

**Titel:**

**Kein Schadensersatz gegen den Hersteller wegen Verwendung einer Abschaltvorrichtung**

**Normenkette:**

BGB § 823 Abs. 2, § 826

EG-FGV § 6 Abs. 1, § 27 Abs. 1

**Leitsätze:**

1. Eine arglistige Täuschung der Typgenehmigungsbehörde und ein entsprechendes Unrechtsbewusstsein der für den Fahrzeughersteller handelnden Personen ist nur dann indiziert, wenn eine im Fahrzeug verbaute Einrichtung ausschließlich im Prüfstand die Abgasreinigung verstärkt aktiviert. Im Falle einer temperaturabhängigen Steuerung des Emissionskontrollsystems, das nicht bereits im Ausgangspunkt danach differenziert, ob sich das Fahrzeug auf dem Prüfstand oder im normalen Fahrbetrieb befindet, ist der Vorwurf der Sittenwidrigkeit gegenüber dem Motorhersteller indessen nur dann gerechtfertigt, wenn zu dem Gesetzesverstoß weitere Umstände hinzutreten, die das Verhalten der für ihn handelnden Personen als besonders verwerflich erscheinen lassen. (Rn. 5 – 6) (redaktioneller Leitsatz)

2. Für die Schadensentstehung ist der Zeitpunkt des Vertragsschlusses maßgebend. Eine etwaige Aufwertung des Fahrzeugs durch ein Software-Update als nachträgliche Maßnahme ist im Wege der Vorteilsausgleichung indes zu berücksichtigen. Eine solche Aufwertung setzt allerdings voraus, dass das Software-Update die Gefahr von Betriebsbeschränkungen signifikant reduziert. Das wiederum kann nur dann der Fall sein, wenn es nicht seinerseits eine unzulässige Abschaltvorrichtung beinhaltet. Die Vorteilsausgleichung kann der Gewährung auch eines Schadensersatzes entgegenstehen, wenn der Differenzschaden vollständig ausgeglichen ist. (Rn. 10) (redaktioneller Leitsatz)

**Schlagworte:**

Lenkwinkelerkennung, Thermofenster, Aufheizstrategie, Software-Update, Vorteilsausgleichung

**Tenor**

I. Der Senat erteilt den Parteien – ergänzend zum Beschluss vom 12.05.2022 – die nachfolgend in den Gründen niedergelegten weiteren Hinweise.

II. An der beabsichtigten Zurückweisung der Berufung gemäß § 522 Abs. 2 ZPO wird festgehalten.

III. Es besteht Gelegenheit zur Stellungnahme bis spätestens zum 26.01.2024.

**Gründe**

I.

1

Hinsichtlich des Sachverhalts und weiterer Gründe für die Zurückweisung der Berufung wird auf den Hinweisbeschluss des Senats vom 12.05.2022 Bezug genommen, wobei der Senat in Anbetracht der aktuellen Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs im Verfahren VIa ZR 335/21 an seiner im Hinweisbeschluss vom 12.05.2022 zur Anspruchsgrundlage des § 823 Abs. 2 BGB i. V. m. Art. 5 Abs. 2 VO 715/2007/EG oder i. V. m. § 6 Abs. 1, § 27 Abs. 1 EG-FGV unter Ziffer 3.) geäußerten Rechtsauffassung nicht mehr uneingeschränkt festhält.

II.

2

Auch unter Berücksichtigung der Ausführungen der Klagepartei im Schriftsatz vom 15.06.2022 sowie der inzwischen ergangenen Entscheidungen des Bundesgerichtshofs vom 26.06.2023 und vom 10.07.2021 verbleibt es bei der offensichtlichen Aussichtslosigkeit der Berufung.

3

1.) Ein Anspruch gemäß §§ 826, 31 BGB ist weiterhin nicht gegeben.

