

I-30 U 39/23
2 O 92/22
Landgericht Essen



Oberlandesgericht Hamm

IM NAMEN DES VOLKES

Urteil

In dem Rechtsstreit

_____ ,

Klägers und Berufungsklägers,

Prozessbevollmächtigte:

Rechtsanwälte Gansel Rechtsanwälte,
Wallstraße 59, 10179 Berlin,

gegen

die Mercedes-Benz Group AG, vertreten durch den Vorstand, dieser vertreten durch
den Vorstandsvorsitzenden Ola Källenius, Mercedesstr. 120, 70372 Stuttgart,

Beklagte und Berufungsbeklagte,

Prozessbevollmächtigte:

Rechtsanwälte White & Case, Bockenheimer
Landstraße 20, 60323 Frankfurt,

hat der 30. Zivilsenat des Oberlandesgerichts Hamm

auf die mündliche Verhandlung vom 02.04.2025

durch den Vorsitzenden Richter am Oberlandesgericht Dr. Hübner, die Richterin am
Oberlandesgericht Dhom und die Richterin am Landgericht Hahne

für Recht erkannt:

Auf die Berufung des Klägers wird das am 25.08.2022 verkündete Urteil
des Einzelrichters der 2. Zivilkammer des Landgerichts Essen (2 O 92/22)
– unter Zurückweisung der Berufung im Übrigen – teilweise abgeändert.

Die Beklagte wird verurteilt, an den Kläger 3.700,10 € nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 22.02.2022 zu zahlen.

Die Kosten des Rechtsstreits tragen mit Ausnahme der durch die Anrufung des örtlich unzuständigen Landgerichts Düsseldorf entstandenen Mehrkosten, die der Kläger zu tragen hat, der Kläger zu 82 % und die Beklagte zu 18 %.

Dieses Urteil und das angefochtene Urteil, soweit die Berufung zurückgewiesen worden ist, sind vorläufig vollstreckbar.

Die Revision wird nicht zugelassen.

Gründe:

I.

Der Kläger nimmt die Beklagte wegen der Verwendung unzulässiger Abschaltvorrichtungen in einem Kraftfahrzeug auf Schadensersatz in Anspruch.

Der Kläger erwarb aufgrund Bestellung vom 03.08.2015 von der Fa. Fahrzeug Werke Lueg AG, Niederlassung Essen, einen neuen Mercedes Benz GLC 250 D 4-Matic BlueTEC (FIN [REDACTED] 150 kW, 2.143 ccm, Typgenehmigungsnummer e1*2001/116*0480*18, Erstzulassung 30.11.2015) mit einem Kilometerstand von 0 zu einem Kaufpreis von 52.858,61 € brutto, den er mit einem Darlehen finanzierte, für welches er Kosten in Höhe von 6.462,15 € aufwandte.

Das Fahrzeug ist mit einem Dieselmotor der Baureihe OM 651 ausgestattet. Herstellerin des Fahrzeugs einschließlich des Motors ist die Beklagte. Für den Fahrzeugtyp wurde eine Typgenehmigung nach der VO (EG) 715/2007 mit der Schadstoffklasse Euro 6 erteilt. Der Wagen verfügt über einen SCR-Katalysator mit AdBlue-Tank. Darüber hinaus erfolgt die Abgasreinigung über die Abgasrückführung (AGR), bei der ein Teil der Abgase wieder der Verbrennung im Motor zugeführt wird, was zu einer Verringerung der NOx-Emissionen führt. Die AGR wird dabei in Abhängigkeit von den Außentemperaturen reguliert (sog. Thermofenster). Ferner verfügte die Motorsteuerung über eine Kühlmittel-Solltemperatur-Regelung (KSR), durch die während des Motorwarmlaufs unter bestimmten Betriebsumständen die Sollwerttemperatur für das Kühlmittelthermostat von 100 °C auf 70 °C abgesenkt wird.

Das Klägerfahrzeug unterliegt einem – nicht bestandskräftigen – verpflichtenden Rückruf durch das Kraftfahrtbundesamt (KBA) vom 03.08.2018. Das KBA hat insoweit die „Strategie A in vergleichbarer Ausprägung“ beanstandet. Die Beklagte hat allerdings ein vom KBA freigegebenes Software-Update entwickelt, welches sie zunächst in 2018 dem Kläger erfolglos angeboten hatte und das bei dem Fahrzeug – nach Veräußerung durch den Kläger – aufgespielt wurde. Mit dem Update wurde die vom KBA beanstandete Strategie A in vergleichbarer Ausprägung entfernt und die Bedatung des Thermofensters ausgeweitet.

Am 17.12.2019 übte der Kläger das mit dem Finanzierungsvertrag vereinbarte verbriefte Rückgaberecht aus und gab das streitgegenständliche Fahrzeug mit einem Kilometerstand von 26.051 zu einem Rechnungsbetrag in Höhe von 33.907,06 € zurück.

Der Kläger hat von der Beklagten zunächst – auch noch im Berufungsverfahren – den sog. großen Schadensersatz verlangt, zuletzt jedoch nur noch einen Differenzschaden in Höhe von 15 % des Kaufpreises, also 7.928,79 € geltend gemacht. Das Landgericht hat die Klage abgewiesen.

Von der weiteren Darstellung des Tatbestandes wird gem. §§ 540 Abs. 2, 313a Abs. 1 ZPO i.V.m. §§ 542 Abs. 1, 543 Abs. 1, 544 Abs. 2 ZPO abgesehen.

II.

Die zulässige Berufung des Klägers ist in dem aus dem Tenor ersichtlichen Umfang begründet; im Übrigen ist sie unbegründet.

1.

Ansprüche aus § 826 BGB und § 823 Abs. 2 BGB i.V.m. § 263 Abs. 1 StGB werden durch den Kläger nicht mehr geltend gemacht, sind im Übrigen durch das Landgericht aber auch zu Recht verneint worden.

2.

