

Schreiben vom 20.11.2023

Oberlandesgericht Frankfurt am Main
4. Zivilsenat

[REDACTED]



Oberlandesgericht,
[REDACTED]

Aktenzeichen 4 U 192/22

4 U 192/22

Rechtsanwälte und Rechtsanwältinnen
Gansel
[REDACTED]

Ihr Zeichen
Ihre Nachricht

Telefon:

Telefax: [REDACTED]

Datum

20.11.2023

Sehr geehrte Damen und Herren,

in dem Rechtsstreit

[REDACTED] gegen Mercedes-Benz Group AG

erhalten Sie die Anlage(n) mit der Bitte um Kenntnissnahme.

Mit freundlichen Grüßen

Husa

Urkundsbeamtin der Geschäftsstelle

Dieses Schriftstück wurde elektronisch erstellt.
Es ist ohne Unterschrift bzw. qualifizierte elektronische Signatur gültig.

[REDACTED], [REDACTED] 42

Telefon (069) 1367 - 01 • Telefax (069) 1367 - 2976

Sprechzeiten: Montag bis Freitag 08:00 Uhr bis 12:00 Uhr

Parkmöglichkeiten: Am Gericht

Öffentliche Verkehrsmittel: RMV Haltestelle Konstablerwache

S-Bahn: S1, S2, S3, S4, S5, S6, S8, S9; U-Bahn: U4, U5, U6,

U7; Bus 30, 36; Straßenbahn: 12, 18

Hinweise zur Verarbeitung personenbezogener Daten erhalten Sie unter .

Auf Wunsch werden Ihnen diese Informationen in Papierform zur Verfügung gestellt.

Beglaubigte Abschrift

Oberlandesgericht Frankfurt am Main
4. Zivilsenat
Aktenzeichen:
4 U 192/22

2-21 O 28/20
Landgericht Frankfurt am Main



Im Namen des Volkes

In dem Rechtsstreit

- Kläger und Berufungskläger -

Prozessbevollmächtigte:
Rechtsanwälte und Rechtsanwältinnen [REDACTED], Wallstraße 59, [REDACTED]
Geschäftszeichen: [REDACTED]
gegen

Mercedes-Benz Group AG, vertreten durch den Vorstand [REDACTED] (Vorsitzender)
u.a., [REDACTED]

- Beklagte und Berufungsbeklagte -

Prozessbevollmächtigte: [REDACTED]
Geschäftszeichen: 4354857-3527. [REDACTED].YAVUZKU, Gerichtsfach: 350

hat der 4. Zivilsenat des Oberlandesgerichts Frankfurt am Main durch den Richter am Oberlandesgericht Dr. Kolz als Einzelrichter aufgrund der mündlichen Verhandlung vom 22. September 2023 für Recht erkannt:

Auf die Berufung des Klägers wird das Urteil der 21. Zivilkammer des Landgerichts Frankfurt am Main vom 18. Juli 2022 (Az.: 2-21 O 28/20) teilweise abgeändert und insgesamt wie folgt neu gefasst:

Unter Aufhebung des Versäumnisurteils vom 4. Februar 2022 (Az. 2-21 O 28/20) wird die Beklagte verurteilt, an den Kläger 4.371,82 Euro nebst Zinsen in Höhe von fünf Prozentpunkten über dem jeweiligen Basiszinssatz seit dem 24. August 2023 zu zahlen.

Im Übrigen wird die Klage abgewiesen.

Die weitergehende Berufung des Klägers wird zurückgewiesen.

Die Kosten des Berufungsverfahrens haben der Kläger zu 87 Prozent und die Beklagte zu 13 Prozent zu tragen. Die Kosten des erstinstanzlichen Verfahrens hat der Kläger zu tragen.

Die Revision wird nicht zugelassen.

Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar ohne Sicherheitsleistung.

Der Streitwert des Berufungsverfahrens wird festgesetzt auf die Gebührenstufe bis 35.000,- Euro.

Gründe:

I.

Der Kläger nimmt die Beklagte wegen des Kaufs eines angeblich vom „Dieselskandal“ betroffenen Fahrzeugs in Anspruch.

Der Kläger erwarb den streitgegenständlichen Pkw, einen Mercedes Benz E 220 CDI mit dem Dieselmotor Typ OM 651, Schadstoffklasse Euro 5, im März 2011 für 43.718,22 Euro als Neuwagen mit einem Kilometerstand von null von der Beklagten.

Das Fahrzeug war von einem Pflichtrückruf des Kraftfahrtbundesamtes (KBA) betroffen.

Ein „Thermofenster“ ist im streitgegenständlichen Fahrzeug verbaut. Die Beklagte legte dem KBA im Typgenehmigungsverfahren offen, dass die Abgasrückführung von der Temperatur abhängt.

Der Kläger hat behauptet, im Fahrzeug seien – unter anderem mit dem „Thermofenster“ – unzulässige Abschalteinrichtungen verbaut. Das nach dem Pflichtrückruf aufgespielte Software-Update führe zu Folgemängeln.

Die Beklagte hat die Einrede der Verjährung erhoben.

Im Übrigen wird anstelle einer Darstellung des erstinstanzlichen Sach- und Streitstandes und der erstinstanzlichen Klageanträge auf den Tatbestand des angefochtenen Urteils (Bl. 751 ff. d.A.) Bezug genommen, soweit dieser zu den hiesigen Feststellungen nicht im Widerspruch steht.

Das Landgericht hat die Klage abgewiesen. Kaufrechtliche Mängelansprüche seien mangels eines arglistigen Verschweigens eines Mangels durch die Beklagte verjährt. Auch ein deliktischer Anspruch auf Schadensersatz stehe dem Kläger nicht zu. Greifbare Anhaltspunkte für den Verbau einer unzulässigen Abschalteinrichtung lägen nicht vor. Die Nachprüfung von Verwaltungsakten wie der Typengenehmigung komme den ordentlichen Gerichten nicht zu. Der

Einbau eines „Thermofensters“ sei nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes ohne das

Hinzutreten weiterer Umstände nicht objektiv sittenwidrig. Betreffend die Zulässigkeit der

Kühlmittel-Solltemperatur-Regelung (■■■■) sei die Rechtslage unsicher gewesen, wie sich auch
daran zeige, dass etwa lediglich ein Fünftel der Fahrzeuge mit dieser Funktion verbindlich

zurückgerufen worden seien. Für Folgeprobleme des Software-Updates fehle es an konkreten Anhaltspunkten. Wegen der weiteren Einzelheiten wird Bezug genommen auf die Entscheidungsgründe des angefochtenen Urteils.

Gegen das ihm am 20. Juli 2022 zugestellte Urteil des Landgerichts hat der Kläger am 18. August 2022 Berufung eingelegt und diese nach Verlängerung der Frist bis zum 19. Oktober 2022 am 18. Oktober 2022 begründet.

Der Kläger verfolgt sein erstinstanzliches Begehren im Wesentlichen weiter, stellt allerdings zweitinstanzlich keinen Hauptantrag auf Lieferung eines mangelfreien Ersatzfahrzeuges mehr. Er hat in der Berufungsinstanz zunächst die Zahlung des Kaufpreises abzüglich Nutzungsersatz

beantragt, seine Anträge dann aber nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes zum Differenzschaden angepasst.

Er beantragt nunmehr,

1. die Beklagte zu verurteilen, an den Kläger einen Entschädigungsbetrag bezüglich des Fahrzeugs der Marke Mercedes-Benz E 220 CDI mit der Fahrzeugidentifikationsnummer [REDACTED] zu zahlen, dessen Höhe in das Ermessen des Gerichts gestellt wird, der jedoch mindestens 6.557,73 Euro nebst Zinsen

in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit Rechtshängigkeit betragen muss.

2. festzustellen, dass die Beklagte verpflichtet ist, der Klagepartei für alle künftigen Schäden, die aus einem Verstoß gegen §§ 6 Abs. 1, 27 Abs. 1 EG-FGV i. V. m. Art. 18 der Richtlinie 2007/46/EG Art resultieren und das Fahrzeug der Marke Mercedes-Benz mit der Fahrzeugidentifikationsnummer (FIN) [REDACTED] 2 betreffen, Schadensersatz zu zahlen.

