

**Titel:**

**Kein Schadensersatz bei Abschaltvorrichtung gegen den Hersteller des Fahrzeugs bei Einbau des Motors des Typs EA 189 eines anderen Herstellers**

**Normenketten:**

BGB § 823 Abs. 2, § 826

StGB § 13 Abs. 1, § 263

EG-FGV § 27

**Leitsätze:**

1. Der Hersteller eines Fahrzeuges (hier Skoda) haftet gegenüber dem Käufer des Fahrzeuges, in dem ein Motor des Typs EA 189 eines anderen Herstellers eingebaut ist und das von dem sogenannten Abgasskandal betroffen ist, nicht aus § 823 Abs. 2, § 31 BGB in Verbindung mit § 263 StGB. (Rn. 18 – 46) (redaktioneller Leitsatz)

2. Die für eine Täuschung durch Unterlassung erforderliche Garantenstellung hat der Hersteller eines Fahrzeuges, das mit dem Motor des Typs EA 189 eines anderen Herstellers ausgestattet ist, nicht. (Rn. 22 – 46) (redaktioneller Leitsatz)

3. Der Hersteller eines Fahrzeuges, das mit dem Motor des Typs EA 189 eines anderen Herstellers ausgestattet ist, haftet nicht nach § 823 Abs. 2, § 31 BGB in Verbindung mit § 27 EG-FGV. (Rn. 47) (redaktioneller Leitsatz)

4. Eine Haftung des Fahrzeugherstellers, der seine Fahrzeuge mit dem Motor des Typs EA 189 eines anderen Herstellers ausgestattet hat, nach §§ 826, 31 BGB besteht nicht. (Rn. 51 – 55) (redaktioneller Leitsatz)

**Schlagworte:**

Dieselskandal, Abschaltvorrichtung, EA 189, Fahrzeughersteller, Skoda, Aufklärungspflicht, Sittenwidrigkeit, Schadensersatzanspruch

**Rechtsmittelinstanzen:**

OLG München, Hinweisbeschluss vom 20.07.2020 – 3 U 3018/20

OLG München, Beschluss vom 14.08.2020 – 3 U 3018/20

**Fundstelle:**

BeckRS 2020, 20315

**Tenor**

1. Die Klage wird abgewiesen.
2. Die Klägerin hat die Kosten des Rechtsstreits zu tragen.
3. Das Urteil ist für die Beklagte gegen Sicherheitsleistung in Höhe von 110 % des jeweils zu vollstreckenden Betrags vorläufig vollstreckbar.
4. Der Streitwert wird auf 27.000,00 € festgesetzt.

**Tatbestand**

1

Die Klagepartei verlangt von der Beklagten als Herstellerin des von dem Kläger erworbenen Fahrzeugs im Wege des Schadensersatzes die Rückzahlung des Kaufpreises Zug um Zug gegen Rückgabe des Fahrzeugs. Zudem begehrt der Kläger die Feststellung des Annahmeverzugs der Beklagten hinsichtlich der Rücknahme des Fahrzeugs sowie die Verurteilung der Beklagten zur Zahlung von Zinsen und vorgerichtlichen Rechtsanwaltskosten.

2

Die Klagepartei erwarb mit Bestellung vom 11.7.2014 bei Auto ..., einen Pkw Skoda Yeti Outdoor Active als Gebrauchtfahrzeug zu einem Kaufpreis von 27.000 € (Anlage K1). An diesem zugrundeliegenden Kaufvertragsschluss war die Beklagte nicht beteiligt.

### 3

In dem streitgegenständlichen Fahrzeug ist ein von der Beklagten hergestellter Dieselmotor der Baureihe EA189 verbaut. Das Fahrzeug ist vom sog. „Abgasskandal“ betroffen. Denn es verfügte über eine Software, welche bewirkt, dass es im Abgasrückführungs-Modus 1, der im NEFZ aktiv ist, zu einer höheren Abgasrückführungsrate kommt. Im normalen Fahrbetrieb hingegen sind die Abgasaufbereitung und -rückführung so gestaltet, dass die Stickoxid-Emissionen erheblich höher sind. Das Fahrzeug wurde in die Schadstoffklasse EURO 5 eingeordnet, weil die nach dieser Abgasnorm geltenden Stickoxid-Grenzwerte auf dem Prüfstand eingehalten wurden.

### 4

Nach Bekanntwerden des Einsatzes des in der Öffentlichkeit als „Manipulationssoftware“ bezeichneten Motorsteuerungsprogramms in verschiedenen Diesel-Fahrzeugen des VW-Konzerns ordnete das Kraftfahrt-Bundesamt (KBA) dieses als unzulässige Abschaltvorrichtung ein und verpflichtete den Hersteller, die Software bei allen betroffenen Fahrzeugen mit dem Aggregat EA 189 zu entfernen und geeignete Maßnahmen zu ergreifen, um die Vorschriftsmäßigkeit der betroffenen Fahrzeuge wiederherzustellen. Insoweit wird ergänzend auf die Veröffentlichung des Kraftfahrt-Bundesamtes (KBA) vom 16.10.2015 Bezug genommen, welche auszugsweise folgenden Inhalt hat:

„(...) Das Kraftfahrt-Bundesamt (KBA) hat dem Hersteller VW gegenüber mit Schreiben vom 15. Oktober 2015 den Rückruf von 2,4 Millionen VW-Markenfahrzeugen angeordnet. Das Kraftfahrt-Bundesamt vertritt die Auffassung, dass es sich bei der in diesen Fahrzeugen verwendeten Software um eine unzulässige Abschaltvorrichtung handelt. VW wird in dem Bescheid vom Kraftfahrt-Bundesamt auferlegt, die entsprechende Software aus allen Fahrzeugen zu entfernen und geeignete Maßnahmen zur Wiederherstellung der Vorschriftsmäßigkeit zu ergreifen. (...)“.

