



- I-30- Oberlandesgericht Hamm, [REDACTED]

Rechtsanwälte
Gansel Rechtsanwälte



29.11.2024

Seite 1 von 1

Aktenzeichen

I-30 U 63/23

bei Antwort bitte angeben

Bearbeiter

Frau [REDACTED]

Durchwahl

02381-272-2202

Ihr Zeichen:



Sehr geehrte Damen und Herren,

in dem Rechtsstreit



gegen Mercedes-Benz Group AG

erhalten Sie auf Anordnung des Gerichts die Anlage(n) zur Kenntnis.

Mit freundlichen Grüßen



Justizbeschäftigte

- automatisiert erstellt, ohne Unterschrift gültig -

Anschrift



Sprechzeiten

Mo-Fr. 08:30-12:00, Mo-Do.

14:00-15:30, Fr. 14:00-14:30

Telefon

02381-272-0

Telefax:

02381/272-518

Nachtbriefkasten:



Konten der Zahlstelle [REDACTED]:

IBAN

DE5744000000041001510

Verkehrsanbindung: ab Hbf.

Linie 5, 6 oder 13 bis Haltestelle

[REDACTED]/OLG,

D-L-F. A-----LA IT-----+1.

**Öffentliche Sitzung
des 30. Zivilsenats des Oberlandesgerichts**

■■■■■, 04.12.2024

Geschäfts-Nr.:

I-30 U 63/23

Gegenwärtig:

Vorsitzender Richter am Oberlandesgericht Dr. Hübner
als Vorsitzender

- Ohne Protokollführer gem. § 159 ZPO / kein Tonträger -

In dem Rechtsstreit
■■■■■ gegen Mercedes-Benz Group AG

erschieden bei Aufruf

für die Klägerin und die Berufungsklägerin niemand,

für die Beklagte und die Berufungsbeklagte Frau Rechtsanwältin Dr. Maesch.

Es wurden anliegendes Urteil sowie anliegender Beschluss verkündet.

Dr. ■■■■■

I-30 U 63/23
8 O 408/21
Landgericht Hagen



Oberlandesgericht Hamm

IM NAMEN DES VOLKES

Urteil

In dem Rechtsstreit

der Frau [REDACTED], [REDACTED], [REDACTED],

Klägerin und Berufungsklägerin,

Prozessbevollmächtigte:
10179

Rechtsanwälte Gansel, [REDACTED],

[REDACTED],
gegen

die Mercedes-Benz Group AG, vertreten durch den Vorstand,

[REDACTED],

Beklagte und Berufungsbeklagte,

Prozessbevollmächtigte:

[REDACTED], John F.

Kennedy Haus,

[REDACTED]

[REDACTED],

hat der 30. Zivilsenat des Oberlandesgerichts Hamm

im schriftlichen Verfahren mit Schriftsatzfrist bis zum 13.11.2024

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

für Recht erkannt:

Auf die Berufung der Klägerin wird – unter Zurückweisung der Berufung im Übrigen – das Urteil der 8. Zivilkammer des Landgerichts Hagen vom 21.10.2022, 8 O 408/21, teilweise abgeändert.

Die Beklagte wird verurteilt, an die Klägerin 174,34 € nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem jeweiligen Basiszinssatz seit dem 16.02.2022 zu zahlen.

Im Übrigen bleibt die Klage abgewiesen.

Die Kosten der Berufung trägt die Klägerin.

Dieses und das angefochtene Urteil sind vorläufig vollstreckbar.

Die Revision wird nicht zugelassen.

Gründe

I.

Die Klägerin nimmt die Beklagte wegen der behaupteten Verwendung unzulässiger Abschalteinrichtungen in einem Kraftfahrzeug auf Schadensersatz in Anspruch.

Die Klägerin erwarb mit Kaufvertrag vom 06.07.2017 von der [REDACTED] in [REDACTED] einen gebrauchten Mercedes-Benz B 180 CDI, erstzugelassen am 19.11.2014, 80 kW, Hubraum 1461 ccm, zum Preis von 18.777,00 € (Bl. 155.C d.A. OLG).

In dem Fahrzeug sind ein von der Firma Renault/Nissan hergestellter Motor OM 607 mit der Schadstoffklasse Euro 5 und kein SCR-Katalysator verbaut.

Beim Kauf wies das Fahrzeug eine Laufleistung von 26.804 km auf.

Das Fahrzeug verfügt über ein sog. Thermofenster, also eine temperaturabhängige Steuerung des Abgasrückführungssystems. Die Abgasrückführung (AGR) erfolgt über eine Niederdruck- und eine Hochdruck-AGR. Ob auch eine sog. Kühlmittel-Solltemperatur-Regelung ([REDACTED]) vorhanden ist, ist streitig.

Die Beklagte ist Herstellerin des PKW. Sie stellte für den Wagen eine Übereinstimmungsbescheinigung aus.

Das Fahrzeug ist bzw. war von zwei (verpflichtenden) Rückrufen des Kraftfahrt-Bundesamt (KBA), nämlich einem vom 25.06.2020 und einem vom 01.11.2022 betroffen. Mit letzterem wurden spezifische temperaturabhängige Steuerungen der Abgasrückführung (AGR) beanstandet, nämlich die Deaktivierung der AGR bei 35 °C Ansauglufttemperatur, was einer Umgebungstemperatur von etwa 30 °C entspricht.

Von dem (nicht bestandskräftigen) Rückruf des KBA betreffend das Thermofenster vom 13.12.2023 ist das Fahrzeug nicht betroffen.

Am 26.07.2023 wurde bei dem Fahrzeug ein vom KBA freigegebenes Software-Update aufgespielt.

Kurz vor dem Zeitpunkt, der dem Schluss der mündlichen Verhandlung vor dem Senat entspricht, nämlich am 21.10.2024, verfügte das o.g. Fahrzeug über eine Laufleistung von 105.702 km. Zum Zeitpunkt der mündlichen Verhandlung vor dem [REDACTED] am 21.10.2022 hatte das Fahrzeug über eine Laufleistung von 90.063 km verfügt.

