

16 U 15/23
16 O 142/22
LG Köln

Anlage zum Protokoll vom 29.11.2023

Verkündet am 29.11.2023

als Urkundsbeamtin der Geschäftsstelle



Oberlandesgericht Köln

IM NAMEN DES VOLKES

Urteil

In dem Rechtsstreit

de

Klägerin und Berufungsklägerin,

Prozessbevollmächtigte: Rechtsanwälte KAP Rechtsanwaltsgesellschaft
mbH, Theatinerstraße 15, 80333 München,

gegen

Volvo Car AB, vertreten in Deutschland durch die Volvo Cars Germany GmbH, diese
vertreten durch den Geschäftsführer Thomas Bauch, Siegburger Str. 229, 50679 Köln,
Beklagte und Berufungsbeklagte,

Prozessbevollmächtigte: Rechtsanwälte Schindler, Königsallee 40, 40212
Düsseldorf,

hat der 16. Zivilsenat des Oberlandesgerichts Köln
auf die mündliche Verhandlung vom 08.11.2023
durch den Vorsitzenden Richter am Oberlandesgericht Dr. Weber, den Richter am
Oberlandesgericht Dr. Erkens und den Richter am Oberlandesgericht Kremer

für **R e c h t** erkannt:

Auf die Berufung der Klägerin und unter Zurückweisung ihres weitergehenden Rechtsmittels wird das am 04.01.2023 verkündete Urteil der 16. Zivilkammer des Landgerichts Köln – 16 O 142/22 – teilweise abgeändert und wie folgt neu gefasst:

Die Beklagte wird verurteilt, an die Klägerin 1.202,92 € nebst Zinsen iHv 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 01.07.2022 zu zahlen.

Im Übrigen wird die Klage abgewiesen.

Die Kosten des Rechtsstreits in beiden Instanzen tragen die Klägerin zu 95% und die Beklagte zu 5%.

Dieses Urteil ist ohne Sicherheitsleistung vorläufig vollstreckbar.

Der Gegenstandswert für das Berufungsverfahren wird auf 23.044,21 € festgesetzt.

Die Revision wird nicht zugelassen.

Gründe:

A.

Eine Darstellung des Sachverhalts ist gemäß den §§ 313a Abs. 1 Satz 1, 540 Abs. 2 ZPO entbehrlich.

B.

Nachdem die Klägerin ihre – zulässige – Berufung hinsichtlich der Abweisung des ursprünglich in der Hauptsache begehrten Anspruchs auf großen Schadensersatz nach § 826 BGB teilweise zurückgenommen und die Berufung lediglich noch im Hinblick auf einen Anspruch auf Zahlung des sog. kleinen Schadensersatzes in Höhe von 15% des Kaufpreises = 4.125 € weiterverfolgt, hat die Berufung insoweit in der Sache teilweise Erfolg.

I. Der Antrag auf Zahlung des sog. kleinen Schadensersatzes in Höhe von 4.125 € ist – nur – in Höhe von 1.202,92 € begründet. Der Klägerin steht gegen die Beklagte aus § 823 Abs. 2 BGB in Verbindung mit den §§ 6 Abs. 1, 27 Abs. 1 EG-FGV ein Anspruch auf Ersatz eines Differenzschadens in Höhe von 10% des Kaufpreises zu, weil die Beklagte zumindest fahrlässig eine Übereinstimmungserklärung für den von der Klägerin am 27.04.2018 bei einem Kilometerstand von 20.104 km für 27.500 € gekauften Volvo XC60, in dem der Dieselmotor D4 mit einem Hubraum von 2,0 l, einer Leistung von 150 kW und der Schadstoffklasse Euro 6 verbaut ist, ausgegeben hat, obwohl eine unzulässige Abschaltvorrichtung im Sinne des Art. 5 der Verordnung (EG) Nr. 715/2007 in Form eines sog. Thermofensters eingesetzt wird.

1. Das unionsrechtlich geschützte Interesse, 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, ist von § 823 Abs. 2 BGB in Verbindung mit den §§ 6 Abs. 1, 27 Abs. 1 EG-FGV geschützt (BGH, Urteil vom 26.06.2023 – VIa ZR 335/21, juris, Rn. 32; EuGH, Urteil vom 21.03.2023 – C-100/21, juris, Rn. 85, 88).

2. Die Beklagte hat die Software des streitgegenständlichen Motors in Form des unstreitig eingesetzten Thermofensters mit einer unzulässigen Abschaltvorrichtung versehen.

a. Eine „Abschaltvorrichtung“ ist nach Art. 3 Nr. 10 der Verordnung (EG) Nr. 715/2007 jedes Konstruktionsteil, das die Temperatur oder sonstige Parameter ermittelt, um die Funktion eines beliebigen Teils des Emissionskontrollsystems zu verändern, wodurch die Wirksamkeit des Emissionskontrollsystems unter Bedingungen, die beim normalen Fahrzeugbetrieb vernünftigerweise zu erwarten sind, verringert wird. Wegen des räumlichen Geltungsbereichs der Verordnung ist nicht auf die Fahrbedingungen in einem einzelnen Mitgliedstaat, sondern auf die Bedingungen abzustellen, wie sie im gesamten Unionsgebiet üblich sind (BGH, Urteil vom 26.06.2023, a.a.O., Rn. 50). Nach der Begriffsbestimmung der „Abschaltvorrichtung“ in Art. 3 Nr. 10 der Verordnung (EG) Nr. 715/2007 ist es ohne Belang, ob die Grenzwerte unterschritten werden; maßgeblich ist vielmehr allein, ob die Wirksamkeit des Emissionskontrollsystems unter normalen Fahrbedingungen herabgesetzt wird (BGH, Urteil vom 26.06.2023, a.a.O., Rn. 51).

Auch bei Zugrundelegung des Vortrages der Beklagten (OLG 953), wonach innerhalb eines Temperaturfensters von 0 °C bis 40 °C keine Verminderung der Abgasrückführung stattfindet und die Abgasrückführung unterhalb von 0 °C eingestellt wird, ist in dem von der Klägerin gekauften Fahrzeug ein Konstruktionsteil verbaut, das die Außentemperatur misst und in Abhängigkeit von der gemessenen Temperatur die Einstellung des Abgasrückführungsventils verändert, wodurch die Wirksamkeit des Emissionskontrollsystems unter Bedingungen, die beim normalen Fahrzeugbetrieb in der Europäischen Union vernünftigerweise zu erwarten sind, verringert wird und in erhöhtem Maße Stickoxide ausgestoßen werden. Insbesondere im Norden der EU, aber auch in Mitteleuropa sowie in Höhenlagen im Süden der EU kommen Temperaturen unter 0 °C – jedenfalls in den Wintermonaten – regelmäßig vor. Minustemperaturen gehören damit im Unionsgebiet zum „normalen Fahrzeugbetrieb“, mit dem zu rechnen ist und bei dem die Wirksamkeit des Emissionskontrollsystems nicht herabgesetzt werden darf. Soweit die Beklagte darauf hinweist, dass das Abgasrückführungsventil im streitgegenständlichen Fahrzeug auch „über die Durchschnittstemperatur im Übrigen in Gesamteuropa“ arbeite, kommt es nach der Definition in Art. 3 Nr. 10 der Verord-

nung (EG) Nr. 715/2007 auf eine irgendwie geartete EU-Durchschnittstemperatur nicht an.

b. Die Verwendung von Abschaltvorrichtungen, die die Wirkung von Emissionskontrollsystemen verringern, ist gemäß Art. 5 Abs. 2 S. 1 der Verordnung (EG) Nr. 715/2007 grundsätzlich unzulässig. Die Abschaltvorrichtung erfüllt auch keinen der in Art. 5 Abs. 2 S. 2 der Verordnung (EG) Nr. 715/2007 abschließend aufgeführten Tatbestände, bei deren Vorliegen die Abschaltvorrichtung ausnahmsweise zulässig sein kann. Insbesondere rechtfertigt die Gefahr der Versottung im Abgassystem außerhalb eines bestimmten Temperaturbereichs nicht die Verminderung oder Einstellung der Abgasrückführung, mit der Folge, dass der Stickoxidausstoß steigt.