### 5

Ergänzend wird insoweit auch auf eine weitere Pressemitteilung der Volkswagen AG vom 16.12.2015 Bezug genommen, ausweislich deren Inhalts diese erklärt hat, dass im Zuge eines Maßnahmenplans technische Lösungen erarbeitet werden würden, welche für die Eigentümer der Fahrzeuge kostenlos umgesetzt werden würden.

### 6

Mit anwaltlichem Schreiben der Klägervertreter vom 28.12.2019 (Anlage K19) hat die Klagepartei gegenüber der Beklagten Schadensersatz bis spätestens 31.12.2019 verlangt. Bereits am 30.12.2019 wurde die streitgegenständliche Klage erhoben.

### 7

Das zur Verfügung gestellte Software-Update wurde auf das verfahrensgegenständliche Fahrzeug aufgespielt.

### 8

Die Klagepartei meint, die im Motor verbaute Abschaltsoftware sei mangelhaft. Dieser Mangel sei auch durch ein Software-Update nicht vollständig behebbar. Die Beklagte habe die Klagepartei zudem über die Gesetzeskonformität des Motors getäuscht. Durch das Inverkehrbringen des Motors seien diesbezüglich falsche Umstände vorgespiegelt worden. Die Klagepartei hätte das Fahrzeug bei Kenntnis der tatsächlichen Umstände nicht erworben. Die Klagepartei meint daher, insoweit insbesondere Schadensersatzansprüche nach §§ 311, 241 Abs. 2 BGB, § 826 BGB sowie nach § 823 Abs. 2 BGB i.V.m. § 263 StGB bzw. i.V.m. § 16 UWG, § 4 Nr. 11 UWG a.F. zu haben.

### 9

Die Klagepartei beantragt zuletzt:

1. Die Beklagte wird verurteilt, unter Anrechnung des Verkaufserlöses aus dem Verkauf des Fahrzeugs Marke Skoda, Typ Yeti, Fahrzeug-Identifizierungsnummer: ...96, in Höhe von 9.500,00 € an die Klagepartei einen Betrag in Höhe von 27.000,00 € nebst Zinsen hieraus in Höhe von 5 % - Punkten über dem jeweiligen Basiszinssatz seit Rechtshängigkeit zu zahlen.

2. Die Beklagte wird verurteilt, an die Klagepartei Zinsen in Höhe von 4 % aus 27.000,00 € seit dem 25.04.2014 bis zu Beginn der Rechtshängigkeit zu zahlen.

3. Es wird festgestellt, dass sich die Beklagte mit der Annahme der in dem Klageantrag zu 1) genannten Zug-um-Zug-Leistung im Annahmeverzug befindet.

4. Die Beklagte wird verurteilt, die Kosten des außergerichtlichen Vorgehens in Höhe von 2.077,74 nebst Zinsen in Höhe von 5 % - Punkten über dem jeweiligen Basiszinssatz seit Rechtshängigkeit zu erstatten.

**10**

Die Beklagte beantragt,

die Klage abzuweisen.

**11**

Die Beklagte verweist darauf, dass die Gebrauchstauglichkeit des Pkw durch die Software nicht beeinträchtigt sei, dieser sei uneingeschränkt sicher und könne im Straßenverkehr eingesetzt werden. Nachteilige Auswirkungen auf die Leistung des Fahrzeuges seien durch das Software-Update nicht ersichtlich. Die Beklagte habe die Klagepartei vor Vertragsschluss, an dem sie nicht unmittelbar beteiligt gewesen sei, in keiner Weise getäuscht. Der Klagepartei sei durch die Verwendung der Software kein Schaden entstanden; es ergäben sich weder finanzielle Beeinträchtigungen noch ein Wertverlust des Fahrzeugs oder ein verbleibender merkantiler Minderwert. Eine sittenwidrige Handlung der Beklagten, die einen Schadensersatzanspruch auslösen könne, sei im Übrigen nicht gegeben.

**12**

Wegen der weiteren Einzelheiten des Sach- und Streitstandes wird auf die zwischen den Parteien gewechselten Schriftsätze nebst Anlagen sowie auf das Protokoll der mündlichen Verhandlung vom 16.03.2020 verwiesen.

## **Entscheidungsgründe**

**13**

Die Klage ist zulässig, in der Sache aber unbegründet.

I.

**14**

Die Klage ist zulässig. Das Landgericht Deggendorf ist sachlich und örtlich zuständig, §§ 23 Nr. 1, 71 Abs. 1 GVG, § 32 ZPO. Auch hat der Kläger an der Feststellung des Annahmeverzugs der Beklagten ein rechtliches Interesse i.S.d. § 256 Abs. 1 ZPO. Denn dadurch wird er nach § 756 Abs. 1 ZPO in die Lage versetzt, das Urteil zu vollstrecken, ohne seine eigene Leistung tatsächlich anbieten zu müssen.

II.

**15**

Die Klage ist jedoch unbegründet, da die Klagepartei unter keinem denkbaren Gesichtspunkt einen materiellen Schadensersatzanspruch gegen die Beklagte hat.

**16**

1. Der Klagepartei steht gegen die Beklagte ein Schadensersatzanspruch weder aus §§ 311 Abs. 2 Nr. 3, Abs. 3, 241 Abs. 2 BGB noch aus §§ 823 Abs. 2, 31 BGB i.V.m. § 263 StGB, aus §§ 823 Abs. 2, 31 BGB i.V.m. § 27 EG-FGV, aus § 823 Abs. 2, 31 BGB i.V.m. § 16 UWG bzw. i.V.m. § 4 Nr. 11 UWG a.F. i.V.m. PkwENKV, aus §§ 826, 31 BGB oder aus § 831 BGB zu.

