

Quelle: <https://voris.wolterskluwer-online.de/document/29be7a76-0304-4736-a8a4-8f0e7ba67043>

Bibliografie

Gericht	OLG Braunschweig
Datum	29.04.2024
Aktenzeichen	9 U 25/24
Entscheidungsform	Beschluss
Referenz	WKRS 2024, 29142
Entscheidungsname	[keine Angabe]
ECLI	ECLI:DE:OLGBS:2024:0429.9U25.24.00

Oberlandesgericht Braunschweig Beschl. v. 29.04.2024, Az.: 9 U 25/24

Zustehen eines Anspruchs auf Ersatz des sog. Differenzschadens hinsichtlich Verwendung einer unzulässigen Abschalteinrichtung

Amtlicher Leitsatz

Rechtskräftig, weil Hinweisbeschluss gem. § 522 Abs. 2 ZPO und weil gegen die nachfolgende Berufungszurückweisung vom 19.08.2024 keine Nichtzulassungsbeschwerde möglich ist, § 544 Abs. 2 Nr. 1 ZPO.

In dem Rechtsstreit
der S. Taxenbetrieb, ,
Klägerin und Berufungsklägerin,
Prozessbevollmächtigte:
Sch. Rechtsanwälte,
gegen
die Volkswagen AG, vertreten durch den Vorstand, dieser vertreten durch den Vorstandsvorsitzenden, Berliner Ring 2, 38440
Wolfsburg,
Beklagte und Berufungsbeklagte,
Prozessbevollmächtigte:
Rechtsanwältinnen und Rechtsanwälte G.,
hat das Oberlandesgericht Braunschweig durch den Vorsitzenden Richter am Oberlandesgericht Brand, die Richterin am
Amtsgericht Eixner und die Richterin am Oberlandesgericht Dr. Schäfer-Altmann am 29.04.2024 beschlossen:

Tenor:

Der Senat beabsichtigt, die Berufung der Klägerin und Berufungsklägerin gegen das am 03.08.2023 verkündete Urteil des Landgerichts Braunschweig durch Beschluss gemäß § 522 Abs. 2 ZPO zurückzuweisen, weil sie offensichtlich keine Aussicht auf Erfolg hat und auch die Voraussetzungen des § 522 Abs. 2 Nr. 2 bis 4 ZPO vorliegen.

Der Klägerin und Berufungsklägerin wird Gelegenheit zur Stellungnahme innerhalb von drei Wochen ab Zustellung dieses Beschlusses gegeben.

Der Senat beabsichtigt, den Streitwert für das Berufungsverfahren auf 5.562,00 € festzusetzen.

Gründe

Das Urteil des Landgerichts (Bl. 412 - 418 d. A.) erweist sich auch gemessen an den Ausführungen in der Berufungsbegründung nebst Anlagen (Bl. 444 - 594 d. A.) als zutreffend.

Das gilt unabhängig davon, dass die Klägerin nunmehr lediglich den sog. "Differenzschaden", d.h. die Differenz zwischen dem gezahlten Kaufpreis und dem Wert des vom Kläger erworbenen Fahrzeugs, geltend macht. Die Klagänderung ist zulässig.

Jedoch greifen die Rügen der Berufung nach übereinstimmender Auffassung des Senats nicht durch.

Der Klägerin stehen die geltend gemachten Ansprüche auf Schadensersatz und auf Freistellung von außergerichtlichen Kosten wegen einer in dem von der Beklagten hergestellten Motor EA 288 des Ende 2014 gekauften VW Passat 2.0l TDI, 110 kW, als vorhanden behaupteten unzulässigen Abschaltvorrichtung nicht zu. Ansprüche sind weder aus §§ 826, 831 BGB bzw. §§ 826, 31 BGB noch aus § 823 Abs. 2 i.V.m. § 263 StGB oder i.V.m. § 6 Abs. 1, § 27 Abs. 1 EG-FGV begründet.