Die Abschaltvorrichtung ist nach Art. 5 Abs. 2 S. 2 a) der Verordnung (EG) Nr. 715/2007 ausnahmsweise nur dann zulässig, wenn die Einrichtung notwendig ist, um den Motor vor Beschädigung oder Unfall zu schützen und um den sicheren Betrieb des Fahrzeugs zu gewährleisten. Nur die unmittelbaren Risiken für den Motor in Form von Beschädigung oder Unfall, die beim Fahren eines Fahrzeugs eine konkrete Gefahr hervorrufen, können die Verwendung einer Abschaltvorrichtung rechtfertigen (EuGH, Urteil vom 14.07.2022 – C-134/20, juris, Rn. 68). Der Begriff des „Motors“ ist dabei eng zu verstehen und vom Emissionsminderungssystem abzugrenzen (EuGH, Urteil vom 14.07.2022, a.a.O., Rn. 64). Insbesondere ist das Abgasrückführungsventil nicht Teil des Motors, sondern des Emissionsminderungssystems (EuGH, Urteil vom 14.07.2022, a.a.O.). Die Verschmutzung und der Verschleiß können zudem nicht als „Beschädigung“ oder „Unfall“ im Sinne dieses Ausnahmetatbestands angesehen werden, denn sie sind grundsätzlich vorhersehbar und der normalen Funktionsweise des Fahrzeugs inhärent (EuGH, Urteil vom 14.07.2022, a.a.O., Rn. 66). Wegen der gebotenen engen Auslegung kann eine Abschaltvorrichtung zum Schutz des Motors vor einer Störung des Abgassystems nur dann ausnahmsweise zulässig sein, wenn nachgewiesen ist, dass diese Einrichtung ausschließlich notwendig ist, um die durch eine Fehlfunktion eines Bauteils des Abgasrückführungssystems verursachten unmittelbaren Risiken für den Motor in Form von Beschädigung oder Unfall zu vermeiden, Risiken, die so schwer wiegen, dass sie eine konkrete Gefahr beim Betrieb des mit dieser Einrichtung ausgestatteten Fahrzeugs darstellen (EuGH, Urteil vom

14.07.2022, a.a.O., Rn. 74 und 82). Weil die Versottung des Abgassystems ein allmählicher Prozess ist, besteht grundsätzlich die Möglichkeit der Reinigung oder des Austauschs bevor eine unmittelbare Gefahr für den Motor entstehen kann. Damit verbundene technische Schwierigkeiten oder hohe Kosten können nach der Fassung des Ausnahmetatbestands des Art. 5 Abs. 2 S. 2 a) der Verordnung (EG) Nr. 715/2007 nicht berücksichtigt werden.

Die Beklagte trägt zu dem Hintergrund der Abschaltung lediglich pauschal vor, die Abgasrückführung werde unterhalb von 0 °C eingestellt, um ein „Einfrieren des Systems zu verhindern“ (OLG 953). Dies vermag die Ausnahmevoraussetzungen der Abschalt-einrichtung schon deshalb nicht zu substantiieren, weil unscharf auf das „System“ und nicht ausdrücklich auf den Motor abgehoben wird. Zudem erscheint ein Abschalten zwecks Vermeidung eines Einfrierens unter 0 °C zum Motorschutz auch nicht schlüssig, denn bei laufendem Motor steigen die dortigen Temperaturen in Bereiche weit oberhalb des Gefrierpunkts.

Soweit die Beklagte in dem nicht nachgelassenen Schriftsatz vom 24.11.2023 kritisiert, der Senat verkenne zum einen die rechtliche Rahmensituation, die schon nach den Buchstaben des Gesetzes ausdrücklich ein Abstellen jeglicher Abgasreinigungsmaßnahmen in einem Kraftfahrzeug für den Startvorgang eines Kraftfahrzeuges billige, und zum anderen die Sachlage, wenn er davon ausgehe, dass das streitgegenständliche Kraftfahrzeug lediglich eine Abgasrückführungseinrichtung unterhält, um Abgase nachzubehandeln, ändern auch diese Aspekte nichts an der Einschätzung des Senats, dass in Form des von der Beklagten erläuterten Thermofensters von 0 °C bis 40 °C eine unzulässige Abschalt-einrichtung besteht. Denn es bleibt dabei, dass in dem von der Beklagten produzierten Fahrzeug ein Konstruktionsteil verbaut ist, das bei im Unionsgebiet zum „normalen Fahrzeugbetrieb“ zählenden Minustemperaturen die Funktion des Abgasrückführungsventils verringert, ohne dass dies ausnahmsweise etwa deshalb notwendig ist, um den Motor vor Beschädigung oder Unfall zu schützen und um den sicheren Betrieb des Fahrzeugs zu gewährleisten.

Das weitere Vorbringen der Beklagten, dem Senat schein nicht bewusst zu sein, dass die Notwendigkeit des Einbaus einer Abgasrückführung aus zulassungsrechtlichen Gesichtspunkten gar nicht erforderlich ist, wenn die Grenzwerte anderweitig eingehal-

ten werden, ist im Kern unzutreffend. Denn insoweit ist bereits höchstrichterlich geklärt, dass es nach der Begriffsbestimmung der „Abschalteinrichtung“ in Art. 3 Nr. 10 der Verordnung (EG) Nr. 715/2007 ohne Belang ist, ob die Grenzwerte unterschritten werden; maßgeblich ist vielmehr allein, ob die Wirksamkeit des Emissionskontrollsystems unter normalen Fahrbedingungen herabgesetzt wird (BGH, Urt. v. 26.06.2023, a.a.O., Rn. 51).

3. Zugunsten der Klägerin als Erwerberin des streitgegenständlichen Fahrzeugs spricht der Erfahrungssatz, dass sie bei Kenntnis von der unzulässigen Abschalteinrichtung den Kaufvertrag nicht zum vereinbarten Kaufpreis geschlossen hätte (vgl. BGH, Urteil vom 26.06.2023, a.a.O., Rn. 55).

4. Bei Vorliegen einer objektiven Schutzgesetzverletzung wird das Verschulden vermutet. Daher muss der Fahrzeughersteller, der eine Übereinstimmungsbescheinigung trotz der Verwendung einer unzulässigen Abschalteinrichtung ausgegeben und dadurch die §§ 6 Abs. 1, 27 Abs. 1 EG-FGV verletzt hat, Umstände darlegen und beweisen, die sein Verhalten ausnahmsweise nicht als fahrlässig erscheinen lassen (BGH, Urteil vom 26.06.2023, a.a.O., Rn. 59). Der Fahrzeughersteller, der sich unter Berufung auf einen unvermeidbaren Verbotsirrtum entlasten will, muss sowohl den Verbotsirrtum selbst als auch die Unvermeidbarkeit des Verbotsirrtums konkret darlegen und beweisen (BGH, Urteil vom 26.06.2023, a.a.O., Rn. 63).

Der Fahrzeughersteller muss 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 Abschalteinrichtung 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. Berufet sich der Fahrzeughersteller auf selbst angestellte Erwägungen, ist ihm eine Entlastung verwehrt, wenn mit Rücksicht auf die konkret verwendete Abschalteinrichtung eine nicht im Sinne des Fahrzeugherstellers geklärte Rechtslage hinreichend Anlass zur Einholung eines Rechtsrats bot. Ebenso scheitert eine Entlastung, wenn sich der Hersteller mit Rücksicht auf eine nicht in seinem Sinn geklärte Rechtslage erkennbar in einem rechtlichen Grenzbereich bewegte, schon

deshalb eine abweichende rechtliche Beurteilung seines Vorgehens in Betracht ziehen und von der eventuell rechtswidrigen Verwendung der Abschaltvorrichtung absehen musste. Eine Entlastung ohne Rücksicht auf die aus den vorstehenden Erwägungen folgenden Sorgfaltspflichten, etwa mit Rücksicht auf den Umstand, dass der Verwendung von Thermofenstern ein allgemeiner Industriestandard zugrunde lag, kommt dagegen nach dem gesetzlichen Fahrlässigkeitsmaßstab nicht in Betracht (BGH, Urteil vom 25.09.2023 – VIa ZR 1/23, juris, Rn. 14).

Die Beklagte legt schon nicht dar, dass überhaupt eine Fehlvorstellung über die Zulässigkeit einer Abschaltvorrichtung vorlag. Dazu müsste sie im Einzelnen vortragen, dass ihre verantwortlichen Entscheidungsträger im hier maßgeblichen Zeitpunkt des Fahrzeugerwerbs rechtsirrig davon ausgegangen sind, dass eine Abschaltvorrichtung selbst bei genauer und umfassender Darlegung sämtlicher Einzelheiten ihrer Wirkungsweise von der zuständigen Behörde als zulässig eingestuft worden wäre. In ihrem Schriftsatz vom 18.09.2023 (OLG 954-962) stellt die Beklagte indes maßgeblich auf das Verhalten des Kraftfahrtbundesamtes (= KBA) ab. Dies betrifft aber die Unvermeidbarkeit eines Rechtsirrtums, es fehlt aber jedweder Vortrag zum Vorliegen eines Rechtsirrtums. Zur Begründung eines Verbotsirrtums bedarf es der Darlegung einer konkreten Meinungsbildung der für das Unternehmen verantwortlich handelnden Personen auf der Grundlage eines vollständigen und zutreffenden Sachverhalts. Es mangelt insgesamt an einer Darstellung, welche für die Beklagte konkret handelnden Verantwortlichen im Sinne von § 31 BGB sich zu welchem Zeitpunkt auf welcher Grundlage eine Meinung über die Zulässigkeit der Abschaltvorrichtung gebildet haben. Von daher ist nicht hinreichend ersichtlich, dass bei den verantwortlich Handelnden überhaupt eine Fehlvorstellung über die Zulässigkeit der konkreten Abgassteuerung des Fahrzeugs vorlag.

