

Das Rücktrittsrecht der Käufer von Dieselfahrzeugen mit einer
die Abgasmessung beeinflussenden Software

Inaugural-Dissertation
zur
Erlangung der Doktorwürde
einer Hohen Rechtswissenschaftlichen Fakultät
der Universität zu Köln

vorgelegt von

Ramona Segler

aus: Frechen

Referent: Prof. Dr. Dr. h.c. Barbara Dauner-Lieb

Korreferent: Prof. Dr. Martin Hensler

Tag der mündlichen Prüfung: 7. März 2023

Inhaltsverzeichnis

Teil I: Einleitung	1
Teil II: Der aktuelle Diskussionsstand in Rechtsprechung und Literatur	4
Teil III: Technische und wirtschaftliche Hintergründe des Einsatzes der die Abgasmessung beeinflussenden Software	21
A. Fortbestehendes Bedürfnis nach Dieselmotoren: Zahlreiche Vorteile im Vergleich zum Ottomotor	21
I. Höherer Wirkungsgrad bei geringerem Kraftstoffverbrauch	22
II. Höhere Effizienz von Dieselfahrzeugen bei Vielfahrern	22
III. Längere Haltbarkeit von Dieselmotoren	23
IV. Zwischenergebnis	24
B. Wachsende Anforderungen an die Dieselmotoren der heutigen Zeit: Das Bedürfnis nach Umweltfreundlichkeit	24
I. Anforderungen des Gesetzgebers: Einhaltung der geltenden EU-Abgasnormen	24
II. Anforderungen der Nutzer: Hohe Leistung bei geringem Kraftstoffverbrauch, aber auch Umweltfreundlichkeit	25
C. Möglichkeit der Schadstoffreduktion durch legale Motoreinrichtungen	27
I. Die Entstehung von Abgasen	27
II. Technische Möglichkeiten zur Schadstoffreduktion	29
1. Abgasrückführung („AGR“)	29
2. Selektive katalytische Reduktion („SCR“)	30
3. Dieselpartikelfilter („DPF“)	32
4. Kombinationssysteme	32
III. Zwischenergebnis	34
D. Der technische Zielkonflikt der Automobilhersteller bei der legalen Verringerung des Stickoxidausstoßes	34
I. Erhöhung des Kraftstoffverbrauchs	35
II. Herabsetzung der Lebensdauer des Dieselpartikelfilters	36
III. Leistungseinbußen	36
IV. Wirtschaftliche Interessen der Automobilhersteller	36
V. Zwischenergebnis	37
E. Die Software als Lösung?	38
I. Eingriff des Herstellers in die Integrität des Motorsteuergerätes durch das Aufspielen der Software	38
1. Funktionsweise des Motorsteuergerätes	38
2. Möglichkeit der Einflussnahme durch den Fahrzeughersteller	39
II. Die konkrete Wirkweise der die Abgasmessung beeinflussenden Software	40
III. Die Software als unzulässige Abschaltvorrichtung gemäß Art. 5 Abs. 1, Abs. 2 VO 715/2007/EG	44

1. Regelungszweck des Art. 5 Abs. 1 VO 715/2007/EG	44
2. Die Software als unzulässige Abschaltvorrichtung im Sinne von Art. 5 Abs. 2 S. 1, Art. 3 Nr. 10 VO 715/2007/EG	45
3. Die Ausnahmetatbestände des Art. 5 Abs. 2 S. 2 VO 715/2007/EG liegen nicht vor.	47
4. Zwischenergebnis	48
IV. Das Software-Update	48
V. Zwischenergebnis	50
F. Zwischenergebnis	50
Teil IV: Das Rücktrittsrecht des Dieselkäufers wegen mangelhafter Leistung	52
A. Zur Wirksamkeit der zwischen Vertragshändler und Käufer geschlossenen Kaufverträge	52
I. Der Vertragshändler als Vertragspartner des Kunden	52
II. Keine Nichtigkeit der Kaufverträge gemäß § 134 BGB in Verbindung mit § 27 Abs. 1 EG-FGV	55
1. Kein Verstoß gegen § 27 Abs. 1 EG-FGV	56
a) Gültige Übereinstimmungsbescheinigung	57
b) Neues Fahrzeug	58
c) Zwischenergebnis	60
2. Fehlende Verbotsgesetzeigenschaft des § 27 Abs. 1 EG-FGV	60
a) Streitstand	61
b) Teleologische Auslegung	62
aa) Adressatenkreis	62
bb) Erfordernis einer zivilrechtlichen Sanktionsmöglichkeit	63
cc) § 27 Abs. 1 EG-FGV als technische Schutzbestimmung	65
dd) Die Verkehrssicherheit als Normzweck	66
ee) Gesichtspunkt des Käuferschutzes	67
ff) Abschließendes Regelungssystem des Gewährleistungsrechts	68
gg) Abgestuftes Verfahren gemäß § 25 EG-FGV	69
3. Zwischenergebnis	70
B. Die Mangelhaftigkeit der betroffenen Fahrzeuge	70
I. Sachmangel gemäß § 434 Abs. 1 S. 1 BGB a.F. / § 434 Abs. 1, Abs. 2 S. 1 Nr. 1 BGB n.F.	71
II. Sachmangel gemäß § 434 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 BGB a.F. / § 434 Abs. 1, Abs. 3 S. 1 Nr. 1, Nr. 2 BGB n.F.	73
1. Eignung für die gewöhnliche Verwendung	74
2. Übliche Beschaffenheit, die der Käufer berechtigterweise erwarten kann	76
a) Das Vorhandensein der Software als Abweichung von der üblichen Beschaffenheit	76

b) Der merkantile Minderwert des Fahrzeugs als Abweichung von der üblichen Beschaffenheit _____	83
c) Der Verstoß gegen öffentlich rechtliche Vorschriften als Abweichung von der üblichen Beschaffenheit _____	84
d) Das Erfordernis eines Software-Updates als Abweichung von der üblichen Beschaffenheit _____	85
e) Die Fehlerhaftigkeit der Übereinstimmungsbescheinigung als Abweichung von der üblichen Beschaffenheit _____	86
f) Die Nichteinhaltung der im Fahrzeugschein angegebenen EU-Abgasnorm im realen Verkehrsbetrieb als Abweichung von der üblichen Beschaffenheit _____	86
g) Zwischenergebnis zur Abweichung von der üblichen Beschaffenheit _____	90
III. Sachmangel gemäß § 434 Abs. 1 S. 3 BGB a.F. / § 434 Abs. 1, Abs. 3 S. 1 Nr. 2 lit. b BGB n.F. _____	90
IV. Rechtsmangel gemäß § 435 BGB _____	93
V. Zwischenergebnis _____	94
C. Erfordernis einer Frist zur Nacherfüllung _____	95
I. Behebbarkeit des Mangels _____	96
aa) Thermofenster als erneute unzulässige Abschaltvorrichtung _____	96
bb) Negative Beeinflussung der übrigen Fahrzeugeigenschaften _____	98
cc) Merkantiler Minderwert nach der Durchführung des Software-Updates _____	102
II. Entbehrlichkeit der Fristsetzung gemäß § 326 Abs. 5 BGB _____	104
1. Mangelbeseitigung _____	104
a) (Un-)Möglichkeit der Mangelbeseitigung vor Entwicklung und Genehmigung des Software-Updates _____	105
b) (Un-)Möglichkeit der Mangelbeseitigung nach Entwicklung und Genehmigung des Software-Updates _____	105
2. Neulieferung _____	106
a) Bei Gebrauchtwagen _____	106
b) Bei Neuwagen _____	108
III. Zwischenergebnis _____	119
D. Ausschluss des Rücktritts gemäß § 323 Abs. 5 S. 2 BGB wegen Unerheblichkeit der Pflichtverletzung _____	120
I. Beschaffenheitsvereinbarung indiziert Erheblichkeit der Pflichtverletzung _____	123
II. Kosten und zeitlicher Aufwand des Software-Updates _____	123
III. Bedeutung und Zweck des Fahrzeugs für den Käufer _____	127
IV. Relevanz von Umweltaspekten für den Käufer _____	128
V. Weiternutzung des Fahrzeuges nach Kenntnis von der Abschaltvorrichtung _____	130
VI. Arglist des Verkäufers _____	131

1. Eigene Arglist des Verkäufers _____	132
2. Zurechnung des arglistigen Herstellerverhaltens _____	133
a) Zurechnung gemäß § 278 S. 1 BGB _____	134
b) Wissenszurechnung analog § 166 Abs. 1 BGB _____	135
c) Zurechnung über die Grundsätze der Repräsentantenhaftung analog § 31 BGB _____	137
d) Zurechnung über den Rechtsgedanken von § 123 Abs. 2 S. 1 BGB: _____	139
3. Kausalität der Täuschung _____	150
4. Aufsicht des Kraftfahrtbundesamtes im Rahmen der Nachbesserung lässt Vertrauensverlust nicht entfallen _____	151
5. Zwischenergebnis _____	152
VII. Nachhaltige Störung des Vertrauensverhältnisses zum Hersteller _	152
VIII. Folgemängel _____	155
IX. Merkantiler Minderwert _____	158
X. Ungewissheit der Nacherfüllung _____	161
XI. Möglicher Verlust der Betriebserlaubnis _____	163
XII. Verdopplung des Insolvenzrisikos _____	165
XIII. Zwischenergebnis _____	166
E. Kein Ausschluss der Gewährleistung gemäß § 442 Abs. 1 BGB _____	167
I. Gewährleistungsausschluss bei Kenntnis des Mangels gemäß § 442 Abs. 1 S. 1 BGB _____	167
1. Die „Notice of Violation“ der EPA vom 18. September 2015 ____	168
2. Die Ad-hoc Mitteilung der Volkswagen AG vom 22. September 2015 _____	170
3. Die Presseberichterstattung über die Abgasproblematik in der Folgezeit _____	171
4. Einrichtungen zur Prüfung der individuellen Betroffenheit von Fahrzeugen _____	174
a) Die Übersichten des Kraftfahrtbundesamtes über die betroffenen Fahrzeugmodelle auf der Internetseite _____	175
b) Internetseiten zur Ermittlung der individuellen Betroffenheit eines Fahrzeugs _____	177
5. Zusammenwirken von Presseberichterstattung und Einrichtungen zur Prüfung der individuellen Betroffenheit _____	177
6. Erfordernis einer schriftlichen Information über die Betroffenheit des Fahrzeugs durch den Vertragshändler _____	179
II. Gewährleistungsausschluss aufgrund grob fahrlässiger Mangelunkennnis gemäß § 442 Abs. 1 S. 2 BGB _____	180
III. Zwischenergebnis _____	181
F. Unwirksamkeit des Rücktritts gemäß § 218 BGB _____	182
I. Maßgebliche Verjährungsfrist für den Nacherfüllungsanspruch ____	183

1. Geltung der Regelverjährungsfrist bei arglistigem Verschweigen des Mangels gemäß § 438 Abs. 3 S. 1 BGB _____	183
2. Verjährungsverkürzung durch Parteivereinbarung _____	191
3. Verjährungsbeginn erst nach höchstrichterlicher Entscheidung __	192
4. Zwischenergebnis _____	194
II. Hemmung der Verjährung gemäß § 203 S. 1 BGB _____	195
III. Verjährungsverzicht als Ausweg _____	196
IV. Zwischenergebnis _____	198
G. Pflicht des Käufers zur Zahlung von Nutzungersatz gemäß § 346 Abs. 1 Fall 2 BGB _____	199
Teil V: Schlussthesen und Fazit _____	207

Literaturverzeichnis

Abrufdatum sämtlicher Internetquellen: 23.03.2023

- Armbrüster, Christian* Verbotsnichtigkeit von Kaufverträgen
über abgasmanipulierte Fahrzeuge
NJW 2018, 3481-3486
- Artz, Markus; Harke,
Jan Dirk* EU-Übereinstimmungsbescheinigung
als Auskunfts- und Garantievertrag
NJW 2017, 3409-3415
- Bacher, Klaus* Die Haftung für Sachmängel im
Kraftfahrzeughandel - Die aktuelle
Rechtsprechung des BGH
MDR 2016, 1186-1189
- Bachmeier, Werner* Abgasmanipulationen und Käuferrechte
DAR 2016, 538-543
- Ball, Wolfgang* Die Rechtsprechung des
Bundesgerichtshofes zum Autokauf und
Autoleasing
DAR 2019, 481-486
- Hau, Wolfgang/Poseck,
Roman (Hrsg.)* Beck'scher Online-Kommentar BGB
64. Edition, Stand 01.11.2022
zit. BeckOK-BGB/Bearbeiter, §, Rn.

Bendig, Torsten

Der Abgasskandal und seine rechtlichen
Folgen

ZfSch 2017, 8-13

*Böge, Alfred/Böge,
Wolfgang (Hrsg.)*

Handbuch Maschinenbau

24. Auflage 2021

Borgeest, Kai

Elektronik in der Fahrzeugtechnik -
Hardware, Software, Systeme und
Projektmanagement

4. Auflage 2020

zit. *Borgeest*, Elektronik in der
Fahrzeugtechnik.

Messtechnik und Prüfstände für
Verbrennungsmotoren - Messungen am
Motor, Abgasanalytik, Prüfstände und
Medienversorgung

2. Auflage 2020

zit. *Borgeest*, Messtechnik und
Prüfstände für Verbrennungsmotoren.

Manipulation von Abgaswerten -
Technische, gesundheitliche, rechtliche
und politische Hintergründe des
Abgasskandals

2. Auflage 2021

zit. *Borgeest*, Manipulation von
Abgaswerten.

<i>Bruns, Jan</i>	Vorteilsanrechnung beim Schadensersatz für abgasmanipulierte Diesel-Fahrzeuge NJW 2019, 801-805
<i>Burmann, Michael/Heß, Rainer/Hühnermann, Katrin/Jahnke, Jürgen (Hrsg.)</i>	Straßenverkehrsrecht 27. Auflage 2022 zit. StraßenverkehrsR/ <i>Bearbeiter</i> , Teil, Rn.
<i>Eggert, Christoph</i>	Autokauf: Der Diesel-Beschluss des BGH: wirklich ein Paukenschlag? VA 2019, 061-062
<i>Graf von Westphalen, Friedrich</i>	Das Dispositionsrecht des Prinzipals im Vertragshändlervertrag NJW 1982, 2465-2473
<i>Gröschler, Peter</i>	Die Pflicht des Verkäufers zur Aufklärung über Mängel nach neuem Kaufrecht NJW 2015, 1601-1604
<i>Grüneberg, Christian</i>	Bürgerliches Gesetzbuch 82. Auflage 2023 zit. Grüneberg/ <i>Bearbeiter</i> , §, Rn.

- Grunewald,
Barbara/Maier-Reimer,
Georg/Westermann,
Harm Peter (Hrsg.)* Erman Kommentar BGB
17. Auflage 2023
zit. Erman/Bearbeiter, BGB, §, Rn.
- Gsell, Beate/Krüger,
Wolfgang/Lorenz,
Stephan/Reymann,
Christoph (Hrsg.)* Beck'scher Online-Großkommentar
BGB
Stand 1.12.2022
zit. BeckOGK-BGB/Bearbeiter, §, Rn.
- Gutzeit, Martin* Abgasmanipulierte Dieselfahrzeuge:
Kauf- und deliktsrechtliche Folgen
JuS 2019, 649-656
- Heese, Michael* Herstellerhaftung für manipulierte
Diesel-Kraftfahrzeuge
NJW 2019, 257-263
- Nutzungsentschädigung zugunsten der
Hersteller manipulierter Diesel-
Kraftfahrzeuge
VuR 2019, 123-130
- Heimgärtner, Klaus* Handlungsvorschlag zum Vorgehen im
Rahmen der Sachmängelhaftung bzgl.
der von den Manipulationsvorwürfen
betroffenen VW-Dieselfahrzeuge
(Verbrauchsgüterkauf)
DAR 2015, 622-624

- Herberger, Maximilian/Martinek, Michael/Rießmann, Helmut/Weth, Stephan/Würdinger, Markus (Hrsg.)* Juris Praxiskommentar zum BGB
 Band 1: 9. Auflage 2020
 Band 2: 10. Auflage 2023
 zit. *JurisPK-BGB/Bearbeiter*, Band, §, Rn.
- Hilgers, Michael* Dieselmotor
 2016
 zit. *Hilgers*, Dieselmotor.
- Höpfner, Clemens* Nutzungsersatzpflicht beim Rücktritt vom Kaufvertrag
 NJW 2010, 127-130
- Huber, Peter* Der Nacherfüllungsanspruch im neuen Kaufrecht
 NJW 2002, 1004-1008
- Hüning, Felix* Nachrüstungsmöglichkeiten von Dieselfahrzeugen aus technischer Sicht
 NZV 2019, 27-31
- Inderst, Cornelia/Bannenber, Britta/Poppe, Sina (Hrsg.)* Compliance
 3. Auflage 2017
 zit. *Inderst/Bannenber/Poppe/Bearbeiter*, Compliance, Kapitel, Rn.

- Jaensch, Michael* Ersatzlieferung bei Modellwechsel eines vom Abgasskandal betroffenen Fahrzeuges - Anmerkung zu BGH, Beschluss vom 8.1.2019, VIII ZR 225/17
jM 2019, 323-325
- Jarass, Hans D. (Hrsg.)* Bundesimmissionsschutzgesetz
14. Auflage 2022
zit. *Jarass/Bearbeiter*, BImSchG, §, Rn.
- Klimke, Markus* Nochmals - Ermittlung der anrechenbaren Gebrauchsvorteile nach Bereicherungsrecht
DAR 1986, 301-305
- Koch, Thomas* Diesel - eine sachliche Bewertung der aktuellen Debatte - Technische Aspekte und Potenziale zur Emissionsreduzierung
2018
zit. *Koch*, Diesel - eine sachliche Bewertung der aktuellen Debatte.
- Lempp, Volker* Manipulation als Mangel - Verbraucherrechte gegen falsche Schadstoffangaben von Kfz-Herstellern
SVR 2015, 441-445
- Lorenz, Stephan* Recht des Käufers zur Zurückweisung einer mangelhaften Sache – Voraussetzungen und Grenzen
NJW 2013, 1341-1344

- Martinek,
Michael/Semler, Franz-
Jörg/Flohr, Eckhard
(Hrsg.)* Handbuch des Vertriebsrechts
5. Auflage 2023
zit. Martinek/Semler/Flohr/Bearbeiter,
Handbuch des Vertriebsrechts, §, Rn.
- Merker, Günter
P./Teichmann, Rüdiger
(Hrsg.)* Grundlagen Verbrennungsmotoren -
Funktionsweise und alternative
Antriebssysteme - Verbrennung,
Messtechnik und Simulation
9. Auflage 2019
zit. Merker/Teichmann/Bearbeiter,
Grundlagen Verbrennungsmotoren.
- Oechsler, Jürgen* Rückabwicklung des Kaufvertrages
gegenüber Fahrzeugherstellern im
Abgasskandal
NJW 2017, 2865-2869
- Prütting,
Hanns/Wegen,
Gerhard/Weinreich,
Gerd (Hrsg.)* Bürgerliches Gesetzbuch
17. Auflage 2022
zit. Prütting/Bearbeiter, BGB, §, Rn.
- Reif, Konrad (Hrsg.)* Abgastechnik für Verbrennungsmotoren
2015
zit. Reif, Abgastechnik für
Verbrennungsmotoren.

- Reinking, Kurt/Eggert, Christoph* Der Autokauf
14. Auflage 2020
- Riehm, Thomas* „Dieselgate“ und das Deliktsrecht
DAR 2016, 12-16
- Ring, Gerhard* Abgas-Manipulationssoftware und Gewährleistungsrechte des Käufers
NJW 2016, 3121-3126
- Rücktrittsrecht vom Fahrzeugkaufvertrag im VW-Abgasskandal
SVR 2017, 441-446
- Der Hinweisbeschluss des BGH vom 8.1.2019 - erste Ansätze einer rechtlichen Bewertung des VW-Abgasskandals durch Karlsruhe
SVR 2019, 161-166
- Zum Anspruch des Käufers auf Ersatzlieferung eines typgleichen Neufahrzeugs aus der Folgeproduktion, wenn er bei Abschluss des Kaufvertrags bewusst ein Auslaufmodell erwirbt
SVR 2019, 448-452
- Röhrich, Volker/Graf von Westphalen, Friedrich/Haas, Ulrich (Hrsg.)* HGB
5. Auflage 2019
zit. Röhrich/Graf von Westphalen/Haas/*Bearbeiter*, Kapitel, Rn.

Säcker, Franz Jürgen
(Hrsg.) Münchener Kommentar zum BGB
Band 1: 9. Auflage 2021
Band 2: 9. Auflage 2022
Band 3: 9. Auflage 2022
Band 4: 8. Auflage 2019
Band 5: 8. Auflage 2020
zit. MüKoBGB/*Bearbeiter*, §, Rn.

Schrader,
Paul/Engstler,
Jonathan Anspruch auf Bereitstellung von
Software-Updates? - Unklare
Begründung eines eingeschränkt
notwendigen Anspruchs
MMR 2018, 356-361

Schulze, Reiner u.A.
(Hrsg.) BGB Handkommentar
11. Auflage 2022
zit. Schulze/*Bearbeiter*, BGB, §, Rn.

Staudinger Kommentar zum BGB mit
Einführungsgesetz und Nebengesetzen

§§ 90 - 124; §§ 130 - 133 BGB
Neubearbeitung 2021
zit. Staudinger/*Bearbeiter*, §§ 90 - 124;
§§ 130 - 133 BGB, §, Rn.

§§ 164 - 240 BGB
Neubearbeitung 2019
zit. Staudinger/*Bearbeiter*, §§ 164 - 240
BGB, §, Rn.

§§ 315 - 326 BGB

Neubearbeitung 2020

zit. Staudinger/*Bearbeiter*, §§ 315 - 326
BGB, §, Rn.

§§ 346 - 361

Neubearbeitung 2012

zit. Staudinger/*Bearbeiter*, §§ 346 - 361
BGB, §, Rn.

§§ 433 - 480 BGB

Neubearbeitung 2013

zit. Staudinger/*Bearbeiter*, §§ 433 - 480
BGB, §, Rn.

*Staudinger,
Ansgar/Ruks, Rudi*

Hinweise aus Karlsruhe zu § 439 BGB
im „Dieselskandal“

NJW 2019, 1179-1182

Steenbuck, Michael

Die Rechte der Käufer von Fahrzeugen
mit überhöhten Abgaswerten

MDR 2016, 185-190

Stürner, Rolf (Hrsg.)

Jauernig BGB Kommentar

18. Auflage 2021

zit. Jauernig/*Bearbeiter*, BGB, §, Rn.

- Tschöke, Helmut/Mollenhauer, Klaus/Maier, Rudolf (Hrsg.)* Handbuch Dieselmotoren
4. Auflage 2018
zit. Tschöke/Mollenhauer/Maier/*Bearbeiter*, Handbuch Dieselmotoren.
- Ulmer, Peter/Brandner, Hans E./Hensen, Horst-Diether (Hrsg.)* AGB-Recht
13. Auflage 2022
zit. Ulmer/Brandner/Hensen/*Bearbeiter*, AGB-Recht, Kapitel, Rn.
- van Basshuysen, Richard/Schäfer, Fred (Hrsg.)* Handbuch Verbrennungsmotor -
Grundlagen, Komponenten, Systeme,
Perspektiven
8. Auflage 2017
zit. *van Basshuysen/Schäfer*, Handbuch
Verbrennungsmotor.
- van Lück, Kolja* Kaufrechtliche Ansprüche des Käufers
im Diesel-Abgasskandal
VuR 2019, 8-14
- Weller, Matthias* Die Verantwortlichkeit des Händlers für
Herstellerfehler
NJW 2012, 2312-2317

Wenzel, Sebastian Paul Modellierung der Ruß- und NO_x-
Emissionen des Dieselmotors
2006
[https://docplayer.org/28645427-
Modellierung-der-russ-und-no-x-
emissionen-des-dieselmotors.html](https://docplayer.org/28645427-Modellierung-der-russ-und-no-x-emissionen-des-dieselmotors.html).

Witt, Carl-Heinz Der Dieselskandal und seine kauf- und
deliktsrechtlichen Folgen
NJW 2017, 3681-3686

Teil I: Einleitung

Seit die Ermittlungen der US-amerikanischen Umweltschutzbehörde „Environment Protection Agency“ („EPA“) gegen die Volkswagen AG wegen vermeintlich manipulierter Abgaswerte durch eine Pressemitteilung am 18. September 2015¹ erstmals öffentlich wurden, kursierten die Begriffe „VW-Skandal“, „Dieselskandal“, „Abgasskandal“ oder „Abgasaffäre“ nahezu täglich in den Medien und die deutschen Gerichte wurden seitdem von einer Klagewelle betroffener Dieselfahrer überrollt.

Weltweit verkaufte Dieselfahrzeuge der Volkswagen AG, in deren Motoren das Aggregat EA189 verbaut ist, enthalten eine Software, die mittels verschiedener Messungen erkennt, ob sich das Fahrzeug auf dem technischen Prüfstand zur Ermittlung der Emissionswerte (dem neuen europäischen Fahrzyklus; kurz NEFZ) oder im realen Straßenverkehr befindet. Erkennt die Software den synthetischen Prüfstand, setzt sie ein Abgasrückführungssystem in Gang, das den Ausstoß von Stickoxiden (NO_x) reduziert. Bewegt sich das Fahrzeug dagegen im normalen Verkehrsbetrieb, bleibt dieses Abgasrückführungssystem außer Kraft. Als Folge werden auf dem Prüfstand geringere Abgaswerte festgestellt, als die, die das Fahrzeug tatsächlich während einer realen Fahrt ausstößt. Das Fahrzeug erweckt mithin bei der Durchführung des neuen europäischen Fahrzyklus den Eindruck, die EURO-5 bzw. EURO-6 Abgasnorm zu erfüllen, obwohl dies tatsächlich nicht der Fall ist.² Aus Sicht der Betroffenen liegt eine Täuschung über die reale Abgasentwicklung auf der Hand.

Allein in Deutschland sollen mehr als 2,4 Millionen Fahrzeuge des VW-Konzerns, darunter VW, Audi, Skoda und Seat, aus den Baujahren 2009-2015 betroffen sein³, weltweit sogar rund 10,8

¹ *Riehm*, DAR 2016, 12; *Ring*, NJW 2016, 3121; *van Lück*, VuR 2019, 8; *Bendig*, ZfSch 2017, 8.

² *Bendig*, ZfSch 2017, 8; *Witt*, NJW 2017, 3681; *Steenbuck*, MDR 2016, 185.

³ *Heese*, VuR 2019, 123, 125; *Riehm*, DAR 2016, 12; *Ring*, NJW 2016, 3121; *Lempp*, SVR 2015, 441; *Gutzeit*, JuS 2019, 649; *Jaensch*, jM 2019, 323.

Millionen Fahrzeuge.⁴ Darüber hinaus werden vergleichbare Softwares auch bei anderen Fahrzeugherstellern außerhalb des VW-Konzerns verwendet, so zum Beispiel bei Opel⁵, Daimler⁶, Renault⁷ und BMW⁸, sodass die Problematik über den Volkswagen Konzern hinaus Bedeutung erlangt.

Während US-Amerikanische Volkswagen-Kunden bereits im Rahmen des sog. „Volkswagen Class Settlement Program“ entschädigt wurden⁹, hat das deutsche Kraftfahrtbundesamt den Volkswagen-Konzern lediglich mit Schreiben vom 15. Oktober 2015 dazu verpflichtet, die betroffenen Fahrzeuge ab Anfang 2016 zurückzurufen.¹⁰ In seiner Pressemitteilung vom 16. Oktober 2015¹¹ bestätigt das Kraftfahrtbundesamt, dass es sich bei der verbauten Software um eine unzulässige Abschaltvorrichtung im Sinne der Fahrzeuggenehmigungsverordnung (Art. 5 Abs. 2 S. 1 VO 715/2007/EG) handelt und ordnet die Entfernung dieser Abschaltvorrichtung an. Auf eine mit der amerikanischen Lösung vergleichbare Entschädigung warten die in Deutschland betroffenen Dieselfahrer jedoch bis heute vergeblich. Daher ist es für sie umso wichtiger, die Frage zu klären, ob und inwieweit sie gegen den jeweiligen Verkäufer, der ihr primärer Ansprechpartner

⁴ So auch *Steenbuck*, MDR 2016, 185: Bei den Fahrzeugen handelt es sich um Turbodiesel mit Direkteinspritzung, die einen Hubraum von 1,6 oder 2,0 Liter haben; 1,2-Liter-Motoren sind in geringerer Anzahl betroffen.

⁵ *Gutzeit*, JuS 2019, 649.

⁶ *Gutzeit*, JuS 2019, 649; Nach WBS Pressemitteilung vom 14.10.2019, <https://www.wbs-law.de/verkehrsrecht/abgasskandal/daimler-mercedes-rueckruf-anspruch-45928/> seien bei Daimler insbesondere die Motoren OM642, ein V6-Dieselmotor mit 3,0 Litern Hubraum, und OM651, ein Vierzylinder mit 1,8 bzw. 2,2 Litern Hubraum, betroffen.

⁷ Auto Motor Sport, „Renault Abgas-Skandal: Diesel-Betrug seit 25 Jahren?“, Artikel vom 16.3.2017, <https://www.auto-motor-und-sport.de/news/renault-abgas-skandal-diesel-betrug-seit-25-jahren/>.

⁸ ADAC, „BMW-Fahrzeuge von Softwaremanipulationen betroffen“, Artikel vom 22.4.2020, <https://www.adac.de/verkehr/abgas-diesel-fahrverbote/abgasskandal-rechte/rechte-verbraucher/bmw/>.

⁹ *Heese*, NJW 2019, 257.

¹⁰ Pressemitteilung des KBA vom 16.10.2015, [https://www.kba.de/DE/Presse/Archiv/Abgasthematik/vw_inhalt.html;jsessionid=6DC9955C3BD5F7655B252DF4D4AD0F45.live21303?nn=646098](https://www.kba.de/DE/Presse/Archiv/Abgasthematik/vw_inhalt.html;jsessionid=6DC9955C3BD5F7655B252DF4D4AD0F45.live21303?nn=646098;); *Heimgärtner*, DAR 2015, 622; *Riehm*, DAR 2016, 12; *Ring*, NJW 2016, 3121; *van Lück*, VuR 2019, 8.

¹¹ Pressemitteilung des KBA vom 16.10.2015, https://www.kba.de/DE/Presse/Archiv/Abgasthematik/vw_inhalt.html;jsessionid=6DC9955C3BD5F7655B252DF4D4AD0F45.live21303?nn=646098.

bei Unzufriedenheit mit der Kaufsache ist¹², vorgehen können. Die Käufer, die sich über die tatsächliche Abgasentwicklung ihres Fahrzeuges getäuscht fühlen und diesbezüglich jegliches Vertrauen verloren haben, haben dabei ein besonderes Interesse an der Loslösung vom Vertrag. Insofern bildet das Rücktrittsrecht ihr „schärfstes Schwert“.¹³

Im Rahmen dieser Arbeit soll daher untersucht werden, inwiefern der Einbau einer abgasbeeinflussenden Software in ein Dieselfahrzeug einen Mangel darstellt und ob der Käufer eines betroffenen Fahrzeugs vom Kaufvertrag mit dem Vertragshändler zurücktreten kann. Besonders beleuchtet werden soll dabei die Konstellation des Vertriebes über Vertragshändler, da diese Vertriebsform in der Automobilindustrie den Regelfall bildet. Mögliche Ansprüche gegen den Hersteller des Fahrzeuges sollen dagegen außer Betracht bleiben.

¹² So auch *Schrader/Engstler*, MMR 2018, 356.

¹³ *Gutzeit*, JuS 2019, 649, 656.

Teil II: Der aktuelle Diskussionsstand in Rechtsprechung und Literatur

Nach der erstmaligen Entdeckung der die Abgasmessung beeinflussenden Software im Jahre 2015 stieg die Anzahl der Klagen betroffener Dieselfahrer rasant an. Daraus resultierte eine große Vielzahl erstinstanzlicher Entscheidungen.

Diese Klagen lassen sich im Wesentlichen in zwei Gruppen unterteilen: Zum einen richten sie sich unmittelbar gegen den Hersteller und werden in diesem Verhältnis auf deliktische Anspruchsgrundlagen, insbesondere § 826 BGB gestützt. Diese sog. Herstellerklagen sollen im Folgenden jedoch nicht näher betrachtet werden.

Gegenstand der Arbeit sind vielmehr die sog. Händlerklagen, die auf das kaufrechtliche Gewährleistungsrecht gestützt werden. In diesem Zusammenhang hatten sich die Gerichte vielfach mit der Frage nach einem Rücktrittsrecht betroffener Dieselmotorkäufer im Verhältnis zu den Vertragshändlern des Herstellers zu befassen. Dieses Rücktrittsrecht wird sowohl von den erstinstanzlichen Gerichten als auch von den Oberlandesgerichten, die sich in zweiter Instanz mit der Frage auseinandersetzen hatten, überwiegend abgelehnt.¹⁴ Einzig in den Fällen, in denen der Käufer dem Händler zunächst eine angemessene Frist zur Nacherfüllung gesetzt hat, wird ein Rücktrittsrecht zum Teil bejaht.¹⁵

¹⁴ z.B. OLG Saarbrücken Urt. v. 28.8.2019 - 2 U 94/18 - NJW-RR 2019, 1453, 1455, Rn. 25; OLG Dresden Urt. v. 20.8.2019 - 9 U 1101/19 - NJ 2019, 477, 478; OLG Frankfurt Urt. v. 31.8.2018 - 25 U 17/18 - NJW-RR 2019, 114, 115, Rn. 47; OLG Köln Urt. v. 4.6.2018 - 16 U 173/17 - BeckRS 2018, 19739, Rn. 15; OLG Koblenz Urt. v. 27.9.2017 - 2 U 4/17 - NJW-RR 2018, 376, 378, Rn. 26. OLG München Urt. v. 3.7.2017 - 21 U 4818/16 - NJW-RR 2017, 1238, Rn. 21.

¹⁵ z.B. OLG Schleswig Urt. v. 20.11.2019 - 9 U 12/19 - BeckRS 2019, 29053; OLG Nürnberg Urt. v. 24.4.2018 - 6 U 409/17 - BeckRS 2018, 7699; OLG Köln Beschl. v. 27.3.2018 - 18 U 134/17 - SVR 2018, 219 ff.; OLG Köln Urt. v. 12.3.2018 - 27 U 13/17 - BeckRS 2018, 11323; LG Trier Urt. v. 19.9.2019 - 5 O 417/18 - BeckRS 2019, 24472; LG Krefeld Urt. v. 28.2.2018 - 7 O 10/17 - BeckRS 2018, 3412; LG Arnsberg Urt. v. 14.6.2017 - 1 O 227/16 - BeckRS 2017, 114381; LG Bückeburg Urt. v. 11.1.2017 - 2 O 39/16 - BeckRS 2017, 102958.

Als Vorfrage möglicher kaufrechtlicher Gewährleistungsrechte wird in der Literatur zum Teil eine mögliche Nichtigkeit der geschlossenen Kaufverträge gemäß § 134 BGB in Verbindung mit § 27 Abs. 1 EG-FGV thematisiert, diese wird jedoch weitestgehend abgelehnt.¹⁶

Die Mangelhaftigkeit der betroffenen Fahrzeuge wurde in der Rechtsprechung nahezu einheitlich angenommen, jedoch unterschiedlich hergeleitet:

Eine Minderansicht stützt die Mangelhaftigkeit auf eine Beschaffenheitsvereinbarung zwischen Käufer und Vertragshändler darüber, dass das Fahrzeug die Grenzwerte der Euro 5 Abgasnorm einhält.¹⁷ Dies wird insbesondere dann für naheliegend erachtet, wenn die Emissionswerte nach der Euro 5 Abgasnorm mit den Fahrzeugprospekten öffentlich beworben wurden.¹⁸ Die technischen Daten des Fahrzeugs, zu denen auch die Abgasnorm gehört, seien in diesem Fall Bestandteil des Angebotes des Händlers, welches der Käufer annahme.¹⁹

Die vorherrschende Ansicht, der sich auch der BGH mit seinem Hinweisbeschluss vom 8. Januar 2019 angeschlossen hat, nimmt einen Sachmangel gemäß § 434 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 BGB a.F. / § 434 Abs. 1, Abs. 3 S. 1 Nr. 1, Nr. 2 BGB n.F. an.²⁰ Dies wird damit begründet, dass ein Fahrzeug sich nur dann für die gewöhnliche, Verwendung zur Fortbewegung im Straßenverkehr eignet, wenn

¹⁶ z.B. *Kamp/Weiß*, VuR 2018, 412, 415; *Artz/Harke*, NJW 2017, 3409.

¹⁷ Vgl. OLG München Ur. v. 3.7.2017 - 21 U 4818/16 - NJW-RR 2017, 1238, Rn. 18; LG Bückeburg Ur. v. 11.1.2017 - 2 O 39/16 - BeckRS 2017, 102958; LG Lüneburg Ur. v. 2.6.2016 - 4 O 3/16 - BeckRS 2016, 17486.

¹⁸ LG Bückeburg Ur. v. 11.1.2017 - 2 O 39/16 - BeckRS 2017, 102958.

¹⁹ LG Lüneburg Ur. v. 2.6.2016 - 4 O 3/16 - BeckRS 2016, 17486.

²⁰ BGH Hinweisbeschl. v. 8.1.2019 - VIII ZR 225/17 - NJW 2019, 1133, Rn. 5; OLG Saarbrücken Ur. v. 28.8.2019 - 2 U 94/18 - BeckRS 2019, 20813, Rn. 8; OLG Braunschweig Ur. v. 13.6.2019 - 7 U 289/18 - DAR 2019, 517, 518; OLG Koblenz Ur. v. 6.6.2019 - 1 U 1552/18 - BeckRS 2019, 11361, Rn. 23 f.; OLG Jena Ur. v. 15.8.2018 - 7 U 721/17 - NZV 2018, 571; OLG Köln Hinweisbeschl. v. 14.6.2018 - 5 U 82/17 - BeckRS 2018, 21349, Rn. 3; OLG Köln Beschl. v. 20.12.2017 - 18 U 112/17 - NJW-RR 2018, 373, Rn. 33 ff.; OLG München Ur. v. 3.7.2017 - 21 U 4818/16 - NJW-RR 2017, 1238; OLG München Beschl. v. 23.3.2017 - 3 U 4316/16 - BeckRS 2017, 105163, Rn. 13; OLG Celle Beschl. v. 30.6.2016 - 7 W 26/16 - BeckRS 2016, 13999, Rn. 6; OLG Hamm Beschl. v. 21.6.2016 - 28 W 14/16 - BeckRS 2016, 13954, Rn. 27.

seine Beschaffenheit die Zulassung bzw. die Zulassungsfähigkeit nicht beeinträchtigt.²¹ Besteht für ein Fahrzeug die latente Gefahr einer Betriebsuntersagung durch die Straßenverkehrsbehörde, so fehle es daran.²² Ein durchschnittlicher Käufer dürfe berechtigterweise davon ausgehen, dass die in den Fahrzeugpapieren angegebene Abgasnorm nicht alleine durch den Einsatz einer abgasbeeinflussenden Software erzielt wird.²³ Er könne vielmehr erwarten, dass alle auf dem Prüfstand laufenden Prozesse auch während des normalen Fahrbetriebes aktiv bleiben und der Prüfstand folglich die realen Fahrbedingungen simuliert.²⁴ Innerhalb dieser Ansicht wird jedoch uneinheitlich beurteilt, worin konkret die Abweichung von der üblichen Beschaffenheit zu sehen ist. Weit überwiegend wird die Abweichung unmittelbar in dem Vorhandensein der die Abgasmessung beeinflussenden Software gesehen.²⁵ Das Landgericht Ravensburg sieht die konkrete

²¹ BGH Hinweisbeschl. v. 8.1.2019 - VIII ZR 225/17 - NJW 2019, 1133., Rn. 5; OLG Köln, Hinweisbeschl. v. 20.12.2017 - 18 u 112/17 - NJW-RR 2018, 373, Rn. 33; OLG Köln Beschl. v. 28.5.2018 - 27 U 13/17 - BeckRS 2018, 11323, Rn. 32 ff.

²² So insbes. BGH Hinweisbeschl. v. 8.1.2019 - VIII ZR 225/17 - NJW 2019, 1133, 1135, Rn. 21 ff.

²³ OLG Köln, Hinweisbeschl. v. 14.6.2018 - 5 U 82/17 - BeckRS 2018, 21349, Rn. 3; LG Aachen Urte. v. 6.12.2016 - 10 O 146/16 - BeckRS 2016, 109959; LG Dortmund Urte. v. 12.5.2016 - 25 O 6/16 - BeckRS 2016, 12836; LG Hamburg Urte. v. 7.3.2018 - 329 O 105/17 - BeckRS 2018, 2981; LG Münster Urte. v. 14.3.2016 - 11 O 341/15 - BeckRS 2016, 6090; LG Oldenburg Urte. v. 1.9.2016 - 16 O 790/16 - BeckRS 2016, 15963; LG Paderborn Urte. v. 17.5.2016 - 2 O 381/15 - BeckRS 2016, 16658.

²⁴ LG Hamburg Urte. v. 7.3.2018 - 329 O 105/17 - BeckRS 2018, 2981.

²⁵ BGH Hinweisbeschl. v. 8.1.2019 - VIII ZR 225/17 - NJW 2019, 1133., Rn. 5; OLG Köln Beschl. v. 20.12.2017 - 18 u 112/17 - NJW-RR 2018, 373, Rn. 33 ff.; OLG Köln Hinweisbeschl. v. 14.6.2018 - 5 U 82/17 - BeckRS 2018, 21349, Rn. 3; OLG München Beschl. v. 23.3.2017 - 3 U 4316/16 - BeckRS 2017, 105163, Rn. 13; OLG Hamm Beschl. v. 21.6.2016 - 28 W 14/16 - BeckRS 2016, 13954, Rn. 27; OLG Koblenz Urte. v. 6.6.2019 - 1 U 1552/18 - BeckRS 2019, 11361, Rn. 23 f.; OLG Celle Beschl. v. 30.6.2016 - 7 W 26/16 - BeckRS 2016, 13999, Rn. 6; OLG Jena Urte. v. 15.8.2018 - 7 U 721/17 - NZV 2018, 571; OLG Saarbrücken Urte. v. 28.8.2019 - 2 U 94/18 - BeckRS 2019, 20813, Rn. 8; LG Frankenthal Urte. v. 12.5.2016 - 8 O 208/15 - VersR 2016, 1516; LG Aachen Urte. v. 6.12.2016 - 10 O 146/16 - BeckRS 2016, 109959; LG Bochum Urte. v. 16.3.2016 - 2 O 424/15 - <https://openjur.de/u/2157965.html>, Rn. 20; LG Dortmund Urte. v. 12.5.2016 - 25 O 6/16 - BeckRS 2016, 12836; LG Dortmund Urte. v. 31.10.2016 - 7 O 349/15 - BeckRS 2016, 113626; LG Flensburg Urte. v. 14.4.2016 - 7 O 97/15 - BeckRS 2016, 13753; LG Hagen Urte. v. 18.10.2016 - 3 O 66/16 - BeckRS 2016, 18174; LG Hamburg Urte. v. 7.3.2018 - 329 O 105/17 - BeckRS 2018, 2981; LG Hamburg Urte. v. 20.4.2018 - 313 O 31/17 - BeckRS 2018, 11801; LG Krefeld Urte. v. 14.9.2016 - 2 O 83/16 - NJW-RR 2016, 1397, 1397 f.; LG Krefeld Urte. v. 14.9.2016 - 2 O 72/16 - BeckRS 2016, 16674; LG Krefeld Urte. v. 9.5.2019 - 5 O

Abweichung von der üblichen Beschaffenheit in der Fehlerhaftigkeit der für das jeweilige Fahrzeugmodell ausgestellten Übereinstimmungsbescheinigung.²⁶ Zusätzlich sieht es den merkantilen Minderwert, der aus dem Verdacht verborgener Qualitätsmängel infolge der Software resultiere, als eigenständigen Sachmangel an.²⁷ Wieder andere Gerichte sehen die Abweichung in dem vom Kraftfahrbundesamt bindend angeordneten Erfordernis der Durchführung eines Software-Updates, welches einen einheitlichen Modus für den Betrieb auf dem Prüfstand und den Betrieb im Straßenverkehr schafft.²⁸ Nach anderer Ansicht sei die Abweichung von der üblichen Beschaffenheit in der Nichteinhaltung der Emissionswerte der im Fahrzeugschein angegebenen EU-Abgasnorm im realen Verkehrsbetrieb zu sehen.²⁹ Einigkeit herrscht jedoch darüber, dass sich die Abweichung nicht mit einem Verstoß gegen die für den technischen Prüfstand geltenden öffentlich-rechtlichen Vorschriften begründen lässt, da sich der Käufer über deren Einhaltung beim Kauf regelmäßig keine Gedanken mache.³⁰

In den Fällen, in denen der Käufer dem Händler vor dem Rücktritt keine angemessene Frist zur Nacherfüllung gesetzt hatte, ließ die

141/18 - BeckRS 2019, 9181, Rn. 10; LG München I Ur. v. 14.4.2016 - 23 O 23033/15 - VuR 2016, 433, 434; LG München II Ur. v. 15.11.2016 - 12 O 1482/16 - BeckRS 2016, 124448; LG Neuruppin Ur. v. 24.5.2017 - 1 O 170/16 - BeckRS 2017, 149178; LG Oldenburg Ur. v. 1.9.2016 - 16 O 790/16 - BeckRS 2016, 15963; LG Paderborn Ur. v. 17.5.2016 - 2 O 381/15 - BeckRS 2016, 16658; LG Paderborn Ur. v. 9.6.2016 - 3 O 23/16 - FD-StrVR 2016, 380506; LG Ravensburg Ur. v. 9.1.2018 - 2 O 171/17 - BeckRS 2018, 358, Rn. 22 ff; LG Regensburg Ur. v. 4.1.2017 - 7 O 967/16 - BeckRS 2017, 149179, Rn. 24; *Van Lück*, VuR 2019, 8, 8 f.; *Ring*, NJW 2016, 3121, 3122; *Staudinger/Ruks*, NJW 2019, 1179, 1179 f.; *Schrader/Engstler*, MMR 2018, 356; *Witt*, NJW 2017, 3681, 3682; *Steenbuck*, MDR 2016, 185, 186.

²⁶ LG Ravensburg Ur. v. 9.1.2018 - 2 O 171/17 - BeckRS 2018, 358, Rn. 22 ff.

²⁷ LG Ravensburg Ur. v. 9.1.2018 - 2 O 171/17 - BeckRS 2018, 358, Rn. 22 ff.

²⁸ LG Frankenthal Ur. v. 12.5.2016 - 8 O 208/15 - VersR 2016, 1516, 1516; LG Oldenburg Ur. v. 1.9.2016 - 16 O 790/16 - BeckRS 2016, 15963.

²⁹ OLG München Ur. v. 3.7.2017 - 21 U 4818/16 - BeckRS 2017, 119589, Rn. 18; *MükoBGB/Westermann*, § 434, Rn. 62.

³⁰ LG Lüneburg Ur. v. 2.6.2016 - 4 O 3/16 - BeckRS 2016, 17486; LG Paderborn Ur. v. 9.6.2016 - 3 O 23/16 - FD-StrVR 2016, 380506; LG Paderborn Ur. v. 17.5.2016 - 2 O 381/15 - BeckRS 2016, 16658; LG Braunschweig Ur. v. 12.10.2016 - 4 O 202/16 - BeckRS 2016, 17706; LG Krefeld Ur. v. 14.9.2016 - 2 O 83/16 - NJW-RR 2016, 1397, 1397 f.; LG Dortmund Ur. v. 12.5.2016 - 25 O 6/16 - BeckRS 2016, 12836.

weit überwiegende Rechtsprechung das Rücktrittsrecht aufgrund der fehlenden Entbehrlichkeit einer solchen Frist scheitern. Die Entbehrlichkeit der Frist wird dabei unter verschiedenen Gesichtspunkten diskutiert, was davon abhängt, ob der Mangel jeweils für behebbar oder für unbehebbar gehalten wird:

Zum Teil nehmen die Gerichte an, der Mangel sei durch das vom Hersteller entwickelte Software-Update im Wege der Nacherfüllung behebbar.³¹ Dies wird damit begründet, dass das Update die Software außer Kraft setze, mit der Folge, dass nunmehr der reale Emissionsausstoß des Fahrzeugs auf dem technischen Prüfstand abgebildet würde. Daran anknüpfend wird thematisiert, ob besondere Umstände im Sinne von § 323 Abs. 2 Nr. 3 BGB vorliegen, die unter Abwägung der beiderseitigen Interessen den sofortigen Rücktritt rechtfertigen. Dies wird jedoch zumeist mit der Begründung abgelehnt, dass der Vertragshändler selbst nicht arglistig gehandelt hätte und ihm das arglistige Herstellerverhalten nicht zugerechnet werden könne.³² Darüber hinaus komme es im Rahmen von § 323 Abs. 2 Nr. 3 BGB auf das Vertrauensverhältnis zwischen Käufer und Vertragshändler an, welches durch das Verhalten des Herstellers nicht beeinträchtigt werde.³³ Eine Entbehrlichkeit der Fristsetzung wegen Unzumutbarkeit der Nacherfüllung durch das Software-Update gemäß § 440 S. 1 Fall 3 BGB wird von der Rechtsprechung uneinheitlich beurteilt. Sie wird zum Teil mit der Begründung abgelehnt, es käme durch das Software-Update zu keinerlei funktionellen Beeinträchtigungen am Fahrzeug und das Fahrzeug verfüge weiterhin über alle erforderlichen Genehmigungen für die

³¹ z.B. OLG Köln Beschl. v. 20.12.2017 - 18 U 112/17 - NJW-RR 2018, 373, Rn. 39; OLG München Urtr. v. 3.7.2017 - 21 U 4818/16 - NJW-RR 2017, 1238, Rn. 25; OLG Koblenz Hinweisbeschl. v. 27.9.2017 - 2 U 4/17 - NJW-RR 2018, 376, Rn. 18; LG Dortmund Urtr. v. 12.5.2016 - 25 O 6/16 - BeckRS 2016, 12836.

³² OLG Koblenz Hinweisbeschl. v. 27.9.2017 - 2 U 4/17 - NJW-RR 2018, 376, Rn. 29; OLG München Urtr. v. 3.7.2017 - 21 U 4818/16 - NJW-RR 2017, 1238, Rn. 20; LG Braunschweig Urtr. v. 6.2.2018 - 11 O 1175/17 - BeckRS 2018, 1577, Rn. 79; LG Düsseldorf Urtr. v. 23.8.2016 - 6 O 413/15 - MMR 2017, 198, Rn. 32; LG Frankenthal Urtr. v. 12.5.2016 - 8 O 208/15 - BeckRS 2016, 8996; LG Paderborn Urtr. v. 9.6.2016 - 3 O 23/16 - BeckRS 2016, 13271, Rn. 31.

³³ LG Paderborn Urtr. v. 17.5.2016 - 2 O 381/15 - BeckRS 2016, 16658; LG Paderborn Urtr. v. 9.6.2016 - 3 O 23/16 - BeckRS 2016, 13271, Rn. 32.

Nutzung im öffentlichen Straßenverkehr, da die Straßenverkehrsbehörde aufgrund der Vielzahl der betroffenen Fahrzeuge von einer Stilllegung abgesehen hat.³⁴ Nach anderer Ansicht ergebe sich die Unzumutbarkeit der Nacherfüllung aus der Entstehung von Folgemängeln am Fahrzeug und aus dem auch nach der Durchführung des Software-Updates verbleibenden merkantilen Minderwert.³⁵

Zu der Frage eines Nacherfüllungsanspruchs des Käufers sind in jüngerer Vergangenheit einige höchstrichterliche Entscheidungen ergangen, die für die vorliegende Arbeit mangels neuer Erkenntnisse zu der im Zentrum stehenden Mangelfrage zwar nicht von unmittelbarer Bedeutung sind, aber gleichwohl Erwähnung finden sollen:

In zwei Urteilen vom 21. Juli 2021³⁶ hat der Bundesgerichtshof den Nacherfüllungsanspruch mit der Begründung verneint, dass eine Nacherfüllung durch Lieferung des Nachfolgermodells unmöglich gemäß § 275 Abs. 1 BGB sei. Denn der Käufer habe sein auf Lieferung des Nachfolgermodells gerichtetes Nacherfüllungsbegehren nicht innerhalb des als sach- und interessengerecht anzusehenden Zeitraums von zwei Jahren beginnend ab dem für die Willensbildung maßgeblichen Zeitpunkt des Kaufvertragsschlusses, der sich an der regelmäßigen kaufrechtlichen Verjährungsfrist nach § 438 Abs. 1 Nr. 3 BGB orientiert, geltend gemacht. Insoweit unterliege die Beschaffungspflicht des Verkäufers bezüglich eines Nachfolgermodells Grenzen. Sie dürfe nicht zulasten des

³⁴ OLG München Ur. v. 3.7.2017 - 21 U 4818/16 - NJW-RR 2017, 1238, Rn. 21; OLG Koblenz Hinweisbeschl. v. 27.9.2017 - 2 U 4/17 - NJW-RR 2018, 376, Rn. 27; LG Frankenthal Ur. v. 12.5.2016 - 8 O 208/15 - BeckRS 2016, 8996; LG Paderborn Ur. v. 9.6.2016 - 3 O 23/16 - BeckRS 2016, 13271, Rn. 25.

³⁵ LG Arnsberg Ur. v. 12.5.2017 - 2 O 264/16 - NJW-RR 2017, 945, Rn. 42; LG Bückeburg Ur. v. 11.1.2017 - 2 O 39/16 - BeckRS 2017, 102958; LG Krefeld Ur. v. 14.9.2016 - 2 O 83/16 - NJW-RR 2016, 1397; LG Krefeld Ur. v. 14.9.2016 - 2 O 72/16 - BeckRS 2016, 16674; LG Krefeld Ur. v. 9.5.2019 - 5 O 141/18 - BeckRS 2019, 9181, Rn. 15; LG München II Ur. v. 15.11.2016 - 12 O 1482/16 - BeckRS 2016, 124448.

³⁶ BGH Ur. v. 21.7.2021 - VIII ZR 118/20 - BeckRS 2021, 23308; BGH Ur. v. 21.7.2021 - VIII ZR 254/20 - NJW 2021, 2958.

Verkäufer zu weit ausgedehnt werden, denn anderenfalls würde der Verkäufer bei einem erst nach Ablauf des genannten Zeitraums gestellten Nachlieferungsbegehren der Gefahr ausgesetzt, ein höherwertiges und dementsprechend teureres Nachfolgermodell liefern zu müssen, ohne für das ursprünglich gelieferte Fahrzeug, welches infolge seiner jahrelangen Nutzung einen erheblichen Wertverlust erlitten hat, einen Nutzungs- oder Wertersatz verlangen zu können. In den zur Entscheidung stehenden Fällen war der Zweijahreszeitraum erheblich überschritten, da zwischen dem Abschluss des Kaufvertrages und der erstmaligen Geltendmachung des Nacherfüllungsanspruchs durch den Käufer fast acht Jahre³⁷ bzw. mehr als acht Jahre³⁸ vergangen waren. Nach einem solch erheblichen Zeitraum sei die Nacherfüllung durch Lieferung eines Nachfolgermodells unmöglich gemäß § 275 Abs. 1 BGB.

In einem Beschluss vom 8. Dezember 2021³⁹ hat der Bundesgerichtshof entschieden, dass der Käufer eines Dieselfahrzeuges mit einer die Abgaswerte beeinflussenden Software seiner Substantiierungspflicht damit genüge, dass er durch das Software-Update entstehende Folgeschäden in Form geringerer Leistungsfähigkeit des Motors bzw. erhöhter Verbrauchswerte, eines stärkeren Verschleißes des Dieselpartikelfilters, Versottungserscheinungen am Abgasrückführungsventil sowie durch kürzere Wartungsintervalle aufgrund gestiegenen Kontrollbedarfs höhere Wartungskosten, sowie die Entstehung eines merkantilen Minderwertes des Fahrzeuges schlüssig behauptet und auf entsprechende Vermutungen stützt. Die Behauptungen von ungewissen Auswirkungen eines Software-Updates, eines Vertrauensverlustes in den Fahrzeughersteller sowie eines erheblichen Wertverlustes der betroffenen Fahrzeuge stellen nach Ansicht des Bundesgerichtshofes substantiierten Sachvortrag dar. Das Berufungsgericht hatte es in diesem Zusammenhang als klägerische

³⁷ BGH Urt. v. 21.7.2021 - VIII ZR 254/20 - NJW 2021, 2958.

³⁸ BGH Urt. v. 21.7.2021 - VIII ZR 118/20 - BeckRS 2021, 23308.

³⁹ BGH Beschl. v. 8.12.2021 - VIII ZR 280/20 - NJW 2022, 935.

Pflicht angesehen, nachvollziehbar darzulegen, dass sich der Preis des in Rede stehenden Fahrzeugtyps im Vergleich zum Gesamtmarkt für Dieselfahrzeuge oder zum Markt für andere als mit dem streitgegenständlichen Motor ausgerüstete Fahrzeuge der Volkswagen AG ungünstiger entwickelt habe. Diese Anforderungen des Berufungsgerichts hielt der Bundesgerichtshof in seinem Beschluss jedoch ausdrücklich für überspannt.⁴⁰ Denn eine derartige Darlegung wäre nur aufgrund einer umfassenden Marktanalyse möglich, die den Kläger in der Sache dazu zwänge, ein privates Gutachten einzuholen. Da der Kläger mangels eigener Sachkunde und mangels hinreichenden Einblicks in die komplexen technischen Zusammenhänge, insbesondere die Funktionsweise des Software-Updates, keine genaue Kenntnis von dessen Auswirkungen haben kann, könne ihm eine weitere Substantiierung nicht zugemutet werden. Ferner stellt der Bundesgerichtshof in diesem Beschluss klar, dass der Kläger das ihm zustehende Wahlrecht zwischen Nachbesserung und Ersatzlieferung wirksam zugunsten einer Neulieferung ausgeübt hat.⁴¹ Indem der Kläger erklärte, er habe das Software-Update lediglich nach einer Aufforderung des Kraftfahrtbundesamtes aufspielen lassen, könne gerade nicht angenommen werden, dass er von seinem Ersatzlieferungsverlangen abgerückt sei und nunmehr mit einer Nachbesserung einverstanden wäre. Dieser Beschluss des Bundesgerichtshofes trägt der Schutzwürdigkeit des Dieselnkäufers vor dem Hintergrund des zwischen ihm und dem Verkäufer sowie dem Hersteller bestehenden erheblichen Informationsgefälles in begrüßenswerter Weise Rechnung.

In einem Urteil vom 8. Dezember 2021⁴² hat der Bundesgerichtshof dem Käufer einen Nacherfüllungsanspruch zugesprochen. Das Urteil thematisiert die Frage, inwieweit der Käufer die Nachlieferung eines Nachfolgermodells nur gegen Leistung einer angemessenen Zuzahlung von dem Verkäufer verlangen kann. Um

⁴⁰ BGH Beschl. v. 8.12.2021 - VIII ZR 280/20 - NJW 2022, 935.

⁴¹ BGH Beschl. v. 8.12.2021 - VIII ZR 280/20 - NJW 2022, 935.

⁴² BGH Urt. v. 08.12.2021 - VIII ZR 190/19 - NZG 2022, 620.

diese Frage zu beantworten sei im Wege der ergänzenden Vertragsauslegung zu ermitteln, ob die Parteien zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses die Ersatzlieferung eines Nachfolgermodells übereinstimmend nur gegen eine solche vom Käufer zu leistende angemessene Zuzahlung als austauschbar mit dem ursprünglichen mangelhaften Fahrzeug angesehen haben. Dabei hält der Bundesgerichtshof an seiner bisherigen Rechtsprechung fest, wonach dies nur bei einem erheblichen Mehrwert des Nachfolgermodells anzunehmen sei, welcher nur vorliegt, wenn der Listenpreis des Nachfolgermodells im Vergleich zum Vorgängermodell um mindestens 25 Prozent angestiegen sei.⁴³ In der Regel sei dann eine Zuzahlung in Höhe eines Drittels der Differenz angemessen, in Ausnahmefällen könne auch eine höhere Zuzahlung angemessen sein, die jedoch die Hälfte der Differenz nicht überschreiten dürfe.⁴⁴ In dem zur Entscheidung stehenden Fall hatte sich der Verkäufer zusätzlich auf die Einrede der relativen Unverhältnismäßigkeit nach § 439 Abs. 3 BGB berufen. Dem ist der Bundesgerichtshof jedoch nicht gefolgt, da der Verkäufer nicht hinreichend substantiiert dargelegt hatte, dass die durch das Software-Update angebotene Nachbesserung das Fahrzeug in einen mangelfreien Zustand versetzen wird. Bei der Freiheit der Kaufsache von Mängeln handele es sich um eine negative Tatsache, für die der Käufer die sekundäre Darlegungslast trage. Dieser genüge der Käufer dann, wenn er schlüssig vortrage, aus welchem Grund die angebotene Nachbesserung nicht zur Mangelfreiheit des Fahrzeugs führt. Da von ihm mangels eigener Sachkunde und mangels Einblicks in die komplexen technischen Zusammenhänge keine genaue Kenntnis von den Auswirkungen des Software-Updates verlangt werden könne, genüge es, wenn der Käufer sich insoweit auf vermutete Tatsachen stützt. Der Verkäufer genüge seiner Darlegungs- und Beweislast bereits dann, wenn er die vom Käufer konkret vorgetragene Umstände widerlegt.

⁴³ BGH Urt. v. 08.12.2021 - VIII ZR 190/19 - NZG 2022, 620.

⁴⁴ BGH Urt. v. 08.12.2021 - VIII ZR 190/19 - NZG 2022, 620.

In einem jüngeren Urteil⁴⁵ hat der Bundesgerichtshof den Nacherfüllungsanspruch unter Verweis auf seinen wegweisenden Hinweisbeschluss vom 8. Januar 2019⁴⁶ ebenfalls bejaht. Auch in diesem Urteil weist der Bundesgerichtshof darauf hin, dass die Frage, ob eine Nachlieferung durch Lieferung eines Nachfolgermodelles möglich ist, von einer interessengerechten Auslegung des Kaufvertrages abhängt.⁴⁷

Ein anderer Teil der Gerichte hält den Mangel für unbehebbar und diskutiert die Entbehrlichkeit der Fristsetzung daher aufgrund einer Unmöglichkeit der Nacherfüllung gemäß § 326 Abs. 5 BGB. Die Unbehebbarkeit folge daraus, dass das vom Hersteller entwickelte Software-Update die betroffenen Fahrzeuge nicht in einen mangelfreien Zustand versetze. Dazu wird angeführt, das Software-Update enthalte eine sog. Thermofenster-Programmierung, die bewirke, dass die Abgasreinigung nur in einem Temperaturfenster zwischen 10 und 32 Grad Celsius ordnungsgemäß funktioniere und das Fahrzeug erreiche außerhalb dieses Thermofensters gerade nicht die vorgegebenen Abgaswerte.⁴⁸ Die Unmöglichkeit der Mangelbeseitigung wird darüber hinaus wiederum mit dem begründeten Verdacht möglicher Folgemängel nach Aufspielen des Software-Updates⁴⁹ und einem ohnehin verbleibenden merkantilen Minderwert begründet.⁵⁰ Die Lieferung eines neuen Fahrzeuges wird zum Teil mit der Begründung als unmöglich angesehen, dass zum Zeitpunkt der Rücktrittserklärung durch den Käufer das konkrete Fahrzeugmodell nicht mehr produziert wird, vielmehr bereits ein Nachfolgermodell auf den Markt getreten ist, welches im Verhältnis zu dem vertraglich geschuldeten Fahrzeugmodell ein

⁴⁵ BGH Urt. v. 04.05.2022 - VIII ZR 50/20 - BeckRS 2022, 13175.

⁴⁶ BGH Hinweisbeschl. v. 8.1.2019 - VIII ZR 225/17 - NJW 2019, 1133.

⁴⁷ BGH Urt. v. 04.05.2022 - VIII ZR 50/20 - BeckRS 2022, 13175.

⁴⁸ So z.B. LG Düsseldorf Urt. v. 31.7.2019 - 7 O 166/18 - BeckRS 2018, 17163.

⁴⁹ z.B. OLG Saarbrücken Urt. v. 28.8.2019 - 2 U 94/18 - BeckRS 2019, 20813, Rn. 8; LG Essen Urt. v. 19.10.2017 - 9 O 33/17 - BeckRS 2017, 138908, Rn. 18; LG Krefeld Urt. v. 4.10.2017 - 2 O 19/17 - BeckRS 2017, 127360, Rn. 36; LG Baden-Baden Urt. v. 27.4.2017 - 3 O 387/16 - BeckRS 2017, 147291, Rn. 45.

⁵⁰ OLG Celle Urt. v. 30.6.2016 - 7 W 26/16 - VersR 2016, 1515, 1515 f.; LG Heilbronn Urt. v. 15.8.2017 - 9 O 111/16 - BeckRS 2017, 122952, Rn. 20 ff.; *Ring*, SVR 2017, 441, 443.

im Rahmen der Nacherfüllung nicht geschuldetes „aliud“ darstellt.⁵¹ Dem tritt ein Teil der Rechtsprechung, dem sich auch der BGH in seinem Hinweisbeschluss angeschlossen hat, mit der Begründung entgegen, dass das Nachfolgermodell seinen Vorgänger auf dem Markt gerade ersetzen soll und in aller Regel die charakteristischen Eigenschaften des jeweiligen Modells beibehalten werden, auch wenn einzelne Fahrzeugeigenschaften optimiert und optische Anpassungen vorgenommen werden.⁵²

Weiterhin ist in Rechtsprechung und Literatur stark umstritten, ob der Mangel als unerheblich zu bewerten und ein Rücktrittsrecht daher gemäß § 323 Abs. 5 S. 2 BGB ausgeschlossen ist. Vor der Entwicklung und Genehmigung des Software-Updates wird die Unerheblichkeit vielfach unter Verweis auf die bestehende Ungewissheit, ob und wann eine technische Lösung zur Beseitigung der Software entwickelt werden kann, verneint.⁵³ Nach der Entwicklung und Genehmigung des Software-Updates wird die Unerheblichkeit weit überwiegend bejaht.⁵⁴ Dafür wird angeführt, dass das Aufspielen des Software-Updates nur in etwa eine Stunde in Anspruch nimmt und die Kosten pro Fahrzeug nicht mehr als

⁵¹ OLG Hamburg Urst. v. 21.12.2018 - 11 U 55/18 - DAR 2019, 85, 87; OLG Karlsruhe Hinweisbeschl. v. 6.12.2018 - 17 U 4/18 - BeckRS 2018, 35868, Rn. 28; OLG Düsseldorf Urst. v. 9.11.2018 - I-22 U 2/18 - NJW-RR 2019, 310, 313, Rn. 56 ff.; OLG Jena Urst. v. 15.8.2018 - 7 U 721/17 - NZV 2018, 571, Rn. 45 ff.; OLG München Hinweisbeschl. v. 2.7.2018 - 8 U 1710/17 - NJW-RR 2019, 248, 250, Rn. 27 ff.; OLG Köln Beschl. v. 6.3.2018 - 16 U 110/07 - BeckRS 2018, 8837, Rn. 8; OLG Bamberg Hinweisbeschl. v. 2.8.2017 - 6 U 5/17 - DAR 2018, 143, 144; OLG Nürnberg Urst. v. 15.12.2011 - 13 U 1161/11 - BeckRS 2011, 141920, Rn. 37 ff.; *Steenbuck*, MDR 2016, 185, 187.

⁵² BGH Hinweisbeschl. v. 8.1.2019 - VIII ZR 225/17, NJW 2019, 1133, Rn. 36; LG Hamburg Urst. v. 20.04.2018 - 313 O 31/17 - BeckRS 2018, 11801, Rn. 26 ff.; LG Hamburg Urst. v. 07.03.18 - 329 O 105/17 - DAR 2018, 273, 276 f.; LG Offenburg Urst. v. 21.03.2017 - 3 O 77/16 - VuR 2017, 269, 271; LG Ravensburg Urst. v. 6.3.2018 - 2 O 96/17 - BeckRS 2018, 39652, Rn. 35 ff.; *Ball*, DAR 2019, 481, 483; *van Lück*, VuR 2019, 8, 9.

⁵³ z.B. OLG Köln Beschl. v. 12.3.2018 - 27 U 13/17 - BeckRS 2018, 11323, Rn. 45; LG Bückeburg Urst. v. 11.1.2017 - 2 O 39/16 - BeckRS 2017, 102958.

⁵⁴ So z.B. OLG Koblenz Hinweisbeschl. v. 27.9.2017 - 2 U 4/17 - NJW-RR 2018, 376, Rn. 16; OLG Koblenz Urst. v. 6.6.2019 - 1 U 1552/18 - BeckRS 2019, 11361, Rn. 8; OLG München Urst. v. 3.7.2017 - 21 U 4818/16 - NJW-RR 2017, 1238; LG Bochum Urst. v. 16.3.2016 - 2 O 424/15 - <https://openjur.de/u/2157965.html>, Rn. 21; LG Braunschweig Urst. v. 6.2.2018 - 11 O 1175/17 - BeckRS 2018, 1577; LG Dortmund Urst. v. 12.5.2016 - 25 O 6/16 - BeckRS 2016, 12836; LG Münster Urst. v. 14.3.2016 - 11 O 341/15 - BeckRS 2016, 6090; *JurisPK-BGB/Beckmann*, Band 2, § 323, Rn. 88; *BeckOGK-BGB/Looschelders*, § 323, Rn. 303.

100 Euro betragen.⁵⁵ Weiterhin wird argumentiert, dass die betroffenen Fahrzeuge in technischer Hinsicht voll funktionsfähig seien und uneingeschränkt weiter genutzt werden könnten.⁵⁶ Von den Teilen der Rechtsprechung, die den Eintritt von Folgemängeln nach Aufspielen des Updates für wahrscheinlich halten und einen merkantilen Minderwert annehmen, wird die Unerheblichkeit des Mangels bereits aus diesen Gründen verneint.⁵⁷ Allerdings begründet keiner der genannten Vertreter die Erheblichkeit des Mangels mit einem arglistigen Verhalten des Vertragspartners. Eine eigene Arglist wird einhellig mit der Begründung abgelehnt, die Vertragshändler hätten von der verbauten Software keinerlei Kenntnis gehabt.⁵⁸ Eine Zurechnung des arglistigen Herstellerverhaltens an den Vertragshändler wird mangels einschlägiger Zurechnungsnorm in der Rechtsprechung überwiegend abgelehnt.⁵⁹ Insbesondere sei § 123 Abs. 2 S. 1 BGB nicht anwendbar, da der Hersteller im Verhältnis zum Vertragshändler als Dritter anzusehen sei.⁶⁰ Dies wird vorwiegend mit der rechtlichen Selbstständigkeit des Vertragshändlers und mit

⁵⁵ OLG Köln Beschl. v. 20.12.2017 - 18 U 112/17 - NJW-RR 2018, 373, Rn. 39; LG Bochum Urte. v. 16.3.2016 - 2 O 424/15 - <https://openjur.de/u/2157965.html>, Rn. 21; *Jaensch*, jM 2019, 323.

⁵⁶ LG Bochum Urte. v. 16.3.2016 - 2 O 424/15 - <https://openjur.de/u/2157965.html>, Rn. 26; LG Dortmund Urte. v. 12.5.2016 - 25 O 6/16 - BeckRS 2016, 12836.

⁵⁷ So z.B. LG Hagen Urte. v. 18.10.2016 - 3 O 66/16 - BeckRS 2016, 18174; LG Hamburg Urte. v. 7.3.2018 - 329 O 105/17 - BeckRS 2018, 2981, Rn. 41; LG Krefeld Urte. v. 14.9.2016 - 2 O 83/16 - NJW-RR 2016, 1397; LG München I Urte. v. 14.4.2016 - 23 O 23033/15 - BeckRS 2016, 10952, Rn. 40.