Der Kläger ist zur Geltendmachung der streitgegenständlichen deliktischen Ansprüche aktivlegitimiert.

a)

Soweit die Beklagte mit Nichtwissen bestreitet, dass der Kläger jemals Eigentümer des streitgegenständlichen Fahrzeugs geworden ist, und hierzu auf den

als Anlage K 1a vorgelegten Fahrzeugschein (Bl. 215 LG) verweist, in dem nicht der Kläger, sondern „Kata Hrkac“ eingetragen ist, so kommt es hierauf nicht an. Zum einen weist der Fahrzeugschein – in aller Regel – den Halter eines Fahrzeugs aus, macht aber jedenfalls keinerlei Angabe zu dessen Eigentümer. Zum anderen stellt der Bundesgerichtshof im Rahmen eines – hier bestehenden – Anspruchs gemäß § 823 Abs. 2 BGB i.V.m. §§ 6 Abs. 1, 27 Abs. 1 EG-FGV nicht auf den Eigentümer, sondern den Käufer des Fahrzeugs ab. Käufer des Fahrzeugs war jedoch unstreitig der Kläger.

b)

Der Kläger hat etwaige Ansprüche auch nicht wirksam abgetreten. Die in der Sicherungsabrede zwischen dem Kläger und der Darlehensgeberin enthaltene Abtretungsklausel ist nach §§ 307 Abs. 1 und 2 Nr. 1, 134, 400 BGB, § 850b Abs. 1 Nr. 1 ZPO nach gefestigter höchstrichterlicher Rechtsprechung unwirksam (vgl. *BGH, Urteil vom 03.07.2023, VIa ZR 155/23 juris-Rn 7, 11, 13*; *BGH, Urteil vom 10.07.2023, VIa ZR 6/23 juris-Rn 7*; *BGH, Urteil vom 10.07.2023, VIa ZR 318/23 juris-Rn 7 jew. m.w.N.*).

Für anderweitige Abtretungen bestehen keine Anhaltspunkte.

3.

Der Kläger hat gegen die Beklagte einen Anspruch auf Ersatz des sog. Differenzschadens in Höhe von 3.700,10 € gemäß § 823 Abs. 2 BGB i.V.m. §§ 6 Abs. 1, 27 Abs. 1 EG-FGV.

a)

Nach dem – zeitlich erst deutlich nach dem vorliegenden landgerichtlichen Urteil erlassenen – Urteil des Bundesgerichtshofs vom 26.06.2023 (*VIa ZR 335/21*), das im Anschluss an das Urteil des Europäischen Gerichtshofs vom 21.03.2023 (*C-100/21*) ergangen ist, ist das Interesse eines Fahrzeugkäufers, durch den Abschluss eines Kaufvertrags über ein Kraftfahrzeug nicht wegen eines Verstoßes des Fahrzeugherstellers gegen das europäische Abgasrecht eine Vermögenseinbuße im Sinne der Differenzhypothese zu erleiden, von § 823 Abs. 2 BGB i.V.m. §§ 6 Abs. 1, 27 Abs. 1 EG-FGV nach der gebotenen unionsrechtlichen Lesart geschützt (*BGH a.a.O., juris-Rn 28 ff.*).

b)

Die Beklagte hat eine unzutreffende Übereinstimmungsbescheinigung erteilt und damit gegen die §§ 6 Abs. 1, 27 Abs. 1 EG-FGV verstoßen.

Unzutreffend ist eine Übereinstimmungserklärung, wenn das betreffende Kraftfahrzeug mit einer gemäß Art. 5 Abs. 2 VO (EG) 715/2007 unzulässigen Abschaltvorrichtung ausgerüstet ist, weil die Bescheinigung dann eine tatsächlich nicht gegebene Übereinstimmung des konkreten Kraftfahrzeugs mit Art. 5 Abs. 2 VO (EG) 715/2007 ausweist (vgl. *BGH, Urteil vom 26.06.2023, VIa ZR 335/21 juris-Rn 34*). Davon ist vorliegend mangels im Übrigen hinreichenden Vortrags des Klägers einzig im Hinblick auf die „Strategie A in vergleichbarer Ausprägung“ auszugehen.

(1)

Dass es sich bei dem im dem streitgegenständlichen Fahrzeug unstreitig zum Einsatz gekommenen Thermofenster um eine Abschaltvorrichtung i.S. des Art. 3 Nr. 10 VO (EG) 715/2007 handelt, hat der Kläger schon nicht substantiiert dargetan.

Eine Abschaltvorrichtung nach Art. 3 Nr. 10 VO (EG) 715/2007 liegt vor, 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 im gesamten Unionsgebiet verringert wird (vgl. *BGH, Urteil vom 26.06.2023, Az. VIa ZR 335/21 juris-Rn 51*).

Eine Bedingung des im Klägerfahrzeug vor Aufspielen des Updates eingesetzten Thermofensters, die diese Voraussetzungen erfüllt, hat der Kläger nicht hinreichend substantiiert vorgetragen, obwohl ihm als Anspruchsteller nach allgemeinen Regeln die Darlegungs- und Beweislast für das Vorliegen einer Abschaltvorrichtung als solcher i.S.d. Art. 3 Nr. 10, Art. 5 Abs. 2 S. 1 VO (EG) 715/2007 trifft, weil es sich um einen anspruchsbegründenden Umstand handelt (vgl. *BGH, Urteil vom 26.06.2023, Az. VIa ZR 335/21 juris-Rn 53*).

Denn nach dem Vortrag des Klägers zur Bedingung des Thermofensters in seinem Fahrzeug vor Aufspielen des Updates ist schon nicht festzustellen, dass durch dieses tatsächlich die Wirksamkeit des Emissionskontrollsystems unter den Bedingungen des normalen Fahrbetriebs im gesamten Unionsgebiet verringert wurde. Der Kläger behauptet nämlich keine eindeutige Bedingung des Thermofensters in seinem Fahrzeug. So hat er erstinstanzlich schon allein in der – ausschweifigen – Klageschrift hierzu widersprüchlich vorgetragen und einmal angegeben, die Reduzierung der AGR finde unterhalb von 20 °C und oberhalb von 27 °C statt (Bl. 18 und 92 LG), ein anders Mal, die Abgasrückführung werde unterhalb einer Umgebungstemperatur von ca. 14 °C reduziert (Bl. 45 LG). Später hat er hinsichtlich der Obergrenze angeführt, die Abgasrückführung werde oberhalb einer Umgebungstemperatur von ca. +35 °C reduziert (Bl. 767 LG). Zweitinstanzlich trägt er nunmehr vor, die Abgasreinigung werde bei unter 17 °C und über 33 °C „reduziert oder abgeschaltet“ (Bl. 316 OLG).

