

Oberlandesgericht Bamberg

Az.: 5 U 273/21
44 O 313/20 LG Bamberg



IM NAMEN DES VOLKES

-

In dem Rechtsstreit

- Kläger und Berufungskläger -

Prozessbevollmächtigte:

gegen

- Beklagte und Berufungsbeklagte -

Prozessbevollmächtigte:

wegen Rückabwicklung eines Kaufvertrages

-

erlässt das Oberlandesgericht Bamberg - 5. Zivilsenat - durch die Vorsitzende Richterin am Oberlandesgericht xxx, den Richter am Oberlandesgericht xxx und den Richter am Oberlandesgericht xxx aufgrund der mündlichen Verhandlung vom 07.11.2023 folgendes

Urteil:

-

I. Auf die Berufung des Klägers wird das Urteil des Landgerichts Bamberg vom 11.06.2021, Az. 44 O 313/20, abgeändert:

1. Die Beklagte wird verurteilt, an den Kläger 3.464,90 € nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit 06.11.2020 zu zahlen.

2. Im Übrigen wird die Klage abgewiesen.

II. Die weitergehende Berufung des Klägers wird zurückgewiesen.

III. Von den Kosten des Rechtsstreits 1. Instanz trägt der Kläger 92 % und die Beklagte 8 %.

Von den Kosten des Berufungsverfahrens trägt der Kläger 75 % und die Beklagte 25 %.

IV. Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar.

I. V. Die Revision gegen dieses Urteil wird nicht zugelassen.

-

Gründe:

-

A.

Von der Darstellung des Tatbestands wird nach § 540 Abs. 2, § 313a Abs. 1 Satz 1 ZPO abgesehen da weder die Revision gegen das Urteil zulässig ist, noch dagegen gemäß § 544 Abs. 2 ZPO die Nichtzulassungsbeschwerde erhoben werden kann.

B.

Die zulässige Berufung des Klägers hat im tenorierten Umfang Erfolg. Zwar steht ihm kein Anspruch auf großen Schadensersatz nach §§ 826, 31 BGB zu (I., II.). Er hat aber mit dem Hilfsantrag zum Teil Erfolg (III.). Der Kläger hat Anspruch auf Bezahlung eines Differenzschadens auf Grundlage von § 823 Abs. 2 BGB, § 6 Abs. 1, § 27 Abs. 1 EG-FGV in Höhe von 3.464,90 € nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit Rechtshängigkeit.

I.

Ein Anspruch auf großen Schadensersatz nach § 826 BGB, wie mit dem Hauptantrag geltend gemacht, steht dem Kläger nicht zu.

1. Sittenwidrig ist ein Verhalten, das nach seinem Gesamtcharakter, der durch umfassende Würdigung von Inhalt, Beweggrund und Zweck zu ermitteln ist, gegen das Anstandsgefühl aller billig und gerecht Denkenden verstößt. Dafür genügt es im Allgemeinen nicht, dass der Handelnde eine Pflicht verletzt und einen Vermögensschaden hervorruft. Vielmehr muss eine

besondere Verwerflichkeit seines Verhaltens hinzutreten. Die besondere Verwerflichkeit kann sich zum einen aus einer evidenten Unzulässigkeit der Motorsteuerung - wie sie bspw. für den Fall der „Umschaltlogik“ im Motor EA 189 festgestellt wurde - ergeben (vgl. BGH, Beschl. v. 21.03.2022 - VIa ZR 334/21, Rn. 22). Sie kann sich zum anderen aus dem verfolgten Ziel, den eingesetzten Mitteln, der zutage getretenen Gesinnung oder den eingetretenen Folgen ergeben (vgl. BGH, Urt. v. 25.05.2020 - VI ZR 252/19, Rdnr. 15; Beschl. v. 19.01.2021 – VI ZR 433/19, Rdnr. 14; Urt. v. 13.07.2021 - VI ZR 128/20, Rdnr. 11; Beschl. v. 21.03.2022 - VIa ZR 334/21, Rdnr. 18).

Deshalb reicht bei einer auf dem Prüfstand wie auch im Realbetrieb gleichsam wirkenden Abschaltvorrichtung deren Vorhandensein für sich genommen nicht aus, um eine objektive Sittenwidrigkeit des Verhaltens der Beklagten zu begründen. Es bedarf vielmehr weiterer Umstände, die das Verhalten der für die Beklagte handelnden Personen als besonders verwerflich erscheinen lassen. Dabei trägt die Darlegungs- und Beweislast für diese Voraussetzung nach allgemeinen Grundsätzen der Kläger als Anspruchsteller (vgl. BGH, Beschl. v. 19.01.2021 aaO, Rdnr. 19; Urt. v. 13.07.2021 aaO, Rdnr. 13). Die Annahme von Sittenwidrigkeit setzt jedenfalls voraus, dass die für die Beklagte handelnden Personen bei der Entwicklung und/oder Verwendung einer bestimmten Steuerung des Emissionskontrollsystems in dem Bewusstsein handelten, eine unzulässige Abschaltvorrichtung zu verwenden, und den darin liegenden Gesetzesverstoß billigend in Kauf nahmen. Fehlt es hieran, ist bereits der objektive Tatbestand der Sittenwidrigkeit nicht erfüllt (vgl. BGH, Urt. v. 13.07.2021 aaO, Rdnr. 13; BGH Urt. v. 16.09.2021 – VII ZR 321/20, Rdnr. 16).

