

Oberlandesgericht Bamberg

Az.: 4 U 84/22
23 O 677/21 LG Coburg



IM NAMEN DES VOLKES

-

In dem Rechtsstreit

- Kläger und Berufungskläger -

Prozessbevollmächtigte:

gegen

- Beklagte und Berufungsbeklagte -

Prozessbevollmächtigte:

wegen Schadensersatzes

-

erlässt das Oberlandesgericht Bamberg - 4. Zivilsenat - durch den Vorsitzenden Richter am Oberlandesgericht ..., den Richter am Oberlandesgericht ... und den Richter am Oberlandesgericht ... aufgrund der mündlichen Verhandlung vom 11.03.2024 folgendes

Urteil:

-

1. Auf die Berufung des Klägers wird das Urteil des Landgerichts Coburg vom 15.03.2022, Az. 23 O 677/21, abgeändert:
 - a) Die Beklagte wird verurteilt, an den Kläger 3.513,00 € nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit 27.11.2021 zu bezahlen.
 - b) Im Übrigen wird die Klage abgewiesen.
2. Im Übrigen wird die Berufung zurückgewiesen.
3. Von den Kosten des Rechtsstreits in beiden Instanzen haben der Kläger 88 % und die Beklagte 12 % zu tragen.
4. Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar. Der Kläger kann die Vollstreckung durch die

Beklagte durch Sicherheitsleistung in Höhe von 120 % des vollstreckbaren Betrages abwenden, wenn nicht die Beklagte vor der Vollstreckung Sicherheit in Höhe von 120 % des zu vollstreckenden Betrages leisten.

5. Die Revision gegen dieses Urteil wird nicht zugelassen.

-

Gründe:

-

I.

Der Kläger verlangt von der Beklagten Schadensersatz nach dem Kauf eines von der Beklagten hergestellten Pkw, der - laut Kläger - über unzulässige Abschalteinrichtungen verfügen soll.

Der Kläger erwarb am2016 von einem nicht am Rechtsstreit beteiligten Dritten den streitgegenständlichen, von der Beklagten hergestellten Pkw, X., als Neuwagen für 35.130,00 Euro. Das Fahrzeug ist mit einem Dieselmotor des Typs B 47 ausgestattet, welcher laut seiner EG-Übereinstimmungsbescheinigung der Schadstoffklasse Euro 6 unterfallen soll. Das Fahrzeug unterliegt einem amtlichen Rückruf aus dem Juni 2023 (Anlage BK1).

Am 09.03.2024 wies das Fahrzeug einen Kilometerstand von 98.788 km auf.

Der Kläger hat in der ersten Instanz vorgetragen, dass in seinem Fahrzeug unzulässige Abschalteinrichtungen verbaut worden seien. So sei die Abgasrückführung (AGR) nur im Temperaturbereich zwischen +17 und +33° C zu 100 % mit einer maximalen Reduktion des NOx-Ausstoßes aktiv. Über +33 °C und unter -11 °C sei diese jedoch vollständig ausgeschaltet; zwischen -11 und +17 °C erfolge eine temperaturabhängige Reduzierung. Außerdem liege auch eine Manipulation des „OBD-Systems“ und eine Abschalteinrichtung in Form des sog. „hot restart“ vor, wobei die Funktionsweise bzw. der Wirkungsgrad der Abgasreinigung von einem „Kaltstart“ abhängig gemacht werde.

Der Kläger hat erstinstanzlich Schadensersatz von 28.602,14 € nebst Verzugszinsen jeweils Zug um Zug gegen Übereignung des Fahrzeugs, die Feststellung der Verpflichtung der Beklagten zur Leistung von Schadensersatz, des Annahmeverzugs der Beklagten und die Freistellung von vorgerichtlichen Rechtsverfolgungskosten gefordert.

Die Beklagte ist erstinstanzlich dem Vortrag der Klagepartei entgegengetreten. Sie habe keine unzulässige Abschalteinrichtung verbaut. Zum streitgegenständlichen Motor B47 habe sich das KBA als zuständige Marktüberwachungsbehörde des Gesamtfahrzeuges die gewählte Auslegung bereits im Rahmen der Untersuchungskommission Volkswagen angesehen und hiergegen keine Bedenken geäußert. Unabhängig von den jeweiligen Fahrzeugen, den Motoren, der Abgasstufe und der jeweiligen Technik trage der Klägervorteil ins Blaue hinein einfach

pauschal irgendwelche Werte vor, die nichts mit dem hiesigen Fahrzeug zu tun haben. Es handelt sich jedenfalls nicht um Kennfelder der Beklagten oder des streitgegenständlichen Fahrzeuges oder Motors, sodass diese hierzu auch keine Stellungnahme abgeben kann. Die Motorsteuerung regelt nicht nach der Außentemperatur und es gebe nicht den einen „Temperaturbereich“ in dem eine AGR konstant ist, erst recht nicht „100%“.

Das Landgericht Coburg hat die Klage mit Endurteil vom 15.03.2022 abgewiesen. Der Kläger habe die Voraussetzungen für prüfstanderkennende illegale Abschaltseinrichtungen und eine deliktische Haftung der Beklagten nicht substantiiert vorgetragen; hierfür fehlten schlüssige und greifbare Anhaltspunkte. Ansprüche aus § 823 Abs. 2 BGB entfielen mangels der Verletzung Drittschutz gewährender Normen.