Danach lässt sich schon nicht erkennen, was eigentlich Inhalt des klägerischen Vortrags sein soll, so dass dieser prozessual unbeachtlich ist.

Dem steht zunächst nicht entgegen, dass einer Partei grundsätzlich nicht verwehrt ist, Tatsachen zu behaupten, 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, wenn und soweit 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 (st. Rspr., vgl. *BGH NJW 2020, 1740 juris-Rn 8 m.w.N.*).

Denn ein Kläger muss auch in diesem Fall, in dem er regelmäßig keine sichere Kenntnis von Einzeltatsachen haben kann und letztlich auf Vermutungen angewiesen ist, diese nach Lage der Verhältnisse zumindest für wahrscheinlich oder möglich halten und das auf ausreichend greifbare Gesichtspunkte stützen können (vgl. *BGH, Beschluss vom 25.11.2021, III ZR 202/20 juris-Rn 12; BGH, Beschluss vom 28.01.2020, VIII ZR 57/19 Rn 8*). Der Kläger führt für seine – zudem verschiedenen – Behauptungen jedoch keine greifbaren Anhaltspunkte an, erst recht nicht solche, die sich auf seinen Fahrzeugtyp beziehen würden.

Weiter steht dem nicht entgegen, dass ein Kläger nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes keine Bedatung des sog. Thermofensters benennen muss. Denn wenn er eine Bedatung benennt, dann ist es nicht ausreichend, wenn er den Bereich aufs Geratewohl, quasi willkürlich anführt. So liegt der Fall aber hier, weil der Vortrag des Klägers hinsichtlich der Bedatung deutlich und aus nicht nachvollziehbaren und auch – trotz entsprechenden Hinweises des Senats in der mündlichen Verhandlung – nicht weiter dargelegten Gründen variiert und mithin die Werte willkürlich aus der Luft gegriffen sind oder auf den Angaben zu anderen Fahrzeugtypen beruhen, ohne dass ersichtlich ist, dass und weshalb sie auf den vorliegenden Fahrzeugtyp übertragbar sein sollen.

Soweit die Beklagte selbst (erstmalig) zweitinstanzlich Angaben zur Bedatung des Thermofensters im Klägerfahrzeug gemacht hat (Bl. 378, 409 OLG), hat sich der Kläger diese weder ausdrücklich noch konkludent – auch nur hilfsweise – zu Eigen gemacht. Aus seinem Vortrag ergibt sich nichts, dass darauf schließen lässt, er mache sich die Angaben zu Eigen.

(2)

Hinsichtlich der KSR – von dem Kläger erstinstanzlich noch „hot restart“-Funktion genannt – fehlt es bereits an hinreichendem Vortrag des Klägers zu dessen Funktionsweise. Denn für die Schlüssigkeit des Klagevorbringens ist zumindest die Benennung des Konstruktionsteils und Vortrag zu seiner Funktionsweise im Hinblick auf die Qualifikation als (unzulässige) Abschaltseinrichtung erforderlich (vgl. *OLG Koblenz, Urteil vom 28.12.2020, 12 U 318/20 Beck-Rn 33*; *OLG München, Beschluss vom 29.08.2019, 8 U 1449/19 juris-Rn 55-57*; zu insoweit ausreichendem Vortrag vgl. *BGH, Beschluss vom 21.09.2022, VII ZR 767/21 juris-Rn 15/16*). Soweit die Beklagte hierzu umfangreich vorgetragen hat, hat sich der Kläger auch dies wiederum nicht zu Eigen gemacht, worauf der Senat gleichfalls in der mündlichen Verhandlung hingewiesen hat.

(3)

Dass im Klägerfahrzeug im Zusammenhang mit dem SCR-System die sog. „Strategie B“ zum Einsatz gekommen wäre, hat der Kläger gleichsam nicht hinreichend substantiiert und damit nicht prozessual beachtlich dargelegt. Auch hier ergeben sich aus seinem Vortrag keine greifbaren Anhaltspunkte, aufgrund derer er davon ausgeht, dass die Funktion auch in seinem Fahrzeug zum Einsatz gekommen wäre.

Insofern hilft auch sein Hinweis auf das – im hiesigen Verfahren nicht einmal vorgelegte – Gutachten des Sachverständigen Domke nicht weiter, weil sich dieses auf einen gänzlich anderen Fahrzeugtyp bezieht. Die Beklagte hat den Einsatz einer „Strategie B-Funktion“ in dem streitgegenständlichen Fahrzeug verneint.

(4)

Bei dem – nach Behauptung des Klägers – manipulierten OBD-System handelt es sich schon deshalb nicht um eine Abschaltseinrichtung, weil nichts dafür ersichtlich oder vorgetragen ist, dass dieses überhaupt Einfluss auf die Wirkweise des Emissionskontrollsystems nähme. Hierzu trägt der Kläger auch nichts Greifbares vor. Vielmehr scheint er die behauptete Manipulation zum Nachweis eines vermeintlichen Täuschungsvorsatzes der Beklagten heranziehen zu wollen.

(5)

Bei der im Zusammenhang mit dem SCR-System eingesetzten „Strategie A in vergleichbarer Ausprägung“, die unstreitig im Klägerfahrzeug zum Einsatz kam,

handelt es sich indes nach Auffassung des Senates um eine Abschaltvorrichtung gem. Art. 3 Nr. 10 VO (EG) 715/2007.

Nach übereinstimmender Darstellung beider Parteien wird anhand bestimmter Parameter auf die AdBlue-Dosierung Einfluss genommen. Unstreitig kommt es im Onlinemodus zu einer geringeren AdBlue-Dosierung. Diese hat auch eine Verringerung jedenfalls der relativen Wirkung des SCR-Systems zur Folge. Sie führt unter bestimmten üblichen Betriebszuständen zu höheren Stickoxid-Emissionen, als sie – unter eben diesen Betriebszuständen – im Fall der Beibehaltung der höheren AdBlue-Dosierung (sog. Füllstandmodus) einträten.