2. Nach diesen Maßstäben liegt ein sittenwidriges Verhalten der Beklagten nicht deshalb vor, weil sie den streitgegenständlichen Fahrzeugtyp mit einer temperaturabhängigen Steuerung des Emissionskontrollsystems (sog. Thermofenster bzw. durchgängige temperaturabhängige Modulation der AGR-Rate) ausgestattet hat.

a) Dabei kann an dieser Stelle zugunsten des Klägers in tatsächlicher und rechtlicher Hinsicht unterstellt werden, dass eine derartige temperaturbeeinflusste Steuerung der Abgasrückführung als unzulässige Abschaltvorrichtung im Sinne von Art. 5 Abs. 2 Satz 1 der Verordnung 715/2007/EG zu qualifizieren ist (vgl. hierzu näheres unten unter Ziff. III. 1). Denn bei einer auf dem Prüfstand und im Realbetrieb in Grundsatz in gleicher Weise arbeitenden Abschaltvorrichtung ergibt sich die besondere Verwerflichkeit nicht bereits aus einer Evidenz der Unzulässigkeit, da eine Prüfstandsbezogenheit gerade nicht gegeben ist. Weitere Umstände, die das Verhalten der für die Beklagten handelnden Personen als besonders verwerflich erscheinen lassen, beispielsweise dass die für die Beklagten handelnden Personen bei der Entwicklung und/oder Verwendung der temperaturabhängigen Steuerung des Emissionskontrollsystems in dem Bewusstsein handelten, eine unzulässige Abschaltvorrichtung zu verwenden, und den darin liegenden Gesetzesverstoß billigend in Kauf nahmen, trägt der Kläger nicht hinreichend vor.

Insbesondere ergeben sich aus einer etwaigen unterbliebenen Offenlegung der genauen Wirkungsweise des Thermofensters keine Anhaltspunkte dafür, dass für die Beklagten tätigen Personen in dem Bewusstsein handelten, eine unzulässige Abschaltvorrichtung zu verwenden. Selbst wenn die Beklagte im Typgenehmigungsverfahren - erforderliche - Angaben zu den Einzelheiten der Abgasrückführung unterlassen haben sollte, wäre die Typgenehmigungsbehörde nach dem Amtsermittlungsgrundsatz gemäß § 24 Abs. 1 Satz 1 und 2 VwVfG gehalten gewesen, diese zu erfragen, um sich in die Lage zu versetzen, die Zulässigkeit der Abschaltvorrichtung zu prüfen (BGH Beschl. v. 29.09.2021 – VII ZR 126/21, Rn. 20).

b) Eine Haftung der Beklagten nach §§ 826, 31 BGB wegen der Verwendung eines Thermofensters kommt auch deshalb nicht in Betracht, weil ein besonders verwerfliches Verhalten der Beklagten vor dem Hintergrund der (zum Genehmigungszeitpunkt) unsicheren Rechtslage bei der Beurteilung der Zulässigkeit des Thermofensters nicht vorgelegen hat. Eine möglicherweise nur fahrlässige Verkennung der Rechtslage genügt für die Feststellung der besonderen Verwerflichkeit des Verhaltens der Beklagten nicht (vgl. BGH Urt. v. 16.09.2021 aaO, Rdnr. 31). Bereits aus der Entscheidung des EuGH (EuGH, Urteil vom 17.12.2020 - C-693/18) in Bezug auf die Unzulässigkeit eines Thermofensters lässt sich entnehmen, dass bis zu diesem Zeitpunkt eine breit geführte Diskussion um die Zulässigkeit bzw. Unzulässigkeit einer Abschaltvorrichtung in Form eines Thermofensters geführt wurde, welche ein Bewusstsein von der Unzulässigkeit der Verwendung als fernliegend erscheinen lässt. Auch ein Schädigungsvorsatz der Beklagten kann nicht festgestellt werden, denn allein aus der hier zu unterstellenden objektiven Unzulässigkeit der Abschaltvorrichtung in Form des Thermofensters folgt kein Vorsatz hinsichtlich der Schädigung der Fahrzeugkäufer (vgl. BGH aaO, Rdnr. 32).

3. Vorstehendes gilt gleichermaßen, soweit das Fahrzeug unstreitig vor dem Softwareupdate mit einer Reduzierung der Dosierung von AdBlue bei einer Restreichweite von 2.400 km (sog. Strategie E) versehen war.

Schon nach dem Vortrag des Klägers arbeitete die Restreichweitenregelung auf dem Prüfstand wie auch im Realbetrieb in gleicher Weise. Dies ergibt sich auch aus dem Inhalt des als Anlage K 13-2 vorgelegten Bescheids des KBA. Damit reicht das - vormalige - Vorhandensein dieser Abschaltvorrichtung für sich genommen nicht aus, um eine objektive Sittenwidrigkeit des Verhaltens der Beklagten zu begründen. Zudem vermag der Senat keinerlei Anhaltspunkte für einen Täuschungsvorsatz der Beklagten gegenüber dem KBA zu erkennen. Die Beklagte hat insoweit substantiiert vorgetragen, diese Funktion im streitgegenständlichen Fahrzeug ursprünglich zur Erfüllung der Anforderungen des Abs. 3.5 des Anhangs XVI der Verordnung (EG) 692/2008 implementiert zu haben, wonach sich bei Fahrzeugen, die – wie das streitgegenständliche – ein Reagens für ihr Abgasnachbehandlungssystem benötigen, das vorgeschriebene Warnsystem aktivieren muss, sobald noch eine Strecke von mindestens 2 400

km gefahren werden kann, bevor der Reagensbehälter leer wird. Das KBA hat insoweit zum streitgegenständlichen Fahrzeugmodell im vorgelegten Bescheid sowie der amtlichen Auskunft vom 22.02.2021 (Anl. B2 im Berufungsverfahren) eingeräumt, dass sich aus der Vorschrift nicht klar ergebe, ob das Reagens unter allen möglichen Umständen mindestens 2.400 km oder aber nur bei einem „mittleren“ Betriebsprofil 2.400 km ausreichen müsse.

