

hat der 2. Zivilsenat des Oberlandesgerichts Oldenburg durch den Richter am Oberlandesgericht Leemhuis, die Richterin am Oberlandesgericht Kayser und den Richter am Oberlandesgericht Bührma auf die mündliche Verhandlung vom 8. August 2024 für Recht erkannt:

Auf die Berufung der Klägerin wird das am 25. August 2023 verkündete Urteil des Landgerichts Aurich unter Zurückweisung der weitergehenden Berufung geändert:

Die Beklagte wird verurteilt, an die Klägerin 1.975,00 € nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 25. Oktober 2022 zahlen.

Im Übrigen wird die Klage abgewiesen.

Von den Kosten des Berufungsverfahrens hat die Klägerin 2/3 und die Beklagte 1/3 zu zahlen. Die Kosten des Rechtsstreits erster Instanz tragen die Klägerin zu 3/4 und die Beklagte zu 1/4.

Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar.

Gründe

I.

Von einer Bezugnahme auf die tatsächlichen Feststellungen im angefochtenen Urteil und eine Darstellung etwaiger Änderungen oder Ergänzungen wird gemäß §§ 540 Abs. 2, 313a Abs. 1 Satz 1 ZPO abgesehen, weil ein Rechtsmittel gegen dieses Urteil unzweifelhaft nicht zulässig ist.

II.

Die Berufung hat lediglich in dem aus dem Tenor ersichtlichen Umfang Erfolg.

1. Die Klägerin hat gegen die Beklagte gemäß §§ 823 Abs. 2 BGB i.V.m. §§ 6 Abs. 1, 27 Abs. 1 EG-FGV Anspruch auf Ersatz eines Differenzschadens in Höhe von 1.975,00 €.

a. Das streitgegenständliche Fahrzeug hat zum Zeitpunkt des Abschlusses des Kaufvertrages eine Abschaltvorrichtung im Sinne von Art. 3 Nr. 10, Art. 5 Abs. 2 Satz 1 VO (EG) Nr. 715/2007 aufgewiesen, nämlich eine temperaturgesteuerte Abgasrückführung (AGR; sog. Thermofenster).

aa. Die AGR muss als Emissionskontrollsystem unter normalen Betriebsbedingungen, die beim normalen Fahrzeugbetrieb vernünftigerweise zu erwarten sind, uneingeschränkt wirksam sein; andernfalls handelt es sich um eine Abschaltvorrichtung im Sinn von Art. 3 Nr. 10, Art. 5 Abs. 2 VO (EG) Nr. 715/2007. Diese normalen Betriebsbedingungen umfassen nicht nur die exakten Prüfstandsbedingungen, sondern die tatsächlichen Fahrbedingungen, wie sie im Unionsgebiet üblich sind (vgl. EuGH, Urteil vom 14. Juli 2022, C-128/20, Rdnr. 40), so dass zu ihnen insbesondere der Temperaturbereich gehört, der im Gebiet der Europäischen Union üblicherweise vorkommt (vgl. BGH, Urteil vom 26. Juni 2023, VIa ZR 335/21, Rdnr. 50; OLG Stuttgart, Urteil vom 19. Oktober 2023, 24 U 103/22, Rdnr. 31; juris). Die von der Klägerin vorgetragene Temperaturen, bei denen es zu keiner Wirksamkeitsreduktion des Emissionskontrollsystems kommen soll (von 17°C bis 33 °C), bilden ersichtlich nicht das Temperaturspektrum ab, wie es im Unionsgebiet üblich ist. Die AGR ist daher im üblichen Temperaturfenster der EU unterschiedlich wirksam. Die Beklagte ist dem nicht konkret entgegengetreten. Soweit die Beklagte behauptet, nach Aufspielen des Updates werde die Abgasrückführung erst unterhalb von -10°C und oberhalb von 40°C schrittweise reduziert, kommt es darauf an dieser Stelle nicht an. Maßgeblicher Zeitpunkt ist der Abschluss des Kaufvertrages am 20. August 2018; das Update ist erst am 8. Juni 2020 aufgespielt worden.

bb. Dieses Thermofenster ist auch unzulässig im Sinn von Art. 5 Abs. 2 Satz 1 VO (EG) Nr. 715/2007.