3. die Beklagte zu verurteilen, dem Kläger die durch die Beauftragung der Prozessbevollmächtigten des Klägers entstandenen Kosten der außergerichtlichen Rechtsverfolgung in Höhe von EUR 1.965,88 nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit Rechtshängigkeit zu zahlen.

Die Beklagte beantragt,

die Berufung zurückzuweisen.

Das Verfahren ist mit Beschluss vom 16. Dezember 2022 (Bl. 1.019 f. d.A.) infolge der angekündigten Entscheidung des Europäischen Gerichtshofes über Vorlagefragen ausgesetzt worden. Mit Beschluss vom 28. Juli 2023 (Bl. 1.026 f. d.A.), mit welchem Termin zur mündlichen

Verhandlung bestimmt worden ist, ist die Aussetzung beendet worden.

Bis zum Tag vor der mündlichen Verhandlung hat das streitgegenständliche Fahrzeug einen Kilometerstand von 129.611 aufgewiesen.

Die Beklagte hat die erneute Aussetzung des Verfahrens beantragt, weil der Ausgang des von ihr angestrebten verwaltungsgerichtlichen Verfahrens betreffend den Rückruf abzuwarten sei.

Von der Abfassung eines Tatbestands im Übrigen – insbesondere hinsichtlich des in der Berufungsinstanz gewechselten Sachvortrags, auf den (soweit relevant) unten noch eingegangen wird – wird gemäß § 540 Abs. 2, § 313a Abs. 1 ZPO abgesehen.

II.

Die zulässige Berufung hat in der Sache in dem aus dem Tenor ersichtlichen Umfang Erfolg, nachdem der Kläger zulässigerweise die ihm gebotene Gelegenheit wahrgenommen hat, den Differenzschaden zu berechnen und geltend zu machen. Im Übrigen war die Berufung zurückzuweisen, denn insoweit beruht die angefochtene Entscheidung weder auf einer Rechtsverletzung im Sinne des § 546 ZPO, noch rechtfertigen die nach § 529 Abs. 1 ZPO zugrunde zu legenden Tatsachen eine andere Entscheidung (§ 513 Abs. 1 ZPO). Das Landgericht hat die Klage insoweit zu Recht abgewiesen.

1.

Das Verfahren war auf den Antrag der Beklagten hin nicht auszusetzen. Eine die Aussetzung gemäß § 148 Abs. 1 ZPO rechtfertigende Voreiligkeit der zu erwartenden Entscheidung des

Verwaltungsgerichts Schleswig für den vorliegenden Rechtsstreit besteht nicht (BGH, Beschluss vom 24. Juli 2023 – VIa ZB 10/21 –, Rn. 10 ff. m.w.N., zitiert nach juris).

2.

Das Landgericht ist zu Recht davon ausgegangen, dass dem Kläger keine kaufrechtlichen Ansprüche aus § 346 Abs. 1 BGB in Verbindung mit §§ 323 Abs. 1 und Abs. 2 Nr. 3, 434 Abs. 1, 437 Nr. 2, 440 S. 1 BGB zustehen.

Die Beklagte hat dem Kläger keinen Mangel arglistig verschwiegen, so dass der Rücktritt infolge

der von ihr erhobenen Einrede der Verjährung gemäß § 438 Abs. 4, § 218 BGB unwirksam ist.

Der Kläger hat erst mehr als zwei Jahre nach der Übergabe des Fahrzeugs Klage erhoben.

a)

Das Fahrzeug hatte einen Mangel.

aa)

Nach § 434 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 BGB kommt es darauf an, ob sich die Sache für die gewöhnliche Verwendung eignet und eine Beschaffenheit aufweist, die bei Sachen der gleichen Art üblich ist

und die der Käufer nach der Art der Sache erwarten kann. Für die gewöhnliche Verwendung eignet sich ein Kraftfahrzeug grundsätzlich nur dann, wenn es eine Beschaffenheit aufweist, die

weder seine (weitere) Zulassung zum Straßenverkehr hindert noch ansonsten seine Gebrauchsfähigkeit aufhebt oder beeinträchtigt (BGH, Beschluss vom 8. Januar 2019 – VIII ZR 225/17 –, Rn. 5, zitiert nach juris).

Ein Pkw mit einer nach Art. 5 Abs. 2 VO 715/2007/EG unzulässiger Weise installierten Abschaltvorrichtung weist einen Sachmangel auf (vgl. BGH a.a.O. Rn. 17, zitiert nach juris). Aufgrund der Handlungsmöglichkeiten der Zulassungsbehörde nach § 5 Abs. 1 FZV besteht im Falle einer (noch) nicht erfolgten Nachrüstung – zumindest latent – die Gefahr einer Betriebsuntersagung oder -beschränkung durch die Zulassungsbehörde. Eine entsprechende Eignung ist einer Kaufsache nicht erst dann abzusprechen, wenn ihre Tauglichkeit ganz aufgehoben, sondern bereits dann, wenn ihre Eignung herabgesetzt ist (BGH a.a.O. Rn. 21, zitiert nach juris).

bb)

Danach lag hier ein Mangel vor.

(1)

Das streitgegenständliche Fahrzeug verfügte zum Zeitpunkt des Kaufs mit der ■■■ über eine

unzulässige Abschalteneinrichtung.

(a)

Eine Abschaltvorrichtung liegt vor.

Nach Art. 3 Nr. 10 der Verordnung (EG) Nr. 715/2007 kann eine Abschaltvorrichtung schon dann vorliegen, wenn die Funktion nur eines beliebigen Teils des Emissionskontrollsystems in Abhängigkeit von bestimmten Parametern verändert und die Wirksamkeit des Emissionskontrollsystems unter den Bedingungen des normalen Fahrbetriebs verringert wird (BGH, Urteil vom 26. Juni 2023 – VIa ZR 335/21 –, Rn. 50 f. m.w.N., zitiert nach juris).

Ausweislich des eigenen Vortrags der Beklagten in der Berufungserwiderung (S. 36 ff. = Bl. 959

ff. d.A.) kommt die ■■■ lediglich abhängig von bestimmten Parametern (Außentemperaturen zwischen 15 und 35 Grad Celsius, ausreichend hoher Umgebungsdruck, keine zu hohe Last- und Drehzahlkombination, keine zu hohe Temperatur des Motoröls, kein Ablauf des „Timers“, nur bei Kaltstart) zum Einsatz. Dabei bewirkt sie im Rahmen der Steuerung der Kühlung des Kühlmittels, dass die Sollwerttemperatur ausschließlich während des Motorwarmlaufs – wenn nämlich überhaupt noch nennenswerte Einflussmöglichkeiten bestehen – von 100 Grad Celsius

auf 70 Grad Celsius abgesenkt wird. Das heißt, dass bereits (im Wege der Durchleitung des Kühlmittels durch den Kühler) besonders gekühlt wird, wenn das Kühlmittel eine Temperatur von 70 Grad Celsius (und nicht erst von 100 Grad Celsius) erreicht. Durch diese früher einsetzende Kühlung wird erreicht, dass in den an den Kühlmittelkreislauf angrenzenden Zylindern die Verbrennungstemperatur geringer ist. Als Folge davon entstehen einerseits weniger NOx-Emissionen (S. 29 f. der Berufungserwiderung = Bl. 953 f. d.A.), andererseits werden hingegen mehr Rußpartikel emittiert, weil der Partikelfilter für die Regeneration gerade umgekehrt hohe Temperaturen benötigt.

Die Kumulation der vorgenannten Parameter sorgt dafür, dass der Einsatz der ■■■ außerhalb des Prüfstands nicht den Regel-, sondern den Ausnahmefall darstellt. Wiederum nach dem eigenen Vortrag der Beklagten (S. 45 des Schriftsatzes vom 21. August 2023 = Bl. 1.082 d.A.), mit dem sich der Kläger nicht konkret auseinandergesetzt hat, wirkt sich die ■■■ im Straßenbetrieb lediglich bei circa elf Prozent aller Fahrten aus. 89 Prozent der Fahrten im realen

Betrieb erfolgen somit ohne eine Aktivierung der ■■■. Dies stellt eine erhebliche Verringerung der Wirksamkeit des Emissionskontrollsystems im normalen Fahrbetrieb dar.