Mit seiner Berufung hat der Kläger seine erstinstanzlichen Anträge zunächst weiterverfolgt. Er wiederholt seinen erstinstanzlichen Sachvortrag und ist der Auffassung, das Landgericht habe zu Unrecht einen Schadensersatzanspruch verneint. Der Vortrag zu Abschaltseinrichtungen sei ausreichend substantiiert und nicht „ins Blaue hinein“ erfolgt. Diese hätten auch nicht dem Motorschutz gedient und seien gegenüber dem KBA auch nicht offengelegt worden.

Der Kläger hat zunächst beantragt:

1. Die Beklagte wird verurteilt, an den Kläger EUR 28.321,72 nebst Zinsen hieraus in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem jeweiligen Basiszinssatz seit dem 17. Juni 2021 zu zahlen. Die Verurteilung erfolgt Zug um Zug gegen - Übereignung und Herausgabe des Fahrzeugs der Marke X. vom Typ xxxxxx mit der Fahrzeugidentifikationsnummer (FIN) xxxxxxxx nebst zwei Fahrzeugschlüsseln, Kfz-Schein und Kfz-Brief.

Hilfsweise beantragen wir:

2. Es wird festgestellt, dass die Beklagte verpflichtet ist, dem Kläger Schadensersatz zu zahlen für Schäden, die aus dem Einbau einer unzulässigen Abschaltseinrichtung i.S.v. Art. 5 Abs. 2 EG-VO 715/2007 durch die Beklagte in das Fahrzeug der Marke X. vom Typ xxxxxxxx mit der Fahrzeugidentifikationsnummer (FIN) xxxxxxxxx resultieren.

Weiter beantragen wir:

3. Es wird festgestellt, dass sich die Beklagte mit der Annahme der in vorgenannten Klageanträgen genannten Zug-um-Zug-Leistung im Annahmeverzug befindet.

4. Es wird festgestellt, dass der in Antrag zu 1) bezeichnete Anspruch aus einer

vorsätzlichen unerlaubten Handlung der Beklagten herrührt.

5. Die Beklagte wird verurteilt, den Kläger von den durch die Beauftragung der Prozessbevollmächtigten des Klägers entstandenen Kosten der außergerichtlichen Rechtsverfolgung in Höhe von EUR 2.682,26 freizustellen.

Die Beklagte hat das erstinstanzliche Urteil verteidigt und die Zurückweisung der Berufung beantragt.

Der Kläger hat mit Schriftsatz vom 01.03.2024 (Bl. 239 ff. d.A.) sodann den sog. Differenzschaden geltend gemacht und beantragt zuletzt:

1. Die Beklagte wird verurteilt, an den Kläger einen Entschädigungsbetrag bezüglich des Fahrzeugs der Marke X. mit der Fahrzeugidentifikationsnummer xxxxxxxxx zu zahlen, dessen Höhe in das Ermessen des Gerichts gestellt wird, der jedoch mindestens EUR 5.269,50 nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit Rechtshängigkeit betragen muss.
2. Die Beklagte wird verurteilt, dem Kläger die durch die Beauftragung der Prozessbevollmächtigten des Klägers entstandenen Kosten der außergerichtlichen Rechtsverfolgung in Höhe von EUR 2.682,26 nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit Rechtshängigkeit zu zahlen.

Die Beklagte beantragt auch im Hinblick auf die neue Antragstellung die Zurückweisung der Berufung. Eine Zustimmung zur Klagerücknahme hat sie nicht erteilt.

Die Beklagte hat zuletzt vorgetragen (Schriftsatz vom 29.02.2024, Bl.168 ff. d.A.), dass ein sog. Thermofenster, d.h. eine temperaturgeführte AGR, eine zulässige Emissionsstrategie darstelle, wobei diese im streitgegenständlichen Fahrzeug nicht abhängig von der Außenlufttemperatur sondern der Ansauglufttemperatur sei, die aufgrund der Abwärme des Motors mehrere Grade höher sei als die Außentemperatur (mind. 5 °C). Dies entspreche auch unter Berücksichtigung der einschlägigen Rechtsprechung des EuGH den regulatorischen Anforderungen, da es dazu diene, den Motor vor Beschädigungen und Unfall zu schützen und nicht während des überwiegenden Teils des Jahres aktiv sei. Bei der konkreten technischen Beschreibung handele es sich um Betriebsgeheimnisse, dies gelte auch für die konkreten AGR-Raten in den Temperaturbereichen (S. 27). Ferner erfolge eine Reduzierung der Abgasrückführung bei Überschreitung einer bestimmten Leerlaufzeit (S. 33), in Abhängigkeit von der Fahrzeuggeschwindigkeit bei warmen Motor, i.e. im niedrigen Geschwindigkeitsbereich „wie er oftmals im Stadtverkehr vorkommt“ und im hohen Geschwindigkeitsbereich (S. 37) und während

bestimmter Lenkvorgänge (S. 39). Hierbei handele es sich jedoch um keine Abschaltseinrichtungen, da insoweit keine „normalen“ Bedingungen im Sinne des Art 3 Nr. 10 VO (EG) 715/2007 vorlägen, die jeweilige Reduzierung der AGR aber jedenfalls aus Motorschutzgründen nach Art. 5 Abs. 2 S. 2 a) VO (EG) 715/2007 gerechtfertigt sei. Im Hinblick auf das sog. Thermofenster trägt sie vor, dass sie, inklusive ihrer nach § 31 BGB verfassungsgemäß berufenen Vertreter, jedenfalls einem unvermeidbaren Verbotsirrtum unterläge, da sie nach wie vor, d.h. auch zum Zeitpunkt des Inverkehrbringens des streitgegenständlichen Fahrzeugs, von einer Rechtmäßigkeit des „gegenständlichen Thermofensters“ ausgehe, welches auch durch das KBA genehmigt worden wäre.