Mangels Darlegung weiterer Umstände, die ein verwerfliches Handeln belegen würden, kommt ein Anspruch aus §§ 826, 31 BGB insoweit nicht in Betracht.

4. Soweit der Kläger behauptet, das Fahrzeug verfüge über weitere Abschaltseinrichtungen, welche allein bei Durchführung des NEFZ Wirksamkeit entfalten würden (Cycle Beating, Strategien A bis C: schnelle Aufheizfunktion, Erkennen der Vorkonditionierung für den Prüfstand, Aufheizen des SCR-Kats nur in der Prüfsituation), so fehlt es insoweit für deren Vorhandensein an greifbaren Anhaltspunkten.

a) Der Senat verkennt dabei nicht, dass eine unter Beweis gestellte Behauptung erst dann unbeachtlich ist, wenn sie ohne greifbare Anhaltspunkte für das Vorliegen eines bestimmten Sachverhaltes willkürlich „aufs Geratewohl“ oder „ins Blaue hinein“ aufgestellt worden ist. Bei der Annahme von Willkür in diesem Sinne ist Zurückhaltung geboten; in der Regel wird sie nur bei Fehlen jeglicher tatsächlicher Anhaltspunkte gerechtfertigt werden können. Es ist einer Partei grundsätzlich nicht verwehrt, eine tatsächliche Aufklärung auch hinsichtlich solcher Umstände zu verlangen, über die sie selbst kein zuverlässiges Wissen besitzt und auch nicht erlangen kann, die sie aber nach Lage der Verhältnisse für wahrscheinlich oder möglich hält. Dies gilt insbesondere dann, wenn sie sich nur auf vermutete Tatsachen stützen kann, weil sie mangels Sachkunde und Einblick in die Produktion des von der Gegenseite hergestellten und verwendeten Fahrzeugmotors einschließlich des Systems der Abgasrückführung oder -verminderung keine sichere Kenntnis von Einzeltatsachen haben kann (BGH, Beschl. v. 28.01.2020 - VIII ZR 57/19, Rdnr. 7 f.; BGH Urt. v. 13.07.2021 - VI ZR 128/20, Rdnr. 20 ff.).

Jedoch ist vorliegend zu beachten, dass das KBA mittels des vorgelegten Bescheids (Anlage K 13-2) für das gegenständliche Fahrzeug allein wegen der unstreitig vorhandenen Strategie E (Restreichweitenregelung) einen Rückruf angeordnet und trotz vorgenommener Untersuchungen des Abgasverhaltens dieses im Übrigen nicht beanstanden hat. Vielmehr hat das KBA mit Freigabebestätigung vom 12.11.2018 ausdrücklich bestätigt, dass nach der Durchführung des Softwareupdates keine unzulässigen Abschaltseinrichtungen mehr festgestellt werden konnten, und dass das Fahrzeug alle geltenden Grenzwerte bezüglich der Schadstoffemissionen sowie der sonstigen Anforderungen einhalten würde. Dieser Umstand führen dazu, dass an den Sachvortrag des Klägers höhere Anforderungen zu stellen sind, so dass greifbare Anhaltspunkte für das Vorliegen der behaupteten Abschaltseinrichtung vorliegen müssen (vgl. BGH, Beschl. v. 12.01.2022 - VII ZR 424/21, Rdnr. 36).

b) Nach diesen Maßstäben ist der Sachvortrag des Klägers im vorliegenden Fall nicht hinreichend substantiiert.

Gerade im Licht der Freigabebestätigung vom 12.11.2018 durch das KBA können die vorgelegten Unterlagen für das Vorhandensein weiterer Abschaltvorrichtungen keine greifbaren Anhaltspunkte liefern.

Aus der vorgelegten Pressemitteilung des KBA vom 23.01.2018 ergibt sich zwar, dass verschiedene Modelle der Beklagten, unter welche auch das gegenständliche Fahrzeug fällt, von allen von der Beklagten vormals verwendeten Strategien A bis E betroffen sein können. Den Auskünften ist indes aber auch zu entnehmen, dass diese nicht bei allen Modellen und Motortypen sämtlich und gleich vorhanden sind. So ergeben insbesondere die unwidersprochen den gegenständlichen Fahrzeugtyp betreffenden Auskünfte des KBA vom 28.01.2021 und vom 22.02.2021, dass dieses lediglich über die Strategie E verfügte. Gleiches ergibt sich zudem aus dem klägerseits vorgelegten Rückrufbescheid. Die Anlage K 13 betrifft einen anderen Motortyp (Bi-Turbo).

In der Gesamtschau liegt deshalb ein über einen - nicht ausreichenden - bloßen Generalverdacht hinausgehender greifbarer Anhaltspunkt für das Vorliegen der behaupteten Abschaltvorrichtungen nicht vor.

Zudem ist auch insoweit zu beachten, dass auch die Strategien A bis C schon nach dem klägerischen Vortrag nicht im Sinne einer Umschaltlogik auf dem Prüfstand wirksam werden, sondern ebenfalls durch Parameter bedingt sind, welche im Realbetrieb ebenfalls vorkommen. Mit obigen Grundsätzen würde damit deren Vorhandensein für sich genommen nicht ausreichen, um eine objektive Sittenwidrigkeit des Verhaltens der Beklagten zu begründen. Mangels Darlegung weiterer Umstände, die ein verwerfliches Handeln belegen würden, kommt auch deshalb ein Anspruch aus §§ 826, 31 BGB insoweit nicht in Betracht.

c) Schließlich kommt eine Haftung der Beklagten nach §§ 826, 31 BGB wegen der Verwendung der von dem Kläger behaupteten Abschaltvorrichtungen auch deshalb nicht in Betracht, weil ein besonders verwerfliches Verhalten der Beklagten vor dem Hintergrund der (zum Genehmigungszeitpunkt) unsicheren Rechtslage bei der Beurteilung der Zulässigkeit von Abschaltvorrichtungen nicht vorgelegen hat, selbst wenn man ihr Vorhandensein unterstellen würde (vgl. Ziffer 2. b).

