

# Landgericht Arnsberg

## IM NAMEN DES VOLKES

### URTEIL

§§ 123; 346; 434 BGB

- 1. 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.**
- 2. Ein betroffenes Fahrzeugtäuscht 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.**
- 3. Ein solches Fahrzeug entspricht den objektiv berechtigten Erwartungen nicht, und ist deshalb mangelhaft im Sinne des § 434. Der Käufer kann Rücknahme des Fahrzeuges und Rückgabe des Kaufpreises vom Verkäufer verlangen.**

LG Arnsberg, Urteil vom 24.03.2017; Az.: 2 O 234/16

#### **Tenor:**

Die Beklagte zu 1.) wird verurteilt, an den Kläger 18.980,00 € nebst Zinsen hieraus in Höhe von 5%-Punkten über dem jeweiligen Basiszinssatz seit dem 01.03.2016 abzüglich eines Nutzungersatzes in Höhe von 6.941,45 € zu zahlen, Zug-um-Zug gegen Übereignung und Herausgabe des A, FIN: #####; es wird festgestellt, dass sich die Beklagte mit der Annahme des oben genannten Pkws in Verzug befindet; im Übrigen wird die Klage gegen die Beklagte zu 1.) abgewiesen. Eine Kostenentscheidung bleibt dem Schlussurteil vorbehalten. Das Urteil ist gegen Sicherheitsleistung in Höhe von 21.000,00 € vorläufig vollstreckbar.

#### **Tatbestand:**

Der Kläger wendet sich gegen die Beklagte zu 1.) als Verkäuferin und gegen die Beklagte zu 2.) als Herstellerin des aus dem Tenor ersichtlichen Pkws.

Am 02.01.2012 bestellte der Kläger bei der Beklagte zu 1.) als Vertragshändlerin der Beklagten zu 2.) den streitgegenständlichen A als Gebrauchtwagen zu einem Kaufpreis von 18.980,00 € und mit einem Kilometerstand von 9.625 km. Der Kläger überwies den Kaufpreis auf das Konto der Beklagten zu 1.). Das Fahrzeug wurde ihm am 11.01.2012 übergeben.

In dem streitgegenständlichen Fahrzeug ist der Dieselmotor des Motortyps B# mit 1,6 Liter Hubraum verbaut, der im Zusammenhang mit der sog. F1-Abgasproblematik steht. In dem Fahrzeug ist eine Software installiert, die erkannt,

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 Maßnahmenplans abhängig und verpflichtete die F1 AG die „unzulässige Abschaltvorrichtung“ zu entfernen und den Nachweis zu führen, dass nach Entfernen der unzulässigen Abschaltvorrichtung 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 seiner Prozessbevollmächtigten vom 15.02.2016 erklärte der Kläger gegenüber der Beklagten zu 1.) die Anfechtung des Kaufvertrages, hilfsweise erklärte er den Rücktritt vom Kaufvertrag und forderte zur Rückabwicklung bis zum 29.02.2016 auf.

Mit anwaltlichem Schreiben vom 15.03.2016 wies die Beklagte zu 1.) darauf hin, dass die Fahrzeuge in keinsten Weise in ihrer Einsatzfähigkeit betroffen seien und der Hersteller bereits mehrfach mitgeteilt habe, dass notwendige Maßnahmen durchgeführt werden und sich die Beklagte zu 1.) mit der Klägerin unmittelbar in Verbindung setze, wenn die Maßnahmen durchgeführt werden. Sie teilte ferner mit, das Schreiben der Klägerin an die Beklagte zu 2.) weitergeleitet zu haben.

Der Kläger ist der Ansicht, ihm stünden gegen die Beklagte zu 2.) Schadensersatzansprüche aus vorvertraglicher Pflichtverletzung über die Grundsätze der Prospekthaftung und Deliktsrecht zu. Er meint, die Beklagte zu 2.) habe arglistig getäuscht, betrogen und gegen die guten Sitten verstoßen; hierzu behauptet er, dass neben zahlreichen Führungskräften, leitenden Managern und Ingenieuren auch mehrere Vorstände und der damalige Vorstandsvorsitzende von dem Einbau und dem Einsatz der Software gewusst hätten. Er meint, die Kenntnisse müsse sich die Beklagte zu 1.) als Vertragshändlerin zurechnen lassen; da die Beklagte zu 2.) auch keine Dritte im Sinne des § 123 Abs.2 BGB sei, habe er den Vertrag mit der Beklagten zu 1.) wirksam anfechten können; jedenfalls sei das Fahrzeug erheblich mangelbehaftet und eine Frist zur Nacherfüllung entbehrlich gewesen.