In der am 15.02.2022 zugestellten Klage hat die Klägerin behauptet, das Fahrzeug verfüge über unzulässige Abschalteinrichtungen, und zwar ein unzulässiges Thermofenster und einen sog. hot restart bzw. eine [REDACTED].

Wegen der weiteren Einzelheiten des erstinstanzlichen Sach- und Streitstandes sowie der gestellten Anträge wird auf die tatsächlichen Feststellungen im angefochtenen Urteil Bezug genommen.

Das Landgericht hat die Klage abgewiesen, da es an einer sittenwidrigen Schädigung der Klägerin durch die Beklagte fehle. Wegen der Einzelheiten der Begründung wird auf die Ausführungen im angefochtenen Urteil verwiesen.

Dagegen richtet sich die form- und fristgerechte Berufung der Klägerin, mit der sie ursprünglich im Wesentlichen ihre erstinstanzlich gestellten Anträge, unter Anrechnung einer aufgrund weiterer gefahrener Kilometer höheren Nutzungsentschädigung sowie einer reduzierten Zinsforderung, weiterverfolgt hat und zuletzt nach Erklärung einer teilweisen Klagerücknahme die Zahlung des sog. Differenzschadens geltend macht.

Dabei trägt sie u.a. zur [REDACTED] und dem darauf abzielenden Rückruf des KBA vor. Des Weiteren hat sie zunächst mit ihrer Berufungsbegründung vom 27.01.2023

vorgetragen, das Update habe sie noch nicht aufspielen lassen. Durch das

Software-Update könnten auch Folgemängel auftreten. Hinsichtlich der AGR behauptet sie, mit fallenden Temperaturen (unter 17 °C) bzw. steigenden Temperaturen (über 33 °C) werde diese signifikant schrittweise zurückgefahren, bis sie komplett abgeschaltet werde. Das Landgericht habe, so meint sie, es verfahrensfehlerhaft unterlassen, Beweis durch Vernehmung von Zeugen und Einholung eines Sachverständigengutachtens zu erheben.

Das Fahrzeug weise, so behauptet sie, einen Restwert von 9.300 € auf. Es sei, so meint sie, auf den Händlereinkaufswert und nicht auf den Händlerverkaufswert abzustellen.

Wegen der weiteren Einzelheiten des Berufungsvorbringens wird auf die Berufungsbegründung vom 27.01.2023 und den Schriftsatz vom 16.10.2024 verwiesen.

Die Klägerin beantragt bei Erklärung der Klagerücknahme im Übrigen zuletzt,

unter Abänderung des erstinstanzlichen Urteils

1. die Beklagte zu verurteilen, an sie einen Entschädigungsbetrag bezüglich des Fahrzeuges der Marke Mercedes-Benz vom Typ B 180 CDI mit der Fahrzeugidentifikationsnummer [REDACTED] zu zahlen, dessen Höhe in das Ermessen des Gerichts gestellt wird, der jedoch mindestens 2.816,55 EUR nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit Rechtshängigkeit betragen muss;

2. die Beklagte zu verurteilen, ihr die durch die Beauftragung ihrer Prozessbevollmächtigten entstandenen Kosten der außergerichtlichen Rechtsverfolgung in Höhe von 1.680,28 EUR nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit Rechtshängigkeit zu zahlen.

Die Beklagte beantragt,

die Berufung zurückzuweisen.

Sie verteidigt das angefochtene Urteil mit näheren Ausführungen.

Sie behauptet, im Ausgangsdatenstand sei die AGR oberhalb von 35 °C Ansauglufttemperatur deaktiviert worden; eine vorherige Reduktion sei nicht erfolgt. Dabei gehe sie davon aus, dass die Ansauglufttemperatur aufgrund der Wärme des Motors ca. 5 °C wärmer sei als diejenige der Umgebungsluft.

Durch das am 26.07.2023 aufgespielte Software-Update seien die beanstandeten temperaturabhängigen Funktionalitäten abgeändert bzw. beseitigt worden. Danach, so hat sie zunächst angeführt, erfolge das Umschalten von Hochdruck- auf Niederdruck-AGR bei betriebswarmem Motor bis 4 °C Umgebungslufttemperatur. Eine Reduktion der Niederdruck-AGR setze bei betriebswarmem Motor bei ca. 5 °C ein. Nach Deaktivierung der Niederdruck-AGR sei die Hochdruck-AGR bis zu -25 °C aktiv. Auch werde durch das Software-Update die Deaktivierungsschwelle auf 52 °C angehoben.

Im letzten Schriftsatz hat sie sodann demgegenüber dargelegt, bei betriebswarmem Motor werde die Rate der AGR nach Aufspielen des Software-Updates „erst“ unterhalb von Umgebungslufttemperaturen von ungefähr 5 °C schrittweise reduziert und bis oberhalb von Umgebungslufttemperaturen von ungefähr 47 °C erfolge keine schrittweise Reduzierung. Die verbleibenden temperaturabhängigen Steuerungen seien jedenfalls aus Motorschutzgründen gerechtfertigt.

Im Hinblick auf den Rückruf vom 13.12.2023 trägt sie – unbestritten – vor, das streitgegenständliche Fahrzeug sei davon nicht betroffen, weil das KBA davon ausgehe, es komme beim streitgegenständlichen Fahrzeug nicht darauf an, ob der Seriendatenstand die beanstandeten Funktionalitäten enthalte, weil das Fahrzeug bereits wegen einer anderen Funktionalität zurückgerufen worden sei und ohnehin ein Update erhalte.

Hinsichtlich der ■■■■ trägt sie vor, das streitgegenständliche Fahrzeug verfüge nicht über die von der Klägerin in Bezug genommene Funktion der ■■■■. Die Funktion sei im streitgegenständlichen Fahrzeug derart bedatet, dass sie nicht aktiv werden könne. Dem im streitgegenständlichen Fahrzeug verbauten Kühlmittelthermostat fehle zudem das notwendige Heizelement, um die Kühlmittelsolltemperatur durch elektrische Erwärmung des Thermostats abzusenken. Das streitgegenständliche Fahrzeug verfüge also hardwareseitig schon nicht über ein regelbares Kühlmittelthermostat und könne somit die Funktion ■■■■ selbst dann nicht nutzen, wenn sie softwareseitig implementiert wäre.