Soweit die Beklagte in diesem Zusammenhang noch anführt, dass die ■■■ sich bei Kurzstreckenfahrten, welche die Beklagte auf circa 25 Prozent aller Fahrten schätzt, auch „bei einem entsprechend kurzen Prüfstandbetrieb“ nicht auswirken würde, stellt dies eine

hypothetische Betrachtung dar. Auch aus diesen Darlegungen der Beklagten ergibt sich, dass

der Prüfstandbetrieb eben nicht „entsprechend kurz“ ist, sondern so lange andauert, dass die ■■■ auf dem Prüfstand gerade doch zum Einsatz kommt.

Es trifft zwar zu, dass die ■■■ nicht wie eine Umschaltlogik dadurch streng zwischen Prüfstand

und Straße unterscheidet, dass sie so enge Vorgaben hat, dass sie im Straßenbetrieb praktisch

nie zum Einsatz kommt. Es mag darüber hinaus auch zutreffen, dass ein nennenswerter Teil der Diskrepanz zwischen elf und 100 Prozent darauf zurückzuführen ist, dass der Prüfstandbetrieb länger andauert als reine Kurzstreckenfahrten, so dass anderenfalls nach dem

Vortrag der Beklagten lediglich eine Diskrepanz zwischen 36 und 100 Prozent bestünde. Oder – was möglicherweise am sachgerechtesten ist – man folgt den Darlegungen der Beklagten und klammert die Kurzstreckenfahrten aus der Vergleichsbetrachtung zwischen Prüfstand und Straße aus, was zu einer Diskrepanz zwischen 14 und 100 Prozent führt (weil die ■■■ im Realbetrieb in 14 Prozent der längeren Fahrten zum Einsatz kommt). Aber all dies ändert nichts

daran, dass die ■■■ zumindest an den Prüfstand „angelehnt“ ist und zumeist (in etwa sechs Siebteln selbst der längeren Fahrten und auch dann lediglich bis zum Ablauf eines „Timers“, der – eine unbestimmte, mutmaßlich kurze Zeit – länger dauert als der Prüfstand) im Straßenbetrieb nicht zum Einsatz kommt.

Nach alledem erscheint die Einschätzung des KBA – von der Beklagten selbst vorgetragen (S. 34 des Schriftsatzes vom 21. August 2023 = Bl. 1.071 d.A.) –, durch eine indirekte Einflussnahme werde die Wirkung des Emissionskontrollsystems verringert, weil die ■■■ auf dem Prüfstand sicher, im Realbetrieb aber „oft“ nicht zur Anwendung komme, anschlussfähig.

Soweit die Beklagte gleichwohl das Vorliegen einer Abschaltseinrichtung in Abrede stellt, weil die Funktion der ■■■ nur bei einem Warmlauf nach Kaltstart überhaupt sinnvoll sei, so dass die Konfiguration nicht „anstößig“ sei (S. 39 des Schriftsatzes vom 21. August 2023 = Bl. 1.076 d.A.), überzeugt dies nicht. Auf die „Anstößigkeit“ kommt es bei der Frage des Vorliegens einer Abschaltseinrichtung (anders als bei der Arglist und der Sittenwidrigkeit, dazu noch unten) nicht an. Fahrten mit betriebswarmen Motor gehören zu den Bedingungen im Sinn von Art. 3 Nr. 10 VO (EG) Nr. 715/2007, die bei normalem Fahrzeugbetrieb vernünftigerweise zu erwarten sind. Bei diesen kommt es jedoch nicht zu einem durch die ■■■ optimierten Emissionsverhalten, so dass bereits deshalb eine Abschaltseinrichtung vorliegt (OLG Stuttgart, Urteil vom 19. Oktober 2023 – 24 U 103/22 – Rn. 44, zitiert nach juris).

(b)

Die Abschaltseinrichtung ist unzulässig.

Der Beklagten obliegt die Darlegungs- und Beweislast dafür, dass die festgestellte Abschaltseinrichtung zulässig ist (BGH, a.a.O., Rn. 54, zitiert nach juris). Dies kann gemäß Art. 5 Abs. 2 Satz 2 der Verordnung (EG) Nr. 715/2007 lediglich dann der Fall sein, wenn die Voraussetzungen eines der dort abschließend aufgezählten Ausnahmetatbestände vollständig vorliegen.

Hier ist nicht ersichtlich, welcher Ausnahmetatbestand zugunsten der Beklagten greifen sollte. Die Beklagte legt insbesondere nicht substantiiert dar, weshalb das KBA zu Unrecht von einer unzulässigen Abschaltseinrichtung ausgegangen sein sollte. Soweit die Beklagte die Bescheide des KBA lediglich – teils stark – teilgeschwärzt vorlegt, beruft sie sich auf den Schutz von Geschäftsgeheimnissen und eine fehlende Vorlagepflicht. Ob diese Argumentation durchgreift, kann hier dahinstehen. Denn jedenfalls hätte die Beklagte die Argumentation des KBA für die Unzulässigkeit der Abschaltseinrichtung auch ohne die Einreichung ungeschwärzter Bescheide inhaltlich wiedergeben und versuchen können, diese zu entkräften.

Soweit sie dies auszugsweise getan hat, erscheint dies dem Einzelrichter nicht überzeugend.

Es mag zutreffen, dass die ■■■ lediglich in einem begrenzten Anwendungsbereich sinnvoll wirken kann. Vor diesem Hintergrund mag es auch in technischer Hinsicht einleuchten, dass die Beklagte bestimmte Steuerungsparameter vorgesehen hat (wenngleich der Kläger jedenfalls hinsichtlich des Parameters Umgebungstemperatur beachtliche Zweifel vorbringt, siehe S. 18 des Schriftsatzes vom 21. August 2023 = Bl. 1.112 d.A.). In rechtlicher Hinsicht jedoch führen derartige technische Plausibilitätserwägungen nicht zu einer Herabsenkung der Zulässigkeitsanforderungen von Art. 5 Abs. 2 Satz 2 der Verordnung (EG) Nr. 715/2007, solange der Motor nicht vor Beschädigungen geschützt und der sichere Betrieb gewährleistet werden muss.

Soweit die Beklagte im Schriftsatz vom 23. Oktober 2023 (S. 18 ff. = Bl. 1.264 ff. d.A.) noch Vortrag zu den Risiken bei einem nicht begrenzten Einsatz der ■■■ gehalten hat (der die Ausführungen in der Berufungserwiderung (S. 40 ff. = Bl. 1.077 ff. d.A.) vertieft), war kein Wiedereintritt in die mündliche Verhandlung gemäß § 156 ZPO geboten. Denn die dort beschriebenen Risiken führen nicht zu einer Beschädigung des Motors, sondern bewirken bloß einen allmählichen höheren Verschleiß. Die bloße Verschmutzung und ein Verschleiß des Motors können nicht als „Beschädigung“ oder „Unfall“ in diesem Sinn angesehen werden, da sie im Prinzip vorhersehbar und der normalen Funktionsweise des Fahrzeugs inhärent sind (OLG Stuttgart, Urteil vom 19. Oktober 2023 – 24 U 103/22 – Rn. 35 m.w.N., zitiert nach juris). Zudem ist der Begriff des Motors eng zu definieren, so dass es fraglich erscheint, ob hier die

erforderlichen unmittelbaren Risiken für den Motor bestehen (OLG Stuttgart, a.a.O., Rn. 35, 36, 40 und 46 m.w.N.).

(2)

Ob ein weiterer Mangel vorlag, weil das unstreitig verbaute „Thermofenster“ möglicherweise eine unzulässige Abschalteneinrichtung darstellt, kann dahinstehen. Dies kann hier zugunsten des

Klägers unterstellt werden, ohne dass sich an der Bewertung der Arglist (siehe unten, b)) etwas

Maßgebliches ändert.