Die Voraussetzungen der in Art. 5 Abs. 2 Satz 2 VO (EG) Nr. 715/2007 genannten Ausnahmetatbestände, unter denen eine Abschaltvorrichtung ausnahmsweise zulässig ist, lassen sich dem Vortrag der hierfür darlegungs- und beweisbelasteten Beklagten (vgl. dazu BGH, Urteil vom 26.06.2023, VIa ZR 335/21, Rdnr. 54, juris) nicht entnehmen. Der von der Beklagten angeführte Motorschutzgedanke reicht nicht aus. Denn jedenfalls seit der Entscheidung des EuGHs vom 14. Juli 2022 (C-145/20, juris) ist geklärt, dass der Ausnahmetatbestand des Art. 5 Abs. 2 a VO (EG) Nr. 715/2007 eng auszulegen ist und nur greift, wenn die Abschaltvorrichtung erforderlich ist, um den Motor vor plötzlichen und außergewöhnlichen Schäden zu schützen (EuGH, Urteil vom 14.07.2022, C-145/20, Rdnr. 72, 73, vgl. auch EuGH in ZfSch 2021, 194, 198). Dies setzt voraus, dass unmittelbare Risiken für den Motor in Form von Beschädigung oder Unfall bestehen, die beim Fahren eines Fahrzeugs eine konkrete Gefahr hervorrufen (EuGH, Urt. v. 14.07.2022 – C-145/20, Rn. 67). Bloße Verschmutzungen, Ablagerungen oder ein Verschleiß des Motors, sowie die hieraus mittelbaren Gefahren können nicht als „Beschädigung“ oder „Unfall“ in diesem Sinn angesehen werden, da sie im Prinzip vorhersehbar und der normalen Funktionsweise des Fahrzeugs inhärent sind (EuGH, Urteil vom 14. Juli 2022, C-145/20, Rn. 65, juris; EuGH,

Urteil vom 17. Dezember 2020, C-693/18, Rdnr. 110; VG Schleswig, Urteil vom 20. Februar 2023, 3 A 113/18, Rdnr. 302; vgl. auch OLG [REDACTED], Urteil vom 19. Oktober 2023, 24 U 103/22, Rdnr. 30 – 37; juris).

b. Für die von der Klägerin weiterhin behaupteten Abschaltvorrichtungen fehlt es an greifbaren und einzelfallbezogenen Anhaltspunkten für deren Verwendung im streitgegenständlichen Fahrzeug. Es handelt sich insoweit um spekulative Behauptungen ins Blaue hinein. Auch ist nicht dargetan, dass die behaupteten Systeme die Wirksamkeit des Emissionskontrollsystems im Realbetrieb verringern, sodass sie in rechtlicher Hinsicht als Abschaltvorrichtungen zu qualifizieren wären.

c. Die Beklagte handelte auch schuldhaft.

aa. Das Verschulden des Fahrzeugherstellers wird innerhalb des § 823 Abs. 2 BGB im Fall des objektiven Verstoßes gegen § 6 Abs. 1, § 27 Abs. 1 EG-FGV vermutet. Dementsprechend muss der Fahrzeughersteller, wenn er eine Übereinstimmungsbescheinigung trotz der Verwendung einer unzulässigen Abschaltvorrichtung ausgeben und dadurch § 6 Abs. 1, § 27 Abs. 1 EG-FGV verletzt hat, im Fall der Inanspruchnahme nach § 823 Abs. 2 BGB Umstände darlegen und beweisen, die sein Verhalten zum maßgeblichen Zeitpunkt des Fahrzeugkaufs ausnahmsweise nicht als fahrlässig erscheinen lassen (vgl. BGH, Urteil vom 26. Juni 2023, VIa ZR 335/21, Rdnr. 59, 61; BGH, Urteil vom 25. September 2023, VIa ZR 1/23, Rdnr. 13; juris). Berufet sich der Fahrzeughersteller auf einen unvermeidbaren Verbotsirrtum, muss er sowohl den Verbotsirrtum als solchen als auch die Unvermeidbarkeit des Verbotsirrtums darlegen und erforderlichenfalls beweisen (BGH, Urteil vom 25. September 2023, VIa ZR 1/23, Rn. 13, juris). Auf den insoweit erforderlichen Sachverhalt, den der Bundesgerichtshof in seiner Entscheidung vom 25. September 2023 (VIa ZR 1/23, Rn. 14 f., juris) spezifiziert hat, hat der Senat in der mündlichen Verhandlung hingewiesen.

bb. Den vorgenannten Anforderungen genügt der Vortrag der Beklagten nicht. Die Beklagte trägt nicht dazu vor, welche Vorstellung ihre verfassungsmäßig berufenen Vertreter zum Zeitpunkt des Kaufabschlusses im August 2018 hinsichtlich der Rechtmäßigkeit des verwendeten sog. Thermofensters hatten.