Im Übrigen beruft sie sich erneut insgesamt auf Verjährung.

Schließlich behauptet sie, der Wagen verfüge über einen Restwert von 14.583 €. Darüber hinaus geht sie von einer erwartbaren Gesamtleistung von 250.000 km aus.

Wegen der weiteren Einzelheiten des Sach- und Streitstandes wird auf die wechselseitigen Schriftsätze nebst Anlagen sowie das Protokoll der mündlichen Verhandlung vor dem [REDACTED] verwiesen. Im Übrigen wird auf die Feststellungen im landgerichtlichen Urteil Bezug genommen.

II.

Die zulässige Berufung ist teilweise begründet. Die Klage ist teilweise begründet; der Klägerin steht gegen die Beklagte ein Anspruch im tenorierten Umfang zu.

1.

Die erfolgte teilweise Klagerücknahme ist mangels gemäß § 269 Abs. 1 ZPO wegen bereits zuvor stattgefundener mündlicher Verhandlung erforderlicher Zustimmung der Beklagten unwirksam. Von der Möglichkeit einer Berufungsrücknahme insoweit, die einer Zustimmung der Beklagten nicht bedurft hätte, hat die Klägerin keinen Gebrauch gemacht.

Soweit im Hinblick auf die Rechtsanwaltsgebühren nunmehr statt Freistellung ein Anspruch auf Zahlung und ergänzend Zinsen geltend gemacht werden, ist dies zulässig, da es sich insoweit nicht um eine Klageänderung handelt, § 264 Nr. 2 ZPO (vgl. Zöller/Greger, ZPO, 35. Auflage, § 264 Rn. 3b m.w.N.).

2.

Darauf, ob der Klägerin ein Anspruch auf Rückabwicklung des Kaufvertrages zusteht, kommt es nicht mehr an, denn einen darauf gerichteten Anspruch macht sie nicht mehr geltend. Dem steht nicht entgegen, dass die teilweise Klagerücknahme unzulässig ist, da sich gleichwohl aus dem neuen Antrag der Klägerin ergibt, an dem Rückabwicklungsbegehren nicht mehr festhalten zu wollen. Zudem hat das Landgericht aber auch zu Recht ein sittenwidriges Handeln der Beklagten und damit einen Anspruch aus § 826 BGB verneint, wie später noch ausgeführt wird, und begründen § 823 Abs. 2 BGB i.V. mit §§ 6 Abs. 1, 27 Abs. 1 EG-FGV keinen Anspruch auf Rückabwicklung des Kaufs.

3.

Der Klägerin steht aber ein Anspruch gegen die Beklagte auf Zahlung des sog. Differenzschadens in Höhe von 174,34 €, nämlich 938,85 € (5 % des Kaufpreises) abzüglich anzurechnender Vorteile, gem. § 823 Abs. 2 BGB i.V.m. §§ 6 Abs. 1, 27 Abs. 1 EG-FGV bzw. den Normen der VO (EG) Nr. 715/2007 zu.

a)

Bei Verletzung von § 823 Abs. 2 BGB i.V.m. §§ 6 Abs. 1, 27 Abs. 1 EG-FGV kann nach der insoweit nach Erlass des landgerichtlichen Urteils ergangenen Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs ein Anspruch auf Schadensersatz in Form des sog. Differenzschadens bestehen (vgl. BGH, Urteil vom 26.06.2023 – VIa ZR 335/21).

b)

Die Beklagte hat auch gegen §§ 6 Abs. 1, 27 Abs. 1 EG-FGV verstoßen. Denn sie hat für das streitgegenständliche Fahrzeug eine Übereinstimmungsbescheinigung ausgestellt, die unrichtig ist.

aa)

Denn das Fahrzeug verfügte bei Ausstellung der Übereinstimmungsbescheinigung und Erwerb durch die Klägerin über jedenfalls eine unzulässige Abschalteneinrichtung i.S. der Art. 3 Nr. 10, 5 Abs. 2 S. 1 VO (EG) 715/2007.

(1)

Es lag eine unzulässige Abschalteneinrichtung in Form eines unzulässigen sog. Thermofensters vor.

(a)

Davon ist bereits deswegen auszugehen, weil das KBA nach dem insoweit unstreitigen Vortrag der Beklagten einen verpflichtenden Rückruf betreffend die temperaturabhängige Steuerung angeordnet hat. Dies ist ein hinreichendes Indiz für eine unzulässige Abschalteneinrichtung (vgl. BGH, Hinweisbeschluss vom 29.09.2021, VII ZR 126/21; Senat, Urteil vom 06.11.2024, 30 U 15/23).

(b)

Diese ursprünglich vorliegende Abschalteneinrichtung war auch nicht ausnahmsweise nach Art 5 Abs. 2 S. 2 VO (EG) Nr. 715/2007 zulässig. Die dafür darlegungs- und beweisbelastete Beklagte hat dies nicht hinreichend dargetan. Insbesondere hat sie nicht hinreichend dargetan, dass das ursprünglich vorhandene sog. Thermofenster erforderlich war, um – wie sie geltend macht – den Motor vor Beschädigungen oder Unfall zu schützen und einen sicheren Betrieb des Fahrzeugs zu gewährleisten, Art. 5 Abs. 2 S. 2 lit. a) VO (EG) Nr. 715/2007. Auswirkungen wie Ablagerungen u.ä. sind dafür nicht ausreichend (vgl. EuGH, Urteil vom 17.12.2020 – C 693/18; Urteil vom 21.03.2023 – C 100/21). Auch der Vortrag zur Verminderung des Risikos eines plötzlichen Ausfalls des Motors und des Eintritts sicherheitskritischer Situationen ist insoweit nicht hinreichend. Das Gleiche gilt für den weiteren Vortrag zur Gefahr von Wasserschlag und Blockierung der Sensoren nebst Beeinträchtigung der Luftversorgung des Motors sowie Versottung, Verlackung, Kondensatbildung und

Vereisung. Soweit die Beklagte sich damit auf dem System immanente technische Grenzen beruft, reicht dies nicht aus, um den Ausnahmetatbestand des Art. 5 Abs. 2 lit. a VO (EG) 715/2007 zu begründen (vgl. OLG Hamm, Urteil vom 19.10.2023, 18 U 225/22 m.w.N.).