(3)

Für den Verbau weiterer unzulässiger Abschalteneinrichtungen enthält der klägerische Vortrag keine konkreten Anhaltspunkte. Der Kläger hat insoweit nach Hinweisen des Einzelrichters vom

28. Juli 2023 (Bl. 1.026 f. d.A.), denen zu entnehmen war, dass Ansprüche allenfalls wegen der

■■■ und wegen des „Thermofensters“ in Frage kommen, nur noch zu diesen beiden Funktionen

vorgetragen und nicht dargelegt, woraus sich sonst noch Ansprüche ergeben könnten.

b)

Die Beklagte hat dem Kläger den Mangel der ■■■ nicht arglistig verschwiegen. Entsprechendes

gilt für das hier zugunsten des Klägers als unzulässig unterstellte „Thermofenster“.

aa)

Arglist setzt nach der ständigen Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs zumindest Eventualvorsatz voraus; leichtfertige oder grob fahrlässige Unkenntnis genügt dagegen nicht. Ein arglistiges Verschweigen ist danach nur gegeben, wenn der Verkäufer den Mangel kennt oder ihn zumindest für möglich hält und zugleich weiß oder doch damit rechnet und billigend in Kauf nimmt, dass der Käufer den Mangel nicht kennt und bei Offenbarung den Vertrag nicht oder nicht mit dem vereinbarten Inhalt geschlossen hätte. Dagegen genügt es nicht, wenn sich dem Verkäufer das Vorliegen aufklärungspflichtiger Tatsachen hätte aufdrängen müssen, weil dann die Arglist vom Vorsatz abgekoppelt und der Sache nach durch leichtfertige oder grob fahrlässige Unkenntnis ersetzt würde. Dabei hat der Bundesgerichtshof auch bereits entschieden, dass selbst ein bewusstes Sichverschließen nicht den Anforderungen genügt, die an die Arglist zu stellen sind (vgl. zum Ganzen BGH, Urteil vom 22. April 2016 – V ZR 23/15 –, Rn. 21 m.w.N., zitiert nach juris).

Erforderlich ist danach die Kenntnis der den Mangel begründenden Umstände zumindest in der Form des Eventualvorsatzes. Diese Kenntnis muss festgestellt werden; sie kann nicht durch wertende Überlegungen ersetzt werden.

bb)

Gemessen daran hat die Beklagte dem Kläger weder den Mangel der ■■■ noch denjenigen des – zu Gunsten des Klägers hier unterstellt – unzulässigen „Thermofensters“ arglistig verschwiegen.

(1)

Die Beklagte hält die Ausgestaltung der ■■■ noch heute mit beachtlichen – wenn auch nach der hiesigen Einschätzung nicht durchgreifenden – Argumenten für zulässig und wehrt sich vor den Verwaltungsgerichten gegen die Rückrufbescheide. Nach ihrem unstreitig gewordenen Vortrag (S. 35 ff. des Schriftsatzes vom 21. August 2023 = Bl. 1.072 ff. d.A.) hat das KBA lediglich knapp 20 Prozent der mit der ■■■ ausgestatteten Fahrzeuge verpflichtend zurückgerufen. Daraus ergibt sich, dass das KBA die ■■■ nicht generell als unzulässige Abschaltvorrichtung einstufte, sondern je nach Motorkonfiguration im Einzelfall differenzierte.

Die Beklagte hat damit plausibel gemacht, dass sie bei Inverkehrbringen des streitgegenständlichen Fahrzeugs einer vertretbaren Rechtsauffassung folgte und bis zum Zeitpunkt des Fahrzeugkaufs nicht billigend in Kauf nahm, das Fahrzeug mit einer unzulässigen

Abschaltvorrichtung zu verkaufen.

Zusätzlich für diese Sichtweise spricht, dass die Beklagte – anders als andere Hersteller betreffend andere Funktionen – vorliegend überzeugend begründen konnte, welchem anderen Zweck als der Manipulation des Prüfstands die Funktion diene. Die Beklagte erstrebte konkret die sachgerechte Reduzierung von NOx-Emissionen in der Warmlaufphase, ohne dass jene zu sehr zu einer erhöhten Rußpartikelbildung führt. Die Beklagte hat unwidersprochen und nachvollziehbar vorgetragen, dass die ■■■ in einer nennenswerten Anzahl von Fahrten im Realbetrieb aktiv ist und dabei – ähnlich wie ein „Thermofenster“, wenn auch mit deutlich strengeren Vorgaben – auf dem Prüfstand wie auf der Straße im Grundsatz in gleicher Weise zur Anwendung kommt.

Dagegen sprechen mit Blick auf die überzeugende Argumentation der Beklagten im Schriftsatz vom 14. September 2023 (S. 5 ff. = Bl. 1.213 ff. d.A.) auch nicht die (lediglich potentiell nicht behördenkonforme Anwendungen auflistenden) „Bosch-Unterlagen“. Ebenso wenig lassen sich aus den mit dem streitgegenständlichen Fahrzeug soweit ersichtlich nicht in Zusammenhang stehenden Strafbefehlen gegen Mitarbeiter der Beklagten gegenläufige Hinweise gewinnen. Diese betrafen soweit ersichtlich Euro 6-Fahrzeuge, hier streitgegenständlich ist ein Euro 5-Fahrzeug.

(2)

Die Beklagte hat sich darauf berufen, dass sie davon ausgegangen sei, das „Thermofenster“ sei aus Gründen des Motorschutzes zulässig gewesen.

Angesichts des Umstandes, dass es sich bei „Thermofenstern“ zur maßgeblichen Zeit um einen

durch das KBA in jeglichen Ausführungen regelmäßig gebilligten Industriestandard handelte, erscheint diese Annahme auch lebensnah. Gesichtspunkte des Motorschutzes stellten nach allgemeiner Meinung eine mögliche Rechtfertigung nach Art. 5 Abs. 2 Satz 2 Buchstabe a) der Verordnung (EG) Nr. 715/2007 dar. Dafür, dass die Beklagte von der Zulässigkeit ausging und jedenfalls nicht den für die Arglist erforderlichen Eventualvorsatz hatte, spricht insbesondere auch, dass sie das „Thermofenster“ gegenüber dem KBA nicht verschleierte, sondern diesem mit dem Hinweis auf die Temperaturabhängigkeit der Abgasrückführung Rückfragen ermöglichte. Sonstige Anhaltspunkte dafür, dass die Beklagte mit dem Einbau des Thermofensters einen Gesetzesverstoß billigend in Kauf genommen hat, sind durch den Kläger

nicht vorgetragen und auch sonst nicht ersichtlich.

Zu weit ginge es, bei dieser Sachlage von der Beklagten einen Vortrag zu fordern, der die damaligen Entscheidungsabläufe im Einzelnen abbildet und ein arglistiges Verschweigen nur dann abzulehnen, wenn die Beklagte etwa zuvor ein Rechtsgutachten eingeholt hat, das die Funktionen für zulässig erklärt hat. Es geht nicht darum, dass die Beklagte sich gewissermaßen

exkulpieren muss. Der erforderliche Eventualvorsatz hinsichtlich der den Mangel begründenden

Tatsachen muss auch den Umstand erfassen, dass die Sache nicht zu ihrer gewöhnlichen Verwendung geeignet ist. Nach den vorigen Ausführungen ist davon auszugehen, dass die Beklagte nicht von der Unzulässigkeit der Funktionen ausging. Wer die Rechtslage in vertretbarer Weise bewertet, dem kann lediglich ein Fahrlässigkeitsvorwurf gemacht werden.

3.

Auch ein Anspruch aus § 826 BGB ist weder wegen der ■■■ noch wegen des „Thermofensters“ gegeben.

a)

Durch den Verbau der ■■■ hat die Beklagte den Kläger nicht vorsätzlich sittenwidrig

geschädigt.

Dabei kann zunächst auf die obigen Ausführungen zur fehlenden Arglist (siehe oben, 2. b) bb) (1)) verwiesen werden. Nach der Überzeugung des Einzelrichters folgte die Beklagte bei

Inverkehrbringen des streitgegenständlichen Fahrzeugs einer vertretbaren Rechtsauffassung und nahm auch bis zum Zeitpunkt des Fahrzeugkaufs nicht billigend in Kauf, das Fahrzeug mit einer unzulässigen Abschaltseinrichtung zu verkaufen.

b)

Eine vorsätzliche sittenwidrige Schädigung kann der Kläger auch nicht aus dem Einbau des „Thermofensters“ herleiten.

aa)

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 vertragliche Pflichten oder das Gesetz verletzt oder bei einem anderen einen Vermögensschaden hervorruft. Vielmehr muss eine besondere Verwerflichkeit seines Verhaltens hinzutreten, die sich aus dem verfolgten Ziel, den eingesetzten Mitteln, der zutage tretenden Gesinnung oder den eingetretenen Folgen ergeben kann (BGH, Urteil vom 15. Oktober 2013 – VI ZR 124/12 –, Rn. 8 m.w.N., zitiert nach juris).