**4**

Selbst wenn zugunsten der Klagepartei unterstellt wird, dass neben einer Lenkwinkelerkennung und einem Thermofenster auch die weiteren als Strategien A bis D (Aufheizstrategie) bezeichneten Funktionen im klägerischen Fahrzeug installiert wurden, rechtfertigt dies den geltend gemachten Anspruch wegen vorsätzlicher sittenwidriger Schädigung nicht.

**5**

Wie auch die weiter gerügten Funktionen des Thermofensters und der Lenkwinkelerkennung arbeiten auch die als Strategien A bis D (Aufheizstrategie) bezeichneten Funktionen schon nach dem Sachvortrag der Klagepartei im Grundsatz auf dem Prüfstand in gleicher Weise wie im realen Fahrbetrieb. Danach seien zwar die zu den Parametern gehörenden Werte so eng bedatet, dass die Aufheizstrategie nahezu ausschließlich im Neuen Europäischen Fahrzyklus (NEFZ) und den dort definierten Prüfbedingungen wirkt; schon kleine Abweichungen in Fahrprofil und Umgebungsbedingungen sollen danach zur Abschaltung der Aufheizstrategie führen. Daraus folgt jedoch im Umkehrschluss, dass sich die gerügten Motorfunktionen und Abgasregelungen bei denselben Umgebungsparametern im Prüfstand nicht anders verhalten als im realen Fahrbetrieb.

**6**

Eine arglistige Täuschung der Typgenehmigungsbehörde und ein entsprechendes Unrechtsbewusstsein der für die Beklagte handelnden Personen wäre nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs dann indiziert, wenn eine im Fahrzeug des Klägers verbaute Einrichtung ausschließlich im Prüfstand die Abgasreinigung verstärkt aktivierte (vgl. BGH, VIa ZR 1470/22, Urteil vom 11.09.2023, Rn. 12 m. w. N. – juris). Davon ist nach dem Vortrag der Klagepartei nicht auszugehen.

**7**

Hinsichtlich der behaupteten Manipulation des OBD-Systems gelten die gleichen Grundsätze wie beim Thermofenster. Auch diese Funktion arbeitet beim realen Fahrbetrieb in gleicher Weise wie in der Prüfstandssituation. Überdies beruht der Sachvortrag der Klagepartei auf der Prämisse, dass es sich bei dem Thermofenster um eine unzulässige, zum alleinigen Zweck der Abgasmanipulation mit sittenwidriger Zielrichtung eingebaute Abschalteneinrichtung handelt (vgl. OLG Bamberg, 1 U 368/19, Urteil vom 26.11.2020, Rn. 64 – juris), wovon jedoch – wie im Hinweisbeschluss vom 12.05.2022 dargelegt – nicht ohne weiteres auszugehen ist.

**8**

2.) Ein Anspruch aus § 823 Abs. 2 BGB i. V. m. Art. 5 Abs. 2 VO 715/2007/EG oder i. V. m. § 6 Abs. 1, § 27 Abs. 1 EG-FGV scheidet weiterhin aus.

**9**

Zwar steht dem Käufer eines mit einer unzulässigen Abschalteneinrichtung im Sinne des Art. 5 der Verordnung (EG) Nr. 715/2007 versehenen Kraftfahrzeugs unter den Voraussetzungen des § 823 Abs. 2 BGB in Verbindung mit § 6 Abs. 1, § 27 Abs. 1 EG-FGV ein Anspruch gegen den Fahrzeughersteller auf Ersatz des Differenzschadens zu (vgl. BGH, VIa ZR 335/21, Urteil vom 26.06.2023 – juris). Allerdings fehlt es vorliegend jedenfalls an einem Schaden der Klagepartei.