Die Rechtsauffassung der Beklagten, im Falle einer tatsächlichen oder hypothetischen Genehmigung des Kraftfahrtbundesamtes (KBA) bedürfe es der Darlegung des Irrtums nicht, steht in Widerspruch zur insoweit eindeutigen Rechtsprechung des

Bundesgerichtshofs (Urteil vom 25. September 2023, VIa ZR 1/23), der sich der Senat anschließt.

d. Der Schaden der Klägerin besteht in dem Minderwert des Fahrzeugs, den der Senat gemäß § 287 ZPO auf 5 Prozent des Kaufpreises (39.500,00 €), mithin auf 1.975 € schätzt.

aa. Das Schätzungsermessen zur Schadenshöhe ist wegen des unionsrechtlichen Effektivitätsgrundsatzes einerseits und des Verhältnismäßigkeitsgrundsatz andererseits auf eine Spanne zwischen 5 und 15 Prozent begrenzt (BGH, Urteil vom 26. Juni 2023, VIa ZR 335/21, Rdnr. 73 ff.).

Innerhalb dieses Rahmens sind die mit der Verwendung einer unzulässigen Abschaltvorrichtung verbundenen Nachteile, insbesondere das Risiko behördlicher Anordnungen, zu berücksichtigen, wobei auch die zum Zeitpunkt des Kaufvertrags bestehende Eintrittswahrscheinlichkeit des Risikos von Betriebsbeschränkungen in den Blick zu nehmen ist. Über diese originär schadensrechtlichen Gesichtspunkte hinaus ist das Gewicht des der Haftung zugrundeliegenden konkreten Rechtsverstößes für das unionsrechtliche Ziel der Einhaltung gewisser Emissionsgrenzwerte sowie den Grad des Verschuldens nach Maßgabe der Umstände des zu beurteilenden Einzelfalls zu bewerten, um so dem Gebot einer verhältnismäßigen Sanktionierung auch bezogen auf den zu würdigenden Einzelfall Rechnung zu tragen (BGH, Urteil vom 26. Juni 2023 – VIa ZR 335/21 –, Rn. 76 - 77, juris).

Unter Berücksichtigung dieser Maßstäbe bemisst der Senat den Schaden auf 5 Prozent des Kaufpreises.

Dabei hat der Senat zunächst berücksichtigt, dass das sog. Thermofenster nicht grenzwertrelevant war und damit das unionsrechtliche Ziel der Einhaltung der Grenzwerte nicht berührt hat. Der gegenteilige Vortrag der Klägerin ist als Vortrag ins Blaue unbeachtlich.

Zudem ist das Verschulden der Beklagten als gering anzusehen, so dass die Untergrenze von fünf Prozent des Bruttokaufpreises nicht überschritten ist.

Aus dem Bericht der vom [REDACTED] für Verkehr und digitale Infrastruktur eingesetzten Untersuchungskommission "Volkswagen" vom April 2016 geht hervor, dass in dem hier fraglichen Zeitraum Thermofenster von allen Autoherstellern verwendet wurden. Begründet wurde dies mit dem Erfordernis des Motorschutzes, wobei diese Frage vor allem die Auslegung der Ausnahmevorschrift des Art. 5 Abs. 2 Satz 2 Buchst. a VO (EG) Nr. 715/2007 betraf. Dementsprechend haben sowohl das KBA als auch das zuständige Fachministerium