Die Programmierung der Software bewirkte im streitgegenständlichen Fahrzeug, dass eine Umschaltung zurück in den Füllstandmodus und damit ein Wechsel zwischen beiden Modi im Realbetrieb, ausgerichtet an den tatsächlichen Betriebsbedingungen, ab einem bestimmten Punkt während der Fahrt praktisch nicht mehr erfolgte. Dementsprechend wurde im Realbetrieb zumindest häufig auch dann nicht mehr in den Füllstandmodus zurückgeschaltet, wenn dieser Wechsel zu einer Emissionsverringerung gegenüber dem Onlinemodus geführt hätte. Folglich wurde die Funktion eines Teils des Emissionskontrollsystems verändert, wodurch die Wirksamkeit des Emissionskontrollsystems unter Bedingungen, die bei normalem Fahrzeugbetrieb vernünftigerweise zu erwarten sind, verringert wurde (vgl. *OLG Hamm, Urteil vom 20.11.2023, I-18 U 225/22 juris-Rn 126 ff.*; *OLG Karlsruhe, Urteil vom 24.01.2024, 6 U 10/21 juris-Rn 163 ff.*; *Schleswig-Holsteinisches Oberlandesgericht, Urteil vom 08.12.2023, 1 U 105/20 juris-Rn 95/99*; *Schleswig-Holsteinisches Oberlandesgericht, Urteil vom 23.01.2024, 7 U 22/23 juris-Rn 53*).

Der Vortrag der Beklagten vermag das Vorliegen einer Abschaltvorrichtung nicht in Zweifel zu ziehen. Es ist insbesondere nicht ersichtlich, dass die dargestellte Funktionalität unter die Ausnahmeregelungen des Art. 5 Abs. 2 S. 2 VO(EG) 715/2007 fällt. Entsprechendes trägt die Beklagte auch nicht hinreichend vor.

Soweit die Beklagte meint, es handele sich bei der SCR-Steuerung um ein integriertes Gesamtsystem, dessen Wirksamkeit durch das Zusammenwirken der beiden Modi richtigerweise überhaupt erst definiert werde, steht dies der Anwendung des Art. 3 Nr. 10 VO (EG) 715/2007 nicht entgegen. Denn „die Funktion eines beliebigen Teils des Emissionskontrollsystems“ wird auch dann tangiert, wenn lediglich einzelne Funktionen des SCR-Systems (namentlich im Sinn einer Aktivierung oder Deaktivierung) angesprochen werden, hingegen nicht erst, wenn das SCR-System „als Ganzes“ aktiviert oder deaktiviert wird. Anderenfalls hinge die Anwendung des Art. 3 Nr. 10 VO (EG) 715/2007 von der – offensichtlich nicht vorgesehenen – Kategorie der „Einheitlichkeit“ einer bestimmten technischen Regelung/Programmierung ab (so auch *OLG Hamm, Urteil vom 20.11.2023 – 18 U 225/22 - juris Rn. 128*).

Die Beklagte kann auch nicht mit Erfolg geltend machen, der Einordnung der Steuerung des Moduswechsels innerhalb des SCR-Systems als Abschaltvorrichtung stehe entgegen, dass die „absolute Reinigungsleistung des SCR-Systems“ im Fahrbetrieb auf der Straße auch im Onlinemodus nicht unter diejenige falle, die das SCR-System im NEFZ (also im Füllstandmodus) erbringe. Denn die von Art. 3 Nr. 10 VO (EG) 715/2007 erwähnte Reduzierung der „Wirksamkeit des Emissionskontrollsystems“ tritt bereits immer dann ein, wenn – unter (jeglichen) Bedingungen des normalen Fahrzeugbetriebs – ohne die betreffende Veränderung (hier Umschaltung in den Online-Modus) die Stickoxid-Emissionen geringer wären als mit der Veränderung. Auf die Verhältnisse im NEFZ kommt es dabei nicht an (vgl. *BGH, Urteil vom 26.6.2023, Az. VIa ZR 335/21, Tz. 51*), weshalb auch ein Vergleich mit den Stickoxidemissionen im NEFZ unbehilflich ist (vgl. *OLG Hamm. a.a.O. juris Rn. 129*).

c)

Zur Erwerbskausalität kann sich der Kläger bei der Inanspruchnahme der Beklagten nach § 823 Abs. 2 BGB i.V.m. §§ 6 Abs. 1, 27 Abs. 1 EG-FGV auf den Erfahrungssatz stützen, dass er den Kaufvertrag über das streitbefangene Fahrzeug zu diesem Kaufpreis nicht geschlossen hätte (vgl. *BGH, Urteil vom 26.06.2023, VIa ZR 335/21 juris-Rn 55*).

d)

Die Beklagte handelte in Bezug auf die Funktionen auch fahrlässig und damit schuldhaft.

Zwar trifft hinsichtlich des Verschuldens als anspruchsbegründende Voraussetzung gemäß § 823 Abs. 2 BGB gewöhnlich den Anspruchsteller die Darlegungs- und Beweislast. Jedoch muss derjenige, der – wie hier die Beklagte – objektiv ein Schutzgesetz verletzt hat, Umstände darlegen und erforderlichenfalls beweisen, die geeignet sind, die daraus folgende Annahme seines Verschuldens in Form einer Fahrlässigkeit auszuräumen. Insofern besteht eine von der objektiven Schutzgesetzverletzung ausgehende Verschuldensvermutung. Dementsprechend muss der Fahrzeughersteller, wenn er eine Übereinstimmungsbescheinigung trotz der Verwendung einer unzulässigen Abschaltvorrichtung ausgegeben und dadurch §§ 6 Abs. 1, 27 Abs. 1 EG-FGV verletzt hat, Umstände darlegen und beweisen, die sein Verhalten ausnahmsweise nicht als fahrlässig erscheinen lassen. Der Fahrzeughersteller, der sich unter Berufung auf einen unvermeidbaren Verbotsirrtum entlasten will, muss sowohl den Verbotsirrtum als solchen als auch dessen Unvermeidbarkeit konkret darlegen und beweisen. Nur ein auch bei Anwendung der

im Verkehr erforderlichen Sorgfalt unvermeidbarer Verbotsirrtum kann entlastend wirken (vgl. *BGH, Urteil vom 26.06.2023, VIa ZR 335/21, juris, Rn. 59 ff.*).