Bei dem Einsatz einer temperaturabhängigen Steuerung des Emissionskontrollsystems fehlt es an einem arglistigen Vorgehen des Automobilherstellers, das die Qualifikation seines Verhaltens als objektiv sittenwidrig rechtfertigen würde, wenn die im streitgegenständlichen Fahrzeug eingesetzte temperaturbeeinflusste Steuerung der Abgasrückführung nicht danach unterscheidet, ob sich das Fahrzeug auf dem Prüfstand oder im normalen Fahrbetrieb befindet.

Sie weist keine Funktion auf, die bei erkanntem Prüfstandbetrieb eine verstärkte Abgasrückführung aktiviert und den Stickoxidausstoß gegenüber dem normalen Fahrbetrieb reduziert, sondern arbeitet in beiden Fahrsituationen im Grundsatz in gleicher Weise. Bei dieser

Sachlage wäre der Vorwurf der Sittenwidrigkeit nur gerechtfertigt, wenn weitere Umstände hinzuträten, die das Verhalten der für den Hersteller handelnden Personen als besonders verwerflich erscheinen ließen. Die Annahme von Sittenwidrigkeit setzt jedenfalls voraus, dass bei der Entwicklung und/oder Verwendung der temperaturabhängigen Steuerung des Emissionskontrollsystems unter billiger Inkaufnahme eines Gesetzesverstoßes in dem Bewusstsein gehandelt wurde, eine unzulässige Abschaltseinrichtung zu verwenden. Fehlt es hieran, ist bereits der objektive Tatbestand der Sittenwidrigkeit nicht erfüllt. Dabei trägt die Darlegungs- und Beweislast für diese Voraussetzung nach allgemeinen Grundsätzen der Anspruchsteller (BGH, Beschluss vom 19. Januar 2021 – VI ZR 433/19 – Rn. 18 f. m.w.N., zitiert nach juris).

Wurde im Typgenehmigungsverfahren verschleiert, dass die Abgasrückführungsrate in dem Fahrzeugtyp durch die Außentemperatur mitbestimmt wird, könnten sich hieraus gegebenenfalls Anhaltspunkte für ein Bewusstsein ergeben, eine unzulässige Abschalteinrichtung zu verwenden (BGH, a.a.O., Rn. 24; vgl. auch: BGH, Beschluss vom 9. März 2021 – VI ZR 889/20 –, Rn. 25 ff., zitiert nach juris).

bb)

Gemessen an diesem Maßstab hat die Beklagte den Kläger durch den Einbau des „Thermofensters“ nicht sittenwidrig geschädigt. Dies gilt unabhängig davon, wie das „Thermofenster“ konkret ausgestaltet und inwieweit es technisch erforderlich war, um Motorschäden vorzubeugen.

Denn nach dem Vortrag der Parteien steht fest, dass im Typgenehmigungsverfahren gerade nicht verschleiert wurde, dass die Abgasrückführungsrate in dem Fahrzeugtyp durch die Außentemperatur mitbestimmt wird. Vielmehr war dem KBA der standardisierte Einsatz von „Thermofenstern“ in Dieselfahrzeugen bekannt. Die Beklagte legte im Typgenehmigungsverfahren offen, dass die Abgasrückführung von der Temperatur abhängt (siehe bereits die Ausführungen zur fehlenden Arglist oben, 2. b) bb) (2)).

4.

Der Kläger hat jedoch einen Anspruch aus § 823 Abs. 2 BGB in Verbindung mit § 6 Abs. 1, § 27 Abs. 1 EG-FGV. Seinem neu gestellten Hauptantrag ist daher teilweise stattzugeben, während die Klage im Übrigen – hinsichtlich des restlichen Teils des Zahlungsantrags sowie hinsichtlich des Feststellungsantrags und des Antrags auf Erstattung der Kosten der außergerichtlichen Rechtsverfolgung – abzuweisen ist.

a)

Dem Käufer eines mit einer unzulässigen Abschalteinrichtung versehenen Kraftfahrzeugs kann ein Schadensersatzanspruch gemäß § 823 Abs. 2 BGB in Verbindung mit § 6 Abs. 1, § 27 Abs.

1 EG-FGV gegen den Fahrzeughersteller zustehen, weil ihm aufgrund des Vertragsschlusses ein Vermögensschaden nach Maßgabe der Differenzhypothese, also ein Differenzschaden, entstanden ist (BGH, Urteil vom 26. Juni 2023 – VIa ZR 335/21 –, Rn. 28 ff. m.w.N., zitiert nach juris).

b)

Dass im Fahrzeug mit der ■■■■ mindestens eine unzulässige Abschalteinrichtung verbaut war,

wurde bereits ausgeführt (siehe oben, 2. a) bb) (1)).

c)

Die Beklagte handelte insoweit auch fahrlässig. Sie versäumte es, ihre lediglich vertretbare, aber keinesfalls zwingende (die Beklagte selbst bezeichnet die Rechtslage als „unsicher“: S. 60

der Berufungserwiderung = Bl. 983 d.A.) Rechtsauffassung betreffend die Zulässigkeit der Abschalteinrichtung mittels einer Offenlegung gegenüber dem KBA überprüfen zu lassen.

In einem unvermeidbaren Verbotsirrtum befand sich die Beklagte nicht. Insbesondere ist ein solcher nicht etwa anzunehmen, weil das KBA bei hypothetischer Betrachtung die Funktion gebilligt hätte (BGH, Urteil vom 26. Juni 2023 – VIa ZR 335/21 –, Rn. 65 ff. m.w.N., zitiert nach juris). Der Einzelrichter ist gemäß § 286 ZPO davon überzeugt, dass das KBA die Funktion bei Offenlegung nicht gebilligt hätte. Sobald das KBA davon erfahren hat, hat es nach Tests zur Grenzwertkausalität einen Pflichtrückruf angeordnet. Es sind keine Anhaltspunkte dafür vorgetragen oder sonst ersichtlich, dass das KBA im Falle der Offenlegung zu einem früheren Zeitpunkt zu einer anderen Einschätzung gekommen wäre. Mithin kommt der anschließenden Verwaltungspraxis als ein gegen eine hypothetische Genehmigung sprechendes Indiz ein erhebliches Gewicht zu (vgl. BGH, Urteil vom 26. Juni 2023 – VIa ZR 335/21 –, Rn. 67, zitiert nach juris).

Ob sich die Beklagte überhaupt in einem Irrtum über die Zulässigkeit befand (dies verneinend, weil kein Vertrauenstatbestand wie beim „Thermofenster“ vorgelegen habe: OLG Stuttgart, Urteil vom 19. Oktober 2023 – 24 U 103/22 – Rn. 65 ff., zitiert nach juris; vgl. hierzu auch die klägerischen Ausführungen auf S. 23 des Schriftsatzes vom 21. August 2023 = Bl. 1.117 d.A.), kann daher dahinstehen.

Soweit die Beklagte in ihrem Schriftsatz vom 23. Oktober 2023 (S. 12 ff. = Bl. 1.065 ff. d.A.) Entscheidungen anderer Oberlandesgerichte zitiert, vermögen auch diese Verweise nicht zu begründen, weshalb sich die Beklagte in einem unvermeidbaren Verbotsirrtum befunden haben

sollte. Die Entscheidungen des Oberlandesgerichts Düsseldorf (I-18 U 89/21 sowie I-18 U 75/21), des Oberlandesgerichts Köln (12 U 142/22) und des Oberlandesgerichts Stuttgart (23 U 952/21) wurden nicht vorgelegt und sind nicht bei juris eingestellt. Aus den zitierten Passagen

ergibt sich jedoch der Eindruck, dass das streitgegenständliche Fahrzeug dort – anders als hier

– keinem Pflichtrückruf unterlag.