Es fehlt bereits für alle in Betracht kommenden Anspruchsgrundlagen an der konkreten Darlegung einer unzulässigen Abschaltvorrichtung. Ob die streitgegenständliche Fahrkurvenerkennung eine unzulässige Abschaltvorrichtung darstellt, kann dahinstehen, weil die Klägerin jedenfalls nach dem angebotenen Software-Update keinen Schaden mehr hat.

1.

Das streitgegenständliche Thermofenster stellt keine Abschaltvorrichtung i.S.v. Art. 3 Nr. 10 der Verordnung (EG) Nr. 715/2007 dar.

a)

Die Klägerin äußert sich zum Umfang des Thermofensters in der Klage ebenso wenig substantiiert wie in der Berufungsbegründung. In der Berufungsbegründung (dort S. 12, 3. Abs. = Bl. 455 d. A.) macht die Klägerin lediglich allgemein Ausführungen zu Thermofenstern von +8°C bis +40° C bei Daimler-Fahrzeugen sowie bei T6-Fahrzeugen der Beklagten, die bereits ab einer Außentemperatur von +15° C die Abgasrückführung um bis zu 50% reduzieren.

Soweit die Klägerin vorträgt, dass im streitgegenständlichen Fahrzeug durch das Thermofenster "die Wirksamkeit des Emissionskontrollsystems bereits ab einer Außentemperatur von unter 15°C maßgeblich reduziert wird" (Klage S. 11, vorletzter Abs. = Bl. 11 d. A.) und sodann, dass die Abgasnachbehandlung "im Bereich zwischen 20°C und 30°C beanstandungsfrei" funktioniere (Klage S. 11, letzter Abs. = Bl. 11 d. A.), ist dieser Vortrag ohne Substanz und darüber hinaus widersprüchlich. Es wird bereits nicht hinreichend deutlich und im Weiteren auch nicht ausgeführt, was mit "maßgeblich reduziert" und "beanstandungsfrei" konkret gemeint ist. Im Übrigen ist nicht hinreichend deutlich erkennbar, ob die Klägerin eine sog. Abrampung unter 20° C oder unter 15°C behaupten möchte.

Im Gegensatz zum substanzlosen, lediglich auf andere und nicht einschlägige Fahrzeuge verweisenden Vortrag der Klägerin, hat die Beklagte sowohl in der Klagerwiderung (dort S. 15, vorletzter Abs. = Bl. 57 d. A.) als auch in der Berufungserwiderung (dort S. 3, 2. Abs. = Bl. 606 d. A.) konkret im Hinblick auf das streitgegenständliche Fahrzeug vorgetragen, dass die Abgasrückführung in einem Temperaturbereich zwischen -24 °C bis + 70°C zu 100% aktiv sei.

Dem ist die Klägerin nicht ebenso substantiiert entgegengetreten.

b)

Damit liegt bereits tatbestandlich keine Abschaltvorrichtung i.S.v. Art 3 Nr. 10 VO (EG) 715/2007 vor. Gem. Art. 3 Nr. 10 Verordnung (EG) Nr. 715/2007 ist eine Abschaltvorrichtung ein Konstruktionsteil, das die Temperatur oder sonstige Parameter ermittelt, um die Funktion eines Teils des Emissionskontrollsystems zu aktivieren, zu verändern, zu verzögern oder zu deaktivieren, und dadurch die Wirksamkeit des Emissionskontrollsystems unter Bedingungen, die bei normalem Fahrzeugbetrieb vernünftigerweise zu erwarten sind, verringert. Diese Voraussetzungen erfüllt eine Softwaresteuerung, die die Abgasrückführung nur für Temperaturen unter -24°C und oberhalb von 70°C beeinflusst, nicht. Zwar ist ein über eine Software gesteuertes AGR-

Ventil ein Konstruktionsteil i.S.d. Art. 3 Nr. 10 Verordnung (EG) Nr. 715/2007 (vgl.

EuGH, Urteil vom 14. Juli 2022 - C-128/20, Rn. 36, juris), doch fehlt es an der weiteren Voraussetzung des Art. 3 Nr. 10 Verordnung (EG) Nr. 715/2007, dass dieses die Wirksamkeit des Emissionskontrollsystems unter Bedingungen verringert, die bei normalem Fahrzeugbetrieb vernünftigerweise zu erwarten sind.