(2)

Davon, dass eine weitere unzulässige Abschalteneinrichtung in Form der ■■■ vorlag, ist entgegen der Behauptung der Klägerin nicht auszugehen.

Die Beklagte hat substantiiert vorgetragen, dass eine solche Funktion bereits aufgrund der vorhandenen Hardware im streitgegenständlichen Fahrzeug nicht zum Tragen kommen kann. Dem ist die Klägerin nicht substantiiert entgegengetreten, insbesondere hat sie für ihre diesbezügliche (ursprüngliche) gegenteilige Behauptung keinerlei greifbaren Anhaltspunkte dargetan, so dass diese sich als prozessual unzulässige Behauptung ins Blaue hinein erweist. Weshalb sich die Klägerin bzw. ihre Prozessbevollmächtigten gleichwohl immer wieder in sinnlos langen und sich permanent wiederholenden Ausführungen in ausschweifigster Form über die Abschalteneinrichtung der ■■■ auslassen, erschließt sich angesichts dessen selbst dem wohlwollensten Leser nicht mehr. Offenkundig beruht dies allein darauf, dass sie das gegnerische Vorbringen schon gar nicht mehr zur Kenntnis nehmen, sondern einfach ihre für eine Vielzahl von Fällen, nur nicht den vorliegenden, vorgefertigten Textbausteine verwenden oder schlicht das Parteivorbringen der Gegenseite ignorieren.

bb)

Unstreitig war es auch die Beklagte, die die unrichtige Übereinstimmungsbescheinigung für das streitgegenständliche Fahrzeug ausgestellt hat.

Dass der Motor vom Kooperationspartner Renault hergestellt worden ist, ist insofern unerheblich. Die Beklagte treffen als Fahrzeugherstellerin auch hinsichtlich der von der Firma Renault bezogenen und in das Fahrzeug eingebauten Motors die Sorgfaltspflichten einer Herstellerin (vgl. BGH, Urteil vom 14.05.2024 – VIa ZR 716/23).

c)

Das Ausstellen der unrichtigen Übereinstimmungsbescheinigung ist auch für den Schaden der Klägerin kausal. Denn ohne die Ausstellung der unzutreffenden Übereinstimmungsbescheinigung hätte sie den streitgegenständlichen Wagen nicht so wie geschehen erworben. Insofern kann sich die Klägerin zur sog. Erwerbskausalität auf den Erfahrungssatz stützen, dass sie den Kaufvertrag zu

diesem Kaufpreis nicht geschlossen hätte (vgl. BGH, Urteil vom 26.06.2023 – VIa ZR 335/21). Diese Vermutung wird nicht durch die Adhoc-Mitteilung der Volkswagen AG im September 2015 oder die allgemeine Diskussion über Thermofenster und, dass diese auch in Kraftfahrzeugen der Beklagten verbaut sein mögen, ab dem Jahr 2016 widerlegt. Denn Thermofenster stellen nicht per se eine unzulässige Abschalteneinrichtung dar, sondern allenfalls, wenn sie innerhalb der normalen Betriebsbedingungen zu einer Reduzierung der Wirksamkeit des Emissionskontrollsystems führen und nicht aus Motorschutzgründen notwendig sind. Dass und weshalb der Klägerin hätte bekannt sein sollen, dass dies auch auf ihr Fahrzeug zutreffen könnte, legt die Beklagte schon nicht dar. Vielmehr hat sie selbst noch in dem von ihr weiterhin angeführten Geschäftsbericht 2016 in Abrede gestellt, unzulässige Abschalteneinrichtungen verbaut zu haben.

d)

Die Beklagte hat auch schuldhaft gehandelt. Sie hat jedenfalls fahrlässig eine unrichtige Übereinstimmungsbescheinigung gem. § 6 Abs. 1 EG-FGV ausgestellt, dem Fahrzeug – vor Übergabe an die Klägerin im Jahr 2017 – beigelegt und damit gegen Art. 5 Abs. 2 S. 1 VO (EG) 715/2007 verstoßen.

Der Verstoß gegen ein Schutzgesetz indiziert das Verschulden (vgl. BGH, Urteil vom 26.06.2023 – VIa ZR 335/21).

Die Beklagte hat sich auch nicht hinreichend entlastet. Sie kann sich nicht auf einen unvermeidbaren Verbotsirrtum berufen. Einen das Verschulden ausschließenden unvermeidbaren Verbotsirrtum hat sie schon nicht hinreichend vorgetragen.

Voraussetzung dafür wäre zunächst die Darlegung und erforderlichenfalls der Nachweis eines Rechtsirrtums seitens der Beklagten (BGH, Urteil vom 26.06.2023 – VIa ZR 335/21). Die Beklagte muss darlegen und beweisen, dass sich sämtliche ihrer verfassungsmäßig berufenen Vertreter i.S. des § 31 BGB über die Rechtmäßigkeit der 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 Fall einer Ressortaufteilung den damit verbundenen Pflichten genügten (BGH, Urteil vom 25.09.2023 – VIa ZR 1/23). Dies hat die Beklagte bereits nicht getan, so dass es auf die Frage der Unvermeidbarkeit nicht mehr ankommt (vgl. BGH a.a.O.).

Die Beklagte hat schon einen entsprechenden Irrtum nicht dargelegt. Soweit sie zu den für die Ausstellung der Übereinstimmungsbescheinigung Zuständigen vorträgt und sich auf einen Irrtum der Mitarbeiter, die die Übereinstimmungsbescheinigung ausgestellt haben, bezieht, beruft sie sich allein darauf, dass diese davon ausgingen,

eine richtige Übereinstimmungsbescheinigung auszustellen, weil das Fahrzeug mit dem – ebenso konstruierten – genehmigten Typ übereinstimmte. Ausweislich des Vortrags haben sich die angeführten, aber nicht benannten Mitarbeiter, bei denen nicht ersichtlich oder vorgetragen ist, dass es sich um die o.g. Verantwortlichen handelt, gar keine Gedanken darüber gemacht, ob Abschaltseinrichtungen vorlagen bzw. die Konstruktion mit allen Rechtsakten, also auch mit Art. 5 Abs. 2 S. 1 der VO (EG) Nr. 715/2007, übereinstimmte. Relevant ist aber, ob sie sich über das Vorhandensein bzw. die Zulässigkeit von Abschaltseinrichtungen geirrt haben (vgl. BGH, Urteil vom 26.06.2023 – VIa ZR 335/21). Dazu fehlt es an Ausführungen. Im Übrigen fehlt es im Hinblick auf den bestrittenen Vortrag zum Vorliegen eines Irrtums an einem hinreichenden Beweisantritt. Das Beweisangebot „N.N.“ ist, worauf der Senat die Beklagte bereits in einer Vielzahl von Verfahren hingewiesen hat, ersichtlich nicht ausreichend.