Der von der Beklagten im Hinblick auf die im Verhandlungstermin erfolgten Ausführungen des Senats zur unzureichenden Darlegung der Voraussetzungen eines Verbotsirrtums beantragte Schriftsatznachlass, den die Beklagte mit dem nicht nachgelassenen Schriftsatz vom 24.11.2023 untermauert, war nicht zu gewähren. Schon mit der Entscheidung des Bundesgerichtshofs vom 26.06.2023 (VIa ZR 335/21) war hinreichend klar vorgegeben, dass als tatbestandliche Voraussetzung für einen unvermeidbaren Verbotsirrtum zunächst das Vorliegen eines Irrtums konkret

darzulegen ist. So heißt es in der genannten Entscheidung unter Rz. 63 unmissverständlich: „Der Fahrzeughersteller, der sich unter Berufung auf einen unvermeidbaren Verbotsirrtum entlasten will, muss sowohl den Verbotsirrtum als solchen als auch die Unvermeidbarkeit des Verbotsirrtums konkret darlegen und beweisen.“ Der Bundesgerichtshof hat dies nochmals sehr deutlich in seiner Entscheidung vom 25.09.2023 (VIa ZR 1/23) herausgestellt. Ein Schriftsatznachlass ist vor diesem Hintergrund nicht geboten. Bereits mit der Terminierungsverfügung war der Beklagten Gelegenheit gegeben worden, insbesondere zum Urteil des Bundesgerichtshofs vom 26.06.2023 Stellung zu nehmen. Dass es auf die Frage, ob ein unvermeidbarer Verbotsirrtum vorlag, streitentscheidend ankommen würde, war der Beklagten klar, denn sie hat sich auch auf diesen Gesichtspunkt berufen. Es musste ihr – auch ohne einen Hinweis des Gerichts – klar sein, dass zu dieser Frage umfassend vorzutragen war, wobei auch damit gerechnet werden musste, dass die Gerichte andere Anforderungen an die Darlegung der Voraussetzungen eines unvermeidbaren Verbotsirrtums stellen würden, als es die Beklagte nach ihrer subjektiven Einschätzung für richtig hielt.

Soweit die Beklagte darauf hinweist, Parallelsenate des OLG Köln sowie zahlreiche andere Oberlandesgerichte ließen ihren Vortrag zur Darlegung eines unvermeidbaren Verbotsirrtums ausreichen, ist auch dies kein Grund, der Beklagten weiter Gelegenheit zur Stellungnahme zu gewähren. Abgesehen davon, dass es auf das Vorbringen in jedem Einzelfall ankommt, bleibt es dabei, dass bereits die Entscheidung des BGH vom 26.06.2023 (VIa ZR 335/21) die Darlegungslast bezüglich des Verbotsirrtums als solchen einerseits und der Unvermeidbarkeit dieses Verbotsirrtums andererseits unmissverständlich beschrieben hat. Insoweit hat der BGH auch keine neuen Grundsätze aufgestellt, sondern lediglich seine feststehende Rechtsprechung, dass das Verschulden nur dann entfällt, wenn zum einen ein Rechtsirrtum vorliegt, der zum anderen unvermeidbar war (vgl. nur BGH, Urt. v. 12.09.1992 – VI ZR 257/91, NJW 1992, 2014, 2016 mwN), wiederholt. Demzufolge ist der Senat auch nicht nach den von der Beklagten hervorgehobenen Regeln des fairen Verfahren gehalten, eine Schriftsatzfrist zu gewähren.

Auch der weitere Hinweis der Beklagten, aufgrund der Tatsache, dass im Rahmen der Berufungsinstanz neue Klageanträge gestellt wurden, entscheide der Senat erstmalig

über Anträge, hinsichtlich derer die Beklagte keine Möglichkeit ausreichenden rechtlichen Gehörs erhalte, ändert nichts an dem vorstehend beschriebenen Umstand, dass die Darlegungslast bezüglich des unvermeidbaren Verbotsirrtums höchstrichterlich seit Jahrzehnten feststeht und die anwaltlich vertretene Beklagte darauf hätte reagieren können. Welchen Vortrag die Beklagte über das hinaus, was sie seit dem Hinweis des Senats im Zusammenhang mit der Terminsverfügung vom 19.07.2023 ohnehin vorgebracht hat, im Hinblick auf die neu gefassten Anträge der Klägerseite noch hätte vorbringen wollen, wird weder mitgeteilt noch ist dies sonst ersichtlich.

Insoweit ist auch der in dem nicht nachgelassenen Schriftsatz vom 24.11.2023 enthaltene Vortrag zu dem Vorliegen eines Verbotsirrtums schon deshalb völlig unzureichend, weil die Beklagte sich auf die Maßnahmen der „verantwortlichen Fachabteilung“ und den darauf beruhenden Erkenntnissen der „Geschäftsführung“ beruft, ohne die Handelnden im Einzelnen zu personalisieren.

Soweit die Beklagte schließlich meint, neben dem unvermeidbaren Verbotsirrtum sei die hypothetische Genehmigung seitens des KBA ein eigenständiger Schuldausschlussgrund, verkennt sie, dass die hypothetische Genehmigung allein die Unvermeidbarkeit des Verbotsirrtums begründen kann (vgl. BGH, Urt. v. 26.06.2023, a.a.O., Rn. 65 iVm 64), also die Existenz eines Verbotsirrtums zwingend voraussetzt.

Fehlt es damit insgesamt bereits an der Darlegung eines Rechtsirrtums, kommt es auf die weitere Frage, ob dieser wegen der tatsächlich vom KBA erteilten Typengenehmigung oder wegen einer hypothetisch erteilten Genehmigung (vgl. hierzu BGH, Urteil vom 26.06.2023, a.a.O., Rn. 65) unvermeidbar war, nicht an.

5. Im Ausgangspunkt schätzt der Senat gemäß § 287 Abs. 1 ZPO den nach § 823 Abs. 2 BGB in Verbindung mit den §§ 6 Abs. 1, 27 Abs. 1 EG-FGV geschuldeten Differenzschaden innerhalb des vom Bundesgerichtshof vorgegebenen Rahmens von 5 % bis 15 % auf 10 % des Kaufpreises, weil sich die Auswirkungen des Vorhandenseins der Abschaltanlage nach den Gesamtumständen des vorliegenden Falles im Mittelfeld bewegen und keine Besonderheiten bestehen, die eine höhere oder geringere Festsetzung rechtfertigen könnten.

Bei der Schätzung des Schadens – bezogen auf den Zeitpunkt des Vertragsabschlusses – sind die mit der Verwendung einer unzulässigen Abschaltvorrichtung verbundenen Nachteile, insbesondere das Risiko behördlicher Anordnungen, zu berücksichtigen (BGH, Urteil vom 26.06.2023, a.a.O., Rn. 80). Offenbleiben kann, ob neben dem Thermofenster noch weitere Abschaltvorrichtungen vorhanden sind, wenn sich dadurch – wie hier – die Gefahr behördlicher Anordnungen jedenfalls nicht nennenswert erhöht. Nach Maßgabe der Umstände des hier zu beurteilenden Einzelfalls ist die Bewertung des Gewichts des der Haftung zugrundeliegenden konkreten Rechtsverstoßes mit 10 % des Kaufpreises auch unter Einbeziehung des rechtlichen Ziels der Einhaltung der Emissionsgrenzwerte sowie dem Grad des Verschuldens der Beklagten erforderlich, aber auch ausreichend (vgl. hierzu: BGH, Urteil vom 26.06.2023, a.a.O., Rn. 77).

Der Klägerin verbleibt daher zunächst ein Minderwert von 10 % des Kaufpreises iHv 27.500 € = 2.750 € als Schaden.

6. Dieser Schadensbetrag wird aber bei Anrechnung der auf Seiten der Klägerin vorhandenen Vorteile im Wege der Vorteilsausgleichung um 1.547,08 € auf 1.202,92 € gemindert.

Die von der Klägerin gezogenen Nutzungsvorteile und der der Klägerin verbleibende Restwert des Fahrzeugs, die erst dann und nur insoweit schadensmindernd anzurechnen sind, als sie insgesamt den objektiven Wert des Fahrzeugs bei Abschluss des Kaufvertrags (= gezahlter Kaufpreis abzüglich Differenzschaden) übersteigen (s. BGH, Urteil vom 26.06.2023, a.a.O., Rn. 80), liegen in der Summe bei (10.997,08 + 15.300 =) 26.297,08 €. Sie übersteigen damit den objektiven Wert des Fahrzeugs bei Abschluss des Kaufvertrages in Höhe von (27.500 € abzüglich 2.750 € =) 24.750 € um 1.547,08 € und reduzieren in der Folge den Schaden auf (2.750 abzüglich 1.547,08 =) 1.202,92 €.

a. Die Nutzungsvorteile sind nach folgender allgemein anerkannter Formel zu berechnen: „Bruttokaufpreis, geteilt durch die voraussichtliche (Rest-)Gesamtlauflistung bei Kauf multipliziert mit der Anzahl der vom Käufer gefahrenen Kilometer.“ Die zu

erwartende Gesamtleistung des Fahrzeugs schätzt der Senat wie in vergleichbaren Fällen auf 250.000 km. Wegen der beim Kauf vorhandenen Laufleistung von 20.104 km betrug zu diesem Zeitpunkt die voraussichtliche (Rest-)Gesamtleistung noch 229.896 km. Bis zum Schluss der mündlichen Verhandlung zweiter Instanz betrug die Laufleistung des Fahrzeugs 112.038 km. Wegen der beim Kauf vorhandenen Laufleistung von 20.104 km beträgt somit die von der Klägerin gefahrene Strecke 91.934 km. Danach ergeben sich von der Klägerin gezogene Nutzungen in Höhe von 10.997,08 €.

b. Der Restwert beträgt 15.300 €.