⁵⁸ Z.B. OLG Koblenz Urte. v. 7.9.2017 - 1 U 302/17 - NJW-RR 2018, 54, Rn. 30 ff.; OLG München Urte. v. 3.7.2017 - 21 U 4818/16 - NJW-RR 2017, 1238, Rn. 15; LG Braunschweig Urte. v. 6.2.2018 - 11 O 1175/17 - BeckRS 2018, 1577, Rn. 78.

⁵⁹ z.B. OLG Köln Hinweisbeschl. v. 4.6.2018 - 16 U 173/17 - BeckRS 2018, 19739, Rn. 7; OLG Brandenburg Urte. v. 18.7.2017 - 2 U 39/16 - DAR 2018, 145, 146; OLG Koblenz Urte. v. 7.9.2017 - 1 U 302/17 - NJW-RR 2018, 54, Rn. 27 ff.; OLG Koblenz Hinweisbeschl. v. 27.9.2017 - 2 U 4/17 - NJW-RR 2018, 376, Rn. 29; OLG München Urte. v. 3.7.2017 - 21 U 4818/16 - NJW-RR 2017, 1238, Rn. 20; LG Braunschweig Urte. v. 6.2.2018 - 11 O 1175/17 - BeckRS 2018, 1577, Rn. 79; LG Düsseldorf Urte. v. 23.8.2016 - 6 O 413/15 - MMR 2017, 198, Rn. 32; LG Frankenthal Urte. v. 12.5.2016 - 8 O 208/15 - BeckRS 2016, 8996; LG Paderborn Urte. v. 9.6.2016 - 3 O 23/16 - BeckRS 2016, 13271, Rn. 31.

⁶⁰ OLG Karlsruhe Urte. v. 18.7.2019 - 17 U 160/18 - BeckRS 2019, 14948, Rn. 43 ff.; OLG Düsseldorf Hinweisbeschl. v. 30.5.2017 - I-22 U 52/17 - BeckRS 2017, 119626, Rn. 12; OLG Celle Beschl. v. 30.6.2016 - 7 W 26/16 - BeckRS 2016, 13999, Rn. 8.

dessen gegenüber dem Hersteller eigenständigen Gewinninteressen begründet.⁶¹

Zumeist von den Gerichten nicht mehr angesprochen wird ein möglicher Gewährleistungsausschluss gemäß § 442 BGB aufgrund einer den Käufer treffenden Mangelkenntnis.⁶² Allerdings entschied der Bundesgerichtshof im Zusammenhang mit deliktischen Ansprüchen gegen den Hersteller, dass solche Käufer, die ihre Fahrzeuge erst nach der Veröffentlichung der Ad-hoc Mitteilung durch die Volkswagen AG am 22. September 2015 erwarben, sich nicht mehr auf die eigene Arglosigkeit bezüglich des Mangels berufen können.⁶³ Vor diesem höchstrichterlichen Urteil wurde ein Entfallen der Arglosigkeit des Käufers infolge der Ad-hoc Mitteilung nahezu einheitlich abgelehnt.⁶⁴

Der Großteil der Gerichte wendet auf den Nacherfüllungsanspruch des Käufers gegen den Vertragshändler die zweijährige kaufrechtliche Verjährungsfrist aus § 438 Abs. 1 Nr. 3 BGB an und kommt zu dem Ergebnis, dass der Rücktritt infolge der Verjährung des Nacherfüllungsanspruchs gemäß § 218 BGB unwirksam ist. Einzig das Landgericht Trier wendet die dreijährige Regelverjährungsfrist an und ist der Ansicht, dass eine Kenntnis des Käufers von den anspruchsbegründenden Umständen sowie der Person des Schuldners erst nach einem höchstrichterlichen Urteil in den Dieselfällen angenommen werden kann.⁶⁵

⁶¹ So z.B. OLG München Urt. v. 11.9.2019 - 17 U 3109/19 - BeckRS 2019, 26530, Rn. 21; OLG Köln Hinweisbeschl. v. 14.6.2018 - 5 U 82/17 - BeckRS 2018, 21349, Rn. 8; OLG Köln Beschl. v. 16.3.2018 - 16 U 110/17 - BeckRS 2018, 8837, Rn. 8; OLG Hamm Beschl. v. 18.5.2017 - 2 U 39/17 - BeckRS 2017, 115495, Rn. 5. OLG Köln Beschl. v. 16.3.2018 - 16 U 110/17 - BeckRS 2018, 8837, Rn. 8.

⁶² Angenommen z.B. von OLG Naumburg Urt. v. 16.7.2019 - 3 U 14/19 - BeckRS 2019, 21325, Rn. 6.

⁶³ BGH Urt. v. 30.7.2020 - VI ZR 5/20 - NJW 2020, 2798, 2803, Rn. 35.

⁶⁴ Vgl. OLG Dresden Urt. v. 5.3.2020 - 10a U 1907/19 - BeckRS 2020, 3280, Rn. 39; OLG Brandenburg Urt. v. 11.2.2020 - 3 U 89/19 - BeckRS 2020, 1979, Rn. 89; OLG Karlsruhe Urt. v. 9.1.2020 - 17 U 133/19 - BeckRS 2020, 25, Rn. 58; OLG Köln Urt. v. 4.10.2019 - 19 U 98/19 - BeckRS 2019, 30559, Rn. 34; OLG Saarbrücken Urt. v. 28.8.2019 - 2 U 94/18 - BeckRS 2019, 20813, Rn. 8.

⁶⁵ LG Trier Urt. v. 19.9.2019 - 5 O 417/18 - BeckRS 2019, 24472, Rn. 45.

Zu der Frage der Verjährung sind in jüngerer Vergangenheit folgende interessante höchstrichterliche Entscheidungen ergangen, die auf den Themenkreis der vorliegenden Arbeit Ausstrahlungswirkung haben:

In dem oben genannten Urteil vom 4. Mai 2022 hatte sich der Bundesgerichtshof neben der Frage der Unmöglichkeit der Nacherfüllung zugleich mit der Frage der Verjährung zu beschäftigen⁶⁶: So sei die Verjährungsfrist im vorliegenden Fall mit Eingang eines Güteantrages bei der Streitbelegungsstelle gemäß § 204 Abs. 1 Nr. 4 HS 2, Abs. 2 S. 1 BGB gehemmt worden. Denn für die Rückwirkung der Verjährungshemmung auf diesen Zeitpunkt komme es auf die demnächst erfolgende Veranlassung der Bekanntgabe des Güteantrages an den Antragsgegner an. Maßgeblich für die Verjährungshemmung sei allein das aktenmäßig nachprüfbare Verhalten der Güte- beziehungsweise Streitbelegungsstelle und nicht die tatsächlich erfolgte Bekanntgabe des Antrags an den Antragsgegner. Sinn und Zweck sei der Schutz des Gläubigers, der nicht durch den Ablauf von Verjährungsfristen während des Verfahrens an der gerichtlichen Durchsetzung seines Anspruchs gehindert werden soll. Verzögerungen innerhalb des Geschäftsbetriebs der Güte- beziehungsweise Streitbelegungsstelle, die von dem Gläubiger nicht beeinflusst werden können, sollen nicht zu seinen Lasten gehen. Dem bezweckten Gläubigerschutz entspricht es, dass es lediglich auf die Veranlassung der Bekanntgabe und nicht auf die tatsächliche Bekanntgabe ankommt, da der Nachweis eines tatsächlich erfolgten Zugangs des Güteantrages beim Antragsgegner praktisch nur schwer geführt werden kann.

Mit der Frage der Verjährung beschäftigt sich auch ein neueres Urteil des Bundesgerichtshofs⁶⁷, wonach die regelmäßige Verjährungsfrist bei Schadensersatzansprüchen aus dem Erwerb eines vom Dieselskandal betroffenen Fahrzeugs mit dem Motor EA

⁶⁶ BGH Urt. v. 04.05.2022 - VIII ZR 50/20 - BeckRS 2022, 13175.

⁶⁷ BGH Urt. v. 09.05.2022 - VIa ZR 441/21 - NJW 2022, 2028.

189 spätestens mit Ablauf des 31.12.2016 beginne, da jedenfalls bis Ende des Jahres 2016 Veranlassung dazu bestanden habe, die Betroffenheit des eigenen Fahrzeugs zu ermitteln. In dem der Entscheidung zugrunde liegenden Fall ging es um einen von der die Abgasmessung beeinflussenden Software betroffenen Audi. Der Bundesgerichtshof stellt klar, dass für den Kläger ab dem Jahr 2015 die Möglichkeit bestanden habe, die Betroffenheit seines Fahrzeuges auf einer der von der Volkswagen-AG zur Verfügung gestellten Internetseiten zu überprüfen.⁶⁸ Die Ad-hoc Mitteilung vom 22. September 2015 habe sich auf den gesamten Volkswagen Konzern einschließlich der Fahrzeuge von Tochtergesellschaften - hier der Audi AG - bezogen. Aus diesem Grund vertritt der Bundesgerichtshof die Ansicht, der Kläger hätte bereits im Jahre 2016 ohne grobe Fahrlässigkeit Kenntnis davon erlangen müssen, dass sein Fahrzeug von der die Abgasmessung beeinflussenden Software betroffen ist.⁶⁹ Der Umstand, dass der Kläger in den Jahren 2015 und 2016 kein Anschreiben des Kraftfahrtbundesamtes über die Betroffenheit seines Fahrzeuges erhielt, begründe kein berechtigtes Vertrauen darauf, sein Fahrzeug sei nicht betroffen. Der Kläger hätte nach Ansicht des Bundesgerichtshofes vielmehr von der Medienberichterstattung über die Betroffenheit der Fahrzeuge der Volkswagen AG auch auf die Betroffenheit der Fahrzeuge der Tochtergesellschaft Audi AG schließen können.⁷⁰ Diese Entscheidung bezieht sich zwar unmittelbar nur auf Ansprüche aus der dem Deliktsrecht zuzuordnenden Vorschrift des § 826 BGB. Gleichwohl könnte ihr für den vorliegenden Kontext in der zukünftigen Diskussion eine gewisse Ausstrahlungswirkung zukommen.

Diese Ansicht zu der Frage des Verjährungsbeginns vertrat der Bundesgerichtshof auch in einem jüngeren Urteil vom 14. Juli 2022⁷¹: Die regelmäßige Verjährungsfrist aus § 195, 199 Abs. 1

⁶⁸ BGH Urt. v. 09.05.2022 - VIa ZR 441/21 - NJW 2022, 2028.

⁶⁹ BGH Urt. v. 09.05.2022 - VIa ZR 441/21 - NJW 2022, 2028.

⁷⁰ BGH Urt. v. 09.05.2022 - VIa ZR 441/21 - NJW 2022, 2028.

⁷¹ BGH Urt. v. 14.07.2022 - VII ZR 422/21 - NJW 2022, 3284.

BGB beginne mit Ablauf des Jahres 2016 und ende mit Ablauf des Jahres 2019. Eine grob fahrlässige Unkenntnis des Klägers von den anspruchsbegründenden Umständen und der Person des Schuldners im Sinne des § 199 Abs. 1 Nr. 2 Fall 2 BGB sei jedenfalls bis Ende 2016 anzunehmen. Denn aufgrund der Medienberichterstattung habe bis spätestens Ende 2016 die Veranlassung dazu bestanden, die Betroffenheit des eigenen Fahrzeuges mit Hilfe der zur Verfügung stehenden Internetseiten oder mittels eines Telefonanrufes beim Hersteller zu überprüfen. Maßgeblich sei, dass bereits von Anfang an auch die Betroffenheit von Fahrzeugen anderer Konzernmarken, wie Audi, Skoda und Seat Gegenstand der Medienberichterstattungen gewesen sei. Der fehlende Erhalt eines Informationsschreibens des Herstellers trotz Ankündigung begründe kein zeitlich unbegrenztes Vertrauen des Käufers darauf, sein Fahrzeug sei nicht betroffen. Darüber hinaus stellte der Bundesgerichtshof klar, dass dem Käufer eines Audis, dessen Motor mit der die Abgasmessung beeinflussenden Software versehen ist, kein Anspruch nach § 852 S. 1 BGB gegen die Volkswagen AG als Motorhersteller zukomme, wenn er das Fahrzeug ursprünglich als Neuwagen erworben hat. Die Haftung der Volkswagen AG nach dieser Vorschrift hatte der Bundesgerichtshof zuvor bereits für den Fall abgelehnt, dass der streitgegenständliche Audi von einem Vertragshändler als Gebrauchtwagen erworben wurde.⁷²

Diejenigen Gerichte, die ein Rücktrittsrecht bejahen, sind nahezu einhellig der Ansicht, dass die Käufer gemäß § 346 Abs. 1 S. 2 BGB zur Zahlung von Wertersatz für die gezogenen Nutzungen, mithin für die mit den Fahrzeugen jeweils zurückgelegten Kilometer, verpflichtet sind.⁷³ Einzig das Landgericht Augsburg⁷⁴

⁷² Vgl. BGH Urt. v. 10.02.2022 - VII ZR 679/21 - BeckRS 2022, 4167.

⁷³ z.B. OLG Schleswig Urt. v. 20.11.2019 - 9 U 12/19 - BeckRS 2019, 29053, Rn. 50; OLG Nürnberg Urt. v. 24.4.2018 - 6 U 409/17 - BeckRS 2018, 7699, Rn. 53; OLG Köln Beschl. v. 27.3.2018 - 18 U 134/17 - SVR 2018, 219, 221; OLG Köln Urt. v. 12.3.2018 - 27 U 13/17 - BeckRS 2018, 11323, Rn. 52; LG Trier Urt. v. 19.9.2019 - 5 O 417/18 - BeckRS 2019, 24472, Rn. 48; LG Krefeld Urt. v. 28.2.2018 - 7 O 10/17 - BeckRS 2018, 3412, Rn. 56; LG Arnsberg Urt. v.

und das Landgericht Essen⁷⁵ verneinen eine Anrechnung der gezogenen Nutzung für den Fall eines Schadensersatzanspruchs des Käufers gegen den Hersteller aus § 826 BGB mit der Begründung, dass der vorsätzlich sittenwidrig Handelnde nicht schutzwürdig sei.

Bislang fehlt es an einer höchstrichterlichen Entscheidung des Bundesgerichtshofes hinsichtlich der Frage nach einem Rücktrittsrecht der Käufer betroffener Dieselfahrzeuge. Das bislang einzige anhängige Revisionsverfahren vor dem Bundesgerichtshof wurde durch einen Vergleich beendet, woraufhin der Bundesgerichtshof den Hinweisbeschluss vom 8. Januar 2019 erließ, der jedoch keine Bindungswirkung für die untergeordneten Gerichte entfaltet.

14.6.2017 - 1 O 227/16 - BeckRS 2017, 114381, Rn. 38; LG Bückeburg Urt. v. 11.1.2017 - 2 O 39/16 - BeckRS 2017, 102958; *Bruns*, NJW 2019, 801, 802; *Steenbuck*, MDR 2016, 185, 187; *Ring*, SVR 2017, 441, 445; *Gutzeit*, JuS 2019, 649, 656.

⁷⁴ LG Augsburg Urt. v. 14.11.2018 - 021 O 4310/16 - BeckRS 2018, 33801.

⁷⁵ LG Essen Urt. v. 1.8.2019 - 3 O 402/18 - BeckRS 2019, 26163.

Teil III: Technische und wirtschaftliche Hintergründe des Einsatzes der die Abgasmessung beeinflussenden Software

Für eine rechtliche Bewertung der in Dieselfahrzeuge verbauten, die Abgasmessung beeinflussenden Software ist es sinnvoll, sich vorab einige technische sowie wirtschaftliche Zusammenhänge zu verdeutlichen.

Zunächst soll das fortbestehende Bedürfnis nach Dieselmotoren in der heutigen Zeit verdeutlicht werden, indem auf seine Vorteile im Vergleich zu mit Benzin betriebenen Ottomotoren eingegangen wird. Im Anschluss wird erläutert, welchen Anforderungen die Dieselmotoren der heutigen Zeit genügen müssen und herausgearbeitet, vor welchem Konflikt die Automobilindustrie steht. Daraufgehend werden der chemische Prozess der Abgasentwicklung im Dieselmotor sowie die heutzutage bestehenden Möglichkeiten der Abgasreinigung in Grundzügen dargestellt und dazu Stellung genommen, inwieweit der Konflikt sich mit den legalen Methoden der Abgasreinigung lösen lässt. Zuletzt wird die konkrete Wirkweise der die Abgasmessung beeinflussenden Software veranschaulicht und ermittelt, ob es sich um eine unzulässige Abschaltvorrichtung im Sinne von Art. 5 Abs. 1 FZV handelt.

A. Fortbestehendes Bedürfnis nach Dieselmotoren: Zahlreiche Vorteile im Vergleich zum Ottomotor

Noch heute gilt der Dieselmotor als rationellste Wärmekraftmaschine und wird europaweit in nahezu allen LKWs, aber auch in rund der Hälfte der in Deutschland hergestellten PKWs verbaut.⁷⁶ Diese Statistiken zeigen ein fortbestehendes Bedürfnis der Gesellschaft nach Dieselmotoren.

⁷⁶ FAZ, „Deutsche Diesel trotz allem beliebt“, Artikel vom 2.8.2019, <https://www.faz.net/aktuell/wirtschaft/auto-verkehr/neuzulassungen-deutsche-diesel-trotz-allem-beliebt-16314981.html>.

Dieses Bedürfnis lässt sich mit den zahlreichen Vorteilen begründen, die ein Fahrzeug mit Dieselmotor im Vergleich zu einem Fahrzeug mit Ottomotor bietet:

I. Höherer Wirkungsgrad bei geringerem Kraftstoffverbrauch

Zunächst weist ein Dieselfahrzeug generell einen geringeren Kraftstoffverbrauch auf als ein vergleichbares Fahrzeug mit Ottomotor. Durch die hohe Verbrennungstemperatur und den hohen Druck, der während der Einspritzung des Dieselmotorkraftstoffes im Zylinderraum herrscht, wird der Kraftstoff feiner zerstäubt, sodass insgesamt mit weniger Kraftstoff ein höherer Wirkungsgrad des Motors erreicht wird.⁷⁷ Daraus folgt, dass man bei einem Dieselfahrzeug regelmäßig einen kleineren Tank⁷⁸ benötigt als bei einem Fahrzeug mit Ottomotor, was das Gesamtgewicht des Fahrzeuges verringert und sich so zusätzlich positiv auf den Kraftstoffverbrauch auswirkt. Umgekehrt kann formuliert werden, dass ein Dieselmotor mit einer gleichen Menge an Kraftstoff einen höheren Wirkungsgrad erreicht als ein Ottomotor.

II. Höhere Effizienz von Dieselfahrzeugen bei Vielfahrern

Trotz der bei Dieselfahrzeugen höheren Steuerbelastung⁷⁹ und dem im Verhältnis zu Fahrzeugen mit Ottomotoren leicht höheren Anschaffungspreis⁸⁰ erzielen Fahrzeugeigentümer, die viele Kilometer zurücklegen, aufgrund des geringeren Kraftstoffverbrauches sowie des in der Regel geringeren Preises pro Liter Kostenvorteile. Je mehr Kilometer pro Jahr mit einem

⁷⁷ Koch, Diesel - eine sachliche Bewertung der aktuellen Debatte, S. VII.

⁷⁸ Focus Online, „Diesel oder Benziner“, Artikel vom 14.5.2019, https://praxistipps.focus.de/diesel-oder-benziner-vor-und-nachteile-beider-fahrzeugtypen_110793.

⁷⁹ ADAC, „Diesel und Benziner im Kostenvergleich“, Artikel vom 19.5.2020, <https://www.adac.de/rund-ums-fahrzeug/auto-kaufen-verkaufen/autokosten/diesel-oder-benziner/>.

⁸⁰ ADAC, „Diesel und Benziner im Kostenvergleich“, Artikel vom 19.5.2020, <https://www.adac.de/rund-ums-fahrzeug/auto-kaufen-verkaufen/autokosten/diesel-oder-benziner/>.

Fahrzeug zurückgelegt werden sollen, desto eher lohnt sich ein Dieselfahrzeug aus finanzieller Sicht.

Daraus folgt, dass Dieselfahrzeuge insbesondere für Gewerbetreibende, bei denen Fahrten mit dem Kraftfahrzeug einen wesentlichen Bestandteil ihrer Tätigkeit darstellen, interessant sind. Als Beispiele zu nennen sind Transportunternehmen, Taxiunternehmen, sowie solche Unternehmen, die Mitarbeiter im Außendienst beschäftigen (Handwerksbetriebe, Versicherungsunternehmen, Handelsvertreter).

Aber auch für Pendler, die täglich einen längeren Weg zur Arbeit zurückzulegen haben, rechnet sich die Anschaffung eines Dieselfahrzeuges.

III. Längere Haltbarkeit von Dieselmotoren

Einen weiteren Vorteil im Vergleich zum Ottomotor bildet die längere Haltbarkeit von Dieselmotoren. In der Regel lassen sich mit einem Dieselfahrzeug deutlich höhere Kilometerstände erzielen, als mit einem Benzinfahrzeug. Dies resultiert zum einen daraus, dass Dieselfahrzeuge mit einer gegenüber Benzinfahrzeugen deutlich geringeren Drehzahl betrieben werden. Zum anderen werden für die Konstruktion von Dieselmotoren robustere Werkstoffe verwendet, da den Herstellern bekannt ist, dass bei der Verbrennung von Dieselmotoren höhere Temperaturen sowie größerer Druck im Zylinderraum entstehen.⁸¹ So kann bei einem Dieselfahrzeug in der heutigen Zeit ohne weiteres eine Laufleistung bis zu 300.000 Kilometern erwartet werden.⁸²

⁸¹ Zeit Online, „Der Dieselmotor hat die besten Tage hinter sich“, Artikel vom 8.6.2012, <https://www.zeit.de/auto/2012-06/diesel-zukunft/seite-2>.

⁸² Eine Gesamtleistung von 300.000 Kilometern wurde bereits von OLG Hamm Urt. v. 30.5.2017 - 28 U 198/16 - BeckRS 2017, 114352, Rn. 26; LG Krefeld Urt. v. 28.2.2018 - 7 O 10/17 - BeckRS 2018, 3412, Rn. 57 und LG Paderborn Urt. v. 7.4.2017 - 2 O 118/16 - BeckRS 2017, 108460, Rn. 54 vertreten. OLG Karlsruhe Urt. v. 7.3.2003 - 14 U 154/01 - NJW 2003, 1950, 1951 und OLG Köln Urt. v. 12.12.2006 - 3 U 70/06 - NJW 2007, 1694, 1695 nehmen dagegen eine Gesamtleistung von 250.000 Kilometern an.

IV. Zwischenergebnis

Dieselfahrzeuge bieten im Verhältnis zu Fahrzeugen mit Ottomotoren zahlreiche Vorteile für Langstreckenfahrer. Deshalb besteht sowohl im gewerblichen, als auch im privaten Bereich weiterhin ein Bedürfnis nach Fahrzeugen mit Dieselmotoren.

B. Wachsende Anforderungen an die Dieselmotoren der heutigen Zeit: Das Bedürfnis nach Umweltfreundlichkeit

Trotzdem müssen Dieselfahrzeuge mit fortschreitender Zeit immer höheren Anforderungen, sowohl von Seiten des Gesetzgebers, als auch von Seiten der Nutzer bzw. potentiellen Käufer, gerecht werden. Dabei nehmen Umweltschutzgesichtspunkte in den letzten Jahren eine herausragende Rolle ein.

I. Anforderungen des Gesetzgebers: Einhaltung der geltenden EU-Abgasnormen

Die Anforderungen, die der Gesetzgeber an die Umweltfreundlichkeit von Fahrzeugen stellt, sind in der jeweils geltenden EU-Abgasnorm kodifiziert. In diesen Abgasnormen sind Grenzwerte für den Ausstoß von Schadstoffen (Stickoxide, Kohlenstoffmonoxide, Partikel), sowie die jeweils zulässigen Mess- und Genehmigungsverfahren für die Zulassung neuer Kraftfahrzeuge geregelt.

Betrachtet man die Entwicklung der Abgasnormen seit der Euro 1 Abgasnorm, die für Dieselfahrzeuge mit einer Erstzulassung ab dem 1. Januar 1993 galt, bis hin zu der Euro 6d Abgasnorm, die für Erstzulassungen ab dem 1. September 2019 eingeführt wurde, so fällt auf, dass die Grenzwerte für den Ausstoß von Schadstoffen immer weiter abgesenkt wurden.

So lag der Grenzwert für den Kohlenmonoxid-Ausstoß unter Geltung der Euro 1 Abgasnorm bei 2720 mg/km, während er unter der momentanen Geltung der Euro 6d Abgasnorm bei 500 mg/km

liegt. Der zulässige Ausstoß von Kohlenmonoxid wurde also seit der Euro 1 Norm auf weniger als ein Fünftel reduziert.

Ähnlich verhalten sich die Grenzwerte für den Ausstoß von Stickoxiden. Während die Euro 1 Abgasnorm noch keinen Grenzwert für den Stickoxid-Ausstoß vorsah, beschränkte die Euro 3 Abgasnorm ihn auf 500 mg/km. Unter der heute geltenden Euro 6d Abgasnorm liegt der Grenzwert für Stickoxidemissionen dagegen bei 80 mg/km. Auch hier wurde der Grenzwert also auf weniger als ein Sechstel der einst zulässigen Grenzen herabgesetzt.

Es zeigt sich mithin, dass bereits von Seiten des Gesetzgebers immer strenger werdende Anforderungen an die Umweltfreundlichkeit neu zuzulassender Kraftfahrzeuge gestellt werden.

II. Anforderungen der Nutzer: Hohe Leistung bei geringem Kraftstoffverbrauch, aber auch Umweltfreundlichkeit

Daneben stellen auch die Nutzer und potentiellen Käufer von Dieselfahrzeugen hohe Anforderungen an die Fahrzeugeigenschaften.

Zunächst sollen Dieselfahrzeuge heutzutage eine ähnlich hohe Motorleistung aufweisen, wie Benzinfahrzeuge. Der Nutzer erwartet ähnlich hohe PS-Zahlen und eine ähnlich schnelle Beschleunigung.

Trotzdem sind beim Fahrzeugkauf zumeist auch finanzielle Aspekte von Bedeutung. Das Fahrzeug soll möglichst wenig Kraftstoff verbrauchen, da so auf längeren Strecken Geld gespart wird. Auch der Kaufpreis des Fahrzeugs sollte nicht zu hoch sein.

Zudem sind Umweltaspekte in den Mittelpunkt der Kaufentscheidung gerückt. Dies resultiert daraus, dass das Umweltbewusstsein der Bevölkerung in den letzten Jahren

insgesamt stark angestiegen ist.⁸³ So ergab die vom Bundesumweltministerium alle zwei Jahre durchgeführte Umweltbewusstseinsstudie, dass bereits im Jahre 2012 40% der Befragten den Umwelt- und Klimaschutz als grundlegende Bedingung zur Bewältigung von Zukunftsaufgaben ansieht.⁸⁴ Im Jahre 2014 stieg diese Zahl auf 63% an.⁸⁵ Viele Käufer entscheiden sich daher für ein konkretes Fahrzeug unter anderem deswegen, weil es besonders geringe Emissionswerte erreicht und damit als umweltfreundlich gilt.

Die Autohersteller reagieren auf das zunehmend umweltbewusstere Denken der Bevölkerung, indem sie in ihrer Werbung Umweltaspekte stärker hervorheben. So sind zum Beispiel auf der Webseite der Volkswagen AG auf der Startseite eines jeden Fahrzeugmodelles unmittelbar die CO₂-Emissionen pro Gramm gerechnet auf 100 Kilometer angegeben, sodass der potentielle Käufer diese finden kann, ohne überhaupt erst den Fahrzeugkatalog öffnen zu müssen.⁸⁶ Darüber hinaus werden bestimmte Fahrzeuge in der Herstellerwerbung vermehrt als besonders umweltschonend dargestellt, was die Volkswagen AG mit der Einordnung eines Fahrzeuges in die sogenannte „Blue Motion“-Linie (Optimierung von Fahrzeugen hinsichtlich Kraftstoffverbrauch und Co₂-Emissionen) zum Ausdruck bringt. Zuletzt veröffentlicht die Volkswagen AG unter der Rubrik „news“ Artikel, in denen ihre Bemühungen zum Umweltschutz dargestellt werden.⁸⁷

Neben dem Bedürfnis einer hohen Motorleistung bei geringem Kraftstoffverbrauch und geringen Kosten stellen Nutzer und potentielle Käufer heutzutage folglich auch die Anforderung eines

⁸³ So auch: MüKoBGB/*Westermann*, § 434, Rn. 64.

⁸⁴ Pressemitteilung des Bundesumweltministeriums vom 30.3.2015, <https://www.bmu.de/pressemitteilung/umweltbewusstsein-2014-immer-mehr-menschen-sehen-umweltschutz-nicht-als-problem-sondern-als-teil-d/>.

⁸⁵ Pressemitteilung des Bundesumweltministeriums vom 30.3.2015, <https://www.bmu.de/pressemitteilung/umweltbewusstsein-2014-immer-mehr-menschen-sehen-umweltschutz-nicht-als-problem-sondern-als-teil-d/>.

⁸⁶ z.B. für den VW Tiguan 174-119g/km kombiniert, vgl. <https://www.volkswagen.de/de/modelle-und-konfigurator/tiguan.html>.

⁸⁷ z.B. Volkswagen news, „Volkswagen beschließt neues Konzern Leitbild Umwelt ‚goTZero‘“, Artikel vom 10.7.2019, <https://www.volkswagenag.com/de/news/2019/07/goTZero.html>.

möglichst umweltschonenden Fahrzeuges. Diesen Erwartungen müssen die Automobilhersteller bei der Fahrzeugkonzeption gerecht werden.

C. Möglichkeit der Schadstoffreduktion durch legale Motoreinrichtungen

Um den steigenden Umweltauforderungen des Gesetzgebers, sowie der potentiellen Käufer, nachzukommen, werden technische Möglichkeiten zur Schadstoffreduktion eingesetzt. Für ein besseres Verständnis der unterschiedlichen Methoden soll zunächst der chemische Prozess der Abgasentwicklung im Dieselmotor erläutert werden. Sodann werden die heute gängigen legalen Methoden der Schadstoffreduktion in ihren Grundzügen verdeutlicht.

I. Die Entstehung von Abgasen

Bei der Verbrennung des Dieselkraftstoffes im Zylinderraum kommt es zu einer chemischen Reaktion zwischen den Dieselkraftstoffmolekülen Kohlenstoff (C), Wasserstoff (H) und Schwefel (S) mit der angesaugten Luft, die Sauerstoff (O₂) und Stickstoff (N₂) enthält.⁸⁸ Wird die optimale Menge an Sauerstoff im Wege der Luftansaugung hinzugefügt, verbrennen die chemischen Bestandteile des Kraftstoffes vollständig. Als Produkte entstehen dann nur Wärmeenergie, Wasser (H₂O) und Kohlenstoffdioxid (CO₂).⁸⁹ In der Praxis kommt es jedoch regelmäßig zu Komplikationen, wie zum Beispiel einem Luftmangel, einer unzureichenden Vermischung von Kraftstoff und Ansaugluft oder einer teilweisen Abkühlung des Brennraumes.⁹⁰ Dies hat eine nur unvollständige Verbrennung zu Folge, sodass sich überschüssiger

⁸⁸ Tschöke/Mollenhauer/Maier/Mollenhauer, Handbuch Dieselmotoren, S. 16.

⁸⁹ Koch, Diesel - eine sachliche Bewertung der aktuellen Debatte, S. 1; Tschöke/Mollenhauer/Maier/Krüger/Fischer, Handbuch Dieselmotoren, S. 863; Borgeest, Messtechnik und Prüfstände für Verbrennungsmotoren, S. 8.

⁹⁰ Tschöke/Mollenhauer/Maier/Krüger/Fischer, Handbuch Dieselmotoren, S. 863-865.

Sauerstoff (O₂) im Zylinder befindet.⁹¹ Dieser reagiert mit dem im Kraftstoff vorhandenen Stickstoff (N₂), sodass Stickoxide (NO_x) entstehen.⁹² Stickoxide greifen die Schleimhäute an und reizen die Atemwege.⁹³ Zusätzlich tragen Stickoxide zur Entstehung von Salpetersäure (HNO₃) bei und können damit sauren Regen hervorrufen.⁹⁴ Zuletzt tragen Stickoxide, wenn sie der UV-Strahlung ausgesetzt werden, zur Bildung von Ozon (O₃) bei, welches wiederum die menschlichen Atemwege reizt.⁹⁵ Aus diesen Gründen sind Stickoxide klar als Schadstoffe einzuordnen.

Weitere Schadstoffe, die bei der Verbrennung im Dieselmotor entstehen, sind Dieselrußpartikel. Dabei handelt es sich um mikroskopisch kleine Festkörper, die zur Feinstaubbelastung der Luft beitragen.⁹⁶ Diese Feinstaubbelastung führt zu einem häufigeren Auftreten von Atemwegs- und Herz-Kreislaufkrankungen und ist krebserregend.⁹⁷

Die Rohemissionen eines Dieselmotors gemessen in Gewichtsprozent setzen sich wie folgt zusammen: 75,2 % Stickstoff (N₂); 15 % Sauerstoff (O₂); 7,1 % Kohlenstoffdioxid (CO₂); 2,6 % Wasser (H₂O); 0,09 % Schadstoffe.⁹⁸ Diese Zusammensetzung ist jedoch von äußeren Einflussfaktoren, wie zum Beispiel Klima, Verkehrsdichte, Bebauung und Straßenführung abhängig und daher nicht konstant.⁹⁹

⁹¹ Hilgers, Dieselmotor, S. 40.

⁹² Van Basshuysen/Schäfer, Handbuch Verbrennungsmotor, S. 936 f.; Koch, Diesel - eine sachliche Bewertung der aktuellen Debatte, S. 8; Hilgers, Dieselmotor, S. 40.

⁹³ Borgeest, Elektronik in der Fahrzeugtechnik, S. 50; Hilgers, Dieselmotor, S. 40; Koch, Diesel - eine sachliche Bewertung der aktuellen Debatte, S. 6.

⁹⁴ Hilgers, Dieselmotor, S. 40.

⁹⁵ Hilgers, Dieselmotor, S. 41.

⁹⁶ Koch, Diesel - eine sachliche Bewertung der aktuellen Debatte, S. 3; Hilgers, Dieselmotor, S. 41; Van Basshuysen/Schäfer, Handbuch Verbrennungsmotor, S. 937.

⁹⁷ Borgeest, Elektronik in der Fahrzeugtechnik, S. 49; Hilgers, Dieselmotor, S. 41.

⁹⁸ Tschöke/Mollenhauer/Maier/Tschöke, Handbuch Dieselmotoren, S. 808, Abb. 4.

⁹⁹ Hüning, NZV 2019, 27; Tschöke/Mollenhauer/Maier/Tschöke, Handbuch Dieselmotoren, S. 811.

II. Technische Möglichkeiten zur Schadstoffreduktion

Um den Ausstoß von Schadstoffen (= Stickoxiden und Dieselrußpartikeln) zu reduzieren, werden heutzutage verschiedene Methoden der Abgasreinigung eingesetzt.

Im Folgenden sollen die Abgasrückführung als wichtigste Maßnahme zur Reduktion von Schadstoffen im Motorenbereich sowie die gängigen Abgasnachbehandlungssysteme in Grundzügen dargestellt werden. Dabei gilt es zu beachten, dass diese Systeme nicht alternativ, sondern vielmehr kumulativ eingesetzt werden.

1. Abgasrückführung („AGR“)

Das wichtigste und am häufigsten eingesetzte Verfahren zur NO_x-Reduktion ist die Abgasrückführung („AGR“). Dabei werden Teile der Abgase zurück in den Zylinder geleitet mit der Folge, dass das Verbrennungsgemisch weniger Sauerstoff enthält.¹⁰⁰ Die Sauerstoffreduktion führt zu einer Absenkung der Verbrennungstemperatur, die wiederum die Stickoxidbildung reduziert.¹⁰¹

Die Menge der rückzuführenden Abgase lässt sich über ein Abgasrückführungsventil regeln, wobei sich jede Veränderung der Abgasrückführungsrate auf die übrigen Eigenschaften des Motors auswirkt.

Je geringer die Abgasrückführungsrate gewählt wird, umso sauerstoffhaltiger ist das Verbrennungsgemisch und umso höher ist die Verbrennungstemperatur. Bei einer hohen Verbrennungstemperatur fallen zwar höhere Stickoxidemissionen an, gleichzeitig ermöglicht sie aber eine feinere Zerstäubung des

¹⁰⁰ Untersuchungsbericht des KBA zur „Wirksamkeit von Software-Updates zur Reduzierung von Stickoxiden bei Dieselmotoren“ vom 10.1.2020, https://www.kba.de/DE/Marktueberwachung/Abgasthematik/bericht_Wirksamkeit_SW_Updates.pdf?_blob=publicationFile&v=4, S. 10; *Van Basshuysen/Schäfer*, Handbuch Verbrennungsmotor, S. 939, 942; *Reif*, Abgastechnik für Verbrennungsmotoren, S. 2; *Hilgers*, Dieselmotor, S. 41.

¹⁰¹ *Koch*, Diesel - eine sachliche Bewertung der aktuellen Debatte, S. 9; *Hilgers*, Dieselmotor, S. 41.

eingespritzten Dieselkraftstoffes, die wiederum eine vollständigere Verbrennung bewirkt. Aus der vollständigeren Verbrennung resultieren ein geringerer Kraftstoffverbrauch sowie ein geringerer Partikelaustritt, der zudem den Verschleiß des Dieselpartikelfilters positiv beeinflusst. Nachteilig ist jedoch, dass die nicht zurückgeführten Stickoxidemissionen ungefiltert in die Umwelt gelangen.

Entscheidet sich der Hersteller dagegen für eine höhere Abgasrückführungsrate, so ist das Verbrennungsgemisch weniger sauerstoffhaltig und die Verbrennungstemperatur dementsprechend geringer. Dadurch fallen geringere Stickoxidemissionen an. Allerdings verhindert die herabgesetzte Verbrennungstemperatur eine feine Zerstäubung des Kraftstoffes, sodass dieser nicht seine volle Wirksamkeit entfalten kann. In der Folge kommt es zu einem höheren Kraftstoffverbrauch des Fahrzeuges. Zudem erfolgt die Verbrennung des Dieselkraftstoffes bei einer Absenkung der Verbrennungstemperatur nur unvollständig, sodass deutlich mehr Dieselrußpartikel entstehen, die im Dieselpartikelfilter abgelagert werden. Es kommt dadurch zu einem stärkeren Verschleiß am Dieselpartikelfilter.

2. Selektive katalytische Reduktion („SCR“)

Ein weiteres gängiges Verfahren zur Reduktion von Stickoxiden ist die selektive katalytische Reduktion („SCR“), bei der es sich nicht um eine Maßnahme innerhalb des Motors, sondern um eine Abgasnachbehandlung handelt. Dabei wird eine chemische Reaktion der Stickoxide (NO_x) mit Ammoniak (NH_3) erzeugt, die zur Folge hat, dass der Sauerstoff in den Stickoxiden reduziert wird, sodass nur noch die ungefährlichen Reaktionsprodukte Stickstoff (N_2) und Wasser (H_2O) entstehen.¹⁰² Das für die

¹⁰² Untersuchungsbericht des KBA zur „Wirksamkeit von Software-Updates zur Reduzierung von Stickoxiden bei Dieselmotoren“ vom 10.1.2020, https://www.kba.de/DE/Marktueberwachung/Abgasthematik/bericht_Wirksamtk

Reaktion erforderliche Ammoniak (NH₃) wird durch gesondertes Tanken einer wässrigen Harnstofflösung erzeugt, die sich sodann im Abgasstrang zersetzt.¹⁰³ Diese Harnstofflösung wird weltweit unter dem Markennamen „AdBlue“¹⁰⁴ vertrieben.

Das AdBlue muss abhängig von Motorlast und Motordrehzahl dosiert werden.¹⁰⁵ Bei einem temporären Überschuss an Ammoniak, zu dem es aufgrund der Dynamik der Motoremissionen zwangsläufig kommt, wird dieser Überschuss im Katalysator eingelagert und zu einem späteren Zeitpunkt wieder in den Abgasstrang eingeführt.¹⁰⁶

In diesem Zusammenhang stehen die Hersteller vor dem Problem, die Größe des AdBlue Tanks den Reduktionszielen anzupassen. Zum einen soll dieser möglichst unauffällig und platzsparend im Fahrzeug verbaut werden. Zum anderen würde ein zu kleiner AdBlue Tank dazu führen, dass häufiger AdBlue nachgefüllt werden muss, was sich aus Sicht des Nutzers als lästig darstellt. Wählt der Hersteller einen kleineren AdBlue Tank und wird die Motorsteuerungssoftware so programmiert, dass insgesamt weniger AdBlue zugeführt wird, so kann die selektive katalytische Reduktion nicht in vollem Umfang stattfinden. In der Folge gelangen wiederum Stickoxide ungefiltert nach außen.

[eit SW Updates.pdf? blob=publicationFile&v=4](#), S. 10 f.; *Reif*, Abgastechnik für Verbrennungsmotoren, S. 65; *Van Basshuysen/Schäfer*, Handbuch Verbrennungsmotor, S. 952; *Hilgers*, Dieselmotor, S. 42; *Borgeest*, Elektronik in der Fahrzeugtechnik, S. 82.

¹⁰³ *Koch*, Diesel - eine sachliche Bewertung der aktuellen Debatte, S. 11; *Hilgers*, Dieselmotor, S. 42; *Reif*, Abgastechnik für Verbrennungsmotoren, S. 64; *Borgeest*, Messtechnik und Prüfstände für Verbrennungsmotoren, S. 28; *Borgeest*, Elektronik in der Fahrzeugtechnik, S. 82.

¹⁰⁴ Der Markenname „AdBlue“ ergab sich in Anlehnung an die als besonders umweltschonend geltenden „Bluetec“-Modelle von Mercedes und „Blue Performance“-Modelle von BMW, vgl. Spiegel Online, „Blaue Hilfe fürs grüne Gewissen“, Artikel vom 19.5.2008, <https://www.spiegel.de/auto/aktuell/adblue-blaue-hilfe-fuers-gruene-gewissen-a-553658.html>.

¹⁰⁵ *Reif*, Abgastechnik für Verbrennungsmotoren, S. 65 f.; *Hilgers*, Dieselmotor, S. 42; *Koch*, Diesel - eine sachliche Bewertung der aktuellen Debatte, S. 12.

¹⁰⁶ *Hilgers*, Dieselmotor, S. 42.

3. Dieselpartikelfilter („DPF“)

Ab der EURO-6-Abgasnorm haben Dieselfahrzeuge einen Dieselpartikelfilter („DPF“), der aus porösen Keramiken besteht und im Wege der Abgasnachbehandlung bis zu 95 % der Partikel aus dem Abgasstrom herausfiltert.¹⁰⁷ Da der Filter einen zusätzlichen Widerstand bei der Ausstoßung von Abgasen durch das Auslassventil darstellt, führen Dieselpartikelfilter zwangsläufig zu einem höheren Kraftstoffverbrauch.¹⁰⁸ Droht eine Verstopfung des Filters, die durch Messung des Druckes vor und hinter dem Filter festgestellt werden kann, werden die im Filter gesammelten Partikel verbrannt und als CO₂ ausgestoßen.¹⁰⁹ Da sich in den Dieselpartikelfiltern mit der Zeit infolge der Verbrennung der Partikel Asche ansammelt, müssen die Filter etwa alle 120.000 Kilometer gereinigt oder erneuert werden.¹¹⁰ Ein neuer Dieselpartikelfilter verursacht je nach Fahrzeugmodell Kosten in Höhe von 1000 bis 2000 Euro.¹¹¹ Aufgrund dieser für die Erneuerung eines Verschleißteiles verhältnismäßig hohen Kosten haben Dieselfahrer ein erhebliches Interesse an einer größtmöglichen Schonung des Dieselpartikelfilters beim Betrieb des Fahrzeuges.

4. Kombinationssysteme

Um die EURO-6d-Abgasnorm zu erreichen bedarf es des kombinierten Einsatzes mehrerer Methoden der Abgasreinigung. Regelmäßig werden Abgasrückführung („AGR“), selektive

¹⁰⁷ *Borgeest*, Messtechnik und Prüfstände für Verbrennungsmotoren, S. 28; *Hilgers*, Dieselmotor, S. 43; *Reif*, Abgastechnik für Verbrennungsmotoren, S. 69.

¹⁰⁸ *Hilgers*, Dieselmotor, S. 43.

¹⁰⁹ *Koch*, Diesel - eine sachliche Bewertung der aktuellen Debatte, S. 5; *Borgeest*, Elektronik in der Fahrzeugtechnik, S. 79; *Reif*, Abgastechnik für Verbrennungsmotoren, S. 70; *Hilgers*, Dieselmotor, S. 44.

¹¹⁰ *Reif*, Abgastechnik für Verbrennungsmotoren, S. 71; *Hilgers*, Dieselmotor, S. 44.

¹¹¹ ADAC, „Diesel-Partikelfilter - Das müssen Sie wissen“, Artikel vom 10.12.2018, <https://www.adac.de/rund-ums-fahrzeug/reparatur-pflege-wartung/wartung-inspektion/diesel-partikelfilter-reinigung/>.

katalytische Reduktion („SCR“) und Dieselpartikelfilter („DPF“) daher kombiniert eingesetzt.

Zunächst wird in modernen Motoren ein intelligentes Einspritzsystem verwendet, das die Einspritzmenge und den Zeitpunkt der Einspritzung variieren und so an den Fahrzeugbetrieb anpassen kann.¹¹² Dies hat zur Folge, dass die Kraftstoffzufuhr konkret an die Bedürfnisse des Fahrers angepasst ist. Wird ein Fahrzeug in einem schnelleren Tempo oder mit einer höheren Drehzahl betrieben, um eine schnellere Beschleunigung zu erreichen, erhöht sich beispielsweise die Menge des eingespritzten Kraftstoffes für den Zeitraum dieser Betriebsart, damit eine entsprechende Motorleistung erreicht werden kann. Wird das Fahrzeug dagegen ruhiger (langsamer und mit geringerer Drehzahl) betrieben, so wird automatisch weniger Dieseldieselkraftstoff eingespritzt, was zu einer Reduktion der ausgestoßenen Schadstoffe führt.

Daneben reduziert das Abgasrückführungssystem („AGR“) den Ausstoß von Stickoxiden auf ein Minimum.

Eine Kohlenwasserstoff-Dosiereinheit hinter dem Motorausgang führt zur Freisetzung von zusätzlicher Wärme, die dazu genutzt wird, um bei Bedarf angestaute Partikel im Dieselpartikelfilter zu verbrennen und damit einer Verstopfung entgegenzuwirken.¹¹³ Dies ermöglicht eine längere Haltbarkeit des Dieselpartikelfilters, sodass dieses Verschleißteil erst in größeren Zeitabständen ausgetauscht werden muss.

Hinter dem Dieselpartikelfilter („DPF“) wird im Wege der selektiven katalytischen Reduktion („SCR“) AdBlue eingespritzt, welches die Stickoxide durch eine chemische Reaktion in ungefährliche Reaktionsprodukte umwandelt.¹¹⁴ Indem die selektive katalytische Reduktion erst nach der Abgasrückführung

¹¹² Hilgers, Dieselmotor, S. 45.

¹¹³ Hilgers, Dieselmotor, S. 45.

¹¹⁴ Hilgers, Dieselmotor, S. 45.

eingesetzt wird, sind zu Beginn dieses Verfahrens bereits weniger Stickoxide vorhanden. Damit reduziert sich der Bedarf eines Fahrzeuges an AdBlue, was den Einbau eines kleineren und damit unauffälligeren AdBlue-Tanks ermöglicht, ohne dass daraus Nachteile für den Nutzer entstehen.

III. Zwischenergebnis

Die dargestellten legalen Methoden zur Schadstoffreduktion sind im kumulativen Einsatz dazu geeignet, den Ausstoß von Stickoxiden und Rußpartikeln bei Dieselfahrzeugen auf ein Minimum zu reduzieren und so die geltende Euro 6d Abgasnorm einzuhalten. Darüber hinaus kommen sie dem Bedürfnis der Käufer nach möglichst umweltschonenden Fahrzeugen nach.

Zu beachten sind jedoch weiterhin die bereits dargestellten übrigen Anforderungen der Nutzer an die Dieselfahrzeuge der heutigen Zeit, die in einem technischen Zielkonflikt mit dem Bedürfnis nach umweltschonendem Fahren stehen:

D. Der technische Zielkonflikt der Automobilhersteller bei der legalen Verringerung des Stickoxidausstoßes

Bei der Entwicklung von Dieselmotoren stehen die Hersteller stets vor dem Konflikt, einen leistungsstarken Motor zu entwickeln, der gleichzeitig wenig Kraftstoff verbraucht und verhältnismäßig geringe Mengen an Schadstoffemissionen ausstößt. Auch eine größtmögliche Schonung von Motorbauteilen muss sichergestellt sein, um die Langlebigkeit des Motors zu gewährleisten.

Allerdings besteht bereits aus technischer Sicht ein allgemein anerkannter Zielkonflikt zwischen der Verringerung des Stickoxidausstoßes einerseits und der Optimierung des

Kraftstoffverbrauchs, der Motorleistung, sowie der Lebensdauer der Fahrzeugbauteile andererseits:¹¹⁵

I. Erhöhung des Kraftstoffverbrauchs

Eine Verringerung des Stickoxidausstoßes durch legale Systeme erfordert notwendigerweise eine Absenkung der Brenngeschwindigkeit.¹¹⁶ Diese wird durch eine Herabsetzung der Verbrennungstemperatur erreicht. Wird die Verbrennungstemperatur jedoch verringert, hat dies zur Folge, dass der Kraftstoff bei der Einspritzung in den Zylinder weniger fein zerstäubt wird und damit nicht mehr seinen optimalen Wirkungsgrad entfalten kann.

Eine geringere Verbrennungstemperatur führt zudem dazu, dass der Kraftstoff nicht mehr vollständig verbrannt wird, und sich so Partikel im Katalysator ablagern, was eine Erhöhung des Abgasgedrucks bewirkt.¹¹⁷ Der höhere Abgasgedruck hat zur Folge, dass mehr Kraft benötigt wird, um die Abgase aus dem Vergaser nach außen zu stoßen. Diese Kraft kann nur erreicht werden, indem mehr Kraftstoff in den Zylinder eingespritzt wird.

Die Verringerung des Schadstoffausstoßes durch legale Methoden der Abgasreinigung bewirkt folglich eine Erhöhung des Kraftstoffverbrauches.¹¹⁸

¹¹⁵ LG Krefeld Urt. v. 14.9.2016 - 2 O 72/16 - BeckRS 2016, 16674; LG Krefeld Urt. v. 14.9.2016 - 2 O 83/16 - NJW-RR 2016, 1397, 1398; Tschöke/Mollenhauer/Maier/Krüger/Fischer, Handbuch Dieselmotoren, S. 869; Hünig, NZV 2019, 27; Ring, SVZ 2017, 441, 443.

¹¹⁶ Reif, Abgastechnik für Verbrennungsmotoren, S. 38.

¹¹⁷ Merker/Teichmann/Eckert/Rakowski, Grundlagen Verbrennungsmotoren, S. 987.

¹¹⁸ Wenzel, Modellierung der Ruß- und NO_x-Emissionen des Dieselmotors, <https://docplayer.org/28645427-Modellierung-der-russ-und-no-x-emissionen-des-dieselmotors.html>.

II. Herabsetzung der Lebensdauer des Dieselpartikelfilters

Wird der Abgasgedruck erhöht, um die im Katalysator abgelagerten Partikel auszustoßen und wird zu diesem Zweck mehr Kraftstoff in den Zylinder eingespritzt, so hat dies wiederum einen insgesamt höheren Dieselpartikelaustritt zur Folge.¹¹⁹ Durch den erhöhten Partikelaustritt wird der Dieselpartikelfilter stärker beansprucht, da dieser häufiger freigebrannt werden muss. Er unterliegt dementsprechend einem deutlich höheren Verschleiß.¹²⁰ Infolgedessen muss er häufiger ausgetauscht werden, was wie bereits dargestellt mit erheblichen Kosten verbunden ist. Diese aus der Stickoxidreduktion resultierende stärkere Beanspruchung des Dieselpartikelfilters wird in der technischen Literatur auch als „Ruß-Stickstoffschere“ bezeichnet.¹²¹

III. Leistungseinbußen

Die insgesamt ungünstigeren Verbrennungsbedingungen, die durch die Herabsetzung der Verbrennungstemperatur und der damit einhergehenden Erhöhung des Abgasgedruckes geschaffen werden, haben zuletzt eine Verringerung des Motorwirkungsgrades und damit Leistungseinbußen des Motors zur Folge.¹²²

IV. Wirtschaftliche Interessen der Automobilhersteller

Neben der bestmöglichen Lösung des technischen Zielkonfliktes zwischen günstigen Emissionswerten einerseits, und einer hohen Motorleistung bei geringem Kraftstoffverbrauch und größtmöglicher Bauteilschonung andererseits, haben

¹¹⁹ Böge/Böge, Handbuch Maschinenbau, S. 1190 f.; Wenzel, Modellierung der Ruß- und NO_x-Emissionen des Dieselmotors, <https://docplayer.org/28645427-Modellierung-der-russ-und-no-x-emissionen-des-dieselmotors.html>.

¹²⁰ Wenzel, Modellierung der Ruß- und NO_x-Emissionen des Dieselmotors, <https://docplayer.org/28645427-Modellierung-der-russ-und-no-x-emissionen-des-dieselmotors.html>, S. 14, 105.

¹²¹ Wenzel, Modellierung der Ruß- und NO_x-Emissionen des Dieselmotors, <https://docplayer.org/28645427-Modellierung-der-russ-und-no-x-emissionen-des-dieselmotors.html>, S. 11; Böge/Böge, Handbuch Maschinenbau, S. 1190 f.

¹²² Reif, Abgastechnik für Verbrennungsmotoren, S. 38.

Automobilhersteller zudem ihre eigenen wirtschaftlichen Interessen im Blick.

Einerseits muss in die Entwicklung immer effizienterer Systeme zur Verringerung des Schadstoffausstoßes investiert werden, um den steigenden Umweltaforderungen des Gesetzgebers sowie der potentiellen Käufer gerecht zu werden, was hohe Kosten verursacht. Andererseits ist es nicht ratsam, diese Kosten durch eine erhebliche Erhöhung der Verkaufspreise neuer Fahrzeuge auszugleichen, da anderenfalls ein Einbruch der Verkaufszahlen zu besorgen ist.

Vor dem Hintergrund der hohen Investitionskosten für die Entwicklung effizienter Einrichtungen zur Verringerung des Schadstoffausstoßes gestaltet es sich also schwierig, umweltschonende, aber gleichzeitig sparsame, leistungsstarke und haltbare Fahrzeuge zu produzieren, bei deren Absatz gleichermaßen hohe Gewinne zu verzeichnen sind.

V. Zwischenergebnis

Bereits aus technischer Sicht ist es nicht möglich, den Ausstoß von Schadstoffen unter Verwendung legaler Einrichtungen zu reduzieren, ohne dass sich dies auf die übrigen Fahrzeugeigenschaften nachteilig auswirkt. Darüber hinaus haben die hohen Kosten, die für die Entwicklung und Herstellung legaler Abgasnachbehandlungssysteme anfallen, eine Schmälerung des Gewinnes der Automobilhersteller zur Folge. Es zeigt sich insbesondere, dass eine gleichzeitige Lösung des technischen sowie des wirtschaftlichen Konfliktes der Automobilhersteller unter Verwendung legaler Abgasnachbehandlungssysteme nicht möglich ist.

E. Die Software als Lösung?

Um ihre wirtschaftlichen Interessen mit dem bestehenden technischen Zielkonflikt in Einklang zu bringen und zudem den Bedürfnissen der Nutzer nachzukommen, sahen sich die Volkswagen AG und andere Automobilhersteller dazu veranlasst, eine die Abgasmessung beeinflussende Software zu entwickeln und diese in ihren Dieselfahrzeugen zu verbauen.

I. Eingriff des Herstellers in die Integrität des Motorsteuergerätes durch das Aufspielen der Software

Die von der Volkswagen-AG in ihre Dieselfahrzeuge verbaute Software ist Bestandteil des Motorsteuergerätes.

1. Funktionsweise des Motorsteuergerätes

Aufgaben des Motorsteuerungsgerätes sind zum Beispiel die Kraftstoffeinspritzung, die Regelung von Drehzahl und Geschwindigkeit, die Regelung des Luftsystems und die Abgasnachbehandlung.

Im Motor befindet sich eine Vielzahl von Sensoren, die elektronische Signale an das Motorsteuergerät weiterleiten, zum Beispiel Temperatursensoren für Luft, Kühlmittel und Abgas, Drehzahlsensoren oder Einspritzdrucksensoren.¹²³ Das Steuergerät empfängt diese Signale und steuert die einzelnen Aktoren des Motors mithilfe seiner Software so an, dass dieser optimal arbeitet.¹²⁴ Die Aktoren des Motors sind beispielsweise die elektrischen Einspritzventile, das Einlass- und das Auslassventil oder die Dosierventile für AdBlue.¹²⁵

¹²³ *Van Basshuysen/Schäfer*, Handbuch Verbrennungsmotor, S. 826, 882 ff.; *Borgeest*, Manipulation von Abgaswerten, S. 19; *Borgeest*, Messtechnik und Prüfstände für Verbrennungsmotoren, S. 30.

¹²⁴ *Van Basshuysen/Schäfer*, Handbuch Verbrennungsmotor, S. 835, 837.

¹²⁵ *Borgeest*, Messtechnik und Prüfstände für Verbrennungsmotoren, S. 30.

Bei dem Motorsteuergerät handelt es sich mithin um ein Messgerät, das die gesamte Software des Fahrzeuges enthält und die Aktoren des Motors optimal mit den gemessenen Signalen in Einklang bringt.

2. Möglichkeit der Einflussnahme durch den Fahrzeughersteller

Motorsteuergeräte sind heutzutage standardmäßig in allen Fahrzeugen verbaut. Allerdings bieten sie den Automobilherstellern die Möglichkeit, auf bestimmte Motoreigenschaften (auch auf unzulässige Weise) Einfluss zu nehmen:

Der Zulieferer eines Motorsteuergerätes liefert die Hardware mit einer konfigurierbaren Rohversion der Software.¹²⁶ Anschließend erfolgt die Konfiguration, die auch Applikation genannt wird, beim Fahrzeughersteller.¹²⁷ So kann der Fahrzeughersteller die konkreten Funktionen des Motorsteuergerätes in dem gesetzten Rahmen selbst bestimmen und dieses beliebig einsetzen, ohne hierfür weiterhin auf den Zulieferer angewiesen zu sein. Motorsteuergeräte der neueren Generation sind sogar so konzipiert, dass der Fahrzeughersteller eigenständig neue Komponenten für die Software entwickeln kann, solange diese sich nicht unmittelbar auf die Hardware auswirken.¹²⁸

Es ergibt sich damit, dass der Fahrzeughersteller im Hinblick auf die Konfiguration der Motorsteuerungssoftware weitestgehend selbstständig ist und faktisch keiner Kontrolle des Zulieferers unterliegt. Es ist ihm also ohne weiteres möglich, durch entsprechende Konfiguration auf bestimmte Motorprozesse, insbesondere Prozesse der Abgasreinigung Einfluss zu nehmen.

¹²⁶ *Van Basshuysen/Schäfer*, Handbuch Verbrennungsmotor, S. 835.

¹²⁷ *Borgeest*, Elektronik in der Fahrzeugtechnik, S. 214.

¹²⁸ *Van Basshuysen/Schäfer*, Handbuch Verbrennungsmotor, S. 835 f.; *Borgeest*, Manipulation von Abgaswerten, S. 21.

Eine solche Einflussnahme stellt das Aufspielen der die Abgasmessung beeinflussenden Software durch die Volkswagen-AG dar.

II. Die konkrete Wirkweise der die Abgasmessung beeinflussenden Software

Die von der Volkswagen-AG verbaute Software erkennt, ob sich ein Fahrzeug in einer simulierten Fahrt auf dem technischen Prüfstand oder in einer realen Fahrt im Straßenverkehr befindet. Erkennt die Software den realen Verkehrsbetrieb, schaltet sie in einen weniger umweltschonenden Betriebsmodus um. Dabei setzt sie die Abgasrückführungsrate herab, verringert die einzuspritzende Menge an AdBlue und reduziert den Einsatz des Dieselpartikelfilters.¹²⁹ Erkennt die Software dagegen, dass die für alle Fahrzeuge gleiche synthetische Prüfstands-Fahrt simuliert wird, bleiben alle Systeme der Schadstoffreduktion gleichermaßen in Kraft und das Fahrzeug läuft damit in einem umweltschonenderen Betriebsmodus.

Zur Erkennung, ob sich das Fahrzeug auf dem Prüfstand oder im normalen Verkehrsbetrieb bewegt, nimmt die Software bestimmte Messungen vor. Gemessen werden zum Beispiel die Außentemperatur, die Luftfeuchtigkeit, der Luftdruck, die Dauer des Betriebs, die Drehbewegung der Räder, sowie die Lenkbewegung.¹³⁰

Wird eine synthetische Fahrt auf dem Prüfstand simuliert, so findet dieser Prozess regelmäßig in einer Halle statt. Entsprechend sind Außentemperatur, Luftfeuchtigkeit und Luftdruck immer konstant. Darüber hinaus sind die zurückgelegte Strecke und die Dauer der Fahrt bei der Durchführung des Neuen Europäischen Fahrzyklus („NEFZ“) immer gleich. Die Simulation betrifft beim NEFZ eine

¹²⁹ *Borgeest*, Manipulation von Abgaswerten, S. 34.

¹³⁰ *Bendig*, ZfSch 2017, 8; *Borgeest*, Manipulation von Abgaswerten, S. 30; *Koch*, Diesel - eine sachliche Bewertung der aktuellen Debatte, S. 28 f.

Strecke von elf Kilometern und dauert 20 Minuten; beim „Worldwide harmonized Light-duty Test Procedure“ („WLTP“) sind es 23 Kilometer innerhalb von 30 Minuten.¹³¹ Da die Prüfstandssimulation in einer Halle auf der Stelle stattfindet, bewegt sich nur die angetriebene Achse des Fahrzeuges. Bei einem Fahrzeug mit Frontantrieb bewegt sich also nur die vordere Achse, bei einem Fahrzeug mit Heckantrieb nur die hintere.¹³² Da sich das Fahrzeug auf dem technischen Prüfstand nicht tatsächlich bewegt, findet auch keine echte Lenkbewegung statt.

Im realen Verkehrsbetrieb dagegen können Außentemperatur, Luftfeuchtigkeit und Luftdruck variieren. Darüber hinaus werden in der Regel unterschiedlich lange Strecken in unterschiedlich langen Zeitabschnitten mit dem Fahrzeug zurückgelegt, jedenfalls werden aber selten genau elf Kilometer in genau 20 Minuten bzw. genau 23 Kilometer in genau 30 Minuten gefahren werden. Weiterhin unterscheidet sich der reale Verkehrsbetrieb von der synthetischen Prüfstandssimulation dadurch, dass auch die nicht angetriebene Achse mit rollt. Bei einem Fahrzeug mit Frontantrieb rollt im normalen Betrieb also die Hinterachse mit, da das Fahrzeug Kontakt zur Straße hat. Entsprechend ist bei einem Fahrzeug mit Heckantrieb im realen Verkehrsbetrieb auch die vordere Achse in Bewegung. Zuletzt finden im realen Verkehrsbetrieb zwingend von Zeit zu Zeit Lenkbewegungen statt.

Auch wenn die Wirkung der von den Herstellern in Dieselfahrzeuge verbauten Software im Ergebnis dieselbe ist (= Erkennung des technischen Prüfstandes und Umschaltung in den sauberen Betriebsmodus), knüpfen die verschiedenen Softwares jedoch an unterschiedliche Faktoren an, um die synthetische

¹³¹ vgl. Springer Professional, „WLTP und NEFZ im Vergleich“, Artikel vom 26.5.2017,

<https://www.springerprofessional.de/fahrzeugtechnik/emissionen/wltp-und-nefz-im-vergleich/6560846>.

¹³²https://www.bundestag.de/resource/blob/461980/6222a71b56a8c710d7d9523c59e5e402/stellungnahme_domke-data.pdf; *Borgeest*, Manipulation von Abgaswerten, S. 30.

Prüfstandssimulation von der Fortbewegung im realen Straßenverkehr zu unterscheiden.

Die EA189 Baureihe von VW arbeitet in der 1,2 Liter, 1,6 Liter und 2,0 Liter Version seit 2007 mit einem „Common-Rail-Einspritzsystem“.¹³³ Dieses Einspritzsystem misst zunächst die Motor- und Kraftstofftemperatur und den Atmosphärendruck durch entsprechende Sensoren im Motor. Sobald eine Motor- und Kraftstofftemperatur über 15°C sowie ein Atmosphärendruck von unter 920 Hektopascal (entsprechend unter 0,92 Bar) erkannt wird, schaltet die Software in den sauberen Betriebsmodus um. Zusätzlich wird gemessen, ob tatsächlich die für den technischen Prüfstand stets gleiche synthetische Fahrstrecke durchlaufen wird, indem die Software ermittelt, ob tatsächlich nur elf (NEFZ) bzw. 23 (WLTP) Kilometer zurückgelegt werden, an welchen Stellen das Fahrzeug beschleunigt bzw. abbremst (Messung der Drehzahl) und ob die „Fahrt“ genau nach 20 (NEFZ) bzw. 30 (WLTP) Minuten endet oder gar länger oder kürzer andauert. Es findet also stets ein Weg-Zeit-Abgleich¹³⁴ zwischen der immer gleichen Prüfstandssimulation und der tatsächlichen Fahrt statt. Nur wenn die Messungen ergeben, dass das gemessene Weg-Zeit-Verhältnis mit dem typischen Weg-Zeit-Verhältnis auf dem technischen Prüfstand übereinstimmt, wird der saubere Betriebsmodus aktiviert.

Volkswagen-Fahrzeuge auf dem US-Markt verfügen zudem über eine Lenkwinkelerkennung, die bewirkt, dass bei messbarer Lenkbewegung automatisch der reale Verkehrsbetrieb erkannt und in den schmutzigen Betriebsmodus umgeschaltet wird.¹³⁵

Bei den 3,0 Liter V6 Motoren von VW, Audi und Porsche startet zu Beginn jeder „Fahrt“ ein Timer, der die Dauer des Fahrzeugbetriebes misst. Nach Ablauf von 1300 Sekunden (etwa

¹³³ *Borgeest*, Manipulation von Abgaswerten, S. 30 f.

¹³⁴ *Borgeest*, Manipulation von Abgaswerten, S. 31;

https://www.bundestag.de/resource/blob/461980/6222a71b56a8c710d7d9523c59e5e402/stellungnahme_domke-data.pdf.

¹³⁵ https://www.bundestag.de/resource/blob/461980/6222a71b56a8c710d7d9523c59e5e402/stellungnahme_domke-data.pdf.

1200 Sekunden für den NEFZ + 100 Sekunden Puffer) wird die Abgasrückführung automatisch abgeschaltet.¹³⁶

Bei den 1,6 Liter EURO 6 Dieselmotoren von Opel, die in die betroffenen Baureihen der Modelle Astra und Zafira verbaut werden, richtet sich die Umschaltung nach der Kraftstoff-Einspritzmenge in Abhängigkeit von der Drehzahl.¹³⁷ Da auf dem Prüfstand stets dieselbe Fahrstrecke simuliert wird, ändert sich die Drehzahl und die davon abhängige Menge des eingespritzten Kraftstoffes immer nach derselben Strecke und Zeit. Bei der Fortbewegung im Straßenverkehr hängt die Drehzahl und damit die Kraftstoff-Einspritzmenge stets von der aktuellen Verkehrslage ab. Selbst wenn man mit einem Fahrzeug immer dieselbe Strecke zurücklegen würde, was bereits regelmäßig nicht der Fall ist, müsste man an unterschiedlichen Stellen bremsen, beschleunigen und schalten.

Auch wenn die von den Herstellern verbauten Softwares an zum Teil unterschiedliche Faktoren anknüpfen, um die auf dem technischen Prüfstand simulierte Fahrt von einer realen Fahrt im Straßenverkehr zu unterscheiden, haben sie jedoch dieselbe Wirkung. Bei Erkennung des realen Verkehrsbetriebes werden die auf dem Prüfstand aktiven Systeme zur Schadstoffreduktion abgeschaltet, sodass höhere Schadstoffemissionen anfallen, als angegeben. Das Fahrzeug erweckt bei seinem Nutzer mithin den Eindruck, als weise es einen geringen Kraftstoffverbrauch bei hoher Motorleistung und größtmöglicher Bauteilschonung auf und sei gleichzeitig aufgrund geringer Schadstoffemissionswerte besonders umweltfreundlich. Der Hersteller erweckt durch die Software daher den Eindruck, als habe er alle genannten Fahrzeugeigenschaften zugleich optimiert und damit den technischen Zielkonflikt aufgelöst.

¹³⁶ *Borgeest*, Manipulation von Abgaswerten, S. 32.

¹³⁷ *Borgeest*, Manipulation von Abgaswerten, S. 32.

III. Die Software als unzulässige Abschaltvorrichtung gemäß Art. 5 Abs. 1, Abs. 2 VO 715/2007/EG

An dieser Vorgehensweise der Hersteller ergeben sich jedoch erhebliche rechtliche Bedenken. Allen voran stellt sich die Frage, ob die Installation einer solchen Software rechtlich zulässig ist und welche Rechtsfolgen an eine mögliche Unzulässigkeit der Software geknüpft werden können. Die Antwort hierauf wirkt sich nachhaltig auf das Bestehen etwaiger Gewährleistungsrechte des Käufers gegen seinen Verkäufer aus.

Zu prüfen ist zunächst, ob es sich bei der verbauten Software um eine unzulässige Abschaltvorrichtung im Sinne von Art. 5 Abs. 1, Abs. 2 VO 715/2007/EG handelt, die dem Kraftfahrtbundesamt die Stilllegung der betroffenen Fahrzeuge gemäß § 5 Abs. 1 FZV ermöglicht.¹³⁸

1. Regelungszweck des Art. 5 Abs. 1 VO 715/2007/EG

Gemäß Art. 5 Abs. 1 VO 715/2007/EG muss der Hersteller das Fahrzeug so ausrüsten, dass die Bauteile, die das Emissionsverhalten beeinflussen so konstruiert, gefertigt und montiert sind, dass das Fahrzeug unter normalen Betriebsbedingungen den Vorgaben der Verordnung und ihren Durchführungsmaßnahmen entspricht. Aus der Vorschrift lässt sich entnehmen, dass Fahrzeuge nicht alleine auf dem technischen Prüfstand, sondern auch im realen Verkehrsbetrieb vorschriftsgemäß zu sein haben. Damit wird gerade der Fall geregelt, in dem die Vorgaben der Verordnung nur auf dem technischen Prüfstand und gerade nicht bei der realen Nutzung eines Fahrzeugs im Straßenverkehr eingehalten werden. Zudem ergibt sich aus Erwägungsgrund 6 der VO 715/1007/EG, dass sie sich zum Ziel setzt, die Luftqualität insgesamt zu verbessern, die

¹³⁸ Bejaht von: BGH Beschl. V. 8.1.2019 - VIII ZR 225/17 - NJW 2019, 1133, Rn. 6 ff.; LG Braunschweig Ur. v. 6.2.2018 - 11 O 1175/17 - BeckRS 2018, 1577, Rn. 51ff; LG Münster Ur. v. 14.3.2016 - 11 O 341/15 - BeckRS 2016, 6090; LG Potsdam Ur. v. 24.11.2017 - 6 O 36/17 - BeckRS 2017, 135158; *Steenbuck*, MDR 2016, 185, 186.

Luftverschmutzungsgrenzwerte einzuhalten und insbesondere die Stickoxidemissionen bei Dieselfahrzeugen zu mindern. Diese Ziele können jedoch nur erreicht werden, wenn es auf das Nichtvorhandensein einer unzulässigen Abschaltvorrichtung im realen Verkehrsbetrieb ankommt.