Das setzt – auch für den Fall der tatsächlichen oder hypothetischen Genehmigung (vgl. *BGH, Urteil vom 16.10.2023, VIa ZR 1511/22 juris-Rn 12*) – zunächst die Darlegung und erforderlichenfalls den Nachweis eines Rechtsirrtums seitens des Fahrzeugherstellers voraus. Der Fahrzeughersteller muss dabei darlegen und beweisen, dass sich sämtliche seiner verfassungsmäßig berufenen Vertreter im Sinne des § 31 BGB über die Rechtmäßigkeit der vom Käufer dargelegten und erforderlichenfalls nachgewiesenen Abschalteneinrichtung mit allen für die Prüfung nach Art. 5 Abs. 2 der Verordnung (EG) Nr. 715/2007 bedeutsamen Einzelheiten im maßgeblichen Zeitpunkt im Irrtum befanden oder im Falle einer Ressortaufteilung den damit verbundenen Pflichten genügten (vgl. *BGH, Urteil vom 16.10.2023, VIa ZR 1511/22 juris-Rn 12; BGH, Urteil vom 25.09.2023, VIa ZR 1/23 juris-Rn 14*).

Hierzu hat die Beklagte nichts vorgetragen. Ihr Vortrag zum Irrtum der „Ausstellenden“ betrifft nur die temperaturgesteuerte Steuerung der Abgasrückführung, nicht aber die „Strategie A in vergleichbarer Ausprägung“. Es wird seitens der Beklagten überdies nicht dargetan, welche Person sich worüber konkret geirrt hat.

Auf die Frage der Vermeidbarkeit des Verbotsirrtums kommt es daher nicht an.

e)

Die Beklagte hat dem Kläger den zuletzt geltend gemachten sog. Differenzschaden zu ersetzen. Diesen bemisst der Senat mit 7 % des Kaufpreises, also 3.700,10 € (§ 287 ZPO).

(1)

Der Bundesgerichtshof hat unter Bezugnahme auf die Entscheidung des Europäischen Gerichtshofs vom 21.03.2023 (C-100/21) festgestellt, dem Unionsrecht sei ein von einer vertraglichen Sonderverbindung unabhängiger Anspruch des Fahrzeugkäufer gegen den Fahrzeughersteller auf Schadensersatz „wegen des Erwerbs“ eines mit einer unzulässigen Abschalteneinrichtung ausgestatteten Fahrzeugs zu entnehmen. Das trage dem engen tatsächlichen Zusammenhang zwischen dem Vertrauen des Käufers auf die Ordnungsmäßigkeit des erworbenen Kraftfahrzeugs einerseits und der Kaufentscheidung andererseits Rechnung. Dieser Zusammenhang wiederum liege der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs zu dem Erfahrungssatz zugrunde, dass ein Käufer, der ein Fahrzeug zur eigenen Nutzung erwirbt, in Kenntnis der Gefahr einer Betriebsbeschränkung oder -untersagung von dem Erwerb

des Fahrzeugs abgesehen hätte (vgl. *BGH, Urteil vom 26.06.2023, VIa ZR 335/21 juris-Rn 30*).

Dieser Differenzschaden ist aus Gründen unionsrechtlicher Effektivität im Rahmen der Schadensschätzung nach § 287 Abs. 1 ZPO nicht geringer als mit 5 % des gezahlten Kaufpreises und aus Gründen der Verhältnismäßigkeit nicht höher als mit 15 % zu bemessen. Bei der Schätzung des Schadens innerhalb dieses Rahmens sind bei der Bestimmung des objektiven Werts des Fahrzeugs im Zeitpunkt des Vertragsschlusses die mit der Verwendung einer unzulässigen Abschaltseinrichtung verbundenen Nachteile, insbesondere das Risiko behördlicher Anordnungen zu berücksichtigen. Der Umfang in Betracht kommender Betriebsbeschränkungen und die Eintrittswahrscheinlichkeit solcher Beschränkungen mit Rücksicht auf die Einzelfallumstände sind in den Blick zu nehmen. Das Gewicht des der Haftung zugrundeliegenden konkreten Rechtsverstoßes für das unionsrechtliche Ziel der Einhaltung gewisser Emissionsgrenzwerte sowie der Grad des Verschuldens nach Maßgabe der Umstände des zu beurteilenden Einzelfalls sind zu bewerten (vgl. *BGH, Urteil vom 26.06.2023, VIa ZR 335/21, juris-Rn 75 ff.*).

Im Rahmen dieser Schätzung (§ 287 ZPO) berücksichtigt der Senat vorliegend, dass im Klägerfahrzeug mit der „Strategie A in vergleichbarer Ausprägung“ (nur) eine unzulässige Abschaltseinrichtung zum Einsatz gekommen ist, auch wenn das KBA insoweit nicht den Einsatz zweier Betriebsmodi an sich gerügt hat, sondern allein deren Programmierung zum Moduswechsel.

Im Hinblick auf die Eintrittswahrscheinlichkeit etwaiger Betriebsbeschränkungen ist einerseits der erfolgte Rückruf, andererseits aber auch zu beachten, dass der Kläger das streitgegenständliche Fahrzeug während seiner Besitzzeit von etwas über vier Jahren tatsächlich uneingeschränkt genutzt hat, sich die Stilllegungsgefahr damit für ihn tatsächlich nicht realisiert hat.