II.

Die zulässige Berufung des Klägers hat im tenorierten Umfang Erfolg.

Dem Kläger steht kein Anspruch auf Schadensersatz nach §§ 826, 31 BGB zu. Er hat jedoch Anspruch auf Zahlung des Differenzschadens in Höhe von 3.513,00 € auf der Grundlage von § 823 Abs. 2 BGB, § 6 Abs. 1, § 27 Abs. 1 EG-FGV.

1. Der Kläger hat gegen die Beklagte keinen Anspruch auf den sog. großen Schadenersatz gemäß §§ 826, 31 BGB, wie noch in der Berufungsbegründung gefordert.

Über diesen Antrag war auch trotz der zuletzt reduzierten Antragstellung in vollem Umfang zu entscheiden, da auch die Beschränkung des Klageantrags, zumindest wenn dies - wie hier der Fall - in quantitativer Hinsicht erfolgt, eine teilweise Klagerücknahme im Sinne des § 269 BGB darstellt, die eine Einwilligung des Beklagten voraussetzt (Zöller/Heßler, a.a.O., § 264, Rn. 4a; OLG Düsseldorf, Urteil vom 20.07.2011, Az. U (Kart) 11/11, NJW 2012, 85). Eine solche wurde jedoch weder ausdrücklich erteilt, noch gilt diese mangels eines entsprechenden Hinweises nach § 269 Abs. 2 S. 4 ZPO als erteilt. Der in der Berufungsbegründung gestellte Antrag war damit bis zum Schluss der letzten mündlichen Verhandlung in der Berufungsinstanz in voller Höhe rechtshängig und damit Gegenstand der Entscheidung.

Die Tatbestandsvoraussetzungen eines Anspruchs nach § 826 BGB wurden jedoch, wie schon das Landgericht zutreffend ausgeführt hat, nicht substantiiert vorgetragen.

Grundsätzlich ist in diesem Zusammenhang zu beachten, dass das Verhalten der für einen Kraftfahrzeughersteller handelnden Personen nicht bereits deshalb als sittenwidrig zu qualifizieren ist, weil sie einen Fahrzeugtyp aufgrund einer grundlegenden unternehmerischen Entscheidung mit einer Abschaltseinrichtung ausgestattet und in den Verkehr gebracht haben (vgl. BGH, Beschluss vom 9. März 2021 - VI ZR 889/20). Bei Abschaltseinrichtungen, die vom

Grundsatz her im normalen Fahrbetrieb in gleicher Weise arbeiten wie auf dem Prüfstand, kann ohne konkrete Anhaltspunkte nicht ohne Weiteres angenommen werden, dass die Beklagte bzw. deren Verantwortliche in dem Bewusstsein gehandelt haben, möglicherweise eine unzulässige Abschaltseinrichtung zu verwenden. Jedenfalls solange Gesichtspunkte des Motor- bzw. Bauteilschutzes als Rechtfertigung ernsthaft angeführt werden können, scheidet dies aus (BGH NJW 2021, 921 Rn. 18; BGH, Urteil vom 16.09.2021, Az.: VII ZR 322/20, Rn. 8,12; OLG Stuttgart, Urteil vom 30.07.2019, Az. 10 U 134/19; OLG Frankfurt, Urteil vom 13.11.2019, Az. 13 U 274/18; Brandenburgisches Oberlandesgericht, Urteil vom 19.12.2019, Az. 5 U 103/18). Hierbei ist zu berücksichtigen, dass die Kriterien, aus denen sich eine aus Bauteilschutzgesichtspunkten zulässige Abschaltvorrichtung ergibt, nicht eindeutig bestimmt und in Rechtsprechung wie Literatur umstritten sind (vgl. dazu Brandenburgisches Oberlandesgericht a.a.O.; OLG Nürnberg, Urteil vom 19.07.2019, Az. 5 U 1670/18). Zu dieser Einschätzung ist auch die vom Bundesverkehrsministerium eingesetzte „Untersuchungskommission Volkswagen“ gelangt (BMVI, Bericht der Untersuchungskommission Volkswagen, Stand April 2016, S. 123). So heißt es im vorerwähnten Bericht der Untersuchungskommission ausdrücklich: „Zudem verstößt eine weite Interpretation durch die Fahrzeughersteller und die Verwendung von Abschaltseinrichtungen mit der Begründung, dass eine Abschaltung erforderlich ist, um den Motor vor Beschädigung zu schützen und um den sicheren Betrieb des Fahrzeugs zu gewährleisten, angesichts der Unschärfe der Bestimmung, die auch weite Interpretationen zulässt, möglicherweise nicht gegen die VO (EG) Nr. 715/2007. Konsequenz dieser Unschärfe der europäischen Regelung könnte sein, dass unter Berufung auf den Motorschutz die Verwendung von Abschaltseinrichtungen letztlich stets dann gerechtfertigt werden könnte, wenn von Seiten des Fahrzeugherstellers nachvollziehbar dargestellt wird, dass ohne die Verwendung einer solchen Einrichtung dem Motor Schaden droht, sei dieser auch noch so klein.“ Schließlich zeigt auch der in der Literatur (etwa Führ, NVwZ 2017, 265) betriebene erhebliche Begründungsaufwand, um das „Thermofenster“ als unzulässige Abschaltseinrichtung einzustufen, dass keine klare und eindeutige Rechtslage gegeben war, gegen welche die Beklagte seinerzeit bewusst verstoßen hätte.