2. Die Software als unzulässige Abschaltvorrichtung im Sinne von Art. 5 Abs. 2 S. 1, Art. 3 Nr. 10 VO 715/2007/EG

Art. 5 Abs. 2 S. 1 VO 715/2007/EG regelt die generelle Unzulässigkeit von Abschaltvorrichtungen, soweit nicht einer der Ausnahmetatbestände aus Art. 5 Abs. 2 S. 2 VO 715/2007/EG einschlägig ist. Der Begriff der Abschaltvorrichtung ist in Art. 3 Nr. 10 VO 715/2007/EG legal definiert als ein Konstruktionsteil, das die Temperatur, die Fahrzeuggeschwindigkeit, die Motordrehzahl, den eingelegten Getriebegang, den Unterdruck im Einlasskrümmer oder sonstige Parameter ermittelt, um die Funktion eines beliebigen Teils des Emissionskontrollsystems zu aktivieren, zu verändern, zu verzögern oder zu deaktivieren, wodurch die Wirksamkeit des Emissionskontrollsystems unter Bedingungen, die bei normalem Fahrzeugbetrieb vernünftigerweise zu erwarten sind, verringert wird. Die unter anderem in Dieselfahrzeuge der Volkswagen-AG verbaute Software erkennt, wenn sich das Fahrzeug auf dem technischen Prüfstand befindet und schaltet in diesem Fall in einen optimierten Betriebsmodus um, in dem die Abgasrückführungsrate erhöht und die Stickoxidemissionen daher verringert werden. Erkennt die Software, dass sich das Fahrzeug im normalen Verkehrsbetrieb befindet, schaltet sie in einen nicht optimierten Betriebsmodus, bei dem die Abgasrückführungsrate verringert und damit der Stickoxidausstoß erhöht wird. Die Software ermittelt also aufgrund der soeben erläuterten technischen Parameter, ob sich das Fahrzeug auf dem Prüfstand oder im realen Verkehrsbetrieb befindet und schaltet davon ausgehend entweder in den optimierten

oder in den normalen Abgasrückführungsmodus um. Dabei wird die Wirksamkeit des Emissionskontrollsystems unmittelbar beeinträchtigt. All dies spricht für die Einordnung der verbauten Software als unzulässige Abschaltvorrichtung im Sinne von Art. 5 Abs. 2 S. 1, Art. 3 Nr. 10 VO 715/2007/EG.

Man könnte an dieser Stelle jedoch argumentieren, dass es sich bei der verbauten Software gerade nicht um eine Abschaltvorrichtung im Sinne der Vorschrift handelt, da sie nicht die ausgestoßenen Emissionen kontrolliert, sondern vielmehr innermotorisch auf die Abgasrückführung einwirkt. Der Begriff der „Emission“ meint nach seinem Wortsinn das Ausströmen verunreinigter Stoffe in die Umwelt.¹³⁹ Nach dieser Definition, die auch im Bereich des Bundesimmissionsschutzgesetzes verwendet wird¹⁴⁰, handelt es sich bei Gasen, die durch eine Abgasrückführung zurück in den Motor und gerade nicht nach außen geleitet werden, nicht um Emissionen. Nach dieser Argumentation kontrolliert die Software keine vorhandenen Emissionen, sondern wirkt sich vielmehr auf die Entstehung von Emissionen auf einer vorgelagerten Stufe aus. Die Software würde nach dieser Argumentation daher bereits kein Emissionskontrollsystem und damit keine Abschaltvorrichtung darstellen.

Eine solche enge Wortlautauslegung der Vorschrift verfehlt jedoch die Absicht des Gesetzgebers. Sinn und Zweck der Vorschrift ist die Luftreinhaltung bzw. die Verbesserung der Luftqualität. Dieses Ziel wird jedoch gerade durch die Aktivität von Systemen zur Schadstoffreduktion beim Betrieb von Dieselfahrzeugen erreicht, indem diese Systeme Schadstoffemissionen verhindern. Werden die Systeme durch die Installation einer Abschaltvorrichtung im realen Verkehrsbetrieb stets außer Kraft gesetzt, so wird eine Erreichung des Ziels der Luftreinhaltung bereits auf einer dem tatsächlichen Fahrzeugbetrieb vorgelagerten Stufe blockiert. Ein solches Vorgehen steht mithin im deutlichen Widerspruch zu der

¹³⁹ <https://www.duden.de/rechtschreibung/Emission#Bedeutung-3a>.

¹⁴⁰ Jarass/Jarass, BImSchG, § 3, Rn. 11.

Zielsetzung des Gesetzgebers. Die dargestellte Argumentation stellt damit eine unzulässige Verengung des Wortlautes dar, die der Zielvorgabe des Gesetzgebers nicht mehr entspricht. Vielmehr stellt die Software ein Emissionskontrollsystem dar.

Es handelt sich bei der verbauten Software folglich um eine Abschaltvorrichtung im Sinne von Art. 5 Abs. 2 S. 1, Art. 3 Nr. 10 VO 715/2007/EG.

3. Die Ausnahmetatbestände des Art. 5 Abs. 2 S. 2 VO 715/2007/EG liegen nicht vor.

Zu prüfen ist weiterhin die fehlende Einschlägigkeit der Ausnahmetatbestände des Art. 5 Abs. 2 VO 715/2007/EG. Ist einer dieser Tatbestände erfüllt, so ist die Abschaltvorrichtung ausnahmsweise zulässig.

Die Software ist zunächst nicht notwendig, um den Motor vor Beschädigung oder Unfall zu schützen oder um den sicheren Betrieb des Fahrzeugs zu gewährleisten (Art. 5 Abs. 2 S. 2 lit. a VO 715/2007/EG). Zwar kommt es wie dargestellt durch die Entfernung der Software und der damit einhergehenden Reaktivierung der Schadstoffreduktionssysteme zu einer Herabsetzung der Lebensdauer des Dieselpartikelfilters. Bei diesem handelt es sich jedoch um ein Verschleißteil, welches ohnehin etwa alle 120.000 Kilometer gereinigt oder ausgetauscht werden muss. Seine Abnutzung stellt damit keine besondere Gefahr für das Fahrzeug und erst recht keine Beschädigung des Fahrzeuges dar. Auch ein sicherer Fahrzeugbetrieb bleibt in jedem Fall möglich.

Die Software arbeitet auch länger, als dies zum Anlassen des Motors erforderlich ist (Art. 5 Abs. 2 S. 2 lit. b VO 715/2007/EG).

Die dritte Ausnahme (Art. 5 Abs. 2 S. 2 lit. c VO 715/2007/EG) setzt voraus, dass die Bedingungen, unter denen die Software arbeitet, im Emissionsprüfverfahren im Wesentlichen

berücksichtigt sind¹⁴¹, was ebenfalls nicht der Fall ist, da die Software im Emissionsprüfverfahren gerade nicht erkannt werden soll.

Damit ist keiner der Ausnahmetatbestände einschlägig, sodass die Abschaltvorrichtung auch unzulässig ist.

4. Zwischenergebnis

Es handelt sich daher bei der in Dieselmotoren verbauten Software um eine unzulässige Abschaltvorrichtung im Sinne von Art. 5 Abs. 2 S. 1 VO 715/2007/EG, sodass den betroffenen Fahrzeugen jederzeit die Gefahr der Betriebseinschränkung oder der Betriebsuntersagung durch die Straßenverkehrsbehörde gemäß § 5 Abs. 1 FZV innewohnt.

IV. Das Software-Update

Als technische Lösung für Fahrzeuge mit unzulässiger Abschaltvorrichtung wurden von den Herstellern Software-Updates entwickelt. Folge eines solchen Updates soll die vom Kraftfahrtbundesamt geforderte Entfernung der die Abgasmessung beeinflussenden Software sein, sodass die betroffenen Fahrzeuge auch im realen Verkehrsbetrieb durchgehend im sauberen Betriebsmodus betrieben werden.

Wie beschrieben befindet sich die Software des Motorsteuergerätes, und damit auch die Abschaltvorrichtung, auf einem mehrfach programmierbaren Speicher.¹⁴² Sie lässt sich also grundsätzlich umprogrammieren, sodass die Abschaltvorrichtung entfernt werden kann. Der Prozess des Aufspiels der umprogrammierten Software-Version nimmt dabei nur wenige Minuten in Anspruch.

¹⁴¹ BGH Beschl. v. 8.1.2019 - VIII ZR 225/17 - NZV 2019, 244, Rn. 15.

¹⁴² *Borgeest*, Manipulation von Abgaswerten, S. 36.

Der programmierbare Speicher, auf dem sich die Software befindet, ist allerdings schreibgeschützt, sodass für eine Umprogrammierung der Software ein durch den Entwickler der Software autorisiertes Programmiergerät benötigt wird.¹⁴³ Mithin sind die Verkäufer betroffener Fahrzeuge darauf angewiesen, dass der Fahrzeughersteller bei dem Entwickler der Motorsteuerungssoftware ein Update in Auftrag gibt, welches die Wirkung der Software beseitigt. Bei der Umprogrammierung der Software müssen also wieder dieselben Personen (Fahrzeughersteller, Entwickler der Software) beteiligt werden, wie bei ihrer Entwicklung. Folglich sind die Verkäufer der betroffenen Fahrzeuge bei der Erfüllung möglicher Gewährleistungsrechte ihrer Kunden ebenfalls auf eine Mitwirkung von Fahrzeughersteller und Softwareentwickler angewiesen.

Problematisch ist weiterhin, dass trotz der scheinbar unproblematischen Fehlerbehebung nach der Durchführung des Software-Updates keine zuverlässige Aussage mehr über den Kraftstoffverbrauch und die Lebensdauer des Fahrzeugs getroffen werden kann. Denn Untersuchungen zur Messung des durchschnittlichen Kraftstoffverbrauches und der durchschnittlichen Lebensdauer eines Fahrzeugmodells finden anders als die Ermittlung der durchschnittlichen Emissionswerte nicht durch Messung auf dem technischen Prüfstand statt, sondern durch Messungen während des realen Verkehrsbetriebes. Im realen Verkehrsbetrieb wurden die Fahrzeuge jedoch bislang aufgrund der Software im schmutzigen Betriebsmodus betrieben, sodass bisher gesammelte Langzeiterfahrungen hinsichtlich Kraftstoffverbrauchs und Lebensdauer auch nur für diesen schmutzigen Betriebsmodus gelten. Auf den sauberen Betriebsmodus können sie nicht übertragen werden.

Vielmehr kommt es wie dargestellt bereits aus technischen Gründen zwingend zu einem Mehrverbrauch an Kraftstoff, einer

¹⁴³ *Borgeest*, Manipulation von Abgaswerten, S. 36.

Herabsetzung der Lebensdauer des Dieselpartikelfilters sowie zu Leistungseinbußen des Motors, wenn die Abschalteneinrichtung beseitigt wird und damit alle Systeme zur Schadstoffreduktion wieder aktiviert werden. Die Entfernung der Abschalteneinrichtung im Wege des Software-Updates hat daher negative Auswirkungen auf die übrigen Fahrzeugeigenschaften.

V. Zwischenergebnis

Bei der vom Hersteller in das Motorsteuergerät installierten Software handelt es sich um eine unzulässige Abschalteneinrichtung im Sinne von Art. 5 Abs. 1, Abs. 2, Art. 3 Nr. 10 VO 715/2007/EG. Diese lässt sich zwar innerhalb kurzer Zeit mittels Aufspielen eines Software-Updates durch den Hersteller beseitigen. Allerdings weckt dies berechtigterweise Zweifel beim Käufer, da bei der Entfernung der Software dieselben Personen beteiligt sein müssen wie bei ihrem Aufspielen. Zuletzt hat die Entfernung der Abschalteneinrichtung technisch zwingend einen Mehrverbrauch an Kraftstoff, eine Herabsetzung der Lebensdauer des Dieselpartikelfilters sowie Leistungseinbußen des Motors zur Folge.

F. Zwischenergebnis

Auch wenn der Dieselmotor lange Zeit als umweltfreundlich galt, weil er gemessen an seinem hohen Wirkungsgrad nur eine verhältnismäßig geringe Menge an Kohlenstoffdioxid (CO₂) und durch moderne Abgasnachbehandlungstechniken auch nur eine geringe Menge an Stickoxiden (NO_x) und Partikeln ausstößt, bedarf er der fortlaufenden Weiterentwicklung, um stets den geltenden Emissionsvorschriften des Gesetzgebers, sowie den wachsenden Umweltaforderungen potentieller Käufer, gerecht zu werden. Dies stellt Wissenschaft und Technik bis heute vor große Herausforderungen, zumal bereits ein technischer Zielkonflikt

vorliegt, der die gleichzeitige Berücksichtigung sämtlicher gestellter Anforderungen unmöglich macht. Dieser Zielkonflikt lässt sich zwar mit modernen Kombinationssystemen zur Abgasreinigung lösen, die die Einhaltung der Euro 6d Abgasnorm zur Folge haben. Diese Systeme verursachen beim Hersteller aber hohe Kosten und schmälern damit seinen Gewinn.

Um den Eindruck zu erwecken, als erfüllten die Fahrzeuge alle Anforderungen der potentiellen Kunden und um gleichzeitig die eigenen wirtschaftlichen Interessen der Gewinnmaximierung zu verfolgen, hat die Volkswagen-AG durch den Einbau einer gemäß Art. 5 Abs. 2 S. 1, Art. 3 Nr. 10 VO 715/2007/EG unzulässigen Abschaltvorrichtung in die Integrität des Motorsteuergerätes der Fahrzeuge eingegriffen. Den betroffenen Fahrzeugen droht in der Folge eine Stilllegung durch das Kraftfahrtbundesamt, vgl. § 5 Abs. 1 FZV.

Es stellt sich mithin die Frage, ob die Beschaffenheit der mit der Software versehenen Fahrzeuge einen Fahrzeugmangel darstellt, aus dem Gewährleistungsansprüche der Käufer erwachsen. Insbesondere gilt es zu prüfen, ob den betroffenen Fahrzeugkäufern ein Rücktrittsrecht als das Gewährleistungsrecht mit den schärfsten Rechtsfolgen zusteht.

Teil IV: Das Rücktrittsrecht des Dieselmotorkäufers wegen mangelhafter Leistung

Ein Rücktrittsrecht der Käufer von Dieselfahrzeugen, in die die beschriebene Software verbaut ist, kann sich einzig aus dem kaufrechtlichen Gewährleistungsrecht ergeben.

A. Zur Wirksamkeit der zwischen Vertragshändler und Käufer geschlossenen Kaufverträge

Da Gegenstand der Arbeit allein das Bestehen eines Rücktrittsrechts gegenüber dem Vertragshändler ist und sich aus der Vertragshändlerstellung einige Besonderheiten (insbesondere bei der Zurechnung des Herstellerverhaltens) ergeben, soll zunächst die Rechtsstellung des Vertragshändlers als zwischengeschaltete Instanz zwischen Käufer und Hersteller verdeutlicht werden.

I. Der Vertragshändler als Vertragspartner des Kunden

Es entspricht der in der Automobilindustrie gängigen Praxis, dass große Automobilkonzerne im Wege eines selektiven Vertriebssystems Vertragshändler zwischenschalten, die sodann Vertragspartei des Käufers werden. Ein Vertragshändler ist ein selbstständiger Gewerbetreibender, der die Produkte eines anderen Unternehmers im eigenen Namen und auf eigene Rechnung aufgrund besonderer Kaufverträge bezieht und weiterverkauft und damit dessen Absatz fördert.¹⁴⁴ Er ist ein Kaufmann, dessen Unternehmen in die Vertriebsorganisation eines Herstellers von Markenwaren in der Weise eingegliedert ist, dass er es durch Vertrag mit dem Hersteller oder einem von diesem eingesetzten Zwischenhändler ständig übernimmt, die Vertragswaren im Vertragsgebiet zu vertreiben, die Funktionen und Risiken seiner Handelstätigkeit hieran auszurichten und im Geschäftsverkehr das

¹⁴⁴ Inderst/Bannenberg/Poppe/Steiner, Compliance, 3.3 Vertragshändler, Rn. 1190; Ulmer/Brandner/Hensen/Schäfer, AGB-Recht, Vertragshändlerverträge, Rn. 3.

Herstellerzeichen neben der eigenen Firma herauszustellen.¹⁴⁵ Der Vertragshändlervertrag ist ein auf Dauer angelegter Rahmenvertrag sui generis, durch den der Vertragshändler in die Vertriebsorganisation des Herstellers, Zwischenhändlers oder Importeurs der Waren eingegliedert und zur Nutzung von dessen Markenrechten berechtigt wird.¹⁴⁶ Er weist Elemente eines Dienstvertrages auf, der auf eine entgeltliche Geschäftsbesorgung gerichtet ist, §§ 611, 675 BGB.¹⁴⁷

In wirtschaftlicher Hinsicht erscheint der Vertragshändler als verlängerter Arm des Herstellers, da er für diesen die Aufgaben eines ausführenden Organes übernimmt.¹⁴⁸ Er ist aus dem zugrundeliegenden Vertragsverhältnis verpflichtet, das Marktpotential für die „Marke“ des Herstellers optimal auszuschöpfen, wobei er hinsichtlich der Werbung durch den Hersteller unterstützt wird.¹⁴⁹ Der Hersteller kann von seinem Vertragshändler verlangen, dass dieser sich in seinen Werbemaßnahmen an das Image der Marke anpasst.¹⁵⁰ Das Verhältnis zwischen Vertragshändler und Hersteller kennzeichnet sich weiterhin durch weitreichende Kontrollrechte des Herstellers¹⁵¹: Diese beziehen sich unter anderem auf die Festlegung der Eigentumsverhältnisse, die Gestaltung der Geschäftsräume, die Gestaltung des Internetauftrittes, sowie die Art der Verkaufsaktivitäten des Vertragshändlers. Damit unterliegt der Vertragshändler weitestgehend den Weisungen des Herstellers, wobei jedoch beiderseitige Treuepflichten bestehen.¹⁵²

Abzugrenzen ist der Vertragshändler von anderen Vertriebsmittlern, wie zum Beispiel dem Handelsvertreter und dem

¹⁴⁵ Martinek/Semler/Flohr/Manderla, Handbuch des Vertriebsrechts, § 25, Rn. 1.

¹⁴⁶ Ulmer/Brandner/Hensen/Schäfer, AGB-Recht, Vertragshändlerverträge, Rn. 3.

¹⁴⁷ Martinek/Semler/Flohr/Manderla, Handbuch des Vertriebsrechts, § 25, Rn. 2, 7; Röhrich/Graf von Westphalen/Haas, HGB, Vertragshändlerverträge, Rn. 20.

¹⁴⁸ Martinek/Semler/Flohr/Manderla, Handbuch des Vertriebsrechts, § 25, Rn. 5.

¹⁴⁹ Graf von Westphalen, NJW 1982, 2465, 2469.

¹⁵⁰ Graf von Westphalen, NJW 1982, 2465, 2469.

¹⁵¹ Graf von Westphalen, NJW 1982, 2465, 2469.

¹⁵² Graf von Westphalen, NJW 1982, 2465, 2469.

Franchisenehmer. Diese Abgrenzung richtet sich nach der vertraglichen Vereinbarung zwischen dem Vertriebsvermittler und dem Hersteller der abzusetzenden Produkte sowie nach der tatsächlichen Durchführung der Vermittlung.¹⁵³ Als Ergebnis der Abgrenzung geht der Vertragstyp hervor, dessen Elemente das Verhältnis zwischen Vertriebler und Hersteller im Einzelfall dominieren.¹⁵⁴

Der Handelsvertreter tritt im Gegensatz zum Vertragshändler in fremdem Namen auf und handelt auf fremde Rechnung, nämlich auf Rechnung des Vertretenen.¹⁵⁵ Er nimmt damit eine rein vermittelnde Funktion ein, ohne selbst Vertragspartei zu werden.

Der Franchisenehmer tritt zwar ebenso wie der Vertragshändler in eigenem Namen und auf eigene Rechnung auf, ist jedoch wesentlich stärker in die Absatzorganisation sowie in das Management- und Marketingkonzept des Franchisegebers eingegliedert.¹⁵⁶

Bei der Einschaltung eines Vertragshändlers kommt der Kaufvertrag zwischen Vertragshändler und Käufer zustande, ohne dass der Hersteller des Fahrzeuges selbst Vertragspartei wird.¹⁵⁷ Folge ist, dass alleine der Vertragshändler den Sachmängelgewährleistungsrechten des Käufers ausgesetzt ist, während der Hersteller diese nicht zu fürchten braucht. Gewährleistungsansprüche gegen den Hersteller selbst können allenfalls dann bestehen, wenn dem Käufer wirksam eine Herstellergarantie eingeräumt wurde und die Garantiefrist zum Zeitpunkt der Geltendmachung der Ansprüche noch nicht

¹⁵³ Inderst/Bannenberg/Poppe/Steiner, Compliance, 3.3 Vertragshändler, Rn. 1191.

¹⁵⁴ Martinek/Semler/Flohr/Manderla, Handbuch des Vertriebsrechts, § 25, Rn. 4.

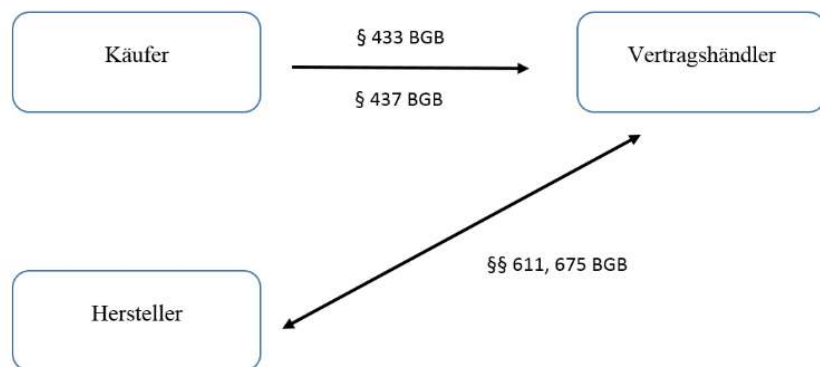
¹⁵⁵ Inderst/Bannenberg/Poppe/Steiner, Compliance, 3.3 Vertragshändler, Rn. 1192.

¹⁵⁶ Inderst/Bannenberg/Poppe/Steiner, Compliance, 3.3 Vertragshändler, Rn. 1192.

¹⁵⁷ Bendig, ZfSch 2017, 8, 9; Steenbuck, MDR 2016, 185,186.

abgelaufen ist.¹⁵⁸ Rückzahlung des Kaufpreises Zug-um-Zug gegen Rückübereignung des Fahrzeuges kann der Käufer also in der Regel allein vom Vertragshändler verlangen.

Abbildung: Vertragsschluss zwischen Käufer und Vertragshändler des Herstellers



(eigene Darstellung)

II. Keine Nichtigkeit der Kaufverträge gemäß § 134 BGB in Verbindung mit § 27 Abs. 1 EG-FGV

Die kaufrechtlichen Gewährleistungsrechte aus § 437 BGB scheiden von vorneherein aus, wenn der Kaufvertrag zwischen Käufer und Vertragshändler wegen Verstoßes gegen § 134 BGB in Verbindung mit § 27 Abs. 1 EG-FGV nichtig ist. In diesem Fall könnte der Käufer also von vorneherein nicht vom Vertrag zurücktreten, sondern wäre auf eine bereicherungsrechtliche Rückabwicklung verwiesen.

¹⁵⁸ Zum Teil werden in der Literatur auch Ansprüche des Käufers gegen den Hersteller aus der Übereinstimmungsbescheinigung, die einen Auskunfts- und Garantievertrag darstelle, vertreten; so nur: *Arzt/Harke*, NJW 2017, 3409.

1. Kein Verstoß gegen § 27 Abs. 1 EG-FGV

Zunächst ist nicht eindeutig, ob überhaupt ein Verstoß gegen den Tatbestand des § 27 Abs. 1 EG-FGV gegeben ist. Nach § 27 Abs. 1 EG-FGV dürfen neue Fahrzeuge im Inland nur dann zur Verwendung im Straßenverkehr feilgeboten, veräußert oder in den Verkehr gebracht werden, wenn sie mit einer gültigen Übereinstimmungsbescheinigung versehen sind. Die Übereinstimmungsbescheinigung stellt eine Erklärung des Herstellers dar, dass das Fahrzeug mit der EG-Typengenehmigung übereinstimmt und daher zur Teilnahme am Straßenverkehr zulassungsfähig ist. Ihre Rechtsnatur wird allerdings unterschiedlich beurteilt:

Nach einer Ansicht handelt es sich um eine bloße Privaturkunde ohne Rechtsverbindlichkeit, die im Rechtsverkehr jedoch besonderes Vertrauen für sich in Anspruch nimmt.¹⁵⁹

Nach anderer Ansicht wird die Übereinstimmungsbescheinigung als privatrechtliche Willenserklärung verstanden, durch die dem Käufer mit Rechtsbindungswillen zugesichert wird, dass das Fahrzeug für die Nutzung im Straßenverkehr zugelassen werden kann.¹⁶⁰ Infolge dieser Willenserklärung des Herstellers komme zwischen diesem und dem Käufer ein Auskunftsvertrag zustande.¹⁶¹

In funktioneller Hinsicht kann der Käufer mit der Übereinstimmungsbescheinigung die erstmalige Zulassung des von ihm erworbenen Neufahrzeuges erreichen. Der Hersteller will durch das Ausstellen der Übereinstimmungsbescheinigung seiner gesetzlichen Pflicht genügen und keine darüber hinausgehenden vertraglichen Verpflichtungen im Verhältnis zum Käufer übernehmen. Dies steht in Einklang mit der bewussten Entscheidung des Herstellers, sich eines Vertragshändlers zu

¹⁵⁹ VG Düsseldorf Urt. v. 24.1.2018 - 6 K 12341/17 - BeckRS 2018, 1408, Rn. 211; VG Stuttgart Beschl. v. 27.4.2018 - 8 K 1962/18 - BeckRS 2018, 12838, Rn. 12.

¹⁶⁰ Artz/Harke, NJW 2017, 3409, 3409 f.

¹⁶¹ Artz/Harke, NJW 2017, 3409, 3410 f.

bedienen, der an seiner Stelle Kaufvertragspartei wird. Auch die Bindung der Zulassungsbehörde an die Übereinstimmungsbescheinigung ergibt sich nicht aus einer vertraglichen Vereinbarung mit dem Hersteller sondern unmittelbar aus § 6 Abs. 3 Fahrzeugzulassungsverordnung (FZV). Aus diesen Gründen handelt es sich bei der Übereinstimmungsbescheinigung richtigerweise um eine bloße Privaturkunde und nicht um eine rechtsgeschäftliche Willenserklärung des Herstellers.

a) Gültige Übereinstimmungsbescheinigung

§ 27 Abs. 1 EG-FGV verlangt zunächst eine „gültige“ Übereinstimmungsbescheinigung. Hierbei ist bislang nicht abschließend geklärt, ob für die Gültigkeit allein auf formelle Gesichtspunkte, oder daneben auch auf materielle Gesichtspunkte abzustellen ist.¹⁶²

Nach dem in der Rechtsprechung zumeist vertretenen formellen Gültigkeitsbegriff kommt es allein darauf an, ob die Übereinstimmungsbescheinigung durch den Hersteller unter Verwendung des vorgeschriebenen Formulars ausgestellt wurde und dass sie fälschungssicher und vollständig ist.¹⁶³ Auf die materielle Richtigkeit der Bescheinigung kommt es nach dieser Ansicht nicht an.

Die gegensätzliche Ansicht vertritt einen materiellen Gültigkeitsbegriff, wonach es gerade auf die inhaltliche Richtigkeit der Übereinstimmungsbescheinigung ankommen soll. Die Übereinstimmungsbescheinigung solle nach ihrem Sinn und Zweck einen Zusammenhang zwischen dem konkreten Fahrzeug und der für diesen Fahrzeugtyp ausgestellten Typengenehmigung herstellen, der nur dann besteht, wenn eine Übereinstimmung in

¹⁶² *Gutzeit*, JuS 2019, 649, 649 f.

¹⁶³ OLG Köln Beschl. v. 16.7.2018 - 5 U 82/17 - BeckRS 2018, 21348, Rn. 9; OLG Stuttgart Beschl. v. 3.8.2018 - 12 U 179/17 - BeckRS 2018, 27492, Rn. 8; VG Düsseldorf Urt. v. 24.1.2018 - 6 K 12341/17 - BeckRS 2018, 1408, Rn. 212; VG Schleswig Urt. v. 13.12.2017 - 3 A 59/17 - BeckRS 2017, 135232, Rn. 71.

materieller Hinsicht gegeben ist.¹⁶⁴ Zudem bescheinigt die Übereinstimmungsbescheinigung nach Art. 3 Nr. 36 der RL 2007/46 EG, dass das Fahrzeug bei seiner Herstellung allen einschlägigen Rechtsvorschriften entspricht. Dies ist jedoch gerade dann nicht der Fall, wenn das Fahrzeug in materieller Hinsicht von der Typengenehmigung abweicht.

Im Wesentlichen handelt es sich bei der Übereinstimmungsbescheinigung um ein streng formalisiertes Dokument, das dazu dient, die KFZ-Zulassungsbehörden von der Überprüfung jedes einzelnen Fahrzeugs zu entlasten. Sie soll mithin eine Vereinfachung und Formalisierung des Zulassungsverfahrens bewirken. Eine solche Entlastung kann jedoch nur dann eintreten, wenn für die Gültigkeit allein auf formelle Aspekte abzustellen ist. Dem steht auch nicht entgegen, dass dann auch solche Fahrzeuge zugelassen werden müssten, die gerade nicht mit der Typengenehmigung übereinstimmen, da die Nachweisfunktion der Übereinstimmungsbescheinigung gemäß § 6 Abs. 3 S. 1 FZV erlischt, wenn das Kraftfahrtbundesamt die Nichtübereinstimmung feststellt.¹⁶⁵ Mit dem Erlöschen der Nachweisfunktion müssen die Zulassungsbehörden das Fahrzeug auch bei einer Vorlage der Übereinstimmungsbescheinigung nicht mehr zulassen. Gemäß § 25 EG-FGV muss in diesem Fall das Kraftfahrtbundesamt selbst beurteilen, ob das konkrete Fahrzeug mit der Typengenehmigung übereinstimmt. Folglich ist im Rahmen von § 27 Abs. 1 EG-FGV von einem formellen Gültigkeitsbegriff auszugehen.

b) Neues Fahrzeug

Nach dem Wortlaut des § 27 Abs. 1 EG-FGV ist weiterhin Voraussetzung, dass es sich um ein neues Fahrzeug handelt. Für

¹⁶⁴ LG Augsburg Urst. v. 29.1.2018 - 082 O 4497/16 - NJW-RR 2018, 1073, Rn. 65 ff.

¹⁶⁵ VG Düsseldorf Urst. v. 24.1.2018 - 6 K 12341/17 - BeckRS 2018, 1408, Rn. 221.

Gebrauchtwagen gilt die Norm nach ihrem klaren Wortlaut zunächst nicht. Allerdings würde es nach einer Ansicht dem Sinn und Zweck der Vorschrift zuwiderlaufen, wenn Neufahrzeuge, die ohne gültige Übereinstimmungsbescheinigung und damit unter Verstoß gegen § 27 Abs. 1 EG-FGV veräußert werden, als Gebrauchtfahrzeuge weiterveräußert werden könnten, weil die Vorschrift auf solche keine Anwendung findet.¹⁶⁶ Damit würde die Vorschrift dem Großteil ihres Anwendungsbereiches beraubt, da ein Fahrzeug nur einmal als Neufahrzeug, aber unzählige Male als Gebrauchtfahrzeug (weiter-)veräußert werden kann. Darüber hinaus wurde die Formulierung „neues Fahrzeug“ aus der Vorgängernorm Art. 7 Abs. 1 der RL 70/156/EG in der Nachfolgernorm Art. 4 Abs. 3 der RL 2007/46/EG durch das Wort „Fahrzeug“ ersetzt, was dafür spricht, dass eine Beschränkung der Norm auf Neufahrzeuge gerade nicht vom Gesetzgeber gewollt ist.¹⁶⁷

Allerdings ist zu beachten, dass die ältere RL 70/156/EG für Kraftfahrzeuge umfassend galt, während die neue RL 2007/46/EG bereits in Art. 1 UAbs. 1 eine Beschränkung auf Neufahrzeuge enthält. Die Beschränkung auf Neufahrzeuge wurde also keinesfalls gestrichen, sondern vielmehr an eine andere Stelle der RL verschoben, sodass sie nunmehr für die gesamte RL gilt. Dies darf bei der Beurteilung in keinem Fall übersehen werden.

Insgesamt lässt sich eine dem eindeutigen Wortlaut zuwiderlaufende Anwendung der Vorschrift auch auf Gebrauchtfahrzeuge nicht mit dem Sinn und Zweck rechtfertigen. Richtigerweise gilt § 27 Abs. 1 EG-FGV folglich ausschließlich für Neufahrzeuge.

¹⁶⁶ LG Augsburg Urte. v. 29.1.2018 - 082 O 4497/16 - NJW-RR 2018, 1073, Rn. 62ff.

¹⁶⁷ So LG Augsburg Urte. v. 29.1.2018 - 082 O 4497/16 - NJW-RR 2018, 1073, Rn. 64.

c) Zwischenergebnis

Kaufverträge über Gebrauchtwagen sind bereits deshalb nicht gemäß § 134 BGB in Verbindung mit § 27 Abs. 1 EG-FGV nichtig, da die Vorschrift nicht für Gebrauchtfahrzeuge gilt. Kaufverträge über Neuwagen sind ebenfalls nicht verbotsnichtig, da die Gültigkeit der Übereinstimmungsbescheinigung bereits dann zu bejahen ist, wenn diese formell ordnungsgemäß vom Hersteller ausgestellt wurde. Sowohl bei Neuwagen als auch bei Gebrauchtwagen scheidet ein Verstoß gegen § 27 Abs. 1 EG-FGV daher aus.

2. Fehlende Verbotsgesetzeigenschaft des § 27 Abs. 1 EG-FGV

Eine Nichtigkeit des Rechtsgeschäftes gemäß § 134 BGB würde von vorneherein ausscheiden, wenn § 27 Abs. 1 EG-FGV ohnehin kein Verbotsgesetz darstellen würde.

Ein Gesetz ist nach ständiger Rechtsprechung des BGH jede Rechtsnorm im Sinne des Art. 2 EGBGB.¹⁶⁸ Unter diese weite Definition fällt grundsätzlich auch europäisches Verordnungsrecht.¹⁶⁹ Allerdings sind Verbotsgesetze abzugrenzen von reinen Ordnungsvorschriften, bei denen ein Verstoß die Wirksamkeit des Rechtsgeschäfts unberührt lässt.¹⁷⁰ Zur Abgrenzung ist zunächst der Wortlaut der Norm, namentlich die Formulierung „dürfen [...] nur“ heranzuziehen. Allerdings bezweckt der Gesetzgeber mit einer solchen Formulierung nicht die Abgrenzung von Verbotsnormen im Vergleich zu reinen Ordnungsvorschriften, sodass diese Formulierung keine Schlüsse auf den Verbotscharakter der Norm zulässt.¹⁷¹ Daher ist der Wortlaut der Vorschrift kein taugliches Abgrenzungskriterium.

¹⁶⁸ BGH Urt. v. 28.4.2015 - XI ZR 378/13 - NJW 2015, 2248, Rn. 66.

¹⁶⁹ MüKoBGB/*Armbrüster*, § 134, Rn. 30.

¹⁷⁰ *Armbrüster*, NJW 2018, 3481, 3482.

¹⁷¹ So auch BGH Urt. v. 30.4.1992 - III ZR 151/91 - NJW 1992, 2021, 2022; BeckOGK-BGB/*Vossler*, § 134 BGB, Rn. 53f.; BeckOK-BGB/*Wendtland*, § 134 BGB, Rn. 9.

Darüber hinaus handelt es sich bei § 27 Abs. 1 EG-FGV bereits aufgrund seiner Bußgeldbewährung nicht um eine dispositive Norm, für die die Einordnung als bloße Ordnungsvorschriften weitestgehend anerkannt ist.¹⁷²

Da der Wortlaut der Norm keine Rückschlüsse zulässt und sie auch nicht zur Disposition der Parteien steht, muss die Abgrenzung nach dem Sinn und Zweck der Vorschrift erfolgen, sodass eine teleologische Auslegung stattzufinden hat.¹⁷³ Ein Verbot liegt vor, wenn sich die Norm nicht allein gegen die Umstände des Zustandekommens eines Rechtsgeschäfts richtet, sondern sich gerade gegen seine privatrechtliche Wirksamkeit und seinen wirtschaftlichen Erfolg wendet.¹⁷⁴ Erforderlich ist mithin eine Missbilligung des Rechtsgeschäftes als solches.¹⁷⁵

a) Streitstand

Zu der Frage, ob § 27 Abs. 1 EG-FGV nach seinem Sinn und Zweck Kaufverträge über Fahrzeuge ohne gültige Übereinstimmungsbescheinigung verbieten möchte, werden in der Rechtsprechung verschiedene Ansichten vertreten:

Nach einer Ansicht könne die von § 27 Abs. 1 EG-FGV bezweckte Entlastung der Zulassungsbehörde von der Prüfung der Übereinstimmung nur erreicht werden, wenn Kaufverträge über Fahrzeuge ohne eine gültige Übereinstimmungserklärung unwirksam wären.¹⁷⁶

Nach anderer Ansicht entspreche eine Unwirksamkeit zivilrechtlicher Kaufverträge nicht dem Sinn und Zweck der EG-

¹⁷² So auch MüKoBGB/*Armbrüster*, § 134, Rn. 46; BeckOGK-BGB/*Vossler*, § 134 BGB, Rn. 55.

¹⁷³ MüKoBGB/*Armbrüster*, § 134, Rn. 42.

¹⁷⁴ BGH Urt. v. 30.4.1992 - III ZR 151/91 - NJW 1992, 2021, 2022.

¹⁷⁵ *Armbrüster*, NJW 2018, 3481, 3482.

¹⁷⁶ LG Augsburg Urt. v. 29.1.2018 - 082 O 4497/16 - NJW-RR 2018, 1073, Rn. 58 ff.

FGV.¹⁷⁷ Dies wird zumeist damit begründet, dass die Rechtsfolge einer Abweichung des Fahrzeugs von der Typengenehmigung bereits in der Anordnung verwaltungsrechtlicher Maßnahmen zur künftigen Sicherstellung der Übereinstimmung durch das Kraftfahrbundesamt gemäß § 25 Abs. 2, Abs. 3 EG-FGV zu sehen ist.¹⁷⁸ Eine zivilrechtliche Nichtigkeit des Kaufvertrages führe einzig und alleine dazu, dass der Käufer seine Gewährleistungsrechte verliert, was weder dem Sinn und Zweck des § 27 Abs. 1 EG-FGV entspreche, noch angesichts der Möglichkeit des Kraftfahrbundesamtes, Maßnahmen aufgrund des Verwaltungsrechts zu ergreifen, erforderlich sei.

b) Teleologische Auslegung

Es zeigt sich, dass die Rechtsprechung im Rahmen der teleologischen Auslegung des § 27 Abs. 1 EG-FGV zu unterschiedlichen Ergebnissen kommt, was eine umfassende Analyse des Normzwecks erforderlich macht. Dabei ist insbesondere auf den von der Norm angesprochenen Adressatenkreis, das Erfordernis einer zivilrechtlichen Sanktionsmöglichkeit, eine mögliche Einordnung der Norm als technische Schutzbestimmung, die Verkehrssicherheit, den Gesichtspunkt des Käuferschutzes, sowie auf regelungssystematische Erwägungen abzustellen.

aa) Adressatenkreis

In einem ersten Schritt ist zu klären, an welchen Adressaten sich die Vorschrift richtet. Richtet sie sich lediglich an einen von beiden Vertragspartnern, führt ein Verstoß nur dann zur Nichtigkeit des Vertrages, wenn der Normzweck es ausnahmsweise gebietet.¹⁷⁹ Das in § 27 Abs. 1 EG-FGV geregelte Verbot untersagt das

¹⁷⁷ LG Itzehoe Urt. v. 18.7.2018 - 6 O 391/17 - BeckRS 2018, 27493, Rn. 37.

¹⁷⁸ OLG Köln Beschl. v. 16.7.2018 - 5 U 82/17 - BeckRS 2018, 21348, Rn. 11.

¹⁷⁹ BGH Urt. v. 30.4.1992 - III ZR 151/91 - NJW 1992, 2021, 2021; BGH Urt. v. 25.9.2014 - IX ZR 25/14 - NJW 2014, 3568, Rn. 15.

Feilbieten sowie das Inverkehrbringen von Neufahrzeugen ohne gültige Übereinstimmungsbescheinigung. Feilbieten meint dabei das Anbieten zum Kauf, also letztlich das Veräußern eines solchen Fahrzeugs.¹⁸⁰ Erfasst ist sowohl das dingliche Verfügungsgeschäft, als auch das schuldrechtliche Verpflichtungsgeschäft.¹⁸¹ Das Inverkehrbringen ist legal definiert als die erstmalige Bereitstellung eines Produktes auf dem Markt, vgl. § 2 Nr. 16 ProdSG. Betrachtet man diese Definitionen, so fällt auf, dass sich sowohl das Verbot des Feilbietens, als auch das Verbot des Inverkehrbringens ausschließlich an den Verkäufer richten. Folglich richtet sich § 27 Abs. 1 EG-FGV insgesamt einseitig an den Verkäufer. Mithin führt ein Verstoß gegen die Vorschrift in der Regel nicht zur Nichtigkeit des Vertrages. Etwas anderes ergibt sich nur dann, wenn dies der Normzweck ausnahmsweise gebietet.

bb) Erfordernis einer zivilrechtlichen Sanktionsmöglichkeit

Es ist also zu ermitteln, ob eine zivilrechtliche Nichtigkeit des Kaufvertrags nach dem Sinn und Zweck des § 27 Abs. 1 EG-FGV als Sanktion für die Ausstellung einer ungültigen Übereinstimmungsbescheinigung durch den Hersteller erforderlich ist. Dabei ist im Ausgangspunkt zugrunde zu legen, dass eine Sanktionierung bestimmter Verhaltensweisen an sich dem Straf- und Ordnungswidrigkeitenrecht vorbehalten ist. Bezogen auf die durch § 27 Abs. 1 EG-FGV verbotenen Verhaltensweisen ist der entsprechende Ordnungswidrigkeitentatbestand in § 37 EG-FGV zu finden. Erfordert jedoch der Normzweck eine weitergehende zivilrechtliche Sanktionierung des Verstoßes, kann die Nichtigkeitsfolge des § 134 BGB angezeigt sein. Dies wird von der Rechtsprechung insbesondere bezogen auf Verstöße gegen das Schwarzarbeitsgesetz vertreten.¹⁸² Hier erfordert die effektive Durchsetzung des Schwarzarbeitsverbotes nicht nur die

¹⁸⁰ *Armbrüster*, NJW 2018, 3481, 3483.

¹⁸¹ *Armbrüster*, NJW 2018, 3481, 3483.

¹⁸² BGH Urt. v. 16.3.2017 - VII ZR 197/16 - NJW 2017, 1808, Rn. 18; BGH Urt. v. 1.8.2013 - VII ZR 6/13 - NJW 2013, 3167, Rn. 17.

Eindämmung des Vorgangs der Schwarzarbeit, sondern darüber hinaus die zivilrechtliche Nichtigkeit der Rechtsgeschäfte, was sich auch aus dem in § 1 Abs. 1 SchwarzArbG normierten Gesetzeszweck der Intensivierung der Bekämpfung der Schwarzarbeit ergibt. Dieser Zweck kann nur erreicht werden, wenn die Nichtigkeit des Werkvertrages eintritt, da nur so der Werkunternehmer und der Besteller gleichermaßen erheblich belastet werden.

Überträgt man diese Überlegungen auf den Fall einer ungültigen Übereinstimmungsbescheinigung, so würden im Falle einer Nichtigkeit gleichermaßen der Verkäufer und der Käufer des Fahrzeugs belastet. Das missbilligte Verhalten liegt jedoch in der Ausstellung einer unrichtigen Typengenehmigung durch den Hersteller. Bei dem Verkäufer handelt es sich regelmäßig um einen unabhängigen Vertragshändler, der von der Unrichtigkeit der Typengenehmigung keine Kenntnis hat. Damit würden die sich aus der Nichtigkeit ergebenden einschneidenden Konsequenzen gerade nicht denjenigen treffen, der die zu sanktionierende Handlung begangen hat.

Darüber hinaus wird in den Schwarzarbeiterfällen die Nichtigkeitsfolge auch damit begründet, dass der Besteller den Verstoß des Unternehmers kennt und ihn bewusst zu seinem Vorteil ausnutzt.¹⁸³ Liegt jedoch auf der Bestellerseite kein zu sanktionierendes Verhalten vor, ist die Nichtigkeit des Vertrages gerade nicht anzunehmen, um dem insoweit schutzwürdigen Besteller seine Gewährleistungsrechte zu belassen.¹⁸⁴ Übertragen auf den Fall der ungültigen Übereinstimmungsbescheinigung ist zu sagen, dass der Käufer von dieser in aller Regel weder Kenntnis hat, noch einen Vorteil daraus gewinnt. Vielmehr ist sogar denkbar, dass betroffene Fahrzeuge infolge der öffentlichen Erörterung der

¹⁸³ BGH Urt. v. 16.3.2017 - VII ZR 197/16 - NJW 2017, 1808, Rn. 15; BGH Urt. v. 11.6.2015 - VII ZR 216/14 - NJW 2015, 2406, Rn. 10; BGH Urt. v. 1.8.2013 - VII ZR 6/13 - NJW 2013, 3167, Rn. 13.

¹⁸⁴ So auch BGH Beschl. v. 25.1.2001 - VII ZR 296/00 - NJW-RR 2002, 557; BGH Urt. v. 19.1.1984 - VII ZR 121/83 - NJW 1984, 1175, 1176.

Problematik einen Wertverlust erleiden und sich auf dem Gebrauchtwagenmarkt generell schlechter weiterveräußern lassen. Auch der Verkäufer zieht keinerlei Vorteile aus der Ungültigkeit der Übereinstimmungsbescheinigung, sondern sieht sich vielmehr einer Rückabwicklung des Kaufvertrages ausgesetzt. Aus diesen Gründen ist der Fall nicht mit den Schwarzarbeitsfällen vergleichbar.

Zwar muss eine Sanktionierung des Herstellerverhaltens nicht vollständig unterbleiben, jedoch ist hierzu der in § 37 EG-FGV geregelte Ordnungswidrigkeitentatbestand ausreichend. Eine darüber hinausgehende Sanktionierung durch die zivilrechtliche Nichtigkeit der in Rede stehenden Verträge würde die falschen Adressaten treffen und ist weiterhin auch nach dem Sinn und Zweck des § 27 Abs. 1 EG-FGV nicht erforderlich.

cc) § 27 Abs. 1 EG-FGV als technische Schutzbestimmung

Versucht man, § 27 Abs. 1 EG-FGV unter eine der klassischen Fallgruppen des § 134 BGB zu subsumieren, so ist die Vorschrift am ehesten mit technischen Schutzbestimmungen vergleichbar. Sie regelt zwar nicht primär Sicherheitsanweisungen, jedoch untersagt sie den Verkauf von Fahrzeugen, die den gesetzlichen Vorschriften nicht entsprechen und ist daher zumindest auf Sekundärebene in der Nähe einer Sicherheitsvorschrift anzusiedeln.¹⁸⁵ Betrachtet man die Rechtsprechung zu technischen Schutzbestimmungen, ergibt sich, dass solche jedenfalls dann nicht als Verbotsgesetze eingeordnet werden, wenn sie sich nur an einen Vertragsteil richten und der Verstoß dem anderen Teil nicht bekannt war.¹⁸⁶ Da sich § 27 Abs. 1 EG-FGV ausschließlich an den Verkäufer richtet und der Käufer jedenfalls vor dem öffentlichen Bekanntwerden der Abgasproblematik im September 2015 keine Kenntnis von der ungültigen Übereinstimmungsbescheinigung hatte, sind diese

¹⁸⁵ So auch *Armbrüster*, NJW 2018, 3481, 3484.

¹⁸⁶ LG Augsburg Ur. v. 28.4.1970 - 6 O 3/70 - FHZivR 16 Nr. 157; LG Karlsruhe Ur. v. 10.11.1998 - 0 149-97 KfH I - NJW-RR 1999, 1284, 1285.

Voraussetzungen erfüllt. Der Käufer ist aufgrund seiner Unkenntnis schutzwürdig, sodass ihm seine Gewährleistungsrechte nicht versagt werden dürfen. Auch aus der Rechtsprechung zu technischen Schutzbestimmungen ergibt sich also kein Erfordernis nach einer Verbotsnichtigkeit des Vertrages.

dd) Die Verkehrssicherheit als Normzweck

Denkbar wäre weiterhin, eine Verbotsgesetzeigenschaft des § 27 Abs. 1 EG-FGV aus dem Allgemeininteresse an einem sicheren Straßenverkehr herzuleiten. Allerdings ist dabei zu beachten, dass § 27 Abs. 1 EG-FGV nicht unmittelbar an die Zulassung, sondern erst an die Veräußerung von Fahrzeugen mit ungültiger Übereinstimmungsbescheinigung anknüpft. Der Norm vorgelagert ist der § 6 Abs. 3 S. 1 FZV, der die Vorlage der Übereinstimmungsbescheinigung bei der Zulassung des Fahrzeuges anordnet und damit die Zulassung von Fahrzeugen ohne gültige Übereinstimmungsbescheinigung verhindern soll. Allenfalls bei dieser Norm könnte es sich um ein Verbotsgesetz handeln.

Zwar wird eine Nichtigkeit des Kaufvertrages in der Regel zur Folge haben, dass weniger Fahrzeuge mit ungültiger Übereinstimmungsbescheinigung auf dem Markt angeboten werden, allerdings würde derselbe Effekt erzielt, wenn der Käufer vom Verkäufer Nacherfüllung verlangen und dieser die Übereinstimmung mit der Typengenehmigung herbeiführen könnte. Weiterhin sind auch mildere Mittel denkbar, um einen gesetzeskonformen Zustand herzustellen. Zum Beispiel könnte das Kraftfahrbundesamt für den Fall, dass der Käufer das Fahrzeug nicht nachbessern lässt, gegenüber dem Käufer eine Betriebsuntersagung gemäß § 5 Abs. 1 FZV erlassen und der Verkäufer könnte durch den Ordnungswidrigkeitentatbestand des § 37 EG-FGV sanktioniert werden. Die Nichtigkeit des Vertrages ist als Rechtsfolge daher nicht erforderlich und damit unverhältnismäßig.

Des Weiteren ist nicht ersichtlich, inwiefern eine Rückabwicklung des Kaufvertrages nach Bereicherungsrecht zu mehr Verkehrssicherheit führen sollte als die Geltendmachung kaufrechtlicher Gewährleistungsrechte. Auch das Interesse der Allgemeinheit an der Sicherheit des Straßenverkehrs erfordert daher nicht die Nichtigkeit des Kaufvertrages gemäß § 134 BGB.

ee) Gesichtspunkt des Käuferschutzes

Darüber hinaus ist eine Nichtigkeit des Vertrags gemäß § 134 BGB auch nicht unter Gesichtspunkten des Käuferschutzes erforderlich. Bei einer Nichtigkeit würden dem Käufer seine Gewährleistungsrechte aus §§ 434 ff. BGB genommen und er wäre auf die für ihn ungünstigere Geltendmachung von Bereicherungsansprüchen verwiesen. Im Rahmen des Bereicherungsanspruchs müsste der Käufer sich insbesondere die gezogenen Nutzungen gemäß § 818 Abs. 1 BGB anrechnen lassen. Darüber hinaus könnte der Käufer im Einzelfall gar kein Interesse an einer bereicherungsrechtlichen Rückabwicklung des Kaufvertrages haben, zum Beispiel weil er das Fahrzeug zu einem besonders günstigen Preis gekauft hat oder das Fahrzeug aus Gründen der Gewohnheit weaternutzen möchte. Eine Weiterbenutzung wäre faktisch ausgeschlossen, da der Käufer im Falle einer Nichtigkeit des Vertrages vom Verkäufer keine Nachbesserung verlangen könnte und das Fahrzeug damit auf kurz oder lang seine Zulassung zum Straßenverkehr verlieren würde. Zudem würde der Käufer gegenüber dem Verkäufer ab Kenntnis von der Verbotsnichtigkeit des Vertrages gemäß § 819 Abs. 1 Fall 2 BGB verschärft haften; er würde mithin nicht nur Wertersatz, sondern auch Schadensersatz gemäß §§ 819 Abs. 1, 818 Abs. 4, 292 Abs. 1, 989 BGB schulden und müsste im Falle einer Weiterveräußerung des Fahrzeugs den Erlös herausgeben, §§ 819 Abs. 1, 818 Abs. 4, 285. Der Käufer stünde im Falle einer Nichtigkeit des Vertrages damit deutlich schlechter. Auch eine Anwendung des Grundsatzes von Treu und Glauben

gemäß § 242 BGB könnte die Ansprüche des Käufers nicht aufrechterhalten, da das Vertrauen in die Wirksamkeit eines verbotsnichtigen Vertrages nicht schutzwürdig ist.¹⁸⁷

Insgesamt leuchtet nicht ein, warum ein Käufer, der weder Kenntnis von der ungültigen Übereinstimmungsbescheinigung hatte, noch diese Ungültigkeit in irgendeiner Weise zu vertreten hat, durch diese mehr als bereits ohnehin belastet werden soll. Dies muss insbesondere für den Käufer eines Gebrauchtwagens gelten, da dieser als Zweit- oder Dritterwerber noch weiter von dem Verstoß gegen § 27 Abs. 1 EG-FGV entfernt ist, als der Erstkäufer.¹⁸⁸ Im Falle eines Gebrauchtwagenkaufs kann eine bereicherungsrechtliche Rückabwicklung zudem eine lange Kette von Rückabwicklungsverhältnissen auslösen, was nicht mit dem Normzweck von § 27 Abs. 1 EG-FGV in Einklang steht.¹⁸⁹

Im Ergebnis spricht daher auch der Gesichtspunkt des Käuferschutzes gegen eine Verbotsgesetzeigenschaft des § 27 Abs. 1 EG-FGV.

ff) Abschließendes Regelungssystem des Gewährleistungsrechts
Weiterhin stellt das kaufrechtliche Gewährleistungsrecht ein abschließendes Regelungssystem dar, welches dem Bereicherungsrecht vorgeht.¹⁹⁰ Dies lässt sich nicht zuletzt mit der kaufrechtlichen Sonderverjährung gemäß § 438 BGB begründen.¹⁹¹ Darüber hinaus würde bei einer vorschnellen Annahme der Nichtigkeit des Kaufvertrages der Vorrang der Nacherfüllung unterlaufen, da eine solche vom Käufer nicht mehr verlangt werden könnte. Zuletzt würde auch der Ausschluss der Rückabwicklung bei unerheblichen Pflichtverletzungen gemäß § 323 Abs. 5 BGB

¹⁸⁷ MüKoBGB/*Armbrüster*, § 134, Rn. 130.

¹⁸⁸ So auch *Armbrüster*, NJW 2018, 3481, 3485.

¹⁸⁹ So auch *Armbrüster*, NJW 2018, 3481, 3485.

¹⁹⁰ So auch OLG Köln Beschl. v. 16.7.2018 - 5 U 82/17 - BeckRS 2018, 21348, Rn. 11; OLG Stuttgart Beschl. v. 3.8.2018 - 12 U 179/17 - BeckRS 2018, 27492, Rn. 8.

¹⁹¹ So auch OLG Stuttgart Beschl. v. 3.8.2018 - 12 U 179/17 - BeckRS 2018, 27492, Rn. 8.

ausgehebelt. Eine Nichtigkeit kann bezogen auf die in Rede stehenden Kaufverträge nur „ganz oder gar nicht“ eintreten, da § 134 BGB nicht zwischen leichten und erheblichen Verstößen gegen gesetzliche Verbote differenziert.¹⁹² Dies führt dazu, dass es abweichend von § 323 Abs. 5 BGB auch bei geringfügigen Gründen für die Ungültigkeit der Übereinstimmungsbescheinigung zu einer Gesamtnichtigkeit des Vertrages und damit zu seiner Rückabwicklung käme.

Da anderenfalls das gewährleistungsrechtliche Regelungssystem unterlaufen würde, das sowohl die Interessen des Käufers, als auch die des Verkäufers angemessen berücksichtigt, verbietet sich die vorschnelle Annahme einer Verbotsnichtigkeit des Kaufvertrages.

gg) Abgestuftes Verfahren gemäß § 25 EG-FGV

Zuletzt regelt § 25 Abs. 2, Abs. 3 EG-FGV ein abgestuftes Verfahren, mit dem das Kraftfahrtbundesamt auf die Gesetzeskonformität eines Fahrzeugs hinwirken kann. In der Vorschrift sind nach dem jeweiligen Verstoß differenzierende Maßnahmen geregelt, die an den konkreten Mangel des Fahrzeugs anknüpfen.¹⁹³ Sie würden bei der Annahme einer Nichtigkeit des Vertrages schlichtweg unterlaufen. Ziel des § 25 Abs. 2, Abs. 3 EG-FGV ist gleichermaßen, die Verkehrssicherheit der Fahrzeuge sicherzustellen, sodass Gründe der Verkehrssicherheit gerade keine Nichtigkeit erfordern.¹⁹⁴ Auch das in § 25 Abs. 2, Abs. 3 EG-FGV geregelte Verfahren im Falle von ungültigen Übereinstimmungsbescheinigungen verbietet mithin die Einordnung des § 27 Abs. 1 EG-FGV als Verbotsgesetz im Sinne von § 134 BGB.

¹⁹² So auch MüKoBGB/*Armbrüster*, § 134, Rn. 122 ff.

¹⁹³ OLG Köln Beschl. v. 16.7.2018 - 5 U 82/17 - BeckRS 2018, 21348, Rn. 11.

¹⁹⁴ *Armbrüster*, NJW 2018, 3481, 3486.

3. Zwischenergebnis

Eine teleologische Auslegung der Norm, die ihren Sinn und Zweck unter allen in Betracht kommenden Gesichtspunkten analysiert, führt mithin dazu, dass eine Nichtigkeit des Kaufvertrages über ein Fahrzeug mit ungültiger Übereinstimmungsbescheinigung gerade nicht bezweckt ist. Es handelt sich bei § 27 Abs. 1 EG-FGV folglich nicht um ein Verbotsgesetz im Sinne von § 134 BGB. Auch aus diesem Grund sind Kaufverträge über Dieselfahrzeuge, die mit der Abschaltvorrichtung versehen sind, nicht nichtig.

B. Die Mangelhaftigkeit der betroffenen Fahrzeuge

Für die Frage nach einer Mangelhaftigkeit der betroffenen Fahrzeuge muss man sich zunächst die technische Wirkweise der Abgassteuerungssoftware vor Augen führen, die im vorangegangenen Kapitel in Grundzügen erläutert wurde. Im Wesentlichen erkennt die Software, wenn sich das Fahrzeug auf dem technischen Prüfstand befindet und setzt nach Erkennung einen optimierten Betriebsmodus in Gang, sodass das Fahrzeug auf dem Prüfstand erheblich geringere Stickoxidemissionen ausstößt, als im normalen Fahrbetrieb.¹⁹⁵ Durch die Software wird also im Ergebnis der Eindruck geringerer Emissionen bei Betrieb des Fahrzeugs im Straßenverkehr erweckt.

Die Mangelhaftigkeit eines Fahrzeugs, in das eine entsprechende Software verbaut ist, kommt unter verschiedenen Gesichtspunkten in Betracht:

¹⁹⁵ OLG Köln Hinweisbeschl. v. 14.6.2018 - 5 U 82/17 - BeckRS 2018, 21349, Rn. 3; OLG Celle Beschl. v. 30.6.2016 - 7 W 26/16 - BeckRS 2016, 13999, Rn. 6; LG Bochum Urte. v. 16.03.2016 - 2 O 424/15 - <https://openjur.de/u/2157965.html>; LG Frankenthal Urte. v. 12.5.2016 - 8 O 208/15 - VersR 2016, 1516; LG Paderborn Urte. v. 9.6.2016 - 3 O 23/16 - FD-StrVR 2016, 380506; LG Ravensburg Urte. v. 9.1.2018 - 2 O 171/17 - BeckRS 2018, 358, Rn. 22; *Gutzeit*, JuS 2019, 649.

I. Sachmangel gemäß § 434 Abs. 1 S. 1 BGB a.F. / § 434 Abs. 1, Abs. 2 S. 1 Nr. 1 BGB n.F.

Zunächst ist eine Sache gemäß § 434 Abs. 1 S. 1 BGB a.F. / § 434 Abs. 1, Abs. 2 S. 1 Nr. 1 BGB n.F. frei von Mängeln, wenn sie die vereinbarte Beschaffenheit aufweist. Damit legt das Gesetz grundsätzlich einen subjektiven Fehlerbegriff zugrunde.¹⁹⁶ Beschaffenheit meint dabei sowohl die physischen Eigenschaften einer Sache, als auch ihre Beziehungen zur Umwelt, wenn diese in irgendeiner Weise mit den physischen Eigenschaften zusammenhängen.¹⁹⁷ Zu der Beschaffenheit eines Kraftfahrzeuges zählt mithin auch die Einhaltung der in den Fahrzeugpapieren angegebenen Abgasnorm.¹⁹⁸

Damit eine Vereinbarung vorliegt, muss eine bestimmte Beschaffenheit der Sache eindeutig zum Inhalt des Kaufvertrages gemacht werden.¹⁹⁹ Erst diese strenge Voraussetzung ermöglicht eine trennscharfe Abgrenzung zwischen § 434 Abs. 1 S. 1 BGB a.F. / § 434 Abs. 1, Abs. 2 S. 1 Nr. 1 BGB n.F. und § 434 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 BGB a.F. / § 434 Abs. 1, Abs. 2 S. 1 Nr. 2 BGB n.F. Allerdings kann die Beschaffenheit einer Sache auch in Dokumenten außerhalb des Kaufvertrages, beispielsweise im Zulassungsdokument eines Kraftfahrzeuges²⁰⁰ oder in Spezifikationen und Datenblättern²⁰¹ niedergelegt werden.²⁰²

Zwar sind auch konkludent geschlossene Beschaffenheitsvereinbarungen grundsätzlich möglich, allerdings müssen auch diese dem Erfordernis der Eindeutigkeit genügen und können daher nur in seltenen Ausnahmefällen angenommen

¹⁹⁶ MüKoBGB/Westermann, § 434, Rn. 6; JurisPK-BGB/Pammler, Band 2, § 434, Rn. 13; Prütting/Schmidt, BGB, § 434, Rn. 12; Staudinger/Matusche-Beckmann, §§ 433 - 480 BGB, § 434, Rn. 40.

¹⁹⁷ BeckOK-BGB/Faust, § 434 BGB, Rn. 22; JurisPK/Pammler, Band 2, § 434, Rn. 16; Prütting/Schmidt, BGB, § 434, Rn. 14; Staudinger/Matusche-Beckmann, BGB, §§ 433 - 480 BGB, § 434, Rn. 54, 58.

¹⁹⁸ JurisPK/Pammler, Band 2, § 434, Rn. 211.

¹⁹⁹ So auch BGH Urt. v. 12.3.2008 - VIII ZR 253/05 - NJW 2008, 1517, 1518; BGH Urt. v. 13.3.2013 - VIII ZR 186/12 - NJW 2013, 2107, Rn. 22.

²⁰⁰ LG Erfurt Urt. v. 26.3.2008 - 10 O 1359/07 - BeckRS 2011, 10318.

²⁰¹ OLG Karlsruhe Urt. v. 1.2.2008 - 1 U 97/07 - NJW-RR 2008, 1735, 1736; Reinking/Eggert, Der Autokauf, Rn. 480.

²⁰² So auch Prütting/Schmidt, BGB, § 434, Rn. 23.

werden.²⁰³ Einseitige Vorstellungen des Käufers reichen zur Annahme einer zweiseitigen Vereinbarung über die Beschaffenheit der Kaufsache grundsätzlich nicht aus.²⁰⁴ Dies gilt selbst dann, wenn der Verkäufer diese einseitige Vorstellung des Käufers kennt.²⁰⁵ Eine Beschaffenheitsvereinbarung ist lediglich in Fällen denkbar, in denen der Verkäufer auf die Vorstellung des Käufers in irgendeiner Weise zustimmend reagiert.²⁰⁶ Darüber hinaus kommt eine Beschaffenheitsvereinbarung allenfalls in eindeutigen Fällen in Betracht und kann nicht „im Zweifel“ angenommen werden.²⁰⁷

Abgegrenzt werden muss die Beschaffenheitsvereinbarung von der bloßen Wissensklärung der Verkäufersseite. Bloße Wissensklärungen, die keine Beschaffenheitsvereinbarungen im Sinne der Norm sind, liegen beispielsweise vor, wenn sich der KFZ-Händler durch Zusätze wie „laut Fahrzeugbrief“ oder „laut Vorbesitzer“ auf eine andere Quelle beruft, statt eine eigene Erklärung abzugeben.²⁰⁸ Maßgebend für die Abgrenzung ist, ob der Verkäufer hinreichend deutlich zum Ausdruck bringt, dass es sich bei den Erklärungen nicht um eigenes Wissen handelt.²⁰⁹ In einem solchen Fall haftet er nicht für die inhaltliche Richtigkeit der Angaben, sondern nur dafür, dass er das fremde Wissen vollständig weiterübermittelt.²¹⁰

Wendet man diese Abgrenzungskriterien an, so gelangt man zu dem Ergebnis, dass die Einhaltung einer bestimmten Abgasnorm und die daraus folgende Vorschriftsmäßigkeit eines Fahrzeuges typischerweise nicht dem eigenen Wissen des Verkäufers entspringt, sondern vielmehr aus der Herstellersphäre stammt.

²⁰³ So auch Jauernig/*Berger*, BGB, § 434, Rn. 9; JurisPK/*Pammler*, Band 2, § 434, Rn. 49.

²⁰⁴ BeckOK-BGB/*Faust*, § 434, Rn. 41.

²⁰⁵ BGH Urt. v. 20.5.2009 - VIII ZR 191/07 - NJW 2009, 2807, Rn. 9.

²⁰⁶ BGH Urt. v. 20.5.2009 - VIII ZR 191/07 - NJW 2009, 2807, Rn. 9.

²⁰⁷ So bereits BGH Urt. v. 12.3.2008 - VIII ZR 253/05 - NJW 2008, 1517, Rn. 13; BGH Urt. v. 13.3.2013 - VIII ZR 186/12 - NJW 2013, 2107, Rn. 22.

²⁰⁸ BGH Urt. v. 13.3.2013 - VIII ZR 186/12 - NJW 2013, 2107, Rn. 22;

JurisPK/*Pammler*, Band 2, § 434, Rn. 66; Prütting/*Schmidt*, BGB, § 434, Rn. 25; Staudinger/*Matusche-Beckmann*, §§ 433 - 480 BGB, § 434, Rn. 68.

²⁰⁹ *Bacher*, MDR 2016, 1186, 1187.

²¹⁰ *Bacher*, MDR 2016, 1186, 1187.

Welche Abgase ein bestimmter Dieselmotor in welcher Menge ausstößt, wird von den zuständigen Behörden vor seinem Inverkehrbringen durch Messung auf dem technischen Prüfstand (bis 2017: „Neuer Europäischer Fahrzyklus“, kurz „NEFZ“; seit 2017 „Worldwide harmonized Light-duty Test Procedure“, kurz „WLTP“²¹¹) festgestellt. Sodann wird der Motor einer Kategorie nach der EU-Abgasnorm zugeordnet. Die Übereinstimmung des Fahrzeuges mit den gesetzlichen Vorschriften entspringt also gerade nicht dem eigenen Wissen des Verkäufers. Vielmehr reicht der Vertragshändler die Fahrzeugbeschreibung sowie das Bestellformular des Herstellers unverändert an den Kunden weiter. Daraus ergibt sich, dass es sich um eine reine Wissenserklärung handelt, selbst wenn der Verkäufer ausdrücklich die Einhaltung einer bestimmten Abgasnorm durch das Fahrzeug erklärt. Eine Beschaffenheitsvereinbarung kommt zwischen Vertragshändler und Käufer nicht zustande. Folglich ergibt sich die Mangelhaftigkeit von Dieselfahrzeugen mit der oben genannten Abschalteneinrichtung nicht aus § 434 Abs. 1 S. 1 BGB a.F. / § 434 Abs. 1, Abs. 2 S. 1 Nr. 1 BGB n.F.

II. Sachmangel gemäß § 434 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 BGB a.F. / § 434 Abs. 1, Abs. 3 S. 1 Nr. 1, Nr. 2 BGB n.F.

In Betracht kommt jedoch ein Sachmangel gemäß § 434 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 BGB a.F. / § 434 Abs. 1, Abs. 3 S. 1 Nr. 1, Nr. 2 BGB n.F.²¹² Danach ist eine Sache frei von Mängeln, wenn

²¹¹ Der WLTP wurde von den Vereinten Nationen entwickelt und soll das Prüfverfahren für die Zulassung von Kraftfahrzeugen in Zukunft weltweit harmonisieren, vgl. Springer Professional, „WLTP und NEFZ im Vergleich“, Artikel vom 26.5.2017, <https://www.springerprofessional.de/fahrzeugtechnik/emissionen/wltp-und-nefz-im-vergleich/6560846>.

²¹² So z.B.: BGH Hinweisbeschl. v. 8.1.2019 - VIII ZR 225/17 - NJW 2019, 1133., Rn. 5; OLG Saarbrücken Urte. v. 28.8.2019 - 2 U 94/18 - BeckRS 2019, 20813, Rn. 8; OLG Braunschweig Urte. v. 13.6.2019 - 7 U 289/18 - DAR 2019, 517, 518; OLG Koblenz Urte. v. 6.6.2019 - 1 U 1552/18 - BeckRS 2019, 11361, Rn. 23 f.; OLG Jena Urte. v. 15.8.2018 - 7 U 721/17 - NZV 2018, 571; OLG Köln Hinweisbeschl. v. 14.6.2018 - 5 U 82/17 - BeckRS 2018, 21349, Rn. 3; OLG Köln Beschl. v. 20.12.2017 - 18 U 112/17 - NJW-RR 2018, 373, Rn. 33 ff.; OLG München Urte. v. 3.7.2017 - 21 U 4818/16 - NJW-RR 2017, 1238; OLG München Beschl. v. 23.3.2017 - 3 U 4316/16 - BeckRS 2017, 105163, Rn. 13;

sie sich für die gewöhnliche Verwendung eignet und die bei Sachen gleicher Art übliche Beschaffenheit aufweist, die der Käufer berechtigterweise erwarten kann. Ein Mangel würde im Umkehrschluss dann vorliegen, wenn sich die Sache nicht für die gewöhnliche Verwendung eignet und / oder nicht die übliche Beschaffenheit aufweist, die der Käufer erwarten darf. Die Voraussetzungen der Eignung für die gewöhnliche Verwendung und der Üblichkeit der Beschaffenheit müssen dabei kumulativ vorliegen, um die Mangelfreiheit der Sache zu begründen.²¹³ Maßgebend für das Vorliegen der üblichen Beschaffenheit ist, dass die Sache dem Stand der Technik, mithin dem Entwicklungsstand aller vergleichbaren Sachen, auch derjenigen anderer Hersteller, entspricht.²¹⁴

1. Eignung für die gewöhnliche Verwendung

Eine fehlende Eignung zur gewöhnlichen Verwendung erfordert nicht, dass diese vollständig aufgehoben ist, sondern es reicht aus, wenn die Eignung hierzu herabgesetzt ist.²¹⁵ Als gewöhnliche Verwendung eines Kraftfahrzeuges ist die Fortbewegung im Straßenverkehr anzusehen. Hierzu müssten sich die Fahrzeuge, in deren Motoren die Software verbaut ist, eignen, um frei von Sachmängeln zu sein.

In seinem Hinweisbeschluss vom 8. Januar 2019 stellte der BGH klar, dass ein Fahrzeug sich grundsätzlich nur dann für die gewöhnliche Verwendung eigne, wenn seine Beschaffenheit weder die Zulassung im Straßenverkehr hindert noch die

OLG Celle Beschl. v. 30.6.2016 - 7 W 26/16 - BeckRS 2016, 13999, Rn. 6; OLG Hamm Beschl. v. 21.6.2016 - 28 W 14/16 - BeckRS 2016, 13954, Rn. 27.