Maßgeblich für die Erfüllung dieser Voraussetzung ist die Verwendung des Fahrzeugs nicht nur unter den Bedingungen der Typprüfung, sondern unter den tatsächlichen Fahrbedingungen, wie sie im Unionsgebiet üblich sind (

EuGH, Urteil vom 14. Juli 2022 - C-128/20, Rn. 40ff, juris; Schleswig-Holsteinisches Verwaltungsgericht, Urteil vom 20. Februar 2023 - 3 A 113/18, Rn. 250, juris). Dabei kommt es nicht nur auf die tatsächlichen Fahrbedingungen und die Temperaturverhältnisse in einem Mitgliedstaat oder gar nur in bestimmten Regionen von Mitgliedstaaten an, sondern auf die Fahrbedingungen, wie sie im gesamten Unionsgebiet üblich sind (vgl. BGH, Urteil vom 26. Juni 2023 - VIa ZR 335/21, Rn. 50,

juris). Nicht maßgeblich sind auch Durchschnittswerte der Fahrbedingungen über den gesamten Jahresverlauf, sondern sämtliche vernünftigerweise zu erwartenden Temperaturwerte zu allen Jahreszeiten und in allen Mitgliedsstaaten (vgl. Schleswig-Holsteinisches Verwaltungsgericht, Urteil vom 20. Februar 2023 - 3 A 113/18, Rn. 275, juris).

Gemessen daran liegt keine Abschaltvorrichtung vor. Es ist allgemein bekannt und damit im Sinne des § 291 ZPO offenkundig, dass Temperaturen über 70°C in der EU nicht vorkommen und Temperaturen unter -24°C selbst im kältesten Teil der EU nur zu wenigen Zeiten zu beobachten sind (vgl. OLG Dresden, Urteil vom 6. April 2023 - 18a U 2530/21, Rn. 31f, juris). Soweit das VG Schleswig in einem

Urteil vom 20.02.2023 - VG 3 A 113/18 - Thermofenster als unzulässige Abschaltvorrichtungen qualifiziert hat, hat es ein wesentlich engeres Thermofenster festgelegt, das lediglich zwischen -15°C bis + 40°C Lufttemperatur (entspricht -10°C bis 45°C Ladeluft-Temperatur) eine volle Wirksamkeit des Emissionskontrollsystems sicherstellte (vgl. Schleswig-Holsteinisches Verwaltungsgericht, Urteil vom 20. Februar 2023 - 3 A 113/18, Rn. 274-279, juris).

2.

Auch aus dem On-Board-Diagnosesystems (OBD) des streitgegenständlichen Fahrzeugs kann nicht auf das Vorliegen einer unzulässigen Abschaltvorrichtung im streitgegenständlichen Fahrzeug geschlossen werden. Nach der Definition in Art. 3 Nr. 9 der VO 715/2007/EG ist das On-Board-Diagnosesystem ein System für die Emissionsüberwachung, das in der Lage ist, mit Hilfe rechnergespeicherter Fehlercodes den Bereich von Fehlfunktionen anzuzeigen. Das OBD-System überwacht also die Emissionen, wirkt aber nicht selbst auf die Emissionskontrollsysteme ein. Insbesondere regelt, steuert und verringert es nicht ihre Wirksamkeit und stellt daher keine Abschaltvorrichtung im Sinne von Art. 3 Nr. 10 der VO 715/2007/EG dar (vgl. nur

OLG Koblenz, Urteil vom 31. August 2023 - 1 U 316/23, Rn. 50, juris; OLG Karlsruhe Urteil vom 12. Dezember 2023 - 14 U 85/21, BeckRS 2023, 36321, Rn. 56, beck-online). Für die Behauptung, die Beklagte habe das OBD manipuliert, fehlt es an tatsächlichen Anhaltspunkten, die diese Behauptung stützen.