Unter Beachtung dieser Maßstäbe vermag der Senat einen hinreichenden Sachvortrag der Klagepartei für einen Anspruch aufgrund vorsätzlicher sittenwidriger Schädigung gem. § 826 BGB und auch aus anderen Anspruchsgrundlagen nicht zu erkennen. Etwas anderes ergibt sich auch nicht aus der unstreitigen Tatsache, dass für das streitgegenständliche Fahrzeug mittlerweile ein Rückruf angeordnet wurde. Dieser betrifft jedoch ausweislich des Inhalts des vom Kläger in Anlage (BK 1) vorgelegten Schreibens der Beklagten keine unzulässige Abschaltseinrichtung. Etwas anderes behauptet auch der Kläger nicht.

a) Ein Anspruch der Klagepartei gegen die Beklagte gemäß §§ 826, 31 BGB oder §§ 826, 831 BGB wegen der Verwendung eines sog. „Thermofensters“ besteht nicht. Die Verwendung eines „Thermofensters“ ist nicht per se, sondern nur unter - hier nicht dargelegten - weiteren Voraussetzungen sittenwidrig (BGH, Beschluss vom 09.03.2021, VI ZR 889/20, juris Rn. 25 ff.; BGH, Hinweisbeschluss vom 15.09.2021, Az. VII ZR 2/21).

aa) Bei Implementierung des Thermofensters erfolgt die Abgasreinigung im Grundsatz auf dem Prüfstand und im realen Betrieb in gleicher Weise. Es liegt damit – im „Thermofenster als solchem – noch kein System der Prüfstandserkennung vor (BGH, Urteil vom 16.09.2021, VII ZR 190/20, juris Rn. 19).

Soweit die Klagepartei behauptet, der Temperaturbereich des Thermofensters sei auf die Bedingungen auf dem Prüfstand exakt zugeschnitten, hat sie dies schlüssig und in prozessual beachtlicher Weise vorzutragen (vgl. BGH, Urteil vom 16.09.2021, VII ZR 190/20, juris Rn. 20). Greifbare Anhaltspunkte für diese Ausgestaltung fehlen jedoch vollständig. Aber selbst wenn man den Vortrag der Klagepartei zugrunde legt, kann bei der von der Klagepartei behaupteten Ausgestaltung von einer Abschaltseinrichtung, die exakt auf die Prüfbedingungen im NEFZ abgestimmt ist, ersichtlich keine Rede sein (vgl. BGH a.a.O. Rn. 24).

bb) Überdies ist der Bundesgerichtshof in seiner Entscheidungsserie vom 16.09.2021 (Urteile des BGH vom 16.09.2021, VII ZR 190/20, 286/20, 321/20 und 322/20) unabhängig vom konkret verwendeten Typ des Dieselmotors und herstellerübergreifend nunmehr zu dem Ergebnis gelangt, dass es im Hinblick auf die - bis heute bestehende! - unsichere Rechtslage bei der Beurteilung der Zulässigkeit des Thermofensters sowohl an einem besonders verwerflichen Verhalten des Herstellers als auch an dem erforderlichen Schädigungsvorsatz fehlt:

Danach kann bei einer Abschaltseinrichtung wie hier, die im Grundsatz auf dem Prüfstand in gleicher Weise arbeitet wie im realen Fahrbetrieb und bei der sich die Frage der Zulässigkeit nicht eindeutig und unzweifelhaft beantworten lässt, bei Fehlen sonstiger Anhaltspunkte nicht ohne Weiteres unterstellt werden, dass die für die Beklagte handelnden Personen in dem Bewusstsein handelten, eine unzulässige Abschaltseinrichtung zu verwenden, und den darin liegenden Gesetzesverstoß billigend in Kauf nahmen. Eine möglicherweise nur fahrlässige Verkenntung der Rechtslage genügt für die Feststellung der besonderen Verwerflichkeit des Verhaltens der Beklagten nicht. Allein aus der - unterstellten - objektiven Unzulässigkeit der Abschaltseinrichtung in Form des Thermofensters folgt ferner kein Vorsatz hinsichtlich der Schädigung der Fahrzeugkäufer. Im Hinblick auf die unsichere Rechtslage - hinsichtlich des unstreitig in den Fahrzeugen der Beklagten verbauten Thermofensters fehlt es bis heute an einer behördlichen Stilllegung oder einem Zwang zu Umrüstungsmaßnahmen - ist nicht dargetan, dass sich den für die Beklagte tätigen Personen die Gefahr einer Schädigung der Klägerin hätte aufdrängen müssen.

cc) Auch aus einer etwaig unterbliebenen Offenlegung der genauen Wirkungsweise des Thermofensters gegenüber dem KBA folgen keine Anhaltspunkte, dass für die Beklagte tätige Personen in dem Bewusstsein handelten, eine unzulässige Abschaltseinrichtung zu verwenden. Selbst wenn die Beklagte im Typgenehmigungsverfahren - erforderliche - Angaben zu den Einzelheiten der temperaturabhängigen Steuerung 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 im streitgegenständlichen Fahrzeug zu prüfen. Anhaltspunkte für wissentlich unterbliebene oder unrichtige Angaben der Beklagten im Typgenehmigungsverfahren, die noch dazu auf ein heimliches und manipulatives Vorgehen oder eine Überlistung des KBA und damit auf einen bewussten Gesetzesverstoß hindeuten würden, vermag der Senat nicht zu erkennen (BGH Hinweisbeschluss v. 15.9.2021 – VII ZR 2/21, BeckRS 2021, 37995 Rn. 17).