Die für den Restwert darlegungspflichtige Beklagte sieht diesen bei durchschnittlich 25.000 € (OLG 621, 963), was die Klägerin mit ihrem Vortrag, der Restwert liege deutlich unter 14.566,06 € (OLG 638) bestritten hat. Eine entsprechende Aufklärung, etwa durch Einholung des von der Beklagten als Beweis angebotenen Sachverständigen-gutachtens, ist nicht geboten, denn der im Rahmen des Vorteilsausgleichs zu ermittelnde Restwert unterliegt dem gerichtlichen Schätzungsermessen nach § 287 ZPO, dessen Absatz 2 ausdrücklich auch den Umfang der Beweisaufnahme in das Ermessen des Gerichts stellt. Wie regelmäßig bei den „Dieselklagen“ sowie im Verhandlungstermin angekündigt, übt der Senat sein Ermessen dahingehend aus, von einer Sachverständigenbeweiserhebung abzusehen und den aktuellen Fahrzeugwert mit Hilfe der einschlägigen Internetplattform www.dat.de zu ermitteln. Anhand der bekannten Fahrzeugdaten ergibt sich im Streitfall ein Fahrzeugwert von 15.300 €.

II. Der Zinsanspruch folgt aus den §§ 280 Abs. 2, 286 Abs. 1 Satz 2, 288 Abs.1 Satz 2, 291 BGB, jedoch ist dieser erst ab dem 01.07.2022 begründet.

Das Aufforderungsschreiben vom 09.12.2021 stellt keine wirksame Mahnung dar. Mit diesem Schreiben forderte die Klägerin von der Beklagten im Rahmen des großen Schadensersatzes die Rückabwicklung des Kaufvertrages. Dies erfasste zwar grundsätzlich auch den nunmehr im Wege des kleinen Schadensersatzes zu zahlenden Betrag von 1.202,92 €, denn insoweit handelt es sich lediglich um unterschiedliche Methoden der Schadensberechnung, die im Kern an die Vertrauensinvestition des Käufers bei Abschluss des Kaufvertrags anknüpfen (s. BGH, Urt. v. 26.06.2023, a.a.O.,

Rn. 45). Da aber die Klägerin von der Beklagten im Rahmen des Schadensersatzes ausdrücklich eine Rückabwicklung des Kaufvertrages forderte, dh gemäß erstinstanzlichem Klageantrag eine Zahlung von 25.755,36 € Zug um Zug gegen Fahrzeugübergabe, lag eine Zuvielforderung vor, bei der die Klägerin auch nicht – wie für eine wirksame Mahnung erforderlich (vgl. BGH, Urt. v. 05.10.2005 – X ZR 276/02, NJW 2006, 769, 771) – zu erkennen gab, dass sie bereit war, das Fahrzeug zu behalten und sich mit einer geringeren Zahlung zufrieden zu geben. Verzug ist somit erst mit der Klagezustellung am 30.06.2022 am darauffolgenden Tag eingetreten, § 187 Abs. 1 BGB analog.

III. Die von der Klägerin weiterhin begehrte Freistellung von außergerichtlichen Rechtsanwaltskosten ist unbegründet. Zum einen stellen die vorprozessualen Anwaltskosten keinen gemäß § 249 Abs. 1 BGB erstattungsfähigen Schaden iSv § 823 Abs. 2 BGB iVm §§ 61 Abs.1, 27 Abs. 1 EG-FGV dar (so ausdrücklich BGH, Urt. v. 16.10.2023 – VIa ZR 14/22 juris, Leitsatz und Rz. 13). Zum anderen liegen auch die Voraussetzungen der §§ 280 Abs. 2, 286 Abs. 1 Satz 2, 249 Abs. 1 BGB infolge fehlender Kausalität nicht vor, denn gemäß den Ausführungen zu Ziffer II. ist erst mit dem 01.07.2022 Verzug eingetreten und waren die Anwälte von der Klägerin bereits zuvor beauftragt worden.

C.

Der nicht nachgelassene Schriftsatz der Beklagten vom 24.11.2023 wurde berücksichtigt und gibt keine Veranlassung zur Wiedereröffnung der Verhandlung gemäß § 156 ZPO.

Die Kostenentscheidung folgt aus den §§ 92, 97 Abs. 1, 516 Abs. 3 Satz 1 ZPO, der Ausspruch über die vorläufige Vollstreckbarkeit aus den §§ 708 Nr. 10, 711, 713 ZPO.

Die Voraussetzungen für die Zulassung der Revision nach § 543 Abs. 2 ZPO liegen auch unter Berücksichtigung der Einwände der Beklagten in ihrem nicht nachgelassenen Schriftsatz vom 24.11.2023 nicht vor. Weder hat die Sache grundsätzliche Bedeutung, noch ist eine Entscheidung des Revisionsgerichts zur Fortbildung des Rechts oder Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung erforderlich. Alle für diese Entscheidung maßgeblichen Rechtsfragen sind bereits vom Europäischen Gerichtshof

und dem Bundesgerichtshof geklärt worden. Dies gilt insbesondere auch für die den Tatsacheninstanzen vorbehaltene Beurteilung des konkret mit einem Wirkungsbereich von 0 °C bis 40 °C vorhandenen Thermofensters sowie den zur Darlegung eines Verbotswahrsinns erforderlichen Vortrag. Dass der Rechtsschutzversicherungswirtschaft durch den sogenannten „Dieselskandal“ entsprechend der Einschätzung der Beklagten Gesamtkosten von 1,8 bis 2 Mrd. Euro entstehen, beruht schon nicht auf der vorliegenden Entscheidung, die allein die vom Europäischen Gerichtshof und dem Bundesgerichtshof geklärten Rechtsfragen auf den streitgegenständlichen Einzelfall anwendet.

Dr. Weber

Dr. Erkens

Kremer

16 U 15/23
16 O 142/22
LG Köln

Anlage zum Protokoll vom 29.11.2023

Verkündet am 29.11.2023

als Urkundsbeamtin der Geschäftsstelle



Oberlandesgericht Köln

IM NAMEN DES VOLKES

Urteil

In dem Rechtsstreit

der Frau Scheper, Molenstraat 7, 9678RD Westerlee GN/Niederlande,

Klägerin und Berufungsklägerin,

Prozessbevollmächtigte: Rechtsanwälte KAP Rechtsanwaltsgesellschaft
mbH, Theatinerstraße 15, 80333 München,

gegen

Volvo Car AB, vertreten in Deutschland durch die Volvo Cars Germany GmbH, diese
vertreten durch den Geschäftsführer Thomas Bauch, Siegburger Str. 229, 50679 Köln,

Beklagte und Berufungsbeklagte,

Prozessbevollmächtigte: Rechtsanwälte Schindler, Königsallee 40, 40212
Düsseldorf,

hat der 16. Zivilsenat des Oberlandesgerichts Köln
auf die mündliche Verhandlung vom 08.11.2023
durch den Vorsitzenden Richter am Oberlandesgericht Dr. Weber, den Richter am
Oberlandesgericht Dr. Erkens und den Richter am Oberlandesgericht Kremer

für **R e c h t** erkannt:

Auf die Berufung der Klägerin und unter Zurückweisung ihres weitergehenden Rechtsmittels wird das am 04.01.2023 verkündete Urteil der 16. Zivilkammer des Landgerichts Köln – 16 O 142/22 – teilweise abgeändert und wie folgt neu gefasst:

Die Beklagte wird verurteilt, an die Klägerin 1.202,92 € nebst Zinsen iHv 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 01.07.2022 zu zahlen.

Im Übrigen wird die Klage abgewiesen.

Die Kosten des Rechtsstreits in beiden Instanzen tragen die Klägerin zu 95% und die Beklagte zu 5%.

Dieses Urteil ist ohne Sicherheitsleistung vorläufig vollstreckbar.

Der Gegenstandswert für das Berufungsverfahren wird auf 23.044,21 € festgesetzt.

Die Revision wird nicht zugelassen.

Gründe:

A.

Eine Darstellung des Sachverhalts ist gemäß den §§ 313a Abs. 1 Satz 1, 540 Abs. 2 ZPO entbehrlich.

B.

Nachdem die Klägerin ihre – zulässige – Berufung hinsichtlich der Abweisung des ursprünglich in der Hauptsache begehrten Anspruchs auf großen Schadensersatz nach § 826 BGB teilweise zurückgenommen und die Berufung lediglich noch im Hinblick auf einen Anspruch auf Zahlung des sog. kleinen Schadensersatzes in Höhe von 15% des Kaufpreises = 4.125 € weiterverfolgt, hat die Berufung insoweit in der Sache teilweise Erfolg.