²¹³ BGH Urt. v. 30.11.2012 - V ZR 25/12 - NJW 2013, 1671, 1672, Rn. 13; Prütting/Schmidt, BGB, § 434, Rn. 41; Staudinger/Matusche-Beckmann, §§ 433 - 480 BGB, § 434, Rn. 81; Ball, DAR 2019, 481, 482.

²¹⁴ OLG Stuttgart Urt. v. 15.8.2006 - 10 U 84/06 - NJW-RR 2006, 1720, 1722; OLG Jena Urt. v. 19.1.2006 - 1 U 846/04 - BeckRS 2011, 17952, Rn. 13, 16; JurisPK/Pammler, Band 2, § 434, Rn. 106 f.; Prütting/Schmidt, BGB, § 434, Rn. 44; Staudinger/Matusche-Beckmann, §§ 433 - 480 BGB, § 434, Rn. 90.

²¹⁵ BGH Urt. v. 26.4.2017 - VIII ZR 80/16 - NJW 2017, 2817, Rn. 18; BGH Urt. v. 26.10.2016 - VIII ZR 240/15 - NJW 2017, 153, Rn. 15; BGH Urt. v. 16.1.1985 - VIII ZR 317/83 - NJW 1985, 1769, 1770.

Gebrauchsfähigkeit des Fahrzeugs beeinträchtigt.²¹⁶ Ist in dem Fahrzeug jedoch eine Software verbaut, die den Stickoxidausstoß auf dem Prüfstand gegenüber dem normalen Fahrbetrieb reduziert, bestehe für dieses Fahrzeug die latente Gefahr einer Betriebsuntersagung durch die Straßenverkehrsbehörde und es eigne sich gerade nicht für die übliche Verwendung.²¹⁷ Etwas anderes ergebe sich auch nicht daraus, dass das Fahrzeug fahrbereit und verkehrstauglich ist sowie faktisch uneingeschränkt genutzt werden kann.²¹⁸

Dieser Argumentation ist zuzustimmen, da ein Fahrzeug gerade nicht auf die gewöhnliche Art und Weise zur Fortbewegung im Straßenverkehr genutzt werden kann, wenn die Voraussetzungen einer Zulassung nicht gegeben sind. Vielmehr besteht aufgrund der Unzulässigkeit der Abschaltvorrichtung gemäß Art. 5 Abs. 2 S. 1 VO 715/2007/EG die Gefahr, dass die Straßenverkehrsbehörde den Betrieb des Fahrzeuges einschränkt oder sogar vollständig untersagt. Diese Maßnahmen könnten zudem unter Anordnung der sofortigen Vollziehung ergriffen werden, was für den Käufer besonders einschneidend wäre.

Auch wenn das Kraftfahrtbundesamt aufgrund der Vielzahl betroffener Fahrzeuge von einer Betriebsuntersagung abgesehen hat, handelt es sich dabei um ein Vorgehen aus rein politischen und wirtschaftlichen Erwägungen, nicht jedoch aus rechtlichen Gründen, das die Frage, ob ein Mangel im Rechtssinne vorliegt, nicht beeinflussen kann.²¹⁹ Das Kraftfahrtbundesamt hätte aufgrund der Software jedenfalls die Möglichkeit der Stilllegung aller betroffenen Fahrzeuge gehabt und behält sich diese ausdrücklich

²¹⁶ BGH Hinweisbeschl. v. 8.1.2019 - VIII ZR 225/17 - NJW 2019, 1133, Rn. 5.

²¹⁷ BGH Hinweisbeschl. v. 8.1.2019 - VIII ZR 225/17 - NJW 2019, 1133, Rn. 5; *Jaensch*, jM 2019, 323, 324.

²¹⁸ OLG Köln Beschl. v. 12.3.2018 - 27 U 13/17 - BeckRS 2018, 11323, Rn. 36; OLG Hamm Beschl. v. 21.6.2016 - 28 W 14/16 - BeckRS 2016, 13954, Rn. 27; LG Regensburg Urst. v. 4.1.2017 - 7 O 967/16 - BeckRS 2017, 149179, Rn. 27; LG Hagen Urst. v. 18.10.2016 - 3 O 66/16 - BeckRS 2016, 18174; LG Regensburg Urst. v. 4.1.2017 - 7 O 967/16 - BeckRS 2017, 149179, Rn. 24 ff; *Witt*, NJW 2017, 3681, 3682; anders z.B.: LG Paderborn Urst. v. 17.5.2016 - 2 O 381/15 - BeckRS 2016, 16658.

²¹⁹ so auch *Gutzeit*, JuS 2019, 649, 651.

vor, falls sich der Fahrzeugeigentümer weigert, an der Rückrufaktion teilzunehmen, sodass eine entsprechende Gefahrenlage besteht. Etwas anderes ergibt sich auch nicht daraus, dass das Fahrzeug faktisch uneingeschränkt genutzt werden kann, denn dies führt nicht dazu, dass die Voraussetzungen einer Betriebsuntersagung durch das Kraftfahrtbundesamt entfallen. Sie liegen vielmehr weiterhin vor.

Nach alledem ist dem Bundesgerichtshof dahingehend zuzustimmen, dass sich die von der die Abgasmessung beeinflussenden Software betroffenen Dieselfahrzeuge nicht für die übliche Verwendung eignen.

2. Übliche Beschaffenheit, die der Käufer berechtigterweise erwarten kann

Es ist weiterhin zu klären, worin in den Diesel-Fällen die konkrete Abweichung von der üblichen Beschaffenheit eines Kraftfahrzeuges, die der Durchschnittskäufer berechtigterweise erwarten darf, zu sehen ist.

Zur Beurteilung, ob ein Fahrzeug die übliche Beschaffenheit aufweist, die der Käufer nach der Art der Sache erwarten kann, ist auf den Horizont eines vernünftigen Durchschnittskäufers, mithin auf die objektiv berechtigten Käufererwartungen abzustellen.²²⁰

a) Das Vorhandensein der Software als Abweichung von der üblichen Beschaffenheit

Denkbar ist zunächst, die Abweichung unmittelbar in dem Einbau der die Abgasmessung beeinflussenden Software zu sehen, da diese

²²⁰ BGH Urt. v. 20.5.2009 - VIII ZR 191/07 - NJW 2009, 2807, 2808; OLG Köln Beschl. v. 20.12.2017 - 18 u 112/17 - NJW-RR 2018, 373, Rn. 33; OLG Köln Beschl. v. 12.3.2018 - 27 U 13/17 - BeckRS 2018, 11323, Rn. 32 ff.; LG Arnsberg Urt. v. 12.5.2017 - 2 O 264/16 - NJW-RR 2017, 945, Rn. 20; LG Ravensburg Urt. v. 9.1.2018 - 2 O 171/17 - BeckRS 2018, 358, Rn. 22 ff.

die fortbestehende Zulassung des Fahrzeugs für den Straßenverkehr gefährdet.²²¹

Die Software täuscht auf dem Prüfstand systematisch geringere Emissionswerte vor, als das Fahrzeug im normalen Fahrbetrieb ausstößt. Zwar besteht zwischen den Emissionswerten, die auf dem technischen Prüfstand gemessen werden und den Emissionswerten im Verkehrsbetrieb immer ein Unterschied, da letztere von einer Vielzahl von Faktoren, wie zum Beispiel dem Verkehrsfluss und dem Fahrverhalten abhängig sind, während erstere standardisiert sind.²²² Allerdings geht der durchschnittliche Käufer von einer grundsätzlichen Vergleichbarkeit der Prüfstandwerte mit den im normalen Verkehrsbetrieb ausgestoßenen Emissionen aus²²³ und

²²¹ So die weit überwiegende Rspr.; u.A. BGH Hinweisbeschl. v. 8.1.2019 - VIII ZR 225/17 - NJW 2019, 1133., Rn. 5; OLG Köln Beschl. v. 20.12.2017 - 18 u 112/17 - NJW-RR 2018, 373, Rn. 33 ff.; OLG Köln Hinweisbeschl. v. 14.6.2018 - 5 U 82/17 - BeckRS 2018, 21349, Rn. 3; OLG München Beschl. v. 23.3.2017 - 3 U 4316/16 - BeckRS 2017, 105163, Rn. 13; OLG München Ur. v. 3.7.2017 - 21 U 4818/16 - NJW-RR 2017, 1238; OLG Hamm Beschl. v. 21.6.2016 - 28 W 14/16 - BeckRS 2016, 13954, Rn. 27; OLG Koblenz Ur. v. 6.6.2019 - 1 U 1552/18 - BeckRS 2019, 11361, Rn. 23 f.; OLG Celle Beschl. v. 30.6.2016 - 7 W 26/16 - BeckRS 2016, 13999, Rn. 6; OLG Jena Ur. v. 15.8.2018 - 7 U 721/17 - NZV 2018, 571; OLG Saarbrücken Ur. v. 28.8.2019 - 2 U 94/18 - BeckRS 2019, 20813, Rn. 8; LG Frankenthal Ur. v. 12.5.2016 - 8 O 208/15 - VersR 2016, 1516; LG Aachen Ur. v. 6.12.2016 - 10 O 146/16 - BeckRS 2016, 109959; LG Bochum Ur. v. 16.3.2016 - 2 O 424/15 - <https://openjur.de/u/2157965.html>, Rn. 20; LG Dortmund Ur. v. 12.5.2016 - 25 O 6/16 - BeckRS 2016, 12836; LG Dortmund Ur. v. 31.10.2016 - 7 O 349/15 - BeckRS 2016, 113626; LG Flensburg Ur. v. 14.4.2016 - 7 O 97/15 - BeckRS 2016, 13753; LG Hagen Ur. v. 18.10.2016 - 3 O 66/16 - BeckRS 2016, 18174; LG Hamburg Ur. v. 7.3.2018 - 329 O 105/17 - BeckRS 2018, 2981; LG Hamburg Ur. v. 20.4.2018 - 313 O 31/17 - BeckRS 2018, 11801; LG Krefeld Ur. v. 14.9.2016 - 2 O 83/16 - NJW-RR 2016, 1397, 1397 f.; LG Krefeld Ur. v. 14.9.2016 - 2 O 72/16 - BeckRS 2016, 16674; LG Krefeld Ur. v. 9.5.2019 - 5 O 141/18 - BeckRS 2019, 9181, Rn. 10; LG München I Ur. v. 14.4.2016 - 23 O 23033/15 - VuR 2016, 433, 434; LG München II Ur. v. 15.11.2016 - 12 O 1482/16 - BeckRS 2016, 124448; LG Neuruppin Ur. v. 24.5.2017 - 1 O 170/16 - BeckRS 2017, 149178; LG Oldenburg Ur. v. 1.9.2016 - 16 O 790/16 - BeckRS 2016, 15963; LG Paderborn Ur. v. 17.5.2016 - 2 O 381/15 - BeckRS 2016, 16658; LG Paderborn Ur. v. 9.6.2016 - 3 O 23/16 - FD-StrVR 2016, 380506; LG Ravensburg Ur. v. 9.1.2018 - 2 O 171/17 - BeckRS 2018, 358, Rn. 22 ff; LG Regensburg Ur. v. 4.1.2017 - 7 O 967/16 - BeckRS 2017, 149179, Rn. 24; *Van Lück*, VuR 2019, 8, 8 f.; *Ring*, NJW 2016, 3121, 3122; *Staudinger/Ruks*, NJW 2019, 1179, 1179 f.; *Schrader/Engstler*, MMR 2018, 356; *Witt*, NJW 2017, 3681, 3682; *Steenbuck*, MDR 2016, 185, 186.

²²² LG Bochum Ur. v. 29.12.2017 - I-6 O 96/17 - BeckRS 2017, 139465, Rn. 59; LG Bochum Ur. v. 16.3.2016 - 2 O 424/15 - <https://openjur.de/u/2157965.html>, Rn. 20; LG Dortmund Ur. v. 12.5.2016 - 25 O 6/16 - BeckRS 2016, 12836; LG Münster Ur. v. 14.3.2016 - 11 O 341/15 - BeckRS 2016, 6090; LG Regensburg Ur. v. 4.1.2017 - 7 O 967/16 - BeckRS 2017, 149179, Rn. 24 ff.

²²³ So auch *Ring*, SVR 2017, 441, 442.

erwartet gerade nicht, dass diese nur aufgrund des Einsatzes einer Software zustande kommen, die im normalen Verkehrsbetrieb jedoch ausgeschaltet bleibt.²²⁴ Er hat auch ein berechtigtes Interesse daran, von den auf dem Prüfstand gemessenen Werten auf die realen Emissionswerte des Fahrzeugs schließen zu können, da es ihm nur so möglich ist, verschiedene Fahrzeugmodelle im Hinblick auf ihre Emissionswerte miteinander zu vergleichen.²²⁵ Sind die Werte dagegen nicht vergleichbar, so kann der durchschnittliche Käufer keine informierte Kaufentscheidung treffen.²²⁶

Sinn und Zweck des Prüfstandlaufes ist es, die Verbrauchs- und Emissionswerte des Fahrzeuges realitätsnah zu ermitteln. Er soll insbesondere Rückschlüsse auf den realen Verkehrsbetrieb zulassen. Dies ergibt sich auch aus Erwägungsgrund 12 der VO 715/2007/EG, wonach striktere Emissionsgrenzwerte eingeführt werden sollen, um sicherzustellen, dass dadurch tatsächlich das Emissionsverhalten eines Fahrzeuges bei seiner Verwendung im Straßenverkehr abgebildet wird.

Ein durchschnittlicher Käufer muss davon ausgehen dürfen, dass ein für den Betrieb im Straßenverkehr erworbenes Fahrzeug zu Recht zugelassen ist oder zu Recht zulassungsfähig ist²²⁷, dass die angegebenen Abgaswerte also nicht alleine durch den Einsatz einer die Abgasmessung beeinflussenden Software erzielt werden.²²⁸ Er kann berechtigterweise erwarten, dass alle auf dem Prüfstand

²²⁴ So auch OLG Saarbrücken Urte. v. 28.8.2019 - 2 U 94/18 - BeckRS 2019, 20813, Rn. 8.

²²⁵ OLG Köln Urte. v. 6.9.2019 - 19 U 51/19 - BeckRS 2019, 22423, Rn. 18; *Oechsler*, NJW 2017, 2865.

²²⁶ So auch *Oechsler*, NJW 2017, 2865.

²²⁷ So auch OLG Köln Beschl. v. 20.12.2017 - 18 u 112/17 - NJW-RR 2018, 373, Rn. 33; OLG Köln Beschl. v. 12.3.2018 - 27 U 13/17 - BeckRS 2018, 11323, Rn. 32 ff; *van Lüeck*, VuR 2019, 8.

²²⁸ So auch OLG Köln Hinweisbeschl. v. 14.6.2018 - 5 U 82/17 - BeckRS 2018, 21349, Rn. 3; OLG Köln Beschl. v. 12.3.2018 - 27 U 13/17 - BeckRS 2018, 11323, Rn. 33; LG Aachen Urte. v. 6.12.2016 - 10 O 146/16 - BeckRS 2016, 109959; LG Dortmund Urte. v. 12.5.2016 - 25 O 6/16 - BeckRS 2016, 12836; LG Hamburg Urte. v. 7.3.2018 - 329 O 105/17 - BeckRS 2018, 2981; LG Münster Urte. v. 14.3.2016 - 11 O 341/15 - BeckRS 2016, 6090; LG Oldenburg Urte. v. 1.9.2016 - 16 O 790/16 - BeckRS 2016, 15963; LG Paderborn Urte. v. 17.5.2016 - 2 O 381/15 - BeckRS 2016, 16658; *Bendig*, ZfSch 2017, 8, 9.

laufenden Prozesse auch während des normalen Fahrbetriebes aktiv bleiben und der Prüfstand folglich die realen Fahrbedingungen simuliert.²²⁹ Darüber hinaus darf er annehmen, dass das Fahrzeug die rechtlichen und technischen Voraussetzungen für eine Zulassung erfüllt und die für den Betrieb erforderlichen Genehmigungen und Erlaubnisse nicht durch eine Täuschung des Herstellers erwirkt wurden.²³⁰ Der Käufer darf auf ein rechtmäßiges Verhalten des Herstellers auch dann vertrauen, wenn die Abgaswerte von Dieselfahrzeugen in so großen Zahlen beeinflusst werden, dass die Anzahl der rechtswidrig zugelassenen Fahrzeuge die der rechtmäßig zugelassenen Fahrzeuge übersteigt.²³¹ Solange die Beeinflussung der Abgaswerte heimlich erfolgt, kann dies nicht die Erwartungen eines durchschnittlichen Käufers beeinflussen.²³² Dabei ist unerheblich, wenn der Käufer sich im Vorfeld seiner Kenntnis von der Software keinerlei Vorstellungen von den technischen Einrichtungen des Fahrzeugs, sowie den rechtlichen Voraussetzungen der Genehmigung gemacht hat.²³³ Auch in einem solchen Fall erstrecken sich die berechtigten Käufererwartungen auf alle für den Betrieb im Straßenverkehr erforderlichen Zulassungen, Erlaubnisse und Genehmigungen.²³⁴ Die Installation einer die Abgasmessung beeinflussenden Software ist in vergleichbaren Fahrzeugklassen anderer Hersteller jedenfalls nicht bekanntermaßen üblich, sodass ein Fahrzeug, in das eine solche Software verbaut ist, nicht die übliche Beschaffenheit gemäß § 434 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 BGB a.F. / § 434 Abs. 1, Abs. 3 S. 1

²²⁹ So auch LG Hamburg Urt. v. 7.3.2018 - 329 O 105/17 - BeckRS 2018, 2981.

²³⁰ So auch OLG Köln Beschl. v. 20.12.2017 - 18 u 112/17 - NJW-RR 2018, 373, Rn. 33.

²³¹ So auch OLG Köln Beschl. v. 12.3.2018 - 27 U 13/17 - BeckRS 2018, 11323, Rn. 34; OLG München Beschl. v. 23.3.2017 - 3 U 4316/16 - BeckRS 2017, 105163; OLG Hamm Beschl. v. 21.6.2016 - 28 W 14/16 - BeckRS 2016, 13954, Rn. 9 ff.; OLG Celle Beschl. v. 30.6.2016 - 7 W 26/16 - BeckRS 2016, 13999, Rn. 6 f.; LG Hamburg Urt. v. 7.3.2018 - 329 O 105/17 - BeckRS 2018, 2981, Rn. 9; LG Ravensburg Urt. v. 9.1.2018 - 2 O 171/17 - BeckRS 2018, 358, Rn. 25.

²³² So auch OLG Köln Beschl. v. 12.3.2018 - 27 U 13/17 - BeckRS 2018, 11323, Rn. 34.

²³³ OLG Köln Beschl. v. 20.12.2017 - 18 u 112/17 - NJW-RR 2018, 373, Rn. 35.

²³⁴ So auch OLG Köln Beschl. v. 20.12.2017 - 18 u 112/17 - NJW-RR 2018, 373, Rn. 33; OLG Köln Beschl. v. 12.3.2018 - 27 U 13/17 - BeckRS 2018, 11323, Rn. 34.

Nr. 1, Nr. 2 BGB n.F. aufweist.²³⁵ Zuletzt setzt § 434 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 BGB a.F. / § 434 Abs. 1, Abs. 3 S. 1 Nr. 1, Nr. 2 BGB n.F. nicht voraus, dass die Tauglichkeit des Fahrzeugs zur Fortbewegung im Straßenverkehr gänzlich entfällt, sondern es ist ausreichend, wenn diese Tauglichkeit in irgendeiner Weise herabgesetzt ist.²³⁶

Ein durchschnittlicher Fahrzeugkäufer wird und darf berechtigterweise erwarten, dass der Motor keine Software enthält, die auf dem Prüfstand durch Umschalten in den sauberen Betriebsmodus systematisch die Emissionswerte reduziert, um den Eindruck der Umweltfreundlichkeit des Fahrzeugs zu erwecken. Mit einer solchen Täuschung muss er nicht rechnen.

Dies muss auch unabhängig von der Anzahl der betroffenen Fahrzeuge gelten. Anderenfalls würden dem Käufer umso eher seine Gewährleistungsrechte abgeschnitten, je mehr Fahrzeuge eine entsprechende Software aufweisen. Dies hätte im nächsten Schritt zur Folge, dass der Hersteller von vorneherein keine Regressansprüche der Verkäufer gemäß § 445a Abs. 1, Abs. 2 BGB zu befürchten hätte, da auch diese die Mangelhaftigkeit der Kaufsache voraussetzen. Der Hersteller würde also letztlich für seine Täuschungshandlung belohnt, wenn diese ein entsprechend großes Ausmaß annimmt. Dies wäre widersprüchlich und würde Fahrzeugherstellern den Anreiz zu rechtmäßigem Verhalten nehmen. Darüber hinaus würde eine Abweichung von der üblichen Beschaffenheit immer dann ausscheiden, wenn eine ganze Produktionslinie von einem Fehler betroffen ist, was in der Praxis häufig vorkommt. Auch dies ist nicht überzeugend. Folglich kann der Einbau einer die Abgasmessung beeinflussenden Software in Fahrzeuge einer bestimmten Motorreihe nicht dadurch üblich werden, dass er in großen Zahlen vom Hersteller vorgenommen wird.

²³⁵ So auch LG Braunschweig Urt. v. 12.10.2016 - 4 O 202/16 - BeckRS 2016, 17706; LG Regensburg Urt. v. 4.1.2017 - 7 O 967/16 - BeckRS 2017, 149179, Rn. 24 ff.

²³⁶ So auch *Staudinger/Ruks*, NJW 2019, 1179.

Von einem Durchschnittskäufer kann zudem nicht erwartet werden, dass er im Vorfeld des Fahrzeugkaufs sämtliche technische Einrichtungen des Fahrzeugs durchdenkt und selbst überprüft, ob die Voraussetzungen für die Erteilung einer Typengenehmigung erfüllt sind. Zum einen fehlt ihm hierzu das erforderliche technische Knowhow, zum anderen wird er das Fahrzeug in der Regel als Gebrauchsgegenstand im Alltag nutzen, sodass entsprechende Gedankengänge üblicherweise nicht stattfinden werden. Von einem durchschnittlichen Käufer kann also vernünftigerweise nicht erwartet werden, dass er sich im Vorfeld des Fahrzeugkaufes entsprechende Gedanken macht.

Nachdem der vielfache Einbau der besagten Software in Dieselfahrzeuge jedoch öffentlich bekannt wurde, könnte man annehmen, dass der Käufer nun damit rechnen muss, dass auch sein Fahrzeug betroffen ist, sodass die Betroffenheit üblich im Sinne von § 434 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 BGB a.F. / § 434 Abs. 1, Abs. 3 S. 1 Nr. 1, Nr. 2 BGB n.F. wird.²³⁷ In diesem Fall würden einem Käufer, der Opfer einer Täuschungshandlung des Herstellers wird, jedoch stets die Gewährleistungsansprüche genommen, sobald die Täuschung zum Gegenstand öffentlicher Berichterstattung wird. Es ist nicht ersichtlich, inwiefern der Verkäufer und mittelbar auch der Hersteller durch die öffentliche Erörterung der Thematik einen Vorteil verdienen. Im Gegenteil dient die öffentliche Berichterstattung der Information der Gesellschaft und damit nicht zuletzt dem Käuferschutz. Aus diesen Gründen kann auch das öffentliche Bekanntwerden der Software nichts an der rechtlichen Bewertung der Mangelhaftigkeit ändern, wenn der Kaufvertrag bereits vor diesem Zeitpunkt abgeschlossen wurde. Die öffentliche Erörterung der Thematik wird vielmehr erst im Rahmen eines möglichen Gewährleistungsausschlusses gemäß § 442 BGB relevant. Folglich macht die öffentliche Erörterung der Problematik die verbaute Software nicht zur üblichen

²³⁷ So z.B. OLG Köln Beschl. v. 20.12.2017 - 18 u 112/17 - NJW-RR 2018, 373, Rn. 34.

Beschaffenheit im Sinne von § 434 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 BGB a.F. / § 434 Abs. 1, Abs. 3 S. 1 Nr. 1, Nr. 2 BGB n.F. und führt daher nicht zum Entfallen der Mangelhaftigkeit, sondern bewirkt allenfalls einen Gewährleistungsausschluss.

Es ließe sich weiterhin argumentieren, dass der Einbau der Software jedenfalls bei dem betroffenen Fahrzeugtyp üblich ist. Allerdings können als Vergleichsgruppe nicht nur Fahrzeuge des entsprechenden Motorentyps herangezogen werden. Vielmehr müssen als „Sachen der gleichen Art“ alle Dieselfahrzeuge verschiedenster Motoren und verschiedenster Hersteller angesehen werden. Da Dieselfahrzeuge mit anderen Motoren und von anderen Herstellern keine die Abgasmessung beeinflussende Software aufweisen, ist der Einbau einer solchen jedenfalls nicht üblich. Folglich fehlt es schon aus diesem Grund am Vorliegen der kumulativen Voraussetzungen des § 434 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 BGB a.F. / § 434 Abs. 1, Abs. 3 S. 1 Nr. 1, Nr. 2 BGB n.F., sodass die betroffenen Fahrzeuge mangelhaft sind.

Für die Frage nach der Mangelhaftigkeit ist es irrelevant, ob das Kraftfahrtbundesamt tatsächlich mit der Stilllegung des Fahrzeugs droht oder ob der Käufer durch die Teilnahme an einem Software-Update einer solchen Stilllegung entgehen kann.²³⁸ Abgestellt werden muss alleine auf die Abweichung der Sache von der nach den Käufererwartungen üblichen Beschaffenheit und nicht darauf, ob das Kraftfahrtbundesamt tatsächlich die Stilllegung der betroffenen Fahrzeuge in Erwägung zieht oder zunächst aufgrund der Vielzahl der Betroffenen von dieser absieht. Maßgebend ist vielmehr, dass die Voraussetzungen einer solchen Stilllegung vorliegen.

Nach alledem ist die Abweichung von der üblichen Beschaffenheit, die der Durchschnittskäufer berechtigterweise erwarten kann,

²³⁸ So auch LG Krefeld Urt. v. 9.5.2019 - 5 O 141/18 - BeckRS 2019, 9181, Rn. 10.

bereits in dem Vorhandensein der auf die Abgasmessung einwirkenden Software zu sehen.

b) Der merkantile Minderwert des Fahrzeugs als Abweichung von der üblichen Beschaffenheit

Vereinzelte wird der Sachmangel auch mit einem merkantilen Minderwert der betroffenen Fahrzeuge begründet. Ein merkantiler Minderwert ist ein Vermögensschaden, der bei beschädigten oder mangelhaften Sachen trotz technisch einwandfreier Reparatur verbleibt.²³⁹ Er tritt häufig im Zusammenhang mit Unfallwagen auf, da bei diesen verborgene Spätfolgen des Unfalls befürchtet werden und sie sich daher auf dem Gebrauchtwagenmarkt regelmäßig schlechter weiterveräußern lassen.²⁴⁰

Die Auswirkungen des Softwareeinbaus auf den Verkehrs- und Wiederverkaufswert des Fahrzeugs sind für den Käufer mit unvorhersehbaren finanziellen Einbußen verbunden, die dieser durch den Erwerb eines mangelfreien Fahrzeugs hätte vermeiden können.²⁴¹ Der merkantile Minderwert eines Fahrzeugs auf dem Gebrauchtwagenmarkt, der aus dem fortbestehenden Verdacht verborgener Qualitätsmängel resultiert, wird zum Teil sogar als eigenständiger Mangel im Sinne des § 434 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 BGB a.F. / § 434 Abs. 1, Abs. 3 S. 1 Nr. 1, Nr. 2 BGB n.F. angesehen.²⁴²

Diese Argumentation kann nicht überzeugen. Im Rahmen der Gewährleistungsrechte, insbesondere der Ansprüche auf Schadensersatz gemäß § 437 Nr. 3 Fall 1 BGB, ist stets zwischen der Mangelhaftigkeit der Sache einerseits und dem beim Käufer entstandenen Schaden andererseits zu differenzieren. Es ist mithin klar zwischen haftungsbegründendem und haftungsausfüllendem Tatbestand zu unterscheiden. Diese beiden Aspekte vermengt man,

²³⁹ MüKoBGB/Oetker, § 249, Rn. 53 f.; Grüneberg/Grüneberg, § 251, Rn. 14; BeckOK-BGB/Flume, § 251, Rn. 10.

²⁴⁰ StraßenverkehrsR/Schneider, 5. Teil, Rn. 50.

²⁴¹ OLG Köln Beschl. v. 20.12.2017 - 18 U 112/17 - NJW-RR 2018, 373, Rn. 35.

²⁴² LG Ravensburg Urt. v. 9.1.2018 - 2 O 171/17 - BeckRS 2018, 358, Rn. 22 ff.

wenn man den Mangel des betroffenen Fahrzeugs mit einem merkantilen Minderwert begründet. Auf die konkreten finanziellen Einbußen des Käufers kann es erst ankommen, wenn ihm an sich Gewährleistungsansprüche gegen den Verkäufer zustehen. Dies setzt wiederum eine Mangelhaftigkeit der Kaufsache voraus. Eine Verlagerung des (Vermögens-)Schadens in den haftungsbegründenden Tatbestand ist systemfremd und daher nicht tragfähig. Aus diesem Grund kann für die Beurteilung der Mangelhaftigkeit auf das Vorliegen eines merkantilen Minderwertes nicht abgestellt werden.

c) Der Verstoß gegen öffentlich rechtliche Vorschriften als Abweichung von der üblichen Beschaffenheit

Die Abweichung von der üblichen, vom Käufer zu erwartenden Beschaffenheit lässt sich auch nicht mit dem Verstoß gegen das für den Prüfstand geltende öffentliche Recht begründen.²⁴³ Für die Abweichung von den berechtigten Erwartungen eines durchschnittlichen Käufers hinsichtlich der üblichen Beschaffenheit eines Kraftfahrzeuges kann es nicht darauf ankommen, ob die Abschaltvorrichtung als unzulässig im Sinne von Art. 5 Abs. 2 S. 1 VO 715/2007/EG zu qualifizieren ist.

Der durchschnittliche Käufer wird sich über diesen rechtlichen Aspekt in der Regel keinerlei Gedanken machen. Nach dem öffentlichen Bekanntwerden der Thematik wird er gegebenenfalls die Rechtmäßigkeit der Software in Frage stellen, sich jedoch in keinem Fall detailliert mit den Voraussetzungen einer unzulässigen Abschaltvorrichtung nach Art. 5 Abs. 2 S. 1 VO 715/2007/EG, insbesondere den Ausnahmetatbeständen in Art. 5 Abs. 2 S. 2 VO 715/2007/EG, auseinandersetzen. Bei der Unzulässigkeit einer

²⁴³ So auch LG Lüneburg Ur. v. 2.6.2016 - 4 O 3/16 - BeckRS 2016, 17486; LG Paderborn Ur. v. 9.6.2016 - 3 O 23/16 - FD-StrVR 2016, 380506; LG Paderborn Ur. v. 17.5.2016 - 2 O 381/15 - BeckRS 2016, 16658; LG Braunschweig Ur. v. 12.10.2016 - 4 O 202/16 - BeckRS 2016, 17706; LG Krefeld Ur. v. 14.9.2016 - 2 O 83/16 - NJW-RR 2016, 1397, 1397 f.; LG Dortmund Ur. v. 12.5.2016 - 25 O 6/16 - BeckRS 2016, 12836.

Abschalteinrichtung handelt es sich um eine reine Rechtsfrage, die von den Gerichten und nicht vom Käufer zu prüfen und zu entscheiden ist. Die Kategorisierung der Software als unzulässige Abschalteinrichtung im Sinne der Verordnung nimmt der Durchschnittskäufer nach der Lebenserfahrung also selbst nach ihrem öffentlichen Bekanntwerden nicht in seine Erwartungen auf, sodass diese nicht die Abweichung von den berechtigten Käufererwartungen hinsichtlich der Beschaffenheit der Fahrzeuge begründen kann.

d) Das Erfordernis eines Software-Updates als Abweichung von der üblichen Beschaffenheit

Wieder andere Gerichte nehmen eine Abweichung von der üblichen und vom Durchschnittskäufer zu erwartenden Beschaffenheit dann an, wenn die Durchführung eines Software-Updates, welches einen einheitlichen Modus für den Betrieb auf dem Prüfstand und den Betrieb im Straßenverkehr schafft und damit die Abschaltautomatik beseitigt, nach einer Anordnung des Kraftfahrtbundesamtes zwingend erforderlich ist, um einen Verlust der Betriebserlaubnis zu verhindern.²⁴⁴

Diese Ansicht knüpft für die Bestimmung der konkreten Abweichung zu spät an. In dem Software-Update ist die vom Kraftfahrtbundesamt verlangte und vom Hersteller entwickelte technische Lösung zur Mangelbeseitigung zu sehen. Das Software-Update soll bewirken, dass die Software beseitigt und das Fahrzeug durchgehend im optimierten Prüfstands-Modus betrieben wird. Für das Vorliegen eines Mangels auf das Erfordernis einer Mangelbeseitigung abzustellen erscheint zirkelschlüssig. Kauft man beispielsweise eine Porzellanvase, die einen Sprung aufweist, so ist in eben diesem Sprung die Mangelhaftigkeit zu sehen, da der durchschnittliche Käufer berechtigterweise eine heile Vase

²⁴⁴ LG Frankenthal Ur. v. 12.5.2016 - 8 O 208/15 - VersR 2016, 1516, 1516; LG Oldenburg Ur. v. 1.9.2016 - 16 O 790/16 - BeckRS 2016, 15963.

erwarten darf. Keinesfalls käme man zu dem Ergebnis, für die Mangelhaftigkeit sei darauf abzustellen, dass die Vase an der entsprechenden Stelle geklebt werden muss, um sich für die gewöhnliche Verwendung zu eignen. Es ist folglich auch in den wesentlich komplexeren Dieselfällen nicht auf das Erfordernis der Mangelbeseitigung abzustellen.

e) Die Fehlerhaftigkeit der Übereinstimmungsbescheinigung als Abweichung von der üblichen Beschaffenheit

Die konkrete Abweichung von der üblichen Beschaffenheit, die ein durchschnittlicher Käufer berechtigterweise erwarten darf, ist auch nicht in der Fehlerhaftigkeit der Übereinstimmungsbescheinigung zu sehen.²⁴⁵ Die Unrichtigkeit der Übereinstimmungsbescheinigung resultiert daraus, dass das Fahrzeug nicht der vom Kraftfahrtbundesamt ausgestellten Typengenehmigung entspricht, was wiederum darauf beruht, dass in ihm eine unzulässige Abschaltvorrichtung verbaut ist mit der Folge, dass es nicht die EU-Abgasnorm erreicht, die für den genehmigten Fahrzeugtyp vorgesehen ist. Mithin liegt der Ursprung der fehlerhaften Übereinstimmungsbescheinigung wieder in dem Vorhandensein der die Abgasmessung beeinflussenden Software, mit dem der durchschnittliche Käufer nicht rechnen muss. Für die Bestimmung der konkreten Abweichung von der üblichen Beschaffenheit muss auf die ursprüngliche Andersartigkeit des Fahrzeuges und nicht auf eine ihrer Folgen abgestellt werden.

f) Die Nichteinhaltung der im Fahrzeugschein angegebenen EU-Abgasnorm im realen Verkehrsbetrieb als Abweichung von der üblichen Beschaffenheit

Denkbar wäre weiterhin, für die Bestimmung der konkreten Abweichung von der üblichen Beschaffenheit, die der Käufer

²⁴⁵ Unzutreffend daher LG Ravensburg Urt. v. 9.1.2018 - 2 O 171/17 - BeckRS 2018, 358, Rn. 22 ff.

berechtigterweise erwarten kann, unmittelbar an die Nichteinhaltung der Emissionswerte der im Fahrzeugschein angegebenen EU-Abgasnorm im realen Verkehrsbetrieb anzuknüpfen.²⁴⁶

Zunächst wird jeder Käufer eines KFZs Einblick in den Fahrzeugschein nehmen, der unter anderem die EU-Abgasnorm, der das Fahrzeug zuzuordnen ist, enthält. Aufgrund des Fahrzeugscheins darf der Käufer berechtigterweise erwarten, dass das Fahrzeug diese EU-Abgasnorm auch tatsächlich einhält. Stimmen die Daten von Fahrzeug und Fahrzeugpapieren nicht überein, so weist ein Fahrzeug gerade nicht die übliche, vom Käufer zu erwartende Beschaffenheit auf.²⁴⁷

In diesem Zusammenhang muss jedoch beachtet werden, dass für die Beurteilung der Einhaltung der in den Fahrzeugpapieren angegebenen Euro-5 Abgasnorm einzig die auf dem technischen Prüfstand gemessenen Werte relevant sind. Dies folgt sowohl aus den europarechtlichen als auch aus den nationalen Rechtsvorschriften:

Nach der VO 715/2007/EG muss der Fahrzeughersteller nachweisen, dass die von ihm hergestellten Neufahrzeuge über eine wirksame EG-Typengenehmigung verfügen. Zur Erlangung einer solchen Typengenehmigung müssen die Fahrzeuge die Emissionsgrenzwerte der Euro-5 Abgasnorm einhalten. Dies wird ermittelt, indem die Testfahrzeuge unter Laborbedingungen einen gesetzlich vorgegebenen Testlauf, den sog. „Neuen Europäischen Fahrzyklus“ (NEFZ) durchlaufen, der aus fünf synthetischen Fahrkurven besteht. Im realen Fahrbetrieb ist es aufgrund von Umwelteinwirkungen, verschiedener Verkehrssituationen, sowie Verkehrsregelungen (zum Beispiel Ampeln) höchst unwahrscheinlich, dass das Fahrzeug die auf dem Prüfstand gemessenen Werte exakt einhält. Darüber hinaus hängen die

²⁴⁶ So auch: OLG München Urte. v. 3.7.2017 - 21 U 4818/16 - BeckRS 2017, 119589, Rn. 18.

²⁴⁷ So auch MükobGB/Westermann, § 434, Rn. 62.

Emissionen im normalen Verkehrsbetrieb stark vom individuellen Fahrverhalten ab. Wie bereits erörtert sind Abweichungen von den auf dem Prüfstand gemessenen Werten mithin der Normalfall. Dies hat der Gesetzgeber erkannt und sich aus diesem Grund bewusst dafür entschieden, die Emissionsgrenzwerte, die ein Fahrzeug einhalten muss, um eine bestimmte EU-Abgasnorm zu erfüllen, allein unter Laborbedingungen festzulegen, was der Erwägungsgrund Nr. 15 der VO 715/2007/EG belegt.

Nach Erwägungsgrund Nr. 17 der VO 715/2007/EG ist ein einheitliches Verfahren aller Mitgliedsstaaten zur Messung der CO₂-Emissionen von Fahrzeugen notwendig, damit zwischen den Mitgliedsstaaten keine technischen Handelshemmnisse entstehen. Bereits aus diesem Grund muss auch § 38 Abs. 1 S. 1 BImSchG europarechtskonform dahingehend ausgelegt werden, dass Fahrzeuge die Emissionsgrenzwerte nur unter Laborbedingungen einhalten müssen. Würde § 38 BImSchG dagegen voraussetzen, dass die Emissionsgrenzwerte auch im realen Verkehrsbetrieb eingehalten werden, würde er gegenüber den unionsrechtlichen Vorschriften strengere Vorgaben festlegen, was dem Willen des europäischen Gesetzgebers zur Vollharmonisierung der Grenzwerte für Stickoxidemissionen zuwiderlaufen würde. Darüber hinaus wäre § 38 Abs. 1 S. 1 BImSchG in diesem Fall aufgrund des Anwendungsvorrangs des Unionsrechts unanwendbar.

Nach alldem ergibt sich sowohl aus den europarechtlichen als auch aus den nationalen Vorschriften, dass die Grenzwerte der in den Fahrzeugpapieren angegebenen EU-Abgasnorm alleine auf dem technischen Prüfstand eingehalten werden müssen und nicht unmittelbar für den realen Verkehrsbetrieb gelten. Die auf dem Prüfstand gemessenen Werte lassen gerade keine allgemein gültigen Aussagen für den normalen Verkehrsbetrieb zu, was in der Rechtsprechung im Hinblick auf den Kraftstoffverbrauch eines

Fahrzeuges bereits anerkannt ist.²⁴⁸ Nichts anderes kann für die Emissionswerte gelten, denn auch hier kann eine Vergleichbarkeit der Emissionswerte verschiedener Fahrzeuge nur dann gewährleistet werden, wenn diese beim Durchlaufen eines festgelegten Testzyklus ermittelt werden.

Dem steht auch Art. 4 Abs. 2 VO EU 715/2007 nicht entgegen, der besagt, dass die Auspuff- und Verdunstungsemissionen während der gesamten üblichen Lebensdauer des Fahrzeuges bei normalen Nutzungsbedingungen wirkungsvoll begrenzt werden sollen. Zwar folgt aus dieser Vorschrift, dass die Einrichtungen des Fahrzeuges zur Abgasreinigung und Abgasrückführung auch während des realen Verkehrsbetriebes in Gang bleiben müssen und gerade nicht durch das Vorhandensein einer Software eingeschränkt werden dürfen. Allerdings ist auch bei der Auslegung dieser Vorschrift zu beachten, dass eine Abweichung zwischen den zur Erteilung der Typengenehmigung auf dem technischen Prüfstand gemessenen Emissionswerten und denen im normalen Verkehrsbetrieb aufgrund der normalen Umwelteinwirkungen üblich ist. Damit folgt aus der Vorschrift einzig die Unzulässigkeit von Abschaltvorrichtungen, indem sie sicherstellt, dass Einrichtungen zur Abgasrückführung dauerhaft aktiv sein müssen. Sie besagt dagegen nicht, dass die Emissionswerte im realen Verkehrsbetrieb uneingeschränkt mit den Prüfstandswerten übereinstimmen müssen.

Die Abweichung von der üblichen Beschaffenheit, die ein durchschnittlicher Käufer berechtigterweise erwarten kann, folgt mithin nicht aus der Nichteinhaltung der im Fahrzeugschein angegebenen EU-Abgasnorm im realen Verkehrsbetrieb.

²⁴⁸ OLG Karlsruhe Urte. v. 1.2.2008 - 1 U 97/07 - NJW-RR 2008, 1735, 1736; OLG Hamm Urte. v. 7.2.2013 - I-28 U 94/12 - NJW-RR 2013, 1146; OLG Hamm Urte. v. 9.6.2011 - 28 U 12/11 - BeckRS 2011, 18719.

g) Zwischenergebnis zur Abweichung von der üblichen Beschaffenheit

Die Abweichung der Beschaffenheit betroffener Fahrzeuge von der üblichen, von einem durchschnittlichen Käufer zu erwartenden Beschaffenheit, liegt bereits in dem Vorhandensein der die Abgasmessung beeinflussenden Software.

III. Sachmangel gemäß § 434 Abs. 1 S. 3 BGB a.F. / § 434 Abs. 1, Abs. 3 S. 1 Nr. 2 lit. b BGB n.F.

Die übliche Beschaffenheit einer Kaufsache im Sinne des § 434 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 BGB a.F. / § 434 Abs. 1, Abs. 3 S. 1 Nr. 1, Nr. 2 BGB n.F. wird weiterhin durch öffentliche Äußerungen über diese bestimmt. Im Rahmen von § 434 Abs. 1 S. 3 BGB a.F. / § 434 Abs. 1, Abs. 3 S. 1 Nr. 2 lit. b BGB n.F. kann es selbstverständlich nur auf solche Äußerungen über Eigenschaften der Kaufsache ankommen, die nicht selbst Vertragsinhalt werden, da anderenfalls bereits § 434 Abs. 1 S. 1 BGB a.F. / § 434 Abs. 1, Abs. 2 S. 1 Nr. 1 BGB n.F. einschlägig wäre. Erfasst sind jegliche Äußerungen über die Sache, gleich ob schriftlicher oder mündlicher Art, die etwas über ihre Beschaffenheit aussagen.²⁴⁹

Sinn und Zweck der Vorschrift ist der Schutz des beim Käufer durch öffentliche Äußerungen hervorgerufenen Vertrauens hinsichtlich bestimmter Eigenschaften der Sache. Aus diesem Grund ist es allein sachgerecht, die Vorschrift zugunsten des Käufers anzuwenden. Der Verkäufer dagegen kann sich nicht auf § 434 Abs. 1 S. 3 BGB a.F. / § 434 Abs. 1, Abs. 3 S. 1 Nr. 2 lit. b BGB n.F. berufen, da er anderenfalls durch öffentliche Äußerungen eine generelle Herabsetzung der Qualitätserwartungen bezüglich der Sache bewirken könnte.²⁵⁰ Dies würde dem bezweckten Käuferschutz nicht gerecht.

²⁴⁹ JurisPK/Pammler, Band 2, § 434, Rn. 120; Prütting/Schmidt, BGB, § 434, Rn. 49.

²⁵⁰ So auch BeckOK-BGB/Faust, § 434 BGB, Rn. 79.

Öffentliche Äußerungen sind an eine Vielzahl unbestimmter Personen gerichtete Erklärungen, insbesondere auch Werbeaussagen.²⁵¹ Dabei sind dem Verkäufer nach dem eindeutigen Wortlaut der Vorschrift insbesondere Äußerungen des Herstellers zurechenbar. Der Begriff des Herstellers bestimmt sich nach § 4 Abs. 1 und Abs. 2 ProdHaftG und erfasst daher neben dem Fahrzeughersteller als Hersteller des Endproduktes auch die Hersteller von Grundstoffen oder Teilprodukten. Damit auch die Interessen des Verkäufers nicht unverhältnismäßig zurückgestellt werden, gilt die Vorschrift nicht für die Äußerungen bloßer Zwischenhändler.²⁵²

Hat der Hersteller mit der Einhaltung einer bestimmten EU-Abgasnorm öffentlich geworben, so liegt in dieser Werbeaussage eine öffentliche Äußerung über Sacheigenschaften im Sinne des § 434 Abs. 1 S. 3 BGB a.F. / § 434 Abs. 1, Abs. 3 S. 1 Nr. 2 lit. b BGB n.F., die beim Käufer berechtigtes Vertrauen dahingehend hervorruft, dass die Kaufsache tatsächlich die zugesicherten Eigenschaften aufweist, mithin die beworbene Abgasnorm erfüllt.²⁵³ Für die Frage, ob die beworbene Abgasnorm tatsächlich erfüllt ist, kommt es jedoch wiederum auf die auf dem Prüfstand gemessenen Werte an. Auf die im realen Verkehrsbetrieb ausgestoßenen Emissionen kann dagegen nicht abgestellt werden, da diese maßgeblich von äußeren Umständen, beispielsweise dem Verkehrsfluss, dem Fahrverhalten, der Anzahl der auf der Strecke vorhandenen Ampeln oder der Außentemperatur abhängen. Auf dem Prüfstand entsprechen die betroffenen Fahrzeuge jedoch infolge der verbauten Software der angegebenen EU-Abgasnorm, sodass eine Abweichung von öffentlichen Äußerungen des Herstellers nicht gegeben ist. Ein Sachmangel im Sinne des § 434 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 a.F. in Verbindung mit § 434 Abs. 1 S. 3 BGB a.F. / § 434 Abs. 1, Abs. 3 S. 1 Nr. 1, Nr. 2 BGB n.F. in Verbindung mit § 434 Abs. 1, Abs. 3 S. 1 Nr. 2 lit. b BGB n.F. ist

²⁵¹ Jauernig/Berger, BGB, § 434, Rn. 15.

²⁵² BeckOK-BGB/Faust, BGB, § 434, Rn. 82.

²⁵³ LG Köln Urt. v. 18.4.2017 - 4 O 177/16 - BeckRS 2017, 124755.

daher selbst dann abzulehnen, wenn der Hersteller öffentlich mit der Einhaltung einer bestimmten EU-Abgasnorm wirbt.

Ist die Einhaltung der EU-Abgasnorm dagegen nicht der Herstellerwerbung zu entnehmen, sondern nur im Fahrzeugschein enthalten, liegt ebenfalls kein Sachmangel gemäß § 434 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 a.F. in Verbindung mit § 434 Abs. 1 S. 3 BGB a.F. / § 434 Abs. 1, Abs. 3 S. 1 Nr. 1, Nr. 2 BGB n.F. in Verbindung mit § 434 Abs. 1, Abs. 3 S. 1 Nr. 2 lit. b BGB n.F. vor. Der Fahrzeugschein richtet sich gerade nicht an einen unbestimmten Personenkreis, sondern nur an den Käufer und zukünftigen Eigentümer des Fahrzeugs. Daher sind die Angaben im Fahrzeugschein bereits keine öffentlichen Äußerungen im Sinne von § 434 Abs. 1 S. 3 BGB a.F. / § 434 Abs. 1, Abs. 3 S. 1 Nr. 2 lit. b BGB n.F.

Wirbt der Hersteller dagegen nicht mit der Einhaltung einer bestimmten Abgasnorm, sondern bezeichnet das Fahrzeug in der Werbung nur als „sauber“ bzw. als „umweltfreundlich“, oder werden Aspekte des Umweltschutzes in der Werbung für eine bestimmte Fahrzeugreihe besonders hervorgehoben, so wie dies bei Dieselfahrzeugen mit der sog. BlueMotion Technologie der Fall ist, stellt sich die Frage, ob das Fahrzeug von diesen öffentlichen Aussagen abweicht, wenn der Motor eine die Abgasmessung beeinflussende Software enthält. Dagegen könnte man gerade in Bezug auf Dieselfahrzeuge der Volkswagen AG einwenden, dass diese selbst mit der verbauten Software zum Teil geringere Emissionswerte aufweisen, als vergleichbare Dieselfahrzeuge anderer Hersteller. Aus diesem Grund könnten sie auch mit der verbauten Abschaltvorrichtung als „sauber“ bzw. „umweltfreundlich“ anzusehen sein, zumal es sich hierbei nicht um feststehende Begrifflichkeiten handelt. Vielmehr hängt es häufig von der individuellen Einschätzung des Käufers ab, bei welchen Emissionswerten ein Fahrzeug noch als umweltfreundlich anzusehen ist. Ob eine Abweichung von solchen Herstellerangaben

vorliegt, ist eine Wertungsfrage. Werturteile, die die Ware auf eine bestimmte Qualitätsstufe heben sollen, deren Erreichung jedoch subjektiv zu beurteilen ist, oder sonstige unbestimmte Äußerungen ähnlicher Art sind jedoch von § 434 Abs. 1 S. 3 BGB a.F. / § 434 Abs. 1, Abs. 3 S. 1 Nr. 2 lit. b BGB n.F. nicht erfasst, selbst wenn sie auf einem Tatsachenkern beruhen.²⁵⁴ Aus diesen Gründen kann die Bezeichnung eines Fahrzeugs in der Werbung als „sauber“ oder „umweltfreundlich“ keine berechtigten Erwartungen der Käufer hinsichtlich der Einhaltung bestimmter Emissionsgrenzwerte begründen.

Ein Sachmangel nach § 434 Abs. 1 S. 3 BGB a.F. / § 434 Abs. 1, Abs. 3 S. 1 Nr. 2 lit. b BGB n.F. scheidet unter allen in Betracht kommenden Gesichtspunkten aus.

IV. Rechtsmangel gemäß § 435 BGB

In Betracht kommt jedoch ein Rechtsmangel im Sinne von § 435 BGB, da eine Betriebserlaubnis für ein Fahrzeug mit der beschriebenen Software nicht erteilt werden kann, da das Fahrzeug nicht den Vorschriften des öffentlichen Rechts entspricht.²⁵⁵ Dafür spricht zunächst, dass nach höchstrichterlicher Rechtsprechung auch auf dem öffentlichen Recht beruhende Eingriffsbefugnisse, Beschränkungen und Bindungen, die die Nutzung der Kaufsache beeinträchtigen, grundsätzlich einen Rechtsmangel begründen können.²⁵⁶ Dagegen lässt sich jedoch anführen, dass sich die Einordnung öffentlich-rechtlicher Beschränkungen und Bindungen als Rechtsmangel im Sinne des § 435 BGB nicht unmittelbar aus dem Gesetzeswortlaut ergibt. Vielmehr ergeben sich Abgrenzungsschwierigkeiten im Verhältnis zum Sachmangel, da es bei der Qualifizierung als Sachmangel nicht allein auf die

²⁵⁴ MüKoBGB/Westermann, § 434, Rn. 28 f.

²⁵⁵ z.B. OLG Jena Ur. v. 15.8.2018 - 7 U 721/17 - NZV 2018, 571; LG Hamburg, Ur. v. 7.3.2018 - 329 O 105/17 - BeckRS 2018, 2981; LG Hamburg Ur. v. 20.4.2018 - 313 O 31/17 - BeckRS 2018, 11801; LG Passau Ur. v. 20.4.2017 - 4 O 298/16 - BeckRS 2017, 151979, Rn. 22; ablehnend Eggert, VA 2019, 061.

²⁵⁶ BGH Ur. v. 18.1.2017 - VIII ZR 234/15 - NJW 2017, 1666, Rn. 18.

physische Beschaffenheit der Sache ankommt.²⁵⁷ Darüber hinaus sind wie bereits erläutert die Beziehungen der Sache zur Umwelt relevant, wenn sich diese aus ihrer physischen Beschaffenheit ergeben. Aus diesem Grund ist kein Rechtsmangel, sondern ein Sachmangel anzunehmen, wenn das Eingreifen öffentlich-rechtlicher Normen Folge der nicht vertragsgemäßen Beschaffenheit der Kaufsache ist.²⁵⁸ Die Zulassungsunfähigkeit eines Dieselfahrzeugs mit einer auf die Abgasmessung einwirkenden Software beruht auf dem konkret eingebauten Motoraggregat, welches die unzulässige Abschaltvorrichtung enthält. Sie ist demnach mittelbar auf die physische Beschaffenheit des Fahrzeugs zurückzuführen. Aus diesem Grund ist die fehlende Zulassungsfähigkeit eines mit der Abschaltvorrichtung versehenen Dieselfahrzeuges richtigerweise als Sachmangel einzuordnen.²⁵⁹

V. Zwischenergebnis

Die Mangelhaftigkeit der betroffenen Fahrzeuge folgt nicht aus § 434 Abs. 1 S. 1 BGB a.F. / § 434 Abs. 1, Abs. 2 S. 1 Nr. 1 BGB n.F., da die Einhaltung einer bestimmten EU-Abgasnorm eine reine Wissenserklärung des Verkäufers ist, die auf den Angaben des Herstellers beruht. Eine reine Wissenserklärung kann keine Beschaffenheitsvereinbarung zwischen Käufer und Verkäufer begründen.

Allerdings ergibt sich die Mangelhaftigkeit der betroffenen Fahrzeuge aus § 434 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 BGB a.F. / § 434 Abs. 1, Abs. 3 S. 1 Nr. 1, Nr. 2 BGB n.F. Da bei diesen aufgrund der verbauten unzulässigen Abschaltvorrichtung stets die Gefahr einer Betriebseinschränkung oder Betriebsuntersagung durch die Straßenverkehrsbehörde besteht, eignen sie sich nicht für die gewöhnliche Verwendung zur Fortbewegung im Straßenverkehr.

²⁵⁷ MüKoBGB/Westermann, § 435, Rn. 10.

²⁵⁸ Zutreffend daher BGH Urt. v. 18.1.2017 - VIII ZR 234/15 - NJW 2017, 1666, Rn. 18.

²⁵⁹ So auch OLG Stuttgart Urt. v. 1.12.2009 - 6 U 248/08 - NJW-RR 2010, 412.

Bereits aufgrund des Vorhandenseins der Abschaltvorrichtung weisen die betroffenen Fahrzeuge gerade nicht die übliche Beschaffenheit auf, die ein durchschnittlicher Käufer berechtigterweise erwarten darf.

Eine Mangelhaftigkeit ergibt sich jedoch nicht zusätzlich aus § 434 Abs. 1 S. 3 BGB a.F. / § 434 Abs. 1, Abs. 3 S. 1 Nr. 2 lit. b BGB n.F. Wirbt der Hersteller öffentlich mit der Einhaltung einer bestimmten EU-Abgasnorm und halten die betroffenen Fahrzeuge diese aufgrund der verbauten Software im realen Verkehrsbetrieb nicht ein, so ist darin keine Abweichung zu sehen, da es für die Einhaltung einer bestimmten EU-Abgasnorm einzig auf die Emissionswerte ankommt, die auf dem technischen Prüfstand gemessen werden. Nicht ausreichend ist zudem eine Bezeichnung der Fahrzeuge in der Werbung als „sauber“ bzw. „umweltfreundlich“ oder eine starke Hervorhebung von Umweltaspekten, da es sich hierbei um unbestimmte Begriffe handelt, die zu ihrer Konkretisierung einer subjektiven Wertung bedürfen und daher keine berechtigten Erwartungen hinsichtlich der Einhaltung bestimmter Emissionswerte beim Käufer hervorrufen können.

C. Erfordernis einer Frist zur Nacherfüllung

Ferner ist im Hinblick auf die Forschungsfrage zu klären, ob der Käufer dem Verkäufer zunächst erfolglos eine Frist zur Nacherfüllung setzen muss, um vom Kaufvertrag zurücktreten zu können. Nach § 323 Abs. 1 BGB ist eine angemessene Frist zur Nacherfüllung grundsätzlich zu setzen, es sei denn, sie ist ausnahmsweise aufgrund gesetzlicher Vorschriften entbehrlich. Das Regel-Ausnahme-Verhältnis zwischen Fristsetzung und Entbehrlichkeit soll das Recht des Verkäufers zur zweiten Andienung sicherstellen und somit dem Vorrang der Nacherfüllung

Rechnung tragen.²⁶⁰ Ob der Käufer eines Dieselfahrzeuges, in das eine Abschaltvorrichtung der oben genannten Art verbaut ist, dem Verkäufer zunächst eine angemessene Frist zur Nacherfüllung zu setzen hat, wird von Rechtsprechung und Literatur bislang uneinheitlich beurteilt. Ausgangspunkt ist die Frage, ob das Vorhandensein der unzulässigen Abschaltvorrichtung einen behebbaren oder einen unbehebaren Mangel darstellt.

I. Behebbarkeit des Mangels

Die für die Entbehrlichkeit der Fristsetzung maßgeblichen Vorschriften richten sich danach, ob der Mangel insgesamt als behebbar anzusehen ist.²⁶¹ Ist dies der Fall, beurteilt sich eine mögliche Entbehrlichkeit der Fristsetzung anhand von §§ 323, 440 BGB. Ist der Mangel dagegen unbehebbar, kann sich die Entbehrlichkeit der Fristsetzung allein aus einer Unmöglichkeit der Nacherfüllung gemäß § 326 Abs. 5 BGB ergeben.²⁶²

Zur Beantwortung dieser Frage muss zunächst die Thermofenster-Programmierung des Updates erläutert und bewertet werden und sodann auf mögliche Folgemängel am Fahrzeug eingegangen werden. Zuletzt kann ein verbleibender merkantiler Minderwert die Unbehebbarkeit begründen.

aa) Thermofenster als erneute unzulässige Abschaltvorrichtung

Das Software-Update ist so programmiert, dass die Abgasreinigung nur in einem Temperaturfenster zwischen 10 und 32 Grad Celsius, sog. „Thermofenster“, ordnungsgemäß funktioniert und das Fahrzeug außerhalb dieses Thermofensters gerade nicht die veranschlagten Abgaswerte erreicht.²⁶³ Aufgrund dieser

²⁶⁰ Witt, NJW 2017, 3681, 3682.

²⁶¹ MüKoBGB/Westermann, § 437, Rn. 9; Lorenz, NJW 2013, 1341.

²⁶² MüKoBGB/Westermann, § 437, Rn. 9; Lorenz, NJW 2013, 1341.

²⁶³ Dies bestätigt auch das KBA in seinem Untersuchungsbericht zur „Wirksamkeit von Software-Updates zur Reduzierung von Stickoxiden bei Dieselmotoren“ vom 10.1.2020,

Thermofenster-Programmierung entsprechen die betroffenen Fahrzeuge auch nach dem Aufspielen des Software-Updates nicht den gesetzlichen Vorgaben.²⁶⁴ Indem die Abgasrückführung außerhalb des Thermofensters reduziert ist, handelt es sich bei der „Thermofenster-Programmierung“ selbst um eine Abschaltvorrichtung im Sinne von Art. 3 Nr. 10 VO EG 715/2007.²⁶⁵ Diese Einrichtung ist auch nicht erforderlich, um den Motor vor Schädigungen zu schützen, sodass sie nicht gemäß Art. 5 Abs. 2 lit. a VO EG 715/2007 ausnahmsweise zulässig ist. Auch die übrigen Ausnahmetatbestände sind nicht einschlägig. Mit dem Software-Update spielt der Hersteller daher zugleich eine neue unzulässige Abschaltvorrichtung auf.²⁶⁶

Ein Software-Update, welches die Abschaltvorrichtung nur innerhalb eines bestimmten Thermofensters außer Kraft setzt, führt nicht zur vollständigen Beseitigung des Mangels, zumal Temperaturen unter 10 Grad Celsius bzw. über 32 Grad Celsius in Deutschland nicht unüblich sind. Der Mangel kann erst dann als beseitigt angesehen werden, wenn die Abschaltvorrichtung unabhängig von einem bestimmten Temperaturfenster außer Kraft bleibt und das Fahrzeug durchgehend im optimierten Prüfstands-Modus betrieben wird. Daran fehlt es jedoch auch nach Aufspielen des Software-Updates.

Bezogen auf Daimler, bei dessen Dieselfahrzeugen ebenfalls zum Teil Thermofenster-Programmierungen verwendet wurden, die die Abgasrückführung insbesondere im einstelligen Temperaturbereich reduzieren, hat der Bundesgerichtshof jüngst klargestellt, dass eine solche temperaturabhängige Programmierung des

https://www.kba.de/DE/Marktueberwachung/Abgasthematik/bericht_Wirksamkeit_SW_Updates.pdf?_blob=publicationFile&v=4, S. 117.

²⁶⁴ So auch LG Düsseldorf Ur. v. 31.7.2019 - 7 O 166/18 - BeckRS 2018, 17163.

²⁶⁵ So auch OLG Wien Teilurt. v. 30.10.2019 - 4 R 62/19w - BeckRS 2019, 29766, Rn. 30; LG Stuttgart, Ur. v. 17.1.2019 - 23 O 172/18 - BeckRS 2019, 271, Rn. 33 ff.; LG Stuttgart Ur. v. 8.1.2019 - 7 O 265/18 - BeckRS 2019, 33, Rn. 29 ff.

²⁶⁶ So auch LG Stuttgart, Ur. v. 17.1.2019 - 23 O 172/18 - BeckRS 2019, 271, Rn. 33 ff.; LG Stuttgart Ur. v. 8.1.2019 - 7 O 265/18 - BeckRS 2019, 33, Rn. 29 ff.

Abgasrückführungssystems für sich genommen eine Sittenwidrigkeit im Sinne von § 138 BGB nicht begründe.²⁶⁷ Vielmehr müssten weitere Umstände hinzutreten, die einen sicheren Schluss darauf zulassen, dass die für den Hersteller handelnden Personen bei der Entwicklung und bei dem Einbau der temperaturabhängigen Steuerung des Emissionskontrollsystems „in dem Bewusstsein handelten, eine unzulässige Abschalteneinrichtung zu verwenden, und den darin liegenden Gesetzesverstoß billigend in Kauf nahmen“.²⁶⁸ Mit dieser Rechtsprechung geht jedoch keine allgemeine Billigung derartiger Thermofenster-Programmierungen einher. Vielmehr bezeichnet der BGH die Thermofenster-Programmierung an einigen Stellen des Urteils selbst als unzulässige Abschalteneinrichtung.²⁶⁹ Aus diesem Grund ermöglicht das zu der Frage der Sittenwidrigkeit der Verwendung derartiger Programmierungen ergangene Urteil keinen Schluss auf deren generelle Zulässigkeit.

bb) Negative Beeinflussung der übrigen Fahrzeugeigenschaften

Die Unmöglichkeit der Mangelbeseitigung ergibt sich zudem daraus, dass der begründete Verdacht besteht, das Update habe einen negativen Einfluss auf die übrigen Fahrzeugeigenschaften.²⁷⁰

Hinsichtlich des Entfallens der Mangelhaftigkeit betroffener Fahrzeuge nach dem Aufspielen des Software-Updates bestehen einige Zweifel. Diese resultieren unabhängig von dem konkret betroffenen Fahrzeug jedenfalls daraus, dass bereits in technischer Hinsicht ein Zielkonflikt zwischen günstigen Emissionswerten einerseits und geringem Kraftstoffverbrauch bei hoher Leistung

²⁶⁷ BGH Urt. v. 13.07.2021 - VI ZR 128/20 - BeckRS 2021, 21371, Rn. 10 ff.

²⁶⁸ BGH Urt. v. 13.07.2021 - VI ZR 128/20 - BeckRS 2021, 21371, Rn. 13.

²⁶⁹ BGH Urt. v. 13.07.2021 - VI ZR 128/20 - BeckRS 2021, 21371, Rn. 17, 24.

²⁷⁰ So auch: OLG Saarbrücken Urt. v. 28.8.2019 - 2 U 94/18 - BeckRS 2019, 20813, Rn. 8; LG Essen Urt. v. 19.10.2017 - 9 O 33/17 - BeckRS 2017, 138908, Rn. 18; LG Krefeld Urt. v. 4.10.2017 - 2 O 19/17 - BeckRS 2017, 127360, Rn. 36; LG Baden-Baden Urt. v. 27.4.2017 - 3 O 387/16 - BeckRS 2017, 147291, Rn. 45.

andererseits besteht.²⁷¹ In technischer, sowie chemischer Hinsicht hat eine Verringerung des NO_x-Ausstoßes ohne die Verwendung einer unzulässigen Abschaltvorrichtung wegen der hierzu notwendigen Erhöhung des Abgasgedrucks zwingend eine Erhöhung des Kraftstoffverbrauches sowie der CO₂-Werte und des Dieselpartikel-Ausstoßes zur Folge.²⁷² In der Folge wird insbesondere der Dieselpartikelfilter stärker belastet, da dieser häufiger freigebrannt werden muss und dementsprechend einem höheren Verschleiß unterliegt.²⁷³ Diese aus der NO_x-Reduktion resultierende stärkere Beanspruchung des Dieselpartikelfilters wird in der technischen Literatur auch als „Ruß-Stickstoffschere“ bezeichnet.²⁷⁴

Der Anstieg des Kraftstoffverbrauchs folgt daraus, dass Maßnahmen zur NO_x-Reduktion eine Verringerung der Brenngeschwindigkeit voraussetzen, wodurch die Verbrennung weiter in die Expansionsphase geschoben wird.²⁷⁵ Diese insgesamt ungünstigeren Verbrennungsbedingungen haben gleichzeitig die Verringerung des Motorwirkungsgrades (= Leistungseinbußen) zur Folge.²⁷⁶

Hinzu kommt, dass sich die Außerkraftsetzung der Abschaltvorrichtung auf die Lebensdauer des Fahrzeuges nachteilig auswirkt.²⁷⁷ In diesem Zusammenhang muss beachtet werden, dass die NO_x-Emissionen eines Fahrzeuges geringer sind, wenn der Dieseldieselkraftstoff mit höherem Druck in den Motor eingespritzt wird,

²⁷¹ LG Krefeld Urt. v. 14.9.2016 - 2 O 72/16 - BeckRS 2016, 16674; LG Krefeld Urt. v. 14.9.2016 - 2 O 83/16 - NJW-RR 2016, 1397, 1398; Tschöke/Mollenhauer/Maier/Krüger/Fischer, Handbuch Dieselmotoren, S. 869; Hüning, NZV 2019, 27; Ring, SVZ 2017, 441, 443.

²⁷² Böge/Böge, Handbuch Maschinenbau, S. 1190 f.; Wenzel, Modellierung der Ruß- und NO_x-Emissionen des Dieselmotors, <https://docplayer.org/28645427-Modellierung-der-russ-und-no-x-emissionen-des-dieselmotors.html>, S. 119.

²⁷³ Wenzel, Modellierung der Ruß- und NO_x-Emissionen des Dieselmotors, <https://docplayer.org/28645427-Modellierung-der-russ-und-no-x-emissionen-des-dieselmotors.html>, S. 14, 105.

²⁷⁴ Wenzel, Modellierung der Ruß- und NO_x-Emissionen des Dieselmotors, <https://docplayer.org/28645427-Modellierung-der-russ-und-no-x-emissionen-des-dieselmotors.html>, S. 11; Böge/Böge, Handbuch Maschinenbau, S. 1190 f.

²⁷⁵ Reif, Abgastechnik für Verbrennungsmotoren, S. 38.

²⁷⁶ Reif, Abgastechnik für Verbrennungsmotoren, S. 38.

²⁷⁷ Borgeest, Manipulation von Abgaswerten, S. 36.

da ein höherer Einspritzdruck eine vollständigere Verbrennung des Kraftstoffes bewirkt.²⁷⁸ Hinzu kommt, dass eine Erhöhung des Einspritzdrucks zu einer höheren Leistung des jeweiligen Fahrzeuges führt. Allerdings sinkt mit der Erhöhung des Einspritzdruckes stetig die Lebensdauer der Motorbauteile (insbesondere Dieselpartikelfilter und Turbo-Lader).²⁷⁹ Vor solchen negativen Langzeitauswirkungen des Software-Updates warnt sogar die EU-Kommission.²⁸⁰

Demnach ist es bereits aus technischer Sicht nicht möglich, ohne die Verwendung einer unzulässigen Abschaltvorrichtung den Ausstoß von NO_x zu reduzieren, ohne dass sich dies auf die übrigen Fahrzeugeigenschaften nachteilig auswirkt. Die Außerkraftsetzung der Abschaltvorrichtung hat vielmehr zwingend zur Folge, dass sich der Kraftstoffverbrauch des Fahrzeuges erhöht, die Haltbarkeit des Dieselpartikelfilters herabgesetzt wird und die übrigen Motorbauteile stärker beansprucht werden, was die Gesamtlebensdauer des Fahrzeuges verkürzt.

Der Bundesgerichtshof stellte in diesem Zusammenhang aufgrund der Schutzbedürftigkeit des Käufers richtigerweise klar, dass diesem hinsichtlich des Verdachts auf Folgemängel am Fahrzeug keine überhöhten Substantiierungsanforderungen aufgebürdet werden dürfen²⁸¹: Der Käufer eines Dieselfahrzeuges mit einer die Abgaswerte beeinflussenden Software genüge seiner Substantiierungspflicht bereits dadurch, dass er durch das Software-Update entstehende Folgeschäden in Form geringerer Leistungsfähigkeit des Motors bzw. erhöhter Verbrauchswerte,

²⁷⁸ Focus Online, „Lebensdauer von Dieselmotoren - Risiko bei Diesel-Motoren: Zeitbombe Partikelfilter“, Artikel vom 10.6.2013, https://www.focus.de/auto/ratgeber/diesel/tid-31556/lebensdauer-von-dieselmotoren-risiko-bei-diesel-motoren-zeitbombe-partikelfilter_aid_1002325.html.

²⁷⁹ Die Zeit, „Der Dieselmotor hat die besten Tage hinter sich“, Artikel vom 8.6.2012, <https://www.zeit.de/auto/2012-06/diesel-zukunft/komplettansicht>.

²⁸⁰ Spiegel Online, „Abgasskandal bei VW - Experten warnen vor Motorschäden“, Artikel vom 28.10.2016, <https://www.spiegel.de/auto/aktuell/volkswagen-abgasskandal-eu-warnt-vor-motorschaden-bei-umgeruesteten-dieselautos-a-1118662.html>.

