



REPUBLIK ÖSTERREICH  
Oberlandesgericht Wien

4 R 62/19w

## Teilurteil Im Namen der Republik

Das Oberlandesgericht Wien hat als Berufungsgericht durch die Senatspräsidentin Dr. Primus als Vorsitzende sowie den Richter Mag. Rendl und den Kommerzialrat Ing. Schuh in der Rechtssache der klagenden Partei [REDACTED] [REDACTED] [REDACTED] [REDACTED] [REDACTED] vertreten durch die Poduschka Anwalts-gesellschaft mbH in Linz, gegen die beklagte Partei **Birngruber GmbH**, Königstetter Straße 169, 3430 Tulln, vertreten durch die Pressl Endl Heinrich Bamberger Rechtsanwälte GmbH in Salzburg, wegen EUR 35.157,55 samt Nebengebühren, über die Berufung der klagenden Partei gegen das Urteil des Landesgerichts St. Pölten als Handelsgericht vom 28. Jänner 2019, GZ: 4 Cg 114/17s-33, in nicht öffentlicher Sitzung I. zu Recht erkannt und II. beschlossen:

Der Berufung wird **Folge** gegeben.

I. Das angefochtene Urteil wird dahin abgeändert dass es als Teilurteil zu lauten hat:

„Teilurteil

1.) Der zwischen der klagenden und der beklagten Partei abgeschlossene Kaufvertrag vom 14.02.2014 über den Ankauf des Audi Q3 TDI quattro Offroad daylight, Fahrge-stellnummer [REDACTED] um EUR 44.400 wird ex tunc aufgehoben.

Die Kostenentscheidung bleibt der Endentscheidung vorbehalten.“

Die ordentliche Revision ist zulässig.

II. Im Übrigen (Zahlung Zug um Zug, gegen Rückgabe des Fahrzeugs, in eventu Zahlung, in eventu Feststellung), wird das angefochtene Urteil **aufgehoben** und dem Erstgericht die neuerliche Entscheidung nach Verfahrensergänzung aufgetragen.

Die Kosten des Berufungsverfahrens bilden weitere Verfahrenskosten.

Der Rekurs an den Obersten Gerichtshof ist zulässig.

#### **Entscheidungsgründe :**

Die Beklagte betreibt ein Autohandelsunternehmen mit Sitz in Tulln an der Donau. Sie ist Vertragshändlerin der Volkswagen AG (im Folgenden: VW-AG) und vertreibt deren Fahrzeuge.

Die Klägerin erwarb von der Beklagten mit Kaufvertrag vom 14.2.2014 das im Spruch genannte Neufahrzeug um EUR 44.400. Dieses ist mit einem vom Dieselskandal betroffenen Dieselmotor ausgestattet. Die Herstellerin hatte in dem Fahrzeug eine Software verbaut, die erkannte, ob das Fahrzeug im normalen Fahrzeugbetrieb oder zur Ermittlung der Fahrzeugemissionen auf einem Rollenprüfstand betrieben wird. Durch das Umschalten zwischen den beiden Modi wurde das Abgasrückführungssystem, das die NO<sub>x</sub>-Emissionen regelt, beeinflusst. Am Prüfstand steuerte die Software das Abgasrückführsystem so, dass mehr Abgase rückgeführt wurden und es zu einem geringeren NO<sub>x</sub>-Ausstoß kam (NO<sub>x</sub>-optimierender Modus). Im echten Fahrbetriebs bewirkte die (ursprüngliche) Software eine geringere Abgasrückführung im Motor.