**10**

a) Für die Schadensentstehung ist der Zeitpunkt des Vertragsschlusses maßgebend. Eine etwaige Aufwertung des Fahrzeugs durch ein Software-Update als nachträgliche Maßnahme der Beklagten ist im Wege der Vorteilsausgleichung zu berücksichtigen. Eine solche Aufwertung setzt allerdings voraus, dass das Software-Update die Gefahr von Betriebsbeschränkungen signifikant reduziert (vgl. BGH, ZR 267/20, Urteil vom 20.07.2023, Rn. 33 – juris). Das wiederum kann nur dann der Fall sein, wenn es nicht seinerseits eine unzulässige Abschalteneinrichtung beinhaltet. Die Vorteilsausgleichung kann der Gewährung auch eines Schadensersatzes aus § 823 Abs. 2 BGB entgegenstehen, wenn der Differenzschaden vollständig ausgeglichen ist (vgl. BGH, VIa ZR 335/21, Urteil vom 26.06.2023, Rn. 80 – juris).

**11**

b) Nach dem unwidersprochenem gebliebenen und durch den Freigabebescheid des KBA vom 12.11.2018 (Anlage B 5) belegten Vortrag der Beklagten hat das KBA bestätigt, dass nach Durchführung der angeordneten Maßnahme alle geltenden Grenzwerte bezüglich der Schadstoffemissionen sowie die

sonstigen Anforderungen eingehalten werden. Zudem hat das KBA im Rahmen der Prüfung und Freigabe des Software-Updates keine unzulässigen Abschaltvorrichtungen festgestellt.

## 12

Nach Auffassung des Senats hat sich dadurch die Gefahr von Betriebsbeschränkungen signifikant reduziert. Der Senat ist deshalb davon überzeugt (§ 286 ZPO), dass wegen der streitgegenständlichen Abschaltvorrichtungen die Gefahr einer Betriebsbeschränkung nicht mehr besteht.

## 13

c) Zudem ist ein Anspruch auf Ersatz des Differenzschadens durch den verbleibenden Restwert und den anzurechnenden Nutzungsersatz vollständig aufgezehrt.

## 14

Der Differenzschaden bestimmt sich nach dem Unterschied zwischen dem gezahlten Kaufpreis und dem objektiven Wert des Fahrzeugs im Erwerbszeitpunkt. Die Höhe dieses Schadens unterliegt der gerichtlichen Schätzung nach § 287 Abs. 1 Satz 1 ZPO und bewegt sich aus den durch den Bundesgerichtshof näher dargelegten Gründen, denen sich der Senat anschließt, im Bereich von 5% bis 15% des von der Klagepartei aufgewendeten Kaufpreises (vgl. BGH, VIa ZR 335/21, Urteil vom 26.06.2023, Rn. 74 ff. – juris).

## 15

Wenn man einen Schaden in Höhe von 15% des Kaufpreises (38.346,00 €) zugrundelegt, ergibt dies einen Betrag in Höhe von 5.751,90 €.

## 16

Auf diesen Schaden hat sich die Klagepartei nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs die ihr aus der vorgenommenen, uneingeschränkten Nutzung des Fahrzeugs entstandenen Vorteile anrechnen zu lassen, wie sie auch im Rahmen der Bestimmung des kleinen Schadensersatzes nach § 826 BGB gelten (vgl. BGH, VIa ZR 335/21, Urteil vom 26.06.2023, Rn. 80 – juris). Danach hat sich die Klagepartei auf den o. g. Betrag die Nutzungsvorteile und den Restwert des Fahrzeugs insoweit schadensmindernd anrechnen zu lassen, als sie den Wert des Fahrzeugs bei Abschluss des Kaufvertrags übersteigen.

## 17

Das Fahrzeug der Klagepartei wurde mit einem Kilometerstand von 11.182 km erworben und wies am 16.09.2021 eine Laufleistung von 88.256 km auf. Bei linearer Fortschreibung der Nutzung schätzt der Senat den aktuellen Kilometerstand auf 130.000 km. Hieraus ergibt sich unter Anwendung der linearen Berechnungsmethode und bei Zugrundelegung einer Gesamtlauflistung von 250.000 km einen Nutzungswert von 19.078,11 €.