b) Auch der Hinweis auf Messungen die ergeben hätten, dass die NOx-Emissionen im realen Fahrbetrieb deutlich höher seien als die im sog. NEFZ - Verfahren gemessenen Werte, ist nicht geeignet, hinreichende Anhaltspunkte für ein sittenwidriges Verhalten der Beklagten zu geben. Es ist vielmehr allgemein bekannt, dass ein Fahrzeug im normalen Fahrbetrieb höhere Emissionen aufweist als im NEFZ - Verfahren, das für die Überprüfung maßgeblich ist, ob die Werte der Euro 5 - oder Euro 6 - Norm eingehalten werden. Auf dem Prüfstand wird eine bestimmte „ideale“, nicht der Praxis entsprechende Situation vorgegeben (etwa hinsichtlich Umgebungstemperatur, Beschleunigung und Geschwindigkeit, Abschaltung von Klimaanlage etc.), sodass der erzielte Wert zwar zu einer relativen Vergleichbarkeit unter den verschiedenen Fahrzeugfabrikaten und -modellen führen mag, absolut genommen aber jeweils nicht mit dem Wert im Straßenbetrieb übereinstimmt. Im Straßenbetrieb liegen sowohl der Kraftstoffverbrauch als auch der Schadstoffausstoß erheblich höher, was seit vielen Jahren aufgrund entsprechender Tests etwa von Automobilclubs und der dadurch ausgelösten öffentlichen Diskussion allgemein bekannt ist. Gerade deshalb hat der europäische Gesetzgeber auf Druck der Umweltverbände und Umweltparteien zwischenzeitlich den früher geltenden gesetzlichen Prüfzyklus NEFZ durch den sogenannten RDE-Test ersetzt (BGH, Beschluss vom 15.09.2021, VII ZR 2/21, juris Rn. 30; BGH, Urteil vom 13.07.2021, VI ZR 128/20, juris Rn. 23; OLG Stuttgart, Urteil vom 14.12.2020 - 16a U 155/19, Rn. 60; OLG München, Urteil vom 05.09.2019 - 14 U 416/19, Rn. 168; OLG Celle, Urteil vom 13.11.2019 - 7 U 367/18, Rn. 28f.).

c) Keinen Erfolg kann die Klage schließlich auch insoweit haben, als sie sich darauf beruft, aus der Manipulation des OBD - die erforderlich gewesen sein soll, damit das OBD (außerhalb des Thermofensters) regelmäßig auftretende Grenzwertüberschreitungen für die Stickstoffemissionen nicht registriert und als Fehlermeldung anzeige - ergebe sich eine unzulässige Abschaltvorrichtung. Dies ist schon deswegen nicht der Fall, weil das OBD keinen Einfluss auf die Emissionen nimmt, sondern solche allenfalls registriert und ggf. Fehlermeldungen anzeigt. Eine (unzulässige) Abschaltvorrichtung stellt das OBD daher nicht dar. Auch für eine bewusste sittenwidrige Schädigungsabsicht der Beklagten stellt dies kein Indiz dar. Hielt die Beklagte nämlich, wovon hier auszugehen ist, das Thermofenster zumindest vertretbar für eine zulässige Abschaltvorrichtung, vermag die Ausgestaltung des OBD derart,

dass es den Einsatz des Thermofensters bzw. erhöhte Emissionen nicht als Fehler anzeigt, jedenfalls keinen Sittenwidrigkeitsvorwurf zu begründen (BGH, Beschluss v. 12.01.2022, Az. VII ZR 222/21).

d) Besondere Umstände, die auf eine objektive Sittenwidrigkeit schließen ließen, ergeben sich nicht aus dem Vortrag des Klägers zur „hot restart-Funktion“. Denn dieses System funktioniert auch unter Zugrundelegung des Klägervortrags im Prüf- und Realbetrieb in gleicher Weise. Dass der NEFZ-Prüfstand wegen seiner vorgegebenen Durchführungsbedingungen dabei nur bestimmte Temperatursituationen erfasst, während im Realbetrieb auch andere (z. B. wärmere) Temperaturen vorkommen, bei denen das Emissionskontrollsystem sich möglicherweise anders verhält, ist eine Folge der Ausgestaltung des Typgenehmigungsverfahrens und nicht der Beklagten anzulasten. Die Schwelle des § 826 BGB ist vielmehr erst dann überschritten, wenn ein Motorenhersteller das Emissionskontrollsystem dergestalt manipuliert, dass auf dem Prüfstand eine andere Konfiguration zum Tragen kommt als im Realbetrieb und dies gezielt zu geringeren Emissionen im Prüfstandbetrieb führt. Hierfür trägt der Kläger keine konkreten Anhaltspunkte vor.