Die Klägerin beehrte aufgrund dieses Sachverhalts - gestützt auf Nichtigkeit, List, Irrtum, Gewährleistung und Schadenersatz - die Aufhebung des zwischen ihr und der Beklagten am 14.2.2014 geschlossenen Kaufvertrags sowie die Rückzahlung von EUR 35.157,55 samt Zinsen Zug um Zug gegen Rückgabe des Fahrzeugs. Die VW-AG räume selbst ein, eine illegale Software zur Manipulation der Messergebnisse eingesetzt zu haben. Der Klägerin sei der Erwerb eines umweltfreundlichen Dieselfahrzeugs mit einem entsprechend geringen Verbrauch wichtig gewesen. Aufgrund des ausgezeichneten Rufes des VW-Konzerns habe sie darauf vertraut, ein mangel- und manipulationsfreies Qualitätsfahrzeug zu erwerben. Sie sei einem Geschäftsirrtum unterlegen. Die Manipulationsfreiheit eines Fahrzeugs sei aber auch eine gewöhnlich vorausgesetzte Eigenschaft und mangels gegenteiliger Abreden stillschweigend vereinbart. Das erfolgte Software-Update des Motormanagements sei keine ordnungsgemäße Verbesserung, vielmehr entstünden dadurch neue Probleme, jedenfalls sei es zu keiner Verbesserung der Situation im Realbetrieb gekommen, darüber hinaus sei damit ein Wertverlust verbunden. Zudem sei durch das Software-Update ein Thermofenster entstanden, welches selbst wiederum eine unzulässige Abschalteneinrichtung darstelle. Das Verhalten der Volkswagen AG sei der Beklagten zurechenbar. Sie mache daher auch von ihrem Recht auf Wandlung des Kaufvertrags Gebrauch und beehre dessen Rückabwicklung, wobei sie vom Kaufpreis (EUR 44.400) für die zwischenzeitige Verwendung ein Benützungsentgelt von EUR 9.242,45 abziehe. Sollte nur ein geringfügiger oder unwesentlicher Mangel vorliegen, beehre sie hilfsweise Preisminderung von EUR 6.000. Da aufgrund des Software-Updates ein überhöhter Verschleiß

des Abgabesystems nicht ausgeschlossen sei, erhebe sie eventualiter auch ein Feststellungsbegehren.

Die Beklagte bestritt, beantragte Klagsabweisung und wendete ein, dass das Fahrzeug verkehrs- und betriebs-sicher sowie uneingeschränkt gebrauchstauglich und damit mangelfrei sei. Die Klägerin sei weder getäuscht worden noch sei sie einem relevanten Irrtum erlegen, sie habe auch keinen Vermögensnachteil erlitten, ihr fehle es auch am Feststellungsinteresse. Bestimmte NO<sub>x</sub>- oder Abgaswerte seien ihr nicht zugesichert worden, die NO<sub>x</sub>-Werte seien im Straßenverkehr irrelevant. Da das Abgasrückführungssystem nicht Bestandteil des Emissionskontrollsystems sei, sei die Einwirkung auf die Abgasrückführung durch die verbaute Software keine verbotene Abschalteneinrichtung im Sinne der Verordnung VO Nr. 715/2007/EG.

Ein allfälliger Mangel sei darüber hinaus ohnehin im Wege eines Software-Updates verbessert worden. Nachteilige Auswirkungen auf den Verkehrswert des Fahrzeugs seien nicht zu erwarten. Das Software-Update bewirke zum einen, dass die Abgasrückführung nur noch in einem einheitlichen Betriebsmodus arbeite, und zum anderen, dass eine Optimierung des Verbrennungsprozesses durch eine Anpassung der Einspritzcharakteristik erfolge. Diese technischen Maßnahmen hätten keine negativen Folgen. Dadurch, dass die Maßnahme mit dem deutschen Kraftfahrt-Bundesamt (KBA) abgestimmt und von ihm überprüft worden sei, sei für alle Kunden sichergestellt, dass sie sich nicht negativ auf die Leistung, den Kraftstoffverbrauch und die CO<sub>2</sub>-Emissionen, auswirkten. Ein Benützungsentgelt von EUR 29.700 werde gegen die Klagsforderung kompensando eingewendet.

