selbst zu testen, sondern bedient sich diesbezüglich der Hilfe Dritter. Insofern ist die Vermutungsregelung des § 280 Abs.1 S.2 BGB mangels gegenteiliger Anhaltspunkte widerlegt. Der Einsatz der Software war der Beklagten nicht bekannt. Sie muss sich insbesondere auch als Vertragshändlerin etwaige

Kenntnisse der Volkswagen AG nicht zurechnen lassen. Die Zurechnung fremden Wissens ist gemäß § 278 S.1 BGB dann gerechtfertigt, wenn sich der Schuldner bei der Erfüllung einer ihm obliegenden Verbindlichkeit der Hilfe eines Dritten bedient. Diese Voraussetzungen sind vorliegend nicht erfüllt. Der Verkäufer schuldet im Rahmen eines Kaufvertrages nicht die Herstellung, sondern die Lieferung einer mangelfreien Sache, § 433 Abs.1 S.2 BGB. Die Volkswagen AG wird im Rahmen der Herstellung der Fahrzeuge nicht im Pflichtenkreis der Beklagten tätig.

II. Die prozessualen Nebenentscheidungen beruhen auf §§ 92 Abs.2 Nr.1, 709 ZPO.

Die Verlustquote der Klägerin ist bei einem Streitwert von 24.982,00 € verhältnismäßig gering und hat keine höheren Kosten veranlasst, sodass aufgrund des überwiegenden Obsiegens der Klägerin eine vollständige Kostentragungspflicht der Beklagten angemessen erscheint.

Der Streitwert wird auf 24.982,00 EUR festgesetzt.

**Rechtsbehelfsbelehrung:**