2. Der Kläger hat jedoch einen Anspruch auf Zahlung des Differenzschadens in Höhe von 3.513,00 auf Grundlage von § 823 Abs. 2 BGB, § 6 Abs. 1, § 27 Abs. 1 EG-FGV nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit Rechtshängigkeit der Klage.

a) Die Beklagte hat als Herstellerin des Fahrzeugs diesem eine unzutreffende Übereinstimmungsbescheinigung beigelegt, worauf der Schutz der individuellen Interessen des Klägers gegenüber der Beklagten beruht (vgl. BGH Urteil v. 26.06.2023, Az. VIa ZR 335/21, Rz. 29 ff., juris).

b) Die inhaltliche Unrichtigkeit ergibt sich daraus, dass das Fahrzeug mit einer unzulässigen Abschaltvorrichtung versehen war.

aa) Unstreitig ist das streitgegenständliche Fahrzeug mit einer temperaturabhängigen Steuerung des Abgasrückführungssystems ausgestattet, die bei Temperaturen der Ansaugluft unter +17° C und über +33° C die Wirksamkeit des Emissionskontrollsystems durch Veränderung der AGR-Rate verringert. Der Kläger hat hierzu vorgetragen, dass die Abgasrückführung, die für eine höhere Brenntemperatur und damit einen niedrigeren NOx-Ausstoß sorgt, nur in einem Temperaturbereich der Ansauglufttemperatur zwischen +17 und + 33° C zu 100 % vorgenommen werde. Über + 33° C Außentemperatur werde die Abgasrückführung vollständig deaktiviert, ebenso wie unter – 11° C. Zwischen -11 °C und + 17 °C werde die Abgasrückführung temperaturabhängig iterativ reduziert. Dem ist die Beklagte im Ergebnis nicht substantiiert entgegengetreten. Sie hat lediglich ausgeführt, dass nicht auf die Außentemperatur

abgestellt werden könne, und die vom Kläger genannten Kennfelder nichts mit dem streitgegenständlichen Auto zu tun hätten, ohne ihrerseits zur genauen Funktionsweise des Thermofensters vorzutragen, obwohl ihr dies als Herstellerin ohne weiteres möglich ist. Insoweit ist der Vortrag der Beklagten auch nicht konsistent. So hat sie erstinstanzlich noch vorgetragen, dass die Außentemperatur kein Parameter sei, über den die Abgasrückführung geregelt werde, während dies im Berufungsverfahren (Schriftsatz vom 29.02.2024, S. 15 ff.) in Bezug auf die „Ansauglufttemperatur“, welche freilich ebenfalls von der Außenlufttemperatur abhängig ist, im Ergebnis zugestanden wird.

Das Bestreiten wertet der Senat daher als unsubstantiiert, da wegen der Detailliertheit des Vortrags des Klägers die Anforderungen an die Substantiierung, die an ein wirksames Bestreiten zu stellen sind, durch diesen Vortrag der Beklagten nicht erfüllt werden. Die pauschale Behauptung der Beklagten, ein näherer Vortrag zu den Temperaturfeldern würde zur Offenbarung von Betriebsgeheimnissen zwingen, führt zu keiner abweichenden Beurteilung (OLG Celle, Urteil v. 06.03.2024, Az. 7 U 120/22, BeckRS 2024, 3678, Rz. 38 ff.).

bb) Aus den vorstehenden Darlegungen ergibt sich, dass die temperaturabhängige Steuerung der Abgasrückführung im streitgegenständlichen Fahrzeug nach den Maßstäben der Rechtsprechung des EuGH eine Abschaltelinrichtung 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. EuGH, Urte. v. 14.07.2022 - C-128/20, NJW 2022, 2605, Tz. 31 ff.). Denn zum einen sind im Unionsgebiet Temperaturen von unter +17 °C, wie auch solche über +33 °C allgemeinkundig üblich. Zum anderen folgt daraus, dass der Emissionsausstoß des Fahrzeugs während nahezu des gesamten Jahreszeitraums (jedenfalls auch bei durchaus üblichen Außentemperaturen) höher als angegeben ausfällt, weshalb eine Abschaltelinrichtung im vorgenannten Sinn vorliegt.

cc) Diese Abschaltelinrichtung 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.

aaa) Nach der Rechtsprechung des EuGH fällt eine Abschaltelinrichtung, 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. 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 Abschaltelinrichtung, 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, Tz. 70 ff.).

bbb) Die Beklagte hat im Hinblick auf die Notwendigkeit der Verwendung eines Thermofensters aus Gründen des Motorschutzes lediglich vorgetragen, dass bei einer unangepassten AGR-Rate bei niedrigen Temperaturen wegen höherer Ruß- und Kohlenwasserstoffbildung der Ausfall des Motors drohe und erwähnt eine mögliche Versottung und Verschlackung als mögliche Ursachen plötzlicher Folgeschäden. Dieses Vorbringen kann auch vor dem Hintergrund des von der Beklagten angeführten Marktüberwachungsberichts des KBA aus dem Jahr 2020 eine ausnahmsweise Rechtfertigung der Verwendung des Thermofensters nicht begründen. Zum einen ist es nach der Rechtsprechung des EuGH (aaO, Tz. 55) zur Rechtfertigung der Verwendung einer Abschaltvorrichtung nicht ausreichend, den Motor bzw. Anbauteile vor Verschmutzung (oder Verschleiß) zu schützen, weshalb die angeführte Versottung und Verschlackung eine ausnahmsweise Zulässigkeit der Abschaltvorrichtung nicht begründen kann. Zum anderen ist von der Beklagten 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, wobei es sich um Risiken handelt, die so schwer wiegen, dass sie eine konkrete Gefahr beim Betrieb des mit dieser Einrichtung ausgestatteten Fahrzeugs darstellen (vgl. EuGH aaO, Tz. 62). Die Beklagte hat zudem nicht behauptet, dass im Genehmigungszeitpunkt keine andere technische Lösung 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, Tz. 69). Zu der Frage, weshalb eine Abschaltung der Abgasrückführung bei Temperaturen über 33°C notwendig sein soll, hat die Beklagte überhaupt nichts ausgeführt.