den Einsatz eines Thermofensters, bei dem die Hersteller die Abgasreinigung temperaturabhängig zurückfahren, jedenfalls dann nicht grundsätzlich in Frage gestellt, wenn die Einrichtung dem Motorschutz diene (vgl. BGH, Beschl. v. 25. November 2021, III ZR 202/20, Rdnr. 15, juris). Auch Jahre nach dem Bekanntwerden des sog. Dieselskandals und dem Auftreten öffentlicher Diskussionen über das Thermofenster hat das KBA die Ausnahmenvorschrift des Art. 5 Abs. 2 Satz 2 Buchst. a VO (EG) Nr. 715/2007 weit ausgelegt; dies auch noch, nachdem der EuGH mit Urteil vom 17. Dezember 2020 (C-693/18, juris) eine restriktive Auslegung der Ausnahmenvorschrift vertreten hat (vgl. https://www.kba.de/DE/Themen/Marktueberwachung/Abgasthematik/stellungnahme_euGH_abschalteinrichtungen_inhalt.html; zuletzt abgerufen am 11. Dezember 2023). Vor diesem Hintergrund war ein bei Kaufabschluss im Jahr 2018 vorliegendes Verschulden der Beklagten gering (Verschulden verneinend u.a.: OLG Hamm, Urteil vom 1. September 2023, 30 U 78/21, Rdnr. 101; Schleswig-Holsteinisches Oberlandesgericht, Urteil vom 10. Oktober 2023, 7 U 100/22, Rn. 68 ff., 70; juris m.w.N.).

bb. Dieser Differenzschaden der Klägerin ist nicht, auch nicht teilweise, durch anzurechnende Vorteile aufgezehrt.

Nach aktueller Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs sind Nutzungsvorteile und der Restwert des Fahrzeugs insoweit schadensmindernd anzurechnen, als sie den Wert des Fahrzeugs bei Abschluss des Kaufvertrags (gezahlter Kaufpreis abzüglich Differenzschaden) übersteigen. Und dies entgegen der Auffassung der Klägerin auch dann, wenn kein Fall der Weiterveräußerung vorliegt (BGH, Urteil vom 27. November 2023 – VIa ZR 159/22, juris Rn. 13). Beruft sich der Fahrzeughersteller auf die nachträgliche Verbesserung des Fahrzeugs durch ein Software-Update, kann damit eine Schadensminderung verbunden sein, wenn und soweit das Software-Update die Gefahr von Betriebsbeschränkungen signifikant reduziert, allerdings nur, wenn es nicht seinerseits eine unzulässige Abschaltvorrichtung beinhaltet (BGH, Urteil vom 26. Juni 2023, VIa ZR 335/21, Rdnr. 80, juris).

Danach kommt eine Vorteilsanrechnung hier jedoch nicht in Betracht:

Nutzungsvorteile der Klägerin sind in Höhe von 7.436,01 € zu berücksichtigen. Diesen Betrag hat der Senat nach der üblichen, vom Bundesgerichtshof in ständiger Rechtsprechung (vgl. BGH, Urteil vom 25. Mai 2020, VI ZR 252/19, Rdnr. 80-82, juris) akzeptierten Formel „Bruttokaufpreis \cdot erwartete Restlaufleistung bei Kauf \times gefahrene Kilometer“ auf Grundlage einer zu erwartenden Gesamtlaufleistung des streitgegenständlichen Fahrzeugtyps von 300.000 km (vgl. BGH, Urteil vom 23. März 2021,

VI ZR 3/20, Rdnr. 11, juris) geschätzt. Angesichts einer Laufleistung von 57.114 km am 5. August 2024 ergeben sich Nutzungsvorteile von 7.436,01 € (39.500,00 € ./ 299.228 km x 56.342 km).

Da der Wert des Fahrzeugs von 37.525,00 € (gezahlter Kaufpreis abzüglich Differenzschaden) auch unter Zugrundelegung des von der Beklagten behaupteten höheren Restwertes von 28.000,00 € nicht erreicht ist (Restwert 28.000,00 € + Nutzungsvorteil 7.436,01 € = 35.436,01 €), bedarf es keiner Entscheidung, ob dieser Restwert zutreffend ist oder ein vom Kläger behaupteter geringerer Wert (22.000,00 €) zugrunde zu legen ist.