I. Der Antrag auf Zahlung des sog. kleinen Schadensersatzes in Höhe von 4.125 € ist – nur – in Höhe von 1.202,92 € begründet. Der Klägerin steht gegen die Beklagte aus § 823 Abs. 2 BGB in Verbindung mit den §§ 6 Abs. 1, 27 Abs. 1 EG-FGV ein Anspruch auf Ersatz eines Differenzschadens in Höhe von 10% des Kaufpreises zu, weil die Beklagte zumindest fahrlässig eine Übereinstimmungserklärung für den von der Klägerin am 27.04.2018 bei einem Kilometerstand von 20.104 km für 27.500 € gekauften Volvo XC60, in dem der Dieselmotor D4 mit einem Hubraum von 2,0 l, einer Leistung von 150 kW und der Schadstoffklasse Euro 6 verbaut ist, ausgegeben hat, obwohl eine unzulässige Abschaltvorrichtung im Sinne des Art. 5 der Verordnung (EG) Nr. 715/2007 in Form eines sog. Thermofensters eingesetzt wird.

1. Das unionsrechtlich geschützte Interesse, 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, ist von § 823 Abs. 2 BGB in Verbindung mit den §§ 6 Abs. 1, 27 Abs. 1 EG-FGV geschützt (BGH, Urteil vom 26.06.2023 – VIa ZR 335/21, juris, Rn. 32; EuGH, Urteil vom 21.03.2023 – C-100/21, juris, Rn. 85, 88).

2. Die Beklagte hat die Software des streitgegenständlichen Motors in Form des unstreitig eingesetzten Thermofensters mit einer unzulässigen Abschaltvorrichtung versehen.

a. Eine „Abschaltvorrichtung“ ist nach Art. 3 Nr. 10 der Verordnung (EG) Nr. 715/2007 jedes Konstruktionsteil, das die Temperatur oder sonstige Parameter ermittelt, um die Funktion eines beliebigen Teils des Emissionskontrollsystems zu verändern, wodurch die Wirksamkeit des Emissionskontrollsystems unter Bedingungen, die beim normalen Fahrzeugbetrieb vernünftigerweise zu erwarten sind, verringert wird. Wegen des räumlichen Geltungsbereichs der Verordnung ist nicht auf die Fahrbedingungen in einem einzelnen Mitgliedstaat, sondern auf die Bedingungen abzustellen, wie sie im gesamten Unionsgebiet üblich sind (BGH, Urteil vom 26.06.2023, a.a.O., Rn. 50). Nach der Begriffsbestimmung der „Abschaltvorrichtung“ in Art. 3 Nr. 10 der Verordnung (EG) Nr. 715/2007 ist es ohne Belang, ob die Grenzwerte unterschritten werden; maßgeblich ist vielmehr allein, ob die Wirksamkeit des Emissionskontrollsystems unter normalen Fahrbedingungen herabgesetzt wird (BGH, Urteil vom 26.06.2023, a.a.O., Rn. 51).

Auch bei Zugrundelegung des Vortrages der Beklagten (OLG 953), wonach innerhalb eines Temperaturfensters von 0 °C bis 40 °C keine Verminderung der Abgasrückführung stattfindet und die Abgasrückführung unterhalb von 0 °C eingestellt wird, ist in dem von der Klägerin gekauften Fahrzeug ein Konstruktionsteil verbaut, das die Außentemperatur misst und in Abhängigkeit von der gemessenen Temperatur die Einstellung des Abgasrückführungsventils verändert, wodurch die Wirksamkeit des Emissionskontrollsystems unter Bedingungen, die beim normalen Fahrzeugbetrieb in der Europäischen Union vernünftigerweise zu erwarten sind, verringert wird und in erhöhtem Maße Stickoxide ausgestoßen werden. Insbesondere im Norden der EU, aber auch in Mitteleuropa sowie in Höhenlagen im Süden der EU kommen Temperaturen unter 0 °C – jedenfalls in den Wintermonaten – regelmäßig vor. Minustemperaturen gehören damit im Unionsgebiet zum „normalen Fahrzeugbetrieb“, mit dem zu rechnen ist und bei dem die Wirksamkeit des Emissionskontrollsystems nicht herabgesetzt werden darf. Soweit die Beklagte darauf hinweist, dass das Abgasrückführungsventil im streitgegenständlichen Fahrzeug auch „über die Durchschnittstemperatur im Übrigen in Gesamteuropa“ arbeite, kommt es nach der Definition in Art. 3 Nr. 10 der Verord-

nung (EG) Nr. 715/2007 auf eine irgendwie geartete EU-Durchschnittstemperatur nicht an.

b. Die Verwendung von Abschaltvorrichtungen, die die Wirkung von Emissionskontrollsystemen verringern, ist gemäß Art. 5 Abs. 2 S. 1 der Verordnung (EG) Nr. 715/2007 grundsätzlich unzulässig. Die Abschaltvorrichtung erfüllt auch keinen der in Art. 5 Abs. 2 S. 2 der Verordnung (EG) Nr. 715/2007 abschließend aufgeführten Tatbestände, bei deren Vorliegen die Abschaltvorrichtung ausnahmsweise zulässig sein kann. Insbesondere rechtfertigt die Gefahr der Versottung im Abgassystem außerhalb eines bestimmten Temperaturbereichs nicht die Verminderung oder Einstellung der Abgasrückführung, mit der Folge, dass der Stickoxidausstoß steigt.

Die Abschaltvorrichtung ist nach Art. 5 Abs. 2 S. 2 a) der Verordnung (EG) Nr. 715/2007 ausnahmsweise nur dann zulässig, wenn die Einrichtung notwendig ist, um den Motor vor Beschädigung oder Unfall zu schützen und um den sicheren Betrieb des Fahrzeugs zu gewährleisten. Nur die unmittelbaren Risiken für den Motor in Form von Beschädigung oder Unfall, die beim Fahren eines Fahrzeugs eine konkrete Gefahr hervorrufen, können die Verwendung einer Abschaltvorrichtung rechtfertigen (EuGH, Urteil vom 14.07.2022 – C-134/20, juris, Rn. 68). Der Begriff des „Motors“ ist dabei eng zu verstehen und vom Emissionsminderungssystem abzugrenzen (EuGH, Urteil vom 14.07.2022, a.a.O., Rn. 64). Insbesondere ist das Abgasrückführungsventil nicht Teil des Motors, sondern des Emissionsminderungssystems (EuGH, Urteil vom 14.07.2022, a.a.O.). Die Verschmutzung und der Verschleiß können zudem nicht als „Beschädigung“ oder „Unfall“ im Sinne dieses Ausnahmetatbestands angesehen werden, denn sie sind grundsätzlich vorhersehbar und der normalen Funktionsweise des Fahrzeugs inhärent (EuGH, Urteil vom 14.07.2022, a.a.O., Rn. 66). Wegen der gebotenen engen Auslegung kann eine Abschaltvorrichtung zum Schutz des Motors vor einer Störung des Abgassystems nur dann ausnahmsweise zulässig sein, wenn nachgewiesen ist, dass diese Einrichtung ausschließlich notwendig ist, um die durch eine Fehlfunktion eines Bauteils des Abgasrückführungssystems verursachten unmittelbaren Risiken für den Motor in Form von Beschädigung oder Unfall zu vermeiden, Risiken, die so schwer wiegen, dass sie eine konkrete Gefahr beim Betrieb des mit dieser Einrichtung ausgestatteten Fahrzeugs darstellen (EuGH, Urteil vom

14.07.2022, a.a.O., Rn. 74 und 82). Weil die Versottung des Abgassystems ein allmählicher Prozess ist, besteht grundsätzlich die Möglichkeit der Reinigung oder des Austauschs bevor eine unmittelbare Gefahr für den Motor entstehen kann. Damit verbundene technische Schwierigkeiten oder hohe Kosten können nach der Fassung des Ausnahmetatbestands des Art. 5 Abs. 2 S. 2 a) der Verordnung (EG) Nr. 715/2007 nicht berücksichtigt werden.

Die Beklagte trägt zu dem Hintergrund der Abschaltung lediglich pauschal vor, die Abgasrückführung werde unterhalb von 0 °C eingestellt, um ein „Einfrieren des Systems zu verhindern“ (OLG 953). Dies vermag die Ausnahmevoraussetzungen der Abschalt-einrichtung schon deshalb nicht zu substantiieren, weil unscharf auf das „System“ und nicht ausdrücklich auf den Motor abgehoben wird. Zudem erscheint ein Abschalten zwecks Vermeidung eines Einfrierens unter 0 °C zum Motorschutz auch nicht schlüssig, denn bei laufendem Motor steigen die dortigen Temperaturen in Bereiche weit oberhalb des Gefrierpunkts.

Soweit die Beklagte in dem nicht nachgelassenen Schriftsatz vom 24.11.2023 kritisiert, der Senat verkenne zum einen die rechtliche Rahmensituation, die schon nach den Buchstaben des Gesetzes ausdrücklich ein Abstellen jeglicher Abgasreinigungsmaßnahmen in einem Kraftfahrzeug für den Startvorgang eines Kraftfahrzeuges billige, und zum anderen die Sachlage, wenn er davon ausgehe, dass das streitgegenständliche Kraftfahrzeug lediglich eine Abgasrückführungseinrichtung unterhält, um Abgase nachzubehandeln, ändern auch diese Aspekte nichts an der Einschätzung des Senats, dass in Form des von der Beklagten erläuterten Thermofensters von 0 °C bis 40 °C eine unzulässige Abschalt-einrichtung besteht. Denn es bleibt dabei, dass in dem von der Beklagten produzierten Fahrzeug ein Konstruktionsteil verbaut ist, das bei im Unionsgebiet zum „normalen Fahrzeugbetrieb“ zählenden Minustemperaturen die Funktion des Abgasrückführungsventils verringert, ohne dass dies ausnahmsweise etwa deshalb notwendig ist, um den Motor vor Beschädigung oder Unfall zu schützen und um den sicheren Betrieb des Fahrzeugs zu gewährleisten.