**17**

a) Dass die Klagepartei als Käufer eines Pkw mit der Beklagten (= bloße Herstellerin des später als Gebrauchtwagen gekauften Fahrzeugs) einen geschäftlichen Kontakt im Sinne von § 311 Abs. 2 Nr. 3 BGB aufgenommen hat, ist weder dargelegt noch ersichtlich. Nach § 311 Abs. 3 S. 2 BGB entsteht ein Schuldverhältnis zwischen Nicht-Vertragsparteien insbesondere dann, wenn der Dritte in besonderem Maße Vertrauen für sich in Anspruch nimmt und dadurch die Vertragsverhandlungen oder den Vertragsschluss erheblich beeinflusst. Auch das ist bei der Beklagten nicht der Fall. Sie war weder unmittelbar oder mittelbar an den Vertragsverhandlungen beteiligt noch hatte sie ein über ihr allgemeines, mit dem Erstverkauf des

streitgegenständlichen Fahrzeug bereits befriedigtes Absatzinteresse hinausgehendes wirtschaftliches Interesse gerade an dem Kauf durch die Klagepartei. Auch die für ihr Fahrzeug ausgestellte EG-Übereinstimmungsbescheinigung scheidet als vertrauensbegründende Maßnahme im Rahmen des Abschlusses des Kaufvertrages aus, weil die EG-Übereinstimmungsbescheinigung erst nach Vertragsschluss in Erfüllung dessen zusammen mit dem Fahrzeug übergeben worden ist (vgl. hierzu LG Braunschweig, Urt. v. 14.02.2018, Az. 3 O 1915/17).

#### **18**

b) Voraussetzung für einen Schadensersatzanspruch aus §§ 823 Abs. 2, 31 BGB i.V.m. § 263 StGB wäre zunächst eine Täuschung der Klagepartei durch die Beklagte.

#### **19**

Eine aktive Täuschungshandlung der Beklagten gegenüber der Klagepartei über den von ihr von einem Autohaus gekauften Pkw ist nicht ersichtlich. Soweit die Klagepartei auf das Inverkehrbringen des Fahrzeugs ohne Hinweis auf die Manipulation abstellt, sind das keine Handlungen der Beklagten, die gerade gegenüber der Klagepartei vorgenommen worden sind. Denn sie hat das Fahrzeug nicht von der Beklagten selbst gekauft, sondern von einem Fahrzeughändler. Auch die von der Beklagten für das streitgegenständliche Fahrzeug ausgestellte EG-Übereinstimmungsbescheinigung taugt schon aus zeitlichen Gründen nicht als aktive Täuschungshandlung gegenüber der Klagepartei.

#### **20**

In Betracht kommt deshalb allein eine Täuschung hinsichtlich der ursprünglichen Verwendung einer unzulässigen Abschaltvorrichtung. Es steht zwar fest, dass die Beklagte das Motorsteuergerät des klägerischen Pkw ursprünglich mit einer solchen unzulässigen Abschaltvorrichtung versehen hatte. Insoweit liegt aber keine aktive Täuschungshandlung vor, sondern allenfalls eine Täuschung durch Unterlassen der Aufklärung über die unzulässige Abschaltvorrichtung, für die es jedoch an einer Garantenstellung der Beklagten im Sinne von § 13 StGB fehlt.

#### **21**

aa) Nach ständiger Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs, der das erkennende Gericht folgt, sind Verwaltungsakte in den Grenzen ihrer Bestandskraft für andere Gerichte und Behörden bindend (vgl. hierzu BGH NJW-RR 2007, 398 [399] m.w.N.). Gerichte haben Verwaltungsakte deshalb, auch wenn sie fehlerhaft sein sollten, grundsätzlich zu beachten, solange sie nicht durch die zuständige Behörde oder durch ein zuständiges Gericht aufgehoben worden sind. Sie haben die durch den Verwaltungsakt getroffene Regelung oder Feststellung unbesehen, d.h. ohne eigene Nachprüfung der Rechtmäßigkeit des Verwaltungsaktes, zu Grunde zu legen. Durch den bestandskräftigen Rückrufbescheid des KBA vom 15.10.2015, auf den sich die Klagepartei auch berief, und der sodann gerichtsbekannt erfolgten Freigabebestätigung des KBA ist in diesem Sinne bindend festgestellt bzw. geregelt, dass es sich bei der in den betreffenden Fahrzeugen verwendeten Software um eine unzulässige Abschaltvorrichtung i.S.v. Art. 5 Abs. 2 der Verordnung (EG) Nr. 715/2007 handelt, dass die Beklagte zur Vermeidung des Widerrufs oder der Rücknahme der Typgenehmigungen verpflichtet ist, diese unzulässigen Abschaltvorrichtungen zu entfernen und geeignete Maßnahmen zur Wiederherstellung der Vorschriftsmäßigkeit zu ergreifen, was durch Beibringen geeigneter Nachweise zu belegen ist, dass für die betroffenen Fahrzeuge dieser Nachweis inzwischen geführt wurde, dass die von der Beklagten vorgestellte Änderung der Applikationsdaten mittels eines Software-Updates geeignet ist, die Vorschriftsmäßigkeit der genannten Fahrzeuge herzustellen, und dass die in dem Bescheid des KBA genannten Sachverhalte mit den dort genannten Ergebnissen überprüft worden sind.

#### **22**

bb) Eine Täuschung durch Unterlassen setzt gemäß § 13 Abs. 1 StGB eine Garantenstellung voraus, d.h. dass der Täter als „Garant“ für die Abwendung des Erfolgs einzustehen hat.