cc. Das nach dem Beklagtenvorbringen durchgeführte Software-Update führt weder zu einem Wegfall des Schadens noch zu einer (weiteren) Schadensminderung. Das Software-Update ist bereits im Rahmen der Restwertschätzung berücksichtigt. Der von der Beklagten stillschweigend gesetzten Prämisse, wonach das Update - neben und zusätzlich zu dem Restwert - einen gesonderten Posten des Vorteilsausgleichs darstellt, folgt der Senat nicht. Diese Ansicht verkennt, dass es sich bei dem Update bei wirtschaftlicher Betrachtung nur um einen von zahlreichen wertbildenden Faktoren des Fahrzeugs handelt, und ein Käufer von dem Update auch nur in diesem Sinne profitiert: Die durch das Update ggf. signifikant gesunkene Stilllegungsgefahr führt zu einer wirtschaftlichen Aufwertung des Fahrzeugs (vgl. BGH, Urteil vom 24. Januar 2022, VIa ZR 100/21, Rdnr. 18, juris), also zu einer Erhöhung des Restwertes, nicht aber zu weiteren, hiervon unabhängig zu berücksichtigenden Vorteilen. Aus den Ausführungen des Bundesgerichtshofs vom 26. Juni 2023 (VIa ZR 335/21, Rdnr. 80, juris) ergibt sich nur, dass und unter welchen Umständen das Softwareupdate zu berücksichtigen sein kann, nicht aber die Vorgabe einer isolierten Berücksichtigung zusätzlich zu dem - durch das Update bereits erhöhten - Restwert.

3. Der Zinsaussspruch beruht auf den §§ 291, 288 Abs. 1 Satz 2 BGB. Da sich der Streitgegenstand beim Übergang zum Differenzschaden bei unverändertem Lebenssachverhalt nicht ändert, sondern es sich nur um eine unterschiedliche Methode der Schadensberechnung handelt (BGH, Urteil vom 26. Juni 2023, Az. VIa ZR 335/21, Rn. 45, juris), kann die Klägerin Rechtshängigkeitszinsen aus dem in der Hauptsache zugesprochenen Betrag, der den mit der Klageerhebung geltend gemachten Betrag nicht übersteigt, ab dem auf die Zustellung der Klage folgenden Tag und nicht erst ab dem auf die Zustellung des Schriftsatzes mit dem geänderten Klageantrag folgenden Tag beanspruchen (OLG Karlsruhe, Urteil vom 22. August 2023 – 8 U 271/21 –, Rn. 90, juris).

4. Die Klägerin hat gemäß § 826 BGB keinen Anspruch auf weiteren Schadensersatz; ihr steht daher auch der geltend gemachte Anspruch auf Freistellung von vorgerichtlichen Anwaltskosten zu, die nach § 823 Abs. 2 BGB i.V.m. §§ 6 Abs. 1, 27 Abs. 1 [REDACTED] neben dem Differenzschaden nicht verlangt werden können (vgl. BGH, Urteil vom 16. Oktober 2023, VIa RZ 14/22, m.w.N.).

In dem streitgegenständlichen Fahrzeug kommt zwar unstreitig ein sog. Thermofenster zum Einsatz, bei dem es sich – wie ausgeführt – auch um eine unzulässige Abschaltvorrichtung handelt. Diese unterscheidet – schon nach dem Klägervorbringen – aber nicht, ob sich das Fahrzeug auf dem Prüfstand oder im normalen Fahrbetrieb befindet (zur Bedeutung der Prüfstandsbezogenheit vgl. Hinweisbeschluss des BGH vom 29. September 2021, VII ZR 126/21, Rn. 18, juris). Es liegen auch sonst keine Umstände vor, die auf ein sittenwidriges Handeln der für die Beklagte handelnden Personen schließen lassen. Auf die zutreffenden Ausführungen im angefochtenen Urteil wird Bezug genommen.

5. Die Kostenentscheidung folgt aus § 92 Abs. 1 Satz 1 ZPO. Die Entscheidung über die vorläufige Vollstreckbarkeit beruht auf §§ 708 Nr. 10, 713 ZPO.

6. Über den Antrag des Beklagtenvertreters auf Gewährung von Schriftsatznachlass war nicht zu entscheiden, weil der Schriftsatz kein neues entscheidungserhebliches Vorbringen enthielt.

Bürma

Leemhuis

Kayser

**Vorstehende Abschrift stimmt mit
der Urschrift wörtlich überein.**

[REDACTED], Justizangestellte

als Urkundsbeamtin der Geschäftsstelle

Dieses Schriftstück wurde elektronisch erstellt.

Es ist nur mit Unterschrift, Gerichtssiegel oder mit qualifizierter elektronischer Signatur gültig.