5. Der Vortrag des Klägers zur Manipulation des OBD-Systems kann gleichfalls keine Schadensersatzansprüche begründen. Bei dem OBD-System handelt es sich schon nach dem eigenen Vorbringen des Klägers nicht um ein System, das den Motor steuert bzw. in dessen Systeme eingreift, sondern lediglich um ein Überwachungssystem. Im Übrigen spricht der

Umstand, dass das OBD-System keine Fehlermeldung erzeugt, wenn bestimmte Abgasgrenzwerte überschritten werden, nicht zwingend für ein objektiv sittenwidriges Verhalten. Entscheidend ist, dass sämtliche nachgewiesenen Abschaltseinrichtungen, insbesondere das Thermofenster, bereits nach dem eigenen Vortrag des Klägers auf dem Prüfstand und im normalen Fahrbetrieb im Grundsatz in gleicher Weise arbeiten, weshalb deren Verwendung nicht von vornherein von Arglist geprägt ist und der behaupteten Art und Weise der Verwendung des OBD-Systems kein Indizwert beigemessen werden kann (BGH, Urt. v. 28.10.2021 - III ZR 261/20, Rdnr. 27; Urt. v. 23.11.2021 - VI ZR 839/20, Rdnr. 20).

II.

Auch andere Anspruchsgrundlagen können einen Anspruch auf großen Schadensersatz nicht begründen.

1. Ein Anspruch aus § 823 Abs. 2 BGB in Verbindung mit §§ 263 StGB, 31 BGB scheitert bereits an einer Täuschungshandlung durch verfassungsmäßig berufene Vertreter der Beklagten und jedenfalls an fehlender Bereicherungsabsicht und der in diesem Zusammenhang erforderlichen Stoffgleichheit des erstrebten rechtswidrigen Vermögensvorteils mit einem etwaigen Vermögensschaden (BGH, Urt. v. 30.07.2020 - VI ZR 5/20, Rdnr. 18 ff.).

2. Aus § 823 Abs. 2 BGB in Verbindung mit § 6 Abs. 1, § 27 Abs. 1 EG-FGV folgt kein Anspruch auf großen Schadensersatz (vgl. BGH, Urteil v. 26.06.2023 - VIa ZR 335/21, Rdnr. 18).

III.

Der Kläger hat jedoch, wie hilfsweise geltend gemacht, einen Anspruch auf Bezahlung des Differenzschadens auf Grundlage von § 823 Abs. 2 BGB, § 6 Abs. 1, § 27 Abs. 1 EG-FGV in Höhe von 3.464,90 € nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit 06.11.2020.

1. Die Beklagte hat als Herstellerin des streitgegenständlichen Fahrzeugs diesem eine unzutreffende Übereinstimmungsbescheinigung beigelegt, worauf der Schutz der individuellen Interessen des Klägers gegenüber der Beklagten fußt (vgl. BGH Urt. v. 26.06.2023 aaO, Rdnr. 29 ff.).

Die inhaltliche Unrichtigkeit ergibt sich daraus, dass das Fahrzeug mit einer unzulässigen Abschaltseinrichtung in Form eines Thermofensters versehen war.

Unstreitig ist das streitgegenständliche Fahrzeug mit einer temperaturabhängigen Steuerung

des Abgasrückführungssystems ausgestattet. Nach dem Vortrag der Beklagten führt das Thermofenster im Bereich von 5° C bis 35° C nicht zu einer reduzierten Abgasrückführung. Außerhalb dieses Fensters wird die Wirksamkeit des Emissionskontrollsystems durch die Veränderung der AGR-Rate verringert. Dieses Fenster deckt nach Meinung der Beklagten den in Europa vorkommenden Temperaturbereich ab. Weiterer konkreter Vortrag der Beklagten zum Grad der Reduzierung, den Temperaturen, bei welchen die maximale Reduktion der AGR-Rate erreicht wird, wie hoch diese liegt, sowie zum Zusammenwirken mit den weiteren emissionsreduzierenden Einrichtungen, vorliegend insbesondere dem SCR-Kat, liegt nicht vor.

Aus dem Vortrag der Beklagten zur Bedatung und Wirkungsweise des Thermofensters folgt, dass dieses unzulässig ist.

a) Aus den Maßstäben der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs unter Bezugnahme auf die Rechtsprechung des EuGH ergibt sich, dass die temperaturabhängige Steuerung der Abgasrückführung im streitgegenständlichen Fahrzeug eine Abschaltseinrichtung i.S.d. Art. 3 Nr. 10 der Verordnung (EG) 715/2007 darstellt, da dieser Mechanismus die Wirksamkeit des Emissionskontrollsystems unter Fahrbedingungen, wie sie im gesamten Unionsgebiet üblich sind, verringert (vgl. BGH, Urt. v. 26.06.2023 aaO, Rdnr. 51). Denn im Unionsgebiet sind Temperaturen von unter +5° C, wie auch solche über +35° C bereits nach der allgemeinen Lebenserfahrung üblich.