²⁸¹ BGH Beschl. v. 08.12.2021 - VIII ZR 280/20 - NJW 2022, 935.

eines stärkeren Verschleißes des Dieselpartikelfilters, Versottungserscheinungen am Abgasrückführungsventil sowie durch kürzere Wartungsintervalle aufgrund gestiegenen Kontrollbedarfs höhere Wartungskosten, sowie die Entstehung eines merkantilen Minderwertes des Fahrzeuges schlüssig behauptet und auf entsprechende Vermutungen stützt. Die Behauptungen von ungewissen Auswirkungen eines Software-Updates, eines Vertrauensverlustes in den Fahrzeughersteller sowie eines erheblichen Wertverlustes der betroffenen Fahrzeuge stellen nach Ansicht des Bundesgerichtshofes substantiierten Sachvortrag dar. Das Berufungsgericht hatte es in diesem Zusammenhang als klägerische Pflicht angesehen, nachvollziehbar darzulegen, dass sich der Preis des in Rede stehenden Fahrzeugtyps im Vergleich zum Gesamtmarkt für Dieselfahrzeuge oder zum Markt für andere als mit dem streitgegenständlichen Motor ausgerüstete Fahrzeuge der Volkswagen AG ungünstiger entwickelt habe. Diese Anforderungen des Berufungsgerichts hielt der Bundesgerichtshof in seinem Beschluss jedoch ausdrücklich für überspannt.²⁸² Denn eine derartige Darlegung wäre nur aufgrund einer umfassenden Marktanalyse möglich, die den Kläger in der Sache dazu zwänge, ein privates Gutachten einzuholen. Da der Kläger mangels eigener Sachkunde und mangels hinreichenden Einblicks in die komplexen technischen Zusammenhänge, insbesondere die Funktionsweise des Software-Updates, keine genaue Kenntnis von dessen Auswirkungen haben kann, könne ihm eine weitere Substantiierung nicht zugemutet werden.

Diese Tendenz bestätigte der Bundesgerichtshof mit seinem Urteil vom 8. Dezember 2021²⁸³: In dem zugrunde liegenden Fall lehnte der Bundesgerichtshof die Berufung des Verkäufers auf die Einrede der absoluten Unverhältnismäßigkeit nach § 439 Abs. 3 BGB ab. Der Verkäufer habe nicht hinreichend substantiiert dargelegt, dass die durch das Software-Update angebotene Nachbesserung das

²⁸² BGH Beschl. v. 08.12.2021 - VIII ZR 280/20 - NJW 2022, 935.

²⁸³ BGH Ur. v. 08.12.2021 - VIII ZR 190/19 - NZG 2022, 620.

Fahrzeug in einen mangelfreien Zustand versetzen wird. Bei der Freiheit der Kaufsache von Mängeln handele es sich um eine negative Tatsache, für die der Käufer die sekundäre Darlegungslast trage. Dieser genüge der Käufer bereits dann, wenn er schlüssig vortrage, aus welchem Grund die angebotene Nachbesserung nicht zur Mangelfreiheit des Fahrzeugs führt. Da von ihm mangels eigener Sachkunde und mangels Einblicks in die komplexen technischen Zusammenhänge keine genaue Kenntnis von den Auswirkungen des Software-Updates verlangt werden könne, genüge es, wenn der Käufer sich insoweit auf vermutete Tatsachen stützt. Der Verkäufer genüge seiner Darlegungs- und Beweislast dagegen erst dann, wenn er die vom Käufer konkret vorgetragenen Umstände widerlegt.

Die nachteilige Auswirkung auf die übrigen Fahrzeugeigenschaften begründet daher die Unbehebbarkeit des Mangels.

cc) Merkantiler Minderwert nach der Durchführung des Software-Updates

Weiterhin verbleibt auch nach dem Software-Update ein merkantiler Minderwert am Fahrzeug, welcher die Unmöglichkeit der Nacherfüllung begründet.²⁸⁴

Die Theorie vom merkantilen Minderwert wurde in der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes zu Unfallwagen²⁸⁵ entwickelt. Erleidet ein Fahrzeug einen Unfall, so haftet diesem

²⁸⁴ OLG Celle Ur. v. 30.6.2016 - 7 W 26/16 - VersR 2016, 1515, 1515 f.; LG Heilbronn Ur. v. 15.8.2017 - 9 O 111/16 - BeckRS 2017, 122952, Rn. 20 ff.; Ring, SVR 2017, 441, 443; ablehnend OLG Saarbrücken Ur. v. 28.8.2019 - 2 U 94/18 - NJW-RR 2019, 1453, 1455, Rn. 25; OLG Dresden Ur. v. 20.8.2019 - 9 U 1101/19 - NJ 2019, 477, 478; OLG Frankfurt Ur. v. 31.8.2018 - 25 U 17/18 - NJW-RR 2019, 114, 115, Rn. 47; OLG Köln Ur. v. 4.6.2018 - 16 U 173/17 - BeckRS 2018, 19739, Rn. 15; OLG Koblenz Ur. v. 27.9.2017 - 2 U 4/17 - NJW-RR 2018, 376, 378, Rn. 26.

²⁸⁵ z.B. BGH Ur. v. 10.10.2007 - VIII ZR 330/06 - NJW 2008, 53, Rn. 23; BGH Ur. v. 7.6.2006 - VIII ZR 209/05 - NJW 2006, 2839, Rn. 17; Diese Rechtsprechung wird von LG Braunschweig Ur. v. 6.2.2018 - 11 O 1175/17 - BeckRS 2018, 1577, Rn. 89 f. nicht für übertragbar gehalten, da eine vergleichbare langjährige Erfahrung, wonach sich der Einbau einer die Abgasmessung beeinflussenden Software in ein Dieselfahrzeug wertmindernd auf dieses auswirkt, fehle.

auch nach der Reparatur des konkreten Unfallschadens weiterhin die Eigenschaft als Unfallwagen an. Die Kategorisierung als Unfallwagen führt zu einer merkantilen Wertminderung des Fahrzeuges.²⁸⁶ Da diese Wertminderung durch Nachbesserung nicht beseitigt werden kann, nimmt die höchstrichterliche Rechtsprechung beim Verbleib eines merkantilen Minderwertes einen unbehebaren Mangel an und beurteilt die Entbehrlichkeit der Fristsetzung am Maßstab von § 326 V BGB.²⁸⁷

Die fortbestehende Mangelhaftigkeit von Unfallwagen liegt darin begründet, dass sich diese aufgrund des Verdachtes auf weitere verborgene Schäden auf dem Gebrauchtwagenmarkt schlechter weiterveräußern lassen. Ist ein Fahrzeug ein Unfallwagen, so haben potentielle Käufer in dieses oft kein Vertrauen und sehen daher von einem Kauf ab.

Entsprechendes muss gelten, wenn ein Fahrzeug mit einer unzulässigen Abschaltinrichtung versehen war, auch wenn diese bereits durch ein Software-Update außer Kraft gesetzt wurde. Aufgrund der umfassenden Medienberichterstattung ist zu erwarten, dass potentielle Gebrauchtwagenkäufer von dem Vorhandensein einer unzulässigen Abschaltinrichtung in Volkswagen-Dieselfahrzeugen des Motortyps EA-189 Kenntnis erlangt haben. Sie werden daher entweder von vorneherein vom Kauf dieser Fahrzeuges absehen, oder jedenfalls nur zur Zahlung eines deutlich herabgesetzten Preises bereit sein. Dies liegt zunächst darin begründet, dass bereits aus technischer Sicht anzunehmen ist, dass das Software-Update sich negativ auf die übrigen Fahrzeugeigenschaften auswirkt. Darüber hinaus hat der durchschnittliche Käufer jegliches Vertrauen in den Hersteller verloren, sodass er gerade nicht darauf vertraut, dass das von ihm entwickelte Software-Update die Abschaltinrichtung außer Kraft setzt. Es ist daher zu erwarten, dass betroffene Fahrzeuge von

²⁸⁶ BGH Urt. v. 10.10.2007 - VIII ZR 330/06 - NJW 2008, 53, Rn. 23; BGH Urt. v. 7.6.2006 - VIII ZR 209/05 - NJW 2006, 2839, Rn. 17.

²⁸⁷ BGH Urt. v. 10.10.2007 - VIII ZR 330/06 - NJW 2008, 53, Rn. 23.

potentiellen Käufern schlechter bewertet werden und infolge dessen ebenso wie Unfallwagen eine merkantile Wertminderung auf dem Gebrauchtwagenmarkt erleiden. Die Installation einer unzulässigen Abschaltvorrichtung ist mit einem Unfallschaden am Fahrzeug insofern vergleichbar.²⁸⁸

Da nach dem Aufspielen des Software-Updates ein merkantiler Minderwert der betroffenen Fahrzeuge auf dem Gebrauchtwagenmarkt verbleibt, stellt die unzulässige Abschaltvorrichtung einen unbehebaren Mangel dar. Auch hinsichtlich des merkantilen Minderwertes kommen dem Käufer die herabgesetzten Substantiierungsanforderungen der höchstrichterlichen Rechtsprechung zugute.²⁸⁹

II. Entbehrlichkeit der Fristsetzung gemäß § 326 Abs. 5 BGB

In Betracht kommt damit einzig die Entbehrlichkeit der Fristsetzung wegen Unmöglichkeit der Nacherfüllung gemäß § 326 Abs. 5 BGB. Dazu muss zunächst zwischen den beiden Arten der Nacherfüllung differenziert werden.

1. Mangelbeseitigung

Die einzig zur Verfügung stehende Maßnahme zur Beseitigung der unzulässigen Abschaltvorrichtung stellt das vom Hersteller entwickelte Software-Update dar.

Da es für die Beurteilung der Entbehrlichkeit der Fristsetzung stets auf den Zeitpunkt der Rücktrittserklärung ankommt²⁹⁰, muss zwischen Fällen der Rücktrittserklärung vor Entwicklung und Genehmigung des Software-Updates und Fällen der

²⁸⁸ Ablehnend LG Ellwangen Urt. v. 18.1.2017 - 5 O 291/16 - juris, Rn. 66.

²⁸⁹ Vgl. BGH Beschl. v. 08.12.2021 - VIII ZR 280/20 - NJW 2022, 935; BGH Urt. v. 08.12.2021 - VIII ZR 190/19 - NZG 2022, 620.

²⁹⁰ BGH Urt. v. 15.6.2011 - VIII ZR 139/09 - NJW 2011, 3708, Rn. 9; JurisPK-BGB/Beckmann, Band 2, § 323, Rn. 75, 79.

Rücktrittserklärung nach Entwicklung und Genehmigung des Software-Updates differenziert werden.

a) (Un-)Möglichkeit der Mangelbeseitigung vor Entwicklung und Genehmigung des Software-Updates

Eine Unmöglichkeit der Mangelbeseitigung ist jedenfalls dann anzunehmen, wenn das Software-Update zum Zeitpunkt der Rücktrittserklärung noch nicht vom Hersteller entwickelt und vom Kraftfahrtbundesamt genehmigt worden war. Denn bis zu diesem Zeitpunkt stehen dem Vertragshändler keine technischen Mittel zur Verfügung, um die unzulässige Abschalteneinrichtung zu entfernen. Er kann seiner Nacherfüllungspflicht also bereits aus tatsächlichen Gründen nicht nachkommen. Zudem ist zu diesem Zeitpunkt auch nicht absehbar, wann die Entwicklung des Software-Updates gelingen wird und ob und wann das Kraftfahrtbundesamt es genehmigen wird. Eine Frist könnte also bereits ihrer Länge nach nicht bestimmt werden, sodass das Fristsetzungserfordernis in diesem Fall bloße Förmerei wäre.²⁹¹ Die Setzung einer Frist wäre schlicht sinnlos.

b) (Un-)Möglichkeit der Mangelbeseitigung nach Entwicklung und Genehmigung des Software-Updates

Erklärt der Käufer den Rücktritt nach der Entwicklung und Genehmigung des Software-Updates, ist eine Unmöglichkeit der Mangelbeseitigung anzunehmen, da die Durchführung des Software-Updates die betroffenen Fahrzeuge aus den oben genannten Gründen nicht in einen mangelfreien Zustand versetzen kann. Vielmehr enthält das Software-Update aufgrund seiner Thermofenster-Programmierung selbst eine unzulässige Abschalteneinrichtung und führt zu Folgemängeln an den betroffenen Fahrzeugen sowie zu einer verbleibenden merkantilen

²⁹¹ LG Frankenthal Urt. v. 12.5.2016 - 8 O 208/15 - BeckRS 2016, 8996.

Wertminderung. Die Unmöglichkeit der Mangelbeseitigung folgt mithin bereits aus der Unbehebbarkeit des Mangels.

2. Neulieferung

Hinsichtlich der Frage, ob auch die Lieferung eines neuen Fahrzeugs derselben Modellart unmöglich ist muss unterschieden werden, ob es sich bei dem Fahrzeug zum Kaufzeitpunkt um einen Neuwagen oder um einen Gebrauchtwagen gehandelt hat.

a) Bei Gebrauchtwagen

Handelt es sich um einen Gebrauchtwagen, so stellt dieser regelmäßig eine Stückschuld dar.²⁹² Ob eine Nachlieferung bei einer Stückschuld stets ausscheidet, ist in Rechtsprechung und Literatur umstritten:

Zum Teil wird angenommen, dass eine Nachlieferung bei einer Stückschuld generell nicht in Betracht kommt. Diese Ansicht wird primär damit begründet, dass die Pflicht des Verkäufers bei einer Stückschuld auf die Lieferung der konkret geschuldeten Sache beschränkt sei und ihn deshalb eine weitergehende Pflicht nicht treffen könne.²⁹³

Die Möglichkeit der Nachlieferung bei Stückschulden wurde jedoch höchstrichterlich bejaht, wenn die Sache nach dem durch Auslegung gemäß §§ 133, 157 BGB zu ermittelnden Parteiwillen austauschbar ist.²⁹⁴ Hierbei soll es nicht mehr auf eine Unterscheidung zwischen Gattungsschuld und Stückschuld ankommen, da eine solche im Wortlaut des § 439 BGB seit dem

²⁹² BGH Urt. v. 07.06.2006 - VIII ZR 209/05 - NJW 2006, 2839, 2840.

²⁹³ Huber, NJW 2002, 1004, 1006.

²⁹⁴ BGH Hinweisbeschl. v. 8.1.2019 - VIII ZR 225/17 - NJW 2019, 1133, Rn. 34; BGH Urt. v. 21.11.2017 - X ZR 111/16 - NJW 2018, 789, Rn. 8; BGH Urt. v. 07.06.2006 - VIII ZR 209/05 - NJW 2006, 2839, Rn. 6.

Schuldrechtsmodernisierungsgesetz aus dem Jahre 2002 bewusst nicht mehr angelegt ist.²⁹⁵

Im Schrifttum wird diese Ansicht teilweise dahingehend eingeschränkt, dass eine Nachlieferung nur bei vertretbaren Sachen in Betracht kommen soll.²⁹⁶

An dieser Stelle ist der höchstrichterlichen Rechtsprechung zuzustimmen. Eine pauschale und schematische Bestimmung der Nachlieferungsmöglichkeit danach, ob es sich im Einzelfall bei der Kaufsache um eine Stück- oder Gattungsschuld handelt, ist nicht immer interessengerecht. Die Beschränkung auf vertretbare Sachen im Sinne von § 91 BGB, also solche Sachen, die im Verkehr nach Zahl, Maß oder Gewicht bestimmt werden, ist ebenso abzulehnen. Eine Sache wird ausgehend von dem konkret abgeschlossenen Vertrag für die Parteien nicht nur dann austauschbar, wenn sie in irgendeiner Weise messbar ist. Entscheidend ist, inwieweit die Parteien sie nach dem Vertragszweck als durch eine gleichwertige Sache ersetzbar ansehen. Folglich kann die Nachlieferung auch bei Gebrauchtwagen nicht pauschal als unmöglich angesehen werden. Es ist ohne weiteres denkbar, dass der Käufer eines von der Abschaltautomatik betroffenen Fahrzeugs damit einverstanden wäre, wenn ihm der Verkäufer ein vergleichbares Gebrauchtfahrzeug ohne die unzulässige Abschalteinrichtung, beispielsweise aus der Nachfolgerbaureihe, anbieten würde. Auch aus der Sicht des Verkäufers eines Gebrauchtwagens ist ein solcher nicht unersetzbar. Häufig macht es für Gebrauchtwagenhändler keinen Unterschied, für welches konkrete Fahrzeug aus ihrem Bestand sich der einzelne Käufer entscheidet. Falls nicht im Einzelfall besondere Umstände vorliegen wird eine Auslegung gemäß §§ 133, 157 BGB ergeben, dass auch ein Gebrauchtwagen nach dem Parteiwillen gegen ein vergleichbares Fahrzeug mit vergleichbarer Motorisierung, Laufleistung, Verbrauch und

²⁹⁵ BGH Hinweisbeschl. v. 8.1.2019 - VIII ZR 225/17 - NJW 2019, 1133, Rn. 31; *Ring*, SVR 2019, 448, 449.

²⁹⁶ Huber, NJW 2002, 1004, 1006.

Baujahr austauschbar ist. Die Nacherfüllung in Form der Nachlieferung bleibt mithin auch bei Gebrauchtwagen grundsätzlich möglich. Einzig für den Fall, dass kein vergleichbares Gebrauchtfahrzeug existiert, das die angegebenen Emissionswerte einhält, wird die Unmöglichkeit der Nachlieferung in der Literatur zum Teil richtigerweise bejaht.²⁹⁷

b) Bei Neuwagen

Handelt es sich dagegen um einen Neuwagen, der eine Gattungsschuld im Sinne des § 243 Abs. 1 BGB darstellt²⁹⁸, so kommt es auf die oben genannte Problematik nicht an.

Es ist jedoch danach zu differenzieren, ob die Modellreihe des betroffenen Fahrzeuges zum Zeitpunkt des Nacherfüllungsverlangens noch produziert wird. Ist dies der Fall, so würde jedenfalls auch das neugelieferte Fahrzeug den Motortypus EA-189 mit der unzulässigen Abschalteneinrichtung enthalten und wäre daher zur Nacherfüllung nicht geeignet.²⁹⁹

Wird die entsprechende Modellreihe dagegen nicht mehr produziert, so kommt nur die Lieferung des entsprechenden Fahrzeugmodells aus der Nachfolgerbaureihe als Nacherfüllung in Frage. Hier muss jedoch abgegrenzt werden, ob die Lieferung eines Fahrzeugs aus der aktuellen, neueren Baureihe eine Nacherfüllung oder die Lieferung eines „aliuds“ darstellt. Das richtet sich danach, ob das Nachfolgerfahrzeug noch derselben Gattung zugeordnet werden kann wie das manipulierte Fahrzeug. Dies beurteilt sich wiederum danach, ob es sich bei dem Fahrzeug aus der

²⁹⁷ Ring, SVR 2019, 161, 165.

²⁹⁸ BGH Hinweisbeschl. v. 8.1.2019 - VIII ZR 225/17 - NJW 2019, 1133, Rn. 31.

²⁹⁹ Witt, NJW 2017, 3681, 3682; Schrader/Engstler, MMR 2018, 356, 357; Gutzeit, JuS 2019, 649, 653.

Nachfolgerbaureihe um eine gleichartige und gleichwertige Sache handelt.³⁰⁰

Diese Frage muss für jeden Fahrzeugtyp gesondert unter Berücksichtigung der Marktverhältnisse und der Bedeutung der an dem Modell durchgeführten Veränderungen beantwortet werden.³⁰¹ Dabei kommt es vor allem auf die für ein KFZ charakteristischen Merkmale, insbesondere Motor, Karosserie, Baureihe, Marke und Fahrzeugtyp an, wobei der Motorisierung sowie dem äußeren Erscheinungsbild des Fahrzeugs besonderes Gewicht zukommt.³⁰² Eine vollständige Identität des als Nacherfüllung angebotenen Fahrzeugs mit dem ursprünglichen mangelbehafteten Fahrzeug ist dagegen nicht erforderlich.³⁰³ Wie weit die Beschaffungspflicht³⁰⁴ des Verkäufers im Einzelfall geht und wie sie inhaltlich ausgestaltet ist, ist stets durch Auslegung des Kaufvertrages unter Berücksichtigung der beiderseitigen Interessen gemäß §§ 133, 157 BGB zu bestimmen.³⁰⁵

Die Zuordnung zu ein- und derselben Gattung ist problematisch, wenn das Nachfolgerfahrzeug gegenüber dem Vorgängermodell veränderte Eigenschaften aufweist. Als Beispiele sind ein leistungsstärkerer Motor, der mit einer höheren Abgasnorm zertifiziert ist, ein geringerer Verbrauch oder eine verbesserte Ausstattung mit Designanpassungen anzuführen.³⁰⁶

³⁰⁰ So auch OLG Köln Beschl. v. 16.3.2018 - 16 U 110/17 - BeckRS 2018, 8837, Rn. 8; *Ring*, SVR 2019, 448.

³⁰¹ So auch OLG Düsseldorf Urt. v. 9.11.2018 - I-22 U 2/18 - NJW-RR 2019, 310, 312, Rn. 54.

³⁰² So auch OLG Düsseldorf Urt. v. 9.11.2018 - I-22 U 2/18 - NJW-RR 2019, 310, 312, Rn. 54.

³⁰³ OLG Frankfurt Urt. v. 12.10.2018 - 25 U 36/18 - BeckRS 2018, 27862, Rn. 35.

³⁰⁴ BGH Urt. v. 17.10.2018 - VIII ZR 212/17 - NJW 2019, 80, 81.

³⁰⁵ *Ring*, SVR 2019, 448, 449.

³⁰⁶ So z.B. OLG Hamburg Urt. v. 21.12.2018 - 11 U 55/18 - DAR 2019, 85, 87; OLG Karlsruhe Hinweisbeschl. v. 6.12.2018 - 17 U 4/18 - BeckRS 2018, 35868, Rn. 28; OLG Düsseldorf Urt. v. 9.11.2018 - I-22 U 2/18 - NJW-RR 2019, 310, 313, Rn. 56 ff.; OLG Jena Urt. v. 15.8.2018 - 7 U 721/17 - NZV 2018, 571, Rn. 45 ff.; OLG München Hinweisbeschl. v. 2.7.2018 - 8 U 1710/17 - NJW-RR 2019, 248, 250, Rn. 27 ff.; OLG Köln Beschl. v. 6.3.2018 - 16 U 110/07 - BeckRS 2018, 8837, Rn. 8; OLG München Beschl. v. 27.2.2018 - 27 U 2793/17 - BeckRS 2018, 35173, Rn. 23 ff.; OLG Bamberg Urt. v. 18.12.2017 - 1 U

In der Rechtsprechung wird teilweise danach unterschieden, ob ein unbeachtliches „Facelift“ im Sinne einzelner rein optischer Anpassungen³⁰⁷ vorliegt, oder ob die Eigenschaften des Nachfolgermodells erheblich von denen des Vorgängermodells abweichen. Als erhebliche Abweichung sei beispielsweise eine abweichende Motorisierung mit abweichender Abgasnorm anzusehen, mit der Folge dass eine andere Gattung vorliegt und damit eine Unmöglichkeit der Neulieferung zu bejahen sei.³⁰⁸

Für die Unbeachtlichkeit einzelner optischer Anpassungen spricht, dass das Vorliegen ein- und derselben Gattung nicht voraussetzt, dass die Fahrzeuge vollständig identisch sind.³⁰⁹ Der Nacherfüllungsanspruch stellt jedoch einen modifizierten Erfüllungsanspruch dar und darf daher grundsätzlich nicht über das hinausgehen, was ursprünglich vom Verkäufer geschuldet war.³¹⁰ Wegen dieser Deckungsgleichheit zwischen Erfüllungs- und Nacherfüllungsanspruch verpflichtet die Ersatzlieferung den Verkäufer zu einer vollständigen Wiederholung der ursprünglich geschuldeten Leistungen.³¹¹ Damit schuldet er grundsätzlich Übergabe und Übereignung eines mangelfreien Fahrzeugs mit den

106/17 - BeckRS 2017, 154110, Rn. 10 ff.; OLG Bamberg Urt. v. 20.9.2017 - 6 U 5/17 - BeckRS 2016, 130330, Rn. 8 ff.; LG Freiburg Urt. v. 26.01.2018 - 6 O 359/16 - BeckRS 2018, 1452; LG Münster Urt. v. 29.01.2018 - 010 O 357/16 - BeckRS 2018, 1214; *van Lück*, VuR 2019, 8, 9.

³⁰⁷ OLG Jena Urt. v. 15.8.2018 - 7 U 721/17 - BeckRS 2018, 19634, Rn. 46; OLG Hamburg Urt. v. 21.12.2018 - 11 U 55/18 - BeckRS 2018, 33592, Rn. 50; LG Ravensburg Urt. v. 6.3.2018 - 2 O 96/17 - BeckRS 2018, 39652, Rn. 40.

³⁰⁸ OLG Hamburg Urt. v. 21.12.2018 - 11 U 55/18 - DAR 2019, 85, 87; OLG Karlsruhe Hinweisbeschl. v. 6.12.2018 - 17 U 4/18 - BeckRS 2018, 35868, Rn. 28; OLG Düsseldorf Urt. v. 9.11.2018 - I-22 U 2/18 - NJW-RR 2019, 310, 313, Rn. 56 ff.; OLG Jena Urt. v. 15.8.2018 - 7 U 721/17 - NZV 2018, 571, Rn. 45 ff.; OLG München Hinweisbeschl. v. 2.7.2018 - 8 U 1710/17 - NJW-RR 2019, 248, 250, Rn. 27 ff.; OLG Köln Beschl. v. 6.3.2018 - 16 U 110/07 - BeckRS 2018, 8837, Rn. 8; OLG Bamberg Hinweisbeschl. v. 2.8.2017 - 6 U 5/17 - DAR 2018, 143, 144; OLG Nürnberg Urt. v. 15.12.2011 - 13 U 1161/11 - BeckRS 2011, 141920, Rn. 37 ff.; *Steenbuck*, MDR 2016, 185, 187.

³⁰⁹ So auch BGH Hinweisbeschl. v. 8.1.2019 - VIII ZR 225/17 - NJW 2019, 1133, Rn. 33; OLG Jena Urt. v. 15.8.2018 - 7 U 721/17, BeckRS 2018, 19634, Rn. 45.

³¹⁰ so OLG Jena Urt. v. 15.8.2018 - 7 U 721/17 - BeckRS 2018, 19634, Rn. 45; *van Lück*, VuR 2019, 8, 9.

³¹¹ *van Lück*, VuR 2019, 8, 10.

Eigenschaften und Ausstattungsmerkmalen des ursprünglich gekauften Fahrzeugs.³¹²

Es ist mithin zu klären, ob und unter welchen Voraussetzungen die Lieferung eines Fahrzeuges der Nachfolgerbaureihe im Rahmen der Nacherfüllung geschuldet ist.

In der Rechtsprechung wird das Vorliegen ein- und derselben Gattung teilweise auch dann bejaht, wenn das Nachfolgerfahrzeug von dem Vorgängermodell abweichende Eigenschaften, z.B. eine andere Motorisierung, andere Abgaswerte oder optische Anpassungen, aufweist.³¹³ Dafür spricht, dass das Nachfolgermodell sowohl aus Käufer- als auch aus Verkäufersicht an die Stelle seines Vorgängers tritt und dieses auf dem Markt ersetzt.³¹⁴ Das Modell ist also auch nach einer Weiterentwicklung nach wie vor dasselbe.³¹⁵

Bei technischen Weiterentwicklungen von Fahrzeugen handelt es sich zudem um Anpassungen, die ein jedes Fahrzeug im Rahmen der Modellpflege erfährt. Solche Anpassungen sind schon deshalb notwendig, damit das jeweilige Fahrzeugmodell stets im Einklang mit den aktuell geltenden gesetzlichen Vorschriften zum Emissionsverhalten steht, die ihrerseits stets weiterentwickelt werden. Es liegt auf der Hand, dass jedes Fahrzeugmodell dieser fortlaufenden Anpassung an die gesetzlichen Vorschriften bedarf, sodass notwendige technische Anpassungen nicht die Zugehörigkeit zu einer anderen Gattung begründen können.³¹⁶ Etwas anderes kann nur bei erheblichen technischen Veränderungen des Motors gelten, beispielsweise dann, wenn das

³¹² Nach Ansicht von *van Lück*, VuR 2019, 8, 10 stelle die Lieferung des Nachfolgermodells eine überobligatorische Leistung eines nicht mehr vertraglich geschuldeten Gegenstandes außerhalb der ursprünglichen Gattung dar.

³¹³ LG Hamburg Urt. v. 20.04.2018 - 313 O 31/17 - BeckRS 2018, 11801, Rn. 26 ff.; LG Hamburg Urt. v. 07.03.18 - 329 O 105/17 - DAR 2018, 273, 276 f.; LG Offenburg Urt. v. 21.03.2017 - 3 O 77/16 - VuR 2017, 269, 271; LG Ravensburg Urt. v. 6.3.2018 - 2 O 96/17 - BeckRS 2018, 39652, Rn. 35 ff.

³¹⁴ So auch *Ball*, DAR 2019, 481, 483.

³¹⁵ So auch *van Lück*, VuR 2019, 8, 9.

³¹⁶ So auch LG Hamburg Urt. v. 20.04.2018 - 313 O 31/17 - BeckRS 2018, 11801.

Nachfolgermodell wesentlich leistungsstärker motorisiert ist, als das Vorgängermodell.

Da der Hersteller technische Änderungen, so wie sie bei einem Modellwechsel vorgenommen werden, auch ohne einen äußerlich erkennbaren Modellwechsel vornehmen könnte, kann ein solcher Änderungsumfang für die Interessenlage der Parteien nicht von Belang sein.³¹⁷ Bei seiner Kaufentscheidung legt der Käufer regelmäßig nur darauf Wert, das bestellte Fahrzeugmodell aus der aktuellen Baureihe zu erhalten, das von seinen Merkmalen, insbesondere seiner Ausstattung, mit dem konkret bestellten Fahrzeugmodell gleichwertig ist.³¹⁸ Der Käufer eines Neuwagens muss dabei typischerweise mit dem Markteintritt eines Nachfolgermodelles rechnen.³¹⁹

Eine pauschale begriffliche Unterscheidung zwischen Modellwechsel und „Facelift“ kann die Frage nach dem Vorliegen ein- und derselben Gattung nicht beantworten.³²⁰ Zunächst ist zu sagen, dass sich eine Unterscheidung zwischen einem unerheblichen „Facelift“ und einem erheblichen Modellwechsel praktisch nur schwer durchführen lässt. Die begriffliche Abgrenzung erweist sich als schwierig und bietet daher für beide Parteien des Kaufvertrages keine ausreichende Rechtssicherheit.

Für die Möglichkeit der Nacherfüllung durch die Lieferung eines fabrikneuen Fahrzeugs spricht vielmehr, dass diese aus der Sicht des Verkäufers praktisch mit vertretbarem Aufwand durchführbar wäre. Dass in einer neuen Baureihe eines Fahrzeugtyps bestimmte Veränderungen vorgenommen werden, beruht auf einer Entscheidung des Herstellers, die weder der Käufer noch der Verkäufer beeinflussen können. Die eigenen Fahrzeugtypen stets

³¹⁷ BGH Hinweisbeschl. v. 8.1.2019 - VIII ZR 225/17, NJW 2019, 1133, Rn. 36.

³¹⁸ So auch LG Hamburg Urt. v. 7.3.2018 - 329 O 105/17 - BeckRS 2018, 2981, Rn. 28; LG Arnshausen Urt. v. 24.3.2017 - 2 O 375/16 - BeckRS 2017, 106866, Rn. 51.

³¹⁹ Ball, DAR 2019, 481, 483.

³²⁰ So auch BGH Hinweisbeschl. v. 8.1.2019 - VIII ZR 225/17 - NJW 2019, 1133, Rn. 36.

den aktuellen Designs und dem aktuellen Stand der Technik anzupassen ist jedoch üblich und daher sowohl aus der Sicht des Käufers, als auch aus der Sicht des Verkäufers vorhersehbar. Darüber hinaus entspricht ein starres Festhalten an der ursprünglichen Leistungspflicht auch häufig nicht dem Interesse des Verkäufers. Aus dessen Sicht erscheint es günstiger, dem Käufer ein neues Fahrzeug der aktuellen Baureihe als Nacherfüllung zu liefern, als einen sofortigen Rücktritt des Käufers vom Vertrag zu riskieren. In letzterem Fall wäre er zur Kaufpreisrückzahlung verpflichtet und gleichzeitig dem Risiko ausgesetzt, dass der Käufer sein nächstes Fahrzeug bei einem anderen Händler kauft. Liefert er dem Käufer dagegen ein neues Fahrzeug der aktuellen Baureihe als Nacherfüllung, so erwirtschaftet er damit zwar keinen Gewinn, muss aber auch den Kaufpreis des Ursprungsfahrzeugs nicht zurückzahlen und behält mit höherer Wahrscheinlichkeit die Treue seiner Kunden. Auch wenn die Durchführung des Software-Updates für den Verkäufer mit geringerem finanziellen Aufwand verbunden wäre, führt dies nicht zur Unmöglichkeit der Nacherfüllung, sondern ist vielmehr eine Frage der Unverhältnismäßigkeit der Nacherfüllung, die im Einzelfall ein Leistungsverweigerungsrecht des Verkäufers gemäß § 275 Abs. 2 BGB begründen kann.

Die Lieferung des entsprechenden Fahrzeugtyps aus der aktuellen Baureihe entspricht in den meisten Fällen auch dem Interesse des Käufers, da dieser sich bereits beim Kauf des ursprünglichen Fahrzeugs bewusst für diesen Fahrzeugtyp entschieden hat. Wäre das ursprünglich gekaufte Fahrzeug mangelfrei gewesen, so hätte der Käufer keinerlei Anlass zur Rückabwicklung des Kaufvertrages gehabt. Daher wird man dem Leistungsinteresse des durchschnittlichen Käufers eher dadurch gerecht, dass man die Möglichkeit der Nacherfüllung durch Lieferung des entsprechenden Fahrzeugmodells aus der aktuellen Baureihe zulässt, als dass man ihm den sofortigen Rücktritt mit der Folge gestattet, dass er sich ein völlig anderes Fahrzeug zulegen muss. Es

ist nicht ersichtlich, warum ein fortentwickeltes Fahrzeug desselben Typs, welches zudem mangelfrei ist, nicht ebenso das Leistungsinteresse des Käufers befriedigen soll. Soweit der Verkäufer dem Käufer ein aktuelleres Modell des Fahrzeugtyps als Nacherfüllung anbietet, erlangt der Käufer daraus einen Vorteil, sodass auf seiner Seite kein Schutzbedürfnis besteht, das einen sofortigen Rücktritt vom Vertrag rechtfertigen könnte. Vielmehr muss das Leistungsinteresse des Käufers durch die Lieferung des neueren Modells erst recht befriedigt werden können, wenn es bereits durch die Lieferung eines noch beschaffbaren Fahrzeuges des Vorgängermodells befriedigt werden könnte. Hierfür spricht nicht zuletzt, dass einem Fahrzeug aus der aktuellen Baureihe ein höherer wirtschaftlicher Wert zukommt als einem sog. Auslaufmodell, zumal der Wert des Auslaufmodells mit dem Markteintritt des Nachfolgerfahrzeugs regelmäßig sinkt.

Zuletzt hinge die Möglichkeit einer Neulieferung und damit mittelbar auch das Fristsetzungserfordernis von dem Zufall ab, zu welchem Zeitpunkt der Hersteller eine neue Baureihe auf den Markt bringt und die Produktion der Vorgängerbaureihe einstellt, wenn man die Möglichkeit der Nacherfüllung durch Lieferung eines Nachfolgermodells ablehnen würde. Dies erscheint sowohl objektiv als auch aus Käufersicht wenig sachgerecht. Vielmehr handelt es sich bei dem Markteintritt eines Nachfolgermodells um ein typisches Geschehen, mit dem der Käufer bei Abschluss des Kaufvertrages rechnen muss. Das Nachfolgermodell tritt, wie allgemein bekannt, an die Stelle seines Vorgängermodells und ersetzt dieses am Markt. Aus diesen Gründen ist die Nacherfüllung durch Lieferung eines Fahrzeugs desselben Typs aus der aktuellen Baureihe als möglich anzusehen.

Über diese Argumentation hinaus lässt sich die Möglichkeit der Nacherfüllung durch die Lieferung eines Nachfolgerfahrzeugs auch häufig mit den Vertragsbedingungen der Verkäufer begründen.³²¹

³²¹ LG Offenburg Ur. v. 21.03.2017 - 3 O 77/16 - VuR 2017, 269.

Sie enthalten oft die Formulierung, dass der Käufer, der einen Neuwagen bestellt, dazu verpflichtet sei, für ihn zumutbare Konstruktions- und Formänderungen am Fahrzeug hinzunehmen, die durch eine Änderung der Produktion seitens der Volkswagen-AG entstehen. Diese Klausel lässt sich so auslegen, als gelte sie nicht nur für die ursprüngliche Lieferung, sondern auch für die Nacherfüllung durch Neulieferung, da der Käufer nur darauf Wert lege, ein entsprechendes Fahrzeug aus der aktuellen Produktion zu erhalten, das nach Ausstattung und sonstigen Merkmalen mit dem bestellten Fahrzeug zumindest gleichwertig ist.³²²

Das Oberlandesgericht Koblenz³²³ macht unter ausdrücklicher Bezugnahme auf den Hinweisbeschluss des Bundesgerichtshofes vom 8. Januar 2019 eine Ausnahme, indem es einen Anspruch des Käufers auf Nacherfüllung in Form der Ersatzlieferung verweigert. In dem zur Beurteilung stehenden Fall war bereits zwei Monate vor Abschluss des Kaufvertrages über einen Skoda Superb Combi „Elegance+“ 2,0 TDI Green Tec ein bevorstehender Modellwechsel öffentlich angekündigt worden.³²⁴ Darüber hinaus war das Nachfolgermodell des genannten Fahrzeuges bei Abschluss des Kaufvertrages bereits bestellbar.³²⁵ Dies war dem Käufer bekannt, sodass er bei Abschluss des Kaufvertrages positive Kenntnis von dem Umstand hatte, dass es sich bei dem von ihm bestellten Fahrzeug um ein Auslaufmodell handelte.³²⁶ Gleichwohl erwarb er das Fahrzeug aus ökonomischen Gründen, da ihm für das Auslaufmodell vom Verkäufer ein Preisvorteil gewährt wurde.³²⁷ Das Oberlandesgericht Koblenz stellt in seiner Entscheidung

³²² So auch LG Hamburg Urt. v. 07.03.2018 - 329 O 105/17 - BeckRS 2018, 2981; LG Arnsberg Urt. v. 24.03.2017 - 2 O 375/16 - BeckRS 2017, 106866; LG Offenburg Urt. v. 21.03.2017 - 3 O 77/16 - VuR 2017, 269.

³²³ OLG Koblenz Urt. v. 19.8.2019 - 12 U 773/18 - BeckRS 2019, 24633, Rn. 38 ff.

³²⁴ OLG Koblenz Urt. v. 19.8.2019 - 12 U 773/18 - BeckRS 2019, 24633, Rn. 39.

³²⁵ OLG Koblenz Urt. v. 19.8.2019 - 12 U 773/18 - BeckRS 2019, 24633, Rn. 39.

³²⁶ OLG Koblenz Urt. v. 19.8.2019 - 12 U 773/18 - BeckRS 2019, 24633, Rn. 40.

³²⁷ OLG Koblenz Urt. v. 19.8.2019 - 12 U 773/18 - BeckRS 2019, 24633, Rn. 40.

zutreffend fest, dass der ihm vorliegende Fall sich wesentlich von dem in dem Hinweisbeschluss des Bundesgerichtshofes vom 8. Januar 2019 zur Entscheidung stehenden Fall unterscheidet: Aus der Sicht des Käufers war es zu keiner Zeit ungewiss, ob und wann ein Nachfolgermodell des bestellten Fahrzeuges auf den Markt treten wird.³²⁸ Vielmehr stand der Zeitpunkt des Markteintrittes eines Nachfolgermodells bereits fest, sodass dem Käufer eine bewusste Entscheidung darüber möglich war, ob er das Nachfolgermodell, oder das Auslaufmodell mit einem entsprechenden Preisvorteil erwerben möchte.³²⁹ Entscheidet sich der Käufer davon ausgehend bewusst für den Erwerb des Auslaufmodells, so sei die Lieferung des Nachfolgermodells im Rahmen einer Nacherfüllung nach dem Inhalt des Kaufvertrages vom Verkäufer gerade nicht geschuldet.³³⁰

Dieser Rechtsprechung des Oberlandesgerichtes Koblenz ist zuzustimmen, da es aus der Sicht des Verkäufers ein widersprüchliches Verhalten des Käufers darstellt, wenn sich dieser zunächst bewusst für den Erwerb des Vorgängerfahrzeuges entscheidet und sodann im Rahmen der Nacherfüllung die Ersatzlieferung des Nachfolgerfahrzeuges verlangt. In diesem Fall ist ein Verstoß gegen den aus § 242 BGB abgeleiteten Grundsatz des „venire contra factum proprium“ anzunehmen. Mit einem solchen Verhalten des Käufers muss der Verkäufer zudem keinesfalls rechnen. Darüber hinaus würden die wirtschaftlichen Interessen des Verkäufers vollständig außer Acht gelassen, wenn der Käufer zunächst unter Inanspruchnahme eines Preisvorteils das Auslaufmodell erwerben und anschließend unter dem Deckmantel der Nacherfüllung zu diesem reduzierten Preis die Übergabe und Übereignung des Nachfolgerfahrzeuges verlangen könnte. Der Anspruch auf Ersatzlieferung umfasst bei einer solchen

³²⁸ OLG Koblenz Urte. v. 19.8.2019 - 12 U 773/18 - BeckRS 2019, 24633, Rn. 41.

³²⁹ OLG Koblenz Urte. v. 19.8.2019 - 12 U 773/18 - BeckRS 2019, 24633, Rn. 41.

³³⁰ OLG Koblenz Urte. v. 19.8.2019 - 12 U 773/18 - BeckRS 2019, 24633, Rn. 41.

Fallgestaltung mithin richtigerweise nicht die Lieferung des entsprechenden Fahrzeugmodells aus der Nachfolgerbaureihe.

Es lässt sich also feststellen, dass ein Fahrzeug aus der Nachfolgerbaureihe in der Regel derselben Gattung zuzuordnen ist, wie das Vorgängerfahrzeug, da es dieses auf dem Markt ersetzen soll. Dies gilt jedoch nur, wenn die Eigenschaften des Nachfolgerfahrzeuges mit denen des Vorgängers noch vergleichbar sind, das Fahrzeug also allenfalls kleinere optische Veränderungen oder notwendige technische Weiterentwicklungen erfahren hat. Soweit das Aussehen und die Konstruktion des Fahrzeugs nicht grundlegend verändert werden, erstreckt sich der mutmaßliche Wille der Parteien also auch auf Modelländerungen.³³¹ Etwas anderes gilt nur, wenn die Abweichungen des Nachfolgerfahrzeuges von seinem Vorgänger erheblich sind, sich das Aussehen und / oder die Konstruktion also erheblich unterscheiden, die Motorisierung grundlegend verändert wurde oder sich der Käufer bewusst für den Erwerb eines sog. „Auslaufmodelles“ zu einem herabgesetzten Preis entschieden hat.

Die vorliegende Argumentation wird nunmehr auch durch die höchstrichterliche Rechtsprechung gestützt:

Die Reichweite der Beschaffungspflicht des Verkäufers sei nach Maßgabe einer interessengerechten ergänzenden Vertragsauslegung zu ermitteln.³³² Dabei sei zu ermitteln, ob die Parteien zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses die Ersatzlieferung eines Nachfolgermodells übereinstimmend nur gegen eine vom Käufer zu leistende angemessene Zuzahlung als austauschbar mit dem ursprünglichen mangelhaften Fahrzeug angesehen haben. Dabei hält der Bundesgerichtshof an seiner bisherigen Rechtsprechung fest, wonach dies nur bei einem erheblichen Mehrwert des Nachfolgermodells anzunehmen sei, welcher nur vorliege, wenn

³³¹ So auch LG Ravensburg Urt. v. 06.03.2018 - 2 O 96/17 - BeckRS 2018, 39652.

³³² Vgl. BGH Urt. v. 08.12.2021 - VIII ZR 190/19 - NZG 2022, 620; BGH Urt. v. 04.05.2022 - VIII ZR 50/20 - BeckRS 2022, 13175.

der Listenpreis des Nachfolgermodells im Vergleich zum Vorgängermodell um mindestens 25 Prozent angestiegen sei. In der Regel sei dann eine Zuzahlung in Höhe eines Drittels der Differenz angemessen, in Ausnahmefällen könne auch eine höhere Zuzahlung angemessen sein, die jedoch die Hälfte der Differenz nicht überschreiten dürfe.

Gleichwohl sei der Beschaffungspflicht des Verkäufers eine zeitliche Grenze zu setzen.³³³ Der Käufer habe sein auf Lieferung des Nachfolgermodells gerichtetes Nacherfüllungsbegehren innerhalb des als sach- und interessengerecht anzusehenden Zeitraums von zwei Jahren beginnend ab dem für die Willensbildung maßgeblichen Zeitpunkt des Kaufvertragsschlusses, der sich an der regelmäßigen kaufrechtlichen Verjährungsfrist nach § 438 Abs. 1 Nr. 3 BGB orientiert, geltend zu machen. Die Beschaffungspflicht dürfe nicht zulasten des Verkäufers zu weit ausgedehnt werden, denn anderenfalls würde der Verkäufer bei einem erst nach Ablauf des genannten Zeitraums gestellten Nachlieferungsbegehren der Gefahr ausgesetzt, ein höherwertiges und dementsprechend teureres Nachfolgermodell liefern zu müssen, ohne für das ursprünglich gelieferte Fahrzeug, welches infolge seiner jahrelangen Nutzung einen erheblichen Wertverlust erlitten hat, einen Nutzungs- oder Wertersatz verlangen zu können. In den jeweils zur Entscheidung stehenden Fällen war der Zweijahreszeitraum erheblich überschritten, da zwischen dem Abschluss des Kaufvertrages und der erstmaligen Geltendmachung des Nacherfüllungsanspruchs durch den Käufer fast acht Jahre³³⁴ bzw. mehr als acht Jahre³³⁵ vergangen waren. Nach einem solch erheblichen Zeitraum sei die Nacherfüllung durch Lieferung eines Nachfolgermodells unmöglich gemäß § 275 Abs. 1 BGB.

³³³ vgl. BGH Urt. v. 21.07.2021 - VIII ZR 118/20 - BeckRS 2021, 23308; BGH Urt. v. 21.07.2021 - VIII ZR 254/20 - NJW 2021, 2958.

³³⁴ BGH Urt. v. 21.07.2021 - VIII ZR 254/20 - NJW 2021, 2958.

³³⁵ BGH Urt. v. 21.07.2021 - VIII ZR 118/20 - BeckRS 2021, 23308.

Mit diesen beiden Entscheidungen schafft der Bundesgerichtshof einen interessengerechten Ausgleich zwischen den Vertragsparteien, bei dem - aufgrund des Erfordernisses einer interessengerechten ergänzenden Vertragsauslegung - auch die Umstände des konkreten Einzelfalles nicht zu kurz kommen.

III. Zwischenergebnis

Bei einem - wie hier vorliegenden - unbehebaren Mangel richtet sich die Entbehrlichkeit der Nachfristsetzung alleine nach § 326 Abs. 5 BGB.

Ist das Software-Update zum Zeitpunkt der Rücktrittserklärung noch nicht entwickelt und / oder genehmigt worden, so wäre eine Fristsetzung sinnlos und ist aus diesem Grund gemäß § 326 Abs. 5 BGB entbehrlich. Aus der Unbehebbarkeit des Mangels ergibt sich die Unmöglichkeit der Mangelbeseitigung auch bei einer Rücktrittserklärung nach Entwicklung und Genehmigung des Updates.

Eine Nacherfüllung in Form der Neulieferung scheidet bei Gebrauchtwagen nicht ohne weiteres aus, sondern bleibt möglich, soweit das Fahrzeug nach dem durch Auslegung zu ermittelnden Parteiwillen als austauschbar angesehen wird, was in aller Regel der Fall sein dürfte. Bei Neuwagen kann die Nacherfüllung durch die Lieferung eines Fahrzeugs desselben Typs aus der aktuellen Baureihe erfolgen, soweit das Nachfolgermodell nicht erheblich von seinem Vorgänger abweicht, sondern lediglich in geringem Umfang technisch oder optisch weiterentwickelt wurde. Die Neulieferung bleibt damit möglich.

D. Ausschluss des Rücktritts gemäß § 323 Abs. 5 S. 2 BGB wegen Unerheblichkeit der Pflichtverletzung

Der Rücktritt ist jedoch gemäß § 323 Abs. 5 S. 2 BGB ausgeschlossen, wenn die Pflichtverletzung als unerheblich zu qualifizieren ist.³³⁶ Sinn und Zweck des § 323 Abs. 5 S. 2 BGB ist es, bei Bagatellen eine unverhältnismäßige vollständige Liquidierung des Vertrages zu vermeiden.³³⁷ Dies dient dazu, den Grundsatz der Vertragstreue zu stärken und wirkt der Entstehung ineffizienter Transaktionskosten entgegen, wenn bereits Leistungen ausgetauscht wurden.³³⁸

Zur Ermittlung, ob ein Sachmangel geringfügig und die Pflichtverletzung damit unerheblich ist, ist eine umfassende Interessenabwägung unter Würdigung jeglicher Einzelfallumstände vorzunehmen.³³⁹ Entscheidend ist insbesondere, ob die Interessenabwägung ergibt, dass das Leistungsinteresse des

³³⁶ *dafür*: OLG Koblenz Hinweisbeschl. v. 27.9.2017 - 2 U 4/17 - NJW-RR 2018, 376, Rn. 16; OLG Koblenz Urte. v. 6.6.2019 - 1 U 1552/18 - BeckRS 2019, 11361, Rn. 8; OLG München Urte. v. 3.7.2017 - 21 U 4818/16 - NJW-RR 2017, 1238; LG Bochum Urte. v. 16.3.2016 - 2 O 424/15 - <https://openjur.de/u/2157965.html>, Rn. 21; LG Braunschweig Urte. v. 6.2.2018 - 11 O 1175/17 - BeckRS 2018, 1577; LG Dortmund Urte. v. 12.5.2016 - 25 O 6/16 - BeckRS 2016, 12836; LG Münster Urte. v. 14.3.2016 - 11 O 341/15 - BeckRS 2016, 6090; JurisPK-BGB/Beckmann, Band 2, § 323, Rn. 88; BeckOGK-BGB/Looschelders, § 323, Rn. 303.

dagegen: OLG Köln Beschl. v. 12.3.2018 - 27 U 13/17 - BeckRS 2018, 11323, Rn. 45; OLG Köln Beschl. v. 20.12.2017 - 18 U 112/17 - NJW-RR 2018, 373, Rn. 38; LG Aachen Urte. v. 6.12.2016 - 10 O 146/16 - BeckRS 2016, 109959; LG Arnsberg Urte. v. 12.5.2017 - 2 O 264/16 - NJW-RR 2017, 945, Rn. 60; LG Braunschweig Urte. v. 12.10.2016 - 4 O 202/16 - BeckRS 2016, 17706; LG Bückeburg Urte. v. 11.1.2017 - 2 O 39/16 - BeckRS 2017, 102958; LG Hagen Urte. v. 18.10.2016 - 3 O 66/16 - BeckRS 2016, 18174; LG Hamburg Urte. v. 7.3.2018 - 329 O 105/17 - BeckRS 2018, 2981, Rn. 40; LG Hamburg Urte. v. 20.4.2018 - 313 O 31/17 - BeckRS 2018, 11801, Rn. 29; LG Köln Urte. v. 18.4.2017 - 4 O 177/16 - BeckRS 2017, 124755; LG Krefeld Urte. v. 14.9.2016 - 2 O 83/16 - NJW-RR 2016, 1397; LG Krefeld Urte. v. 14.9.2016 - 2 O 72/16 - BeckRS 2016, 16674; LG Krefeld Urte. v. 9.5.2019 - 5 O 141/18 - BeckRS 2019, 9181, Rn. 11; LG Lüneburg Urte. v. 2.6.2016 - 4 O 3/16 - BeckRS 2016, 17486; LG München I Urte. v. 14.4.2016 - 23 O 23033/15 - BeckRS 2016, 10952, Rn. 34; LG Neuruppin Urte. v. 24.5.2017 - 1 O 170/16 - BeckRS 2017, 149178, Rn. 45; LG Oldenburg Urte. v. 1.9.2016 - 16 O 790/16 - BeckRS 2016, 15963; LG Potsdam Urte. v. 24.11.2017 - 6 O 36/17 - BeckRS 2017, 135158, Rn. 23; LG Ravensburg Urte. v. 9.1.2018 - 2 O 171/17 - BeckRS 2018, 358, Rn. 27.

³³⁷ Staudinger/Schwarze, §§ 315 - 326 BGB, § 323, Rn. C24.

³³⁸ Lorenz, NJW 2006, 1925.

³³⁹ BGH Urte. v. 28.5.2014 - VIII ZR 94/13 - BGHZ 201, 290, Rn. 16; OLG Koblenz Beschl. v. 27.9.2017 - 2 U 4/17 - NJW-RR 2018, 376, Rn. 17; Grüneberg/Grüneberg, § 323, Rn. 32; JurisPK-BGB/Beckmann, Band 2, § 323, Rn. 75; Bendig, ZfSch 2017, 8, 10; Bacher, MDR 2016, 1186, 1188.

Gläubigers (= des Käufers) durch den Mangel nicht spürbar beeinträchtigt wird.³⁴⁰ Für die Beurteilung ist auf den Zeitpunkt der Rücktrittserklärung abzustellen.³⁴¹ Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes ist ein Mangel geringfügig, wenn er behebbar ist und die Mangelbeseitigungskosten im Verhältnis zum Kaufpreis weniger als 5 % betragen.³⁴² Bei behebbaren Mängeln, deren Beseitigung Kosten in Höhe von unter 5 % des Kaufpreises verursacht, ist dem Käufer regelmäßig zuzumuten, am Vertrag festzuhalten und gegebenenfalls den Kaufpreis zu mindern oder Schadensersatz neben der Leistung zu verlangen.³⁴³ In jedem Fall unerheblich seien Mängel, die mit Kosten in Höhe von nur knapp 1 % des Kaufpreises beseitigt werden können, sodass in einem solchen Fall eine Interessenabwägung nicht stattfinden müsse.³⁴⁴ Entsprechend kommt es bei unbehebaren Mängeln auf das Verhältnis zwischen Kaufpreis und der durch den Mangel hervorgerufenen Wertminderung der Sache an. Allerdings handelt es sich bei den vom Bundesgerichtshof aufgestellten Schwellen nicht um starre Grenzwerte, vielmehr soll eine flexible und den Umständen des Einzelfalls gerecht werdende Handhabung möglich bleiben.³⁴⁵ Ein erheblicher Mangel könne auch dann vorliegen, wenn dieser für die meisten Interessenten ein Grund sein wird, vom Kauf Abstand zu nehmen.³⁴⁶

Ist der Mangel dagegen - wie hier - nicht behebbar, ist auf die von dem Mangel ausgehende funktionelle oder ästhetische Beeinträchtigung des Kaufgegenstandes abzustellen.³⁴⁷ Die

³⁴⁰ Schulze/*Fries/Schulze*, BGB, § 323, Rn. 14.

³⁴¹ BGH Urt. v. 15.6.2011 - VIII ZR 139/09 - NJW 2011, 3708, Rn. 9; *JurisPK-BGB/Beckmann*, Band 2, § 323, Rn. 75, 79.

³⁴² BGH Urt. v. 28.5.2014 - VIII ZR 94/13 - BGHZ 201, 290, Rn. 38.

³⁴³ BGH Urt. v. 28.5.2014 - VIII ZR 94/13 - NJW 2014, 3229, Rn. 38.

³⁴⁴ BGH Urt. v. 29.6.2011 - VIII ZR 202/10 - NJW 2011, 2872, Rn. 19.

³⁴⁵ BGH Urt. v. 28.5.2014 - VIII ZR 94/13 - NJW 2014, 3229, Rn. 38; *Ring*, SVR 2017, 441, 444.

³⁴⁶ BGH Urt. v. 5.11.2008 - VIII ZR 166/07 - JuS 2009, 373, 374.

³⁴⁷ LG Braunschweig Urt. v. 6.2.2018 - 11 O 1175/17 - BeckRS 2018, 1577, Rn. 93.

Rechtsprechung geht bei unbehebbarren Mängeln jedoch regelmäßig von einer erheblichen Pflichtverletzung aus.³⁴⁸

Die Behebbarkeit des Mangels wird vor der behördlichen Freigabe des Software Updates teilweise verneint³⁴⁹, seit seiner Freigabe jedoch weit überwiegend bejaht.³⁵⁰ Aufgrund der Thermofenster-Programmierung des Software-Updates, die eine erneute unzulässige Abschaltvorrichtung darstellt, besteht die latente Gefahr einer Stilllegung des Fahrzeuges durch die Straßenverkehrsbehörde auch nach seinem Aufspielen fort. Weiterhin kommt es aufgrund des technischen Zielkonfliktes zwischen günstigen Emissionswerten einerseits und einem geringen Kraftstoffverbrauch bei hoher Motorleistung andererseits zwingend zu einem höheren Kraftstoffverbrauch, einem höheren Verschleiß von Motorbauteilen, insbesondere des Dieselpartikelfilters und damit zu einer herabgesetzten Lebensdauer des Fahrzeuges. Das Aufspielen des Software-Updates hat also gerade nicht den mangelfreien Zustand des Fahrzeuges zur Folge. Es handelt sich damit um einen unbehebbarren Mangel, woraus folgt, dass für eine mögliche (Un-)Erheblichkeit der Pflichtverletzung nicht allein auf die Kosten der Mangelbeseitigung abgestellt werden kann.

Es ist damit eine umfassende Interessenabwägung unter allen in Betracht kommenden Gesichtspunkten vorzunehmen, wobei insbesondere auf die funktionelle Beeinträchtigung des Fahrzeuges durch die verbaute Software einzugehen ist:

³⁴⁸ BGH Urt. v. 28.5.2014 - VIII ZR 94/13 - NJW 2014, 3229.

³⁴⁹ LG Braunschweig Urt. v. 6.2.2018 - 11 O 1175/17 - BeckRS 2018, 1577, Rn. 96; LG Hagen Urt. v. 18.10.2016 - 3 O 66/16 - BeckRS 2016, 18174.

³⁵⁰ OLG Köln Beschl. v. 20.12.2017 - 18 U 112/17 - NJW-RR 2018, 373, Rn. 39; OLG München Urt. v. 3.7.2017 - 21 U 4818/16 - NJW-RR 2017, 1238, Rn. 25; OLG Koblenz Hinweisbeschl. v. 27.9.2017 - 2 U 4/17 - NJW-RR 2018, 376, Rn. 18; LG Dortmund Urt. v. 12.5.2016 - 25 O 6/16 - BeckRS 2016, 12836.

I. Beschaffenheitsvereinbarung indiziert Erheblichkeit der Pflichtverletzung

Zunächst nimmt der Teil der Gerichte, der im Rahmen der Mangelfrage eine Beschaffenheitsvereinbarung im Sinne des § 434 Abs. 1 S. 1 BGB a.F. / § 434 Abs. 1, Abs. 2 S. 1 Nr. 1 BGB n.F. bejaht, zugleich die Erheblichkeit der Pflichtverletzung an, da ein Verstoß gegen eine Beschaffenheitsvereinbarung eine solche indiziert.³⁵¹ Soweit der Verkäufer jedoch fremdes Wissen des Herstellers an den Käufer weiterübermittelt, liegt hierin wie bereits ausgeführt eine bloße Wissenserklärung und keine Beschaffenheitsvereinbarung. Letztere setzt die Erklärung eigenen Wissens voraus, die im Verhältnis zwischen Vertragshändler und Käufer in der Regel unterbleibt.

Daraus ergibt sich, dass die Erheblichkeit der Pflichtverletzung mangels Beschaffenheitsvereinbarung zwischen Käufer und Vertragshändler nicht indiziert ist.

II. Kosten und zeitlicher Aufwand des Software-Updates

Zum Teil wird eine Unerheblichkeit der Pflichtverletzung damit begründet, dass der zeitliche Aufwand des Aufspielens eines Software-Updates weniger als eine Stunde in Anspruch nimmt und die Kosten regelmäßig nicht mehr als 100 Euro betragen, was durchschnittlich etwa 0,25 % des Kaufpreises entspricht.³⁵² Die Mangelbeseitigung sei folglich durch eine einfache technische Überarbeitung der Software, zum Teil in Verbindung mit dem

³⁵¹ BGH Urt. v. 28.5.2014 - VIII ZR 94/13 - NJW 2014, 3229, Rn. 14; BGH Urt. v. 6.2.2013 - VII ZR 374/11 - NJW 2013, 1365, Rn. 16; BGH Urt. v. 17.2.2010 - VIII ZR 70/07 - NJW-RR 2010, 1289, Rn. 23; OLG Hamm Urt. v. 9.6.2015 - 28 U 60/14 - NZV 2016, 283, 285, Rn. 55; LG Lüneburg Urt. v. 2.6.2016 - 4 O 3/16 - BeckRS 2016, 17486; LG München I Urt. v. 14.4.2016 - 23 O 23033/15 - BeckRS 2016, 10952, Rn. 38; LG Oldenburg Urt. v. 1.9.2016 - 16 O 790/16 - BeckRS 2016, 15963; *Bacher*, MDR 2016, 1186, 1189; *JurisPK-BGB/Beckmann*, Band 2, § 323, Rn. 76.

³⁵² OLG Köln Beschl. v. 20.12.2017 - 18 U 112/17 - NJW-RR 2018, 373, Rn. 39; LG Bochum Urt. v. 16.3.2016 - 2 O 424/15 - <https://openjur.de/u/2157965.html>, Rn. 21; *Jaensch*, jM 2019, 323.

Einbau eines Strömungsgleichrichters, möglich und die Pflichtverletzung daher unerheblich.³⁵³

Auf der anderen Seite ist jedoch zu berücksichtigen, dass die Entwicklung des Software-Updates mehr als ein Jahr, mithin eine erhebliche Zeit in Anspruch genommen hat, etwa 1200 Versionen der Software erstellt werden mussten, um alle Fahrzeugmodelle abzudecken³⁵⁴ und die Software der Überprüfung und Freigabe durch das Kraftfahrtbundesamt bedurfte, sodass sie nicht als einfache technische Lösung zu qualifizieren ist.³⁵⁵ Soweit die Maßnahmen zur Mangelbeseitigung darüber hinaus einer vorherigen umfassenden Prüfung und Genehmigung durch eine Behörde bedürfen, spricht dies ebenso gegen die Unerheblichkeit der Pflichtverletzung.³⁵⁶

Darüber hinaus ist in der Rechtsprechung bislang umstritten, ob auch die Kosten für die Entwicklung des Software-Updates miteinzurechnen sind, was nach teilweise vertretener Ansicht die Erheblichkeit des Mangels nach den oben genannten

³⁵³ OLG Koblenz Hinweisbeschl. v. 27.9.2017 - 2 U 4/17 - NJW-RR 2018, 376, Rn. 19.

³⁵⁴ LG Frankfurt Ur. v. 26.4.2017 - 2-04 O 220/16 - BeckRS 2017, 150064, Rn. 25; LG Kleve Ur. v. 31.3.2017 - 3 O 252/16 - VuR 2017, 232, 234; LG Aachen Ur. v. 6.12.2016 - 10 O 146/16 - BeckRS 2016, 109959; LG München II Ur. v. 15.11.2016 - 12 O 1482/16 - BeckRS 2016, 124448, Rn. 59; LG Dortmund Ur. v. 29.9.2016 - 25 O 49/16 - BeckRS 2016, 19376; LG Oldenburg Ur. v. 1.9.2016 - 16 O 790/16 - DAR 2016, 658, 659.

³⁵⁵ So auch LG Aachen Ur. v. 6.12.2016 - 10 O 146/16 - BeckRS 2016, 109959; LG Hamburg Ur. v. 7.3.2018 - 329 O 105/17 - BeckRS 2018, 2981; Rn. 40 ff.; LG Hamburg Ur. v. 20.4.2018 - 313 O 31/17 - BeckRS 2018, 11801; Rn. 29; LG Lüneburg - Ur. v. 2.6.2016 - 4 O 3/16 - BeckRS 2016, 17486; LG München I Ur. v. 14.4.2016 - 23 O 23033/15 - BeckRS 2016, 10952, Rn. 36; LG Neuruppin Ur. v. 24.5.2017 - 1 O 170/16 - BeckRS 2017, 149178, Rn. 45; LG Oldenburg Ur. v. 1.9.2016 - 16 O 790/16 - BeckRS 2016, 15963; LG Potsdam Ur. v. 24.11.2017 - 6 O 36/17 - BeckRS 2017, 135158, Rn. 23; *Bendig*, ZfSch 2017, 8, 11.

³⁵⁶ So auch LG Frankfurt Ur. v. 20.4.2017 - 2-04 O 220/16 - BeckRS 2017, 150064, Rn. 25; LG Kleve Ur. v. 31.3.2017 - 3 O 252/16 - VuR 2017, 232, 234; LG Paderborn Ur. v. 15.2.2017 - 4 O 231/16 - BeckRS 2017, 105985, Rn. 37; LG Aachen Ur. v. 6.12.2016 - 10 O 146/16 - BeckRS 2016, 109959; LG Dortmund Ur. v. 29.9.2016 - 25 O 49/16 - BeckRS 2016, 19376; LG Krefeld Ur. v. 14.9.2016 - 2 O 72/16 - BeckRS 2016, 16674; LG Lüneburg - Ur. v. 2.6.2016 - 4 O 3/16 - BeckRS 2016, 17486; LG München I Ur. v. 14.4.2016 - 23 O 23033/15 - VuR 2016, 433, 434.

Schwellenwerten zur Folge hätte.³⁵⁷ Es ist davon auszugehen, dass die Entwicklung des Software-Updates Gesamtkosten von rund 70 Mio. Euro verursacht hat.³⁵⁸

Dagegen spricht jedenfalls, dass diese Entwicklungskosten nicht bei dem Verkäufer, sondern allein bei dem Hersteller des Fahrzeugs angefallen sind. Zudem gibt es für die Entwicklung einer Software-Lösung für einen bestimmten technischen Fehler keinen festen Marktpreis³⁵⁹, was dazu führt, dass nur die vom Hersteller angegebenen Kosten einen Richtwert für eine möglicherweise indizierte Unerheblichkeit des Mangels bieten können. Dabei ist jedoch nicht auszuschließen, dass der Hersteller die Entwicklungskosten bewusst zu gering angibt, damit die Gerichte zu einer Unerheblichkeit des Mangels gelangen. Hier zeigt sich also erneut eine erhöhte Manipulationsgefahr, zumal die Angaben des Herstellers nicht ohne weiteres von den Gerichten überprüft werden können. Darüber hinaus handelt es sich bei einer Software in der Regel um ein Massengut³⁶⁰, das in eine Vielzahl von Hardware-Produkten verbaut ist und stets hohe Entwicklungskosten aufweist. Würde man starr auf diese hohen Entwicklungskosten im Verhältnis zum Kaufpreis eines einzelnen Fahrzeuges abstellen, so käme man stets zu einer Erheblichkeit der Pflichtverletzung und die Wertung des § 323 Abs. 5 S. 2 BGB wäre bei Software-Mängeln faktisch ausgehebelt.

Andererseits ist es konstruiert, die eigentliche Durchführung des Updates isoliert von seiner Entwicklung zu betrachten³⁶¹ und allein auf diese Weise zu einer Unterschreitung der vom BGH aufgestellten Schwellenwerte zu gelangen. Es gilt zu beachten, dass der Vertragshändler nur deshalb keinerlei Kosten für die

³⁵⁷ *dafür*: LG München I Urt. v. 14.4.2016 - 23 O 23033/15 - BeckRS 2016, 10952, Rn. 36; *dagegen*: LG Braunschweig Urt. v. 12.10.2016 - 4 O 202/16 - BeckRS 2016, 17706.

³⁵⁸ LG Hamburg Urt. v. 24.11.2017 - 306 O 318/16 - BeckRS 2017, 149790, Rn. 34.

³⁵⁹ LG Hagen Urt. v. 18.10.2016 - 3 O 66/16 - BeckRS 2016, 18174.

³⁶⁰ *van Lück*, VuR 2019, 8, 11.

³⁶¹ So auch LG Oldenburg Urt. v. 1.9.2016 - 16 O 790/16 - BeckRS 2016, 15963.

Entwicklung des Software-Updates aufwenden muss, weil es ihm durch den Hersteller kostenfrei zur Verfügung gestellt wird. Damit erfüllt der Hersteller eine vertragliche Verpflichtung gegenüber seinem Vertragshändler, der jedoch ein wirtschaftlicher Wert zukommt. Würde man diesen wirtschaftlichen Wert außer Acht lassen, käme man zu dem Ergebnis, dass ein Verkäufer, der Regress beim Hersteller nehmen kann, niemals Kosten für eine Nachbesserung aufwenden müsste und die Pflichtverletzung in einem solchen Fall daher immer unerheblich im Sinne von § 323 Abs. 5 S. 2 BGB, der Rücktritt mithin stets ausgeschlossen wäre. Dies würde den Anwendungsbereich der Vorschrift aushöhlen und das Rücktrittsrecht des Käufers faktisch entwerten. Um dem entgegen zu wirken, müssen die Entwicklungskosten des Software-Updates bei der Frage nach der Geringfügigkeit des Mangels in jedem Fall Berücksichtigung finden.

Konstruiert und wenig praxisorientiert ist jedoch auch eine Zugrundelegung der vollen Entwicklungskosten zur Bewertung der Erheblichkeit eines Mangels an einem einzelnen Fahrzeug, da die Software faktisch nur einmal entwickelt werden muss, um die Mängel an allen betroffenen Fahrzeugen zu beheben. Eine anteilige Umlegung der Entwicklungskosten auf alle betroffenen Fahrzeuge hat jedoch den Nachteil, dass auf das einzelne Fahrzeug umso weniger Kosten entfallen würden, je mehr Fahrzeuge von der Abschaltanlage betroffen sind.³⁶² Wären beispielsweise nur 10.000 Fahrzeuge von der Software betroffen gewesen, so entfielen auf jedes Fahrzeug rund 7000 Euro Entwicklungskosten, was die Erheblichkeit des Mangels begründen würde. Sind jedoch 10.000.000 Fahrzeuge betroffen, so entfallen auf jedes Fahrzeug nur rund 7 Euro Entwicklungskosten, was die Geringfügigkeit des Mangels begründen würde. Dies führt das widersinnige Ergebnis herbei, dass der Mangel ausgehend von den Entwicklungskosten umso eher als unerheblich anzusehen ist, je größer die Anzahl

³⁶² LG Hamburg Urt. v. 16.11.2016 - 301 O 96/16 - BeckRS 2016, 20816.

betroffener Fahrzeuge ist. Ein solches willkürliches Ergebnis kann nicht überzeugen.³⁶³

Es zeigt sich, dass keine der aufgezeigten Vorgehensweisen uneingeschränkt überzeugen kann. Einerseits darf § 323 Abs. 5 S. 2 BGB im Falle von Software-Mängeln keinesfalls vollständig ausgehebelt werden, indem man die vollständigen Entwicklungskosten berücksichtigt. Andererseits können die unstreitig anfallenden Entwicklungskosten auch nicht vollständig ausgeklammert werden.

Da es sich bei der unzulässigen Abschaltvorrichtung jedoch wie dargestellt um einen unbehebaren Mangel handelt, kann es für die Unerheblichkeit nicht auf die Kosten der Mangelbeseitigung ankommen, selbst wenn diese die vom BGH aufgestellten Schwellenwerte unterschreiten.

III. Bedeutung und Zweck des Fahrzeugs für den Käufer

Die Erheblichkeit des Mangels folgt allerdings aus der zentralen Bedeutung eines Fahrzeugs für seinen Nutzer. Bei einem KFZ handelt es sich um ein zentrales Verkehrsgut von herausragender Bedeutung, welches aus dem Leben der weit überwiegenden Mehrheit der Menschen nicht mehr wegzudenken ist, da es ihnen die Möglichkeit einer flexiblen Fortbewegung bietet. Der Käufer ist mithin auf die Funktionalität seines Fahrzeugs in besonderer Weise angewiesen, weshalb es aus seiner Sicht umso wichtiger ist, auf ein redliches Verhalten sowohl des Verkäufers als auch des Herstellers vertrauen zu können. Zudem ist die Funktionsweise der Motorsteuerung, sowie auch die technische Lösung, die der Hersteller für die Nacherfüllung zu entwickeln hatte, aus Käufersicht sehr komplex und daher für den durchschnittlichen Kunden nicht ohne weiteres zu durchdringen. Die Art der Sache und die Art der Mangelhaftigkeit begründen damit das Erfordernis

³⁶³ So auch LG Hamburg Urt. v. 16.11.2016 - 301 O 96/16 - BeckRS 2016, 20816.

eines makellosen Vertrauensverhältnisses zwischen Käufer und Verkäufer einerseits und zwischen Käufer und Hersteller andererseits. Dies spricht bereits gegen eine unerhebliche Pflichtverletzung.