Mit dem angefochtenen Urteil wies das Erstgericht

sämtliche Klagebegehren ab. Es stellte den auf den Seiten 3 bis 5 ersichtlichen Sachverhalt fest, auf den verwiesen wird. Die anzuwendenden europarechtlichen Verordnungen normierten keine Emissionswerte, die im normalen Fahrbetrieb eingehalten werden müssten. Eine Überschreitung des NO<sub>x</sub>-Werts im realen Fahrbetrieb sei daher für die Erteilung der Typengenehmigung unerheblich. Die Zulassungsfähigkeit des Fahrzeugs sei zum Zeitpunkt des Schlusses des Verfahrens erster Instanz gegeben, die Typengenehmigung und Zulassung zum Straßenverkehr seien zu Recht aufrecht. Da weder der NO<sub>x</sub>-Wert noch konkrete Verbrauchs- und Beschleunigungswerte oder Geräuschemissionen Gegenstand des Verkaufsgesprächs gewesen seien, seien diese nicht Vertragsbestandteil geworden, weshalb eine Irrtumsanfechtung nicht in Betracht komme. Gleiches gelte mangels Thematisierung bei Vertragsabschluss für einen Irrtum über die Gesetzmäßigkeit der Typengenehmigung. Selbst wenn all dies nicht zutrefte, sei die Klägerin durch das durchgeführte Software-Update mittlerweile klaglos gestellt. Dass sie das Fahrzeug in Kenntnis von der eingebauten Software nicht gekauft hätte, bewirke lediglich einen unbeachtlichen Motivirrtum. Mangels Zurechenbarkeit eines listigen Verhaltens der VW-AG an die Beklagte, die davon keine Kenntnis gehabt habe, könne der Kaufvertrag auch nicht wegen List aufgelöst werden. Mangels Vereinbarung konkreter NO<sub>x</sub>-, Verbrauchs- oder Beschleunigungswerte sowie einer bestimmten Geräuschemission habe die Klägerin diesbezüglich auch keine Gewährleistungsansprüche. Allerdings könne bei einem von einem Kfz-Händler vertriebenen Fahrzeug vorausgesetzt werden, dass dieses über eine gesetzmäßige Typengenehmigung verfüge. Trotz der eingebauten Software habe das Fahrzeug im Übergabezeitpunkt

über eine Typengenehmigung verfügt, diese hätte aufgrund der unzulässigen Abschaltvorrichtung jedoch nicht erteilt werden dürfen. Aufgrund dieses nicht geringfügigen Mangels sei der Beklagten als Übergeberin eine „zweite Chance“ einzuräumen gewesen, weshalb die Klägerin nach § 932 Abs 2 ABGB nur Verbesserung habe verlangen können. Diese sei durch das Software-Update erfolgreich durchgeführt worden, zumal das Fahrzeug nunmehr mangelfrei sei. Wäre dieses von Vornherein mit dem Software-Update ausgestattet gewesen, hätte es sogleich dem Vertrag entsprochen. Eine Verweigerung der Verbesserung aus triftigen Gründen könne nach durchgeführter Verbesserung nicht mehr geltend gemacht werden. Eine Zumutbarkeitsprüfung erübrige sich daher. Auch zu Mangelfolgeschäden sei es nicht gekommen. Ein durch die Software verursachter Preisverfall sei nicht eingetreten. Dass die Abgasrückführung nur innerhalb eines Thermofensters zwischen 15° und 33° C voll funktionstüchtig sei, schade nicht, weil diese Art von Abschaltvorrichtung unter die gesetzmäßigen Ausnahmen des Art 5 Abs 2 VO Nr. 715/2007/EG falle und ohnehin nicht mit dem Software-Update zusammenhänge, sondern schon zuvor im Klagsfahrzeug vorgesehen gewesen sei. Auch das Überschreiten von NO<sub>x</sub>-Werten im realen Fahrbetrieb stelle keinen Mangelfolgeschaden dar, weil die erwähnte Verordnung nicht das Einhalten der Grenzwerte im Straßenverkehr, sondern nur im Prüfstand normiere. Dass es nach dem Update aufgrund der nunmehr erhöhten Abgasrückführungsrate zu einer stärkeren Beanspruchung des Abgasrückführventils und des dazugehörigen Kühlers und damit zu einem früheren Verschleiß dieser Teile komme, sei ohne Relevanz, weil es dazu auch dann gekommen wäre, wenn das Fahrzeug nicht mit der Manipulationssoftware ausgestattet

gewesen wäre. Daher sei auch das hilfsweise erhobene Feststellungsbegehren abzuweisen. Auch zu einem ex-lege-Erlöschen der Betriebsgenehmigung sei es nicht gekommen. Mangels Vorliegens eines Mangels oder eines Verschuldens der Beklagten würden auch Schadenersatzansprüche ausscheiden. Die nicht der Beklagten zuzurechnenden Handlungen der VW-AG bewirkten auch keine Nichtigkeit des Kaufvertrages zwischen den Streitparteien nach § 879 ABGB.