b) Diese Abschaltseinrichtung ist unzulässig i.S.d. Art. 5 Abs. 2 S. 1 der VO (EG) Nr. 715/2007. Die Beklagte hat keine Umstände dargetan, die vor dem Hintergrund der gebotenen engen Auslegung des vorliegend alleine in Betracht kommenden Ausnahmetatbestands des Art. 5 Abs. 2 S. 2 Buchstabe a der VO (EG) Nr. 715/2007 einen solchen begründen könnten.

aa) Nach der Rechtsprechung des EuGH fällt eine Abschaltseinrichtung, die die Einhaltung der in dieser Verordnung vorgesehenen Emissionsgrenzwerte nur innerhalb des Thermofensters gewährleistet, nicht allein deshalb unter die in dieser Bestimmung vorgesehene Ausnahme vom Verbot der Verwendung solcher Einrichtungen, weil diese Einrichtung zur Schonung von Anbauteilen wie AGR-Ventil, AGR-Kühler und Dieselpartikelfilter beiträgt, es sei denn, es ist nachgewiesen, dass diese Einrichtung ausschließlich notwendig ist, um die durch eine Fehlfunktion eines dieser Bauteile verursachten unmittelbaren Risiken für den Motor in Form von Beschädigung oder Unfall zu vermeiden. Eine „Notwendigkeit“ ist nur dann gegeben, wenn zum Zeitpunkt der EG-Typgenehmigung keine andere technische Lösung unmittelbare Risiken für den Motor in Form von Beschädigung oder Unfall, die beim Fahren eines Fahrzeugs eine konkrete Gefahr hervorrufen, abwenden kann. Dabei muss es sich um Risiken handeln, die so schwer wiegen, dass sie eine konkrete Gefahr beim Betrieb des mit dieser Einrichtung ausgestatteten Fahrzeugs darstellen. Eine Abschaltseinrichtung, die unter normalen Betriebsbedingungen den überwiegenden Teil des Jahres eingreifen müsste, damit der Motor vor Beschädigung oder Unfall geschützt und der sichere Betrieb des Fahrzeugs gewährleistet ist, kann jedenfalls nicht unter die in Art. 5 II Buchst. a der VO Nr. 715/2007 vorgesehene

Ausnahme fallen (vgl. EuGH, Urt. v. 14.07.2022 - C-128/20, NJW 2022, 2605, Rdnr. 70 ff.).

bb) Die Beklagte hat zwar Gründe des Motorschutzes angeführt und dargelegt, dass die fehlende temperaturabhängige Reduktion der AGR-Rate zu nicht durch Wartungen zu beseitigenden Ablagerungen und Versottungen führt, welche dann wiederum plötzlich und unerwartet zu weiteren Folgen bis hin zum Leistungsabfall bzw. Motorausfall mit erheblichen Unfallgefahren oder einem Fahrzeugbrand führen könnten. Dieses Vorbringen kann eine ausnahmsweise Rechtfertigung der Verwendung des Thermofensters aber nicht begründen. Denn es ist von der Beklagten schon nicht vorgetragen, dass das Thermofenster ausschließlich notwendig ist, um die durch eine Fehlfunktion eines Bauteils des Abgasrückführungssystems verursachten unmittelbaren Risiken für den Motor in Form von Beschädigung oder Unfall zu vermeiden (vgl. EuGH aaO, Rdnr. 62).

Die Beklagte hat zudem nicht behauptet, dass im Genehmigungszeitpunkt keine andere technische Lösung vorhanden war, die die unmittelbaren Risiken für den Motor in Form von Beschädigung oder Unfall, die beim Fahren eines Fahrzeugs eine konkrete Gefahr hervorrufen, hätte abwenden können (vgl. EuGH aaO, Rdnr. 69). Zudem legt die Beklagte nicht dar, weswegen sowohl eine Temperaturober- als auch eine -untergrenze technisch erforderlich sein soll. So ist aus einer Vielzahl von inhaltsgleichen Verfahren bekannt, dass die von der Beklagten aufgeführten Risiken insbesondere mit einer zu niedrigen Abgastemperatur einhergehen, was die Reduktion der AGR-Rate bei niedrigen Temperaturen technisch nachvollziehbar macht. In keiner Weise trägt die Beklagte indes vor, warum bei der Temperaturobergrenze technisch und physikalisch eine unterschiedliche AGR-Rate beispielsweise bei 35° C und bei 40° C erforderlich sein soll, um die behaupteten Folgen und Risiken zu verhindern.

cc) Unabhängig von vorstehenden Erwägungen ist vorliegend jedenfalls, der Rechtsprechung des EuGH folgend, davon auszugehen, dass selbst ein solches Risiko für den Motor eine ausnahmsweise Zulässigkeit nicht begründen könnte, da eine Abschaltseinrichtung, die unter normalen Betriebsbedingungen für den überwiegenden Teil des Jahres die Wirksamkeit des Emissionskontrollsystems verringern würde, damit der Motor vor Beschädigung oder Unfall geschützt und der sichere Betrieb des Fahrzeugs gewährleistet wäre, offensichtlich dem der VO Nr. 715/2007 verfolgten Ziel zuwiderlaufen und zu einer unverhältnismäßigen Beeinträchtigung des Grundsatzes der Begrenzung der Stickstoffoxid (NOx)-Emissionen von Fahrzeugen führen würde (vgl. EuGH aaO, Rdnr. 63 ff.). Hierbei kann entgegen der Ansicht der Beklagten nicht auf europäische Durchschnittstemperaturen in Relation zur Häufigkeit von Fahrzeugnutzungen abgestellt werden. Vielmehr ist nach der Rspr. des EuGH auf die insgesamt im Unionsgebiet vorherrschenden Fahrbedingungen abzustellen (vgl. EuGH, aaO, Rdnr. 65). Daraus und aus dem Gebot der praktischen Wirksamkeit europarechtlicher Vorgaben folgt, dass eine unzulässige Abschaltseinrichtung insoweit auch dann vorliegt, wenn in relevanten Bereichen des Unionsgebiets die entsprechende Einrichtung zum überwiegenden Teil des Jahres aktiv ist. Insoweit ergibt sich aus allgemein zugänglichen Quellen, dass beispielsweise für die ganz überwiegenden Gebiete von Schweden, Finnland und Estland die Durchschnittstemperatur über

sechs Monate des Jahres bei unter 5°C liegt. Allein deswegen stellt das Thermofenster eine unzulässige Abschalteneinrichtung dar.