Ungeachtet dessen soll das OBD nur Systemfehler melden, z.B. bei einem Ausfall emissionsrelevanter Bauteile oder Systeme. Es ist jedoch nicht Aufgabe des OBD-Systems, konstante Messungen der Schadstoffemissionen vorzunehmen und bei Überschreitung bestimmter Schwellenwerte Signale zu setzen bzw. zu speichern (vgl. OLG Schleswig, Hinweisbeschluss vom 10. Dezember 2021, 7 U 166/21 und

Urteil vom 10. Oktober 2023 - 7 U 100/22). Mithin dient das OBD auch nicht dem Zweck zwischen einer rechtlich zulässigen und einer rechtlich unzulässigen Abschaltvorrichtung zu unterscheiden. Arbeitet eine Abschaltvorrichtung - sei sie rechtlich zulässig oder unzulässig - technisch so, wie sie programmiert ist, liegt eine Fehlfunktion nicht vor, so dass die Anzeige einer Fehlfunktion nicht veranlasst ist (vgl. BGH, Urteil vom 8. Dezember 2021 - VIII ZR 190/19 Rn. 91; OLG Hamm, Urteil vom 13. September 2023 - 30 U 81/21, NJW-RR 2024, 229 Rn. 55, beck-online).

3.

Aus den Unterlagen der Robert Bosch GmbH (Anlagen BK 1 a-c = Bl. 566 d. A.) folgt ebenfalls kein Indiz für das Vorliegen einer Grenzwertkausalität der hier streitgegenständlichen Funktionen. Sie enthalten lediglich eine Auflistung von angebotenen Funktionen, die nach Einschätzung der Robert Bosch GmbH ein "besonderes Potential für nicht behördenkonforme Applikationen bieten". Das Vorliegen eines Potentials impliziert nicht zwingend dessen Verwirklichung. Die Wirkweise der Funktionen hängt von deren konkreter Bedatung des jeweiligen Fahrzeugherstellers ab. Vor diesem Hintergrund folgt allein aus dem Umstand, dass die Robert Bosch GmbH u.a. anhand eines konkreten Beispiels von Toyota die Möglichkeit eines Gesetzesverstosses und dessen Strafbewehrung illustrierte, kein "Generalverdacht" gegen andere Fahrzeughersteller. Im Übrigen ist nicht ersichtlich, dass sich die per Screenshot eingefügten Übersichten der Bosch-Präsentationen aus dem Jahr 2009 (BB S. 7 ff. = Bl. 450 ff. d. A.) auf einen hier streitgegenständlichen NSK-Katalysator beziehen.

4.

Es kann dahinstehen, ob die Fahrkurvenerkennung eine unzulässige Abschaltvorrichtung darstellt und die Beklagte insoweit schuldhaft eine fehlerhafte Übereinstimmungsbescheinigung ausgestellt oder sich diesbezüglich im maßgeblichen Zeitpunkt des Kaufvertragsabschlusses in einem unvermeidbaren Verbotsirrtum befunden hat. Denn die Klagepartei hat keinen Schaden (mehr).

a)

Eine nachträgliche Verbesserung des Fahrzeugs durch ein Software-Update kann zu einer Schadensminderung führen, wenn und soweit das Software-Update die Gefahr von Betriebsbeschränkungen signifikant reduziert (

BGH, Urteil vom 26. Juni 2023 - VIa ZR 335/21, Rn. 80, juris; BGH, Urteil vom 20. Juli 2023 - III ZR 267/20, Rn. 33, juris). Das wiederum kann nur dann der Fall sein, wenn das Software-Update nicht seinerseits eine unzulässige Abschaltvorrichtung beinhaltet. Die Vorteilausgleichung kann der Gewährung eines Schadensersatzes aus § 823 Abs. 2 BGB insgesamt entgegenstehen, wenn der Differenzschaden vollständig ausgeglichen ist (BGH, Urteil vom 26. Juni 2023 - VIa ZR 335/21, Rn. 80, juris). Maßgeblich für eine Vorteilausgleichung ist insoweit, in welchem Umfang das Aufspielen des von der Beklagten zur Verfügung gestellten Software-Updates geeignet ist, das Fahrzeug nachträglich aufzuwerten, und zwar unabhängig davon, ob die