Gegen dieses Urteil richtet sich die Berufung der Klägerin wegen unrichtiger Tatsachenfeststellung und Beweiswürdigung sowie wegen unrichtiger rechtlicher Beurteilung mit dem Antrag, das angefochtene Urteil in klagsstattgebendem Sinn abzuändern; hilfsweise wird ein Aufhebungsantrag gestellt.

Die Beklagte beantragt, der Berufung nicht Folge zu geben.

Die Berufung ist berechtigt.

Die Beweisrüge wendet sich gegen nachstehende Feststellungen:

Bekämpfte Feststellung:

„Eine Ab- oder Umschaltung der Abgasrückführung ist nunmehr nur aus rein klimatischen Bedingungen und verschiedenen anderen Motorparametern möglich und dient dem Motorschutz.“

Ersatzfeststellung:

„Eine Ab- oder Umschaltung der Abgasrückführung ist nunmehr nur aus rein klimatischen Bedingungen und verschiedenen anderen Motorparametern möglich und führt dieser geänderte Betrieb dazu, dass die Bauteile, insbesondere die Abgasrückführung, geschont werden sowie eine längere Haltbarkeit aufweisen. Ein unmittelbarer Motordefekt würde ohne die Aktivierung des Thermofensters nicht

eintreten." (Urteil Seite 5; Berufung Seite 12)

Bekämpfte Feststellungen und Ersatzfeststellungen stehen in keinem unauflösbaren Widerspruch zueinander. Vielmehr erachtet die Klägerin, wie sie selbst einräumt, bloß eine Präzisierung der Feststellungen zu Zweck und Auswirkung des Softwareupdates für erforderlich. Damit zeigt die Berufung in Wahrheit nicht mit der Beweisrüge zu behandelnde, sondern der Rechtsrüge zuzuordnende sekundäre Feststellungsmängel auf.

Bekämpfte Feststellung:

*„Es entspricht, insbesondere in Bezug auf dem NO<sub>x</sub>-Wert, der Abgasnorm 5, die einen Grenzwert von 180 mg/km vorschreibt.“*

Ersatzfeststellung:

*„Das Fahrzeug hält nach dem Software-Update den NO<sub>x</sub>-Grenzwert der Abgasnorm 5 im NEFZ in Höhe von 180 mg/km ein.“* (Urteil Seite 5; Berufung Seite 13)

Auch diesbezüglich gilt das zur vorangehenden Feststellung Ausgeführte.

Das Berufungsgericht übernimmt daher die Feststellungen und legt sie seiner rechtlichen Beurteilung zu Grunde (§ 498 ZPO).

Ausgehend davon kommt der Rechtsrüge Berechtigung zu:

Die Klägerin wendet sich zusammengefasst gegen die Ansicht des Erstgerichtes, sie sei aufgrund der Durchführung des Software-Updates klaglos gestellt. Eine ausreichende Verbesserung sei schon deshalb nicht erfolgt, weil (auch) nach diesem eine unzulässige Abschalteneinrichtung vorliege, zumal die Abgasrückführung nur innerhalb eines Thermofensters funktioniere. Darüber hinaus sei die Typengenehmigung für das Fahrzeug aufgrund des nachträg-



lichen Eingriffs automatisch erloschen.