Dem Hinweisbeschluss des Oberlandesgerichts Hamm (Az. I-3 U 93/23, eingereicht als Anlage BB 12 im Aktendeckel von Band V, nicht bei juris eingestellt) lag zwar wohl ein Fall mit einem

Pflichtrückruf zugrunde. Im konkreten Fall ging das Oberlandesgericht Hamm nach seiner vorläufigen Einschätzung davon aus, die Beklagte habe sich in einem unvermeidbaren

Verbotsirrtum befunden, weil noch in den Jahren 2020 und 2021 eine Vielzahl an Oberlandesgerichten bestätigt habe, dass die Rechtsauffassung der Beklagten vertretbar gewesen sei. Die Einholung von Auskünften hätte daher allenfalls ergeben, dass die Rechtslage unklar sei.

Nach hiesiger Einschätzung lässt sich ein unvermeidbarer Verbotsirrtum so indes nicht begründen. Auch hier wird die Vertretbarkeit der Rechtsauffassung der Beklagten anerkannt. Allerdings scheitert eine Entlastung, wenn sich der Hersteller mit Rücksicht auf eine nicht in seinem Sinn geklärte Rechtslage erkennbar in einem rechtlichen Grenzbereich bewegte, schon

deshalb eine abweichende rechtliche Beurteilung seines Vorgehens in Betracht ziehen und von

der eventuell rechtswidrigen Verwendung der Abschaltvorrichtung absehen musste (BGH, Urteil

vom 25. September 2023 – VIa ZR 1/23 –, Rn. 14 m.w.N., zitiert nach juris). Vorliegend hätte gerade die Unsicherheit betreffend die Zulässigkeit der ■■■■ besondere Veranlassung für eine verbindliche Klärung gegeben. Das Mittel der Wahl wäre eine Offenlegung gegenüber dem KBA

gewesen. Diesen Weg wählte die Beklagte jedoch nicht, sondern ging infolge des Versäumnisses der Offenlegung das Wagnis ein, die Funktion zu verbauen, ohne auf deren Zulässigkeit tatsächengestützt wirklich vertrauen zu können. Dies war fahrlässig.

d)

Zur Erwerbskausalität kann sich der Kläger als Anspruchsteller bei der Inanspruchnahme der Beklagten nach § 823 Abs. 2 BGB in Verbindung mit § 6 Abs. 1, § 27 Abs. 1 EG-FGV auf den Erfahrungssatz stützen, dass er den Kaufvertrag zu diesem Kaufpreis nicht geschlossen hätte (BGH, Urteil vom 26. Juni 2023 – VIa ZR 335/21 –, Rn. 55 m.w.N., zitiert nach juris).

e)

Der Kläger hat Anspruch auf den ihm als Folge des Minderwerts des Fahrzeugs entstandenen Schaden in Höhe von 4.371,82 Euro.

aa)

Nach den Vorgaben des Bundesgerichtshofes, welchen sich der Einzelrichter anschließt, hat die Schätzung des Schadens innerhalb eines Rahmens zwischen fünf und 15 Prozent zu erfolgen. Maßgebliche Kriterien für die Orientierung innerhalb dieses Rahmens sind insbesondere das Risiko behördlicher Anordnungen, das Gewicht des der Haftung zugrundeliegenden konkreten Rechtsverstoßes für das unionsrechtliche Ziel der Einhaltung gewisser Emissionsgrenzwerte sowie der Grad des Verschuldens (BGH, Urteil vom 26. Juni 2023 – VIa ZR 335/21 –, Rn. 76 ff. m.w.N., zitiert nach juris).

Vorliegend ist das Rückrufrisiko als relativ groß einzuschätzen. Zum einen zeigt der erfolgte Rückruf, an welchem das KBA auch auf Widerspruch der Beklagten festhielt, zumindest [REDACTED],

dass bei der Betrachtung ex ante nicht nur von einem vernachlässigbaren rein theoretischen Rückrufrisiko auszugehen war, sondern dass sich die Ansicht, es müsse zur Herstellung rechtmäßiger Zustände erst noch eine Änderung der Motorkonfiguration vorgenommen werden,

durchaus vertreten lässt. Zum anderen darf vorliegend nicht außer Betracht geraten, dass die [REDACTED] im streitgegenständlichen Fahrzeug jedenfalls nach der Einschätzung des KBA grenzwertkausal wirkte, was sowohl die Rückrufwahrscheinlichkeit erhöht als auch die Wahrscheinlichkeit einer raschen und unkomplizierten Reaktionsmöglichkeit auf einen etwaigen

Rückruf reduziert und damit die Stilllegungsgefahr erhöht. Denn es genügt dann nicht einfach der Ausbau der unzulässigen Abschaltvorrichtung, sondern es ist eine Funktion zu entwickeln, welche auf andere Weise für die Einhaltung der Grenzwerte sorgt, möglichst ohne den Betrieb ansonsten zu beeinträchtigen.

Jedoch zeigt der Verlauf [REDACTED] wiederum, dass die Beklagte in der Lage war, dank zwischenzeitlich erfolgter Erkenntnisfortschritte (S. 41 ff. des Schriftsatzes vom 21. August 2023 = Bl. 1.078 ff. d.A.) mit einem durch das KBA genehmigten Software-Update auf den Pflichtrückruf zu reagieren. Es sind keine Anhaltspunkte dafür ersichtlich, weshalb diese Entwicklung ex ante außerhalb des Erwartbaren hätte liegen sollen, so dass trotz des relativ hohen Rückrufrisikos und trotz der grenzwertkausalen Wirkung keine besonders hohe Stilllegungsgefahr bestand.

Ob zudem das „Thermofenster“ als unzulässige Abschaltvorrichtung einzustufen ist, kann vorliegend dahinstehen. Das Fahrzeug wurde wegen des „Thermofensters“ in zwölftehalb Jahren nach dem Kauf nicht zurückgerufen, so dass sich aus einer etwaigen Bejahung der Unzulässigkeit keine signifikante weitere Erhöhung des – ohnehin bereits bestehenden – Rückrufrisikos ergäbe. Dieses wäre nach wie vor als relativ groß einzustufen.

Das Gewicht des der Haftung zugrundeliegenden konkreten Rechtsverstoßes für das unionsrechtliche Ziel der Einhaltung gewisser Emissionsgrenzwerte ist als mittelgroß bis relativ groß einzuschätzen. Einerseits wirkt die [REDACTED] jedenfalls nach der Einschätzung des KBA grenzwertkausal, was für ein hohes Gewicht spricht. Andererseits kommt sie immerhin in einer nennenswerten Anzahl an Fällen auch im Realbetrieb zum Einsatz und kann dort die Werte ebenso reduzieren wie auf dem Prüfstand, was dem Ziel der Einhaltung der Werte eher entgegenkommt.

Vergleichsweise gering ist vorliegend jedoch der Grad des Verschuldens der Beklagten. Diese konzipierte nicht nur eine komplexe und jedenfalls im Ansatz sinnvolle Funktion, welche unter

bestimmten Voraussetzungen NOx-Emissionen reduziert, ohne die Rußpartikelbildung zu sehr zu steigern (dieser Vortrag der Beklagten wird vom Kläger nicht bestritten: S. 18 des Schriftsatzes vom 21. August 2023 = Bl. 1.112 d.A.). Die Beklagte handelte zwar fahrlässig betreffend die NOx-Emissionen, aber aus dem nachvollziehbaren Motiv der Optimierung der gesamten Emissionen in dafür technisch besonders geeigneten Bereichen und nach der Überzeugung des Einzelrichters nicht primär orientiert an den Kriterien des Prüfstands.

Nach alledem spricht zwar das relativ große Rückrufrisiko für eine Schätzung oberhalb des Mittelwertes von zehn Prozent. Der eher geringe Grad des Verschuldens gibt jedoch Anlass, diese Schätzung dahingehend zu reduzieren, dass ein Schaden von lediglich zehn Prozent anzusetzen ist. Dies sind 4.371,82 Euro.

bb)

Eine schadensmindernde Berücksichtigung später eintretender Umstände im Wege der Vorteilsausgleichung, deren Voraussetzungen der Fahrzeughersteller darzulegen und zu beweisen hat (BGH, Urteil vom 26. Juni 2023 – VIa ZR 335/21 –, Rn. 80 m.w.N., zitiert nach juris), ist hier nicht gegeben.