IV. Relevanz von Umweltaspekten für den Käufer

Für eine Unerheblichkeit der Pflichtverletzung wird zum Teil angeführt, dass sich nur ein umweltbewusster Käufer überhaupt vor seiner Entscheidung zum Kauf eines bestimmten Fahrzeuges mit dessen Emissionswerten beschäftigt bzw. diese im Verkaufsgespräch hinterfragt.³⁶⁴ Der durchschnittliche Käufer beschäftige sich dagegen nicht mit diesem Umstand.

Es muss jedoch berücksichtigt werden, dass das Umweltbewusstsein der Bevölkerung in den letzten Jahren insgesamt stark angestiegen ist.³⁶⁵ Man achtet vermehrt auf den Umweltschutz, indem man beispielsweise auf in Plastik verpackte Lebensmittel verzichtet, häufiger das Fahrrad oder öffentliche Verkehrsmittel nutzt oder sich eben ein vermeintlich umweltschonenderes Fahrzeug zulegt. Daher ist es kein Einzelfall, dass Aspekte des Umweltschutzes in die Kaufentscheidung mit einfließen, was auch im Rahmen der Erheblichkeitsprüfung nach § 323 Abs. 5 S. 2 BGB Berücksichtigung finden muss.³⁶⁶ So begründen beispielsweise Käufer ihre Entscheidung für ein bestimmtes Fahrzeugmodell damit, dass es ihnen darauf ankam, „ein nach dem Datum des Erwerbs möglichst umweltfreundliches, technisch auf dem aktuellen Stand der Technik befindliches, sparsames und wertstabiles Fahrzeug zu erwerben“.³⁶⁷ Umweltgesichtspunkte spielen beim Kauf eines Kraftfahrzeuges also sehr wohl eine Rolle.

³⁶⁴ Lempp, SVR 2015, 441, 443.

³⁶⁵ So auch: MüKoBGB/Westermann, § 434, Rn. 64.

³⁶⁶ Auch das LG Düsseldorf erkennt in seinem Urte. v. 24.10.2016 - 21 O 10/16 - BeckRS 2016, 112053 ein sog. „ökologisches Gewissen“ als möglichen Grund der Entscheidung zum Kauf eines bestimmten KFZs an.

³⁶⁷ OLG Hamburg Urte. v. 15.7.2019 - 4 U 97/17 - NJW-RR 2019, 1522, Rn. 23.

Zwar könnte man einwenden, dass das Umweltbewusstsein der Bevölkerung erst infolge des Bekanntwerdens und der öffentlichen Erörterung der in Volkswagen-Fahrzeuge verbauten Abschaltvorrichtung im Jahre 2015 angestiegen sei. Allerdings zeigten sich sowohl auf nationaler, als auch auf europäischer Ebene bereits vor 2015 Bemühungen in Richtung des Umweltschutzes, in dem dieser von der Politik bereits vor Bekanntwerden der Abschaltvorrichtungen als wichtiges Thema verstanden wurde. Darüber hinaus ergab die vom Bundesumweltministerium alle zwei Jahre durchgeführte Umweltbewusstseinsstudie, dass bereits im Jahre 2012 40 % der Befragten den Umwelt- und Klimaschutz als grundlegende Bedingung zur Bewältigung von Zukunftsaufgaben ansieht.³⁶⁸ Im Jahre 2014 stieg diese Zahl auf 63 % an.³⁶⁹ Auch wenn die Aufdeckung der Abschaltautomatik in Volkswagen-Dieselmotoren und die damit einhergehende öffentliche Erörterung der Thematik das Umweltbewusstsein der Bevölkerung seit 2015 nochmals in die Höhe getrieben hat, zeigt sich bereits vorher ein deutlicher Anstieg. Der Einwand, das Umweltbewusstsein der Bevölkerung steige erst seit dem Bekanntwerden der in Dieselfahrzeuge verbauten Abschaltvorrichtungen, kann daher nicht durchgreifen.

Es ist damit festzustellen, dass Umweltaspekte bei der Entscheidung zum Kauf eines KFZs auf Käufersicht eine entscheidende Rolle spielen. Dies spricht gegen eine Unerheblichkeit der Pflichtverletzung gemäß § 323 Abs. 5 S. 2 BGB.

³⁶⁸ Pressemitteilung des Bundesumweltministeriums vom 30.3.2015, <https://www.bmu.de/pressemitteilung/umweltbewusstsein-2014-immer-mehr-menschen-sehen-umweltschutz-nicht-als-problem-sondern-als-teil-d/>.

³⁶⁹ Pressemitteilung des Bundesumweltministeriums vom 30.3.2015, <https://www.bmu.de/pressemitteilung/umweltbewusstsein-2014-immer-mehr-menschen-sehen-umweltschutz-nicht-als-problem-sondern-als-teil-d/>.

V. Weiternutzung des Fahrzeuges nach Kenntnis von der Abschaltvorrichtung

Denkbar wäre, eine Unerheblichkeit des Mangels daraus zu folgern, dass die Käufer ihre Fahrzeuge teilweise auch nach Kenntniserlangung von der Abschaltvorrichtung weiter nutzen. Man könnte unterstellen, dass die Nichteinhaltung der EU-Abgasnorm aus Käufersicht nicht erheblich sein kann, wenn dieser das Fahrzeug auch vor Aufspielen des Software-Updates weiter zur Fortbewegung im Straßenverkehr einsetzt. Dieser Weiternutzung trotz Kenntnis könnte ein widersprüchliches Verhalten im Sinne von § 242 BGB begründen, welches der Erheblichkeit der Pflichtverletzung entgegenstehen würde.

Dagegen spricht jedoch, dass Personen, deren Fahrzeuge von der Abschaltvorrichtung betroffen sind, oft bereits aus finanzieller Sicht keine Wahl haben, ob sie das betroffene Fahrzeug weiterhin nutzen oder auf anderweitige Fortbewegungsalternativen zurückgreifen möchten. Erfolgte der Fahrzeugkauf aus persönlichen Ersparnissen, so werden diese regelmäßig nach dem Kauf des betroffenen Fahrzeuges aufgebraucht oder jedenfalls geschmälert sein. Der andere Teil der Käufer wird bereits ein Darlehen zur Finanzierung des Fahrzeugs aufgenommen haben, welches abzubezahlen ist. Es ist mithin festzustellen, dass sich der durchschnittliche Käufer bereits in finanzieller Hinsicht nicht leisten kann, nach Kenntniserlangung von der Abschaltvorrichtung das betroffene Fahrzeug nicht weiter zu nutzen und stattdessen auf ein Fahrzeug ohne Abschaltvorrichtung oder auf öffentliche Verkehrsmittel zurückzugreifen. Letztere bieten nicht nur weniger Flexibilität insbesondere im Hinblick auf Transportmöglichkeiten, sondern für die Nutzung öffentlicher Verkehrsmittel fallen auch zusätzliche Kosten an, deren Aufwendung dem Durchschnittskäufer nicht zugemutet werden kann.

Da der Durchschnittskäufer mithin bereits aus finanziellen Gründen zumeist keine Wahl hat, das betroffene Fahrzeug weiter zu nutzen oder sich mit anderen Mitteln fortzubewegen, kann in der

Weiternutzung kein widersprüchliches Verhalten gesehen werden, welches zum Nachteil des Käufers die Unerheblichkeit des Mangels begründet.

VI. Arglist des Verkäufers

Ein zentraler Aspekt bei der Beurteilung der Erheblichkeit der Pflichtverletzung ist die Frage nach einem arglistigen Verhalten des Verkäufers. Vielfach wird für die Unerheblichkeit der Pflichtverletzung angeführt, dass den Verkäufer hinsichtlich des Einbaus der Software kein Verschulden trifft und er in vielen Fällen nicht einmal Kenntnis von der verbauten Software hatte.³⁷⁰ Diese Ansicht verkennt jedoch, dass ein fehlendes Verschulden des Vertragshändlers die Erheblichkeit der Pflichtverletzung nicht per se ausschließen kann, da man anderenfalls über § 323 Abs. 5 S. 2 BGB durch die Hintertür ein vom Gesetzgeber nicht gewolltes Verschuldenserfordernis für den Rücktritt konstruieren würde. Das Vorliegen von Arglist ist bei der Frage nach der Erheblichkeit der Pflichtverletzung gleichwohl von zentraler Bedeutung. Handelt der Verkäufer arglistig, so indiziert dies in aller Regel die Erheblichkeit der Pflichtverletzung.³⁷¹ Hintergrund ist, dass die Interessen einer arglistig handelnden Vertragspartei nicht schutzwürdig sind. Schutzwürdig ist dagegen vielmehr der von dem arglistigen Verhalten nachteilig betroffene Vertragspartner.

Zur Bejahung von Arglist ist ausreichend, wenn der Verkäufer den Mangel für möglich hält oder mit ihm rechnet und dann billigend in Kauf nimmt, dass der Käufer ihn nicht bemerkt und den Vertrag in

³⁷⁰ OLG Köln, Beschl. v. 12.3.2018 - 27 U 13717 - BeckRS 2018, 11323, Rn. 51; LG Köln Urt. v. 18.4.2017 - 4 O 177/16 - BeckRS 2017, 124755, Rn. 13.

³⁷¹ Grüneberg/Grüneberg, § 323, Rn. 32.

Kenntnis des Mangels nicht geschlossen hätte.³⁷² Die Arglist des Verkäufers muss bei Vertragsschluss vorliegen.³⁷³

1. Eigene Arglist des Verkäufers

Ein eigenes arglistiges Verhalten des Verkäufers scheidet aufgrund des bedingten Vorsatzerfordernisses von vorneherein aus, wenn dieser zum Zeitpunkt des Vertragsabschlusses keinerlei Kenntnis davon hat, dass das in Rede stehende Fahrzeug eine Abschaltvorrichtung enthält. Denn dann hält der Verkäufer den Mangel auch nicht für möglich. Dies dürfte insbesondere für die Fälle gelten, in denen der Kaufvertrag vor dem erstmaligen öffentlichen Bekanntwerden der Abgasproblematik bei Dieselfahrzeugen abgeschlossen wurde.

Fraglich ist allerdings, ab welchem Zeitpunkt dem Verkäufer unterstellt werden kann, den Mangel für möglich zu halten. In Betracht kommt zunächst die Ad-hoc Mitteilung der Volkswagen AG vom 22. September 2015.³⁷⁴ In dieser Ad-hoc Mitteilung weist die Volkswagen-AG auf Unregelmäßigkeiten einer Software in Dieselmotoren des Typs EA189 hin, die zur Folge haben, dass die Emissionswerte im realen Verkehrsbetrieb von den auf dem Prüfstand gemessenen Emissionswerten negativ abweichen. Problematisch ist in diesem Zusammenhang jedoch, dass die Ad-hoc Mitteilung nur den betroffenen Motortypus und nicht die konkret betroffenen Fahrzeugmodelle nennt. Dies dürfte für den insoweit nicht fachkundigen Käufer eines Fahrzeuges nicht ausreichend sein, um abzusehen, ob das in Rede stehende Fahrzeug betroffen ist oder nicht. Er wird regelmäßig nicht über genug Sachkunde verfügen, um abzusehen, in welche Fahrzeugmodelle

³⁷² BGH Urt. v. 22.11.1991 - V ZR 215/90 - NJW-RR 1992, 333, 334; BGH Urt. v. 12.11.2010 - V ZR 181/09 - NJW 2011, 1279, Rn. 14; BGH Urt. v. 15.4.2014 - VIII ZR 80/14 - NJW 2015, 1669, Rn. 16.

³⁷³ JurisPK-BGB/Beckmann, Band 2, § 323, Rn. 62; MüKoBGB/Ernst, § 323, Rn. 127.

³⁷⁴ Ad-hoc Mitteilung der Volkswagen AG vom 22.9.2015, <https://www.dgap.de/dgap/News/adhoc/volkswagen-volkswagen-informiert/?newsID=899395>.

der Motortypus EA189 verbaut ist. Anders verhält es sich bei gewerblich tätigen VW-Vertragshändlern, unabhängig davon, ob es im konkreten Fall um einen Kaufvertrag über einen Neuwagen oder über einen Gebrauchtwagen geht. Von einem gewerblich tätigen VW-Vertragshändler kann erwartet werden, dass er über ausreichend Sachkunde verfügt, um zu wissen, in welche Fahrzeugmodelle der Motor EA189 verbaut ist. Es ist weiterhin davon auszugehen, dass einem Vertragshändler die offiziellen Kataloge und Fahrzeugbeschreibungen der Volkswagen-AG vorliegen, sodass er in diese jederzeit Einsicht nehmen und so herausfinden kann, in welche Fahrzeugmodelle der betroffene Motortypus verbaut ist. Aus diesem Grund ist ein Für-Möglich-Halten des Verkäufers bereits nach Veröffentlichung der Ad-hoc Mitteilung anzunehmen.

Weitere Voraussetzung ist jedoch, dass der Verkäufer billigend in Kauf nimmt, dass der Käufer den Mangel des Fahrzeuges nicht erkannt hat und den Kaufvertrag in Kenntnis des Mangels nicht abgeschlossen hätte. In der weit überwiegenden Anzahl der Fälle wurden die Kaufverträge bereits vor der Veröffentlichung der Ad-hoc Mitteilung abgeschlossen, sodass eine eigene Arglist des Vertragshändlers mangels Kenntnis von der verbauten Software ausscheidet. Wurde der Vertrag im Einzelfall erst nach der Veröffentlichung der Ad-hoc Mitteilung geschlossen, kommt ein eigenes arglistiges Verhalten des Vertragshändlers in Betracht, ist jedoch regelmäßig nur schwer beweisbar.

2. Zurechnung des arglistigen Herstellerverhaltens

Die Besonderheit der Diesel-Fälle liegt jedoch darin, dass nicht dem Vertragshändler, sondern dem Hersteller arglistiges Verhalten unterstellt wird.³⁷⁵ Damit der Vorwurf der Arglist auf den

³⁷⁵ Jüngst bejaht von BGH Urt. v. 25.5.2020 – VI ZR 252/19 - BeckRS 2020, 10555, Rn. 21 ff.; i.Ü. OLG Düsseldorf Urt. v. 18.12.2019 - 18 U 16/19 - BeckRS 2019, 32106, Rn. 68; OLG Koblenz Urt. v. 16.12.2019 - 12 U 696/19 - BeckRS 2019, 31887, Rn. 45; OLG Celle Urt. v. 20.11.2019 - 7 U 244/18 -

Vertragshändler durchschlägt und sich negativ auf das zwischen Käufer und Vertragshändler bestehende Vertrauensverhältnis auswirken kann, mithin die Pflichtverletzung in diesem Verhältnis zu einer erheblichen macht, müsste die Arglist des Herstellers dem Vertragshändler zurechenbar sein, was von der weit überwiegenden Rechtsprechung verneint wird.³⁷⁶ Sowohl für die Zurechnung von Handlungen, als auch von Wissen, bedarf es jedoch stets einer gesetzlichen Zurechnungsnorm.

a) Zurechnung gemäß § 278 S. 1 BGB

Eine Zurechnung über § 278 S. 1 BGB scheitert daran, dass der Hersteller nicht Erfüllungsgehilfe des Verkäufers ist. Erfüllungsgehilfe ist, wer mit Wissen und Wollen des Schuldners für diesen in dessen Pflichtenkreis tätig wird.³⁷⁷ Entscheidend für die Einordnung einer Person als Erfüllungsgehilfe ist auf Grundlage dieser Definition die Festlegung des Pflichtenkreises des Schuldners. Der Verkäufer schuldet dem Käufer gemäß § 433 Abs. 1 S. 1 und S. 2 BGB Übergabe und Übereignung des Dieselfahrzeugs in mangelfreiem Zustand. Die Entwicklung und Herstellung des Fahrzeugs, in dessen Rahmen es zur Entwicklung und zum Einbau der unzulässigen Abschaltvorrichtung gekommen ist, ist nicht diesem Pflichtenkreis zuzuordnen. Damit ein- und derselbe Pflichtenkreis vorliegt, müsste der Käufer vom Hersteller

BeckRS 2019, 29589, Rn. 25; OLG Köln, Urte. v. 6.9.2019 - 19 U 51/19 - BeckRS 2019, 22423, Rn. 18 ff; OLG Oldenburg Urte. v. 5.12.2018 - 14 U 60/18 - BeckRS 2018, 37436, Rn. 10; *Oechsler*, NJW 2017, 2865, 2865 f.

³⁷⁶ Die überwiegende Rechtsprechung hält keine der in Betracht kommenden Zurechnungsnormen für einschlägig, sodass ihrer Ansicht nach eine Zurechnung des arglistigen Herstellerverhaltens an den Vertragshändler ausscheidet, vgl. z.B. OLG Köln Hinweisbeschl. v. 4.6.2018 - 16 U 173/17 - BeckRS 2018, 19739, Rn. 7; OLG Brandenburg Urte. v. 18.7.2017 - 2 U 39/16 - DAR 2018, 145, 146; OLG Koblenz Urte. v. 7.9.2017 - 1 U 302/17 - NJW-RR 2018, 54, Rn. 27 ff.; OLG Koblenz Hinweisbeschl. v. 27.9.2017 - 2 U 4/17 - NJW-RR 2018, 376, Rn. 29; OLG München Urte. v. 3.7.2017 - 21 U 4818/16 - NJW-RR 2017, 1238, Rn. 20; LG Braunschweig Urte. v. 6.2.2018 - 11 O 1175/17 - BeckRS 2018, 1577, Rn. 79; LG Düsseldorf Urte. v. 23.8.2016 - 6 O 413/15 - MMR 2017, 198, Rn. 32; LG Frankenthal Urte. v. 12.5.2016 - 8 O 208/15 - BeckRS 2016, 8996; LG Paderborn Urte. v. 9.6.2016 - 3 O 23/16 - BeckRS 2016, 13271, Rn. 31.

³⁷⁷ Grüneberg/*Grüneberg*, § 278, Rn. 7; MüKoBGB/*Grundmann*, § 278, Rn. 20; BeckOGK-BGB/*Schaub*, § 278, Rn. 34, BeckOK-BGB/*Lorenz*, § 278, Rn. 11.

dieselbe Leistung verlangen können, wie vom Verkäufer.³⁷⁸ Allerdings kann der Käufer vom Verkäufer nicht die Herstellung des Fahrzeugs, sondern nur die mangelfreie Lieferung verlangen, sodass selbstständige Pflichtenkreise vorliegen. Daher ist der Fahrzeughersteller nicht Erfüllungsgehilfe des Vertragshändlers und eine Zurechnung über § 278 S. 1 BGB scheidet aus.³⁷⁹ Der Pflichtenkreis des Verkäufers gegenüber seinem Käufer erfährt darüber hinaus keine Änderung durch dessen Stellung als Vertragshändler des Herstellers.³⁸⁰

Zuletzt kommt es auf die Eigenschaft des Herstellers als Erfüllungsgehilfe des Vertragshändlers ohnehin nur im Rahmen etwaiger Schadensersatzansprüche des Käufers gegen den Vertragshändler an.

b) Wissenszurechnung analog § 166 Abs. 1 BGB

In Betracht kommt weiterhin eine Wissenszurechnung analog § 166 Abs. 1 BGB. Wissensvertreter ist jeder, der nach der Organisation des Geschäftsherrn damit betraut ist, im Rechtsverkehr als dessen Repräsentant aufzutreten, bestimmte Aufgaben eigenverantwortlich zu erledigen und die dabei anfallenden Informationen zur Kenntnis zu nehmen sowie ggf. weiterzuleiten.³⁸¹ Die Wissenszurechnung beruht auf dem Gedanken, dass es einen Verstoß gegen Treu und Glauben darstellen würde, wenn sich ein Geschäftsherr, der einen Vertreter mit einem bestimmten Aufgabenkreis betraut und ihm in diesem Aufgabenkreis die Kenntnisnahme von Tatsachen überträgt,

³⁷⁸ MüKoBGB/*Ernst*, § 280, Rn. 64.

³⁷⁹ BGH Urt. v. 15.7.2008 - VIII ZR 211/07 - NJW 2008, 2837, 2840; OLG Köln Urt. v. 6.6.2019 - 24 U 5/19 - BeckRS 2019, 13405, Rn. 24; OLG Nürnberg Urt. v. 24.4.2018 - 6 U 409/17 - NZV 2018, 315, Rn. 63; OLG Stuttgart Urt. v. 4.10.2017 - 12 U 64/17 - DAR 2018, 212; OLG Düsseldorf Hinweisbeschl. v. 30.5.2017 - I-22 U 52/17 - BeckRS 2017, 119626, Rn. 10; LG Frankenthal Urt. v. 12.5.2016 - 8 O 208/15 - BeckRS 2016, 8996; MüKoBGB/*Grundmann*, § 278, Rn. 31; *Grüneberg/Grüneberg*, § 278, Rn. 13.

³⁸⁰ OLG Nürnberg Urt. v. 24.4.2018 - 6 U 409/17 - NZV 2018, 315, Rn. 64.

³⁸¹ MüKoBGB/*Schubert*, § 166, Rn. 28; BGH Urt. v. 2.2.1996 - V ZR 239/94 - NJW 1996, 1339, 1340.

aufgrund einer solchen Geschäftsverteilung auf die Unkenntnis dieser Tatsachen berufen könnte.³⁸² Anderenfalls könnte er durch eine komplexe Organisationsstruktur mangels eigener Kenntnis von der Haftung frei werden, was gegenüber dem Käufer unbillig wäre. Der Verkäufer übernimmt grundsätzlich eigenständig den Vertrieb der vom Hersteller entwickelten Fahrzeuge. Er tritt gegenüber seinen Kunden als Vertragshändler des Herstellers auf, was ihn zu dessen Repräsentant macht. Es liegt nach der Definition also nahe, dass der Vertragshändler als Wissensvertreter des Herstellers anzusehen ist.

Die Wissenszurechnung ist jedoch abzulehnen.³⁸³ Der Vertragshändler ist zwar Repräsentant des Herstellers und führt die ihm übertragenen Aufgaben organisatorisch eigenständig für diesen aus. In den Dieselfällen soll jedoch keine Zurechnung von Wissen des Vertragshändlers an den Hersteller erfolgen, sondern umgekehrt, eine Wissenszurechnung vom Hersteller an den Vertragshändler. Dies setzt jedoch die Wissensvertretereigenschaft des Herstellers voraus. Allerdings ist der Hersteller gerade nicht Repräsentant eines einzelnen Vertragshändlers. Außerdem nimmt der Hersteller nicht organisatorisch selbstständig Aufgaben für den Vertragshändler wahr, die ihm von diesem zur eigenständigen Wahrnehmung übertragen worden sind. Insoweit ist der Hersteller nach der einschlägigen Definition nicht als Wissensvertreter des Vertragshändlers anzusehen. Daran ändert sich auch nichts, wenn man beachtet, dass der Vertragshändler Wissensvertreter des Herstellers ist. Denn es soll gerade derjenige, der sich einer vielschichtigen Organisationsstruktur bedient, auch die Risiken

³⁸² BGH Urt. v. 14.1.2016 - I ZR 65/14 - NJW 2016, 3445, Rn. 61; BGH Urt. v. 23.1.2014 - III ZR 436/12 - NJW 2014, 1294, Rn. 16; BGH Urt. v. 13.12.2012 - III ZR 298/11 - NJW 2013, 448, Rn. 19.

³⁸³ KG Berlin Urt. v. 18.11.2019 - 24 U 129/18 - BeckRS 2019, 29883, Rn. 20; OLG München Urt. v. 3.7.2019 - 3 U 4029/18 - BeckRS 2019, 13213, Rn. 28; OLG Köln Urt. v. 6.6.2019 - 24 U 5/19 - BeckRS 2019, 13405, Rn. 24; LG Frankenthal Urt. v. 12.05.2016 - 8 O 208/15 - BeckRS 2016, 8996; LG Bielefeld Urt. v. 3.2.2010 - 3 O 222/09 - BeckRS 2011, 9488; LG Düsseldorf Urt. v. 23.8.2016 - 6 O 413/15 - BeckRS 2016, 15047; van Lück, VuR 2019, 8, 11; Ring, NJW 2016, 3121, 3124; Reinking/Eggert, Der Autokauf, Rn. 4287.

einer solchen Organisationsstruktur tragen. Dies ist jedoch einzig und allein der Hersteller und nicht der einzelne Vertragshändler.

Selbst wenn der Hersteller dem Vertragshändler seine Reparatur-Datenbank zur Verfügung stellt folgt daraus keine Verschärfung der Kontrollpflichten des Vertragshändlers. Zur eingehenden Untersuchung eines vom Hersteller gelieferten Fahrzeugs ist dieser gerade nicht verpflichtet.³⁸⁴ Der Vertragshändler hat lediglich eine Sicht- und Funktionsprüfung durchzuführen, bei der die in Rede stehende Software nicht entdeckt werden kann. Ist der Vertragshändler jedoch über eine Sicht- und Funktionsprüfung hinaus nicht verpflichtet, so kann ihm erst recht nicht das Wissen des Herstellers bezüglich solcher Umstände zugerechnet werden, die im Rahmen einer solchen Prüfung gerade nicht auffallen können. Mithin ergibt ein solcher Erst-Recht-Schluss, dass eine Wissenszurechnung vom Hersteller zum Vertragshändler nicht stattfinden kann.³⁸⁵

Zuletzt beruht die Analogie zu § 166 Abs. 1 BGB auf einem ohne die Wissenszurechnung bestehenden Verstoß gegen Treu und Glauben. Ein solcher zeigt sich in dem Verhältnis zwischen Hersteller und Vertragshändler jedoch gerade nicht. Der Vertragshändler bedient sich gerade nicht einer komplexen geschäftlichen Organisationsstruktur, sondern ist vielmehr Teil einer solchen Organisation des Herstellers. Er muss folglich auch nicht für die Risiken einer solchen Organisationsstruktur einstehen. Eine Zurechnung des Herstellerwissens zum Vertragshändler entspricht mithin nicht dem Schutzzweck der Wissenszurechnung.

c) Zurechnung über die Grundsätze der Repräsentantenhaftung analog § 31 BGB

Bezogen auf die Verfahren gegen den Hersteller hat der Bundesgerichtshof jüngst klargestellt, dass dem Käufer eines

³⁸⁴ LG Bielefeld Urt. v. 3.2.2010 - 3 O 222/09 - BeckRS 2011, 9488.

³⁸⁵ So auch LG Bielefeld Urt. v. 3.2.2010 - 3 O 222/09 - BeckRS 2011, 9488.

Dieselfahrzeuges mit einer die Abgasmessung beeinflussenden Software im Rahmen der ihn treffenden Beweislast für die Arglist des Herstellers eine sekundäre Darlegungslast zugutekommt.³⁸⁶ Denn ihm sei es mangels näherer Kenntnis der internen Abläufe und Zuständigkeiten innerhalb des Herstellerkonzerns nicht zuzumuten, zur Frage der Kenntnis des Vorstandes von der verbauten Software substantiiert vorzutragen.³⁸⁷ Vielmehr verfüge nur der Konzern selber über den Zugang zu entsprechenden Informationen.³⁸⁸ Aus diesem Grund sei es ausreichend, wenn der geschädigte Käufer behaupte, der Vorstand des Herstellerkonzerns hätte Kenntnis vom Einbau der unzulässigen Abschaltvorrichtung gehabt. Damit verlagert er die Behauptungslast in zulässiger Weise auf den beklagten Herstellerkonzern.³⁸⁹ Den Vortrag des Herstellers in dem dem Urteil zugrundeliegenden Fall, wonach „nach dem derzeitigen Ermittlungsstand keine Erkenntnisse dafür vorlägen, dass eines der Vorstandsmitglieder im Sinne des Aktienrechts an der Entwicklung der Software beteiligt gewesen sei oder die Entwicklung der Software in Auftrag gegeben oder davon gewusst habe“³⁹⁰, erachtete der BGH als nicht ausreichend. Vielmehr hätte der beklagte Herstellerkonzern mindestens zu seiner Organisationsstruktur, seiner Arbeitsorganisation, den Zuständigkeiten und Verantwortlichkeiten, den Berichtspflichten und den von ihm veranlassten Ermittlungen vortragen müssen.³⁹¹ In diesem Vorgehen des Bundesgerichtshofes ist ein großzügiger Einsatz des Instrumentes der sekundären Darlegungslast zugunsten des Käufers zu sehen.³⁹²

Gleichwohl ist eine Zurechnung der Arglist des Herstellers an den Vertragshändler analog § 31 BGB über die Grundsätze der

³⁸⁶ BGH Urt. v. 25.05.2020 - VI ZR 252/19 - NJW 2020, 1962, Rn. 37 ff.

³⁸⁷ BGH Urt. v. 25.05.2020 - VI ZR 252/19 - NJW 2020, 1962, Rn. 37 ff.; MüKoBGB/Wagner, § 826, Rn. 42.

³⁸⁸ BGH Urt. v. 25.05.2020 - VI ZR 252/19 - NJW 2020, 1962, Rn. 37 ff.; MüKoBGB/Wagner, § 826, Rn. 42, 42a.

³⁸⁹ BGH Urt. v. 25.05.2020 - VI ZR 252/19 - NJW 2020, 1962, Rn. 37 ff.; MüKoBGB/Wagner, § 826, Rn. 42, 42a.

³⁹⁰ BGH Urt. v. 25.05.2020 - VI ZR 252/19 - NJW 2020, 1962, Rn. 39.

³⁹¹ BGH Urt. v. 25.05.2020 - VI ZR 252/19 - NJW 2020, 1962, Rn. 40.

³⁹² So auch MüKoBGB/Wagner, § 826, Rn. 42, 42a.

Repräsentantenhaftung aufgrund der im Rahmen der Wissenszurechnung bereits angeführten Argumente zu verneinen. Der Vertragshändler verfolgt als rechtlich selbstständiger Zwischenhändler eigenständige Gewinninteressen, die von denen des Herstellers völlig unabhängig sind. Bereits aus diesem Grund liegt keine mit § 31 BGB vergleichbare Interessenlage vor.³⁹³

Weiterhin liegt gerade in der rechtlichen Selbstständigkeit des Vertragshändlers gegenüber dem Hersteller das maßgebliche Kriterium für die Abgrenzung zum Handelsvertreter, bei dem eine Zurechnung über eine Analogie zu § 31 BGB anerkannt ist. Um auch weiterhin eine trennscharfe Abgrenzung zu ermöglichen, ist es geboten, bei einem Vertragshändler eine Zurechnung des arglistigen Herstellerverhaltens analog § 31 BGB unter Verweis auf dessen rechtliche Selbstständigkeit abzulehnen.

d) Zurechnung über den Rechtsgedanken von § 123 Abs. 2 S. 1 BGB:

Aus § 123 Abs. 2 S. 1 BGB geht hervor, unter welchen Voraussetzungen den Erklärungsempfänger eine Einstandspflicht für das täuschende Verhalten einer anderen Person insoweit trifft, als dass er die Folgen dieses Verhaltens gegen sich gelten lassen muss.

Bei dieser Wertung handelt es sich um einen allgemeinen Rechtsgedanken, der vor dem Hintergrund der Einheit der Rechtsordnung innerhalb des gesamten Bürgerlichen Gesetzbuches Berücksichtigung finden muss. Dieser Rechtsgedanke kann folglich auch herangezogen werden, um eine Entbehrlichkeit der Fristsetzung gemäß § 323 Abs. 2 Nr. 3 BGB im Rahmen des Rücktritts des Käufers vom Kaufvertrag mit seinem Vertragshändler zu begründen:

³⁹³ So auch LG Frankenthal Urt. v. 12.5.2016 - 8 O 208/15 - BeckRS 2016, 8996.

Aus § 123 Abs. 2 S. 1 BGB folgt die Wertung, dass der Erklärungsempfänger grundsätzlich nicht für täuschendes Verhalten eines Dritten einzustehen hat und die Folgen nicht gegen sich gelten lassen muss. Anders ist dies nur dann, wenn er die durch den Dritten verübte Täuschung kannte oder kennen musste. Handelt es sich bei der täuschenden Person jedoch nicht um einen Dritten im Sinne der Vorschrift, sondern um eine Person, die dem Erklärungsempfänger näher steht als seinem Vertragspartner, so enthält § 123 Abs. 2 S. 1 BGB die Wertung, dass der Erklärungsempfänger uneingeschränkt für das täuschende Verhalten der ihm näher stehenden Person einzustehen hat. Dies folgt daraus, dass § 123 Abs. 2 S. 1 das Erfordernis der Kenntnis bzw. des Kennenmüssens des Erklärungsempfängers davon abhängig macht, ob es sich bei der täuschenden Person um einen Dritten handelt oder nicht. Hat der Erklärungsempfänger jedoch für das täuschende Verhalten im Rahmen der Anfechtung einzustehen, so muss dies auch im Rahmen des Rücktritts gelten. Hierfür spricht nicht nur, dass es sich bei dem Rücktritt, ebenso wie bei der Anfechtung, um ein Gestaltungsrecht handelt, sondern auch, dass § 123 Abs. 2 S. 1 BGB systematisch im allgemeinen Teil verortet ist. Letzteres zeigt, dass die Vorschrift auf den gesamten besonderen Teil des Bürgerlichen Gesetzbuches Anwendung findet.

Mithin ist aus § 123 Abs. 2 S. 1 BGB ein allgemeiner Rechtsgedanke abzuleiten, der die Reichweite der Einstandspflicht des Erklärungsempfängers für arglistig täuschendes Verhalten anderer Personen bestimmt.

Überträgt man die Konstellation des § 123 Abs. 2 S. 1 BGB auf die Dieselfälle, in denen der Käufer seine Willenserklärung zum Vertragsschluss gegenüber dem Vertragshändler abgibt, so ist der Vertragshändler als Erklärungsempfänger anzusehen, während der Hersteller die arglistige Täuschung verübt, indem er das Fahrzeug mit der unzulässigen Abschaltvorrichtung versieht. Maßgebend für

eine Einstandspflicht des Vertragshändlers für das arglistig täuschende Herstellerverhalten ist also, ob der Hersteller im Verhältnis zu dem Vertragshändler als Dritter anzusehen ist.³⁹⁴

Wer als Dritter im Sinne von § 123 Abs. 2 S. 1 BGB anzusehen ist, ist bereits seit vielen Jahren stark umstritten:

Das Reichsgericht sah jede vom Erklärungsempfänger verschiedene Person als Dritten an³⁹⁵ und schränkte die Einstandspflicht für arglistig täuschendes Verhalten anderer Personen damit stark ein. Nicht als Dritter galten allenfalls Stellvertreter des Erklärungsempfängers und Verhandlungsbeauftragte, denen die vollständige Vorbereitung und Aushandlung des Vertrags übertragen ist.³⁹⁶

Nach Ansicht der neueren Rechtsprechung und Literatur ist eine Person dann nicht Dritter, wenn ihr Verhalten dem Erklärungsempfänger aufgrund besonders enger Beziehungen oder aufgrund sonstiger besonderer Umstände billigerweise zugerechnet werden muss.³⁹⁷ Es muss mithin eine an Treu und Glauben und an der Verkehrssitte orientierte Beurteilung erfolgen, die die Interessenlage der Beteiligten hinreichend berücksichtigt.³⁹⁸ Dritter ist damit nicht, wer als Vertrauensperson des Erklärungsempfängers erscheint und in dessen Lager steht.³⁹⁹

Sinn und Zweck der Vorschrift ist es, die Einstandspflicht des Erklärungsempfängers (hier: des Vertragshändlers) für täuschendes Verhalten anderer zu begrenzen und damit unbillige Härten zu seinen Lasten zu vermeiden. Sie soll also in erster Linie den

³⁹⁴ Verneint von: OLG Karlsruhe Urt. v. 18.7.2019 - 17 U 160/18 - BeckRS 2019, 14948, Rn. 43 ff.; OLG Düsseldorf Hinweisbeschl. v. 30.5.2017 - I-22 U 52/17 - BeckRS 2017, 119626, Rn. 12; OLG Celle Beschl. v. 30.6.2016 - 7 W 26/16 - BeckRS 2016, 13999, Rn. 8.

³⁹⁵ MüKoBGB/*Armbrüster*, § 123, Rn. 72.

³⁹⁶ RG Urt. v. 8.7.1905 - V 609/04 - RGZ 61, 207, 212; RG Urt. v. 27.10.1909 - V 591/08 - RGZ 72, 133, 135 ff.

³⁹⁷ z.B. BGH Urt. v. 20.11.1995 - II ZR 209/94 - NJW 1996, 1051; BGH Urt. v. 8.12.1989 - V ZR 259/87 - NJW 1990, 1661, 1662; MüKoBGB/*Armbrüster*, § 123, Rn. 73; BeckOK-BGB/*Wendtland*, § 123, Rn. 23 f.

³⁹⁸ BGH Urt. v. 17.4.1986 - III ZR 246/84 - NJW-RR 1987, 59, 60.

³⁹⁹ MüKoBGB/*Armbrüster*, § 123, Rn. 73; BeckOK-BGB/*Wendtland*, § 123, Rn. 23 f.

Vertragshändler schützen und muss aus diesem Grund restriktiv ausgelegt werden.⁴⁰⁰ Eine zu enge Auslegung des Begriffs des Dritten birgt jedoch das Risiko, faktisch eine verschuldensunabhängige Haftung des Vertragshändlers für arglistig täuschendes Verhalten des Herstellers zu konstruieren. Allerdings muss die Eigenschaft des Dritten immer dann abgelehnt werden, wenn ein besonderes Näheverhältnis des Täuschenden zum Erklärungsempfänger gegeben ist, damit der Erklärende (der Käufer) nicht völlig schutzlos ist.

Um die Stellung als Dritter abzulehnen, ist ausreichend, wenn der Täuschende (Hersteller) nach außen hin als Vertrauensperson des Erklärungsempfängers (Vertragshändlers) erscheint, sofern dieser Rechtsschein dem Erklärungsempfänger (Vertragshändler) zugerechnet werden kann.⁴⁰¹ Maßgeblich ist also der objektive Empfängerhorizont. Dritte können damit nur diejenigen sein, die nach außen hin unter keinem rechtlichen Gesichtspunkt dem Kreis des Erklärungsempfängers zurechenbar sind.⁴⁰² Im Zweifel ist der Täuschende nicht als Dritter einzuordnen.⁴⁰³

Um zu entscheiden, ob nach außen hin der Eindruck erweckt wird, zwischen dem arglistig täuschenden Hersteller und dem Vertragshändler bestehe ein besonderes Vertrauensverhältnis und diese stünden daher im selben Lager, müssen mithin alle Umstände des Einzelfalls beachtet und eine wertende Gesamtbetrachtung vorgenommen werden:

Zunächst wird gegen ein besonderes Vertrauensverhältnis angeführt, dass Vertragshändler und Hersteller auf verschiedenen Marktstufen tätig sind und daher voneinander unabhängige

⁴⁰⁰ MüKoBGB/*Armbrüster*, § 123, Rn. 74.

⁴⁰¹ OLG München Urt. v. 3.7.2017 - 21 U 4818/16 - BeckRS 2017, 119589, Rn. 14 f.; OLG Koblenz Urt. v. 7.9.2017 - 1 U 302/17 - NJW-RR 2018, 54, Rn. 28; LG München I Urt. v. 14.4.2016 - 23 O 23033/15 - BeckRS 2016, 10952, Rn. 20 ff.

⁴⁰² So auch Grüneberg/*Ellenberger*, § 123, Rn. 13; Staudinger/*Singer/von Finckenstein*, §§ 90 - 124; §§ 130 - 133 BGB, § 123, Rn. 53.

⁴⁰³ So auch Grüneberg/*Ellenberger*, § 123, Rn. 13; Staudinger/*Singer/von Finckenstein*, §§ 90 - 124; §§ 130 - 133 BGB, § 123, Rn. 53.

Gewinninteressen verfolgen.⁴⁰⁴ Der primäre Geschäftszweck eines Vertragshändlers besteht in dem Handel mit Neufahrzeugen im Verhältnis zum Endkunden sowie in der Erbringung von Service- und Wartungsdienstleistungen. Der Geschäftszweck des Herstellers besteht dagegen in der Produktion von Fahrzeugen und in der Belieferung der Weiterverkäufer. Zudem sind die Gewinninteressen von Hersteller und Vertragshändler gegenläufig ausgerichtet: Während der Vertragshändler die Fahrzeuge zu einem möglichst niedrigen Preis vom Hersteller erwerben möchte, um mit dem Weiterverkauf möglichst hohe Gewinne zu erzielen, hat der Hersteller ein gewichtiges Interesse daran, Fahrzeuge zu einem möglichst hohen Preis an die Vertragshändler abzusetzen, um bereits auf dieser vorgelagerten Marktstufe seine Gewinne zu maximieren.

Es muss jedoch beachtet werden, dass diese unabhängigen Gewinninteressen nach außen hin für den Kunden nicht erkennbar sind und daher einen einmal gesetzten Rechtsschein hinsichtlich eines besonderen Vertrauensverhältnisses nicht beseitigen können. Ein Vertrauensverhältnis kann vielmehr auch dann bestehen, wenn sowohl der Vertragshändler, als auch der Hersteller ein Interesse daran haben, unabhängig vom jeweils anderen möglichst hohe Gewinne zu erzielen. Darüber hinaus ist zu berücksichtigen, dass die Interessen des erklärenden Käufers und des Vertragshändlers als Erklärungsempfänger gegenläufig sind, während die Interessen von Vertragshändler und Hersteller jedenfalls gleichermaßen auf Gewinnerzielung gerichtet sind, wenngleich sie selbstständig voneinander bestehen. Das Ziel der Gewinnerzielung sowohl beim Hersteller als auch beim Vertragshändler ist auch aus Sicht eines durchschnittlichen Käufers nach außen erkennbar. Unter Berücksichtigung der Interessenlage steht der Hersteller dem

⁴⁰⁴ So z.B. OLG München Urt. v. 11.9.2019 - 17 U 3109/19 - BeckRS 2019, 26530, Rn. 21; OLG Köln Hinweisbeschl. v. 14.6.2018 - 5 U 82/17 - BeckRS 2018, 21349, Rn. 8; OLG Köln Beschl. v. 16.3.2018 - 16 U 110/17 - BeckRS 2018, 8837, Rn. 8; OLG Hamm Beschl. v. 18.5.2017 - 2 U 39/17 - BeckRS 2017, 115495, Rn. 5. OLG Köln Beschl. v. 16.3.2018 - 16 U 110/17 - BeckRS 2018, 8837, Rn. 8.

Vertragshändler mithin näher als dem Käufer. Aus diesem Grund können selbstständige Gewinninteressen die Eigenschaft des Herstellers als Dritter im Sinne von § 123 Abs. 2 S. 1 BGB nicht begründen.

Vielmehr ergibt sich ein besonderes Näheverhältnis zwischen Hersteller und Vertragshändler aus der Sicht des Käufers bereits aus der Gestaltung der Verkaufsräume des Vertragshändlers, die regelmäßig einheitlich nach den Vorgaben des Herstellers gestaltet werden, wobei dessen Logo und dessen gesamtes Werbematerial verwendet wird.⁴⁰⁵ Wenn ein durchschnittlicher Kunde ein Fahrzeug anschafft wird er auf die Frage hin, wo er dieses gekauft hat, beispielsweise antworten „bei VW in Köln“ oder „bei Opel in Frankfurt“. Dass der Käufer mit dem Namen des konkreten Vertragshändlers antwortet, wird dagegen nur sehr selten vorkommen. Allenfalls Käufer, die in der Automobilbranche als fachkundig anzusehen sind, werden dazu in der Lage sein, klar zwischen Hersteller einerseits und Vertragshändler andererseits zu trennen. Dem Durchschnittskäufer fällt beim Besuch der Geschäftsräume des Vertragshändlers sofort die Werbung des Herstellers ins Auge. Vertragshändler verwenden in der Regel nicht nur die Verkaufskataloge der Hersteller, sondern auch ihre Werbeplakate, Aufsteller, sowie alle sonstigen Werbeartikel und gestalten zudem die gesamten Verkaufsräume einheitlich nach den Herstellervorgaben. Weiterhin stellt der Hersteller seinen

⁴⁰⁵ Nach der gegenläufigen Ansicht von OLG Köln Beschl. v. 16.3.2018 - 16 U 110/17 - BeckRS 2018, 8837, Rn. 8; OLG Hamm Beschl. v. 18.5.2017 - 2 U 39/17 - BeckRS 2017, 115495, Rn. 5 und OLG Hamm Beschl. v. 29.6.2017 - 2 U 74/17 - BeckRS 2017, 135606, Rn. 8 ist die Nutzung der Herstellerwerbung und des Herstellerrufes durch den Vertragshändler im Wirtschaftsleben üblich und kann daher für sich genommen eine Zurechnung arglistigen Verhaltens nicht begründen. Nach Ansicht von OLG Karlsruhe Hinweisbeschl. v. 11.6.2019 - 13 U 247/18 - BeckRS 2019, 37319, Rn. 20 und OLG Köln Hinweisbeschl. v. 14.6.2018 - 5 U 82/17 - BeckRS 2018, 21349, Rn. 8 f. handelt es sich bei der Verwendung von Prospekten des Herstellers und bei der Gestaltung der Verkaufsräume (insbesondere mit dem Logo des Herstellers) sowie der Werbung nach den Vorgaben des Herstellers lediglich um ein Mittel der Werbung mit dem Ziel, den eigenen Absatz zu steigern. Beim Kunden entstehe dadurch nicht der Eindruck, der Vertragshändler habe Einfluss auf die Fahrzeugkonzeption. Vielmehr könne von einem durchschnittlichen Kunden erwartet werden, dass dieser zwischen Hersteller und Vertragshändler differenzieren kann.

Vertragshändlern regelmäßig eine Reihe von Unterlagen, beispielsweise Markenzeichen, Bestellunterlagen und AGB, zur Verfügung, die für die Vertragsabschlüsse mit dem Endkunden verwendet werden. Dadurch bekommt der durchschnittliche Käufer den Eindruck, der Vertragshändler stehe im Lager des Herstellers und werde für diesen tätig. Der Hersteller erscheint gerade nicht als ein am Geschäft Unbeteiligter. Vielmehr ist aus der Sicht eines durchschnittlichen Käufers zu besorgen, dass der Vertragshändler aufgrund seiner faktischen Nähe zum Hersteller eher dessen wirtschaftliche Interessen verfolgen wird, als den berechtigten Belangen des Kunden zu entsprechen.⁴⁰⁶ Dass der Vertragshändler die Herstellerwerbung nur dazu nutzt, um sich dessen Ruf zu eigen zu machen und so den eigenen Absatz zu fördern, ohne diesem tatsächlich nahe zu stehen, leuchtet dem Durchschnittskunden dagegen nicht ohne einen entsprechenden Hinweis ein.

Darüber hinaus wird sich der durchschnittliche Käufer auch keine differenzierten Gedanken darüber machen, ob der konkrete Verkäufer in Person auf die technische Konzeption des Fahrzeugs Einfluss hat. Indem es bei einem Vertragshändler heutzutage möglich ist, einen Neuwagen nach den eigenen Wünschen hinsichtlich der Optik, der Ausstattung und der Motorisierung frei zu konfigurieren und diesen sodann zu bestellen, wird vielmehr der beim Kunden durch die Nutzung der Herstellerwerbung erweckte Eindruck verstärkt, es handele sich bei dem Vertragshändler um eine „Filiale des Herstellers“ und dieser habe auf die Gestaltung des Fahrzeuges insofern Einfluss, als er die Konfiguration vornimmt. Auch das häufige Angebot der VW-Vertragshändler, das Fahrzeug direkt im Werk des Herstellers (der VW Erlebniswelt) abzuholen, erweckt bei einem durchschnittlichen Kunden den Eindruck, als handele es sich bei dem Vertragshändler um einen Teil der Vertriebsorganisation des Herstellers.

⁴⁰⁶ So auch LG Krefeld Urt. v. 14.9.2016 - 2 O 72/16 - BeckRS 2016, 16674.

Zudem sind die Vertragshändler fest in die Vertriebsorganisation des Herstellers eingegliedert und unterliegen dessen Weisungen, sodass der Hersteller auf seine Vertragshändler erheblichen Einfluss nehmen kann. Sie sind vertraglich derart an die Vorgaben des Herstellers gebunden, dass sie nahezu keinerlei eigene Entscheidungsfreiheit haben. Zwischen Vertragshändler und Hersteller bestehen enge vertragliche Verpflichtungen und nicht nur lose Geschäftsbeziehungen. Dies kommt nicht nur in den Vorgaben des Herstellers zur Gestaltung des öffentlichen Auftritts des Vertragshändlers, zur Verwendung der Herstellerprospekte, zur Gestaltung der Werbung und der Verkaufsräume, zur Ausstattung der Werkstatt und zur Verwendung von Unterlagen zum Ausdruck, sondern auch darin, dass der Hersteller das Verkaufs- und Werkstattpersonal seiner Vertragshändler schult und unterweist. Bestellt der Kunde ein bestimmtes Fahrzeug beim Vertragshändler, so kauft der Vertragshändler eben dieses Fahrzeug nahezu reflexartig beim Hersteller ein. Bereits aus diesem Grund kann der Hersteller nicht als ein am Geschäft Unbeteiligter angesehen werden. Die enge Verbindung zwischen Vertragshändler und Hersteller zeigt sich zuletzt darin, dass der Vertragshändler auf die Datenbank des Herstellers zugreifen und dem Kunden so Auskunft über verschiedene Ausstattungsvarianten von Neufahrzeugen sowie deren Liefertermine erteilen kann. Die feste organisatorische Einbindung der Vertragshändler in die Vertriebsorganisation des Herstellers sowie ihre Weisungsgebundenheit kommen auch nach außen gegenüber dem Endkunden zum Ausdruck und vermitteln diesem nach Treu und Glauben unter Berücksichtigung der Verkehrssitte den Eindruck, als sei der Vertragshändler Teil der Organisation des Herstellers. Dieser Eindruck wird gefestigt, wenn man beachtet, dass der Käufer Wartungsarbeiten am Fahrzeug während der Laufzeit der Herstellergarantie bei einem Vertragshändler durchführen lassen muss, um die Gefahr des Verlustes der Herstellergarantie auszuschließen. Auch Leasingfahrzeuge müssen stets in einer Vertragswerkstatt gewartet

und im Falle eines Schadens repariert werden. Aus der Sicht des Endkunden handeln Hersteller und Vertragshändler bei dem Vertrieb der Fahrzeuge folglich arbeitsteilig, wobei der wirtschaftliche Erfolg des Vertragshändlers unmittelbar dem Hersteller zugutekommt.⁴⁰⁷ Aufgrund der dargestellten tatsächlichen und wirtschaftlichen Abhängigkeit des Vertragshändlers vom Hersteller entsteht bei einem objektiven Kunden der Eindruck eines besonderen Näheverhältnisses dergestalt, dass der Vertragshändler im Lager des Herstellers steht.

Selbst wenn der Verkäufer (zum Beispiel im Vertrag oder auf der Website) klar als Vertragshändler bezeichnet wird, ermöglicht dies dem durchschnittlichen Käufer die Unterscheidung nicht. Ihm fehlt in der Regel viel mehr das Wissen darüber, inwiefern sich ein selbstständiger Vertragshändler von einer unselbstständigen Konzerntochter, die ebenfalls die Herstellerwerbung verwendet und ihre Geschäftsräume entsprechend gestaltet, in rechtlicher Hinsicht unterscheidet.

Eine Zurechnung entspricht auch der Billigkeit und der Interessenlage der Beteiligten. Sie ermöglicht den Endkunden die Geltendmachung von Gewährleistungsrechten gegenüber ihren Vertragshändlern, ohne letztere zu stark zu benachteiligen, da sie ihrerseits Gewährleistungsrechte gegenüber dem Hersteller geltend machen und so bei diesem Regress nehmen können. Die Vertragshändler werden durch ein Rücktrittsrecht des Käufers nicht unbillig belastet, da sie ihrerseits gemäß § 445a Abs. 2 BGB ohne die Setzung einer Frist im Verhältnis zum Hersteller zurücktreten können. Zudem hat der Hersteller den Vertragshändlern im Rahmen des Schadensersatzes (§§ 280, 823, 826 BGB) sämtliche Schäden zu ersetzen, die diesen infolge der Manipulation entstehen. Mithin haftet am Ende der Hersteller, der die arglistige Täuschung verübt hat. Dies erscheint nicht nur interessengerecht, sondern steht auch mit der Grundwertung in Einklang, dass eine Arbeitsteilung

⁴⁰⁷ So auch: *Graf von Westphalen*, NJW 1982, 2465.

aus Gründen des durch sie entstehenden ökonomischen Vorteils grundsätzlich möglich sein soll, aus ihr jedoch kein Vorteil in rechtlicher Hinsicht gezogen werden darf.⁴⁰⁸ Müsste der Vertragshändler sich ein täuschendes Verhalten des Herstellers dagegen nicht zurechnen lassen, so würde er vollständig von der Haftung befreit, was einen rechtlichen Vorteil auf Kosten des Käufers darstellen würde. Er könnte im Wege des selektiven Vertriebssystems von dem Ruf des Herstellers profitieren, da der Käufer Vertragshändler und Hersteller als Einheit wahrnimmt, ohne andererseits in rechtlicher Hinsicht für den Hersteller einstehen zu müssen. In der Folge hätte auch der arglistig handelnde Hersteller, der dann keinen Regress seiner Vertragshändler fürchten müsste, einen rechtlichen Vorteil. Bilden Vertragshändler und Hersteller aus Käufersicht jedoch eine rechtliche Einheit, so muss sich dies auch zulasten des Vertragshändlers auswirken können, wenn zum Beispiel der Käufer eine Nacherfüllung durch den Hersteller ablehnt. Ein abweichendes Ergebnis entspräche nicht der Billigkeit und muss daher vermieden werden. Der Käufer darf durch die Zwischenschaltung eines Vertragshändlers gerade nicht schlechter gestellt werden, als wären Hersteller und Vertragshändler ein- und dieselbe juristische Person.

Eine Zurechnung entspricht darüber hinaus dem Grundsatz der Einheit der Rechtsordnung innerhalb des BGB: In der Rechtsprechung zur deliktischen Haftung des Herstellers wird der Vertragshändler zum Teil richtigerweise als absichtslos-doloses Werkzeug des Herstellers und der Hersteller als mittelbarer Täter eines Betruges gemäß §§ 263, 25 Abs. 1 Fall 2 StGB angesehen.⁴⁰⁹ Das Werkzeug ist im Verhältnis zum mittelbaren Täter jedoch nie

⁴⁰⁸ *Weller*, NJW 2012, 2312, 2315.

⁴⁰⁹ LG Nürnberg-Fürth Ur. v. 27.4.2017 - 8 O 3707/16 - BeckRS 2017, 154350, Rn. 35; LG Nürnberg-Fürth Ur. v. 27.4.2017 - 8 O 5990/16 - BeckRS 2017, 155567, Rn. 36; LG Nürnberg-Fürth Ur. v. 27.4.2017 - 8 O 6120/16 - BeckRS 2017, 155565, Rn. 33.

als Dritter im Sinne von § 123 Abs. 2 S. 1 BGB anzusehen⁴¹⁰, vielmehr besteht hier ein besonderes Näheverhältnis, das eine Zurechnung des arglistig täuschenden Herstellerverhaltens begründet.

Einer Zurechnung des arglistig täuschenden Herstellerverhaltens über den Rechtsgedanken aus § 123 Abs. 2 S. 1 BGB steht zuletzt nicht entgegen, dass eine Einordnung des Vertragshändlers als Erfüllungsgehilfe im Sinne von § 278 BGB ausscheidet.⁴¹¹ Während § 278 BGB das Vorliegen ein- und desselben Pflichtenkreises voraussetzt und damit sehr eng gefasst ist, genügt es für die Zurechnung von Arglist gemäß § 123 Abs. 2 S. 1 BGB, dass zwischen Vertragshändler und Hersteller ein besonderes Vertrauensverhältnis besteht, der Vertragshändler dem Hersteller mithin näher steht als sonstigen Personen. Es lässt sich zwar der Rückschluss ziehen, dass eine Person, die als Erfüllungsgehilfe des Herstellers einzuordnen ist, nicht zugleich die Eigenschaft eines Dritten aufweisen kann⁴¹², da ein identischer Pflichtenkreis regelmäßig auf die im Rahmen von § 123 Abs. 2 S. 1 BGB erforderliche Nähebeziehung schließen lässt. Keinesfalls folgt daraus jedoch im Umkehrschluss zwingend, dass eine Person, die nicht als Erfüllungsgehilfe einzuordnen ist, zwingend als Dritter anzusehen ist. Auch wenn kein identischer Pflichtenkreis vorliegt, kann zwischen den Parteien gleichwohl ein besonderes Näheverhältnis bestehen.

Nach alledem ist der Hersteller nach außen hin nicht als Dritter im Verhältnis zum Vertragshändler anzusehen, sodass es im Rahmen von § 123 Abs. 2 S. 1 BGB für die Einstandspflicht des Vertragshändlers für die arglistige Täuschung des Herstellers auf

⁴¹⁰ So auch BGH Urt. v. 22.1.1990 - II ZR 25/89 - NJW 1990, 1915; LG Amberg Urt. v. 7.9.2017 - 24 O 1012/16 - BeckRS 2017, 123953, Rn. 79; Jauernig/*Mansel*, BGB, § 123, Rn. 10.

⁴¹¹ Unrichtig daher: OLG München Urt. v. 3.7.2019 - 3 U 4029/18 - BeckRS 2019, 13213, Rn. 28 a.E.

⁴¹² BGH Urt. v. 26.8.2014 - VIII ZR 335/13 - BeckRS 2014, 17609, Rn. 15; BGH Urt. v. 30.3.2011 - VIII ZR 94/10 - NJW 2011, 2874, 2875, Rn. 15; BGH Urt. v. 28.9.1988 - VIII ZR 160/87 - NJW 1989, 287, 288.

eine Kenntnis oder ein Kennenmüssen nicht ankommt. § 123 Abs. 2 S. 1 BGB begründet mithin die Zurechnung des arglistigen Herstellerverhaltens an den Vertragshändler. Als Folge ist in dem Einbau der die Abgasmessung beeinflussenden Software in das zum Verkauf stehende Fahrzeug durch den Hersteller zugleich eine arglistige Täuschung des Vertragshändlers gegenüber dem Kunden zu sehen.

3. Kausalität der Täuschung

Die arglistige Täuschung ist regelmäßig auch kausal für die Abgabe der Willenserklärung des Käufers zum Vertragsschluss. Dieser hätte seine Erklärung mithin in Kenntnis des Mangels nicht oder nicht so abgegeben.⁴¹³ Ausreichend ist dabei, dass die Täuschung für die Abgabe der Willenserklärung mitursächlich geworden ist, sie muss folglich nicht die alleinige Ursache der Willenserklärung sein.⁴¹⁴

Das Vorhandensein einer unzulässigen Abschaltvorrichtung, die der Zulassung des Fahrzeuges entgegensteht und daher die latente Gefahr einer Betriebsuntersagung durch die Straßenverkehrsbehörde begründet, stellt selbstverständlich einen Umstand dar, der für die Kaufentscheidung des Kunden von Relevanz ist. Mit dem Fahrzeugkauf wird ein Fortbewegungszweck verfolgt, der durch ein Fahrzeug, dem die Stilllegung droht, nicht gleichermaßen erfüllt wird, wie durch ein zurecht zugelassenes Fahrzeug.

Die durch die Abschaltvorrichtung vorgetäuschten Emissionswerte führen darüber hinaus zur Einordnung des Fahrzeuges in eine bestimmte Schadstoffklasse, die wiederum Auswirkungen auf die Zulassungsfähigkeit, die Besteuerung, die

⁴¹³ BGH Urt. v. 22.11.1991 - V ZR 215/90 - NJW-RR 1992, 333, 334; BGH Urt. v. 12.11.2010 - V ZR 181/09 - NJW 2011, 1279, Rn. 14; BGH Urt. v. 15.4.2014 - VIII ZR 80/14 - NJW 2015, 1669, Rn. 16.

⁴¹⁴ LG Braunschweig Urt. v. 27.9.2016 - 7 O 585/16 - juris, Rn. 35.

Wiederverkaufsmöglichkeiten sowie die Befahrbarkeit von Umweltzonen hat. Da diese Aspekte für den Käufer von erheblicher Bedeutung sind, ist davon auszugehen, dass Umweltaspekte bei der Kaufentscheidung jedenfalls nicht vollständig außer Betracht bleiben.

Enthält das gekaufte Fahrzeug eine unzulässige Abschaltvorrichtung und wohnt ihm daher die latente Gefahr einer Stilllegung inne, so hätte ein durchschnittlicher Käufer den Kaufvertrag mit dem Vertragshändler nicht abgeschlossen, wenn er im Vorfeld von dem Vorhandensein der Abschaltvorrichtung Kenntnis gehabt hätte.

4. Aufsicht des Kraftfahrtbundesamtes im Rahmen der Nachbesserung lässt Vertrauensverlust nicht entfallen

Ein aus einem arglistigen Verhalten des Verkäufers resultierender Vertrauensverlust des Käufers, der die Pflichtverletzung erheblich macht, kann jedoch nicht angenommen werden, wenn besondere Umstände vorliegen, die erwarten lassen, dass eine ordnungsgemäße Nachbesserung stattfinden wird.⁴¹⁵

Denkbar wäre, diese besonderen Umstände darin zu sehen, dass die Nachbesserungsarbeiten des Herstellers unter der staatlichen Aufsicht des Kraftfahrtbundesamtes erfolgen.⁴¹⁶ Dagegen ist jedoch einzuwenden, dass das Kraftfahrtbundesamt bereits bei der erstmaligen Erteilung der Typengenehmigung die unzulässige Abschaltvorrichtung übersehen hat, sodass das Vertrauen des Käufers in das Kraftfahrtbundesamt erschüttert wurde. Die Aufsicht des Kraftfahrtbundesamtes im Rahmen der Nacherfüllung lässt den beim Käufer eingetretenen Vertrauensverlust also nicht ohne weiteres entfallen.

⁴¹⁵ So BGH Urt. v. 9.1.2008 - VIII ZR 210/06 - NJW 2008, 1371, Rn. 20.

⁴¹⁶ So LG Paderborn Urt. v. 17.5.2016 - 2 O 381/15 - BeckRS 2016, 16658; LG Paderborn Urt. v. 9.6.2016 - 3 O 23/16 - BeckRS 2016, 13271, Rn. 32.

5. Zwischenergebnis

Ein eigenes arglistiges Verhalten des Vertragshändlers ist mangels Kenntnis von dem Vorhandensein der die Abgasmessung beeinflussenden Software abzulehnen. Allerdings kann diesem das arglistige Herstellerverhalten über § 123 Abs. 2 S. 1 BGB zugerechnet werden. Dies führt bereits für sich genommen zu einer nachhaltigen Störung des Vertrauensverhältnisses zwischen Käufer und Vertragshändler, sodass die Pflichtverletzung als erheblich anzusehen ist.

VII. Nachhaltige Störung des Vertrauensverhältnisses zum Hersteller

Die Erheblichkeit der Pflichtverletzung rührt weiterhin aus einer nachhaltigen Störung des zwischen den Vertragsparteien bestehenden Vertrauensverhältnisses her. Dass eine solche auch im Verhältnis zwischen Käufer und Vertragshändler vorliegt, ergibt sich aus der Besonderheit der Nacherfüllung in den Dieselfällen:

Die Nacherfüllung kann gerade nicht durch den Verkäufer alleine vorgenommen werden, sondern erfolgt durch das Aufspielen eines vom Hersteller entwickelten Software-Updates. Der Verkäufer ist für die Nacherfüllung mithin in besonderer Weise auf die Mitwirkung des Herstellers angewiesen. Es gilt zu beachten, dass die Entwicklung des Software-Updates durch den Hersteller gegenüber seinem Aufspielen durch den Vertragshändler zum einen deutlich mehr Zeit in Anspruch nimmt und zum anderen deutlich mehr Sachverstand voraussetzt. Darüber hinaus ist es wohl unmöglich, dass jeder einzelne Verkäufer selbst zur Entwicklung einer Software-Lösung in der Lage wäre. Eher denkbar wäre, dass der Hersteller das Software-Update nach der Entwicklung selbst auf alle betroffenen Fahrzeuge aufspielt. Es ist also eher möglich, die Handlung des Vertragshändlers bei der Nacherfüllung hinwegzudenken, als die Handlung des Herstellers. Der Verkäufer nimmt damit nur einen untergeordneten Akt der gesamten

Nacherfüllung vor. Folglich liegt der Schwerpunkt der Nacherfüllungshandlung in den Diesel-Fällen eindeutig in der Entwicklung des Software-Updates durch den Hersteller und nicht in dessen Aufspielen durch die Verkäufer. Der Verkäufer ist bezogen auf die Nacherfüllung vielmehr nur als „einflussloses Ausführungsorgan“⁴¹⁷ des Herstellers anzusehen und steht zu diesem aufgrund des selektiven Vertriebssystems zudem in engster Verbindung. Aus diesem Grund muss es für die Frage der nachhaltigen Störung des Vertrauensverhältnisses, die die Erheblichkeit der Pflichtverletzung begründet, maßgeblich auf eine Störung des Vertrauensverhältnisses zwischen Käufer und Hersteller ankommen⁴¹⁸, die sodann Ausstrahlungswirkung auf das Verhältnis zwischen Käufer und Vertragshändler entfaltet.⁴¹⁹ Dies berücksichtigt auch die Interessen des Vertragshändlers hinreichend, da dieser im Falle eines Rücktrittes des Käufers vom Kaufvertrag Regressansprüche im Verhältnis zum Hersteller geltend machen, insbesondere gemäß § 445a Abs. 2 BGB seinerseits ohne die Setzung einer Frist zurücktreten kann.

Sein Vertrauen in den Hersteller hat ein durchschnittlicher Käufer bereits aufgrund der Installation der unzulässigen Abschaltvorrichtung verloren.⁴²⁰ Der durchschnittliche Käufer befürchtet, dass das Aufspielen des Software-Updates nicht zur Mangelbeseitigung ausreicht, denn es wäre anderenfalls nicht nachvollziehbar, warum der Hersteller das Update nicht von vorneherein auf die betroffenen Motoren aufgespielt hat, sodass diese durchgehend im optimierten Betriebsmodus betrieben worden wären.⁴²¹ Dieser Widerspruch deutet auf eine Täuschung des

⁴¹⁷ Zutreffend *Bachmeier*, DAR 2016, 538, 539.

⁴¹⁸ So auch LG Köln Ur. v. 18.4.2017 - 4 O 177/16 - BeckRS 2017, 124755, Rn. 13.

⁴¹⁹ So auch: LG Köln Ur. v. 18.5.2017 - 2 O 422/16 - BeckRS 2017, 110672, Rn. 22; LG Bückeburg Ur. v. 11.1.2017 - 2 O 39/16 - BeckRS 2017, 102958; LG Krefeld Ur. v. 14.9.2016 - 2 O 72/16 - BeckRS 2016, 16674; LG Krefeld Ur. v. 14.9.2016 - 2 O 83/16 - NJW-RR 2016, 1397, 1399; ablehnend OLG Saarbrücken Ur. v. 15.1.2020 - 2 U 7/19 - BeckRS 2020, 62, Rn. 31.

⁴²⁰ So auch: LG Mönchengladbach Ur. v. 1.6.2017 - 10 O 84/16 - BeckRS 2017, 132861, Rn. 36.

⁴²¹ So auch LG Hamburg Ur. v. 7.3.2018 - 329 O 105/17 - DAR 2018, 273, 276.

Herstellers gegenüber dem Endkunden hin, die das Vertrauensverhältnis stark zerrüttet. Der Vertrauensverlust gegenüber dem Hersteller strahlt wegen der insoweit bestehenden engen Verbindung auch auf das Verhältnis zum Vertragshändler aus. Es darf insoweit keinen Unterschied machen, ob der Käufer das Fahrzeug direkt vom Hersteller oder von einem Vertragshändler erwirbt. Auch kann es nicht darauf ankommen, ob es auf Seiten des Vertragshändlers faktisch zu einer Risikoverdopplung käme, wenn diesen zugleich die aus einer Zerstörung des Vertrauensverhältnisses zwischen Käufer und Hersteller folgenden negativen Konsequenzen treffen würden. Zwar setzt sich der Käufer, wenn er mit einem Vertragshändler kontrahiert, anstatt das Fahrzeug unmittelbar beim Hersteller zu erwerben, bewusst dem Risiko aus, dass er den Vertragshändler als zwischengeschaltete Instanz nicht für jegliches Herstellerverhalten verantwortlich machen kann. Allerdings ist es heutzutage üblich, dass große Automobilhersteller Vertragshändler zwischenschalten, anstatt unmittelbar mit dem Kunden zu kontrahieren, sodass der einzelne Käufer hierauf wenig Einfluss hat. Die interne Organisations- und Absatzstruktur des Herstellers darf deshalb nicht zum Nachteil des Käufers gereichen. Darüber hinaus liegt der Kern der Nacherfüllung in den Diesel-Fällen wie bereits ausgeführt nicht in dem Aufspielen des Software-Updates durch den Vertragshändler, sondern vielmehr in der Entwicklung des Updates durch den Hersteller. Damit nimmt im Wesentlichen der Hersteller die Nacherfüllungshandlung vor, sodass es für einen möglichen Vertrauensverlust, der die Nacherfüllung für den Käufer unzumutbar macht, alleine auf das Verhältnis zwischen Käufer und Hersteller ankommt. Indem der Hersteller eine unzulässige Abschaltvorrichtung installiert hat, um eine besondere Umweltfreundlichkeit seiner Fahrzeuge vorzutäuschen und so gegenüber anderen Automobilherstellern Wettbewerbsvorteile zu erlangen, hat er das Vertrauen seiner Käufer erheblich enttäuscht.

Dies ist aufgrund der Besonderheit der Personenkonstellation in den Dieselfällen bei der Beurteilung der Erheblichkeit der Pflichtverletzung zu berücksichtigen.

VIII. Folgemängel

Eine Erheblichkeit der Pflichtverletzung folgt ebenfalls aus den von dem Update verursachten Folgemängeln, namentlich einem Kraftstoffmehrverbrauch bei gleicher Leistung (oder umkehrt: Leistungseinbußen bei gleichem Kraftstoffverbrauch) und dem höheren Verschleiß des Dieselpartikelfilters.

Hinsichtlich des Kraftstoffmehrverbrauches als möglicher Folgemangel vertritt der BGH die Ansicht, dass ein solcher erst dann einen erheblichen Mangel darstelle, wenn das Fahrzeug mindestens 10 % mehr verbraucht als ursprünglich als durchschnittlicher Verbrauch angegeben wurde.⁴²² Eine verminderte Motorleistung sei nach der Rechtsprechung bei einer Leistungseinbuße von über 5 % als erheblich anzusehen.⁴²³ Ist die Höhe des Kraftstoffmehrverbrauchs sowie die konkrete Leistungseinbuße zwischen den Parteien streitig, so muss diesbezüglich eine Beweisaufnahme stattfinden. Die konkrete Abweichung der Leistung bzw. des Verbrauchs muss nach Aufspielen des Software-Updates und ggf. nach Einbau des Strömungsgleichrichters auf dieselbe Weise gemessen werden, wie die ursprünglich angegebenen Werte. Dabei verbietet es sich jedoch, Prüfstandwerte mit Realwerten zu vergleichen⁴²⁴, da eine geringfügige Abweichung üblich ist. Auch sei eine starre Grenzziehung häufig nicht möglich.⁴²⁵

Nach Messungen des ADAC, die an Fahrzeugen der Volkswagen-AG durchgeführt wurden, stieg der im NEFZ gemessene Normverbrauch nach der Durchführung des Software-Updates je

⁴²² BGH Urt. v. 8.5.2007 - VIII ZR 19/05 - NJW 2007, 2111, 2112.