Dass – wie die Beklagte vorträgt – andere Obergerichte in den entsprechenden Einzelfällen zu einer gegebenenfalls anderen Einschätzung gelangen, gibt dem Senat keinen Anlass zu einer Abänderung seiner, auf den vom Bundesgerichtshof dargelegten Anforderungen beruhenden Einschätzung.

e)

Der Anspruch auf Ersatz des Differenzschadens beläuft sich vorliegend auf 174,34 €, nämlich 938,85 € (5% des Kaufpreises) abzüglich anzurechnender Vorteile.

Auf den Differenzschaden, den der Senat im Wege der Schätzung gem. § 287 Abs. 1 ZPO mit 5 % des Kaufpreises (18.777,00 €), d.h. 938,85 €, bemisst, sind im vorliegenden Fall Vorteile in Form des Restwertes des Fahrzeugs und Nutzungsvorteile in Höhe von insgesamt 764,51 € anzurechnen. Darüber hinaus sind im vorliegenden Fall im Rahmen der sog. Vorteilsausgleichung keine weiteren später, d.h. nach Vertragsschluss, eintretenden, schadensmindernden Umstände, etwa in Form des Software-Updates, zu berücksichtigen. Eine nachträgliche Verbesserung des Fahrzeugs durch ein Software-Update wäre nämlich nur dann schadensmindernd zu berücksichtigen, wenn und soweit es die Gefahr von Betriebsbeschränkungen signifikant reduzierte (vgl. BGH, Urteil vom 26.06.2023 – VIa ZR 335/21), was vorliegend nicht gegeben ist.

aa)

Zur Bestimmung des Differenzschadens, den der Senat hier mit 5 % des Kaufpreises bemisst, hat der Senat die mit der Verwendung unzulässiger Abschaltseinrichtungen verbundenen Nachteile, insbesondere das Risiko behördlicher Anordnungen berücksichtigt. Insofern hat der Senat den bei Vertragsschluss im Juli 2017 in

Betracht kommenden Umfang etwaiger Betriebsbeschränkungen und deren Eintrittswahrscheinlichkeit im vorliegenden Einzelfall berücksichtigt. Zusätzlich hat der Senat das Gewicht des vorliegenden Rechtsverstoßes für das unionsrechtliche Ziel der Einhaltung gewisser Emissionsgrenzwerte sowie den Grad des Verschuldens gewürdigt und eingestellt. Dabei hat er berücksichtigt, dass lediglich von einer unzulässigen Abschaltvorrichtung in Form eines unzulässigen Thermofensters auszugehen ist, so dass das Risiko einer Stilllegung relativ gering war. Dabei hat der Senat auch das Verschulden der Beklagten als gering erachtet, da bis in die jüngere Vergangenheit sog. Thermofenster auch von der zuständigen deutschen [REDACTED], dem KBA, in der Regel unbeanstandet geblieben sind.

bb)

Eine schadensmindernde Anrechnung von Vorteilen in Form von Nutzungsvorteilen und Restwert des Fahrzeugs ist im vorliegenden Fall geboten, denn diese Vorteile übersteigen den tatsächlichen Wert des Fahrzeugs bei Abschluss des Kaufvertrages, also den gezahlten Kaufpreis abzüglich Differenzschaden, der hier 17.838,15 €, nämlich 95 % des Kaufpreises, beträgt, um 764,51 €. Nur soweit Nutzungsvorteile und Restwert den tatsächlichen Wert des Fahrzeugs bei Abschluss des Kaufvertrages übersteigen, sind sie schadensmindernd anzurechnen (vgl. BGH, Urteil vom 26.06.2023 – VIa ZR 335/21).

(1)

Ausgehend von einer Laufleistung des Fahrzeugs insgesamt von 105.702 km bis zum 21.10.2024, d.h. damit bis dahin von der Klägerin gefahrenen 78.898 Kilometern, sowie hochgerechnet weiteren 493 km schätzt der Senat den Nutzungsvorteil gem. § 287 Abs. 1 ZPO auf 6.652,66 €.

Dabei legt der Senat die übliche Berechnungsmethode der linearen Wertminderung, nämlich Teilung des gezahlten Bruttokaufpreises durch die voraussichtliche Restlaufleistung im Erwerbszeitpunkt und Multiplikation dieses Wertes mit den gefahrenen Kilometern (vgl. BGH, Urteil vom 25.05.2020 – VI ZR 252/19), sowie bei Fahrzeugen der hier vorliegenden Größe in ständiger Rechtsprechung eine Gesamtlauflistung von 250.000 km zugrunde, so dass sich der Nutzungsvorteil aus folgender Berechnung ergibt:

$$\frac{18.777,00 \text{ €} \times (78.585 + 493) \text{ km}}{(250.000 \text{ km} - 26.804 \text{ km} = 223.196 \text{ km})}.$$

Im Hinblick auf die Zeit nach dem 21.10.2024 bis zum Zeitpunkt, der dem Schluss der mündlichen Verhandlung entspricht (hier 13.11.2024), hat der Senat im Rahmen

der Schätzung gem. § 287 Abs. 1 ZPO die weiteren Nutzungsvorteile mit 493 km

hochgerechnet. Denn ausgehend von den unstreitigen Laufleistungen am 21.10.2022 und 21.10.2024 ergibt sich eine durchschnittliche Fahrleistung von 21,42 km/Tag und damit bei 23 Tagen eine solche von 493 km.

(2)

Den aktuellen Restwert des Fahrzeugs schätzt der Senat auf 11.950 €, § 287 ZPO.