Das weitere Vorbringen der Beklagten, dem Senat schein nicht bewusst zu sein, dass die Notwendigkeit des Einbaus einer Abgasrückführung aus zulassungsrechtlichen Gesichtspunkten gar nicht erforderlich ist, wenn die Grenzwerte anderweitig eingehal-

ten werden, ist im Kern unzutreffend. Denn insoweit ist bereits höchstrichterlich geklärt, dass es nach der Begriffsbestimmung der „Abschalteinrichtung“ in Art. 3 Nr. 10 der Verordnung (EG) Nr. 715/2007 ohne Belang ist, ob die Grenzwerte unterschritten werden; maßgeblich ist vielmehr allein, ob die Wirksamkeit des Emissionskontrollsystems unter normalen Fahrbedingungen herabgesetzt wird (BGH, Urt. v. 26.06.2023, a.a.O., Rn. 51).

3. Zugunsten der Klägerin als Erwerberin des streitgegenständlichen Fahrzeugs spricht der Erfahrungssatz, dass sie bei Kenntnis von der unzulässigen Abschalteinrichtung den Kaufvertrag nicht zum vereinbarten Kaufpreis geschlossen hätte (vgl. BGH, Urteil vom 26.06.2023, a.a.O., Rn. 55).

4. Bei Vorliegen einer objektiven Schutzgesetzverletzung wird das Verschulden vermutet. Daher muss der Fahrzeughersteller, der eine Übereinstimmungsbescheinigung trotz der Verwendung einer unzulässigen Abschalteinrichtung ausgegeben und dadurch die §§ 6 Abs. 1, 27 Abs. 1 EG-FGV verletzt hat, Umstände darlegen und beweisen, die sein Verhalten ausnahmsweise nicht als fahrlässig erscheinen lassen (BGH, Urteil vom 26.06.2023, a.a.O., Rn. 59). Der Fahrzeughersteller, der sich unter Berufung auf einen unvermeidbaren Verbotsirrtum entlasten will, muss sowohl den Verbotsirrtum selbst als auch die Unvermeidbarkeit des Verbotsirrtums konkret darlegen und beweisen (BGH, Urteil vom 26.06.2023, a.a.O., Rn. 63).

Der Fahrzeughersteller muss 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 Abschalteinrichtung 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. Berufet sich der Fahrzeughersteller auf selbst angestellte Erwägungen, ist ihm eine Entlastung verwehrt, wenn mit Rücksicht auf die konkret verwendete Abschalteinrichtung eine nicht im Sinne des Fahrzeugherstellers geklärte Rechtslage hinreichend Anlass zur Einholung eines Rechtsrats bot. Ebenso scheitert eine Entlastung, wenn sich der Hersteller mit Rücksicht auf eine nicht in seinem Sinn geklärte Rechtslage erkennbar in einem rechtlichen Grenzbereich bewegte, schon

deshalb eine abweichende rechtliche Beurteilung seines Vorgehens in Betracht ziehen und von der eventuell rechtswidrigen Verwendung der Abschaltvorrichtung absehen musste. Eine Entlastung ohne Rücksicht auf die aus den vorstehenden Erwägungen folgenden Sorgfaltspflichten, etwa mit Rücksicht auf den Umstand, dass der Verwendung von Thermofenstern ein allgemeiner Industriestandard zugrunde lag, kommt dagegen nach dem gesetzlichen Fahrlässigkeitsmaßstab nicht in Betracht (BGH, Urteil vom 25.09.2023 – VIa ZR 1/23, juris, Rn. 14).

Die Beklagte legt schon nicht dar, dass überhaupt eine Fehlvorstellung über die Zulässigkeit einer Abschaltvorrichtung vorlag. Dazu müsste sie im Einzelnen vortragen, dass ihre verantwortlichen Entscheidungsträger im hier maßgeblichen Zeitpunkt des Fahrzeugerwerbs rechtsirrig davon ausgegangen sind, dass eine Abschaltvorrichtung selbst bei genauer und umfassender Darlegung sämtlicher Einzelheiten ihrer Wirkungsweise von der zuständigen Behörde als zulässig eingestuft worden wäre. In ihrem Schriftsatz vom 18.09.2023 (OLG 954-962) stellt die Beklagte indes maßgeblich auf das Verhalten des Kraftfahrtbundesamtes (= KBA) ab. Dies betrifft aber die Unvermeidbarkeit eines Rechtsirrtums, es fehlt aber jedweder Vortrag zum Vorliegen eines Rechtsirrtums. Zur Begründung eines Verbotsirrtums bedarf es der Darlegung einer konkreten Meinungsbildung der für das Unternehmen verantwortlich handelnden Personen auf der Grundlage eines vollständigen und zutreffenden Sachverhalts. Es mangelt insgesamt an einer Darstellung, welche für die Beklagte konkret handelnden Verantwortlichen im Sinne von § 31 BGB sich zu welchem Zeitpunkt auf welcher Grundlage eine Meinung über die Zulässigkeit der Abschaltvorrichtung gebildet haben. Von daher ist nicht hinreichend ersichtlich, dass bei den verantwortlich Handelnden überhaupt eine Fehlvorstellung über die Zulässigkeit der konkreten Abgassteuerung des Fahrzeugs vorlag.

Der von der Beklagten im Hinblick auf die im Verhandlungstermin erfolgten Ausführungen des Senats zur unzureichenden Darlegung der Voraussetzungen eines Verbotsirrtums beantragte Schriftsatznachlass, den die Beklagte mit dem nicht nachgelassenen Schriftsatz vom 24.11.2023 untermauert, war nicht zu gewähren. Schon mit der Entscheidung des Bundesgerichtshofs vom 26.06.2023 (VIa ZR 335/21) war hinreichend klar vorgegeben, dass als tatbestandliche Voraussetzung für einen unvermeidbaren Verbotsirrtum zunächst das Vorliegen eines Irrtums konkret

darzulegen ist. So heißt es in der genannten Entscheidung unter Rz. 63 unmissverständlich: „Der Fahrzeughersteller, der sich unter Berufung auf einen unvermeidbaren Verbotsirrtum entlasten will, muss sowohl den Verbotsirrtum als solchen als auch die Unvermeidbarkeit des Verbotsirrtums konkret darlegen und beweisen.“ Der Bundesgerichtshof hat dies nochmals sehr deutlich in seiner Entscheidung vom 25.09.2023 (VIa ZR 1/23) herausgestellt. Ein Schriftsatznachlass ist vor diesem Hintergrund nicht geboten. Bereits mit der Terminierungsverfügung war der Beklagten Gelegenheit gegeben worden, insbesondere zum Urteil des Bundesgerichtshofs vom 26.06.2023 Stellung zu nehmen. Dass es auf die Frage, ob ein unvermeidbarer Verbotsirrtum vorlag, streitentscheidend ankommen würde, war der Beklagten klar, denn sie hat sich auch auf diesen Gesichtspunkt berufen. Es musste ihr – auch ohne einen Hinweis des Gerichts – klar sein, dass zu dieser Frage umfassend vorzutragen war, wobei auch damit gerechnet werden musste, dass die Gerichte andere Anforderungen an die Darlegung der Voraussetzungen eines unvermeidbaren Verbotsirrtums stellen würden, als es die Beklagte nach ihrer subjektiven Einschätzung für richtig hielt.

Soweit die Beklagte darauf hinweist, Parallelsenate des OLG Köln sowie zahlreiche andere Oberlandesgerichte ließen ihren Vortrag zur Darlegung eines unvermeidbaren Verbotsirrtums ausreichen, ist auch dies kein Grund, der Beklagten weiter Gelegenheit zur Stellungnahme zu gewähren. Abgesehen davon, dass es auf das Vorbringen in jedem Einzelfall ankommt, bleibt es dabei, dass bereits die Entscheidung des BGH vom 26.06.2023 (VIa ZR 335/21) die Darlegungslast bezüglich des Verbotsirrtums als solchen einerseits und der Unvermeidbarkeit dieses Verbotsirrtums andererseits unmissverständlich beschrieben hat. Insoweit hat der BGH auch keine neuen Grundsätze aufgestellt, sondern lediglich seine feststehende Rechtsprechung, dass das Verschulden nur dann entfällt, wenn zum einen ein Rechtsirrtum vorliegt, der zum anderen unvermeidbar war (vgl. nur BGH, Urt. v. 12.09.1992 – VI ZR 257/91, NJW 1992, 2014, 2016 mwN), wiederholt. Demzufolge ist der Senat auch nicht nach den von der Beklagten hervorgehobenen Regeln des fairen Verfahren gehalten, eine Schriftsatzfrist zu gewähren.