2. Die Beklagte hat fahrlässig gegen § 6 Abs. 1, § 27 Abs. 1 EG-FGV verstoßen. Ein unvermeidbarer Verbotsirrtum liegt nicht vor.

a) Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs streitet zu Lasten desjenigen, der - wie hier - gegen ein Schutzgesetz verstoßen hat, eine Verschuldensvermutung (vgl. BGH aaO, Rdnr. 59; BGH, Urt. v. 25.09.2023 - VIa ZR 1/23, Rdnr. 13). Die Beklagte hat Umstände, die geeignet sind, diese Vermutung zu widerlegen, nicht dargetan. Maßgeblich ist insofern der Zeitpunkt des Abschlusses des streitgegenständlichen Kaufvertrags (BGH, Urt. v. 26.06.2023 aaO, Rdnr. 61). Die Ausführungen der Beklagten zur Ansicht und zur Genehmigungspraxis des KBA oder anderer Genehmigungsbehörden sowie zum Normverständnis anderer Untersuchungsstellen oder -ausschüsse sind nicht maßgeblich, sondern das an der Systematik des Art. 5 Abs. 2 der Verordnung (EG) Nr. 715/2007 orientierte Normverständnis, nach dem Abschalteneinrichtungen nur ausnahmsweise und unter engen Voraussetzungen zulässig sein können (BGH, Urt. v. 26.06.2023, aaO, Rdnr. 60). Es konnte und musste vor diesem Hintergrund auch vorliegend damit gerechnet werden, dass ein Normverstoß vorliegt. Dass die Frage der Zulässigkeit der Verwendung eines Thermofensters seit jeher umstritten war und kein einhellig irrendes Rechtsverständnis vorgelegen hat, ergibt sich auch aus den Darlegungen in der Entscheidung des EuGH vom 17.12.2020 (EuGH, Urteil vom 17.12.2020 - C-693/18).

b) Auf einen unvermeidbaren Verbotsirrtum kann die Beklagte sich nicht berufen.

aa) Der Fahrzeughersteller, der sich unter Berufung auf einen unvermeidbaren Verbotsirrtum entlasten will, muss sowohl den Verbotsirrtum als solchen als auch die Unvermeidbarkeit des Verbotsirrtums konkret darlegen und beweisen. Nur ein auch bei Anwendung der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt unvermeidbarer Verbotsirrtum kann entlastend wirken. Ein entlastend wirkender Verbotsirrtum kann vorliegen, wenn der Schädiger die Rechtslage unter Einbeziehung der höchststrichterlichen Rechtsprechung sorgfältig geprüft hat und er bei Anwendung der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt mit einer anderen Beurteilung durch die Gerichte nicht zu rechnen brauchte (BGH, Urt. v. 26.06.2023 aaO, Rdnr. 63).

bb) Nach diesen Maßstäben hat die Beklagte bereits nicht ausreichend vorgetragen, dass sie sich im Verbotsirrtum befunden hat. Denn sie trägt schon nicht substantiiert vor, dass sich sämtliche ihrer verfassungsmäßig berufenen Vertreter im Sinne des § 31 BGB über die Rechtmäßigkeit des Thermofensters mit allen für die Prüfung nach Art. 5 Abs. 2 der Verordnung (EG) Nr. 715/2007 bedeutsamen Einzelheiten im maßgeblichen Zeitpunkt im Irrtum befanden bzw. im Falle einer Ressortaufteilung den damit verbundenen Pflichten genügten (vgl. BGH, Urt. v. 25.09.2023 - VIa ZR 1/23, Rdnr. 13 f.).

Wie der Kläger im nachgelassenen Schriftsatz vom 24.11.2023 mit Recht ausführt, genügt der diesbezügliche Vortrag der Beklagten zur Ressortaufteilung nicht. Dieser beschränkt sich darauf darzulegen, dass die technische Entwicklung bei der Beklagten sich in „ein gutes Dutzend“ Organisationseinheiten unterteile, von welchen wiederum ein Teil für die Entwicklung bestimmter Fahrzeugkomponenten originär zuständig gewesen sei. Diesen hätte es oblegen, die Einhaltung der regulatorischen Vorschriften selbstständig und eigenverantwortlich einzuhalten. Damit werden die Voraussetzungen für einen relevanten Verbotsirrtum im Falle einer Ressortaufteilung nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs nicht dargetan. Denn die Beklagte trägt noch nicht einmal vor, welche konkreten Personen mit welcher fachlichen und persönlichen Eignung für welche konkreten Bereiche zuständig gewesen sind. Denn für eine Umgestaltung der auf eigene Aufgabenwahrnehmung gerichteten Pflicht in eine Pflicht zur Überwachung eines anderen Funktionsträgers ist nur dann Raum, wenn die Geschäftsverteilung oder Ressortaufteilung das Vertrauen darauf rechtfertigt, dass jede Geschäftsführungsaufgabe einer entsprechenden Person zugeordnet ist. Bei dieser Zuordnung dürfen weder Zweifel über die Abgrenzung einzelner Aufgaben entstehen noch über die Person des für die Erledigung Verantwortlichen (vgl. BGH, Urt. v. 06.11.2018 - II ZR 11/17, Rdnr. 17 ff.). Dazu hat die Beklagte nichts vorgetragen.