Unabhängig von vorstehenden Erwägungen ist vorliegend jedenfalls, der Rechtsprechung des EuGH folgend, davon auszugehen, dass selbst ein solches Risiko eine ausnahmsweise Zulässigkeit nicht begründen könnte, da eine Abschaltvorrichtung, die - wie hier - 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 würde und zu einer unverhältnismäßigen Beeinträchtigung des Grundsatzes der Begrenzung der Stickstoffdioxid (NO_x)-Emissionen von Fahrzeugen führen würde (vgl. EuGH aaO, Tz. 63 ff.).

c) Die Beklagte hat in dem Zeitpunkt der Inverkehrgabe des Fahrzeugs mit der unzutreffenden Übereinstimmungsbescheinigung fahrlässig gegen § 6 Abs. 1, § 27 Abs. 1 EG-FGV verstoßen. Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs streitet zu Lasten desjenigen, der - wie hier - gegen ein Schutzgesetz verstoßen hat, eine Verschuldensvermutung (BGH Urt. v. 26.06.2023 -

Vla ZR 335/21, Tz. 59). Die Beklagte hat Umstände, die geeignet sind, die gegen sie streitende Verschuldensvermutung zu widerlegen, nicht dargetan. Entgegen der Darlegung der Beklagten ist nicht das Normenverständnis und die Genehmigungspraxis des KBA oder anderer Genehmigungsbehörden oder das Normenverständnis anderer Untersuchungsstellen oder -ausschüsse maßgeblich, sondern das an der Systematik des Art. 5 Abs. 2 der Verordnung (EG) Nr. 715/2007 orientierte Normenverständnis, nach dem Abschaltseinrichtungen nur ausnahmsweise und unter engen Voraussetzungen zulässig sein können (BGH aaO, Tz. 60). Es konnte und musste vor diesem Hintergrund auch vorliegend damit gerechnet werden, dass ein Normenverstoß vorliegt. Dass die Frage der Zulässigkeit der Verwendung eines Thermofensters seit jeher umstritten war, ergibt sich auch aus den Darlegungen in der Entscheidung des EuGH vom 17.12.2020 (EuGH, Urteil vom 17.12.2020 - C-693/18).

aa) Auf einen unvermeidbaren Verbotsirrtum kann die Beklagte sich nicht berufen. Denn es war im Zeitpunkt der Inverkehrgabe des Fahrzeugs mit der unzutreffenden Übereinstimmungsbescheinigung schon nicht die Situation gegeben, dass die Beklagte bei der Anwendung der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt nicht mit einer anderen Beurteilung der Zulässigkeit der festgestellten Abschaltseinrichtung hätte rechnen müssen (vgl. BGH aaO, Tz. 63). Denn unabhängig von der Praxis der Genehmigungsbehörden und der Einschätzung anderer z.T. öffentlicher Stellen, auf die es maßgeblich nicht ankommt (vgl. BGH aaO Tz. 67) war, wie vorstehend bereits dargelegt, die Verwendung eines Thermofensters seit jeher umstritten. Dass die erteilte Typengenehmigung das vorliegend festgestellte Thermofenster inklusive aller Einzelheiten in seiner konkreten Ausführung (und auch unter Berücksichtigung von Kombinationen anderer Abschaltseinrichtungen) umfasst (vgl. BGH aaO, Tz. 64), wird von der Beklagten nicht behauptet.

bb) Die Beklagte hat auch nicht ausreichend dargelegt, dass die Typengenehmigungsbehörde die vorliegend festgestellte Abschaltseinrichtung genehmigt hätte. Denn hierzu hätte es einer - hier nicht vorliegenden - Darlegung aller für die Beurteilung maßgebender Einzelheiten (auch unter Berücksichtigung von Kombinationen anderer Abschaltseinrichtungen) bedurft (vgl. BGH Urteil v. 26.06.2023, Az. Vla ZR 335/21, Tz. 66). Der Vortrag der Beklagten, dass dem KBA das streitgegenständliche Thermofenster „offengelegt“ und von diesem nicht beanstandet worden sei, muss unberücksichtigt bleiben, da der Kläger diese Behauptung bestritten und die Beklagte keine näheren Darlegungen zum Zeitpunkt und der „Offenlegung“ und insbesondere zu der offengelegten „Bedatung“ des Thermofensters getätigt und keinen Beweis hierfür angeboten hat. Dass externer Rechtsrat erholt worden wäre, der die Rechtsauffassung der Beklagten gestützt hätte, wird von der Beklagten behauptet (vgl. BGH aaO, Tz. 69). Der Umstand, dass über längere Zeit hinweg die Verwendung von Thermofenstern als Industriestandard galt und das KBA von der Verwendung von Thermofenstern in Dieselfahrzeugen ausging, kann nicht entlastend für die Beklagte wirken (BGH aaO, Tz. 70), weshalb die Beklagte einen unvermeidbaren Verbotsirrtum nicht für sich in Anspruch nehmen kann (OLG Celle, a.a.O., Rn. 73, 74).

d) Es kann, nachdem eine unzulässige Abschalteneinrichtung in Form eines sog. Thermofensters festzustellen war, daher im Ergebnis dahinstehen, ob - wie von der Beklagten zuletzt selbst vorgetragen - die Beeinflussung der AGR bei Überschreitung einer bestimmten Leerlaufzeit und bei bestimmten Lenkvorgängen oder deren Abhängigkeit von der Fahrzeuggeschwindigkeit bei warmen Motor ebenfalls die Annahme einer unzulässigen Abschalteneinrichtung rechtfertigt.