## 18

Als Restwert ist vorliegend von einem aktuellen Marktpreis des streitgegenständlichen Fahrzeugs von mindestens 21.800,00 € auszugehen. Der Senat schätzt gemäß § 287 ZPO den aktuellen Wert des Fahrzeugs auf diesen Betrag. Ein solcher ergibt sich aus allgemein zugänglichen öffentlichen Quellen wie z. B. einem Abruf vergleichbarer Fahrzeuge mit ähnlichem Alter und ähnlicher Kilometerleistung in den Internetportalen [www.....de](http://www.....de) und [www.....de](http://www.....de). Der Senat hält die dort gefundenen Ergebnisse, insbesondere auch deshalb für zuverlässig, weil auch die Fahrzeugbewertung nach Schwacke, die nach der Rechtsprechung als Schätzgrundlage anerkannt ist, auf die Datenbasis der o. g. Portale zurückgreift. Die in den Verkaufsportalen abgebildeten Kaufpreise sind auch nicht nach unten zu korrigieren. Denn der Senat sieht aufgrund des Umstands, dass bereits nach dem Vortrag der Klagepartei die Thematik der Abschaltvorrichtungen in Fahrzeugen der Beklagten bereits seit geraumer Zeit in der Öffentlichkeit und der Presse breit diskutiert wird, die Gefahr des Drohens von zukünftigen Maßnahmen als in die abgebildeten Kaufpreise bereits eingepreist an. Der Erholung eines Sachverständigengutachtens bedurfte es nicht, weil die vorgenannten Umstände eine ausreichend valide Schätzgrundlage darstellen (§ 287 ZPO). Der Senat hat bei [.....de](http://.....de) insgesamt 35 vergleichbare Angebote zwischen 21.800,00 € und 35.949,00 € gefunden, bei [.....de](http://.....de) insgesamt 14 Angebote zwischen 21.800,00 € und 30.000,00 €.

## 19

Der Restwert und der Nutzungsersatz (40.878,11 €) übersteigen den objektiven Wert im Zeitpunkt des Erwerbs von 32.594,10 € (Kaufpreis abzüglich 15%) um 8.284,01 €, so dass der Differenzschaden von 5.751,90 € vollständig aufgezehrt ist.

**20**

Für einen Ersatz der im Berufungsverfahren mit 1.959,65 € bezifferten Finanzierungskosten ist damit ebenfalls kein Raum. Ein Differenzschaden ist nur bis zur Höhe von 15% des gezahlten Kaufpreises zu ersetzen. Darüber hinaus kann auf der Grundlage des § 823 Abs. 2 BGB i. V. m. § 6 Abs. 1, § 27 Abs. 1 EG-FGV der Ersatz eines weiteren Finanzierungsschadens nicht verlangt werden (vgl. BGH, VIa ZR 1533/22, Urteil vom 11.09.2023, Rn. 11 – juris).

**21**

Auch für den Zeitpunkt der außergerichtlichen Tätigkeit und der Klageerhebung stellt sich die Situation bei Berücksichtigung eines wegen geringerer Laufleistung erhöhten Restwertes im Ergebnis nicht anders dar, weshalb auch insoweit kein eigenständiger Zinsanspruch besteht.

**22**

3.) Der mit Schriftsatz vom 15.06.2022 gestellte Aussetzungsantrag nach § 148 ZPO analog im Hinblick auf das Verfahren C-100/21 des Europäischen Gerichtshofs ist mit der dort seit dem 21.03.2023 vorliegenden Entscheidung überholt.

III.

**23**

Der Senat regt daher weiterhin an, die aussichtslose Berufung zurückzunehmen. Auf die Ausführungen unter Ziffer im Hinweisbeschluss vom 12.05.2022 wird verwiesen.