Der Kläger beantragt,

1. die Beklagten zu verurteilen, an ihn € 18.980,00 nebst Zinsen hieraus in Höhe von 5%-Punkten über dem jeweiligen Basiszinssatz seit dem 01.03.2016 zu bezahlen, Zug-um-Zug gegen Übereignung und Herausgabe des A, FIN: #####.
2. Die Beklagten zu 2) zu verurteilen, an ihn Zinsen in Höhe von 4% aus € 18.980,00 vom 03.01.2012 bis zum 29.02.2016 zu bezahlen.
3. Festzustellen, dass sich die Beklagten mit der Rücknahme des im Klageantrag Ziffer 1. genannten PKW in Annahmeverzug befinden.
4. Die Beklagten jeweils getrennt, nicht gesamtschuldnerisch zu verurteilen, ihn von den durch die Beauftragung der Prozessbevollmächtigten entstandenen vorgerichtliche Rechtsanwaltskosten in Höhe von jeweils € 1.059,10 freizustellen.

Die Beklagten beantragen,

die Klage abzuweisen.

Die Beklagte zu 1.) meint, der Kläger habe den Kaufvertrag nicht wirksam anfechten können, noch stünde ihm ein 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 mit einem geringen Kostenaufwand und Zeitaufwand ohne negative Folgen behebbar sei und ein Wertverlust weder eingetreten, noch zu erwarten sei; im Übrigen fehle es an einer für den Rücktritt erforderlichen angemessenen Fristsetzung zur Nacherfüllung; auch müsse sie sich keine etwaigen Kenntnisse der Beklagten zu 2.) zurechnen lassen.

Hilfsweise beruft sich die Beklagte zu 1.) auf ein Leistungsverweigerungsrecht und macht geltend, dass ihr im Falle des wirksamen Rücktritts Nutzungsersatzansprüche zustünden.

Die Beklagte zu 2.) meint, dem Kläger stünden keine Schadensersatzansprüche zu, da sie weder getäuscht, noch sonst unwahre und irreführende Tatsachen bekannt gegeben habe. Sie bestreitet hinsichtlich der Entwicklung und Verwendung der Software etwaige Beteiligungen und Kenntnisse einzelner Vorstandsmitglieder und behauptet, dass nach bisherigem Kenntnisstand die Entscheidung, die Motorsteuerungssoftware zu verändern, von Mitarbeitern unterhalb der Vorstandsebene auf nachgeordneten Arbeitsebenen getroffen worden seien; die Aufklärung der genauen Geschehnisse würde noch andauern

### **Entscheidungsgründe:**

Die zulässige Klage gegen den Beklagten zu 1.) ist begründet.

I. Dem Kläger steht gegen die Beklagten zu 1.) ein Zahlungsanspruch in Höhe von 18.980,00 € aus §§ 346 Abs.1, 437 Nr. 2, 434, 433, 323, 440 S.1 Var. 3 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 15.02.2016 hat der Kläger der Beklagten zu 1.) 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, Abs.2, 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, Urt. v. 06.12.2016, Az. 10 O 146/16; LG Münster, Urt. v. 14.03.2016, Az. 11 O 341/15; LG Oldenburg, Urt. v. 01.09.2016, Az.: 16 O 790/16; LG München II, Urt. v. 15.11.2016, Az.: 12 O 1482/16; LG Dortmund, Urt. v. 31.10.2016, Az.: 7 O 349/15; LG Hagen, Urt. v. 18.10.2016, Az.: 3 O 66/16, LG Paderborn, Urt. v. 17.05.2016, Az.: 2 O 381/15).

(2) Der Kläger musste der Beklagten zu 1.) auch keine angemessene Frist zur Nacherfüllung setzen.

Die Nachlieferung wurde seitens der Beklagten zu 1.) mit Schreiben vom 15.03.2015 abgelehnt. Indem sie den Kläger auf die Änderungsmaßnahmen hinwies, hat die Beklagte zu 1.) 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, Urt. 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.

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 Verbraucherrechtlicher Richtlinie (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 vorauszusetzen, 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 F1 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.