#### **23**

aaa) Soweit es um Aufklärungspflichten im Zusammenhang mit einem Kaufvertrag geht, wird eine solche Aufklärungspflicht beim Verkäufer, mit dem immerhin ein Vertragsverhältnis besteht, erst dann gesehen, wenn es um wertbildende Faktoren der Kaufsache von ganz besonderem Gewicht geht (vgl. BayObLG, Beschl. v. 09.12.1993, Az. 3 St RR 127/93). Für die vertraglich nicht mit dem Käufer verbundene Beklagte - die bloße Herstellerin des später von der Klagepartei erworbenen Fahrzeugs - muss das erst recht gelten.

## 24

bbb) Eine Aufklärungspflicht der Beklagten würde gleichwohl dann bestehen, wenn, wie die Klagepartei meint, infolge der Verwendung der unzulässigen Abschaltvorrichtung die EG-Typgenehmigung für ihr Fahrzeug erloschen wäre. Das ist aber nicht der Fall. Nach § 19 Abs. 7 i.V.m. Abs. 2 StVZO erlischt die Betriebserlaubnis in Form der Wirksamkeit der EG-Typgenehmigung für das einzelne Fahrzeug zwar dann, wenn Änderungen vorgenommen werden, durch die das Abgas- oder Geräuschverhalten verschlechtert wird. Nach Auffassung des Gerichts sind damit aber nur Veränderungen gemeint, die nach Abschluss des Produktionsprozesses vorgenommen werden. Hierfür spricht nicht nur der Wortlaut, sondern auch die historische Auslegung der Vorschrift. Der Gesetzgeber hat nämlich in der BR-Drucks 629/93 zur 16. Verordnung zur Änderung straßenverkehrsrechtlicher Vorschriften, mit dem unter anderem § 19 Abs. 2 StVZO geändert wurde und ihre im Wesentlichen bis heute geltende Fassung erhielt, unmissverständlich ausgeführt, dass „die bisherigen EWG-Vorschriften keine Aussagen über Veränderungen an bereits zugelassenen Fahrzeugen treffen“ und daher „gegenwärtig der Schluss gezogen werden [kann], dass den EG-Mitgliedstaaten die Regelungen von Veränderungen an bereits im Verkehr befindlichen Fahrzeugen überlassen ist“ (vgl. LG Braunschweig, Urt. v. 31.08.2017, Az. 3 O 21/17). Auch droht keine Entziehung der Gesamtfahrzeug-Typgenehmigung, weil das KBA in seinem Bescheid vom 15.10.2015 sein gem. § 25 Abs. 3 EG-FGV zustehendes Ermessen nicht dahingehend ausgeübt hat, dass es eine Entziehung der EG-Typgenehmigung in die Wege geleitet hat. Die Behörde ist vielmehr nach § 25 Abs. 2 EG-FGV vorgegangen und hat Nebenbestimmungen zur bestehenden Typgenehmigung angeordnet.

## 25

Doch selbst eine Entziehung der Typgenehmigung hätte erst dann die Folge der Nichtnutzbarkeit des klägerischen Fahrzeugs, wenn die zuständige Landesbehörde daraufhin wiederum von dem ihr gem. § 5 FZV zustehenden Ermessen Gebrauch machen würde, die Nutzung des Fahrzeugs dauerhaft zu untersagen, was eine Entziehung der Zulassung beinhalten würde. Hierzu kam es beim Fahrzeug der Klagepartei nie.

## 26

ccc) Dass aber die Verwendung der zunächst unzulässigen, aber allein durch ein vom KBA freigegebenes Software-Update beseitigten Abschaltvorrichtung auf andere Weise einen wertbildenden Faktor darstellt, dem der Markt ein ganz besonderes Gewicht beimisst, ist weder hinreichend vorgetragen noch ersichtlich. Das gilt insbesondere für den behaupteten Verbleib eines merkantilen Minderwerts.

## 27

Für den Fall eines sog. Unfallwagens ist anerkannt, dass der Charakter des Fahrzeugs als Unfallwagen und ein damit verbundener merkantiler Minderwert als Mangel auch nach einer technischen Reparatur verbleibt (vgl. BGH, Urt. v. 10.10.2007, Az. VIII ZR 330/06). Hintergrund dieser Rechtsprechung ist die am Gebrauchtwagenmarkt gewonnene Erfahrung, dass trotz völliger und ordnungsgemäßer Instandsetzung eines Fahrzeugs bei einem großen Teil der Kaufinteressenten, vor allem wegen des Verdachts verborgener gebliebener Schäden, eine den Preis beeinflussende Abneigung gegen den Erwerb unfallbeschädigter Fahrzeuge besteht (so schon BGH, Urt. v. 29.04.1958, Az. VI ZR 82/57).

## 28

Diese Rechtsprechung ist auf die vorliegende Fallkonstellation nicht übertragbar, weil es im Zusammenhang mit dem sog. Abgasskandal an einer vergleichbaren am Markt gewonnenen Erfahrung fehlt.

## 29

Die Klagepartei müsste deshalb einen Preisverfall, der gerade auf die unzulässige Abschaltvorrichtung zurückzuführen ist, konkret darlegen. Ein Preisverfall, der darauf beruht, dass Diesel-Fahrzeuge aufgrund der seit einigen Jahren geführten öffentlichen Diskussion - gleich ob berechtigt oder nicht - in „Verruff“ geraten oder generell aus anderen Gründen, die nicht mit der gegenständlichen Software in Zusammenhang stehen, in der Käufergunst gesunken sind, wäre nicht ausreichend. Es darf auch nicht übersehen werden, dass die öffentliche und politische Diskussion um innerstädtische Fahrverbote für Diesel-Fahrzeuge (und die steigende Anzahl der Fahrverbote fordernder verwaltungsgerichtlicher Entscheidungen) die Folgen des VW-Abgasskandals hinsichtlich der Nachfrage nach Diesel-Fahrzeugen zwischenzeitlich überlagert (zum letztgenannten Aspekt: OLG Köln, Beschl. v. 27.03.2018, Az. 18 U 134/17, Rn 49).