(1)

Nutzungsvorteile und der Restwert des Fahrzeugs sind erst dann und nur insoweit schadensmindernd anzurechnen, als sie den Wert des Fahrzeugs bei Abschluss des Kaufvertrags (gezahlter Kaufpreis abzüglich Differenzschaden) übersteigen (BGH, a.a.O.).

Hier sind angesichts einer durch den Senat in ständiger Rechtsprechung zugrunde gelegten Gesamtleistung von 300.000 Kilometern und eines unstreitigen Kilometerstandes von 129.611 am Tag vor der letzten mündlichen Verhandlung Nutzungsvorteile in Höhe von 18.887,87 Euro – berechnet aus dem Kaufpreis und nicht aus dem objektiv reduzierten Wert (vgl. OLG Stuttgart, Urteil vom 19. Oktober 2023 – 24 U 103/22 – Rn. 78 m.w.N., zitiert nach juris) – entstanden. Der Wert des Fahrzeugs bei Abschluss des Kaufvertrags betrug 39.346,40 Euro (43.718,22 Euro abzüglich zehn Prozent). Mithin käme eine schadensmindernde Anrechnung lediglich in Frage, soweit der Restwert des Fahrzeugs die Differenz aus dem Wert und den Nutzungsvorteilen in Höhe von 20.458,53 Euro übersteigt.

Dafür ist von der Beklagten nichts vorgetragen. Ein derart hoher Restwert des rund zwölfteinalb

Jahre alten Fahrzeugs noch fast in Höhe der Hälfte des Neupreises ist auch ansonsten nicht ersichtlich, so dass die gemäß § 287 ZPO vorzunehmende Schätzung ergibt, dass der Restwert

jedenfalls nicht höher ist als 20.458,53 Euro.

(2)

Der Schaden wurde entgegen der Auffassung der Beklagten auch nicht etwa durch das durchgeführte Software-Update kompensiert.

Beruft sich der Fahrzeughersteller auf die nachträgliche Verbesserung des Fahrzeugs durch ein Software-Update, kann damit eine Schadensminderung nur verbunden sein, wenn und soweit das Software-Update die Gefahr von Betriebsbeschränkungen signifikant reduziert. Das wiederum kann nur dann der Fall sein, wenn es nicht seinerseits eine unzulässige Abschaltseinrichtung beinhaltet (BGH, a.a.O.).

Danach ist es zwar grundsätzlich möglich, ein wirksames und den rechtlichen Vorgaben entsprechendes Software-Update schadensmindernd zu berücksichtigen. Indes ist in diesem Zusammenhang im Blick zu behalten, dass ein solches Software-Update nicht doppelt zugunsten des Herstellers berücksichtigt werden kann. Hier wurde bereits zugunsten der Beklagten – die dies in diesem Zusammenhang auch selbst als wesentliches Kriterium anführte

(S. 27 des Schriftsatzes vom 21. August 2023 = Bl. 1.064 d.A.) – bei der Festlegung des Minderwerts berücksichtigt, dass ein Software-Update durchgeführt wurde, was [REDACTED] zeigte,

dass aus dem Rückrufrisiko keine besonders hohe Stilllegungsgefahr resultierte (siehe oben, aa)).

Zudem und vor allem wird ein durchgeführtes Software-Update bereits bei der Schätzung des Restwertes mittelbar berücksichtigt. Denn gäbe es das Update (noch) nicht, betrüge der Restwert für das folglich mit einer weiterhin bestehenden erheblichen Stilllegungsgefahr belastete Fahrzeug ersichtlich lediglich einen Bruchteil des Wertes vergleichbarer am Markt gehandelter Fahrzeuge ohne Stilllegungsgefahr.

Anders ausgedrückt ist davon auszugehen, dass der (Gebrauchtwagen-)Markt das Update mit all seinen Unwägbarkeiten und denkbaren Folgen für den Betrieb des Fahrzeugs (betreffend eine etwa fortbestehende „Bemakelung“ wegen der Betroffenheit des Fahrzeugs vom „Dieselskandal“, den künftigen Verbrauch, den künftigen Verschleiß und eine womöglich durch das Update hervorgerufene erneute Stilllegungsgefahr) bereits sachgerecht bewertet, so dass jedenfalls in einem auf der Basis von verlässlichen aktuellen Wertangaben aus Datenbanken ermittelten Restwert das Update bereits „beinhaltet“ ist. Würde man in einem solchen Fall eine weitere Schadenskompensation durch das Update annehmen, so wäre dies eine unzulässige doppelte Vorteilsausgleichung. Denn damit würde man den Restwert in einer nicht marktgerechten Weise erhöhen und zu einem reinen Fantasiewert gelangen, den Käufer mithin übervorteilen.

Hier ergibt die Schätzung gemäß § 287 ZPO, dass der Restwert – auch unter Berücksichtigung des erfolgreich installierten Updates – jedenfalls 20.458,53 Euro nicht übersteigt.

Anders mag sich dies in dem hier nicht vorliegenden und daher nicht zu entscheidenden Fall darstellen, dass eine Schätzung gemäß § 287 ZPO zunächst noch nicht hinreichend berücksichtigt, dass die Stilllegungsgefahr durch ein Update bereits (jedenfalls weitestgehend) gebannt wurde.

Soweit die Beklagte im Schriftsatz vom 23. Oktober 2023 noch auf Rechtsprechung anderer Oberlandesgerichte sowie des Kammergerichts verwiesen hat (S. 3 ff. = Bl. 1.249 ff. d.A.), hat der Einzelrichter zur Kenntnis genommen, dass dort ausgeführt wurde, dass das Software-Update einen etwaigen Schaden vollständig ausgleichen kann. Dies wird hier allerdings auch nicht in Abrede gestellt. Die anderen Gerichte waren der Auffassung, aufgrund eines – anders als hier – offenbar unstreitig effektiven Software-Updates ohne nachteilige Folgewirkungen auf eine konkrete Schadensberechnung verzichten zu können. Ob dies in einem solchen Fall tatsächlich möglich ist, muss hier nicht entschieden werden. Denn jedenfalls ist die hiesige mehrstufige Schadensberechnung (zunächst Ermittlung des Minderwerts, dann Berechnung der Vorteilsausgleichung mit einem das Software-Update bereits berücksichtigenden Restwert) nicht per se ein weniger sachgerechter Weg. Auch auf diesem Weg kann ein Software-Update je nach den Umständen des Einzelfalls über die Erhöhung des Restwertes dazu beitragen, dass ein Schaden völlig ausgeglichen wird.

Nach alledem kann dahinstehen, ob eine Berücksichtigungsfähigkeit des Software-Updates – wie vom Kläger vorgetragen – hier ohnehin aus dem Grund ausscheidet, dass es möglicherweise nicht hinreichend wirksam ist, dass auch nach dem Abspielen ein „Thermofenster“ als unzulässige Abschalteneinrichtung verbaut ist und dass das Fahrzeug auch nach dem Aufspielen des Updates „bemakelt“ bleibt.

f)

Der Feststellungsantrag ist unbegründet.

Dieser ist gerichtet auf Schadensersatz für etwaige künftige Schäden. Würde diesem Antrag stattgegeben, käme es – ähnlich wie umgekehrt zugunsten der Beklagten im Falle einer doppelten Berücksichtigung des Software-Updates (siehe oben, e) bb) (2)) – zugunsten des Klägers zu einer doppelten Berücksichtigung der Möglichkeit künftiger Schäden. Die dagegen gerichteten klägerischen Ausführungen im nachgelassenen Schriftsatz vom 23. Oktober 2023 (S. 11 ff. = Bl. 1.241 ff. d.A.) vermögen nicht zu überzeugen.