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 zu 1.) 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 zu. Vor dem Hintergrund der tatsächlichen Laufleistung ist nach den Grundsätzen der kilometeranteiligen linearen Wertminderung der Nutzungsersatz wie folgt zu berechnen:  $\text{Bruttokaufpreis} \times \frac{\text{gefahrenere km}}{\text{Restlaufleistung}}$ , wobei das Gericht die zu erwartende Gesamtlauflistung gemäß § 287 ZPO auf 250.000 km und damit die Restlaufleistung auf 240.375 km schätzt. Bei unstreitiger Gesamtlauflistung von 97.536 km im Zeitpunkt der mündlichen Verhandlung ergibt dies einen Wertersatzanspruch in Höhe von 6.941,45 €. Das Gericht ist dabei von 87.911 tatsächlich gefahrenen Kilometern im Zeitpunkt der mündlichen Verhandlung ausgegangen.

c.) Der Zinsanspruch folgt aus §§ 288 Abs.1, 286 Abs.1 BGB. Spätestens mit Ablauf des 29.02.2016 befand sich die Beklagte zu 1.) 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 die vom Kläger gesetzte Frist verstreichen lassen und mit Schreiben vom 15.03.2016 den Austausch des Fahrzeugs zurückgewiesen und damit zum Ausdruck gebracht, den Kaufpreis nicht zurück zu erstatten.

2. Die Beklagte zu 1.) befindet sich mit der Annahme des Fahrzeugs in Verzug gemäß § 293 BGB. Der Kläger hat der Beklagte mit Schreiben vom 15.02.2016 angeboten das Fahrzeug zurückzunehmen. Dieses wörtliche Angebot war gemäß § 295 S.1 BGB ausreichend, da die Beklagte im Rahmen des Rückgewährschuldverhältnisses als Gläubigerin das Fahrzeug bei dem Kläger als Schuldner gemäß § 269 Abs.1 BGB abzuholen hat. Dies hat die Beklagte zu 1.) mit Schreiben vom 15.03.2016 abgelehnt.

3. Weitergehende Ansprüche stehen dem Kläger gegen die Beklagte zu 1.) nicht zu.

Dem Kläger steht gegenüber der Beklagten zu 1.) kein Anspruch auf Zahlung von vorgerichtlich entstandenen Rechtsanwaltskosten zu.

Dass das Fahrzeug aufgrund des Einsatzes der Software nicht der üblichen Beschaffenheit entsprach, war für die Beklagte nicht erkennbar. Die Vermutungsregel des § 280 Abs.1 S.2 BGB greift insofern nicht. Der Einsatz 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.

Die Beklagte zu 1.) musste sich als Vertragshändlerin weder etwaige Kenntnisse der Beklagten zu 2.) zurechnen lassen, noch eine etwaige Täuschung. Die Beklagte zu 1.) ist eine von der Beklagten zu 2.) zu trennenden selbstständige juristische Person die ihre Rechtsgeschäfte selbst bestimmt und gestaltet. Die Zurechnung von Wissen und/oder Handlungen ist nur dann gerechtfertigt, wenn sich der Schuldner im Rahmen seiner Verpflichtungen der Hilfe eines Dritten bedient und dadurch Einfluss in den Interessenkreis des Gläubigers erhalten. Solche Umstände liegen nicht vor. Die Beklagte zu 1.) schuldet als Verkäuferin eines Pkw gerade nicht die Herstellung, sondern die Lieferung einer mangelfreien Sache. Die Herstellungspflichten obliegen damit allein dem Produzenten. Auch eine etwaige Täuschung musste sich die Beklagte zu 1.) nicht entgegenhalten lassen. An dem konkreten Vertragsverhältnis, dem Kaufvertrag, war die Beklagten zu 2.) weder beteiligt, noch hat sie Einfluss auf die wesentlichen Vertragsbestandteile dieses Vertrages nehmen können, noch hat sie an diesem unmittelbar partizipiert. Ein Haftungsrisiko für etwaig sittenwidriges Verhalten des Herstellers muss ein Vertragshändler ohne eigne Kenntnisse oder vorwerfbare Unkenntnisse nicht tragen.

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 15.02.2015 bereits vor der verzugsbegründenden Mahnung beauftragt waren.

II. Die prozessuale Nebenentscheidung folgt aus § 709 ZPO.

III. Eines Schriftsatznachlasses bedurfte es auf den Schriftsatz vom 17.02.2017 nicht, da keine neuen (erheblichen) Tatsachen vorgetragen worden sind.