## 30

Einen dahingehenden Wertverlust des konkreten Fahrzeugs vermochte die Klagepartei nicht darzustellen, obschon ihr dies möglich gewesen wäre. Der Kraftfahrzeugmarkt ist generell schon sehr transparent (wie z.B. durch die sog. Schwacke-Liste) und die Preisentwicklung von gebrauchten Dieselfahrzeugen steht zudem unter besonderer medialer Aufmerksamkeit (wie z.B. durch das „DAT Diesel-Barometer“). Ohne solche Anknüpfungstatsachen würde die dazu angebotene Einholung eines Sachverständigengutachtens auf einen im Zivilprozess nicht zulässigen Ausforschungsbeweis hinauslaufen (zur Darlegungslast betreffend die Behauptung eines merkantilen Minderwertes auch: jeweils LG Braunschweig, Urt. v. 18.10.2017, Az. 3 O 1676/16; Urt. v. 18.10.2017, Az. 3 O 3228/16; Urt. v. 13.12.2017, Az. 3 O 806/17; Urt. v. 17.01.2018, Az. 3 O 3447/16; Urt. v. 14.02.2018, Az. 3 O 1915/17; LG Deggendorf, Urt. v. 15.02.2018, Az. 32 O 127/17, und OLG Dresden, Urt. v. 01.03.2018, Az. 10 U 1561/17).

### **31**

Das Vorbringen der Klagepartei erschöpft sich nur in Vermutungen, ist ersichtlich unsubstantiiert und nicht durch Tatsachen untermauert. Selbst die Bezugnahme auf öffentliche Berichterstattung oder Gerichtsentscheidungen würde konkreten Tatsachenvortrag in Bezug auf einen Wertverlust des gegenständlichen Fahrzeugs nicht ersetzen.

### **32**

Soweit die Klagepartei negative Auswirkungen des angebotenen Software-Updates befürchtet, stehen dem schon die Feststellungen in der vorliegenden Freigabebestätigung entgegen.

### **33**

Soweit es um die Parameter geht, die Gegenstand dieses Freigabebescheids sind, handelt es sich um eine öffentliche Urkunde im Sinne von § 418 ZPO mit den sich daraus ergebenden Wirkungen für die Darlegungs- und Beweislast (OLG Braunschweig, Urteil vom 16.11.2018, Az. 11 O 899/18).

### **34**

Im Übrigen erweist sich das dahingehende Vorbringen als unsubstantiiert. Daran vermag auch die Entscheidung des OLG Köln vom 27.03.2018, Az. 18 U 134/17, betreffend die vertragliche Gewährleistung des Verkäufers gemäß § 437 BGB nichts zu ändern.

### **35**

Steht ein Sachmangel im Zeitpunkt des Gefahrübergangs fest, steht damit zugleich fest, dass der Anspruch des Käufers auf Übergabe und Übereignung einer mangelfreien Sache zunächst nicht vollumfänglich erfüllt worden ist. Der Käufer kann deshalb gemäß § 439 Abs. 1 BGB Nacherfüllung verlangen. Dieser Nacherfüllungsanspruch ist lediglich eine Modifikation des ursprünglichen Erfüllungsanspruchs gemäß § 433 Abs. 1 S. 2 BGB. Deshalb verbleibt es im Ausgangspunkt bei der grundsätzlichen Darlegungs- und Beweislast des Schuldners für das Gelingen der (Nach-)Erfüllung (OLG Köln, a.a.O., Rn. 13).

### **36**

Den Käufer trifft aber die Darlegungs- und Beweislast für die einen Sachmangel begründenden Umstände dann, wenn er eine ihm als (Nach-)Erfüllung angebotene Leistung als Erfüllung angenommen hat (OLG Köln, a.a.O., Rn. 13).

### **37**

Andernfalls trägt nach der Auffassung des OLG Köln der Verkäufer im Ausgangspunkt die Darlegungs- und Beweislast dahingehend, dass das Software-Update nicht zu anderen Sachmängeln geführt hat (OLG Köln, a.a.O., Rn. 23).

### **38**

Dabei darf indes nicht verkannt werden, dass es insoweit um den Nachweis einer negativen Tatsache (= Nichteintritt von neuen Sachmängeln) geht.

### **39**

Dies hat eine Umkehr der Darlegungslast im Sinne einer sekundären Behauptungslast des Käufers zur Folge. Um seiner Darlegungslast nachzukommen, muss er konkrete Sachmängel darlegen, die auf das Software-Update als Maßnahme zur Nacherfüllung zurückgehen sollen (OLG Köln, a.a.O., Rn. 23).

### **40**

Diesen Anforderungen ist der Kläger, auch unter Berücksichtigung der Ausführungen des OLG Köln in dem genannten Beschluss, nicht gerecht geworden. In dem der Entscheidung des OLG Köln zugrunde liegenden

Fall hat der dortige Kläger konkrete nachteilige Folgen des Software-Updates vorgetragen, die zur Folge gehabt hätten, dass der Verkäufer seiner Nacherfüllungspflicht noch nicht nachgekommen wäre (hierzu OLG Köln, a.a.O., Rn. 24 ff.). Dahingehend hat der Kläger indes nichts Substantielles vorgetragen. Ob den Kläger nicht nur eine sekundäre Darlegungslast im Sinne der dargestellten Rechtsprechung des OLG Köln trifft, oder ob diese nach allgemeinen Grundsätzen ohnehin die reguläre Darlegungslast für behauptete negative Folgen trifft (so Landgericht Braunschweig, Urteil vom 16.11.2018, Az. 11 O 899/18), kann deshalb dahinstehen.

#### **41**

Der in der unzulässigen Abschaltvorrichtung begründete Ausgangsmangel ist bereits durch das Software-Update beseitigt worden. Das klägerische Vorbringen beschränkt sich im Übrigen darauf, pauschal nachteilige Auswirkungen des Updates auf das Fahrzeug zu behaupten.