(2)

Auf den Anspruch auf Ersatz des Differenzschadens hat sich der Kläger die Nutzungsvorteile, den Restwert des Fahrzeugs und den Umsatzsteueranteil des Kaufpreises nicht schadensmindernd anrechnen zu lassen, denn diese übersteigen den tatsächlichen Wert des Fahrzeugs bei Abschluss des Kaufvertrages nicht (vgl. hierzu *BGH, Urteil vom 26.06.2023, VIa ZR 335/21 juris-Rn 80* unter Hinweis auf *BGH, Urteil vom 24.01.2022, VIa ZR 100/21 Rn 16 ff.*; *BGH, Urteil vom 18.12.2023 – VIa ZR 1248/22 – Rn. 13*).

Die Nutzungsvorteile errechnen sich nach den vom Kläger unstreitig gefahrenen 26.051 km und einer zu erwartenden Gesamtleistung des Fahrzeugs

von 300.000 km, die innerhalb des üblichen Schätzrahmens bei Personenkraftwagen mit einem 2,2 l-Motor liegt (vgl. *BGH, Urteil vom 25.05.2020, VI ZR 252/19, NJW 2020, 1962, Rn 83*), nach der Formel Bruttokaufpreis x vom Kläger gefahrene Kilometer seit Erwerb : erwartete Restlaufleistung im Erwerbszeitpunkt mit 4.590,07 €. Unter Berücksichtigung des Rückkaufpreises von 33.907,06 € ergibt sich damit kein Vorteil, den sich der Kläger anrechnen lassen müsste.

Dafür, dass der Kläger das Fahrzeug als Unternehmer bzw. im Rahmen einer freiberuflichen Tätigkeit angeschafft hat und zum Vorsteuerabzug berechtigt ist, bestehen aus Sicht des Senates schon keine hinreichenden Anhaltspunkte. Zwar verweist der Kaufvertrag auf einen Nachlass „lt. Vereinbarung“ und heißt es in den „Sonstigen Vereinbarungen“ der Auftragsbestätigung – wie die Beklagte zutreffend vorbringt –

„Der Käufer erhält nur auf Grund seiner freiberuflichen Tätigkeit als Ingenieur einen Sondernachlass“.

Nach der Anhörung des Klägers in der mündlichen Verhandlung vor dem Senat, im Rahmen derer der Kläger angegeben hat, als angestellter Ingenieur tätig zu sein und das Fahrzeug privat für sich und zu Freizeit Zwecken seiner Eltern erworben zu haben, ist der Senat jedoch davon überzeugt, dass der Kläger nicht zum Vorsteuerabzug berechtigt ist. Im Übrigen ergäbe sich aber auch unter Berücksichtigung der Umsatzsteuer des ursprünglichen Kaufpreises im Rahmen der obigen Berechnung kein Vorteil, den sich der Kläger anrechnen lassen müsste. Denn die Umsatzsteuer wäre dann dergestalt zu berücksichtigen, dass sie zu dem Restwert und der Nutzungsentschädigung hinzuzuaddieren wäre und dann nur in Abzug zu bringen wäre, wenn alle drei in Summe den objektiven Wert des Fahrzeugs bei Kauf, also den Kaufpreis abzüglich des Differenzschadens von 3.700,10 €, übersteigen würde (*BGH, Urteil vom 18.12.2023, VIa ZR 1248/22 Rn. 13*). Auch dies ist aber nicht der Fall.

(3)

Der Differenzschaden ist auch nicht aufgrund eines Mitverschuldens des Klägers (vgl. *BGH, Urteil vom 23.10.2023, VIa ZR 468/21 juris-Rn. 14*) deshalb ausgeschlossen, weil die Beklagte ein Software-Update entwickelt und das Aufspielen desselben dem Kläger noch während der Zeit, in der er Besitzer des Fahrzeugs war, angeboten hatte.

(a)

Dass für die Schätzung des Differenzschadens auf den Zeitpunkt des Vertragsschlusses abzustellen ist, schließt zwar eine schadensmindernde Berücksichtigung später eintretender Umstände im Wege der Vorteilsausgleichung,

deren Voraussetzungen der Fahrzeughersteller darzulegen und zu beweisen hat, nicht aus. Deshalb kann eine Schadensminderung oder sogar ein vollständiger Ausgleich des Differenzschadens anzunehmen sein, wenn sich der Fahrzeughersteller – wie vorliegend – auf die nachträgliche Verbesserung des Fahrzeugs durch ein Software-Update beruft.

(b)

Lehnt ein Käufer das Aufspielen eines solchen Software-Updates ab, kann ein Schadensersatzanspruch insoweit aufgrund eines Mietverschuldens ausgeschlossen sein (vgl. *BGH, Urteil vom 23.10.2023, VIa ZR 468/21 juris-Rn. 14*).

(c)

Dies gilt aber nur, wenn und soweit das Software-Update die Gefahr von Betriebsbeschränkungen signifikant reduziert (vgl. *BGH, Urteil vom 26.06.2023, VIa ZR 335/21 juris-Rn 80*).

Eine signifikante Reduzierung der Gefahr von Betriebsbeschränkungen durch Aufspielen eines Updates kommt nach Auffassung des Senats aber nur dann in Betracht, wenn sämtliche unzulässigen Abschalteneinrichtungen damit beseitigt werden und dieses nicht seinerseits unzulässige Abschalteneinrichtungen beinhaltet (vgl. auch *BGH, Urteil vom 26.06.2023, VIa ZR 335/21 juris-Rn 80*). Davon ist vorliegend nicht auszugehen.

Die Beklagte hat selbst vorgetragen, nach Aufspielen des Updates, das die SCR-Steuerung verbessere und die KSR entferne, werde bei betriebswarmem Motor die Rate der Abgasrückführung weiterhin, wenn auch erst unterhalb von Umgebungslufttemperaturen von ungefähr -10 °C und oberhalb von Umgebungslufttemperaturen von ungefähr 49 °C schrittweise reduziert (Bl. 378 OLG).

Insofern ist jedenfalls schon anhand der Ausführungen der Beklagten zur Bedatung des durch das Software-Update aufgespielten bzw. bei dessen Aufspielen verbleibenden Thermofensters bei betriebswarmen Motor nicht festzustellen, dass es sich bei diesem nicht um eine Abschalteneinrichtung i.S.d. Art. 3 Nr. 10 VO (EG) 715/2007 handelt, dieses also nicht die Wirksamkeit des Emissionskontrollsystems unter den Bedingungen des normalen Fahrbetriebs im gesamten Unionsgebiet verringert. Denn diese erfassen Temperaturen bis -15 °C (so auch *VG Schleswig, Urteil vom 20.02.2023 – VG 3 A 113/18 – BeckRS 2023, 2863 Rn. 233*).