Auch der weitere Hinweis der Beklagten, aufgrund der Tatsache, dass im Rahmen der Berufungsinstanz neue Klageanträge gestellt wurden, entscheide der Senat erstmalig

über Anträge, hinsichtlich derer die Beklagte keine Möglichkeit ausreichenden rechtlichen Gehörs erhalte, ändert nichts an dem vorstehend beschriebenen Umstand, dass die Darlegungslast bezüglich des unvermeidbaren Verbotsirrtums höchstrichterlich seit Jahrzehnten feststeht und die anwaltlich vertretene Beklagte darauf hätte reagieren können. Welchen Vortrag die Beklagte über das hinaus, was sie seit dem Hinweis des Senats im Zusammenhang mit der Terminsverfügung vom 19.07.2023 ohnehin vorgebracht hat, im Hinblick auf die neu gefassten Anträge der Klägerseite noch hätte vorbringen wollen, wird weder mitgeteilt noch ist dies sonst ersichtlich.

Insoweit ist auch der in dem nicht nachgelassenen Schriftsatz vom 24.11.2023 enthaltene Vortrag zu dem Vorliegen eines Verbotsirrtums schon deshalb völlig unzureichend, weil die Beklagte sich auf die Maßnahmen der „verantwortlichen Fachabteilung“ und den darauf beruhenden Erkenntnissen der „Geschäftsführung“ beruft, ohne die Handelnden im Einzelnen zu personalisieren.

Soweit die Beklagte schließlich meint, neben dem unvermeidbaren Verbotsirrtum sei die hypothetische Genehmigung seitens des KBA ein eigenständiger Schuldausschlussgrund, verkennt sie, dass die hypothetische Genehmigung allein die Unvermeidbarkeit des Verbotsirrtums begründen kann (vgl. BGH, Urt. v. 26.06.2023, a.a.O., Rn. 65 iVm 64), also die Existenz eines Verbotsirrtums zwingend voraussetzt.

Fehlt es damit insgesamt bereits an der Darlegung eines Rechtsirrtums, kommt es auf die weitere Frage, ob dieser wegen der tatsächlich vom KBA erteilten Typengenehmigung oder wegen einer hypothetisch erteilten Genehmigung (vgl. hierzu BGH, Urteil vom 26.06.2023, a.a.O., Rn. 65) unvermeidbar war, nicht an.

5. Im Ausgangspunkt schätzt der Senat gemäß § 287 Abs. 1 ZPO den nach § 823 Abs. 2 BGB in Verbindung mit den §§ 6 Abs. 1, 27 Abs. 1 EG-FGV geschuldeten Differenzschaden innerhalb des vom Bundesgerichtshof vorgegebenen Rahmens von 5 % bis 15 % auf 10 % des Kaufpreises, weil sich die Auswirkungen des Vorhandenseins der Abschaltanlage nach den Gesamtumständen des vorliegenden Falles im Mittelfeld bewegen und keine Besonderheiten bestehen, die eine höhere oder geringere Festsetzung rechtfertigen könnten.

Bei der Schätzung des Schadens – bezogen auf den Zeitpunkt des Vertragsabschlusses – sind die mit der Verwendung einer unzulässigen Abschaltvorrichtung verbundenen Nachteile, insbesondere das Risiko behördlicher Anordnungen, zu berücksichtigen (BGH, Urteil vom 26.06.2023, a.a.O., Rn. 80). Offenbleiben kann, ob neben dem Thermofenster noch weitere Abschaltvorrichtungen vorhanden sind, wenn sich dadurch – wie hier – die Gefahr behördlicher Anordnungen jedenfalls nicht nennenswert erhöht. Nach Maßgabe der Umstände des hier zu beurteilenden Einzelfalls ist die Bewertung des Gewichts des der Haftung zugrundeliegenden konkreten Rechtsverstoßes mit 10 % des Kaufpreises auch unter Einbeziehung des rechtlichen Ziels der Einhaltung der Emissionsgrenzwerte sowie dem Grad des Verschuldens der Beklagten erforderlich, aber auch ausreichend (vgl. hierzu: BGH, Urteil vom 26.06.2023, a.a.O., Rn. 77).

Der Klägerin verbleibt daher zunächst ein Minderwert von 10 % des Kaufpreises iHv 27.500 € = 2.750 € als Schaden.

6. Dieser Schadensbetrag wird aber bei Anrechnung der auf Seiten der Klägerin vorhandenen Vorteile im Wege der Vorteilsausgleichung um 1.547,08 € auf 1.202,92 € gemindert.

Die von der Klägerin gezogenen Nutzungsvorteile und der der Klägerin verbleibende Restwert des Fahrzeugs, die erst dann und nur insoweit schadensmindernd anzurechnen sind, als sie insgesamt den objektiven Wert des Fahrzeugs bei Abschluss des Kaufvertrags (= gezahlter Kaufpreis abzüglich Differenzschaden) übersteigen (s. BGH, Urteil vom 26.06.2023, a.a.O., Rn. 80), liegen in der Summe bei (10.997,08 + 15.300 =) 26.297,08 €. Sie übersteigen damit den objektiven Wert des Fahrzeugs bei Abschluss des Kaufvertrages in Höhe von (27.500 € abzüglich 2.750 € =) 24.750 € um 1.547,08 € und reduzieren in der Folge den Schaden auf (2.750 abzüglich 1.547,08 =) 1.202,92 €.

a. Die Nutzungsvorteile sind nach folgender allgemein anerkannter Formel zu berechnen: „Bruttokaufpreis, geteilt durch die voraussichtliche (Rest-)Gesamtleistung bei Kauf multipliziert mit der Anzahl der vom Käufer gefahrenen Kilometer.“ Die zu

erwartende Gesamtleistung des Fahrzeugs schätzt der Senat wie in vergleichbaren Fällen auf 250.000 km. Wegen der beim Kauf vorhandenen Laufleistung von 20.104 km betrug zu diesem Zeitpunkt die voraussichtliche (Rest-)Gesamtleistung noch 229.896 km. Bis zum Schluss der mündlichen Verhandlung zweiter Instanz betrug die Laufleistung des Fahrzeugs 112.038 km. Wegen der beim Kauf vorhandenen Laufleistung von 20.104 km beträgt somit die von der Klägerin gefahrene Strecke 91.934 km. Danach ergeben sich von der Klägerin gezogene Nutzungen in Höhe von 10.997,08 €.

b. Der Restwert beträgt 15.300 €.

Die für den Restwert darlegungspflichtige Beklagte sieht diesen bei durchschnittlich 25.000 € (OLG 621, 963), was die Klägerin mit ihrem Vortrag, der Restwert liege deutlich unter 14.566,06 € (OLG 638) bestritten hat. Eine entsprechende Aufklärung, etwa durch Einholung des von der Beklagten als Beweis angebotenen Sachverständigen-gutachtens, ist nicht geboten, denn der im Rahmen des Vorteilsausgleichs zu ermittelnde Restwert unterliegt dem gerichtlichen Schätzungsermessen nach § 287 ZPO, dessen Absatz 2 ausdrücklich auch den Umfang der Beweisaufnahme in das Ermessen des Gerichts stellt. Wie regelmäßig bei den „Dieselklagen“ sowie im Verhandlungstermin angekündigt, übt der Senat sein Ermessen dahingehend aus, von einer Sachverständigenbeweiserhebung abzusehen und den aktuellen Fahrzeugwert mit Hilfe der einschlägigen Internetplattform www.dat.de zu ermitteln. Anhand der bekannten Fahrzeugdaten ergibt sich im Streitfall ein Fahrzeugwert von 15.300 €.

II. Der Zinsanspruch folgt aus den §§ 280 Abs. 2, 286 Abs. 1 Satz 2, 288 Abs. 1 Satz 2, 291 BGB, jedoch ist dieser erst ab dem 01.07.2022 begründet.

Das Aufforderungsschreiben vom 09.12.2021 stellt keine wirksame Mahnung dar. Mit diesem Schreiben forderte die Klägerin von der Beklagten im Rahmen des großen Schadensersatzes die Rückabwicklung des Kaufvertrages. Dies erfasste zwar grundsätzlich auch den nunmehr im Wege des kleinen Schadensersatzes zu zahlenden Betrag von 1.202,92 €, denn insoweit handelt es sich lediglich um unterschiedliche Methoden der Schadensberechnung, die im Kern an die Vertrauensinvestition des Käufers bei Abschluss des Kaufvertrags anknüpfen (s. BGH, Urt. v. 26.06.2023, a.a.O.,

Rn. 45). Da aber die Klägerin von der Beklagten im Rahmen des Schadensersatzes ausdrücklich eine Rückabwicklung des Kaufvertrages forderte, dh gemäß erstinstanzlichem Klageantrag eine Zahlung von 25.755,36 € Zug um Zug gegen Fahrzeugübergabe, lag eine Zuvielforderung vor, bei der die Klägerin auch nicht – wie für eine wirksame Mahnung erforderlich (vgl. BGH, Urt. v. 05.10.2005 – X ZR 276/02, NJW 2006, 769, 771) – zu erkennen gab, dass sie bereit war, das Fahrzeug zu behalten und sich mit einer geringeren Zahlung zufrieden zu geben. Verzug ist somit erst mit der Klagezustellung am 30.06.2022 am darauffolgenden Tag eingetreten, § 187 Abs. 1 BGB analog.