Dabei orientiert sich der Senat in ständiger Rechtsprechung an entsprechenden Angeboten auf der Internet-Plattform mobile.de. Ausgehend von den dortigen gewerblichen Angeboten von entsprechenden Fahrzeugen mit einer Erstzulassung im Jahr 2014/2015 im örtlichen Bereich des Wohnortes der Klägerin geht der Senat von einem Restwert von 11.950 € aus.

Die Einholung eines Sachverständigengutachtens ist insoweit nicht erforderlich (vgl. zur Schadenshöhe BGH, Urteil vom 26.06.2023, VIa ZR 335/21).

(3)

Unter Berücksichtigung des o.g. Restwerts von 11.950 € ergibt sich zusammen mit dem o.g. Nutzungsvorteil von 6.652,66 € ein Betrag von 18.602,66 € und damit ein den o.a. tatsächlichen Wert von 17.838,15 € um 764,51 € übersteigender und damit schadensmindernd anzurechnender Betrag.

cc)

Durch das Software-Update ist es nicht zu einer Schadensminderung gekommen. Vorliegend ist die Gefahr von Betriebsbeschränkungen (durch das am 26.07.2023 aufgespielte Update) nicht so signifikant reduziert worden, dass ein Schaden nicht mehr anzunehmen oder vermindert ist.

(1)

Die Beklagte hat zwar vorgetragen, dass die vom KBA mit Bescheid vom 01.11.2022 beanstandeten temperaturabhängigen Funktionalitäten durch das am 26.07.2023 aufgespielte – vom KBA freigegebene – Update beseitigt worden seien.

Allerdings fordert das KBA inzwischen auch nach dem Vortrag der Beklagten im Hinblick auf zuvor freigegebene Software-Updates weitere Nachweise. Insofern ist allein die Freigabe durch das KBA nicht ausreichend, um von einer signifikanten Reduzierung des Stilllegungsrisikos auszugehen.

Dabei ist auch zu berücksichtigen, dass nach dem zuletzt erfolgten Vortrag der Beklagten zur verbliebenen außertemperaturabhängigen Steuerung der AGR ein (unzulässiges) Thermofenster verblieben sein dürfte. Anderes hat die insoweit

darlegungs- und beweisbelastete Beklagte (vgl. BGH, Urteil vom 26.06.2023, VIa ZR 335/21) nicht hinreichend dargelegt.

Denn nach dem letzten Vortrag der Beklagten, den der Senat insoweit zugrunde legt, erfolgt die AGR uneingeschränkt nur zwischen 5 °C und 47 °C sowie auch nur bei betriebswarmem Motor. Insofern geht der Senat davon aus, dass der frühere Vortrag der Beklagten zu anderen Temperaturen überholt ist. Sollte dies nicht so sein, läge im Übrigen widersprüchlicher Vortrag vor, so dass der Senat auch dann – mangels zu Grunde zulegender Temperaturen – nicht feststellen könnte, dass das unstreitig auch nach dem Aufspielen des Software-Updates vorhandene Thermofenster keine (unzulässige) Abschalteneinrichtung darstellte.

Ausgehend von dem letzten Vortrag der Beklagten sind die gem. Art. 3 Nr. 10 VO (EG) 715/2007 relevanten Bedingungen, die bei normalem Fahrzeugbetrieb vernünftigerweise zu erwarten sind und die mit -15 °C bis +40 °C anzunehmen sind (vgl. VG Schleswig, Urteil vom 20.02.2023 – VG 3 A 113/18), bereits nicht abgedeckt und kann es dahinstehen, ob eine unzulässige Reduzierung der Abgasrückführung auch schon deswegen anzunehmen ist, weil unklar bleibt, in welchem Temperaturbereich die AGR bei nicht betriebswarmem Motor uneingeschränkt funktioniert oder eben temperaturabhängig gesteuert wird.

Der Senat folgt dabei hinsichtlich der Konkretisierung der „Bedingungen, die bei normalem Fahrzeugbetrieb vernünftigerweise zu erwarten sind“ i.S. des Art. 3 Nr. 10 VO (EG) 715/2007 der Einschätzung des Verwaltungsgerichts Schleswig. Die Einwände der Beklagten führen nicht zu einer anderen Beurteilung. Insbesondere kann dahinstehen, ob der Annahme des Verwaltungsgerichts Schleswig, Temperaturen von - 15 °C bis + 40 °C seien vernünftigerweise zu erwarten, – wie die Beklagte einwendet – die Ausführungen der [REDACTED] aus den unverbindlichen Leitlinien gem. der von der Beklagten zitierten Bekanntmachung vom 26.01.2017 entgegenstehen. Denn soweit danach ein besonderes Augenmerk auf Temperaturen über - 4 °C zu legen sein sollte, wäre dieser Bereich vorliegend jedenfalls nicht vollständig abgedeckt, weil es hier unstreitig jedenfalls bereits bei 5 °C zu einer Reduzierung der AGR kommt.

(2)

Die Beklagte kann sich – wie bereits ausgeführt – auch nicht auf eine Zulässigkeit der Abschalteneinrichtung in Form der temperaturgesteuerten AGR gem. Art. 5 Abs. 2 lit. a) VO (EG) 715/2007 berufen. Die insofern angeführten Umstände zum Motorschutz sind – wie bereits ausgeführt – nicht ausreichend.