Die Beklagte hat auch nicht ausreichend dargetan, dass diese Abschalteneinrichtung ausnahmsweise gemäß Art. 5 Abs. 2 lit. a) VO (EG) 715/2007 zulässig wäre. Soweit sie sich darauf pauschal (vgl. Bl. 378 OLG) berufen hat, die Reduzierung der Abgasrückführungsrate sei, soweit sie noch innerhalb der normalen

Betriebsbedingungen erfolge, aus Motorschutzgründen erforderlich, hat der Kläger das Vorliegen von Motorschutzgründen schon erstinstanzlich zum Thermofenster bestritten. Dies wirkt sich auch auf das nunmehr aufgespielte Thermofenster fort, da der Kläger die generelle Erforderlichkeit von Thermofenstern aus technischen Gründen in Abrede gestellt hat. Angesichts dessen hätte es schon weitergehenden Vortrags der Beklagten bedurft, woraus sich die Motorschutzgründe ergeben sollen. Zudem fehlt es auch an jeglicher Darlegung, was mit dem Begriff des „betriebswarmen“ Motors gemeint ist und weshalb eine Reduzierung der Abgasrückführungsrate bei nicht betriebswarmen Motor ausnahmsweise zulässig sein soll.

Der Berücksichtigung des unzulässigen Thermofensters bei der Frage der Vorteilsausgleichung bzw. vorliegend des Mitverschuldens steht auch nicht entgegen, dass der Kläger selbst das Vorliegen eines (ursprünglich) unzulässigen Thermofensters – wie ausgeführt – nicht hinreichend dargetan hat. Denn für die Vorteilsausgleichung oder aber ein Anspruch ausschließendes Mitverschulden des Klägers ist die Beklagte und nicht der Kläger darlegungsbelastet. Aus ihrem Vorbringen ergibt sich aber nicht, dass nach Aufspielen des angebotenen Software-Updates kein unzulässiges Thermofenster vorhanden wäre.

(4)

Das verbrieftte Rückgaberecht, von dem der Kläger Gebrauch gemacht hat, schließt entgegen der Ansicht der Beklagten die Annahme eines Schadens nicht aus. Es ermöglichte 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. Durch die Möglichkeit, das Fahrzeug bei Fälligkeit der Schlussrate an den Händler zurückzugeben, wurde ihm lediglich das Vermarktungs- und Restwertrisiko genommen. Er hatte aber das Risiko der Betriebsuntersagung zu tragen, das wegen der Implementierung der unzulässigen Abschalteneinrichtung bestand (vgl. *OLG München, Endurteil vom 09.10.2023 – 36 U 7055/22, beck-online Rn. 81*). Mit dem verbrieften Rückgaberecht macht der Käufer eines Fahrzeugs den ungewollten Kaufvertrag auch nicht zu einem gewollten. Darüber hinaus richtet es sich gegen einen Dritten und ist dem Schadensersatzanspruch nicht gleichwertig (vgl. *BGH, Urteil vom 11.04.2022 – VIa ZR 135/21 – Rn. 8; BGH, Urteil vom 23.10.2023 – VIa ZR 468/21 –, Rn. 14, juris*).

Soweit die Parteien zu der Frage, ob der Schaden des Klägers entfallen ist, weil dieser von dem verbrieften Rückgaberecht Gebrauch gemacht hat,

Schriftsatznachlass beantragt haben, war dieser nicht zu erteilen. Die Beklagte hat hierzu bereits mit Schriftsatz vom 30.01.2023, dort unter Punkt 29 Stellung genommen. Der Kläger – für den die Entscheidung des Senates diesbezüglich ohnehin nicht nachteilig ist – hatte danach ausreichend Gelegenheit zur Stellungnahme.

4.

Die Beklagte ist nicht nach § 214 Abs. 1 BGB berechtigt, die Leistung zu verweigern. Der Anspruch des Klägers ist nicht verjährt.

Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs ist es in Fällen der vorliegenden Art für den Beginn der Verjährung gemäß § 199 Abs. 1 BGB ausreichend, aber auch erforderlich, dass der geschädigte Fahrzeugkäufer Kenntnis vom sogenannten Dieselskandal im Allgemeinen, von der konkreten Betroffenheit seines Fahrzeugs und von der Relevanz dieser Betroffenheit für seine Kaufentscheidung hat, wobei letztere Kenntnis nicht gesondert festgestellt werden muss, sondern naturgemäß beim Geschädigten vorhanden ist (vgl. *BGH, Urteil vom 21.12.2021, VI ZR 212/20 juris-Rn 14; Beschluss vom 15.09.2021, VII ZR 294/20 juris-Rn 6; Urteil vom 17.12.2020, VI ZR 739/20 juris-Rn 20 ff.*).

a)

Aus den von der Beklagten angeführten Angaben in ihren Geschäftsberichten ergibt sich überhaupt nichts dafür, dass oder weshalb der Kläger als Verbraucher dadurch Kenntnis vom Einsatz unzulässiger Abschaltvorrichtungen in Fahrzeugen der Beklagten im Allgemeinen, von der konkreten Betroffenheit seines Fahrzeugs und von der Relevanz dieser Betroffenheit für seine Kaufentscheidung gehabt hätte. Hier ist zu beachten, dass die Beklagte selbst in den betreffenden Angaben nicht darauf verweist, dass tatsächlich unzulässige Abschaltvorrichtungen eingesetzt würden, und dies bis heute in Abrede stellt (vgl. *OLG Hamm, Urteil vom 13.09.2023, 30 U 190/21 n.v.*). Dies geht zu Lasten der an dieser Stelle darlegungs- und beweisbelasteten Beklagten (*MüKo-Grothe, BGB, 9. Aufl. 2021, § 199 Rn 46*).

b)