Denn mit dem Zuspruch eines Minderwertes von zehn Prozent wird der Kläger bereits hinreichend dafür entschädigt, ein Fahrzeug erworben zu haben, welches wegen des Verbaus einer unzulässigen Abschalteinrichtung mit Risiken für den künftigen Betrieb belastet war und gegebenenfalls noch ist. Es ist danach von vornherein grundsätzlich denkbar, dass aus der Realisierung dieser Risiken Pflichtrückrufe oder nachteilige Folgen von Software-Updates resultieren, mit denen der Kläger leben muss. Würde man zusätzlich zu seinen Gunsten feststellen, dass die Beklagte auch für künftige Folgen des Verbaus von unzulässigen Abschalteinrichtungen haftet, so würde man diese in der Feststellung eines Minderwertes zum Ausdruck kommenden Risiken letztlich wieder auf die Beklagte abwälzen, die solche Risiken jedoch bereits mit dem Ersatz des Minderwertes abgegolten hat. Der Kläger hätte infolge dieser

Feststellung keine künftigen Kosten zu besorgen. Er hätte bisher ein vollfunktionsfähiges Fahrzeug genutzt und hätte die Gewähr, dass sich daran – zumindest wirtschaftlich – auch nichts ändert. Es stellt sich die Frage, welcher Minderwert dann in Ermangelung jeglicher von ihm zu tragender Risiken noch zu erstatten sein sollte.

Käme es einem eher risikoaversen Kläger in erster Linie darauf an, derartige künftige Risiken zu vermeiden, dürfte es ihm freistehen, keinen Differenzschaden (mit einem vorrangigen Zahlungsantrag) geltend zu machen und stattdessen ausschließlich die Feststellung zu beantragen. Dann würde er aber konsequenter Weise auch keine Zahlung erhalten, wenn sich letztlich keine Beeinträchtigungen ergeben, weil es nicht zu einem Pflichtrückruf kommt oder der Hersteller auf einen solchen mit einem effektiven Software-Update, welches keine Folgeprobleme nach sich zieht, reagiert.

g)

Die zugesprochenen Zinsen folgen aus § 291 BGB. Rechtshängigkeit trat mit der am 23. August

2023 erfolgten Zustellung der neuen klägerischen Anträge ein, so dass Zinsbeginn der 24. August 2023 ist.

h)

Die Freistellung von außergerichtlichen Rechtsanwaltskosten kann der Kläger nicht verlangen, weil der außergerichtlich geltend gemachte Anspruch auf „großen Schadensersatz“ nicht bestand.

i)

Der Anspruch ist nicht verjährt. Der Kläger hätte nicht bereits mit dem Bekanntwerden des – zunächst lediglich VW-Motoren betreffenden – Dieselskandals Kenntnis von seinem Anspruch gegen die Beklagte haben müssen.

5.

Die Kostenentscheidung für das Berufungsverfahren war nach § 92 Abs. 1 ZPO und § 269 Abs. 3 Satz 2 ZPO (betreffend die durch die Antragsumstellung erfolgte Teilrücknahme, siehe den Schriftsatz der Beklagten vom 21. August 2023, S. 22 = Bl. 1.059 d.A.) zu treffen. Der Kläger obsiegte mit ungefähr 13 Prozent seines gesamten ursprünglichen zweitinstanzlichen Begehrens in Höhe von rund 33.000,- Euro (siehe nachfolgend noch die Ausführungen zum Streitwert).

Die Kosten für die erste Instanz hat demgegenüber gemäß § 91 Abs. 1 ZPO vollständig der Kläger zu tragen, weil der erstinstanzlich geltend gemachte Anspruch auf „großen Schadensersatz“ nicht bestand.

Die Revision war mangels des Vorliegens der Voraussetzungen von § 543 Abs. 2 Satz 1 ZPO auch auf den klägerischen Antrag hin nicht zuzulassen.

Die Entscheidung des vorliegenden Falles ergab sich durch Subsumtion der im konkreten Einzelfall vorliegenden Umstände unter die durch den Bundesgerichtshof in mehreren Entscheidungen aufgestellten neuen Maßstäbe, so dass eine grundsätzliche Bedeutung nicht erkennbar ist (ebenso: OLG Stuttgart, Urteil vom 19. Oktober 2023 – 24 U 103/22 – Rn. 84, zitiert nach juris).

Soweit das Oberlandesgericht Hamm im vorgenannten Hinweisbeschluss einen unvermeidbaren Verbotsirrtum angenommen hat, handelt es sich lediglich um Hinweise, zu denen der dortige Kläger noch Stellung nehmen konnte, und somit nicht um eine verfahrensbeendende Entscheidung. Im Übrigen hat auch das Oberlandesgericht Hamm am Ende des Hinweisbeschlusses ausgeführt, dass die entscheidungserheblichen Rechtsfragen bereits entschieden wurden und lediglich noch eine Würdigung der im Einzelfall feststellbaren Umstände zu erfolgen hat.

Soweit es um die Berücksichtigung des Software-Updates im Rahmen der Vorteilsausgleichung geht, wurde oben (siehe oben, 4. e) bb) (2)) bereits ausgeführt, dass die hiesige Lösung derjenigen anderer Oberlandesgerichte und des Kammergerichts nicht grundsätzlich widerspricht.

Die Entscheidung über die vorläufige Vollstreckbarkeit beruht auf § 708 Nr. 10, § 713 ZPO. Ein Rechtsmittel gegen dieses Urteil ist unzweifelhaft nicht zulässig. Die Revision wurde nicht zugelassen. Für eine Nichtzulassungsbeschwerde ist der Wert der mit der Revision von der

jeweiligen Partei geltend zu machenden Beschwer gemäß § 544 Abs. 2 Nr. 1 ZPO zu gering. Die Beklagte ist mit lediglich 4.371,82 Euro beschwert, der Kläger mit 10.185,91 Euro. Dies ist die Differenz aus dem mit den letzten Anträgen verfolgten Begehren und dem zugesprochenen Betrag von 4.371,82 Euro. Das zuletzt verfolgte Begehren summiert sich auf 14.557,73 Euro. Es setzt sich zusammen aus dem Zahlungsantrag von 6.557,73 Euro sowie dem Feststellungsantrag. Dessen Wert wird auf 8.000,- Euro festgesetzt. Es wird von einem Wert der begehrten Feststellungen (betreffend eine etwaige Hardwareausrüstung und einen womöglich erhöhten Verbrauch) in Höhe von insgesamt 10.000,- Euro ausgegangen und ein Abschlag von 20 Prozent wegen der Feststellungsklage vorgenommen. Die in der mündlichen Verhandlung befragte Klägerseite ist der gerichtlichen Einschätzung nicht entgegengetreten, dass der Antrag jedenfalls keinen Wert von mehr als 13.000,- Euro haben dürfte. Sie hat auch im nachgelassenen Schriftsatz keine Angaben mehr zu einem womöglich doch höher liegenden Wert – oder überhaupt zum Wert – gemacht.

Die Streitwertfestsetzung beruht auf § 63 Abs. 2, § 47 Abs. 1 und 3, § 48 Abs. 1 GKG, §§ 3 und

4 Abs. 1, § 5 ZPO. Sie basiert auf den ursprünglichen Berufungsanträgen des Klägers, wobei der Antrag auf Feststellung des Annahmeverzugs den Streitwert nicht erhöhte, der Antrag auf Feststellung einer vorsätzlichen unerlaubten Handlung nicht zum Überschreiten einer Gebührenstufe führte und der ursprünglich gestellte Hilfsantrag den Streitwert gemäß § 45 Abs.

1 Satz 3 GKG nicht erhöhte.

Dr. ■■■■■
Richter am Oberlandesgericht

Beglaubigt
[Redacted], 20.11.2023

Beglaubigt
[Redacted], 20.11.2023

Husa
Justizfachangestellte

Husa
Justizfachangestellte

Verkündet laut Protokoll

am 17.11.2023

■■■■■, Justizfachangestellte

als Urkundsbeamtin der Geschäftsstelle

Protokoll

Folgende Dokumente wurden durch [REDACTED] untrennbar verbunden:

Blatt	Dokumentname	Originalname	Typ
373 - 395	Urteil v. 17.11.2023	1fa6c3a3-121a-4b38-9dba-[REDACTED]	Urteilp
396	Verkündungsstempel	NewE2ADocument_3c090c33-18db-4972-b524-[REDACTED]	Andere / Sonstigep

Die untrennbare Verbindung wurde am **20.11.2023** um **17:30** Uhr erstellt.