(3
)

Da nach dem oben Ausgeführten auch nach dem Software-Update nicht davon auszugehen ist, dass die zuvor gegebene unzulässige Abschalteneinrichtung „ausbedatet“, also entfernt wurde und damit nicht mehr vorhanden ist, kommt insoweit eine Schadensminderung nicht in Betracht. Allein, dass das Software-Update vom KBA freigegeben worden ist, vermag – da eine Fehleinschätzung nicht ausgeschlossen ist – keine erhebliche – und ggf. i.S. einer teilweisen Schadensminderung zu berücksichtigende – Reduzierung des Stilllegungsrisikos zu begründen. Dies gilt umso mehr, als das KBA nach eigenem Vortrag der Beklagten auch bei zuvor freigegebenen Software-Updates inzwischen noch den Nachweis fordert, dass im Übrigen die Reduzierung der AGR aus Gründen des Motorschutzes geboten sei. Unerheblich ist auch der Einwand der Beklagten, es käme nach dem Update allenfalls eine Betriebsuntersagung in Betracht, wenn die Umgebungstemperatur 5 °C unterschreite. Denn selbst wenn dies so wäre, stellt dies angesichts des Umstandes, dass der Erwerb und das Halten eines Kraftfahrzeuges gerade der ständigen Verfügbarkeit dieses Fortbewegungsmittels dienen, keine signifikante „Verbesserung“ im obigen Sinne im Vergleich zu einer Betriebsstilllegung da. Daher kann – zumal hier sowohl vor als auch nach dem Update jeweils (nur) eine Abschalteneinrichtung in Rede steht – auch dahinstehen, ob eine „teilweise“ Reduzierung des Stilllegungsrisikos (etwa durch das Ausbedaten einer von mehreren Abschalteneinrichtungen) grundsätzlich ausreichend wäre, um einen Vorteil i.S. einer (teilweisen) Schadensminderung anzunehmen.

f)

Die Beklagte kann sich schließlich nicht mit Erfolg auf Verjährung berufen. Der Anspruch der Klägerin ist nicht verjährt. Auf die Kenntnismöglichkeit vom sog. Dieselskandal in den Jahren 2015/2016 kann vorliegend nicht abgestellt werden, denn eine etwaige Kenntnis von Manipulationen bei dem Volkswagen-Konzern reicht nicht aus, um eine Kenntnis der Klägerin von der hier streitgegenständlichen Abschalteneinrichtung anzunehmen (vgl. Urteil des Senats vom 13.09.2023 – 30 U 190/21).

4.

Soweit ein Anspruch auf Zahlung besteht, steht der Klägerin gem. §§ 291 S. 1 und 2, 288 Abs. 1 S. 2 BGB auch ein Anspruch gegen die Beklagte auf Zahlung von Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem jeweiligen Basiszinssatz ab Rechtshängigkeit des ursprünglichen Klageantrags zu.

Der Klägerin steht demnach ein Zinsanspruch in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem jeweiligen Basiszinssatz seit dem 16.02.2022, nämlich ab dem Tag nach Zustellung der Klage an die Beklagte, zu. Der Anspruch auf Ersatz des Differenzschadens ist – entgegen der Annahme der Beklagten – als lediglich andere

Form der Schadensberechnung bereits mit Geltendmachung des Anspruchs auf Rückabwicklung (sog. großer Schadensersatz) anhängig geworden (vgl. OLG Karlsruhe, Urteil vom 30.04.2024 – 8 U 48/23; Urteil vom 15.09.2023 – 8 U 383/21; OLG Hamm, Urteil vom 19.10.2023 – 18 U 225/22; a.A. OLG Hamm, Urteil vom 29.02.2024 – 13 U 40/22; Urteil vom 14.07.2023 – 12 U 55/21; OLG Dresden, Urteil vom 28.08.2023 – 5a U 802/23).

5.

Ein höherer Schadensersatzanspruch steht der Klägerin in jedem Fall nicht zu. Insbesondere steht ihr kein Anspruch gem. § 826 BGB zu.

Denn eine vorsätzlich sittenwidrige Schädigung lässt sich, wie schon das Landgericht zu Recht ausgeführt hat, nicht feststellen.

a)

Zur Annahme einer Sittenwidrigkeit bedarf es eines Verhaltens, das nach seinem Gesamtcharakter, der durch umfassende Würdigung von Inhalt, Beweggrund und Zweck zu ermitteln ist, im Zeitpunkt der Vornahme gegen das Anstandsgefühl aller billig und gerecht Denkenden verstößt (vgl. BGH, Beschluss vom 29.09.2021 - VII ZR 126/21; Urteil vom 03.12.2013 – XI ZR 295/12; Urteil vom 19.07.2004 - II ZR 217/03; OLG München, Endurteil vom 17.12.2019 - 18 U 3363/19; MüKoBGB/Wagner, 9. Aufl. 2024, BGB, § 826 Rn. 9). Dies setzt eine besondere Verwerflichkeit des Handelns voraus, die sich aus dem verfolgten Ziel, den eingesetzten Mitteln, der zutage getretenen Gesinnung oder den eingetretenen Folgen ergeben kann (BGH, Urteil vom 15.10.2013 – VI ZR 124/12; Urteil vom 19.10.1987 - II ZR 9/87; BeckOGK/■■■■■■■■■■, 01.11.2024, BGB, § 826 Rn. 8).

Im Fall des sog. Abgasskandals liegt eine sittenwidrige Schädigung nach ständiger Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs vor, wenn ein Fahrzeughersteller zunächst Fahrzeuge auf der Grundlage einer grundlegenden strategischen Entscheidung im eigenen Kosten- und damit auch Gewinninteresse mit einer Motorsteuerungssoftware ausgestattet hat, die bewusst und gewollt so programmiert war, dass die gesetzlichen Abgasgrenzwerte nur auf dem Prüfstand eingehalten, im normalen Fahrbetrieb hingegen überschritten wurden (Umschaltlogik), und damit unmittelbar auf die arglistige Täuschung der Typgenehmigungsbehörde abzielte, und er sodann die mit dieser offensichtlich unzulässigen Abschaltvorrichtung versehenen Fahrzeuge unter bewusster Ausnutzung der Arglosigkeit der Erwerber, die die Einhaltung der gesetzlichen Vorgaben und die ordnungsgemäße Durchführung des Typgenehmigungsverfahrens als selbstverständlich voraussetzten, in den Verkehr gebracht und dabei die damit einhergehende Belastung der Umwelt und die Gefahr, dass bei einer Aufdeckung dieses Sachverhaltes eine Betriebsbeschränkung oder

-untersagung hinsichtlich der betroffenen Fahrzeuge erfolgen könnte, in Kauf genommen hat (vgl. BGH, Urteil vom 30.07.2020 - VI ZR 5/20; Beschluss vom 09.03.2021 - VI ZR 889/20; jew. m.w.N.).

b)

Das Vorliegen einer unzulässigen Abschaltvorrichtung, die wie im Fall des Motors EA 189 eines anderen Herstellers darin liegt, dass das Fahrzeug über zwei verschiedene Modi, nämlich einen für den Prüfstand und einen für den Realbetrieb, verfügt, behauptet die Klägerin für das hier vorliegende Fahrzeug bereits nicht hinreichend substantiiert und ist auch nicht ersichtlich.

c)

Auch das Vorliegen eines unzulässigen sog. Thermofensters reicht zur Annahme einer sittenwidrigen Schädigung nicht aus.