Klagepartei das Software-Update tatsächlich aufgespielt hat oder nicht. Denn bereits die Existenz eines entsprechenden, die Gefahr von Betriebsbeschränkungen reduzierenden Software-Updates ist schadensmindernd zu berücksichtigen. Nach § 242 BGB muss sich derjenige, der sich einem schadensmindernden Software-Update verschließt, so behandeln lassen, als hätte er einen aus dem Software-Update resultierenden Vorteil tatsächlich erzielt (vgl. hierzu BGH, Urteil vom 23. Oktober 2023 - VIa ZR 468/21, Rn. 14, juris).

b)

Die Beklagte hat im Schriftsatz vom 27.06.2022 und in der Berufungsinstanz vorgetragen, es stehe ein vom KBA genehmigtes (freiwilliges) Software-Update zur nachträglichen Beseitigung der ursprünglich implementierten Fahrkurvenerkennung zur Verfügung (S. 2 f. d. SSes v. 27.06.2022 = Bl. 253 f. d. A.; BB S. 8, vorletzter Abs. = Bl. 611 d. A.). Dieses Update sei auch angeboten worden (S. 3., 3. Abs. d. SSes v. 27.06.2022 = Bl. 254 d. A.). Diesen Vortrag hat die Klägerin nicht bestritten; er ist zugestanden (§ 138 Abs. 3 ZPO).

Folge des jedenfalls unstreitig zur Verfügung stehenden Software-Updates ist, dass die Fahrkurvenerkennung, weil sie (zumindest) ausbedatet werden kann, schon deshalb nicht mehr Grund für eine Rückrufmaßnahme bzw. eine Betriebseinschränkung sein könnte, wenn die Maßnahme durchgeführt wird. Das Software-Update ließe daher den Schaden, der in der (theoretischen) Stilllegungsgefahr aufgrund des Vorhandenseins einer (unzulässigen) Abschaltvorrichtung liegt, nachträglich vollständig entfallen. Denn aufgrund der Genehmigung des Software-Updates durch das KBA sind weitere behördliche Maßnahmen aufgrund der Fahrkurve nicht (mehr) zu befürchten, wenn das Software-Update aufgespielt werden würde (vgl. auch:

OLG Karlsruhe, Urteil vom 19. Dezember 2023 - 14 U 6/22, Rn. 95, juris; OLG Stuttgart, Urteil vom 9. November 2023 - 24 U 14/21, Rn. 137, juris; OLG Zweibrücken, Beschluss vom 12. Juli 2023 - 7 U 127/22, Rn. 16, juris; OLG Brandenburg, Urteil vom 31. August 2023 - 5 U 8/23, Rn. 32, juris; OLG Hamm, Urteil vom 24. August 2023 - I-28 U 50/22, Rn. 23, juris).

Dass die Klägerin das Software-Update (bisher) nicht hat aufspielen lassen, ist wie dargelegt ohne Belang (vgl. OLG Karlsruhe, a.a.O.).

II.

Der Senat wird nach Ablauf der gesetzten Frist über das Rechtsmittel befinden, sofern es nicht zurückgenommen wird, was auch aus Kostengründen anzuraten ist, weil sich die Gerichtskosten um 362 € ermäßigen würden.

Die beabsichtigte Streitwertfestsetzung folgt aus §§ 47 Abs. 1, 48 Abs. 1, 3 ZPO.

Brand
Eixner
Dr. Schäfer-Altman

Hinweis:

Hinweis: Das Dokument wurde redaktionell aufgearbeitet und unterliegt in dieser Form einem besonderen urheberrechtlichen Schutz. Eine Nutzung über die Vertragsbedingungen der Nutzungsvereinbarung hinaus - insbesondere eine gewerbliche Weiterverarbeitung außerhalb der Grenzen der Vertragsbedingungen - ist nicht gestattet.