Soweit die Beklagte unbestritten vorträgt, den Kläger im Jahr 2018 davon in Kenntnis gesetzt zu haben, dass das streitgegenständliche Fahrzeug von einem Rückruf des KBA betroffen sei und die kostenlose Durchführung eines Software-Updates für das Fahrzeug angeboten zu haben, so führt auch dies nicht dazu, dass die Beklagte nach § 214 Abs. 1 BGB berechtigt ist, die Leistung zu verweigern. Denn in diesem Fall würde die regelmäßige Verjährung mit Ablauf des

31.12.2018 beginnen, so dass mit Ablauf des 31.12.2021 Verjährung eingetreten wäre. Der Kläger hat allerdings mit Schriftsatz vom 30.12.2021, bei Gericht noch am selben Tag eingegangen, Klage erhoben, sodass die Verjährung nach § 204 Abs. 1 S. 1 BGB noch rechtzeitig gehemmt wurde. Zwar erfolgte die Klageerhebung beim Landgericht Düsseldorf, das sich mit Beschluss vom 15.03.2022 für örtlich unzuständig erklärt und den Rechtsstreit an das Landgericht Essen verwiesen hat; auch die Klageerhebung vor dem örtlich unzuständigen Gericht hemmt jedoch die Verjährung (vgl. *MüKoBGB/Grothe BGB § 204 Rn. 25*). Soweit die Zustellung der Klageschrift an die Beklagte erst am 21.02.2022 und damit nicht „demnächst“ im Sinne des § 167 ZPO erfolgte, ist dies auf innergerichtliche Prozesse zurückzuführen und insbesondere nicht auf etwaige fehlende Anlagen zur Klageschrift. Die Kostenrechnung wurde am 19.01.2022 erstellt. Die Einzahlung erfolgte am 27.01.2022. Die Verzögerung aufgrund innergerichtlicher Prozesse gehen jedoch nicht zu Lasten einer Partei und führen daher nicht dazu, die Klagezustellung nicht mehr als demnächst im Sinne des § 167 ZPO anzusehen.

5.

Der Zinsanspruch ergibt sich aus §§ 288 Abs. 1, 291 BGB.

6.

Mangels Verzugs hat der Kläger keinen Anspruch auf Ersatz vorgerichtlicher Rechtsanwaltskosten. Zudem kann allein auf Grundlage des § 823 Abs. 2 BGB i.V.m. §§ 6 Abs. 1, 27 Abs. 1 EG-FGV die Erstattung vorgerichtlicher Rechtsanwaltskosten nicht verlangt werden (vgl. *BGH, Urteil vom 16.10.2023, VIa ZR 14/22 Rn 13*).

III.

Die Kostenentscheidung beruht auf §§ 92 Abs. 1 S. 1, 281 Abs. 3 S. 2 ZPO.

Ein Anspruch des Klägers auf Feststellung, dass die Beklagte die Kosten des Rechtsstreits zu tragen habe, besteht nicht. Unabhängig von der Frage eines Feststellungsinteresses besteht jedenfalls keine Pflicht, dass die Beklagte die Kosten des Rechtsstreits zu tragen hat, soweit der Kläger zunächst einen weitaus höheren Schadensersatzanspruch als ihm tatsächlich zusteht geltend gemacht hat. Auch wenn es sich bei dem sog. „großen Schadensersatzanspruch“ nach § 826 BGB und dem sog. Differenzschaden nach § 823 Abs. 2 BGB i.V.m. §§ 6 Abs. 1, 27 Abs. 1 EG-FGV lediglich um eine andere Art der Schadensberechnung handelt, hat der Kläger schlicht zunächst einen höheren Schadensersatz verlangt, welcher ihm aus Rechtsgründen nicht zusteht, ohne dass ein Grund dafür besteht, dass die Beklagte die Kosten für die insoweit unberechtigte Inanspruchnahme tragen sollte.

Die Entscheidung über die vorläufige Vollstreckbarkeit folgt aus §§ 708 Nr. 10, 711, 713, 544 Abs. 2 Nr. 1 ZPO.

IV.

Die Revision ist nicht zuzulassen, weil die Rechtssache keine grundsätzliche Bedeutung hat und die Fortbildung des Rechts oder die Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung eine Entscheidung des Revisionsgerichts nicht erfordern (§ 543 Abs. 2 ZPO).

V.

Soweit der Kläger die Aussetzung des Verfahrens und eine Vorlage desselben beim Europäischen Gerichtshof zur Klärung diverser Fragen beantragt hat, ist eine solche nicht nach Art. 267 AEUV geboten.

I.

Einen Verbotsirrtum hat der Senat ebenso wenig wie Schadensaufzehrung angenommen.

II.

Die Begrenzung des Differenzschadens auf maximal 15 % des Kaufpreises gibt keinen Grund zu einer Aussetzung und Vorlage an den Europäischen Gerichtshof (vgl. *BGH, Urteil vom 18.12.2024 – VIa ZR 134/24 – Rn. 13*).

III.

Weshalb es europarechtlich geboten sein sollte, Verzugszinsen schon vor Rechtshängigkeit zuzuerkennen, erschließt sich schon nicht. Es ist keineswegs so, dass das deutsche Recht eine Zuerkennung schon vor Rechtshängigkeit grundsätzlich ausschließen würde. Der Grund, weshalb der Kläger sie erst ab Rechtshängigkeit beanspruchen kann, liegt nicht am deutschen Recht, sondern an seiner maßlosen Zuvielforderung in seinem vorgerichtlichen Aufforderungsschreiben, aufgrund dessen ein Verzug der Beklagten nach § 286 BGB nicht eintrat.

IV.

Die Kostentragungspflicht folgt den Regeln des deutschen Prozessrechts. Europarechtliche Vorschriften, die insoweit vorgehen könnten, gibt es nicht. Im

Übrigen beruht die Kostentragungspflicht des Klägers gleichfalls auf seiner Zuvielforderung im vorliegenden Rechtsstreit. Dass ein Kläger unberechtigterweise maßlose Forderungen aufstellen können soll, ohne dann auch entsprechend die Prozesskosten (anteilig) tragen zu müssen, sieht auch das europäische Recht nicht vor.

Dr. Hübner

Dhom

Hahne