⁴²³ OLG Düsseldorf Urt. v. 7.9.2005 - I-3 U 8/04 - NJW 2005, 3504, 3505.

⁴²⁴ *Steenbuck*, MDR 2016, 185, 188.

⁴²⁵ *Lempp*, SVR 2015, 441, 442.

nach Fahrzeug um 8,6% - 15%.⁴²⁶ Dies zeigt, dass die vom BGH aufgestellte Erheblichkeitsschwelle von 10% im Einzelfall sehr wohl überschritten sein kann. Dies muss jedoch durch Nachmessen für jedes betroffene Fahrzeugmodell gesondert festgestellt werden.

Technisch zwingend folgt aus dem Aufspielen des Software-Updates und der damit verbundenen höheren Abgasrückführungsrate jedoch eine stärkere Belastung des Dieselpartikelfilters, da dieser häufiger freigebrannt werden muss, als vor dem Update. Das Update bewirkt also, dass der Dieselpartikelfilter deutlich früher ausgetauscht werden muss. Dieser Austausch verursacht beim Käufer je nach Fahrzeug Kosten zwischen 1000 und 2000 Euro.⁴²⁷ Es zeigt sich, dass die Kosten für den Austausch des Dieselpartikelfilters der Höhe nach erheblich sind und für den Durchschnittskäufer daher eine nennenswerte finanzielle Belastung darstellen.

Der nach dem Software-Update eintretende stärkere Verschleiß des Dieselpartikelfilters spricht bereits aufgrund der mit dem Austausch verbundenen hohen Kosten für die Erheblichkeit des Mangels. Hinzu kommt ein messbarer Kraftstoffmehrverbrauch bei Durchführung des NEFZ nach dem Update, wobei für jedes Fahrzeugmodell gesondert gemessen werden muss, ob dieser die vom BGH aufgestellte Erheblichkeitsschwelle von 10 % überschreitet.

Die Erheblichkeit der Pflichtverletzung lässt sich nach dem Beschluss des Bundesgerichtshofes vom 8. Dezember 2021⁴²⁸ umso mehr mit den nach Aufspielen des Software-Updates nicht auszuschließenden Folgemängeln am Fahrzeug begründen:

⁴²⁶ Focus Online, „So stark steigt der Verbrauch nach dem Diesel-Update von VW“, Artikel vom 14.8.2017, https://www.focus.de/auto/videos/adac-messung-so-stark-steigt-der-verbrauch-nach-dem-diesel-update-von-vw_id_5675856.html.

⁴²⁷ ADAC, „Diesel-Partikelfilter - Das müssen Sie wissen“, Artikel vom 10.12.2018, <https://www.adac.de/rund-ums-fahrzeug/reparatur-pflege-wartung/wartung-inspektion/diesel-partikelfilter-reinigung>.

⁴²⁸ BGH Beschl. v. 08.12.2021 - VIII ZR 280/20 - NJW 2022, 935.

Denn in diesem Beschluss hat sich der Bundesgerichtshof aufgrund der höheren Schutzbedürftigkeit des Käufers, der mangels eigener Sachkunde und mangels hinreichenden Einblicks in die komplexen technischen Zusammenhänge, insbesondere die Funktionsweise des Software-Updates, keine genaue Kenntnis von dessen Auswirkungen haben kann, für eine aus Käufersicht begrüßenswerte Herabsetzung der Substantiierungsanforderungen ausgesprochen. Der Käufer genüge seiner Substantiierungspflicht dadurch, dass er durch das Software-Update entstehende Folgeschäden in Form geringerer Leistungsfähigkeit des Motors bzw. erhöhter Verbrauchswerte, eines stärkeren Verschleißes des Dieselpartikelfilters, Versottungserscheinungen am Abgasrückführungsventil sowie durch kürzere Wartungsintervalle aufgrund gestiegenen Kontrollbedarfs höhere Wartungskosten, sowie die Entstehung eines merkantilen Minderwertes des Fahrzeuges schlüssig behauptet und auf entsprechende Vermutungen stützt.⁴²⁹ Die Behauptungen von ungewissen Auswirkungen eines Software-Updates, eines Vertrauensverlustes in den Fahrzeughersteller sowie eines erheblichen Wertverlustes der betroffenen Fahrzeuge stellen damit fortan substantiierten Sachvortrag dar. Der Käufer könne nicht dazu verpflichtet werden, nachvollziehbar darzulegen, dass sich der Preis des in Rede stehenden Fahrzeugtyps im Vergleich zum Gesamtmarkt für Dieselfahrzeuge oder zum Markt für andere als mit dem streitgegenständlichen Motor ausgerüstete Fahrzeuge der Volkswagen AG ungünstiger entwickelt habe. Denn eine derartige Darlegung wäre nur aufgrund einer umfassenden Marktanalyse möglich, die den Käufer in der Sache dazu zwänge, ein privates Gutachten einzuholen. Dies könne dem gegenüber dem Verkäufer schutzwürdigeren Käufer - richtigerweise - nicht zugemutet werden. Diese höchstrichterliche Rechtsprechung bewirkt eine nennenswerte Verbesserung der Rechtsposition des Käufers im

⁴²⁹ So auch BGH Urt. v. 21.07.2021 - VIII ZR 254/20 - NJW 2021, 2958, 2968 f. Rn. 85 ff.

Prozess gegen den insoweit über einen Wissensvorsprung verfügenden Verkäufer.

IX. Merkantiler Minderwert

Allein aus der Betroffenheit des Fahrzeugs vom Einbau der unzulässigen Abschaltvorrichtung ergibt sich zudem ein merkantiler Minderwert, da hierüber in den Medien bereits umfassend berichtet und damit eine kontroverse Diskussion in der Öffentlichkeit entfacht wurde, die zum Teil erhebliche Imageverluste der Hersteller zur Folge hat.⁴³⁰ Darüber hinaus ist in Deutschland eine Vielzahl von Klagen anhängig, was der Öffentlichkeit bekannt ist und zu einer Minderung des Wiederverkaufswertes führt.⁴³¹ Die Vielzahl anhängiger Klagen indiziert die Absicht der Käufer, sich vorzeitig von betroffenen Fahrzeugen zu trennen.⁴³²

Hintergrund ist, dass der Wert eines Kraftfahrzeuges maßgeblich von subjektiven Vorstellungen beeinflusst sein kann.⁴³³ In der Rechtsprechung⁴³⁴ ist anerkannt, dass der Vertrautheit mit einem Fahrzeug und dem Wissen um den Zustand des Fahrzeugs, insbesondere darum, welche Mängel aufgetreten und wie sie behoben worden sind, ein wirtschaftlicher Wert zukommt.⁴³⁴ Dies zeigt sich insbesondere daran, dass die Reparaturkosten bei Kraftfahrzeugen bis zu 130% des Wiederbeschaffungswertes betragen dürfen, ohne dass eine Reparatur als unverhältnismäßig

⁴³⁰ So auch LG Aachen Urt. v. 6.12.2016 - 10 O 146/16 - BeckRS 2016, 109959; LG Dortmund Urt. v. 29.9.2016 - 25 O 49/16 - BeckRS 2016, 19376; LG Krefeld Urt. v. 14.9.2016 - 2 O 83/16 - NJW-RR 2016, 1397; LG Krefeld Urt. v. 14.9.2016 - 2 O 72/16 - BeckRS 2016, 16674; LG München I Urt. v. 14.4.2016 - 23 O 23033/15 - BeckRS 2016, 10952, Rn. 41; LG Oldenburg Urt. v. 1.9.2016 - 16 O 790/16 - BeckRS 2016, 15963.

⁴³¹ So auch LG Köln Urt. v. 18.4.2017 - 4 O 177/16 - BeckRS 2017, 124755, Rn. 13.

⁴³² So auch LG Köln Urt. v. 18.4.2017 - 4 O 177/16 - BeckRS 2017, 124755, Rn. 13.

⁴³³ BGH Urt. v. 4.3.1976 - VI ZR 14/75 - NJW 1976, 1202, 1203.

⁴³⁴ BGH Urt. v. 15.10.1991 - VI ZR 315/90 - NJW 1992, 303; BGH Urt. v. 15.2.2005 - VI ZR 70/04 - NJW 2005, 1108, 1109.

anzusehen ist.⁴³⁵ Die Rechtsprechung gewährt dem Käufer, der sein vertrautes Fahrzeug nach einem Schaden weiter nutzen möchte, mithin einen Integritätszuschlag von 30%.⁴³⁶

Ein Wertverlust der betroffenen Fahrzeuge ist auch nach der Freigabe des Software-Updates durch das Kraftfahrtbundesamt anzunehmen.⁴³⁷ Dafür spricht, dass es für den Zweitkäufer eines Gebrauchtfahrzeugs regelmäßig relevant ist, ob das Fahrzeug unfallfrei ist und ob sonstige Mängel am Fahrzeug aufgetreten sind. Eine wirtschaftliche Bedeutung kommt folglich nicht nur dem gegenwärtigen Zustand des Fahrzeugs, sondern auch seinem vergangenen Zustand zu. Da seit dem öffentlichen Bekanntwerden der Abschaltvorrichtung die geringere Umweltfreundlichkeit der betroffenen Fahrzeuge auf der Hand liegt, ist zu erwarten, dass potentielle Erwerber auf dem Gebrauchtwagenmarkt entweder generell von betroffenen Fahrzeugen abgeschreckt sind⁴³⁸ oder jedenfalls nur noch zur Zahlung eines deutlich geringeren Preises bereit sind. Schließlich liegt es auf der Hand, dass kein durchschnittlich vernünftiger Mensch dazu bereit ist, für ein Fahrzeug mit unzulässiger Abschaltvorrichtung einen gleich hohen Preis zu bezahlen, wie für ein Fahrzeug, das keine solche Einrichtung aufweist. Der Preisverfall ergibt sich weiterhin daraus, dass seit dem Bekanntwerden der Abgasproblematik viele Eigentümer betroffener Fahrzeuge ein Interesse daran haben werden, diese abzustoßen. Dadurch kommt es auf dem Markt zu einem Überangebot betroffener Fahrzeuge und zu einer gleichzeitig zurückgehenden Nachfrage. Aus einem solchen Verhältnis von Angebot und Nachfrage resultieren selbstverständlich sinkende Marktpreise für die betroffenen Fahrzeuge. Jedenfalls wird sich ein vergleichbarer PKW, der von der unzulässigen Abschaltvorrichtung

⁴³⁵ St. Rspr. seit BGH Urt. v. 15.10.1991 - VI ZR 314/90 - NJW 1992, 302, 305; MüKoBGB/Oetker, § 251 BGB, Rn. 41.

⁴³⁶ St. Rspr. seit BGH Urt. v. 15.10.1991 - VI ZR 314/90 - NJW 1992, 302, 305; MüKoBGB/Oetker, § 251 BGB, Rn. 41.

⁴³⁷ So auch LG Arnsberg Urt. v. 12.5.2017 - 2 O 264/16 - NJW-RR 2017, 945, Rn. 56.

⁴³⁸ OLG Köln Beschl. v. 28.5.2018 - 27 U 13/17 - NZV 2018, 421, 423; OLG Köln Beschl. v. 20.12.2017 - 18 U 112/17 - NZV 2018, 72, 75, Rn. 45.

nie betroffen war, erwartungsgemäß besser und teurer weiterverkaufen lassen, als ein betroffener PKW, bei dem das Software-Update aufgespielt wurde. Dies gilt insbesondere, wenn man beachtet, dass das Software-Update eine Thermofenster-Programmierung enthält, die ihrerseits eine unzulässige Abschaltvorrichtung darstellt. Diese Wertminderung ist ausreichend, um das Leistungsinteresse des Käufers eines betroffenen Fahrzeuges erheblich zu beeinträchtigen.⁴³⁹

Darüber hinaus wird in den Medien öffentlich befürchtet, dass es zu Folgeschäden am Fahrzeug durch das Software-Update, beispielsweise einer negativen Veränderung der Kohlendioxidwerte, des Kraftstoffverbrauchs, der Motorleistung und der Haltbarkeit des Motors bzw. des Dieselpartikelfilters kommen kann.⁴⁴⁰ Bereits dies ist ausreichend, um die berechtigten Interessen eines verständigen Kunden zu beeinträchtigen und diesen vom Kauf abzuschrecken.⁴⁴¹ In jedem Fall aber mindert sich der erzielbare Verkaufspreis. Der begründete Verdacht solcher Folgemängel resultiert aus dem dargestellten Zielkonflikt zwischen günstigen Stickoxidwerten und günstigen Kohlendioxidwerten.⁴⁴² Hier muss berücksichtigt werden, dass auch die Ungewissheit hinsichtlich etwaiger Folgemängel, geeignet ist, die Erheblichkeit der Pflichtverletzung zu begründen.⁴⁴³ Aus Käufersicht macht die

⁴³⁹ So auch LG Kempten Ur. v. 29.3.2017 - 13 O 808/16 - BeckRS 2017, 106279, Rn. 75.

⁴⁴⁰ LG Hamburg Ur. v. 7.3.2018 - 329 O 105/17 - DAR 2018, 273, 276; LG Bückeburg Ur. v. 11.1.2017 - 2 O 39/16 - BeckRS 2017, 102958; LG Krefeld Ur. v. 14.9.2016 - 2 O 83/16 - NJW-RR 2016, 1397; LG Krefeld Ur. v. 14.9.2016 - 2 O 72/16 - BeckRS 2016, 16674; LG München II Ur. v. 15.11.2016 - 12 O 1482/16 - BeckRS 2016, 124448; LG Paderborn Ur. v. 9.6.2016 - 3 O 23/16 - BeckRS 2016, 13271, Rn. 29, 33; *Oechsler*, NJW 2017, 2865, 2866.

⁴⁴¹ So auch: LG Frankfurt Oder Ur. v. 17.7.2017 - 13 O 174/16 - BeckRS 2017, 136693, Rn. 65; LG Frankfurt Ur. v. 20.4.2017 - 2-04 O 220/16 - BeckRS 2017, 150064, Rn. 21; LG Kempten Ur. v. 29.3.2017 - 13 O 808/16 - BeckRS 2017, 106279, Rn. 75; LG Bückeburg Ur. v. 11.1.2017 - 2 O 39/16 - BeckRS 2017, 102958; LG Krefeld Ur. v. 14.9.2016 - 2 O 83/16 - NJW-RR 2016, 1397, 1400; ablehnend OLG Köln Hinweisbeschl. v. 1.8.2018 - 7 U 67/18 - BeckRS 2018, 24249, Rn. 5 unter Verweis darauf, dass einzelne Schwachstellen bei einer derart komplexen technischen Nacherfüllungslösung zu erwarten seien und der Käufer mit diesen rechnen müsse.

⁴⁴² *Ring*, SVZ 2017, 441, 443.

⁴⁴³ So auch: LG Dortmund Ur. v. 29.9.2016 - 25 O 49/16 - BeckRS 2016, 19376; LG Krefeld Ur. v. 14.9.2016 - 2 O 72/16 - BeckRS 2016, 16674;

Entwicklung eines den gesetzlichen Vorschriften nicht entsprechenden Fahrzeuges für den Hersteller nur dann Sinn, wenn der erhöhte Stickoxidausstoß die übrigen Fahrzeugeigenschaften positiv beeinflusst.⁴⁴⁴ Spiegelbildlich drängt sich einem durchschnittlichen Käufer auf, dass die übrigen Fahrzeugeigenschaften negativ beeinflusst werden müssen, wenn infolge des Software-Updates die Grenzwerte für Stickoxidemissionen fortan eingehalten werden und das Fahrzeug damit den gesetzlichen Vorschriften entspricht.⁴⁴⁵ Der verbleibende merkantile Minderwert betroffener Fahrzeuge, sowie die Entstehung von Folgemängeln nach Aufspielen des Software-Updates, sprechen daher für die Erheblichkeit der Pflichtverletzung.

Auch für die Darlegung des merkantilen Minderwertes gelten nunmehr die herabgesetzten Substantiierungsanforderungen des Bundesgerichtshofes⁴⁴⁶, wodurch der höheren Schutzbedürftigkeit des Käufers verglichen mit dem Verkäufer hinreichend Rechnung getragen wird. Auf Grund dieser insoweit käuferfreundlichen höchstrichterlichen Rechtsprechung wird es in Zukunft für die Käufer einfacher sein, Folgemängel am Fahrzeug sowie eine zu erwartende merkantile Wertminderung im Prozess gegen die Verkäufer geltend zu machen.

X. Ungewissheit der Nacherfüllung

Zur Beurteilung der Erheblichkeit der Pflichtverletzung ist stets auf den Zeitpunkt der Rücktrittserklärung abzustellen.⁴⁴⁷ In manchen

ablehnend: KG Berlin Ur. v. 18.11.2019 - 24 U 129/18 - BeckRS 2019, 29883, Rn. 23; LG Frankenthal Ur. v. 12.5.2016 - 8 O 208/15 - BeckRS 2016, 8996.

⁴⁴⁴ LG Baden-Baden Ur. v. 27.4.2017 - 3 O 387/16 - BeckRS 2017, 147291, Rn. 45; LG Krefeld Ur. v. 14.9.2016 - 2 O 72/16 - BeckRS 2016, 16674.

⁴⁴⁵ LG Baden-Baden Ur. v. 27.4.2017 - 3 O 387/16 - BeckRS 2017, 147291, Rn. 45; LG Krefeld Ur. v. 14.9.2016 - 2 O 72/16 - BeckRS 2016, 16674.

⁴⁴⁶ BGH Beschl. v. 08.12.2021 - VIII ZR 280/20 - NJW 2022, 935; BGH Ur. v. 21.07.2021 - VIII ZR 254/20 - NJW 2021, 2958.

⁴⁴⁷ OLG Köln, Beschl. v. 12.3.2018 - 27 U 13717 - BeckRS 2018, 11323, Rn. 48; OLG Koblenz Hinweisbeschl. v. 27.9.2017 - 2 U 4/17 - NJW-RR 2018, 376,

Fällen lag dieser Zeitpunkt jedoch vor der Entwicklung des Software-Updates durch den Hersteller und vor dessen Genehmigung durch das Kraftfahrtbundesamt. In diesen Fällen ist die für den Käufer bestehende Ungewissheit, ob, wann und mit welchem finanziellen Aufwand eine Nachbesserung erfolgen kann im Rahmen der Interessenabwägung zugunsten einer Erheblichkeit des Mangels zu berücksichtigen.⁴⁴⁸ Auch der erhebliche zeitliche Vorlauf, den der Hersteller für die Rückrufaktion und die Entwicklung des Updates benötigt, darf nicht außer Betracht bleiben.⁴⁴⁹ Erklärt der Käufer vor der Entwicklung des Software-Updates durch den Hersteller den Rücktritt vom Kaufvertrag, so ist für ihn nicht nur die Dauer der Nacherfüllung ungewiss, sondern auch, ob eine Nacherfüllung durch eine Aktualisierung der Software überhaupt zum gewünschten Erfolg der Beseitigung der Abschaltvorrichtung führen wird. Die Ungewissheit des Käufers im Hinblick auf die Nacherfüllung wird weiterhin dadurch verschärft, dass sich in dem Verhalten des Herstellers ein drastischer Widerspruch auftut. Wenn der Hersteller zur Nacherfüllung ohne große Schwierigkeiten ein Software-Update entwickeln kann, welches sodann vom Verkäufer aufgespielt werden kann, leuchtet es nicht ein, warum er zunächst eine Software verbaut hat, die zwischen einem Abgasrückführungsmodus „Null“ für den realen Verkehrsbetrieb und einem optimierten Abgasrückführungsmodus „Eins“ für den Betrieb auf dem technischen Prüfstand unterscheidet. Vielmehr erscheint es unlogisch, dass der Hersteller

Rn. 17; LG Braunschweig Ur. v. 6.2.2018 - 11 O 1175/17 - BeckRS 2018, 1577, Rn. 95; JurisPK-BGB/Beckmann, Band 2, § 323, Rn. 75, 79.

⁴⁴⁸ So auch OLG Köln Beschl. v. 20.12.2017 - 18 U 112/17 - NJW-RR 2018, 373, Rn. 40; OLG Köln, Beschl. v. 12.3.2018 - 27 U 13717 - BeckRS 2018, 11323, Rn. 49; LG Hagen Ur. v. 16.3.2017 - 4 O 93/16 - BeckRS 2017, 109816, Rn. 64; LG Köln Ur. v. 2.3.2017 - 2 O 317/16 - BeckRS 2017, 103462; LG Bückeburg Ur. v. 11.1.2017 - 2 O 39/16 - BeckRS 2017, 102958; LG Hamburg Ur. v. 16.11.2016 - 301 O 96/16 - BeckRS 2016, 20816; LG Hagen Ur. v. 18.10.2016 - 3 O 66/16 - BeckRS 2016, 18174; LG Krefeld Ur. v. 14.9.2016 - 2 O 83/16 - NJW-RR 2016, 1397, 1400; LG München I Ur. v. 14.4.2016 - 23 O 23033/15 - VuR 2016, 433, 434.

⁴⁴⁹ So auch LG Frankfurt a.M. Ur. v. 26.4.2017 - 2-04 O 220/16 - BeckRS 2017, 150064, Rn. 22 ff.; LG Aachen Ur. v. 6.12.2016 - 10 O 146/16 - BeckRS 2016, 109959; LG Dortmund Ur. v. 29.9.2016 - 25 O 49/16 - BeckRS 2016, 19376; LG Oldenburg Ur. v. 1.9.2016 - 16 O 790/16 - DAR 2016, 658, 659; ablehnend LG Düsseldorf Ur. v. 23.8.2016 - 6 O 413/15 - MMR 2017, 198, Rn. 33.

ein Fahrzeug entwickelt, das den gesetzlichen Vorschriften nicht entspricht, wenn er mit vergleichbarem Aufwand ein Fahrzeug mit denselben Eigenschaften hätte entwickeln können, das den gesetzlichen Vorschriften entspricht. Den Aufwand der Entwicklung zweier verschiedener Modi hätte sich der Hersteller schlichtweg sparen können, wenn dieser die sonstigen Fahrzeugeigenschaften nicht positiv beeinflusst hätte. Dass ein Hersteller einen solchen Aufwand betreibt um dasselbe Ergebnis zu erzielen, als hätte er nur einen einzigen Betriebsmodus entwickelt, erscheint in der auf Gewinnerzielung ausgerichteten Automobilbranche nicht denkbar.⁴⁵⁰ Es drängt sich aus Käufersicht vielmehr auf, dass sich der Hersteller durch das Aufspielen der Abschaltvorrichtung Wettbewerbsvorteile gegenüber anderen Automobilherstellern erhoffte, indem er seine Fahrzeuge als umweltfreundlicher darstellte, als es tatsächlich der Fall ist.

Die für den Käufer bestehende Ungewissheit hinsichtlich der Möglichkeit und der Dauer einer Nacherfüllung führt zu einem erheblichen Vertrauensverlust, der die Pflichtverletzung zu einer erheblichen macht.

XI. Möglicher Verlust der Betriebserlaubnis

In der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes wird ein Mangel bislang als erheblich eingestuft, wenn die Ursache der Fehlfunktion eines Motors trotz mehrfacher Reparaturversuche nicht ermittelt und der Mangel aus diesem Grund nicht behoben werden kann.⁴⁵¹

In einem solchen Fall komme es vor allem auf das konkrete Ausmaß der Funktionsbeeinträchtigung an.⁴⁵²

⁴⁵⁰ LG Heilbronn Urt. v. 15.8.2017 - 9 O 111/16 - BeckRS 2017, 122952, Rn. 20.

⁴⁵¹ BGH Urt. v. 9.3.2011 - VIII ZR 266/09 - NJW 2011, 1664, Rn. 18; BGH Urt. v. 29.6.2011 - VIII ZR 202/10 - NJW 2011, 2872, Rn. 21; BGH Urt. v. 15.6.2011 - VIII ZR 139/09 - NJW 2011, 3708, Rn. 9.

⁴⁵² BGH Urt. v. 29.6.2011 - VIII ZR 202/10 - NJW 2011, 2872, Rn. 21; BGH Urt. v. 26.10.2016 - VIII ZR 240/15 - NJW 2017, 153, Rn. 30; OLG Hamm Urt. v. 9.6.2015 - 28 U 60/14 - NZV 2016, 283, 285, Rn. 57.

Zum Teil wird für die Unerheblichkeit der Pflichtverletzung angeführt, dass es durch das Software-Update zu keinerlei funktionellen Beeinträchtigungen komme, da das Fahrzeug weiterhin zur Fortbewegung im Straßenverkehr genutzt werden könne.⁴⁵³ Darüber hinaus verfüge es weiterhin über alle erforderlichen Genehmigungen für die Nutzung im öffentlichen Straßenverkehr.⁴⁵⁴ Daraus könne auf eine nur geringe Beeinträchtigung der Käuferinteressen geschlossen werden.

Die Funktionsbeeinträchtigung ist jedoch bereits deshalb als gravierend anzusehen, weil das Fahrzeug seine Zulassung im Straßenverkehr zu verlieren droht, wenn ein Software-Update nicht durchgeführt werden würde.⁴⁵⁵ Gemäß § 19 Abs. 2 S. 2 Nr. 3 StVZO erlischt die Betriebserlaubnis der betroffenen Fahrzeuge kraft Gesetzes unabhängig von behördlichen Maßnahmen.⁴⁵⁶ Damit einhergehend ist zu besorgen, dass für die Fahrzeuge kein Haftpflichtversicherungsschutz mehr besteht.⁴⁵⁷ Daraus resultiert die konkrete Gefahr, dass die betroffenen Fahrzeuge ihre Funktion als Fortbewegungsmittel verlieren könnten. Das Kraftfahrtbundesamt unterließ die Betriebsuntersagung der betroffenen Fahrzeuge allein aus politischen und wirtschaftlichen Gründen, da eine erhebliche Anzahl von Fahrzeugen von der Software betroffen ist. In rechtlicher Hinsicht liegt eine unzulässige Abschaltvorrichtung, die Voraussetzung für eine Betriebsuntersagung der betroffenen Fahrzeuge ist, jedoch gerade vor. Da die Fortbewegungsfunktion die Kernfunktion eines Fahrzeuges darstellt, muss der Käufer das Risiko ihres Fortfalls nicht hinnehmen, was schon für sich genommen gegen die

⁴⁵³ LG Paderborn Urt. v. 17.5.2016 - 2 O 381/15 - BeckRS 2016, 16658; LG Paderborn Urt. v. 9.6.2016 - 3 O 23/16 - BeckRS 2016, 13271, Rn. 26-28.

⁴⁵⁴ LG Paderborn Urt. v. 17.5.2016 - 2 O 381/15 - BeckRS 2016, 16658; LG Paderborn Urt. v. 9.6.2016 - 3 O 23/16 - BeckRS 2016, 13271, Rn. 26-28; ablehnend LG Krefeld Urt. v. 14.9.2016 - 2 O 83/16 - NJW-RR 2016, 1397.

⁴⁵⁵ So auch OLG Saarbrücken Urt. v. 28.8.2019 - 2 U 94/18 - BeckRS 2019, 20813, Rn. 8; LG Arnsberg Urt. v. 12.5.2017 - 2 O 264/16 - NJW-RR 2017, 945, Rn. 62.

⁴⁵⁶ So auch LG München II Urt. v. 15.11.2016 - 12 O 1482/16 - BeckRS 2016, 124448, Rn. 54.

⁴⁵⁷ So auch LG Arnsberg Urt. v. 12.5.2017 - 2 O 264/16 - NJW-RR 2017, 945, Rn. 58.

Unerheblichkeit der Pflichtverletzung gemäß § 323 Abs. 5 S. 2 BGB spricht.

Auch darauf, dass die Nutzung des Fahrzeuges zu Fortbewegungszwecken an sich möglich bleibt, kann es nicht ankommen: Für den Käufer ist nicht allein relevant, ob die Fortbewegung im Straßenverkehr mithilfe des Fahrzeugs weiterhin möglich bleibt, sondern auch, unter welchen Voraussetzungen diese möglich ist. Muss der Käufer mit der weiteren Nutzung des Fahrzeugs im Straßenverkehr das Risiko eines deutlich höheren Stickoxidausstoßes eingehen, als ursprünglich veranschlagt, so ist das Fahrzeug dazu gerade nicht in vergleichbarer Weise geeignet. Vielmehr ist die Nutzung des Fahrzeugs aus Käufersicht gefährdet, wenn dieses nicht den gesetzlichen Vorschriften entspricht, da dem Fahrzeug die latente Gefahr einer Betriebsuntersagung innewohnt. Diese Gefahr besteht aufgrund der Thermofenster-Programmierung selbst nach Aufspielen des Software-Updates fort. Dem steht auch nicht entgegen, dass das Fahrzeug in technischer Hinsicht weiterhin fahrbereit ist.⁴⁵⁸ Bereits die bestehende Gefahr einer Stilllegung der betroffenen Fahrzeuge durch die Straßenverkehrsbehörde schränkt deren Fortbewegungsfunktion ein und beeinträchtigt die Interessen des Käufers vehement. Sie trägt daher ebenfalls zu der Erheblichkeit des Mangels bei.

XII. Verdopplung des Insolvenzrisikos

Zuletzt führt eine Anwendung des § 323 Abs. 5 S. 2 BGB dazu, dass der Käufer sowohl das Insolvenzrisiko des Herstellers, der alleine die zur Entwicklung des notwendigen Software-Updates erforderlichen Fähigkeiten und Kenntnisse hat, als auch das des Vertragshändlers zu tragen hat.⁴⁵⁹ Sowohl im Falle einer Insolvenz

⁴⁵⁸ A.A. insoweit LG Bochum Urt. v. 16.3.2016 - 2 O 424/15 - <https://openjur.de/u/2157965.html>, Rn. 26; LG Dortmund Urt. v. 12.5.2016 - 25 O 6/16 - BeckRS 2016, 12836.

⁴⁵⁹ So auch OLG Köln Beschl. v. 20.12.2017 - 18 U 112/17 - NJW-RR 2018, 373, Rn. 41; OLG Köln, Beschl. v. 12.3.2018 - 27 U 13717 - BeckRS 2018,

des Vertragshändlers, als auch im Falle einer Insolvenz des Herstellers, der in diesem Fall die Software-Lösung zur Beseitigung des Mangels nicht mehr entwickeln könnte, müsste der Käufer ein Fahrzeug behalten, dessen Zulassung für den Straßenverkehr gefährdet ist. Angesichts dessen, dass sich der Hersteller einer unüberschaubar großen Anzahl von Ansprüchen der Kunden und der Händler gegenüber sieht, erscheint eine Insolvenz nicht ausgeschlossen. Im Falle einer Insolvenz des Herstellers könnte sich der Käufer jedoch nur noch an den Vertragshändler halten. Würde ein Rücktritt im Verhältnis zu diesem an § 323 Abs. 5 S. 2 BGB scheitern, stünde der Käufer im Falle einer Insolvenz des Herstellers faktisch ohne einen Schuldner dar, den er in Anspruch nehmen könnte.

Eine anderenfalls drohende Verdopplung des vom Käufer zu tragenden Insolvenzrisikos spricht demnach ebenfalls gegen die Unerheblichkeit des Mangels. Allerdings ist eine solche nur in den Fällen zu besorgen, in denen der Käufer den Rücktritt erklärt, bevor das Software-Update vom Hersteller entwickelt worden ist. Hat der Hersteller das Software-Update einmal entwickelt, sodass es den Händlern zur Nachbesserung zur Verfügung steht, wäre der Käufer von einer später eintretenden Insolvenz des Herstellers weniger stark betroffen.

XIII. Zwischenergebnis

Eine umfassende Interessenabwägung ergibt, dass die Pflichtverletzung nicht als unerheblich qualifiziert werden kann. Daher ist der Rücktritt nicht gemäß § 323 Abs. 5 S. 2 BGB ausgeschlossen.

E. Kein Ausschluss der Gewährleistung gemäß § 442 Abs. 1 BGB

Bei der Frage nach einem möglichen Ausschluss der Gewährleistung gemäß § 442 Abs. 1 BGB ist wiederum nach dem Zeitpunkt des Vertragsschlusses zu differenzieren. Ein Gewährleistungsausschluss nach § 442 Abs. 1 BGB setzt voraus, dass der Käufer entweder bei Vertragsschluss positive Kenntnis von dem Mangel hat (§ 442 Abs. 1 S. 1 BGB) oder er den Mangel grob fahrlässig verkannt hat, soweit der Verkäufer diesen nicht arglistig verschwiegen oder eine Beschaffenheitsgarantie für die Sache übernommen hat (§ 442 Abs. 1 S. 2 BGB). Hintergrund des Gewährleistungsausschlusses gemäß § 442 Abs. 1 BGB ist das Verbot widersprüchlichen Verhaltens aus § 242 BGB („venire contra factum proprium“).⁴⁶⁰ Schließt der Käufer zunächst trotz Kenntnis des Mangels den Vertrag ab, bringt er damit zum Ausdruck, dass er den Mangel nicht als schwerwiegend genug erachtet, um von vorneherein vom Vertrag Abstand zu nehmen. Erklärt er jedoch gleich darauf den Rücktritt, um nun doch nachträglich von dem Vertrag Abstand zu nehmen, so liegt darin zweifelsohne ein widersprüchliches Verhalten im Sinne von § 242 BGB.

I. Gewährleistungsausschluss bei Kenntnis des Mangels gemäß § 442 Abs. 1 S. 1 BGB

Voraussetzung für einen Ausschluss der Gewährleistung gemäß § 442 Abs. 1 S. 1 BGB ist eine positive Kenntnis des Käufers von dem Mangel zum Zeitpunkt des Vertragsabschlusses. Das Wissen des Käufers muss sich dabei auf die für den Mangel relevanten äußeren Umstände sowie den Umstand, dass durch den Mangel die Tauglichkeit der Sache zur vereinbarten bzw. gewöhnlichen Verwendung herabgesetzt ist, erstrecken.⁴⁶¹ Dem Käufer müssen die Bedeutung der die Abgasmessung beeinflussenden Software

⁴⁶⁰ MüKoBGB/Westermann, § 442, Rn. 1.

⁴⁶¹ MüKoBGB/Westermann, § 442, Rn. 4.

sowie die sich daraus ergebenden technischen und rechtlichen Konsequenzen zumindest laienhaft bewusst sein.⁴⁶²

Da die positive Kenntnis des Käufers von dem Mangel einen Gewährleistungsausschluss hervorruft, handelt es sich dabei um einen für den Verkäufer günstigen Umstand, der von diesem darzulegen und zu beweisen ist. Dies wird dem Verkäufer, jedenfalls für den Fall, dass er nicht vor oder bei Vertragsschluss schriftlich über die Betroffenheit des Fahrzeuges aufgeklärt hat, in der Praxis schwer fallen, da subjektive Vorstellungen deutlich schwerer beweisbar sind als objektive Umstände.

Für die Frage, ob die Gewährleistung aufgrund positiver Kenntnis des Mangels gemäß § 442 Abs. 1 S. 1 BGB ausgeschlossen ist⁴⁶³, ist zu klären, ab welchem Zeitpunkt dem Käufer eine positive Kenntnis der für die Mangelhaftigkeit relevanten Umstände vorgeworfen werden kann. Denkbare Ereignisse, die eine Mangelkenntnis hervorrufen könnten, sind insbesondere die „Notice of Violation“ der US-amerikanischen Umweltschutzbehörde EPA vom 18. September 2015, die Ad-hoc Mitteilung der Volkswagen AG vom 22. September 2015, die Presseberichterstattung in der Folgezeit, sowie die vom Kraftfahrtbundesamt und der Volkswagen-AG bereitgestellten Einrichtungen zur Überprüfung der individuellen Betroffenheit eines Fahrzeuges.

1. Die „Notice of Violation“ der EPA vom 18. September 2015

Die „Notice of Violation“ der US-amerikanischen Umweltschutzbehörde EPA⁴⁶⁴, die am 18. September 2015 veröffentlicht wurde, begründet keine positive Mangelkenntnis der

⁴⁶² Heese, NJW 2019, 257, 262.

⁴⁶³ Angenommen z.B. von OLG Naumburg Urt. v. 16.7.2019 - 3 U 14/19 - BeckRS 2019, 21325, Rn. 6.

⁴⁶⁴ „Notice of Violation“ der EPA vom 18.9.2015, <https://www.epa.gov/sites/production/files/2015-10/documents/vw-nov-caa-09-18-15.pdf>.

Käufer. In dieser Erklärung wird die Abgasproblematik präzise beschrieben und es werden erste betroffene Fahrzeugmodelle aus den Baujahren 2009-2015, namentlich der VW Jetta, VW Golf, VW Beetle, sowie der VW Passat genannt.

Allerdings sind in der „Notice of Violation“ nur wenige der tatsächlich betroffenen Fahrzeugmodelle genannt, sodass eine Mangelkenntnis überhaupt nur bei potentiellen Käufern der genannten Modelle in Betracht kommt. Es ist jedoch nicht zu erwarten, dass potentielle deutsche Dieselmotorkäufer unmittelbar nach der Veröffentlichung der „Notice of Violation“ von der bei Volkswagen-Dieselfahrzeugen bestehenden Abgasproblematik Kenntnis erlangen. Die Veröffentlichung der „Notice of Violation“ erfolgte zunächst in den USA und in englischer Sprache, sodass sie für potentielle Dieselmotorkäufer in Deutschland nicht ohne weiteres zugänglich war. Darüber hinaus ist nicht zu erwarten, dass die EPA dem Durchschnitt der potentiellen Dieselmotorkäufer aus Deutschland als Institution bekannt ist.

Potentiellen Dieselmotorkäufern kann nicht auferlegt werden, vor dem Kauf eines Volkswagen Dieselfahrzeuges detaillierte Nachforschungen darüber anzustellen, ob im Inland oder im Ausland ein Verdacht der Manipulation von Abgaswerten besteht. Eben solche Nachforschungen wären nach der Veröffentlichung der „Notice of Violation“, aber vor der Veröffentlichung der Ad-hoc Mitteilung und vor der ausführlichen Presseberichterstattung nötig gewesen, damit ein potentieller Kunde in Deutschland auf die Abgasproblematik aufmerksam wird, zumal ein entsprechender Verdacht vorher nicht bestand. Dies kann dem durchschnittlichen Käufer, der regelmäßig über eine nur geringe Sachkunde hinsichtlich der technischen Einrichtungen eines Dieselfahrzeuges zur Abgasreinigung besitzt, nicht zugemutet werden.

Selbst wenn die „Notice of Violation“ der EPA vom 18. September 2015 inhaltlich ein ausreichendes Indiz für die Mangelhaftigkeit der darin genannten Fahrzeugmodelle darstellen würde, ist nicht zu

erwarten, dass potentielle VW-Dieselmöker in Deutschland von ihr Kenntnis erlangen. Damit ist sie nicht ausreichend, um eine positive Kenntnis deutscher Dieselmöker von der Mangelhaftigkeit betroffener Fahrzeuge zu begründen.

2. Die Ad-hoc Mitteilung der Volkswagen AG vom 22. September 2015

Ähnlich verhält es sich mit der Ad-hoc Mitteilung der Volkswagen-AG vom 22. September 2015, in der diese über Unregelmäßigkeiten der verwendeten Software bei Dieselmotoren des Typs EA189 informiert hatte.⁴⁶⁵ Diese kann eine positive Mangelkenntnis nur begründen, wenn sie Indizien enthält, nach denen der Schluss auf eine Mangelhaftigkeit der Kaufsache so nahe liegt, dass es aus der Sicht eines vernünftigen Käufers unverständlich erscheint, diesen Indizien nicht weiter nachzugehen.⁴⁶⁶

Dafür spricht zwar, dass die Ad-hoc Mitteilung anders als die „Notice of Violation“ in Deutschland veröffentlicht wurde und in deutscher Sprache abgefasst ist. Sie ist für potentielle Käufer von Dieselfahrzeugen in Deutschland damit besser erreichbar und leichter verständlich als die „Notice of Violation“ der EPA.

Allerdings wird in der Ad-hoc Mitteilung nur darüber informiert, dass alle Volkswagen-Dieselfahrzeuge mit dem Motor EA189 im Hinblick auf die verwendete Motorsteuerungssoftware auffällige Abweichungen der auf dem Prüfstand gemessenen Emissionswerte von den Emissionswerten im realen Verkehrsbetrieb aufweisen.⁴⁶⁷ Es kann jedoch nicht davon ausgegangen werden, dass ein durchschnittlicher Käufer aufgrund der Mitteilung einschätzen

⁴⁶⁵ Ad-hoc Mitteilung der Volkswagen AG vom 22.9.2015, <https://www.dgap.de/dgap/News/adhoc/volkswagen-volkswagen-informiert/?newsID=899395>.

⁴⁶⁶ MüKoBGB/Westermann, § 442, Rn. 9.

⁴⁶⁷ Ad-hoc Mitteilung der Volkswagen AG vom 22.9.2015, <https://www.dgap.de/dgap/News/adhoc/volkswagen-volkswagen-informiert/?newsID=899395>.

kann, ob das in Rede stehende Fahrzeug von den Unregelmäßigkeiten im Bereich der Motorsteuerungssoftware betroffen ist oder nicht.⁴⁶⁸ Die konkret betroffenen Fahrzeugmodelle werden in der Ad-hoc Mitteilung gerade nicht ausdrücklich aufgezählt. Darüber hinaus kann nicht davon ausgegangen werden, dass der durchschnittliche Kaufinteressent weiß, welcher konkrete Motorentyp in das potentiell zu erwerbende Fahrzeug verbaut ist bzw. wie der Hersteller einen bestimmten Motor intern bezeichnet.⁴⁶⁹ Der Durchschnittskäufer kann aufgrund der Ad-Hoc Mitteilung weder Rückschlüsse auf die Betroffenheit seines Fahrzeuges ziehen, noch lässt sich ihr entnehmen, welche technischen und rechtlichen Konsequenzen das Vorhandensein der die Abgasmessung beeinflussenden Software mit sich bringt. Aus diesen Gründen enthält die Ad-hoc Mitteilung der Volkswagen-AG vom 22. September 2015 keine ausreichenden Indizien für die Mangelhaftigkeit eines konkreten Käuferfahrzeuges und kann eine positive Kenntnis des Käufers von dem Mangel daher nicht begründen. Gibt der Käufer seine Willenserklärung zum Abschluss des Kaufvertrages nach der Ad-hoc Mitteilung der Volkswagen AG vom 22. September 2015 ab, folgt hieraus daher noch keine positive Mangelkenntnis.

3. Die Presseberichterstattung über die Abgasproblematik in der Folgezeit

Denkbar wäre, dass sich aus der Presseberichterstattung über die Abgasproblematik bei Volkswagen-Dieselfahrzeugen in der Zeit nach der Ad-hoc Mitteilung vom 22. September 2015 ausreichende Indizien für die Mangelhaftigkeit ergeben, sodass bei

⁴⁶⁸ So auch: OLG Dresden Urt. v. 5.3.2020 - 10a U 1907/19 - BeckRS 2020, 3280, Rn. 39; OLG Brandenburg Urt. v. 11.2.2020 - 3 U 89/19 - BeckRS 2020, 1979, Rn. 89; OLG Karlsruhe Urt. v. 9.1.2020 - 17 U 133/19 - BeckRS 2020, 25, Rn. 58; OLG Köln Urt. v. 4.10.2019 - 19 U 98/19 - BeckRS 2019, 30559, Rn. 34; OLG Saarbrücken Urt. v. 28.8.2019 - 2 U 94/18 - BeckRS 2019, 20813, Rn. 8; OLG Stuttgart Sitzungsprotokoll v. 11.7.2019 - 7 U 50/19 - BeckRS 2019, 27020, Rn. 13.

⁴⁶⁹ So auch OLG Hamm Urt. v. 10.9.2019 - 13 U 149/18 - NJW-RR 2019, 1428, 1430, Rn. 46.

Vertragsschlüssen nach diesem Zeitpunkt eine positive Kenntnis potentieller Käufer von dem Mangel in Betracht kommt. Zunächst ist zu sagen, dass die Presseberichterstattung seit dem erstmaligen öffentlichen Bekanntwerden der Problematik infolge der Ad-hoc Mitteilung vom 22. September 2015 stetig zugenommen hat. Der seitdem immer stärker werdenden Häufung von Pressemitteilungen zu der Abgasthematik sowohl in den Zeitungen⁴⁷⁰, als auch im Fernsehen⁴⁷¹, im Radio und im Internet⁴⁷² kann sich der Einzelne kaum entziehen. So veröffentlichte beispielsweise der Spiegel Online alleine am 22. September 2015 insgesamt 12 Artikel zu der

⁴⁷⁰ z.B. Bildzeitung, „VW-Skandal weitet sich aus - Weltweit 11 Millionen Fahrzeuge betroffen“, Artikel vom 22.9.2015, <https://www.bild.de/geld/wirtschaft/volkswagen/bosch-lieferte-teile-fuer-vw-diesel-motoren-42672928.bild.html>; Bildzeitung, „Nach VW-Abgas-Skandal - Welche Diesel-Autos jetzt überprüft werden“, Artikel vom 22.5.2015, <https://www.bild.de/geld/wirtschaft/volkswagen/dobrindt-strenge-tests-veranlasst-autoclubs-warnen-42670828.bild.html>; Bildzeitung „Was bisher geschah... - Das VW-Drama in 19 Akten“, Artikel vom 5.11.2015, <https://www.bild.de/geld/wirtschaft/volkswagen/das-abgas-drama-in-19-akten-43266574.bild.html>; Bildzeitung, „Software-Trickserei - VW-Manager gab Betrug schon früher zu“, Artikel vom 26.12.2015, <https://www.bild.de/geld/wirtschaft/volkswagen/manager-gab-betrug-schon-frueher-zu-43930990.bild.html>.

⁴⁷¹ z.B. ARD Tagesschau vom 22.9.2015, <https://www.tagesschau.de/wirtschaft/vw-kontrolle-103.html>; ARD Brennpunkt „Manipulationsskandal bei VW - Winterkorn unter Druck“ vom 22.9.2015, <https://www.tagesschau.de/multimedia/sendung/tt-3973.html>; ARD Tagesthemen vom 22.9.2015, <https://www.tagesschau.de/multimedia/video/video-118701.html>.

⁴⁷² z.B. Focus Online, „Bis zu 11 Millionen Fahrzeuge mit Schummel-Software“, Artikel vom 22.9.2015, https://www.focus.de/auto/news/abgas-ffaere-bis-zu-11-millionen-fahrzeuge-mit-schummel-software_id_4964626.html; NTV Online Kurznachrichten, „Volkswagen zu Diesel-Skandal: Rund elf Millionen Autos auffällig“, Artikel vom 22.9.2015, <https://www.n-tv.de/ticker/Volkswagen-zu-Diesel-Skandal-Rund-elf-Millionen-Autos-auffaellig-article15982321.html>; Tagesschau, „Konzern gibt Zahlen bekannt - Fünf Millionen Autos der Marke VW betroffen“, Artikel vom 25.9.2015, <https://www.tagesschau.de/wirtschaft/vw-nutzfahrzeuge-107.html>; Tagesschau, „Manipulationen bei VW - 2,8 Millionen Autos in Deutschland betroffen“, Artikel vom 25.9.2015, <https://www.tagesschau.de/wirtschaft/vw-nutzfahrzeuge-105.html>; Spiegel Online, „VW-Abgasaffäre - Was wir wissen - und was noch aufzuklären ist“, Artikel vom 9.11.2015, <https://www.spiegel.de/wirtschaft/unternehmen/volkswagen-was-wir-in-der-abgas-ffaere-bisher-wissen-a-1061883.html>; Spiegel Online, „Abgasmanipulation - VW-Management soll früh von Skandal gewusst haben“, Artikel vom 19.11.2015, <https://www.spiegel.de/wirtschaft/unternehmen/vw-management-soll-fruehzeitig-von-skandal-gewusst-haben-a-1063554.html>; Spiegel Online, „Abgasaffäre bei VW - Kleine Motoren erhalten ein Software-Update“, Artikel vom 1.12.2015, <https://www.spiegel.de/auto/aktuell/abgasaffaere-bei-vw-kleine-motoren-erhalten-ein-software-update-a-1065516.html>.

Abgasproblematik.⁴⁷³ In der von Spiegel Online eigens eingerichteten Dossier-Seite zum Thema „Volkswagen“ finden sich nach heutigem Stand weit über 400 Einträge; ähnlich verhält es sich bei der Dossier-Seite zum Thema „Abgasaffäre bei Volkswagen“.⁴⁷⁴ In den Printmedien wurde zumeist am 23. und 24. September 2015 über die Abgasproblematik berichtet.⁴⁷⁵ Dabei häuften sich am 23. September über 1000 Presseartikel in den Medien.⁴⁷⁶ Nicht nur die Anzahl der Berichterstattungen, sondern auch ihre vielfältigen Erscheinungsformen, belegen, dass es dem Einzelnen faktisch nicht möglich ist, sich vollständig vor der Thematik zu verschließen.⁴⁷⁷

Allerdings müssten die sich hieraus ergebenden Indizien aus der Sicht eines vernünftigen Käufers einen sicheren Schluss auf die Mangelhaftigkeit seines konkreten Fahrzeuges zulassen. Zwar wird in der Presse teilweise darüber berichtet, in welche Fahrzeugmodelle der Motortypus EA189 verbaut ist, was dem potentiellen Käufer die Einschätzung erleichtert, ob das zu erwerbende Fahrzeug von der Software betroffen ist oder nicht.

Allerdings fehlt es bei diesen Pressemitteilungen an der erforderlichen Sicherheit aus der Sicht des Käufers: Dieser hat keine Möglichkeit, zu kontrollieren, ob die Presseberichterstattungen wahrheitsgemäß und vollständig sind. Vielmehr kommt es nicht selten vor, dass durch Presseberichterstattung wahre Sachverhalte verfälscht werden, Unwahrheiten in Umlauf gebracht werden oder dass sich verschiedene Pressemitteilungen sogar widersprechen. Auch haben

⁴⁷³ Spiegel Online Nachrichtenarchiv vom 22.9.2015,

<https://www.spiegel.de/nachrichtenarchiv/artikel-22.09.2015.html>.

⁴⁷⁴ Spiegel Online, Thema „Volkswagen“, <https://www.spiegel.de/thema/vw/>;
Spiegel Online, Thema „Abgasaffäre bei Volkswagen“,
https://www.spiegel.de/thema/abgasaffaere_bei_volkswagen/.

⁴⁷⁵ MEEDIA, Übersicht der Titelblätter vom 23.9.2015,
<https://meedia.de/2015/09/23/titelblaetter-vom-23-09-2015/>; MEEDIA,
Übersicht der Titelblätter vom 24.9.2015,
<https://meedia.de/2015/09/24/titelblaetter-vom-24-09-2015/>.

⁴⁷⁶ MEEDIA, Übersicht der Titelblätter vom 23.9.2015,
<https://meedia.de/2015/09/23/titelblaetter-vom-23-09-2015/>.

⁴⁷⁷ so auch OLG Köln Urt. v. 6.6.2019 - 24 U 5/19 - BeckRS 2019, 13405, Rn. 25 ff.

die Organe der Presse ein gewichtiges Interesse daran, mit ihren Mitteilungen stets neue Adressaten zu gewinnen, sodass Pressemitteilungen häufig überspitzt dargestellt werden, um das Interesse der potentiellen Leser, Hörer und Fernsehzuschauer auch für die Zukunft zu wecken. Darüber hinaus enthalten Pressemitteilungen häufig offene oder sogar verdeckte Meinungsäußerungen. Dies führt dazu, dass die Adressaten der Berichterstattung zumeist nicht differenzieren können, ob es sich um eine Tatsache oder eine Meinungsäußerung handelt. Weiterhin thematisiert die Presseberichterstattung lediglich die Existenz der Dieselfthematik an sich, nicht aber die Frage, welche Fahrzeugmodelle konkret betroffen sind. Daher werden durch die Presseberichterstattung in der Folgezeit nach der Ad-hoc Mitteilung zwar Indizien für eine Mangelhaftigkeit aller Fahrzeugmodelle mit dem Motortypus EA189 geschaffen. Diese Indizien lassen jedoch aus der Sicht eines durchschnittlich vernünftigen Käufers keinen ausreichend sicheren Schluss auf eine tatsächlich bestehende Mangelhaftigkeit eines konkreten Fahrzeuges zu, sodass sie eine positive Kenntnis von dem Mangel jedenfalls für sich genommen nicht begründen können. Gibt ein Käufer seine Willenserklärung zum Vertragsschluss mithin in der Zeit nach der Ad-hoc Mitteilung aber vor der Veröffentlichung der Einrichtungen zur Prüfung der individuellen Betroffenheit von Fahrzeugen ab, begründet dies keinen Ausschluss der Gewährleistung gemäß § 442 Abs. 1 S. 1 BGB.

4. Einrichtungen zur Prüfung der individuellen Betroffenheit von Fahrzeugen

In der Folgezeit wurden vermehrt Einrichtungen geschaffen, mit deren Hilfe der potentielle Käufer die individuelle Betroffenheit eines bestimmten Fahrzeuges ermitteln kann. Dazu gehören zunächst die vom Kraftfahrtbundesamt veröffentlichten Übersichten über die betroffenen Fahrzeugmodelle. Weiterhin

besteht mittlerweile die Möglichkeit, auf den Internetseiten der Volkswagen-AG und der VW-Konzernstöchter durch die Eingabe der Fahrzeugidentifikationsnummer zu überprüfen, ob das in Rede stehende Fahrzeug von der Abgasproblematik betroffen ist oder nicht.

a) Die Übersichten des Kraftfahrtbundesamtes über die betroffenen Fahrzeugmodelle auf der Internetseite

Nachdem das Kraftfahrtbundesamt für Anfang 2016 den Rückruf von insgesamt 2,4 Millionen VW-Fahrzeugen, in die EURO-5 Dieselmotoren mit einem Hubraum von 2,0 Litern; 1,6 Litern oder 1,2 Litern verbaut sind, angeordnet hatte⁴⁷⁸, veröffentlichte es auf seiner Internetseite insgesamt drei Übersichten betroffener Fahrzeuge, die seitdem ständig aktualisiert werden.⁴⁷⁹ Die erste Übersicht zählt alle betroffenen Fahrzeugvarianten des Volkswagen-Konzerns mit dem Motor EA189 auf. Die zweite Übersicht nennt die betroffenen Fahrzeugvarianten im Zuständigkeitsbereich des Kraftfahrtbundesamtes mit anderen Motoren als dem Motortypus EA189, insbesondere Fahrzeuge der Marken Audi, BMW, Daimler, Opel und Porsche. Die dritte Übersicht nennt die betroffenen Fahrzeugvarianten außerhalb des Zuständigkeitsbereiches des Kraftfahrtbundesamtes. Alle drei Übersichten sind für jedermann zugänglich und können als PDF-Dokumente sowohl online geöffnet werden, als auch auf den eigenen PC heruntergeladen und ausgedruckt werden. In den Übersichten sind die betroffenen Fahrzeugmodelle unter Angabe der Marke, der Handelsbezeichnung, des Hubraumes, der Leistung, des Motorkennbuchstabens, der EU-Abgasnorm, sowie der Genehmigungsnummer aufgelistet.

⁴⁷⁸ Pressemitteilung des KBA vom 16.10.2015, https://www.kba.de/DE/Presse/Archiv/Abgasthematik/vw_inhalt.html;jsessionid=6DC9955C3BD5F7655B252DF4D4AD0F45.live21303?nn=646098.

⁴⁷⁹ https://www.kba.de/DE/Marktueberwachung/Abgasthematik/abgasthematik_node.html.

Aufgrund der freien Verfügbarkeit der Übersichten auf der Internetseite des Kraftfahrtbundesamtes sowie aufgrund der genauen Bezeichnung der betroffenen Fahrzeugmodelle ist davon auszugehen, dass ein durchschnittlicher Käufer anhand dieser Übersichten beurteilen kann, ob ein konkretes Fahrzeug von der unzulässigen Abschaltvorrichtung betroffen ist oder nicht. Potentiellen Dieselmotorkäufern, die durch die Presseberichterstattung auf die an sich bestehende Abgasproblematik bei Dieselfahrzeugen aufmerksam geworden sind, kann zugemutet werden, im Vorfeld eines Vertragsabschlusses Nachforschungen hinsichtlich der Betroffenheit des in Rede stehenden Fahrzeuges anzustellen. Die erforderlichen Nachforschungen erschöpfen sich darin, die vom Kraftfahrtbundesamt veröffentlichten Übersichten durchzugehen und zu prüfen, ob sie das konkrete Fahrzeugmodell auführen und wären einem durchschnittlichen potentiellen Käufer damit auch intellektuell ohne weiteres möglich. Zu dieser Überprüfung bedarf es keinerlei Sachkunde hinsichtlich der technischen Beschaffenheit eines Dieselfahrzeuges, sodass auch nicht angeführt werden kann, dass einem potentiellen Käufer aufgrund mangelnder Sachkunde die Überprüfung der individuellen Betroffenheit nicht zugemutet werden kann.

Ein vernünftiger Käufer kann aufgrund der Listen nicht nur auf eine Betroffenheit der genannten Fahrzeugmodelle von der unzulässigen Abschaltvorrichtung schließen, sondern eine solche steht aus seiner Sicht nach der Einsichtnahme in die Übersichten sogar fest. Es handelt sich bei den Übersichten folglich um aussagekräftige Indizien, die eine Mangelhaftigkeit der genannten Fahrzeugmodelle aus der Sicht des durchschnittlichen Kaufinteressenten mit Sicherheit belegen.

b) Internetseiten zur Ermittlung der individuellen Betroffenheit eines Fahrzeugs

Im Anschluss an die Ad-hoc Mitteilung wurde von der Volkswagen-AG zudem eine Internetseite geschaffen, auf der jedermann unter Eingabe der Fahrzeugidentifikationsnummer, die sich in der Zulassungsbescheinigung Teil I unter der Position „E“ ablesen lässt, überprüfen kann, ob ein konkretes Fahrzeug von der Abschaltvorrichtung betroffen ist oder nicht.⁴⁸⁰ Über die Existenz dieser Internetseite informierte die Volkswagen-AG in einer Pressemitteilung vom 2. Oktober 2015.⁴⁸¹ Auch die anderen Kraftfahrzeugmarken des VW-Konzerns schalteten Anfang Oktober 2015 entsprechende Internetseiten⁴⁸² und informierten in Pressemitteilungen⁴⁸³ darüber.

Bei diesen Internetseiten handelt es sich um ähnliche Institute wie bei den durch das Kraftfahrtbundesamt veröffentlichten Übersichten. Entsprechend müssen die zu den Übersichten getroffenen Ausführungen auch für die Internetseiten gelten, welche die Ermittlung der individuellen Betroffenheit eines konkreten Fahrzeuges ermöglichen.

5. Zusammenwirken von Presseberichterstattung und Einrichtungen zur Prüfung der individuellen Betroffenheit

Allerdings können weder die Presseberichterstattung, noch die Einrichtungen zur Prüfung der individuellen Betroffenheit für sich

⁴⁸⁰ <https://www.volkswagen.de/de/besitzer-und-nutzer/wichtige-kundeninformationen/aktuelles-zur-diesel-thematik.html>.

⁴⁸¹ Pressemitteilung der Volkswagen-AG vom 2.10.2015, <https://www.volkswagen-newsroom.com/de/pressemitteilungen/volkswagen-startet-internetseite-zur-aufklaerung-1724>.

⁴⁸² Audi: <https://www.audi.de/de/brand/de/neuwagen/layer/serviceaktion.html>; SEAT: <https://www.seat.de/service-zubehoer/dieselmotoren.html>; Skoda: <http://skoda-recallactions.skoda-auto.com/de-de/?s=W&cd=0>.

⁴⁸³ Pressemitteilung der Audi-AG vom 2.10.2015, <https://www.audi-mediacyber.com/de/pressemitteilungen/diesel-emissionen-individuelle-kundeninformation-fuer-deutschland-auf-audi-website-4888>; Pressemitteilung der SKODA AUTO Deutschland GmbH vom 5.10.2015, <https://www.presseportal.de/pm/28249/3139865>.

genommen eine positive Mangelkenntnis potentieller Dieselmotorkäufer begründen:

Bei der Presseberichterstattung fehlt es wie bereits erörtert aus der Sicht eines potentiellen Käufers an der für § 442 Abs. 1 S. 1 BGB erforderlichen Sicherheit hinsichtlich der Mangelhaftigkeit des konkreten zum Verkauf stehenden Fahrzeuges. Vielmehr hätte es den Einrichtungen zur Prüfung der individuellen Betroffenheit von Fahrzeugen gar nicht bedurft, wenn diese aus Käufersicht bereits aufgrund der Medienberichterstattungen hinreichend sicher gewesen wäre.

Betrachtet man isoliert die Einrichtungen zur Überprüfung der individuellen Betroffenheit, so fällt auf, dass der Käufer von diesen nur dann Gebrauch machen kann, wenn er im Voraus durch die Presseberichterstattung auf das grundsätzliche Bestehen der Abgasproblematik aufmerksam geworden ist. Von einem durchschnittlichen Käufer kann gerade nicht erwartet werden, dass er die Internetseite „www.volkswagen-newsroom.com“ kennt und diese vor dem Abschluss eines Kaufvertrages über ein Volkswagen Dieselfahrzeug dahingehend überprüft, ob Pressemitteilungen vorliegen, die das in Rede stehende Fahrzeug betreffen. Solche weitgehenden Informationspflichten sind für den Durchschnittskäufer schlicht unzumutbar. Es zeigt sich, dass eine positive Kenntnis des Kaufinteressenten vom Mangel nur durch ein Zusammenwirken der umfangreichen Presseberichterstattung mit den Einrichtungen zur Überprüfung der individuellen Betroffenheit konkreter Fahrzeuge begründet werden kann. Potentielle Käufer werden durch die Presseberichterstattung auf die Problematik aufmerksam und können sodann, indem sie von den zur freien Verfügung stehenden Einrichtungen zur Prüfung der individuellen Betroffenheit Gebrauch machen, positive Kenntnis von der Mangelhaftigkeit erlangen.

In der Praxis wird der Verkäufer die Überprüfung der individuellen Betroffenheit des Fahrzeuges durch den Käufer und die daraus

resultierende positive Kenntnis des Mangels jedoch zumeist nicht beweisen können, sodass ein Gewährleistungsausschluss gemäß § 442 Abs. 1 S. 1 BGB nicht angenommen werden kann.

Dann bleibt ihm allenfalls der Verweis auf eine grob fahrlässige Unkenntnis des Käufers. Verschließt dieser vor der umfangreichen Presseberichterstattung bewusst die Augen und unterlässt daraufhin trotz bestehender Möglichkeiten die Überprüfung der individuellen Betroffenheit des in Rede stehenden Fahrzeuges, so stellt dies ohne weiteres eine grobe Missachtung der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt dar. Allerdings kommt ein Gewährleistungsausschluss gemäß § 442 Abs. 1 S. 2 BGB aufgrund des arglistigen Verschweigens der Mangelhaftigkeit durch den Vertragshändler gleichwohl nicht in Betracht.

6. Erfordernis einer schriftlichen Information über die Betroffenheit des Fahrzeugs durch den Vertragshändler

Zwar besteht eine positive Kenntnis des Käufers vom Mangel bereits dann, wenn dieser durch die umfangreiche Presseberichterstattung auf das Bestehen der Problematik aufmerksam geworden ist und sodann durch Nutzung der Prüfungseinrichtungen Gewissheit über die Betroffenheit des in Rede stehenden Fahrzeuges erlangt. Da dem Käufer jedoch in der Praxis die Überprüfung der individuellen Betroffenheit nur schwer nachgewiesen werden kann, ist eine positive Mangelkenntnis für den Vertragshändler regelmäßig nicht beweisbar.

Beweisbar ist eine positive Kenntnis des potentiellen Käufers von dem Mangel vielmehr erst nach einer schriftlichen Information durch den Vertragshändler. Erst wenn der Käufer nach einer entsprechenden Information durch den Händler bewusst ein von der Software betroffenes Fahrzeug erwirbt, ist die Gewährleistung wegen positiver Kenntnis des Mangels gemäß § 442 Abs. 1 S. 1 BGB ausgeschlossen.

II. Gewährleistungsausschluss aufgrund grob fahrlässiger Mangelunkenntnis gemäß § 442 Abs. 1 S. 2 BGB

Ein Gewährleistungsausschluss gemäß § 442 Abs. 1 S. 2 BGB setzt zunächst eine grob fahrlässige Unkenntnis des Käufers von dem Mangel voraus. Grobe Fahrlässigkeit ist dabei als besonders schwerwiegende Missachtung der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt zu definieren.⁴⁸⁴ Auch hier kommt es auf den Zeitpunkt des Vertragsschlusses an, in dem ein sorgfältiger Käufer den Verkäufer regelmäßig auf den Mangel angesprochen hätte.⁴⁸⁵ Maßgebend für die Beurteilung, ob grobe Fahrlässigkeit des Käufers vorliegt, ist die Frage, ob diesen eine Pflicht zur Untersuchung des Fahrzeuges trifft. Der Käufer muss die Kaufsache nach einhelliger Ansicht jedoch nicht untersuchen, wenn keine besonderen Anhaltspunkte für ihre Mangelhaftigkeit bestehen.⁴⁸⁶ Daher kann von grober Fahrlässigkeit nur ausgegangen werden, wenn dem Käufer bekannte Indizien vorliegen, nach denen der Schluss auf eine Mangelhaftigkeit der Kaufsache so nahe liegt, dass es unverständlich erscheint, diesen Indizien nicht weiter nachzugehen.⁴⁸⁷

Auf eine grob fahrlässige Mangelunkenntnis des Käufers kommt es jedoch dann nicht an, wenn ein Gewährleistungsausschluss ohnehin an § 442 Abs. 1 S. 2 HS. 2 BGB scheitern würde, weil der Verkäufer den Mangel arglistig verschwiegen hat oder eine verschuldensunabhängige Beschaffenheitsgarantie für die Sache durch vertragliche Zusage übernommen hat.

Ein arglistiges Verschweigen des Mangels ist zu bejahen, wenn der Verkäufer ihn für möglich hält bzw. mit ihm rechnet und billigend in Kauf nimmt, dass der Käufer den Mangel nicht bemerkt und den

⁴⁸⁴ MüKoBGB/Westermann, § 442, Rn. 8.

⁴⁸⁵ MüKoBGB/Westermann, § 442, Rn. 8.

⁴⁸⁶ Erman/Grunewald, BGB, § 442, Rn. 11; Grüneberg/Weidenkaff, § 442, Rn. 13; Jauernig/Berger, BGB, § 442, Rn. 5; MüKoBGB/Westermann, § 442, Rn. 9.

⁴⁸⁷ OLG Hamm Ur. v. 7.7.2009 - 28 U 86/09 - BeckRS 2009, 28076; MüKoBGB/Westermann, § 442, Rn. 9.

Vertrag in Kenntnis des Mangels nicht geschlossen hätte.⁴⁸⁸ Wie bereits erörtert ist es einem Vertragshändler zuzumuten, sich über Rückrufaktionen des Herstellers zu informieren. Daher muss ein Vertragshändler den Mangel bereits nach der Veröffentlichung der Ad-hoc Mitteilung durch die Volkswagen AG für möglich halten. Darüber hinaus ist dem Vertragshändler die Arglist des Herstellers gemäß § 123 Abs. 2 S. 1 BGB zurechenbar. Dem Vertragshändler kann also ein arglistiges Verschweigen des Mangels vorgeworfen werden.

III. Zwischenergebnis

Weder die „Notice of Violation“ der EPA vom 18. September 2015, noch die Ad-hoc Mitteilung der Volkswagen AG vom 22. September 2015 können eine positive Kenntnis oder grob fahrlässige Unkenntnis des potentiellen Käufers von der Mangelhaftigkeit der betroffenen Fahrzeuge belegen. Die umfangreiche Presseberichterstattung in der Folgezeit sowie die Einrichtungen zur Überprüfung der individuellen Betroffenheit von Fahrzeugen sind zwar nicht für sich genommen, aber jedenfalls in ihrem Zusammenwirken dazu geeignet, eine positive Mangelkenntnis hervorzurufen. Allerdings wird der Vertragshändler in der Praxis regelmäßig nicht beweisen können, dass der Kaufinteressent durch Überprüfung der individuellen Betroffenheit Kenntnis von dieser erlangt und den Kaufvertrag sodann trotzdem abgeschlossen hat. Deshalb kommt ein Gewährleistungsausschluss aufgrund positiver Mangelkenntnis gemäß § 442 Abs. 1 S. 1 BGB praktisch nur in Betracht, wenn der Vertragshändler im Vorfeld des Kaufvertragsschlusses schriftlich über die Betroffenheit des konkreten Fahrzeuges aufgeklärt hat.

Ein Gewährleistungsausschluss gemäß § 442 Abs. 1 S. 2 BGB scheidet aus, da dem Vertragshändler bereits nach Veröffentlichung

⁴⁸⁸ BGH Urt. v. 22.11.1991 - V ZR 215/90 - NJW-RR 1992, 333, 334; BGH Urt. v. 12.11.2010 - V ZR 181/09 - NJW 2011, 1279, Rn. 14; BGH Urt. v. 15.4.2014 - VIII ZR 80/14 - NJW 2015, 1669, Rn. 16.

der Ad-Hoc Mitteilung durch die Volkswagen AG ein arglistiges Verschweigen des Mangels vorzuwerfen ist.

F. Unwirksamkeit des Rücktritts gemäß § 218 BGB

Da es sich bei dem Rücktritt, ebenso wie bei der Minderung, nicht um einen Anspruch, sondern um ein Gestaltungsrecht handelt⁴⁸⁹, unterliegt dieser gemäß § 194 Abs. 1 BGB nicht der Verjährung. Es ist jedoch sowohl rechtspolitisch, als auch aus Gründen der Rechtssicherheit nicht zu vertreten, wenn Gestaltungsrechte auch noch nach Verjährung des ursprünglichen Erfüllungsanspruches geltend gemacht werden könnten⁴⁹⁰, weshalb § 218 BGB eingeführt wurde, wonach der Rücktritt wegen nicht oder nicht vertragsgemäß erbrachter Leistung unwirksam ist, sobald der Anspruch auf die Primärleistung oder der Nacherfüllungsanspruch verjährt ist und der Schuldner sich hierauf beruft. Bei einer Schlechtleistung ist insoweit auf den Nacherfüllungsanspruch abzustellen. Dabei kommt es auf den Zeitpunkt der Rücktrittserklärung, mithin den Zeitpunkt der Ausübung des Gestaltungsrechts und nicht etwa auf den Zeitpunkt der gerichtlichen Geltendmachung an.⁴⁹¹ Liegen die Voraussetzungen von § 218 BGB vor, so wird der Rücktritt ex nunc unwirksam und die Ansprüche aus §§ 346 ff. BGB entfallen.

In den Dieselfällen hat eine Vielzahl von Volkswagen-Kunden die Verjährung ihrer Primär- bzw. Nacherfüllungsansprüche und damit die Unwirksamkeit des Rücktritts zu befürchten, da die Existenz der Abschaltautomatik erst im September 2015 öffentlich bekannt wurde, Ansprüche mithin erst ab diesem Zeitpunkt von den

⁴⁸⁹ BeckOGK-BGB/*Bach*, § 218, Rn. 2; BeckOK-BGB/*Henrich*, § 218, Rn. 1; JurisPK-BGB/*Lakkis*, Band 1, § 218, Rn. 1; Prütting/*Deppenkemper*, BGB, § 218, Rn. 1; Staudinger/*Peters/Jacoby*, §§ 164 - 240 BGB, § 218, Rn. 1.

⁴⁹⁰ Prütting/*Deppenkemper*, § 218, Rn. 1; BeckOK-BGB/*Henrich*, § 218, Rn. 1; MüKoBGB/*Grothe*, § 218, Rn. 1.

⁴⁹¹ BGH Urt. v. 7.6.2006 - VIII ZR 209/05 - NJW 2006, 2839, Rn. 26; OLG Köln Urt. v. 6.6.2019 - 24 U 5/19 - BeckRS 2019, 13405, Rn. 23; MüKoBGB/*Grothe*, § 218, Rn. 5.