e) Der Kläger hat deshalb Anspruch auf Bezahlung des Differenzschadens i.H.v. 3.513,00 €.

aa) Bereits aufgrund allgemeiner Lebenserfahrung steht fest, dass der Kläger, hätte er um die Ausstattung des Fahrzeugs mit einer unzulässigen Abschalteneinrichtung und die damit einhergehenden Gefahren hinsichtlich der uneingeschränkten Benutzbarkeit gewusst, das streitgegenständliche Fahrzeug zum Preis von 35.130,00 € nicht erworben hätte (vgl. BGH aaO, Tz. 55).

bb) 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, Tz. 74 ff.). Unter Zugrundelegung des als im Zeitpunkt des Inverkehrbringens des Fahrzeugs als moderat zu bewertenden Risikos, dass das Fahrzeug zurückgerufen und mit einer Nebenbestimmung zur Typengenehmigung 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.

cc) Auf diesen Schaden in Höhe von 10 % des Kaufpreises hat sich der Kläger nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs die Vorteile anrechnen zu lassen, wie sie auch im Rahmen der Bestimmung des kleinen Schadensersatzes nach § 826 BGB gelten (vgl. BGH aaO, Tz. 80). Diese bestehen aus dem Fahrzeugrestwert und dem Nutzungsvorteil für die mit dem Fahrzeug bis zur letzten mündlichen Verhandlung zurückgelegte Fahrstrecke von 98.788 km, wobei letzterer unter Berücksichtigung einer Gesamtlauflistung von 250.000 km 13.881,69 € beträgt.

Der Fahrzeugrestwert ist unter Berücksichtigung der vom Kläger vorgelegten DAT-Bewertung und den eigenen Ermittlungen des Senats auf der Grundlage der entsprechenden Verkaufsangebote auf den Internetseiten „Mobile.de“ und „autoscout24“ auf mindestens 17.350,-- € zu schätzen. Für die Bewertung des Fahrzeugrestwerts ist auf den aktuellen Marktwert des Fahrzeugs abzustellen. Für dessen Bestimmung sind Angebote von Bewertungs- und Verkaufsportalen auch grundsätzlich geeignet (OLG Celle Urt. v. 6.3.2024 – 7 U 120/22, BeckRS 2024, 3678, OLG Schleswig, Urteil v. 10. Oktober 2023 – 7 U 100/22, juris; OLG Frankfurt, Urteil v. 20. September 2023 – 3 U 8/23, juris). Dabei verkennt der Senat nicht, dass die gerade auf Verkaufsportalen ausgewiesenen Preise die Erwartungshaltung auf Verkäuferseite widerspiegeln und der Verkauf der Fahrzeuge voraussichtlich unter Vornahme von Abzügen erfolgt. Diesem Umstand ist deswegen im Rahmen der Schadensschätzung durch Vornahme eines Abschlags Rechnung zu tragen, was der Senat hier berücksichtigt hat.

Die Summe aus Restwert und Nutzungsvorteil (31.231,69 €) übersteigt den objektiven (= den um 10 % geminderten Kaufpreis) Wert des Fahrzeugs von 31.617,00 € nicht, so dass sich im Ergebnis keine Aufzehrung des Differenzschadens ergibt und der Kläger 3.513,00 € für sich beanspruchen kann.

f) Zinsen kann der Kläger erst ab 27.11.2021 als Rechtshängigkeitszinsen beanspruchen (§ 291, § 286 Abs. 1 BGB). Ein früherer Verzugseintritt erfolgte nicht, da der Kläger noch in der Berufungsinstanz in der Hauptsache eine überhöhte Forderung gestellt hat.

e) Auf der hier einzig vorhandenen Grundlage des § 823 Abs. 2 BGB in Verbindung mit § 6 Abs. 1, § 27 Abs. 1 EG-FGV kann der Kläger neben dem Anspruch auf Ersatz des Differenzschadens eine Freistellung von vorgerichtlichen Rechtsanwaltskosten und die Feststellung der Verpflichtung zum Ersatz weiterer Schäden nicht verlangen (BGH Urt. v. 16.10.2023 – VIa ZR 14/22, BeckRS 2023, 32287 Rn. 13; VIa ZR 37/21, NJW, 2024, 49, Rn. 19). Mangels vorsätzlicher unerlaubter Handlung ist der entsprechende Feststellungsantrag zwar zulässig (BGH, Urteil v. 21.12.2021, Az. VI ZR 457/20, NJW-RR 2022, 566) aber unbegründet.

III.

Die Kostenentscheidung folgt aus §§ 92 Abs. 1, 97 Abs. 1 ZPO.

Der Ausspruch über die vorläufige Vollstreckbarkeit beruht auf § 708 Nr. 10 Satz 2, § 713 ZPO (für den Kläger) und auf §§ 708 Ziffer 10, 711, 709 Satz 2 ZPO (für die Beklagte).

Die Revision ist nicht zuzulassen, weil die Voraussetzungen dafür nicht vorliegen, § 543 Abs. 2 ZPO.

-

Vorsitzender Richter
am Oberlandesgericht

Richter
am Oberlandesgericht

Richter
am Oberlandesgericht

Verkündet am 08.04.2024

Urkundsbeamter der Geschäftsstelle