Aus Praktikabilitätsgründen sind eingangs die Gewährleistungsansprüche zu behandeln:

1. Eine Leistung ist dann mit einem Mangel im Sinne des § 922 ABGB behaftet, wenn sie qualitativ oder quantitativ hinter dem Geschuldeten, das heißt dem Vertragsinhalt, zurückbleibt. Der geschuldete Vertragsgegenstand wird durch die gewöhnlich vorausgesetzten oder die ausdrücklich oder stillschweigend bedungenen Eigenschaften bestimmt. Ob eine Eigenschaft als zugesichert anzusehen ist, hängt nicht davon ab, was der Erklärende wollte, sondern was der Erklärungsempfänger nach Treu und Glauben aus der Erklärung des Vertragspartners erschließen durfte. Eine berechtigte Erwartung ist an der Verkehrsauffassung zu messen. Die Vertragswidrigkeit eines Leistungsgegenstandes ist nicht abstrakt, sondern immer aufgrund des konkreten Veräußerungsvertrages zu beurteilen (RIS-Justiz RS0018547 [T5 bis T7]).

2. Ein Neufahrzeug ist nicht schon deshalb mangelfrei, weil es technisch sicher und fahrbereit ist sowie über alle Genehmigungen verfügt. Bereits die - unstrittig auf den Zustand des Fahrzeuges bei Übergabe zurückzuführende - Notwendigkeit, das betroffene Fahrzeug einem Software-Update zu unterziehen, um die Auflagen des KBA zu erfüllen und eine drohende Untersagung des weiteren Betriebes zu vermeiden, stellt eine negative Abweichung von der üblichen Beschaffenheit vergleichbarer Neufahrzeuge dar (vgl zur ähnlich gelagerten deutschen Rechtslage Witt, Der Dieselskandal und seine kauf- und deliktsrechtlichen Folgen = NJW 2017, 3.681 ff mwN aus der deutschen Rechtsprechung).

3. Der deutsche Bundesgerichtshof vertrat mit Hin-

weisbeschluss vom 8.1.2019 (VIII ZR 225/17) die Rechtsansicht, dass ein Fahrzeug nicht frei von Sachmängeln ist, wenn bei Übergabe an den Käufer eine - den Stickoxidausstoß auf dem Prüfstand gegenüber dem normalen Fahrbetrieb reduzierende - Abschalteneinrichtung im Sinne des Art 3 Nr. 10 VO Nr. 715/2007/EG installiert ist, die gemäß Art 5 Abs 2 Satz 1 VO Nr. 715/2007/EG unzulässig ist. Die Verwendung von Abschalteneinrichtungen, die die Wirkung von Emissionskontrollsystemen verringern, sei strikt unzulässig, sofern nicht die ausdrücklich normierten Ausnahmetatbestände greifen. Die eingebaute Software erkenne die Betriebsart des Fahrzeuges - Prüfstand oder Echtbetrieb - und aktiviere oder deaktiviere dementsprechend die Abgasrückführung, was unmittelbar die Wirksamkeit des Emissionskontrollsystems beeinträchtigt. Die Ausnahmen kämen von vornherein nicht in Betracht, wenn die betreffende Abschalteneinrichtung gerade dazu diene, bei erkanntem Prüfbetrieb ein vom Echtbetrieb abweichendes Emissionsverhalten herbeizuführen.

Das Berufungsgericht hat sich bereits mehrmals (OLG Wien 5 R 66/19s, 5 R 14/19v) diesen überzeugenden Ausführungen ausdrücklich angeschlossen, von denen abzugehen auch hier kein Anlass besteht.

Das Erstgericht ist daher zu Recht von einer Mangelhaftigkeit des Fahrzeuges bei der Übergabe ausgegangen.