Denn im Fall eines Thermofensters – welches mit der sog. Umschaltlogik nicht zu vergleichen ist, weil es nicht bei erkanntem Prüfstandbetrieb anders arbeitet als im normalen Fahrbetrieb, sondern in beiden Fahrsituationen in gleicher Weise und daher nicht von vorneherein durch Arglist geprägt ist – müssen zur Annahme einer sittenwidrigen Handlung, nämlich der besonderen Verwerflichkeit des Einsatzes einer solchen Software, neben einem Gesetzesverstoß (auch unter Berücksichtigung einer damit einhergehenden Gewinnerzielungsabsicht) weitere Umstände hinzutreten (vgl. BGH, Urteil vom 16.09.2021 - VII ZR 190/20; Beschluss vom 09.03.2021 - VI ZR 889/20; Beschluss vom 19.01.2021 - VI ZR 433/19). Insofern wäre jedenfalls erforderlich, dass die für die Beklagte handelnden Personen bei der Entwicklung und/oder Verwendung dieser Software in dem Bewusstsein handelten, eine unzulässige Abschaltvorrichtung zu verwenden und den darin liegenden Gesetzesverstoß billigend in Kauf nahmen, wofür der Kläger die Darlegungs- und Beweislast trägt (vgl. BGH, Urteil vom 16.09.2021 - VII ZR 190/20; Beschluss vom 09.03.2021 - VI ZR 889/20; Beschluss vom 19.01.2021 - VI ZR 433/19; Beschluss vom 21.03.2022 - VIa ZR 334/21). Dabei ist das Kriterium der Prüfstandbezogenheit grundsätzlich geeignet, um zwischen nur unzulässigen Abschaltvorrichtungen und solchen, deren Implementierung die Kriterien einer sittenwidrigen vorsätzlichen Schädigung erfüllen können, zu unterscheiden (BGH, Beschluss vom 13.10.2021 – VII ZR 179/21 –, juris Rn. 11; Beschluss vom 29.09.2021 – VII ZR 126/21 –, juris Rn. 12, 18, jew. m.w.N.). Gleiches gilt für den Fall des Vorliegens eines Verschleierns der für die Beurteilung der Zulässigkeit einer Abschaltvorrichtung maßgeblichen Umstände gegenüber dem KBA im Typpengenehmigungsverfahren (vgl. BGH, Beschluss vom 19.01.2021 – VI ZR 433/19 –, juris Rn. 24, NJW 2021, 921).

Derlei Anhaltspunkte dafür sind vorliegend nicht vorgetragen oder ersichtlich. Soweit die Klägerin etwa angeführt hat, bei +7 °C sei die Abgasrückführungsrate um bis zu 45 % reduziert bzw. die AGR werde unterhalb einer Umgebungstemperatur von ca. 14°C reduziert, ergibt sich allein daraus eine Prüfstandbezogenheit dieses Emissionskontrollsystems nicht (vgl. BGH, Urteil vom 16.09.2021 - VII ZR 190/20 – Rn. 24).

Zudem fehlt es auch angesichts der unsicheren Rechtslage bei der Beurteilung der Zulässigkeit des Thermofensters an einem besonders verwerflichen Verhalten der Beklagten (vgl. BGH, Urteil vom 16.09.2021 - VII ZR 190/20). Ebenso liegt der erforderliche Schädigungsvorsatz nicht vor; allein aus der objektiven Unzulässigkeit der Abschalteinrichtung in Form des Thermofensters folgt kein Vorsatz hinsichtlich der Schädigung der Fahrzeugkäufer (vgl. BGH, Urteil vom 16.09.2021 - VII ZR 190/20).

d)

Da vom Vorliegen einer ■■■■ – wie ausgeführt – nicht auszugehen ist, kommt auch insoweit ein sittenwidriges Handeln der Beklagten nicht in Betracht.

5.

Die Klägerin hat auch keinen Anspruch gegen die Beklagte auf Ersatz vorgerichtlicher Rechtsanwaltskosten nebst Zinsen.

Ein Anspruch auf Ersatz von vorgerichtlichen Rechtsanwaltskosten besteht im Rahmen des Anspruchs auf Ersatz des Differenzschadens nicht (vgl. BGH, Urteil vom 16.10.2023 – VIa ZR 14/22). Die Voraussetzungen, unter denen neben einem Anspruch auf Ersatz des Differenzschadens auch ein Anspruch auf Ersatz vorgerichtlicher Rechtsanwaltskosten gegeben sein könnte, sind vorliegend nicht hinreichend vorgetragen oder ersichtlich (vgl. BGH a.a.O.).

6.

Die Kostenentscheidung beruht auf § 92 Abs. 2 ZPO; die Vollstreckbarkeitsentscheidung ergibt sich aus §§ 708 Nr. 10, 713, 544 Abs. 2 ZPO.

Die Revision ist nicht zuzulassen. Die Rechtssache hat keine grundsätzliche Bedeutung, die Fortbildung des Rechts oder die Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung erfordern keine Entscheidung des Bundesgerichtshofs. Die entscheidungserheblichen Rechtsfragen sind u.a. durch die Entscheidung des Bundesgerichtshofs vom 26.06.2023 (VIa ZR 335/21) höchstrichterlich geklärt; soweit auf dieser Grundlage in einzelnen obergerichtlichen Entscheidungen andere Beurteilungen – etwa (wie von der Beklagten angeführt) zur Frage eines

unvermeidbaren Verbotsirrtums – erfolgt sind, handelt es sich um Entscheidungen des jeweiligen Einzelfalls.

Auch ist eine Vorlage an den EuGH nicht veranlasst. Die entscheidungserheblichen Rechtsfragen sind auch insoweit geklärt.

Dr.



Dhom

Teubel