#### **42**

Das Gericht verkennt schließlich nicht, dass dem Kläger die Wirkungsweise des Updates nicht bekannt sein dürfte; gleichwohl wird diesem Umstand dadurch Rechnung getragen, dass - bei Zugrundelegung der genannten Grundsätze des OLG Köln - nur gemäßigte Anforderungen an die sekundäre Darlegungslast gestellt werden. Gleichwohl hat ein Käufer, der eine Nachbesserungsmaßnahme nicht als taugliches Maßnahme der Nacherfüllung gegen sich gelten lassen will, zumindest nachteilige Folgeerscheinungen, ohne deren Ursache benennen zu müssen, konkret darzustellen, was dem Kläger vor dem Hintergrund der fortwährenden Nutzung des Fahrzeugs auch möglich wäre, wenn es denn tatsächlich zu nachteiligen Auswirkungen auf das Fahrzeug, einzelne Bauteile oder Eigenschaften des Fahrzeugs gekommen sein sollte.

#### **43**

Im Ergebnis hat der Kläger nicht substantiiert vorgetragen, dass und welche Mängel auch nach Durchführung des Software-Updates vorliegen, und dass diese auf dem Software-Update als (untauglicher) Maßnahme der Nacherfüllung beruhen. Seiner Darlegungslast ist er nicht nachgekommen. Ungeachtet der Frage, ob die behaupteten Nachteile überhaupt in substantiiert Weise vorgetragen worden sind, wäre es unerlässlich gewesen, die behaupteten Nachteile nach tatsächlicher Durchführung des Updates konkret zu benennen und mit Tatsachen zu untermauern. Denn ein Sachvortrag ist nur dann erheblich, wenn Tatsachen vorgetragen werden, die in Verbindung mit einem Rechtssatz geeignet und erforderlich sind, das geltend gemachte Recht zu begründen (OLG Köln, a.a.O., Rn. 25). Diesen Anforderungen an die Erheblichkeit wird das klägerische Vorbringen ersichtlich nicht gerecht. Es ist deshalb auch nicht geeignet, eine Aufklärungspflicht der Beklagten zu begründen.

#### **44**

eee) Eine Garantienpflicht zugunsten der Klagepartei ergibt sich nicht aus pflichtwidrigem Vorverhalten (Ingerenz). Die Verwendung der unzulässigen Abschaltvorrichtung stellt zwar ein pflichtwidriges Vorverhalten dar. Eine Pflichtwidrigkeit löst im Einzelfall aber nur dann eine Garantienpflicht aus, wenn die verletzte Norm gerade dem Schutz des fraglichen Rechtsgutes zu dienen bestimmt ist (vgl. Schönke/Schröder-Stree/Bosch, StGB, 28. Aufl., § 13 Rn 35a m.w.N.).

#### **45**

Den Erwägungsgründen (1) bis (6) und (27) der verletzten Verordnung (EG) Nr. 715/2007 ist zu entnehmen, dass diese nicht dem Schutz individueller Vermögensinteressen dient, sondern der Weiterentwicklung des Binnenmarkts durch Harmonisierung der technischen Vorschriften über die Typgenehmigung von Kraftfahrzeugen hinsichtlich ihrer Emissionen, insbesondere mit dem Ziel der erheblichen Minderung der Stickstoffoxidemissionen bei Dieselfahrzeugen zur Verbesserung der Luftqualität und zur Einhaltung der Luftverschmutzungsgrenzwerte. Der von der Klagepartei geltend gemachte Vermögensschaden fällt daher nicht in den Schutzbereich dieser Norm, weshalb ein Schadenersatzanspruch wegen Betruges ausscheidet (so jeweils LG Braunschweig, Urt. v. 27.10.2017, Az. 3 O 136/17; Urt. v. 10.01.2018, Az. 3 O 622/17; Urt. v. 17.01.2018, Az. 3 O 3447/16; Urt. v. 06.02.2018, Az. 11 O 1175/17; Urt. v. 14.02.2018, Az. 3 O 1915/17; jeweils LG Deggendorf, Urt. v. 15.02.2018, Az. 32 O 127/17; Urt. v. 20.02.2018, Az. 31 O 140/16; und Urt. v. 26.04.2018, Az. 32 O 412/17).

#### **46**

Hinzu kommt, dass das pflichtwidrige Vorverhalten durch Aufspielung des Software-Updates behoben wurde.