Käufern geltend gemacht werden konnten. Käufern, deren Erfüllungs- bzw. Nacherfüllungsansprüche bereits vor diesem Zeitpunkt verjährt waren, sind auch in Bezug auf eine Wirksamkeit des Rücktritts keine Hoffnungen mehr zu machen. Allerdings besteht für Käufer, deren Ansprüche zur Zeit des öffentlichen Bekanntwerdens der Dieselproblematik noch nicht verjährt waren, die Hoffnung einer Hemmung bzw. eines Neubeginns der Verjährung des Nacherfüllungsanspruchs mit der Folge, dass der Rücktritt möglicherweise zum Zeitpunkt seiner Erklärung noch nicht gemäß § 218 BGB unwirksam war.

In Fällen anderer besteht für die Kunden noch Hoffnung auf einen wirksamen Rücktritt vom Kaufvertrag: Im Falle von Daimler ist die in den Motor OM651 verbaute Abschaltvorrichtung erst im Jahre 2019 aufgefunden und die betroffenen Fahrzeugmodelle sind vom Kraftfahrtbundesamt erst am 11. Oktober 2019 zurückgerufen worden.⁴⁹²

Fraglich ist mithin, wann der Nacherfüllungsanspruch verjährt und damit der Rücktritt gemäß § 218 BGB unwirksam ist.

I. Maßgebliche Verjährungsfrist für den Nacherfüllungsanspruch

Kaufrechtliche Gewährleistungsansprüche verjähren gemäß § 438 Abs. 1 Nr. 3 BGB grundsätzlich innerhalb von 2 Jahren nach Übergabe der Kaufsache.

1. Geltung der Regelverjährungsfrist bei arglistigem Verschweigen des Mangels gemäß § 438 Abs. 3 S. 1 BGB

Denkbar wäre in den Diesel-Fällen jedoch, dass die Gewährleistungsansprüche des Käufers aufgrund arglistigen Verhaltens des Verkäufers innerhalb der Regelverjährungsfrist von

⁴⁹² Daimler Pressemitteilung 10/2019, <https://www.daimler.com/innovation/diesel/kba-oktober-2019.html>.

drei Jahren verjähren, vgl. § 438 Abs. 3 S. 1 BGB.⁴⁹³ Dies wäre für den Käufer nicht nur aufgrund der längeren Verjährungsfrist von drei Jahren von Vorteil, sondern auch im Hinblick auf den Verjährungsbeginn mit Abschluss des Jahres, in dem der Käufer von den anspruchsbegründenden Umständen und der Person des Schuldners Kenntnis erlangt hat oder hätte erlangen müssen, vgl. § 199 Abs. 1 BGB. Folglich würde die Frist keinesfalls vor dem öffentlichen Bekanntwerden der Abschaltautomatik im Jahre 2015 zu laufen beginnen. Die Gewährleistungsansprüche der Käufer wären danach frühestens bis zum Abschluss des Jahres 2018 durchsetzbar und der Rücktritt damit bis zu diesem Zeitpunkt nicht unwirksam. Die Voraussetzungen des § 438 Abs. 3 S. 1 BGB liegen jedoch nur dann vor, wenn dem jeweiligen Verkäufer ein arglistiges Verschweigen des Mangels vorgeworfen werden kann. Unterschieden werden muss hier wiederum zwischen einem eigenen arglistigen Verhalten des Vertragshändlers einerseits und einer Zurechnung des arglistigen Herstellerverhaltens andererseits.

Geht es um ein eigenes arglistiges Verschweigen des Mangels durch den Vertragshändler wird in Rechtsprechung und Literatur nicht einheitlich beantwortet, ob ein solches das Bestehen einer entsprechenden Aufklärungspflicht des Vertragshändlers voraussetzt:

Nach Ansicht der Rechtsprechung könne ein arglistiges Verschweigen von Mängeln im Sinne von § 438 Abs. 3 S. 1 BGB nur dann angenommen werden, wenn der Verkäufer zur Aufklärung über den konkreten Mangel verpflichtet war. Insoweit wird ein Gleichlauf zwischen § 438 Abs. 3 S. 1 BGB und § 123 Abs. 1 Fall 1 BGB bezweckt. Allerdings darf dem Verkäufer keine vollumfängliche Aufklärungspflicht aufgebürdet werden, da nach dem rechtsgeschäftlichen Autonomieprinzip grundsätzlich jedes Rechtssubjekt selbst die Verantwortung zur Wahrnehmung

⁴⁹³ Ablehnend insoweit OLG Karlsruhe Urt. v. 7.11.2019 - 17 U 245/18 - NJW-RR 2020, 377, 379, Rn. 32.

seiner eigenen Interessen trägt.⁴⁹⁴ Auf der anderen Seite sind die Vertragsparteien jedoch zur Rücksichtnahme auf die Rechte, Rechtsgüter und Interessen des jeweils anderen Teils verpflichtet, vgl. § 241 Abs. 2 BGB. Dieser Grundkonflikt muss bei der Bestimmung der Reichweite von Aufklärungspflichten beachtet werden.⁴⁹⁵ Nach gefestigter Rechtsprechung habe der Verkäufer den Käufer über solche Umstände aufzuklären, die für dessen Kaufentscheidung erkennbar von Bedeutung sind.⁴⁹⁶ Im Falle eines KFZ-Kaufvertrages bestehe eine Pflicht zur Aufklärung jedenfalls über nicht ganz unbedeutende Unfälle, sowie über Schäden, die für den Käufer im Rahmen seiner Erkenntnismöglichkeiten nicht offensichtlich sind, soweit der Verkäufer entsprechende Kenntnis hat.⁴⁹⁷ Bei der im Motorsteuergerät einprogrammierten Abschaltautomatik handelt es sich um einen Umstand, der die Typengenehmigung des Fahrzeuges und damit seine Zulassung zum Betrieb im Straßenverkehr gefährdet. Sie stellt auch, wie bereits erörtert, einen erheblichen Mangel dar. Es handelt sich also um einen wesentlichen Umstand, der für die Kaufentscheidung nicht zuletzt aufgrund des gestiegenen Umweltbewusstseins in der Bevölkerung regelmäßig von Relevanz ist.

Zwar handelt es sich bei der Abschaltautomatik um einen versteckten Mangel, der für einen durchschnittlichen Käufer bei Abschluss des Kaufvertrages regelmäßig nicht ersichtlich ist, jedoch hatten die Händler vor dem öffentlichen Bekanntwerden der Problematik selbst keinerlei Kenntnis von der Software, sodass ihnen ein eigenes arglistiges Verhalten jedenfalls zu diesem Zeitpunkt nicht unterstellt werden kann.

⁴⁹⁴ BeckOGK-BGB/*Arnold*, § 438, Rn. 168.

⁴⁹⁵ BeckOGK-BGB/*Arnold*, § 438, Rn. 168.

⁴⁹⁶ BGH Urt. v. 8.12.1989 - V ZR 246/87 - NJW 1990, 975; BGH Urt. v. 2.3.1979 - V ZR 157/77 - NJW 1979, 2243; BGH Urt. v. 29.6.1977 - VIII ZR 43/76 - NJW 1977, 1914, 1915; BGH Urt. v. 27.2.1974 - V ZR 85/72 - NJW 1974, 849, 851.

⁴⁹⁷ BGH Urt. v. 16.3.1977 - VIII ZR 283/75 - NJW 1977, 1055, 1056; BGH Urt. v. 21.1.1981 - VIII ZR 10/80 - NJW 1981, 928, 929; BGH Urt. v. 3.12.1986 - VIII ZR 345/85 - NJW-RR 1987, 436, 437.

Nach der Veröffentlichung der Ad-hoc Mitteilung durch die Volkswagen AG und der sich daran anschließenden öffentlichen Medienberichterstattung, ist den Vertragshändlern jedoch ein Kenntnis des Mangels sowie der betroffenen Fahrzeugmodelle vorzuwerfen. Da die Abschaltlogik in den Medien breit thematisiert wurde und im Internet von den Herstellern zusätzlich Einrichtungen zur Prüfung der individuellen Betroffenheit von Fahrzeugen veröffentlicht worden sind, welche regelmäßig aktualisiert werden, hatten jedoch auch die Käufer die Möglichkeit, zu erkennen, ob ihr Fahrzeug betroffen ist oder nicht. Es gilt jedoch zu berücksichtigen, dass der Käufer aufgrund seiner gegenüber dem Händler deutlich geringeren Sachkunde als schwächere Vertragspartei schutzwürdig ist, sodass ihm keine überhöhten Pflichten zur eigenen Information aufgebürdet werden können. Nach der Veröffentlichung der Einrichtungen zur Prüfung der individuellen Betroffenheit von Fahrzeugen durch den Hersteller ist dem Käufer die Feststellung der Betroffenheit des konkreten Fahrzeuges zwar möglich, jedoch kann der Mangel für den weiterhin schutzwürdigen Käufer auch zu diesem Zeitpunkt nicht als „offensichtlich“ qualifiziert werden, sodass die Aufklärungspflicht des Verkäufers fortbesteht. Die Möglichkeit der eigenen Information durch Prüfungseinrichtungen kann den Käuferschutz nicht vollständig entfallen lassen und daher nicht die Offensichtlichkeit des Mangels begründen. Seiner Aufklärungspflicht kommt der Vertragshändler erst dann nach, wenn er den Käufer tatsächlich über die Betroffenheit des in Rede stehenden Fahrzeuges von der unzulässigen Abschalteinrichtung sowie über die daraus resultierenden Folgen informiert hat.

Die Ansicht der Rechtsprechung kommt damit für Kaufverträge nach dem öffentlichen Bekanntwerden der Diesel Problematik zu dem Ergebnis, dass eine Aufklärungspflicht des Vertragshändlers gegenüber dem Käufer besteht. Kommt der Händler dieser Pflicht nicht nach, ist ein arglistiges Verschweigen des Mangels anzunehmen. Vor dem öffentlichen Bekanntwerden der

Problematik kommt eine Aufklärungspflicht mangels Kenntnis des Vertragshändlers von dem Mangel nicht in Betracht. Ein eigenes arglistiges Verschweigen des Mangels scheidet folglich aus. Allerdings kann dem Vertragshändler wie aufgezeigt das arglistige Verschweigen des Mangels durch den Hersteller nach dem Rechtsgedanken des § 123 Abs. 2 S. 1 BGB zugerechnet werden.

Zum Teil wird in der Literatur angenommen, es käme im Rahmen von § 438 Abs. 3 S. 1 BGB, anders als bei § 123 Abs. 1 Fall 1 BGB, überhaupt nicht auf das Bestehen von Aufklärungspflichten des Verkäufers an.⁴⁹⁸ Für das Vorliegen eines Verschweigens im Sinne der Vorschrift genüge ein schlichtes Unterlassen, da Mängel stets offenbart werden müssten.⁴⁹⁹ Möchte man dieser Ansicht folgen, so könnte den Verkäufern ein eigenes arglistiges Verschweigen des Mangels auch dann unterstellt werden, wenn der Käufer selbst entsprechende Erkenntnismöglichkeiten gehabt hätte und deshalb eine Aufklärungspflicht zu verneinen wäre. Die Literatur käme damit sowohl vor als auch nach dem öffentlichen Bekanntwerden der Abschaltautomatik zu einer Geltung der Regelverjährungsfrist nach § 438 Abs. 3 S. 1 BGB.

Für die erstgenannte Ansicht sprechen zunächst systematische Erwägungen. Es gibt keinen plausiblen Grund, warum ein arglistiges Verschweigen von Mängeln im Sinne von § 438 Abs. 3 S. 1 BGB anders zu beurteilen sein sollte, als eine arglistige Täuschung nach § 123 Abs. 1 Fall 1 BGB, wenn doch eine solche Täuschung ohne weiteres auch durch Unterlassen einer Aufklärung begangen werden kann und in der Praxis häufig begangen wird. Es ist darüber hinaus als allgemeiner Rechtsgrundsatz vor allem im Strafrecht anerkannt, dass ein Unterlassen nur dann tatbestandsmäßig sein kann, wenn eine Rechtspflicht zum Handeln besteht. Daher spricht auch der

⁴⁹⁸ BeckOK-BGB/*Faust*, § 438, Rn. 38; Erman/*Grunewald*, BGB, § 438, Rn. 24; ablehnend *Gröschler*, NJW 2005, 1601, 1603.

⁴⁹⁹ BeckOK-BGB/*Faust*, § 438, Rn. 38; Erman/*Grunewald*, BGB, § 438, Rn. 24.

Grundsatz der Einheit der Rechtsordnung, einerseits zwischen Zivilrecht und Strafrecht, andererseits innerhalb des BGBs, dafür, im Rahmen von § 438 Abs. 3 S. 1 BGB auf das Bestehen einer Aufklärungspflicht der Verkäufer abzustellen. Zuletzt ist eine Schlechterstellung des Verkäufers, zu der es bei einer Verlängerung der Verjährungsfrist zweifellos käme, nur dann geboten, wenn ihm ein pflichtwidriges Verhalten vorgeworfen werden kann. Dies ist jedoch nur dann der Fall, wenn eine entsprechende Verkäuferpflicht zur Aufklärung bestünde. Eine abweichende Beurteilung würde die Pflichten des Verkäufers zu stark überdehnen, indem er zur Aufklärung über sämtliche, auch unerhebliche, Mängel verpflichtet wäre.

Richtigerweise ist also der Ansicht der Rechtsprechung zu folgen und ein arglistiges Verschweigen von Mängeln nur dann anzunehmen, wenn eine Aufklärungspflicht der Verkäufer in Bezug auf den konkreten Mangel besteht. Eine solche besteht wie erörtert nur für Vertragsschlüsse nach dem öffentlichen Bekanntwerden der Abschaltanlage. Als Folge liegt dann ein eigenes arglistiges Verschweigen des Mangels durch den Verkäufer vor.

Für Vertragsschlüsse vor dem öffentlichen Bekanntwerden der Diesel Problematik werden nochmals die obigen Ausführungen zur Zurechnung des arglistigen Herstellerverhaltens an den Vertragshändler relevant: Dem Vertragshändler kann das arglistige Verschweigen des Mangels durch den Hersteller wie bereits erörtert gemäß § 123 Abs. 2 S. 1 BGB zugerechnet werden. Aus diesem Grund liegen die Voraussetzungen des § 438 Abs. 3 S. 1 BGB vor, sodass die regelmäßige Verjährungsfrist der §§ 195, 199 BGB gilt.

Eine Kenntnis des Käufers von den anspruchsbegründenden Umständen und der Person des Schuldners kann jedoch erst nach einer persönlichen Information durch den Vertragshändler angenommen werden. In diesem Zusammenhang ist zu beachten, dass es sich aufgrund der Formulierung „und“ in § 199 Abs. 1 BGB

um kumulative Voraussetzungen handelt. Selbst wenn der Käufer bereits vor einer solchen persönlichen Information durch die Medienberichterstattung in Kombination mit den Einrichtungen zur Prüfung der individuellen Betroffenheit seines Fahrzeuges Kenntnis von dem Vorhandensein der unzulässigen Abschaltvorrichtung erlangt hätte oder hätte bei pflichtgemäßer Sorgfalt erlangt haben müssen, so wird ihm jedenfalls erst mit der persönlichen Information des Vertragshändlers die Person des Schuldners bewusst. Denn weder aus der Medienberichterstattung, noch aus den Einrichtungen zur Prüfung der individuellen Betroffenheit eines Fahrzeuges ist aus der Sicht eines durchschnittlichen Käufers zu entnehmen, gegen wen sich seine Ansprüche richten bzw. wem gegenüber sie geltend zu machen sind. Vor einer persönlichen Information durch den Vertragshändler trifft den Käufer also weder positive Kenntnis noch grob fahrlässige Unkenntnis hinsichtlich der Person des Schuldners.

Die regelmäßige Verjährungsfrist beginnt damit gemäß §§ 195, 199 Abs. 1 BGB erst nach einer persönlichen Information des Käufers über die Betroffenheit seines Fahrzeuges durch den Vertragshändler zu laufen.

Eine solche persönliche Information erfolgte im Falle der Volkswagen AG regelmäßig im Wege der Versendung sog. Rückrufschreiben durch die Vertragshändler, die ab dem Jahr 2016 begann, in Fällen anderer Hersteller sogar später.

Nach neuerer Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes - welche sich zwar unmittelbar auf einen Anspruch gegen den Hersteller aus § 826 BGB bezieht, für den vorliegenden Kontext in der zukünftigen Diskussion jedoch gleichwohl Ausstrahlungswirkung entfalten könnte - beginne die regelmäßige Verjährungsfrist bei Schadensersatzansprüchen aus dem Erwerb eines vom Dieselskandal betroffenen Fahrzeuges mit dem Motor EA 189 spätestens mit Ablauf des 31.12.2016, da jedenfalls bis Ende des

Jahres 2016 Veranlassung dazu bestanden habe, die Betroffenheit des eigenen Fahrzeugs zu ermitteln.⁵⁰⁰ Der Bundesgerichtshof stellt klar, dass für den Kläger ab dem Jahr 2015 die Möglichkeit bestanden habe, die Betroffenheit seines Fahrzeuges auf einer der von der Volkswagen-AG zur Verfügung gestellten Internetseiten zu überprüfen. Die Ad-hoc Mitteilung vom 22. September 2015 habe sich auf den gesamten Volkswagen Konzern einschließlich der Fahrzeuge von Tochtergesellschaften Audi, Skoda und Seat bezogen. Aus diesem Grund vertritt der Bundesgerichtshof die Ansicht, der Kläger hätte bereits im Jahre 2016 ohne grobe Fahrlässigkeit Kenntnis davon erlangen müssen, dass sein Fahrzeug von der die Abgasmessung beeinflussenden Software betroffen ist. Der Umstand, dass der Kläger in den Jahren 2015 und 2016 kein Anschreiben des Kraftfahrtbundesamtes über die Betroffenheit seines Fahrzeuges erhielt, begründe kein berechtigtes Vertrauen darauf, sein Fahrzeug sei nicht betroffen. Der Kläger hätte nach Ansicht des Bundesgerichtshofes vielmehr von der Medienberichterstattung über die Betroffenheit der Fahrzeuge der Volkswagen AG auch auf die Betroffenheit der Fahrzeuge der Tochtergesellschaft Audi AG schließen können. Der Bundesgerichtshof entschied in diesen Zusammenhang zusätzlich, dass dem Käufer eines Audis, dessen Motor mit der die Abgasmessung beeinflussenden Software versehen ist, kein Anspruch nach § 852 S. 1 BGB gegen die Volkswagen AG als Motorhersteller zukomme, wenn er das Fahrzeug ursprünglich als Neuwagen erworben hat.⁵⁰¹ Die Haftung der Volkswagen AG nach dieser Vorschrift hatte der Bundesgerichtshof zuvor bereits für den Fall abgelehnt, dass der streitgegenständliche Audi von einem Vertragshändler als Gebrauchtwagen erworben wurde.⁵⁰²

Vor dem Hintergrund der vorliegenden Entscheidung ist jedoch zu beachten, dass dem Käufer ein nicht regelmäßiger Medienkonsum

⁵⁰⁰ BGH Urt. v. 09.05.2022 - VIa ZR 441/21 - NJW 2022, 2028; BGH Urt. v. 14.07.2022 - VII ZR 422/21 - NJW 2022, 3284.

⁵⁰¹ Vgl. BGH Urt. v. 14.07.2022 - VII ZR 422/21 - NJW 2022, 3284.

⁵⁰² Vgl. BGH Urt. v. 10.02.2022 - VII ZR 679/21 - BeckRS 2022, 4167.

nicht zum Vorwurf gemacht werden kann. Ohne einen solchen wird ein durchschnittlicher Käufer jedoch auch nicht auf die Ad-hoc-Mitteilung des Herstellers über den Rückruf bestimmter Fahrzeuge aufmerksam. Gleichsam besteht für ihn dann auch keine Veranlassung zur Überprüfung der Betroffenheit seines Fahrzeuges mithilfe der zur Verfügung stehenden Internetseiten, von deren Existenz der Käufer ohne einen entsprechenden Medienkonsum ebenfalls keine Kenntnis erlangt. Insoweit stellt der Bundesgerichtshof in dem dargestellten Urteil überhöhte Anforderungen an den Käufer, indem er ihn zu einem regelmäßigen Medienkonsum verpflichtet bzw. einen solchen unterstellt. Unterlässt der Käufer diesen Medienkonsum und zieht auf diese Weise keine Rückschlüsse auf die Betroffenheit seines Fahrzeuges, so wird dies seitens des Bundesgerichtshofes als grob fahrlässig bewertet. Damit überspannt der Bundesgerichtshof die einem durchschnittlichen Käufer zumutbaren Nachforschungspflichten in erheblicher Weise.

Richtigerweise kann dem Käufer daher vor einem Anschreiben des Kraftfahrtbundesamtes oder einer persönlichen Information seitens des Vertragshändlers über die Betroffenheit seines Fahrzeuges weder positive Kenntnis noch grob fahrlässige Unkenntnis hinsichtlich der anspruchsbegründenden Umstände sowie der Person des Schuldners unterstellt werden. Es wird daher an der Auffassung festgehalten, wonach die regelmäßige Verjährungsfrist gemäß §§ 195, 199 Abs. 1 BGB erst nach einer entsprechenden persönlichen Information zu laufen beginnt.

2. Verjährungsverkürzung durch Parteivereinbarung

Grundsätzlich denkbar ist jedoch in jedem Fall eine rechtsgeschäftliche Verkürzung der Verjährungsfrist. Haben die Parteien eine solche vereinbart, so unterliegt diese Vereinbarung der ABG-Inhaltskontrolle nach § 309 Nr. 8 lit. b ff. BGB und, soweit es sich um einen Verbrauchsgüterkauf nach

§ 474 Abs. 1 S. 1 BGB handelt, der Regelung des § 476 Abs. 2 BGB. Nach § 476 Abs. 2 BGB kann die Verjährungsfrist im Falle eines Verbrauchsgüterkaufes nicht auf einen Zeitraum unter zwei Jahren, bei gebrauchten Sachen nicht auf einen Zeitraum unter einem Jahr, rechtsgeschäftlich verkürzt werden. Kauft dagegen ein Unternehmer von einem Händler ein Fahrzeug, so darf die Verjährungsfrist gemäß § 309 Nr. 8 lit. b ff BGB nicht durch Vereinbarung auf einen Zeitraum unter einem Jahr verkürzt werden. Damit unterliegt eine Verkürzung der Verjährungsfrist durch Parteivereinbarung strengen Einschränkungen.

3. Verjährungsbeginn erst nach höchstrichterlicher Entscheidung

Das Landgericht Trier nahm in einem jüngeren Urteil an, dass die Verjährung von Ansprüchen des Käufers gegen den Hersteller nicht vor einer höchstrichterlichen Entscheidung, die dem Käufer die zutreffende Einschätzung der Rechtslage ermöglicht, eintrete.⁵⁰³ Allerdings hatte das Gericht in diesem Fall über eine Klage des Käufers unmittelbar gegen den Hersteller zu entscheiden, die sich alleine auf deliktische Anspruchsgrundlagen stützte. Deliktische Ansprüche verjähren gemäß §§ 195, 199 Abs. 1 Nr. 1, 2 BGB innerhalb von drei Jahren, wobei die Frist mit dem Schluss des Jahres beginnt, in dem der Anspruch entstanden ist und der Gläubiger von den anspruchsbegründenden Umständen und von der Person des Schuldners Kenntnis erlangt oder ohne grobe Fahrlässigkeit hätte erlangen müssen. Aufgrund der Komplexität der Dieselfälle stellt das Gericht hohe Anforderungen an die Kenntnis bzw. grob fahrlässige Unkenntnis des Käufers. Solange dieser die Rechtslage nicht treffsicher einschätzen könne, sei nach Ansicht des Gerichtes weder Kenntnis noch grob fahrlässige Unkenntnis von den anspruchsbegründenden Umständen

⁵⁰³ LG Trier Urt. v. 19.9.2019 - 5 O 417/18 - BeckRS 2019, 24472, Rn. 45.

gegeben.⁵⁰⁴ Eine solche treffsichere Einschätzung der Rechtslage sei dem Käufer vielmehr erst möglich, nachdem eine höchstrichterliche Entscheidung in den Dieselfällen vorliegt.

Diese Rechtsprechung ist auf das Verhältnis zwischen Käufer und Vertragshändler grundsätzlich übertragbar, da hier gleichermaßen über § 438 Abs. 3 S. 1 die Regelverjährungsfrist gemäß §§ 195, 199 Abs. 1 BGB gilt. Für den Verjährungsbeginn kommt es mithin auch hier auf eine Kenntnis bzw. grob fahrlässige Unkenntnis des Käufers von den anspruchsbegründenden Umständen und der Person des Schuldners an. Ob eine komplexe und daher für den Käufer nur schwer einschätzbare Rechtslage, wie sie in den Dieselfällen vorliegt, diese Kenntnis ausschließt, ist jedoch zweifelhaft. Zunächst macht § 199 Abs. 1 BGB seinem Wortlaut nach hinreichend deutlich, auf welche Umstände sich die Kenntnis bzw. grob fahrlässige Unkenntnis des Gläubigers beziehen muss. Dies sind kumulativ die den Anspruch begründenden Umstände und die Person des Schuldners. Die Norm besagt mithin gerade nicht, dass der Gläubiger umfassende Kenntnis der gesamten Rechtslage des Falles benötigt, damit der Verjährungsbeginn ausgelöst wird. Anderenfalls bedürfe es in jedem komplexeren Rechtsstreit zunächst eines Urteiles in einem zumindest vergleichbaren Fall, damit der Käufer die Rechtslage treffsicher einschätzen kann und der Verjährungsbeginn ausgelöst wird. Diese überhöhten Anforderungen stellen eine unzulässige Überdehnung des Wortlautes von § 195 Abs. 1 BGB dar und sind daher contra legem. Darüber hinaus gab es bereits vor den Dieselfällen komplexe Rechtsstreite, in denen eine umfassende Kenntnis des Käufers von der Rechtslage ebenfalls nicht zur Voraussetzung für den Verjährungsbeginn gemacht wurde. Es ist daher nicht einleuchtend, warum dies in den Diesel-Fällen der Fall sein sollte. Auch wenn der Schutz des Schwächeren als grundsätzliche Wertung innerhalb der gesamten Zivilrechtsordnung zu beachten

⁵⁰⁴ LG Trier Urt. v. 19.9.2019 - 5 O 417/18 - BeckRS 2019, 24472, Rn. 45.

ist, kann er nicht eine vom Gesetzgeber so nicht bezweckte Überdehnung des Gesetzeswortlautes rechtfertigen.

Aus diesen Gründen kann der Rechtsprechung des Landgerichtes Trier nicht gefolgt werden. Für die Kenntnis bzw. grob fahrlässige Unkenntnis des Käufers von den anspruchsbegründenden Umständen kommt es mithin nicht auf die Möglichkeit einer treffsicheren Einschätzung der Rechtslage an. Die Voraussetzung kann daher auch vor dem Erlass eines höchstrichterlichen Urteils in den Diesel-Fällen erfüllt sein.

4. Zwischenergebnis

Die Verjährungsfrist der Gewährleistungsansprüche eines Dieselmotorkäufers wegen einer im Fahrzeug verbauten unzulässigen Abschaltvorrichtung richtet sich nach §§ 438 Abs. 3 S. 1, 195, 199 BGB. Sie beträgt drei Jahre und beginnt mit dem Schluss des Jahres, in dem der Anspruch entstanden ist und in dem der Anspruchsteller von den anspruchsbegründenden Umständen sowie von der Person des Schuldners Kenntnis erlangt hat.

Richtigerweise kann eine Kenntnis bzw. grob fahrlässige Unkenntnis des Käufers von den anspruchsbegründenden Umständen erst nach einer persönlichen Information durch den Vertragshändler angenommen werden. Die Frist beginnt also erst mit dem Schluss des Jahres, in dem der Vertragshändler den Käufer über die verbaute Software informiert hat. Da solche Informationsschreiben zumeist in den Jahren 2016 und 2017 versendet wurden⁵⁰⁵, kommt es mit Ablauf des Jahres 2019 bzw. 2020 zur Verjährung der Gewährleistungsansprüche. Erst zu diesem Zeitpunkt wäre ein Rücktritt des Käufers gemäß § 218 Abs. 1 S. 1 BGB unwirksam.

⁵⁰⁵ LG Trier Urte. v. 19.9.2019 - 5 O 417/18 - BeckRS 2019, 24472, Rn. 45.

II. Hemmung der Verjährung gemäß § 203 S. 1 BGB

In Betracht kommt zudem eine Hemmung der Verjährung gemäß § 203 S. 1 BGB. Demnach ist die Verjährung gehemmt, solange die Vertragsparteien über den Anspruch oder die den Anspruch begründenden Umstände verhandeln. Der Begriff des „Verhandelns“ ist dabei weit auszulegen.⁵⁰⁶ Ausreichend ist, wenn der Gläubiger klarstellt, dass er einen Anspruch geltend machen will und darlegt, worauf er seinen Anspruch stützen will.⁵⁰⁷ Danach muss zwischen Gläubiger und Schuldner ein ernsthafter Meinungs-austausch über das Bestehen des Anspruchs und seine Grundlagen stattfinden, ohne dass der Schuldner die Leistung sofort und erkennbar ablehnt.⁵⁰⁸ Ausreichend ist, wenn die Erklärungen des einen Teils den anderen Teil berechtigterweise annehmen lassen, er lasse sich auf Erörterungen über das Bestehen des Anspruchs oder seinen Umfang ein.⁵⁰⁹ Allerdings reicht die Geltendmachung eines Gewährleistungsanspruches für sich genommen nicht aus, um Verhandlungen im Sinne von § 203 S. 1 BGB zu begründen, vielmehr muss zwischen den Parteien ein „Hin und Her“ stattfinden.⁵¹⁰

Bestehen zwischen den Parteien solche Verhandlungen, was in jedem Einzelfall anhand der konkreten Umstände gesondert zu beurteilen ist, so ist die Verjährung so lange gehemmt, bis eine der Parteien die Fortsetzung der Verhandlungen verweigert, vgl. § 203 S. 1 BGB. Geschieht dies, so endet die Verjährungshemmung und die Verjährungsfrist läuft weiter. Die Verjährung tritt allerdings frühestens drei Monate nach Ende der Hemmung ein, vgl. § 203 S. 2 BGB.

⁵⁰⁶ BGH Beschl. v. 31.1.2014 - III ZR 84/13 - BeckRS 2014, 3762, Rn. 8; BGH Ur. v. 26.10.2006 - VII ZR 194/05 - NJW 2007, 587, Rn. 10; BeckOK-BGB/*Spindler*, § 203, Rn. 4; BeckOGK-BGB/*Meller-Hannich*, § 203, Rn. 16; MüKoBGB/*Grothe*, § 203, Rn. 5; *Grüneberg/Ellenberger*, § 203, Rn. 2.

⁵⁰⁷ BGH Beschl. v. 7.7.2011 - IX ZR 100/08 - BeckRS 2011, 19490, Rn. 2; BGH Ur. v. 14.7.2009 - XI ZR 18/08 - NJW-RR 2010, 975, Rn. 16; BGH Ur. v. 1.2.2007 - IX ZR 180/04 - WM 2007, Heft 17, 801, Rn 32.

⁵⁰⁸ BGH Beschl. v. 7.7.2011 - IX ZR 100/08 - BeckRS 2011, 19490, Rn. 2.

⁵⁰⁹ BGH Beschl. v. 7.7.2011 - IX ZR 100/08 - BeckRS 2011, 19490, Rn. 2; BGH Ur. v. 14.7.2009 - XI ZR 18/08 - NJW-RR 2010, 975, Rn. 16; BGH Ur. v. 1.2.2007 - IX ZR 180/04 - WM 2007, Heft 17, 801, Rn 32.

⁵¹⁰ *Heimgärtner*, DAR 2015, 622, 623.

In einem vom Bundesgerichtshof im Mai 2022 entschiedenen Fall⁵¹¹ sei die Verjährungsfrist mit Eingang eines Güteantrages bei der Streitbeilegungsstelle gemäß § 204 Abs. 1 Nr. 4 HS 2, Abs. 2 S. 1 BGB gehemmt worden. Denn für die Rückwirkung der Verjährungshemmung auf diesen Zeitpunkt komme es auf die demnächst erfolgende Veranlassung der Bekanntgabe des Güteantrages an den Antragsgegner an. Maßgeblich für die Verjährungshemmung sei allein das aktenmäßig nachprüfbar Verhalten der Güte- beziehungsweise Streitbeilegungsstelle und nicht die tatsächlich erfolgte Bekanntgabe des Antrags an den Antragsgegner. Sinn und Zweck sei der Schutz des Gläubigers, der nicht durch den Ablauf von Verjährungsfristen während des Verfahrens an der gerichtlichen Durchsetzung seines Anspruchs gehindert werden soll. Verzögerungen innerhalb des Geschäftsbetriebs der Güte- beziehungsweise Streitbeilegungsstelle, die von dem Gläubiger nicht beeinflusst werden können, sollen nicht zu seinen Lasten gehen. Dem bezweckten Gläubigerschutz entspreche es, dass es lediglich auf die Veranlassung der Bekanntgabe und nicht auf die tatsächliche Bekanntgabe ankommt, da der Nachweis eines tatsächlich erfolgten Zugangs des Güteantrages beim Antragsgegner praktisch nur schwer geführt werden kann. Die Einreichung eines Güteantrages bei der Streitbeilegungsstelle stellt daher eine weitere Möglichkeit dar, um den Ablauf der Verjährungsfrist zu hemmen.

III. Verjährungsverzicht als Ausweg

In den Fällen, in denen die Gewährleistungsansprüche bei Bekanntwerden der Abschaltautomatik noch nicht verjährt sind und der Rücktritt damit nicht nach § 218 BGB unwirksam ist, ist dem Käufer jedenfalls vorsorglich zu raten, mit dem Verkäufer einen Verjährungsverzicht zu vereinbaren. Dies hätte zur Folge, dass eine anschließende Berufung auf die Einrede der Verjährung treuwidrig

⁵¹¹ BGH Urt. v. 04.05.2022 - VIII ZR 50/20 - BeckRS 2022, 13175.

im Sinne von § 242 BGB wäre, da sich objektiv das Gesamtbild eines widersprüchlichen Verhaltens ergibt, wenn das frühere Verhalten einer Person (= Erklärung eines Verjährungsverzichtes) mit ihrem späteren Verhalten (= Berufung auf die Einrede der Verjährung) sachlich unvereinbar ist und die Interessen der Gegenseite (hier des Käufers) vorrangig schutzwürdig erscheinen.⁵¹²

Auf einen solchen Verjährungsverzicht wird sich der Verkäufer jedoch nur einlassen, wenn der Käufer ihm im Gegenzug zusichert, so lange keine rechtlichen Schritte gegen ihn einzuleiten, bis der Hersteller das Software-Update zur Deaktivierung der Abschaltvorrichtung vorgenommen hat. Denn wenn das Update den Mangel beseitigt hätte, wovon zunächst verbreitet ausgegangen wurde, lägen die Voraussetzungen der Gewährleistungsrechte aus § 437 BGB nicht mehr vor und der Verkäufer hätte insoweit keine Inanspruchnahme mehr zu fürchten.⁵¹³ Da tatsächlich jedoch nicht nachgewiesen werden kann, dass das Software-Update die unzulässige Abschaltvorrichtung beseitigt und gleichzeitig die bislang nicht ausgeräumte Befürchtung besteht, es könne sich negativ auf die sonstigen Fahrzeugeigenschaften auswirken, entfällt die Mangelhaftigkeit der betroffenen Fahrzeuge nach Durchführung des Updates nicht, sodass dem Käufer weiterhin ein Nacherfüllungsanspruch zusteht.

Ein durch den Hersteller erklärter Verjährungsverzicht kann nicht ausreichen, um die Verjährung von Ansprüchen gegen den Vertragshändler zu verhindern. Weder dem Hersteller, noch dem Kraftfahrtbundesamt, kommt die Rechtsmacht zu, mit Wirkung für und gegen den Vertragshändler den Verjährungsverzicht zu erklären.⁵¹⁴ Deshalb ist auch die Erklärung der Volkswagen AG in

⁵¹² BGH Beschl. v. 28.7.2015 - VII ZB 508/14 - <https://openjur.de/u/842449.html>, Rn. 16.

⁵¹³ So auch *Heimgärtner*, DAR 2015, 622, 623.

⁵¹⁴ So auch OLG Karlsruhe Urt. v. 18.7.2019 - 17 U 204/18 - BeckRS 2019, 15043, Rn. 35; OLG Karlsruhe Hinweisbeschl. v. 11.6.2019 - 13 U 247/18 - BeckRS 2019, 37319, Rn. 22 f.

ihrer Pressemitteilung vom 16. Dezember 2015⁵¹⁵ bereits nicht zur Verhinderung der Verjährung von Ansprüchen des Käufers gegen den Vertragshändler geeignet. Erforderlich ist vielmehr die selbstständige Vereinbarung eines solchen Verjährungsverzichts mit dem Vertragshändler.

Hat der Käufer mit dem Verkäufer also wirksam einen Verjährungsverzicht vereinbart, so ist es letzterem gemäß § 242 BGB verwehrt, sich auf die Verjährung des Nacherfüllungsanspruchs bzw. die Unwirksamkeit des Rücktritts gemäß § 218 Abs. 1 S. 1 BGB zu berufen. In diesem Fall ist der Nacherfüllungsanspruch aufgrund des auch nach Aufspielen des Software-Updates fortbestehenden Mangels nach dem Ablauf der Jahre 2019 bzw. 2020 weiterhin durchsetzbar und der Rücktritt daher nicht unwirksam.

IV. Zwischenergebnis

Eine Verjährung des Nacherfüllungsanspruches und eine daraus folgende Unwirksamkeit des Rücktritts gemäß § 218 Abs. 1 S. 1 BGB tritt im Falle der Volkswagen AG frühestens mit Ablauf des Jahres 2019 ein, wobei zwischen den Parteien stattfindende Verhandlungen über den Anspruch gemäß § 203 BGB die Verjährung hemmen und ein mit dem Vertragshändler vereinbarter Verjährungsverzicht diesem die Berufung auf die Einrede der Verjährung gemäß § 242 BGB verwehrt. Im Falle anderer Hersteller erfolgten persönliche Informationen zum Teil erst im Jahre 2019, sodass die Verjährung des Nacherfüllungsanspruches und damit die Unwirksamkeit des Rücktritts gemäß § 218 BGB erst mit Ablauf des Jahres 2022 eintritt.

⁵¹⁵ Pressemitteilung der Volkswagen AG vom 16.12.2015, <https://www.volkswagenag.com/de/news/2015/12/umsetzung.html>.

G. Pflicht des Käufers zur Zahlung von Nutzungersatz gemäß § 346 Abs. 1 Fall 2 BGB

Als Rechtsfolge eines wirksamen Rücktritts nennt § 346 Abs. 1 BGB nicht nur die Rückgewähr der empfangenen Leistungen, also Rückübereignung des Dieselfahrzeugs Zug-um-Zug gegen Rückzahlung des Kaufpreises, sondern vielmehr auch die Pflicht zur Herausgabe der gezogenen Nutzungen.

Voraussetzungen sind hier einzig und allein, dass der Käufer wirksam vom Vertrag zurückgetreten ist und Nutzungen aus der Sache gezogen hat. Nutzungen sind die Früchte einer Sache im Sinne von § 100 BGB sowie ihre sonstigen Gebrauchsvorteile.⁵¹⁶ Damit fallen die mit einem Kraftfahrzeug zurückgelegten Kilometer als Gebrauchsvorteile des Fahrzeugs ohne weiteres unter den Begriff der Nutzungen, die im Rahmen von § 346 Abs. 1 Fall 2 BGB nach einem wirksamen Rücktritt vom Kaufvertrag herauszugeben sind. Nur in dem Fall, dass die Hauptleistungspflicht des Vertrages in der Gebrauchsüberlassung am Fahrzeug oder in einer Dienstleistung besteht, würde sich die Pflicht zur Leistung von Wertersatz aus § 346 Abs. 2 S. 1 Nr. 1 BGB ergeben.⁵¹⁷

Zu den im Rahmen von § 346 Abs. 1 herauszugebenden Nutzungen gehört auch die Abnutzung, zu der es aufgrund eines bestimmungsgemäßen Gebrauchs der Sache gekommen ist.⁵¹⁸ Dies lässt sich damit begründen, dass im Regierungsentwurf zu § 346 Abs. 1 BGB ursprünglich der Zusatz enthalten war, die gezogenen Nutzungen seien „unter Einschluss der durch den bestimmungsgemäßen Gebrauch entstandenen Abnutzung“⁵¹⁹ zu erstatten. Wenngleich der Zusatz keinen Eingang in die heutige Fassung der Norm gefunden hat, ändert dies in der Sache nichts.

⁵¹⁶ JurisPK-BGB/*Faust*, Band 2, § 346, Rn. 110; Jauernig/*Stadler*, BGB, § 346, Rn. 3; MüKoBGB/*Gaier*, § 346, Rn. 32; Staudinger/*Kaiser*, §§ 346 - 361 BGB, § 346, Rn. 246.

⁵¹⁷ MüKoBGB/*Gaier*, § 346, Rn. 29; BeckOGK-BGB/*Schall*, § 346, Rn. 418; BeckOK-BGB/*Schmidt*, § 346, Rn. 44.

⁵¹⁸ BeckOK-BGB/*Schmidt*, § 346, Rn. 45.

⁵¹⁹ Begründung RegE, BT-Drs. 14/6040, 16, 193.

Folglich ist für die gefahrenen Kilometer Wertersatz zu leisten, obwohl es sich bei der Fortbewegung um den bestimmungsgemäßen Gebrauch eines Fahrzeugs handelt.

Während im Rahmen des § 347 Abs. 1 BGB auch Wertersatz für schuldhaft nicht gezogene Nutzungen zu leisten ist, regelt § 346 Abs. 1 Fall 2 BGB nur eine Ersatzpflicht für tatsächlich gezogene Nutzungen.⁵²⁰ Ist es nach der Art der Sache nicht möglich, die gezogenen Nutzungen in natura herauszugeben, so ist für diese Wertersatz zu leisten. Die Höhe dieses Wertersatzes bestimmt sich ausgehend vom objektiven Wert der Sache, der regelmäßig mit ihrem Kaufpreis übereinstimmen wird.⁵²¹ In jedem Fall ist jedoch zu beachten, dass der Vertragshändler durch den Nutzungsersatz nicht überkompensiert werden darf. Sinn und Zweck des Nutzungsersatzes ist gerade nicht, dass sich der Verkäufer am Käufer vollständig schadlos halten kann. Hierzu ist er vielmehr auf den Regress gegen den Hersteller verwiesen.

Bei dem praktisch häufig vorkommenden und daher bedeutsamen Fall des KFZ-Kaufvertrages bestimmt sich der herauszugebende Anteil des Kaufpreises richtigerweise nach dem Verhältnis der tatsächlich gefahrenen Kilometer zu der voraussichtlichen Gesamtlauflistung des Fahrzeuges.⁵²² Die zu ersetzenden Gebrauchsvorteile berechnen sich, den Grundsätzen der anteiligen linearen Wertminderung folgend, bei Neuwagen mithin nach der Formel: $\text{Bruttokaufpreis}^{523} \times \text{gefahrne Kilometer} / \text{voraussichtliche Gesamtlauflistung}.$ ⁵²⁴ Entsprechend ist für Gebrauchtwagen die folgende Formel heranzuziehen: $\text{Bruttokaufpreis} \times \text{gefahrne Kilometer} / \text{zu erwartende Restlaufleistung des Fahrzeugs im Zeitpunkt des}$

⁵²⁰ BeckOK-BGB/Schmidt, § 346, Rn. 44; MüKoBGB/Gaier, § 346, Rn. 29.

⁵²¹ MüKoBGB/Gaier, § 346, Rn. 33.

⁵²² MüKoBGB/Gaier, § 346, Rn. 34.

⁵²³ Staudinger/Kaiser, §§ 346 - 361 BGB, § 346, Rn. 258.

⁵²⁴ Steenbuck, MDR 2016, 185, 187; BeckOK-BGB/Schmidt, § 346, Rn. 47; MüKoBGB/Gaier, § 346, Rn. 34; Ring, SVR 2017, 441, 445.

Vertragsschlusses.⁵²⁵ Eine Pflicht des Käufers zum Wertersatz für gezogene Nutzungen nach erfolgtem Rücktritt gemäß § 346 Abs. 1 Fall 2 BGB wird in Rechtsprechung und Literatur einhellig bejaht und zumeist nach diesen Formeln berechnet.⁵²⁶

Eine Mindermeinung ermittelt die Höhe der herauszugebenden Nutzungen im Rahmen einer degressiven Bewertungsmethode durch Schätzung im Sinne des § 287 ZPO.⁵²⁷ Dabei sei insbesondere eine eingetretene Wertminderung des Fahrzeugs zu berücksichtigen. Dagegen spricht jedoch maßgeblich, dass der insbesondere bei Neufahrzeugen eintretende rapide Wertverlust auf diesem Wege allein dem Käufer angelastet würde. Darüber hinaus geht es beim Nutzungersatz nicht um den Ausgleich einer Wertminderung an der Sache, sondern vielmehr um den Ausgleich von Vorteilen beim Käufer.⁵²⁸ Bereits aus diesen Gründen kann der Ansicht nicht gefolgt werden.

Bei der erstgenannten Berechnungsmethode, die hier zugrunde gelegt wird, muss das Gericht zunächst die voraussichtliche Gesamtleistung des konkreten Fahrzeuges durch Schätzung nach § 287 ZPO ermitteln.⁵²⁹ Früher wurde dabei regelmäßig eine Gesamtleistung von 100.000 Kilometern zugrunde gelegt, sodass je 1000 gefahrene Kilometer 1 % des Kaufpreises als gezogene Nutzungen herauszugeben war.⁵³⁰ Heutzutage wird zum Teil von einer Gesamtleistung von 150.000 Kilometern

⁵²⁵ BGH Urt. v. 25.5.2020 – VI ZR 252/19 – BeckRS 2020, 10555, Rn. 10; BGH Urt. v. 17.5.1995 - VIII ZR 70/94 - NJW 1995, 2159, 2161; Reinking/Eggert, Der Autokauf, Rn. 3563 f.

⁵²⁶ z.B. OLG Schleswig Urt. v. 20.11.2019 - 9 U 12/19 - BeckRS 2019, 29053, Rn. 50; OLG Nürnberg Urt. v. 24.4.2018 - 6 U 409/17 - BeckRS 2018, 7699, Rn. 53; OLG Köln Beschl. v. 27.3.2018 - 18 U 134/17 - SVR 2018, 219, 221; OLG Köln Urt. v. 12.3.2018 - 27 U 13/17 - BeckRS 2018, 11323, Rn. 52; LG Trier Urt. v. 19.9.2019 - 5 O 417/18 - BeckRS 2019, 24472, Rn. 48; LG Krefeld Urt. v. 28.2.2018 - 7 O 10/17 - BeckRS 2018, 3412, Rn. 56; LG Arnsberg Urt. v. 14.6.2017 - 1 O 227/16 - BeckRS 2017, 114381, Rn. 38; LG Paderborn Urt. v. 7.4.2017 - 2 O 118/16 - BeckRS 2017, 108460, Rn. 52; LG Bückeburg Urt. v. 11.1.2017 - 2 O 39/16 - BeckRS 2017, 102958; *Bruns*, NJW 2019, 801, 802; *Steenbuck*, MDR 2016, 185, 187; *Ring*, SVR 2017, 441, 445; *Gutzeit*, JuS 2019, 649, 656.

⁵²⁷ OLG Celle Urt. v. 10.1.1991 - 7 U 10/90 - NZV 1991, 230, 231.

⁵²⁸ *Klimke*, DAR 1986, 301.

⁵²⁹ *Ring*, SVR 2017, 441, 445.

⁵³⁰ BGH Urt. v. 22.6.1983 - VIII ZR 91/82 - NJW 1983, 2194, 2195.

ausgegangen, sodass je 1000 gefahrene Kilometer 0,67 % des Kaufpreises herauszugeben seien.⁵³¹ Andere Gerichte legen eine Gesamtlauflistung von 200.000 Kilometern zugrunde, sodass je 1000 gefahrene Kilometer 0,5 % des Kaufpreises herauszugeben sind.⁵³² Nach richtiger Auffassung verbietet sich jedoch die pauschale Annahme einer bestimmten Gesamtlauflistung; vielmehr müssen stets die Umstände des konkreten Einzelfalls berücksichtigt werden.⁵³³ Es muss nach den konkreten Fahrzeugen differenziert werden, da insbesondere Dieselfahrzeuge, aber auch Oberklasse-Fahrzeuge, in der Regel höhere Gesamtlauflistungen erreichen als Benziner oder Kleinwagen. So kann bei einem solchen Fahrzeug ohne weiteres eine Gesamtlauflistung von 200.000 Kilometer⁵³⁴ oder sogar 250.000 Kilometer⁵³⁵ erwartet werden. In jüngeren Urteilen nimmt die Rechtsprechung teils sogar eine Gesamtlauflistung von 300.000 Kilometern an.⁵³⁶

Geht es um einen Kaufvertrag über einen Gebrauchtwagen, so ist bei der Berechnung des Nutzungsersatzes der konkret gezahlte Gebrauchtwagenpreis sowie die bei Abschluss des Kaufvertrages zu erwartende Restlauflistung zugrunde zu legen.⁵³⁷ War die Kaufsache von Anfang an mangelhaft, so wie es bei den von der unzulässigen Abschaltvorrichtung betroffenen Dieselfahrzeugen der Fall ist, wirkt sich dies auf die Höhe des zu leistenden Nutzungsersatzes nicht aus. Früher stellte die Rechtsprechung zur Berechnung des Nutzungsersatzes im Falle eines mangelhaften

⁵³¹ OLG Koblenz Ur. v. 1.4.2004 - 5 U 1385/03 - NJW 2004, 1670, 1671; OLG Koblenz Ur. v. 16.4.2009 - 6 U 574/08 - NJW 2009, 3519, 3520; Staudinger/*Kaiser*, §§ 346 - 361 BGB, § 346, Rn. 261.

⁵³² OLG Nürnberg Ur. v. 14.1.2001 - 4 U 372/01 - NJW-RR 2002, 628, 630.

⁵³³ MüKoBGB/*Gaier*, § 346, Rn. 35; OLG Koblenz Ur. v. 4.12.1998 - 10 U 1393/97 - NJW-RR 1999, 702.

⁵³⁴ OLG Stuttgart, Ur. v. 5.8.1998 - 4 U 47/98 - BeckRS 1998, 10447; OLG Koblenz Ur. v. 4.12.1998 - 10 U 1393/97 - NJW-RR 1999, 702.

⁵³⁵ OLG Karlsruhe Ur. v. 7.3.2003 - 14 U 154/01 - NJW 2003, 1950, 1951; OLG Köln Ur. v. 12.12.2006 - 3 U 70/06 - NJW 2007, 1694, 1695; *Steenbruck*, MDR 2016, 185, 187.

⁵³⁶ OLG Hamm Ur. v. 30.5.2017 - 28 U 198/16 - BeckRS 2017, 114352, Rn. 26; LG Krefeld Ur. v. 28.2.2018 - 7 O 10/17 - BeckRS 2018, 3412, Rn. 57; LG Paderborn Ur. v. 7.4.2017 - 2 O 118/16 - BeckRS 2017, 108460, Rn. 54.

⁵³⁷ BGH Ur. v. 17.5.1995 - VIII ZR 70/94 - NJW 1995, 2159, 2161.

Kaufgegenstandes auf einen verminderten Kaufpreis ab.⁵³⁸ Dem trat jedoch der BGH mit der Begründung entgegen, dass nicht jeder Mangel gleichermaßen die Gebrauchstauglichkeit der Kaufsache beeinträchtigt und die Zugrundelegung eines verminderten Kaufpreises daher in vielen Fällen nicht sachgerecht sein wird.⁵³⁹ Um die konkrete Herabsetzung der Gebrauchstauglichkeit besser erfassen zu können, möchte er einen nach § 287 ZPO zu schätzenden Abschlag von der Endsumme vornehmen, wenn die Kaufsache mangelhaft war.⁵⁴⁰

Handelt es sich bei dem zwischen Käufer und Vertragshändler abgeschlossenen Kaufvertrag um einen Verbrauchsgüterkauf im Sinne von § 474 Abs. 1 S. 1 BGB, so hat der Käufer nach erfolgreichem Rücktritt gleichwohl Wertersatz für die gezogenen Nutzungen zu leisten.⁵⁴¹ Dies lässt sich mit der ausdrücklichen Regelung in § 475 Abs. 3 BGB begründen, wonach im Rahmen der Nacherfüllung beim Verbrauchsgüterkauf keine Wertersatzpflicht des Käufers besteht. Im Umkehrschluss dazu ergibt sich, dass eine solche Wertersatzpflicht bei einem Rücktritt vom Verbrauchsgüterkaufvertrag mangels abweichender gesetzlicher Regelung sehr wohl besteht.⁵⁴² Dem steht nach Ansicht des BGH auch nicht die Verbrauchsgüterkaufrichtlinie (RL 1999/44/EG) entgegen.⁵⁴³ Etwas Abweichendes ergibt sich auch nicht aus dem Quelle-Urteil des EuGH⁵⁴⁴, in dem dieser entschied, dass Art. 3 der Verbrauchsgüterkaufrichtlinie einer nationalen Regelung entgegensteht, die dem Verkäufer eines mangelhaften Verbrauchsgutes einen Wertersatzanspruch für in der Zeit bis zur Lieferung einer neuen Sache gezogene Nutzungen zubilligt. Dieses Urteil betrifft lediglich den Fall der Nacherfüllung durch Lieferung einer mangelfreien Sache. Nur dann, wenn der Käufer vom

⁵³⁸ OLG Köln Urt. v. 18.2.1998 - 13 U 174-97 - NJW-RR 1999, 774, 775.

⁵³⁹ BGH Urt. v. 6.10.2005 - VII ZR 325/03 - NJW 2006, 53, Rn. 20 ff.

⁵⁴⁰ BGH Urt. v. 6.10.2005 - VII ZR 325/03 - NJW 2006, 53, Rn. 20 ff.

⁵⁴¹ Staudinger/*Kaiser*, §§ 346 - 361 BGB, § 346, Rn. 251; Prütting/*Stürner*, BGB, § 346, Rn. 5; BeckOK-BGB/*Schmidt*, § 346, Rn. 46.

⁵⁴² *Höpfner*, NJW 2010, 127, 130; *Witt*, NJW 2017, 3681, 3682.

⁵⁴³ BGH Urt. v. 16.9.2009 - VIII ZR 243/08 - NJW 2010, 148, 149.

⁵⁴⁴ EuGH Urt. v. 17.4.2008 - C-404/06 - NJW 2008, 1433.

Verkäufer im Rahmen eines Verbrauchsgüterkaufes Nacherfüllung verlangt, schließt Art. 3 der Verbrauchsgüterkaufrichtlinie (RL 1999/44/EG) einen Nutzungsersatzanspruch des Verkäufers aus. Diese Wertung betrifft jedoch gerade nicht den Rücktritt des Käufers vom Kaufvertrag, in dessen Rahmen eine Wertersatzpflicht für gezogene Nutzungen sich unmittelbar aus dem Gesetz ergibt.

Zwar hat das Landgericht Augsburg⁵⁴⁵ in einem jüngeren Urteil eine Pflicht des Käufers zur Zahlung von Nutzungsersatz abgelehnt. In diesem Urteil hatte das Gericht jedoch über einen Schadensersatzanspruch des Käufers gegen den Hersteller wegen vorsätzlicher sittenwidriger Schädigung gemäß § 826 BGB zu entscheiden. Als Rechtsfolge dieses Anspruchs sah es eine Verpflichtung des Herstellers zur Herausgabe des vollständigen Kaufpreises ohne Abzug von Nutzungen des Käufers an.⁵⁴⁶ Dies begründete es damit, dass eine Pflicht des Käufers zum Nutzungsersatz gegenüber dem sittenwidrig handelnden Hersteller dem Gedanken des Schadensersatzanspruchs wegen vorsätzlich sittenwidriger Schädigung widerspräche.⁵⁴⁷ Dem schließt sich das Landgericht Essen, ebenfalls in einer Entscheidung über einen Schadensersatzanspruch des Käufers gegen den Hersteller gemäß § 826 BGB, an.⁵⁴⁸ Es könne kein wirtschaftliches Ergebnis eines Schadensersatzanspruches des Käufers sein, wenn dieser an Stelle des Kaufpreises faktisch eine Art Miete für das Fahrzeug an den sittenwidrig handelnden Hersteller zahlen müsse.⁵⁴⁹ Bei diesen beiden Entscheidungen handelt es sich gleichwohl um Einzelfälle. In der Regel wird auch bei einem deliktischen Anspruch aus § 826 BGB die Pflicht des Käufers zur Zahlung von Wertersatz bejaht.

⁵⁴⁵ LG Augsburg Urt. v. 14.11.2018 - 021 O 4310/16 - BeckRS 2018, 33801.

⁵⁴⁶ Insoweit ablehnend LG Düsseldorf, Urt. v. 31.7.2019 - 7 O 166/18 - BeckRS 2019, 17163, Rn. 50, welches eine Anrechnung der gefahrenen Kilometer auf den Schadensersatzanspruch gegen den Hersteller gemäß § 826 BGB bejaht.

⁵⁴⁷ LG Augsburg Urt. v. 14.11.2018 - 021 O 4310/16 - BeckRS 2018, 33801, Rn. 13.

⁵⁴⁸ LG Essen Urt. v. 1.8.2019 - 3 O 402/18 - BeckRS 2019, 26163.

⁵⁴⁹ LG Essen Urt. v. 1.8.2019 - 3 O 402/18 - BeckRS 2019, 26163, Rn. 45.

Allerdings können diese Begründungen auf das Verhältnis zwischen Käufer und Vertragshändler gerade nicht übertragen werden. Der Vertragshändler verhält sich selbst nicht sittenwidrig, da er von dem Einbau der unzulässigen Abschaltvorrichtung regelmäßig selbst keine Kenntnis, jedenfalls aber keinen Schädigungsvorsatz hatte. Es besteht folglich kein Verhalten des Verkäufers, für das dieser nach § 826 BGB zu sanktionieren wäre. Es ist nicht ersichtlich, warum der Vertragshändler im Verhältnis zum Käufer aufgrund des sittenwidrigen Verhaltens des Herstellers schlechter gestellt werden sollte. Als Rechtsfolge des Rücktritts sollen vielmehr die empfangenen Leistungen zurückgewährt werden, mithin die Parteien so gestellt werden, wie sie ohne den Vertrag stünden. Es besteht also kein Bedürfnis danach, unter Abweichung von der gesetzlichen Rechtslage dem Verkäufer den durch die Nutzung des Fahrzeuges entstandenen Minderwert allein aufzubürden und ihn damit das Risiko einer Rückabwicklung des Vertrages allein tragen zu lassen. Es besteht beim Verkäufer, anders als beim sittenwidrig handelnden Hersteller, gerade kein Bedürfnis danach, ihn für ein zu missbilligendes Verhalten zu sanktionieren. Im Verhältnis zwischen Verkäufer und Käufer ist die Interessenlage mithin eine andere als im Verhältnis zwischen Käufer und Hersteller, sodass aus den Urteilen des Landgerichts Augsburg und des Landgerichts Essen für ersteres Verhältnis keine Rückschlüsse gezogen werden können.

Denkbar wäre zuletzt, eine Pflicht des Käufers zur Zahlung von Wertersatz für die gezogenen Nutzungen mit der Begründung abzulehnen, dass das Fahrzeug gesetzeswidrig betrieben wurde und damit eine Nutzungsmöglichkeit in rechtlicher Hinsicht nie bestand.⁵⁵⁰ Das Fahrzeug hätte vielmehr nie zugelassen werden dürfen und verfüge über keine gültige Genehmigung. In der Folge wäre nie ein Nutzungsersatz geschuldet, wenn wie hier eine gesetzliche Nutzungseinschränkung bestünde. Gegen diese Ansicht

⁵⁵⁰ Ablehnend OLG Schleswig Urt. v. 20.11.2019 - 9 U 12/19 - BeckRS 2019, 29053, Rn. 49.

spricht jedoch, dass für die Berechnung der Nutzungsentschädigung auf die tatsächliche Benutzung des Fahrzeugs durch den Käufer und gerade nicht auf die rein rechtliche Nutzungsmöglichkeit abzustellen ist. Dies gilt jedenfalls für den Fall, dass wie hier problemlos feststellbar ist, in welchem Ausmaß eine Sache genutzt wurde.⁵⁵¹ Sinn und Zweck der Vorschrift ist es, dem Verkäufer einen finanziellen Ausgleich für die dem Käufer durch die Nutzung des Fahrzeugs tatsächlich entstandenen Vorteile zuzubilligen, falls der Käufer dieses nach einem Rücktritt zurückgibt und Zug-um-Zug den gezahlten Kaufpreis heraus verlangt. Ersetzt werden sollen also die vom Käufer tatsächlich realisierten Vorteile durch das Fahrzeug. Diese treten entsprechend der gefahrenen Kilometer jedoch unabhängig davon ein, ob das Fahrzeug zulassungsfähig war oder nicht. Aus diesem Grund kann die Pflicht des Käufers zur Zahlung von Nutzungsersatz nicht unter Verweis auf eine nicht bestehende rechtliche Nutzungsmöglichkeit des Fahrzeugs abgelehnt werden.

Der Käufer schuldet dem Verkäufer also Wertersatz für die gezogenen Nutzungen gemäß § 346 Abs. 1 Fall 2 BGB, der nach der oben genannten Formel zu berechnen ist.

⁵⁵¹ JurisPK-BGB/*Faust*, Band 2, § 346, Rn. 112.

Teil V: Schlussthesen und Fazit

Die von der unzulässigen Abschaltvorrichtung betroffenen Dieseldieselkäufer können nur nach erfolglosem Ablauf einer angemessenen Frist zur Nacherfüllung vom Kaufvertrag mit dem Vertragshändler zurücktreten und müssen sich die mit dem Fahrzeug zurückgelegten Kilometer im Wege des Wertersatzes anrechnen lassen.

Vom „Abgasskandal“ betroffene Dieselfahrzeuge weisen einen Sachmangel gemäß § 434 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 BGB a.F. / § 434 Abs. 1, Abs. 3 S. 1 Nr. 1, Nr. 2 BGB n.F. auf: Die betroffenen Fahrzeuge eignen sich nicht für die übliche Verwendung, da sie eine unzulässige Abschaltvorrichtung im Sinne von Art. 5 Abs. 2 S. 1 VO 715/2007/EG aufweisen und ihnen daher stets die latente Gefahr einer Betriebseinschränkung oder Betriebsuntersagung durch das Kraftfahrtbundesamt innewohnt. Bereits das Vorhandensein dieser unzulässigen Abschaltvorrichtung führt dazu, dass die betroffenen Fahrzeuge keine für Fahrzeuge solcher Art übliche Beschaffenheit aufweisen, die ein vernünftiger Käufer berechtigterweise erwarten kann.

Allerdings hat der Käufer dem Vertragshändler in aller Regel vor dem Rücktritt eine angemessene Frist zur Nacherfüllung zu setzen: Da das vom Hersteller entwickelte Software-Update aufgrund einer Thermofenster-Programmierung selbst als unzulässige Abschaltvorrichtung einzustufen ist und es infolge des Updates zu Folgemängeln am Fahrzeug, insbesondere zu einem Kraftstoffmehrverbrauch, Leistungseinbußen und einem stärkeren Verschleiß am Dieselpartikelfilter, kommt, wobei in jedem Fall ein merkantiler Minderwert zurückbleibt, ist die unzulässige Abschaltvorrichtung als unbehebbarer Mangel zu qualifizieren. Daher kommt eine Entbehrlichkeit der Fristsetzung allein im Falle der Unmöglichkeit der Nacherfüllung gemäß § 326 Abs. 5 BGB in Betracht. Eine Mangelbeseitigung ist bereits aufgrund der Unbehebbarkeit unmöglich. Eine Nacherfüllung in

Form der Neulieferung bleibt jedoch möglich. Im Falle eines Neuwagens kann die Nacherfüllung, falls der Hersteller die Produktion derselben Baureihe bereits eingestellt hat, durch die Lieferung eines Fahrzeugs desselben Typs aus der aktuellen Baureihe erfolgen, da das Nachfolgerfahrzeug am Markt an die Stelle seines Vorgängers tritt und daher gleichsam das Leistungsinteresse des Käufers befriedigen kann, ohne dass es zu einer unverhältnismäßigen Belastung des Vertragshändlers käme.

Der Rücktritt ist jedoch, abweichend von der Ansicht der weit überwiegenden Rechtsprechung, nicht wegen einer Unerheblichkeit der Pflichtverletzung gemäß § 323 Abs. 5 S. 2 BGB ausgeschlossen. Im Rahmen einer umfassenden Interessenabwägung kommt insbesondere dem Umstand, dass dem Vertragshändler die arglistige Täuschung des Herstellers gemäß § 123 Abs. 2 S. 1 BGB zuzurechnen ist, besondere Bedeutung zu. Auch wenn Hersteller und Vertragshändler jeweils eigenständige Gewinninteressen verfolgen und auch rechtlich voneinander unabhängig sind, erweckt die Gestaltung der Verkaufsräume eines Vertragshändlers, sowie dessen offensichtliche Weisungsgebundenheit gegenüber dem Hersteller bei einem durchschnittlichen Kunden den Eindruck eines besonderen Näheverhältnisses, kraft dessen der Vertragshändler dem Lager des Herstellers zuzuordnen ist. Für das Vorliegen eines solchen Näheverhältnisses kommt es maßgeblich auf die Sicht des Erklärenden, mithin des Käufers an. Dies verkennen die Gerichte, wenn sie ein besonderes Näheverhältnis ablehnen und einen Anfechtungsgrund verneinen. Aufgrund des arglistigen Herstellerverhaltens kommt es weiterhin zu einer nachhaltigen Störung des in den Dieselfällen allein maßgeblichen Vertrauensverhältnisses zwischen Käufer und Hersteller. Auch die Folgemängel, die erst nach der Durchführung des Software-Updates entstehen, sowie der verbleibende merkantile Minderwert lassen die Pflichtverletzung als erheblich erscheinen.

Ein Ausschluss der Gewährleistung gemäß § 442 Abs. 1 BGB kommt ebenfalls nicht in Betracht. Zwar ist die öffentliche Berichterstattung in den Medien in ihrem Zusammenwirken mit den Einrichtungen zur Überprüfung der individuellen Betroffenheit eines Fahrzeuges an sich dazu geeignet, eine positive Kenntnis des Käufers von dem Mangel im Sinne von § 442 Abs. 1 S. 1 BGB zu begründen. Allerdings wird der Vertragshändler dem Käufer in aller Regel nicht nachweisen können, dass dieser die individuelle Betroffenheit des in Rede stehenden Fahrzeuges tatsächlich mit Hilfe der zur Verfügung stehenden Einrichtungen überprüft hat. Ein Gewährleistungsausschluss nach § 442 Abs. 1 S. 1 BGB scheidet daher regelmäßig an der Beweislast. Er ist nur dann anzunehmen, wenn der Vertragshändler den Käufer vor Vertragsschluss nachweislich über die Betroffenheit des konkreten Fahrzeuges informiert hat. Eine grob fahrlässige Unkenntnis des Käufers von dem Mangel kann bereits deshalb keinen Gewährleistungsausschluss gemäß § 442 Abs. 1 S. 2 BGB bewirken, weil dem Vertragshändler die arglistige Täuschung des Herstellers zugerechnet werden kann und damit ein arglistiges Verschweigen des Mangels im Sinne von § 442 Abs. 1 S. 2 HS. 2 BGB anzunehmen ist. Auch an dieser Stelle wirkt sich die Zurechnung des arglistigen Herstellerverhaltens erheblich auf das Rücktrittsrecht aus.

Zuletzt bestimmt sich die Unwirksamkeit des Rücktritts gemäß § 218 BGB nach der regelmäßigen Verjährungsfrist aus §§ 438 Abs. 3 S. 1, 195, 199 Abs. 1 BGB. Dies ergibt sich zum einen aus dem Bestehen einer Aufklärungspflicht des Vertragshändlers gegenüber dem Kunden und zum anderen wiederum aufgrund der Zurechnung des arglistigen Herstellerverhaltens über § 123 Abs. 2 S. 1 BGB. Eine Kenntnis oder grob fahrlässige Unkenntnis des Käufers von den anspruchsbegründenden Umständen und von der Person des Schuldners kann jedoch erst nach einer persönlichen Information

durch den Vertragshändler angenommen werden, sodass die Verjährungsfrist vorher nicht zu laufen beginnt. Entsprechende Informationsschreiben wurden von den Vertragshändlern der Volkswagen AG zumeist in den Jahren 2016 und 2017 versendet, sodass erst mit Ablauf des Jahres 2019 bzw. 2020 eine Verjährung der Gewährleistungsansprüche und damit die Unwirksamkeit des Rücktritts gemäß § 218 Abs. 1 S. 1 BGB eintritt. Bei anderen Herstellern erfolgte ein offizieller Rückruf zum Teil sogar noch später, mit der Folge, dass das kaufrechtliche Rücktrittsrecht noch über einen längeren Zeitraum hinweg ausgeübt werden kann.

Verlangt der Käufer den gezahlten Kaufpreis zurück, so hat er dem Vertragshändler jedoch gemäß § 346 Abs. 1 Fall 2 BGB Wertersatz für die gezogenen Nutzungen, mithin für die mit dem Fahrzeug zurückgelegten Kilometer, zu leisten.

Eine höchstrichterliche Entscheidung des Bundesgerichtshofes über das Rücktrittsrecht der Käufer betroffener Dieselfahrzeuge, die dieser in Ansätzen in seinem Hinweisbeschluss vom 19. Januar 2019 angedeutet hat, würde einen Meilenstein für die bisherige Rechtsprechung in der Automobilindustrie bedeuten und wäre dazu geeignet, andere Herstellerkonzerne von der Vornahme vergleichbarer Täuschungshandlungen abzuschrecken. Bezogen auf die Volkswagen AG wurden die anhängigen Verfahren insoweit jedoch allesamt durch Vergleiche beendet, sodass eine abschließende Klärung der Rechtslage durch eine höchstrichterliche Entscheidung allenfalls in Bezug auf Fahrzeuge anderer Hersteller in Betracht kommt. Der Ausgang entsprechender Verfahren ist aus diesem Grund von herausragender Bedeutung für die geschädigten Dieselmotorkäufer und bleibt daher mit Spannung abzuwarten.

Lebenslauf

Persönliche Daten

Name: Dr. Ramona Segler LL.M.
Adresse: Carl-von-Ossietzky-Ring 51
50181 Bedburg
Geburtsdatum: 31.08.1995 in Frechen
Familienstand: ledig
Staatsangehörigkeit: deutsch

Studienverlauf

2014 - 2019: Studium der Rechtswissenschaften
an der Universität zu Köln

2019 - 2020 Masterstudiengang Wirtschaftsrecht
an der Universität zu Köln (LL.M.)

2020 - 2023 Promotion am Lehrstuhl für
bürgerliches Recht der Universität zu
Köln

01.11.2020 - 31.12.2022 Rechtsreferendariat am OLG-Köln

Beruflicher Werdegang

01.05.2019 - 31.01.2020 Tätigkeit als wissenschaftliche
Mitarbeiterin bei GÖRG im Bereich
Corporate/M&A

01.02.2020 - 31.10.2020 Tätigkeit als wissenschaftliche
Mitarbeiterin bei Luther im Bereich
Capital Markets & Banking

01.11.2020 - 31.12.2022 Tätigkeit als wissenschaftliche
Mitarbeiterin bei Heuking Kühn Lüer
Wojtek im Bereich Arbeitsrecht

Seit 01.02.2023 Rechtsanwältin bei Heuking Kühn
Lüer Wojtek im Bereich Arbeitsrecht

Publikationen

Reufels, Martin/Segler, Ramona, Die Crowdworker-Entscheidung des BAG und ihre Folgen - Statusrechtliche Fragen moderner Arbeitsformen, ArbRB 2021, 244-247.

Reufels, Martin/Segler, Ramona, Diskriminierung wegen Größe und Gewicht - Nichtzulassung zum Studium der Militärmedizin - EGMR Urt. v. 8.11.2022, 64480/19, ArbRB 2022, 355-356.