Damit hat die Beklagte bereits einen Verbotsirrtum nicht dargelegt. Damit kommt es auf die Frage, ob ein solcher unvermeidbar gewesen wäre, weil die Typgenehmigungsbehörde die vorliegend festgestellte Abschaltvorrichtung genehmigt hat oder hätte, nicht mehr an.

3. Der Kläger hat deshalb Anspruch auf Bezahlung des Differenzschadens i.H.v. 3.464,90 €.

a) Bereits aufgrund allgemeiner Lebenserfahrung steht fest, dass der Kläger, hätte er um die Ausstattung des Fahrzeugs mit einer unzulässigen Abschaltvorrichtung und den damit einhergehenden Gefahren hinsichtlich der uneingeschränkten Benutzbarkeit gewusst, das streitgegenständliche Fahrzeug nicht erworben hätte (vgl. BGH Urt. v. 26.06.2023 aaO, Rdnr. 55).

b) Der Differenzschaden bestimmt sich nach dem Unterschied zwischen dem gezahltem Kaufpreis und dem objektiven Wert des Fahrzeugs im Erwerbszeitpunkt. Die Höhe dieses Schadens unterliegt der gerichtlichen Schätzung nach § 287 Abs. 1 S. 1 ZPO und bewegt sich aus den durch den Bundesgerichtshof näher dargelegten Gründen, denen sich der Senat anschließt, im Bereich von 5 % bis 15 % des vom Kläger aufgewendeten Kaufpreises (vgl. BGH aaO, Rdnr. 74 ff.). Unter Zugrundelegung des im maßgeblichen Zeitpunkt des Vertragsschlusses als moderat zu bewertenden Risikos, dass das Fahrzeug wegen des Thermofensters zurückgerufen und mit einer Nebenbestimmung zur Typgenehmigung belegt wird, aber auch unter Berücksichtigung des ganz erheblichen Gewichts einer solchen (aus damaliger Sicht unwahrscheinlichen) Maßnahme, die im Falle der Unmöglichkeit der Erfüllung einer Nebenbestimmung bis zur Betriebsuntersagung bzw. Stilllegung führen könnte, erachtet

der Senat die Bemessung des Schadens vorliegend mit 10 % des Kaufpreises als angemessen. Dies auch unter Berücksichtigung der Umstände, dass einerseits der Beklagten nur einfache Fahrlässigkeit zur Last gelegt werden kann, andererseits aber dem Verstoß der Beklagten vor dem Hintergrund des unionsrechtlichen Ziels der Einhaltung bestimmter Emissionsgrenzwerte ein nicht unerhebliches Gewicht beizumessen ist.

c) Bei der Bemessung der Schadenshöhe hat vorliegend unberücksichtigt zu bleiben, dass das Fahrzeug vor dem durchgeführten Softwareupdate neben dem Thermofenster auch über die Strategie E verfügte.

Zwar ist grundsätzlich für die Schätzung des Differenzschadens auf den Zeitpunkt des Vertragsschlusses abzustellen. Dies schließt eine schadensmindernde Berücksichtigung später eintretender Umstände im Wege der Vorteilsausgleichung allerdings nicht aus. Beruft sich der Fahrzeughersteller auf die nachträgliche Verbesserung des Fahrzeugs durch ein Softwareupdate, kann damit eine Schadensminderung indessen nur verbunden sein, wenn und soweit das Software-Update die Gefahr von Betriebsbeschränkungen signifikant reduziert (vgl. BGH Urt. v. 26.06.2023 aaO, Rdnr. 80).

Dies ist vorliegend bei der Strategie E der Fall. Diese stellt sich insoweit als unabhängiges Regulierungssystem dar, welches nicht grundsätzlich in die Funktionsweise der Abgasreinigung eingebunden ist, sondern isoliert bei Erreichen eines niedrigen Füllstands des AdBlue-Tanks zu einer geringfügigen Reduktion der AdBlue-Einspritzung von ca. 2,5 % führt und dadurch sicherstellen soll, dass die vorgeschriebene Restreichweite von 2.400 km erreicht wird. Diese ist durch das durchgeführte Softwarupdate deaktiviert worden, so dass die normalerweise erfolgende Dosierung von AdBlue nunmehr unabhängig vom Füllstand erfolgt, wobei das KBA im Zuge des Software-Updates mitgeteilt hat, dass anschließend keine unzulässigen Abgaseinrichtungen verbleiben. Eine etwaige Wertminderung des Fahrzeugs wegen dieser mittlerweile deaktivierten Funktion ist durch das Aufspielen des Updates vollumfänglich ausgeglichen worden. Ein weiterer Schaden, bzw. eine Berücksichtigung dieses Umstandes im Rahmen der Schadensschätzung scheidet insoweit aus (so auch OLG Koblenz, Urt. v. 24.10.2023, 7 U 371/23, OLG München, Beschl. v. 14.09.2023, 19 U 6224/22).