#### 47

c) Entsprechendes gilt für §§ 823 Abs. 2, 31 BGB i.V.m. § 27 EG-FGV. Unabhängig davon, ob die Beklagte diese Vorschrift verletzt hat, fehlt ihr der von § 823 Abs. 2 BGB vorausgesetzte Schutzgesetzcharakter. Nach ständiger Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs ist eine Norm als Schutzgesetz anzusehen, wenn sie nach Zweck und Inhalt zumindest auch dazu dienen soll, den Einzelnen oder einzelne Personenkreise gegen die Verletzung eines bestimmten Rechtsguts zu schützen. Dafür kommt es nicht auf die Wirkung, sondern auf Inhalt und Zweck des Gesetzes sowie darauf an, ob der Gesetzgeber bei Erlass des Gesetzes gerade einen Rechtsschutz, wie er wegen der behaupteten Verletzung in Anspruch genommen wird, zu Gunsten von Einzelpersonen oder bestimmten Personenkreisen gewollt oder doch mit gewollt hat. Bei Vorschriften, die - wie hier die §§ 6, 27 EG-FGV - Richtlinien umsetzen, kommt es nach der gebotenen richtlinienkonformen Auslegung insoweit maßgeblich auf den Inhalt und Zweck der Richtlinie - hier der Richtlinie 2007/46/EG - an (vgl. BGH, EuGH-Vorlage vom 09.04.2015, Az. VII ZR 36/14). Den Erwägungsgründen (2), (4) und (23) zufolge bezweckt die Richtlinie 2007/46/EG die Vollendung des Binnenmarkts und dessen ordnungsgemäßes Funktionieren. Darüber hinaus sollen die technischen Anforderungen in Rechtsakten harmonisiert und spezifiziert werden, wobei die Rechtsakte vor allem auf eine hohe Verkehrssicherheit, hohen Gesundheits- und Umweltschutz, rationelle Energienutzung und wirksamen Schutz gegen unbefugte Benutzung abzielen (Erwägungsgrund [2] der Richtlinie). Weder an diesen Stellen noch unter den anderen Erwägungsgründen der Richtlinie lässt sich demgegenüber ein Hinweis dafür finden, dass der Richtliniengeber darüber hinaus den Schutz des einzelnen Fahrzeugherstellers bzw. -besitzers gegen Vermögensbeeinträchtigungen im Blick hatte. Auch der nationale Gesetzgeber hat in der Begründung zur EG-FGV (BR-Drucks. 190/09, S. 36) in Übereinstimmung damit ausgeführt, dass die Richtlinie dem Abbau von Handelshemmnissen und der Verwirklichung des Binnenmarktes der Gemeinschaft dienen und die EG-FGV darüber hinaus zur Rechtsvereinfachung und zum Bürokratieabbau beitragen soll (so jeweils LG Braunschweig, Urt. v. 27.10.2017, Az. 3 O 136/17; Urt. v. 10.01.2018, Az. 3 O 622/17; Urt. v. 17.01.2018, Az. 3 O 3447/16; Urt. v. 14.02.2018, Az. 3 O 1915/17; jeweils LG Deggendorf, Urt. v. 15.02.2018, Az. 32 O 127/17; Urt. v. 20.02.2018, Az. 31 O 140/16; und Urt. v. 26.04.2018, Az. 32 O 412/17).

#### 48

d) Die Klagepartei hat gegen die Beklagte keinen Schadensersatzanspruch aus §§ 823 Abs. 2, 31 BGB i.V.m. § 16 UWG bzw. i.V.m. § 4 Nr. 11 UWG a.F. i.V.m. PkwEnVKV.

#### 49

aa) Soweit die Klagepartei ihre Schadensersatzforderung auf § 823 Abs. 2 BGB i.V.m. § 16 UWG stützt, dient § 16 UWG zwar ohne Zweifel dem Schutz des Verbrauchers. Es ist aber nicht ersichtlich, dass die Beklagte i.S. von § 16 Abs. 1 UWG den Anschein eines besonders günstigen Angebots hervorrufen wollte. Der Vorwurf der Klagepartei geht im Kern dahin, dass die Beklagte zu 2) mit der Einhaltung der Grenzwerte der Euro 5-Norm geworben hat. Diese mussten aber alle vergleichbaren Fahrzeuge am Markt einhalten. Damit ist also kein besonderer Vorteil angepriesen.

#### 50

bb) Ob § 4 Nr. 11 UWG in der Fassung vom 03.03.2010 auch ein Schutzgesetz i.S. von § 823 Abs. 2 BGB darstellt, kann hier dahinstehen, weil die Beklagte jedenfalls nicht gegen Vorschriften verstoßen hat, deren Einhaltung § 4 Nr. 11 a.F. UWG schützt. §§ 1, 4, 5 Pkw-EnVKV gebieten lediglich, dass die im Typgenehmigungsverfahren erzielten Kraftstoffverbrauchs- und Emissionswerte zu nennen sind (vgl. Begriffsbestimmungen in § 2 Nr. 5 u. 6 Pkw-EnVKV). Die Klagepartei bezweifelt aber selbst nicht, dass die genannten Werte im Typgenehmigungsverfahren (Fahrkurven des NEFZ) erzielt wurden.

#### 51

e) Für eine Haftung aus §§ 826, 31 BGB reicht allein der - ursprünglich feststehende - Verstoß gegen die Verordnung (EG) Nr. 715/2007 nicht aus.

#### 52

Der Bundesgerichtshof entschied schon 1985 (Urt. v. 11.11.1985, Az. II ZR 109/84), dass für Ansprüche aus unerlaubter Handlung allgemein gilt, dass die Ersatzpflicht auf solche Schäden begrenzt ist, die in den Schutzbereich des verletzten Ge- oder Verbots fallen und dass auf eine derartige Eingrenzung der Haftung, um das Haftungsrisiko in angemessenen und zumutbaren Grenzen zu halten, auch im Rahmen des § 826

BGB nicht verzichtet werden kann. Wie bereits ausgeführt, dient die verletzte EG-Verordnung Nr. 715/2007 aber nicht dem Schutz individueller Vermögensinteressen.

### 53

Damit verbleibt auch insoweit allenfalls eine Täuschung durch Verschweigen der unzulässigen Abschaltvorrichtung. Das Verschweigen eines Umstandes rechtfertigt aber nicht ohne Weiteres den Vorwurf eines Sittenverstoßes, sondern nur dann, wenn eine Seite der anderen zu entsprechender Offenbarung verpflichtet ist. Eine Offenbarungspflicht entsteht, wenn die andere Seite nach Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte eine Mitteilung erwarten durfte. Auch innerhalb einer vertraglichen Beziehung darf der Vertragspartner nach Treu und Glauben nicht eine vollumfängliche Information über alle Belange des Geschäftes erwarten. Es besteht keine allgemeine Offenbarungspflicht, weil im Vertragsrecht zunächst jedes Privatrechtssubjekt für die Verteidigung seiner Interessen selbst verantwortlich ist. Das gilt insbesondere für den Kaufvertrag, der von gegensätzlichen Interessen geprägt ist. Die Grenze des nach der Verkehrsauffassung Hinnehmbaren ist auch im Rahmen von § 826 BGB erst dann überschritten, wenn es um erhebliche wertbildende Umstände beim Kaufvertragsabschluss geht (vgl. Palandt/Sprau, BGB, 76. Aufl., § 826 Rn. 20 m.w.N.).