4. Der Mangel ist entgegen der von der Beklagten vertretenen Rechtsansicht auch nicht geringfügig:

Bei der Prüfung, ob ein die Wandlung ausschließender geringfügiger Mangel im Sinne des § 932 Abs 4 ABGB vorliegt, ist eine auf den konkreten Vertrag und die Umstände des Einzelfalls bezogene objektive Abwägung der Interessen der Vertragspartner vorzunehmen (RIS-Justiz

RS0119978). Die Behebbarkeit des Mangels und ein allenfalls geringer Behebungsaufwand sind zwar für die Beurteilung nicht allein ausschlaggebend, es kommt ihnen aber im Rahmen der Interessenabwägung Bedeutung zu (8 Ob 92/15k mwN). Das Fehlen einer ausdrücklich vereinbarten Eigenschaft ist grundsätzlich so bedeutsam, dass nicht mehr von einer Geringfügigkeit des Mangels gesprochen werden kann (RIS-Justiz RS0120610). Die Rechtsprechung hat das Vorliegen eines bloß geringfügigen Mangels etwa bei einem Vibrieren des Schaltknüppels eines fabriksneuen Pkws bei kaltem Motor bei einzelnen Schaltvorgängen, beim Einriss der Achsmanschette der Antriebswelle oder beim Auftreten von Phantomalarmen des Totwinkel-Assistenten bei einem Taxi alle 300 bis 400 km angenommen; hingegen beim Erreichen von Temperaturen nur unter 20 Grad mit der automatischen Klimaanlage, störenden Vibrationsgeräuschen vom Armaturenbrett eines Pkws sowie bei einer schwergängigen hinteren Tür und einer Seitenabweichung des Fahrzeugs von 2 m auf 100 m Messstrecke bei gerader Lenkeinstellung verneint (Zöchling-Jud in Kletečka/Schauer, ABGB-ON<sup>1.02</sup> § 932 Rz 61 mwN).

Auf Basis des festgestellten Sachverhalts spricht für die Geringfügigkeit des Mangels zwar die weiterhin bestehende Sicherheit und Benutzbarkeit des Fahrzeugs. Gegen die Annahme der Geringfügigkeit ist aber primär die Art des Mangels selbst (Einsatz einer gegen Normen verstoßenden Software) ins Treffen zu führen. Berücksichtigt man überdies die lange Dauer bis zum Vorliegen eines verbindlichen Zeit- und Maßnahmenplans sowie die mit der technischen Maßnahme, die den Mangel beheben soll, verbundenen Unsicherheiten schlägt die gebotene Interessensabwägung zu Gunsten der Klägerin aus (vgl OLG Wien 5 R

66/19s, 5 R 14/19v).

5. Zu prüfen ist daher, ob die Klägerin durch das Software-Update klaglos gestellt oder ob der Mangel dadurch behoben wurde.

Um die gewährleistungsrechtlichen Ansprüche des Übernehmers zum Erlöschen zu bringen, muss die beklagte Übergeberin die anspruchsvernichtende Tatsache behaupten und beweisen, dass sie den Mangel durch Verbesserung beseitigt hat (2 Ob 34/11f).

Die Beklagte will hier den Mangel durch das Software-Update beseitigt haben. Dem hält die Klägerin entgegen, dass auch nach dem Software-Update wegen des auftretenden „Thermofensters“ eine unzulässige Abschalteneinrichtung vorliege. Dass Thermofenster auch bei anderen Herstellern auftreten würden, helfe der Beklagten ebenso wenig weiter wie die vom deutschen KBA erwirkte Feststellung, es liege nach dem Software-Update keine unzulässige Abschalteneinrichtung vor.

Der Beklagten kann aus nachstehenden Überlegungen nicht beigespflichtet werden:

Gemäß Art 5 Abs 1 der VO Nr. 715/2007/EG ist der Hersteller verpflichtet, das Fahrzeug so auszurüsten, dass die Bauteile, die das Emissionsverhalten voraussichtlich beeinflussen, so zu konstruieren, dass das Fahrzeug unter normalen Betriebsbedingungen dieser Verordnung entspricht. Gemäß Art 5 Abs 1 Satz 1 der VO Nr. 715/2017/EG sind Abschalteneinrichtungen, die die Wirkung von Emissionskontrollsystemen verringern, unzulässig. Eine Ausnahme ist nur dann zulässig, wenn die Einrichtung notwendig ist, um den Motor vor Beschädigungen zu schützen. Wie bereits erwähnt, hat der (deutsche) Bundesgerichtshof in dem zitierten Beschluss vom 8.1.2019 (VIII