Ebenfalls unberücksichtigt zu lassen sind die weiteren vom Kläger behaupteten Abschaltseinrichtungen, weil diese schon nicht substantiiert behauptet worden sind bzw. es sich bei dem OBD nicht um eine unzulässige Abschaltseinrichtung handelt (vgl. oben).

d) Auf die vorliegende schadensrechtliche Bewertung hat es keinen Einfluss, dass dem Kläger ein verbrieftes Rückgaberecht zustand, welches er auch ausgeübt hat. Dieses ermöglichte es ihm, das Fahrzeug bei Fälligkeit der Schlussrate zu einem bereits bei Vertragsschluss festgesetzten Kaufpreis an den Händler zurückzugeben. Der Schaden selbst lag jedoch bereits im Abschluss des Kaufvertrages, der für den Kläger trotz des verbrieften Rückgaberechts nachteilig war. Dies gilt auch im Rahmen des Differenzschadens, weil auch dieser im Kern an die Vertrauensinvestition des Käufers bei Abschluss des Kaufvertrags anknüpft (BGH, Urt. v.

25.09.2023 - VIa ZR 1687/22, Rdnr. 12). Mit dem verbrieften Rückgaberecht macht der Käufer eines Fahrzeugs den ungewollten Kaufvertrag nicht zu einem gewollten. Darüber hinaus richtet es sich gegen einen Dritten und ist dem Schadensersatzanspruch nicht gleichwertig (vgl. BGH, Urt. v. 16.12.2021 - VII ZR 389/21, Rdnr. 17 ff.; Urt. v. 11.04.2022 - VI a ZR 135/21, Rdnr. 8, OLG München, Urt. v. 09.10.2021 - 36 U 7055/22e, Rdnr. 93). Mit der Ausübung der Rückgabeoption ändert der Käufer seine ursprünglich auf den eigenen Eigentumserwerb gerichtete Investitionsentscheidung und nimmt eine Weiterveräußerung vor. Dies lässt den Schaden dem Grunde nach nicht entfallen, sondern ist nur bei der Schadenshöhe zu berücksichtigen (BGH, Urt. v. 16.12.2021 aaO, Rdnr. 20).

e) Auf diesen Schaden in Höhe von 10 % des Kaufpreises (10 % von 47.780,00 € = 4.778,00 €) hat sich der Kläger nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs die Vorteile anrechnen zu lassen, wie dies auch im Rahmen der Bestimmung des kleinen Schadensersatzes nach § 826 BGB gilt (vgl. BGH, Urt. v. 26.06.2023 aaO, Rdnr. 80). Danach hat sich der Kläger auf den o.g. Betrag die Nutzungsvorteile und den Wiederverkaufswert des Fahrzeugs insoweit schadensmindernd anzurechnen zu lassen, als sie den Wert des Fahrzeugs bei Abschluss des Kaufvertrags übersteigen. Vorliegend ist, weil das mit 26.400 km erworbene Fahrzeug mit 101.165 km verkauft wurde, der Verkaufserlös von 28.338,93 € als Restwert und hinsichtlich der in der Besitzzeit des Klägers zurückgelegten 74.765 km ein Nutzungsersatz von 15.976,17 € (unter Anwendung der linearen Berechnungsmethode und Annahme einer Gesamtlauflistung von 250.000 km) zugrunde zu legen. Diese Beträge (44.315,10 €) übersteigen den objektiven Wert des Fahrzeugs von 43.002,00 € um 1.313,10 €, was sich der Kläger anrechnen lassen muss. Er kann daher die Zahlung von 3.464,90 € beanspruchen.

f) Zinsen kann der Kläger erst ab 06.11.2020 als Rechtshängigkeitszinsen beanspruchen (§ 291, § 286 Abs. 1 BGB).

g) Der Kläger hat keinen Anspruch auf Erstattung vorgerichtlicher Rechtsverfolgungskosten aus § 826 BGB, weil dessen Voraussetzungen nicht vorliegen (vgl. oben). Allein auf der Grundlage des § 823 Abs. 2 BGB i.V.m. § 6 Abs. 1, § 27 Abs. 1 EG-FGV kann neben dem Anspruch auf Ersatz des Differenzschadens eine Erstattung vorgerichtlicher Rechtsanwaltskosten nicht verlangt werden (BGH, Urt. v. 16.10.2023 - VIa ZR 14/22, Rdnr. 13).

C.

Die Kostenentscheidung folgt aus § 92 Abs. 2 ZPO, § 269 Abs. 3 S. 2 ZPO. Die Reduzierung der Klageforderung in der ersten Instanz ist als (teilweise) Klagerücknahme auszulegen.

Der Ausspruch über die vorläufige Vollstreckbarkeit beruht auf § 708 Nr. 10 Satz 1, § 713 ZPO.

Die Revision ist nicht zuzulassen, weil die Voraussetzungen dafür nicht vorliegen, § 543 Abs. 2 ZPO. Der Bundesgerichtshof hat sämtliche für die Entscheidung des vorliegenden Rechtsstreits

relevanten Fragen bereits beantwortet. Auch soweit die vorliegende Entscheidung im Ergebnis von der Beurteilung anderer Senate des OLG Bamberg oder anderer Oberlandesgerichte abweicht, ist die Zulassung der Revision nicht geboten. Diese gehen von anderen Tatsachenfeststellungen aus. Es handelt sich vorliegend um eine von den konkreten Gegebenheiten des Einzelfalls geprägte Entscheidung, die auf Grundlage des streitgegenständlichen Sachverhalts die Vorgaben der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs zur Beurteilung der Frage eines unvermeidbaren Verbotsirrtums berücksichtigt.

-

xxx

Vorsitzende Richterin
am Oberlandesgericht

xxx

Richter
am Oberlandesgericht

xxx

Richter
am Oberlandesgericht

Verkündet am 23.01.2024

xxxxx, JAng
Urkundsbeamtin der Geschäftsstelle