### 54

Dazu „passt“, dass sich der Gesetzgeber bei Schaffung der Regelungen für das auf Rückabwicklung des Kaufvertrages gerichtete Rücktrittsrecht der Figur des arglistig handelnden Verkäufers bewusst war, was aus §§ 218 Abs. 1 S. 1, 438 Abs. 3 S. 1, Abs. 1, 437 Nr. 1, 439 BGB folgt. Dennoch hat der Gesetzgeber nicht ausdrücklich geregelt, dass der Rücktritt im Falle eines arglistigen Verkäufers unabhängig von einer vorherigen Fristsetzung zur Mangelbeseitigung möglich ist und der arglistige Verkäufer damit nicht durch Nachbesserung eine Rückabwicklung des Kaufvertrages verhindern kann. Auch fehlt eine Regelung dahingehend, dass eine Berufung des arglistigen Verkäufers auf die Unerheblichkeit der Pflichtverletzung gem. § 323 Abs. 5 S. 2 BGB ausgeschlossen ist. Entsprechend wird auch von der Rechtsprechung nur angenommen, dass die Arglist des Verkäufers eine Fristsetzung zur Mangelbeseitigung nur „in der Regel“ entbehrllich macht und auch nur „in der Regel“ eine Anwendung des § 323 Abs. 5 S. 2 BGB ausschließt. Würde man jegliches Verschweigen eines Mangels als sittenwidrig im Sinne von § 826 BGB ansehen, hieße es anzunehmen, dass der Gesetzgeber einen Käufer u.U. trotz der Sittenwidrigkeit an einem Kaufvertrag festhalten wollte, was ausgeschlossen sein dürfte. Zu beachten ist weiterhin: Die vorgenannten Argumente gelten schon im Verhältnis zwischen Käufer und Verkäufer, die miteinander ein gewisses Vertrauen begründend über einen Vertrag miteinander verbunden sind, welches der arglistige Verkäufer „verrät“. Im Verhältnis des Herstellers (eines Bestandteils der Kaufsache) zum Käufer fehlt es an dieser vertrauensbegründenden Verbindung, die der Hersteller durch Verschweigen des Mangels „verraten“ würde. Schließlich hat der Gesetzgeber durch Einführung des ProdHaftG eine Haftung des Herstellers für fehlerhafte Produkte eingeführt. Das wirtschaftliche Nutzungs- und Äquivalenzinteresse des Käufers, dass die Sache keine Mängel aufweist, sollte dadurch aber gerade nicht geschützt werden (Palandt/Sprau, BGB, 77. Aufl., § 3 ProdHaftG Rn 1). Wenn das arglistige Verschweigen von Mängeln durch den Verkäufer nicht in jedem Fall einen Anspruch aus § 826 BGB auslösen soll, obwohl dort ein gewisses Vertrauensverhältnis „verraten“ wird, welches der Hersteller nicht „verraten“ kann und der Gesetzgeber auf die Einführung einer Haftung des Herstellers für das Nutzungs- und Äquivalenzinteresse des Käufers verzichtet hat, erscheint es im Ergebnis sachgerecht, eine Haftung des Herstellers für verschwiegene Mängel über § 826 BGB nur für die o.g. besonders schweren Fälle anzunehmen (vgl. hierzu LG Braunschweig, Urt. v. 06.07.2018, Az. 11 O 3017/17).

### 55

Wie bereits im Zusammenhang mit der Garantienstellung (§ 823 Abs. 2 BGB i.V.m. § 263 StGB) ausgeführt, trifft das auf die Verwendung der unzulässigen Abschaltvorrichtung nicht zu (jeweils LG Braunschweig, Urt. v. 06.07.2018, Az. 11 O 3017/17; Urt. v. 10.01.2018, Az. 3 O 622/17; Urt. v. 17.01.2018, Az. 3 O 3447/16; Urt. v. 06.02.2018, Az. 11 O 1175/17; Urt. v. 14.02.2018, Az. 3 O 1915/17; Urt. v. 27.10.2017, Az. 3 O 136/17; jeweils LG Deggendorf, Urt. v. 15.02.2018, Az. 32 O 127/17; Urt. v. 20.02.2018, Az. 31 O 140/16; und Urt. v. 26.04.2018, Az. 32 O 412/17). Nichts anderes kann für die Beseitigung der unzulässigen Abschaltvorrichtung vor dem Verkauf gelten.

### 56

f) Mangels erfüllter deliktischer Haftungstatbestände vermag schließlich auch § 831 BGB den Klageantrag nicht zu begründen.

**57**

2. Mangels Zahlungsverpflichtung besteht kein Zinsanspruch und befindet sich die Beklagte insoweit auch nicht in Annahmeverzug, zumal eine Zug-um-Zug-Leistung zuletzt auch nicht mehr beantragt war. Der dahingehende Feststellungsantrag des Klägers ist deshalb ebenfalls unbegründet.

**58**

Mangels begründeter Hauptforderung besteht schließlich auch kein Anspruch auf Erstattung von vorgerichtlichen Rechtsanwaltskosten. Insoweit teilt die Nebenforderung das Schicksal der unbegründeten Hauptforderung.

**59**

3. Die Klage ist deshalb in der Hauptsache insgesamt unbegründet. Auf die Frage der Verjährung kommt es nicht an.

III.

**60**

1. Kosten: § 91 Abs. 1 ZPO

**61**

2. Vorläufige Vollstreckbarkeit: § 709 S. 1, S. 2 ZPO

**62**

3. Streitwert: §§ 63 Abs. 2 GKG, 3 ZPO

verkündet am 27.04.2020