III. Die von der Klägerin weiterhin begehrte Freistellung von außergerichtlichen Rechtsanwaltskosten ist unbegründet. Zum einen stellen die vorprozessualen Anwaltskosten keinen gemäß § 249 Abs. 1 BGB erstattungsfähigen Schaden iSv § 823 Abs. 2 BGB iVm §§ 61 Abs.1, 27 Abs. 1 EG-FGV dar (so ausdrücklich BGH, Urt. v. 16.10.2023 – VIa ZR 14/22 juris, Leitsatz und Rz. 13). Zum anderen liegen auch die Voraussetzungen der §§ 280 Abs. 2, 286 Abs. 1 Satz 2, 249 Abs. 1 BGB infolge fehlender Kausalität nicht vor, denn gemäß den Ausführungen zu Ziffer II. ist erst mit dem 01.07.2022 Verzug eingetreten und waren die Anwälte von der Klägerin bereits zuvor beauftragt worden.

C.

Der nicht nachgelassene Schriftsatz der Beklagten vom 24.11.2023 wurde berücksichtigt und gibt keine Veranlassung zur Wiedereröffnung der Verhandlung gemäß § 156 ZPO.

Die Kostenentscheidung folgt aus den §§ 92, 97 Abs. 1, 516 Abs. 3 Satz 1 ZPO, der Ausspruch über die vorläufige Vollstreckbarkeit aus den §§ 708 Nr. 10, 711, 713 ZPO.

Die Voraussetzungen für die Zulassung der Revision nach § 543 Abs. 2 ZPO liegen auch unter Berücksichtigung der Einwände der Beklagten in ihrem nicht nachgelassenen Schriftsatz vom 24.11.2023 nicht vor. Weder hat die Sache grundsätzliche Bedeutung, noch ist eine Entscheidung des Revisionsgerichts zur Fortbildung des Rechts oder Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung erforderlich. Alle für diese Entscheidung maßgeblichen Rechtsfragen sind bereits vom Europäischen Gerichtshof

und dem Bundesgerichtshof geklärt worden. Dies gilt insbesondere auch für die den Tatsacheninstanzen vorbehaltene Beurteilung des konkret mit einem Wirkungsbereich von 0 °C bis 40 °C vorhandenen Thermofensters sowie den zur Darlegung eines Verbotswahrsinns erforderlichen Vortrag. Dass der Rechtsschutzversicherungswirtschaft durch den sogenannten „Dieselskandal“ entsprechend der Einschätzung der Beklagten Gesamtkosten von 1,8 bis 2 Mrd. Euro entstehen, beruht schon nicht auf der vorliegenden Entscheidung, die allein die vom Europäischen Gerichtshof und dem Bundesgerichtshof geklärten Rechtsfragen auf den streitgegenständlichen Einzelfall anwendet.

Dr. Weber

Dr. Erkens

Kremer

Protokoll

Folgende Dokumente wurden durch **Alina Forster** untrennbar verbunden:

Blatt	Dokumentname	Originalname	Typ
1025 - 1038	015-23-Urteil	NewE2ADocument_43c0ca7f-36ce-4b9f-bacf-0578af7593ae.docx.docx	Andere / Sonstige p
1039	Verkündungsvermerk	Verkündungsvermerk.pdf	Verfügung p

Die untrennbare Verbindung wurde am **29.11.2023** um **11:06** Uhr erstellt.

Informationsblatt zum elektronischen Empfangsbekanntnis

für Rechtsanwälte, Notare, Gerichtsvollzieher, Behörden und Körperschaften oder Anstalten des öffentlichen Rechts

Sehr geehrte Empfängerin, sehr geehrter Empfänger, der elektronische Rechtsverkehr ist seit dem 1. Januar 2018 flächendeckend eröffnet. Um die elektronische Kommunikation weiter zu fördern, versenden seit dem 1. Januar 2022 nunmehr alle nordrhein-westfälische Gerichte auch über die EGVP-Infrastruktur.

Der förmliche elektronische Versand an Rechtsanwälte, Notare, Gerichtsvollzieher, Behörden und juristische Personen des öffentlichen Rechts erfolgt hierbei – parallel zum förmlichen analogen Versand – gegen ein elektronisches Empfangsbekanntnis (eEB). **Dieser elektronischen Nachricht ist ein solches eEB beigelegt.**

Rechtsanwälte, Notare, Gerichtsvollzieher, Behörden und Körperschaften oder Anstalten des öffentlichen Rechts sind gesetzlich verpflichtet, bei dessen Rücksendung den strukturierten, maschinenlesbaren Datensatz, der Ihnen mit dem zugestellten Dokument zur Verfügung gestellt wurde, zu verwenden (§ 173 Abs. 2, 3 ZPO; § 113 FamFG; § 37 Abs. 1 StPO; § 31a Abs. 6 BRAO, § 14 BORA; § 78n BNotO). Andernfalls muss nochmals förmlich an Sie zugestellt werden, was erheblichen Mehraufwand, vor allem aber vermeidbare Kosten verursacht und zusätzlich zu Verfahrensverzögerungen führt.

Auf Seite 2 dieses Informationsblatts finden Sie Hinweise zur Abgabe des eEB über das besondere elektronische Anwaltspostfach (beA), das besondere elektronische Notarpostfach (beN) sowie das besondere elektronische Behördenpostfach (beBPo).

Bitte helfen Sie uns, die elektronische Kommunikation weiter zu etablieren.

Vielen Dank!

Hinweise zum elektronischen Empfangsbekanntnis (eEB)

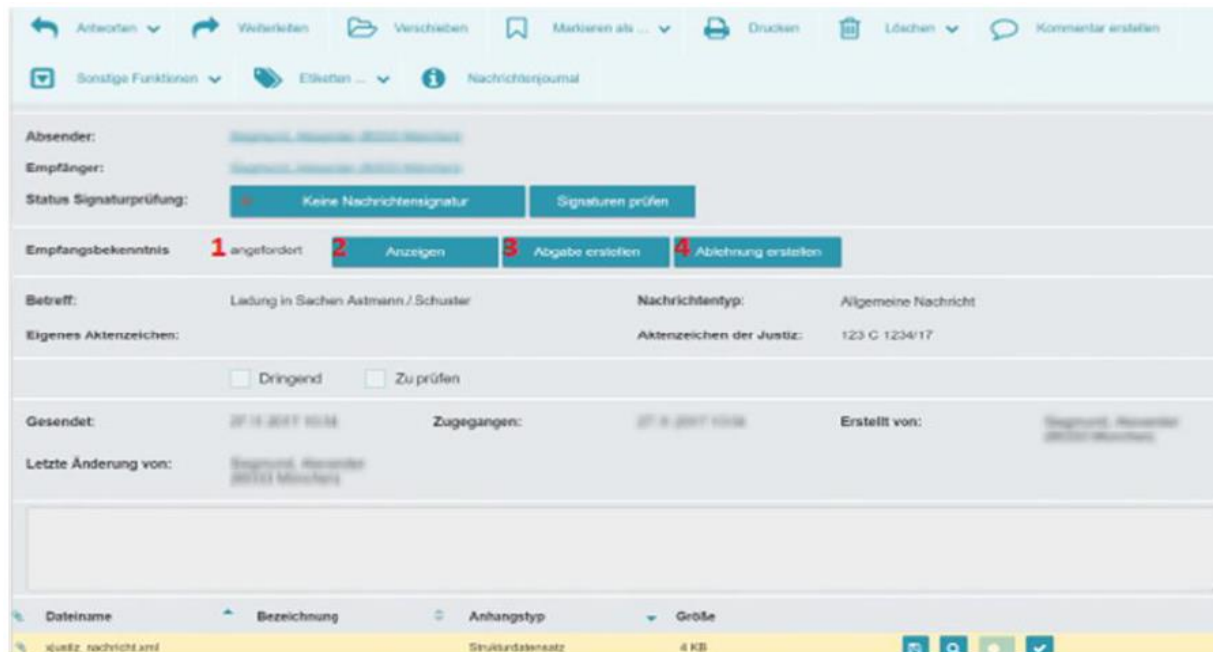
Die Rücksendung des eEB kann direkt über das besondere elektronische Anwaltspostfach (beA), das besondere elektronische Notarpostfach (beN) oder das besondere elektronische Behördenpostfach (beBPo) vorgenommen werden.

Hat das Gericht ein eEB angefordert, wird in der geöffneten Nachricht oberhalb des Betreffs der Hinweis **Empfangsbekanntnis angefordert (1)** eingeblendet.

Mit der Schaltfläche **Anzeigen (2)** kann der Inhalt des eEB eingesehen werden, wobei Sie hier lediglich einen technischen Datensatz angezeigt bekommen. Eine gesonderte PDF-Datei wird nicht mit versendet.

Mit der Schaltfläche **Abgabe erstellen (3)** wird die Rückantwort für das Gericht erzeugt. Nach Eingabe des Zustellungsdatums kann der Datensatz automatisiert elektronisch zurückgesandt werden. Das Gericht erhält innerhalb weniger Minuten diesen Datensatz zur Weiterverarbeitung.

Sollten Sie das eEB nicht abgeben wollen, verwenden Sie bitte die Schaltfläche **Ablehnung erstellen (4)** und begründen Sie diese.



Quelle: Bundesrechtsanwaltskammer

Anlage zum Verkündungsprotokoll vom 29.11.23
verkündet am
29.11.2023, Forster (Justizbeschäftigte)