ZR 225/17) darauf hingewiesen, dass die Ausnahmegvorschrift des Art 5 Abs 2 Satz 2 der VO Nr. 715/2007/EG eng auszulegen ist. Er hob hervor, dass eine "Abschalteinrichtung" gemäß Art 3 Nr. 10 VO Nr. 715/2007/EG als jedes Konstruktionsteil definiert ist, das die Temperatur, die Fahrzeuggeschwindigkeit, die Motordrehzahl, den eingelegten Getriebegang, den Unterdruck im Einlasskrümmer oder sonstige Parameter ermittelt, um die Funktion eines beliebigen Teils des Emissionskontrollsystems zu aktivieren, zu verändern, zu verzögern oder zu deaktivieren, wodurch die Wirksamkeit des Emissionskontrollsystems unter Bedingungen, die bei normalem Fahrzeugbetrieb vernünftigerweise zu erwarten sind, verringert wird.

Nach Auffassung des erkennenden Senats handelt es sich ausgehend von diesen Grundsätzen auch bei der temperaturabhängigen Steuerung der Abgasrückführung um eine unzulässige Abschalteinrichtung nach Art 5 Abs 2 VO Nr. 715/2007/EG. Schon nach dem Vorbringen der Beklagten werde der Umfang der Abgasrückführung und der Abgasreinigung in Abhängigkeit von der Außentemperatur gesteuert (ON 27, Seite 4), demnach wird nach Ermittlung der Temperatur die Funktion des Emissionskontrollsystems verändert und dadurch dessen Wirksamkeit (auch) bei normalem Fahrzeugbetrieb verringert. Des Weiteren sind die erforderlichen engen Voraussetzungen (so wiederum ausdrücklich BGH aaO Rn 13), unter denen Art 5 Abs 2 Satz 2 VO Nr. 715/2007/EG in bestimmten Fällen die Verwendung von Abschalteinrichtungen gestattet, schon nach dem Vorbringen der Beklagten nicht gegeben. Die Beklagte kann sich namentlich nicht auf die Ausnahme des § 5 Abs 2 Satz 2 lit a der Verordnung berufen, nach welcher die Verwendung von Abschalteinrichtungen ausnahmsweise zulässig

ist, wenn „die Einrichtung notwendig ist, um den Motor vor Beschädigung oder Unfall zu schützen und um den sicheren Betrieb des Fahrzeugs zu gewährleisten.“ Denn angesichts des vom Verordnungsgesetzgeber offenkundig bewusst weit gefassten Verbots von Abschaltvorrichtungen, welches folgerichtig mit eng gehaltenen Ausnahmetatbeständen ausgestattet worden ist, lässt sich bereits dem Verordnungstext unmittelbar entnehmen, dass den Herstellern mit dieser Ausnahme lediglich gestattet werden soll, auf punktuell eintretende - nicht (wie hier nach dem Vorbringen der Beklagten) dem Normalverlauf entsprechende - Ereignisse (wie etwa auf den ausdrücklich im Verordnungstext erwähnten Unfall) zu reagieren, da in diesem Fall ausnahmsweise die mit der Verordnung verfolgten Regelungsziele zurückzutreten haben. Hierunter fällt aber von vornherein nicht eine solche Konstruktion von Fahrzeug und Emissionskontrollsystem, bei der die Abschaltvorrichtung so integriert ist, dass sie - wenn auch nur in bestimmten Temperaturbereichen - fester Bestandteil derselben ist und damit zumindest teilweise zum Normalbetrieb gehört. Hinzu kommt, dass jene Temperaturbereiche, in welchen die Abschaltvorrichtung nach dem Vorbringen der Beklagten und nach den Feststellungen außer Kraft tritt (über 33° C und unter 15° C) über weite Strecken eines Kalenderjahres regelmäßig auftreten. Von einer Ausnahmesituation kann auch deshalb nicht gesprochen werden.

Darüber hinaus kann eine Abschaltvorrichtung nach Ansicht des Berufungsgerichts nur dann zulässig sein, wenn keine andere technische Lösung denkbar ist. Nur in einem solchen Fall wäre sie „notwendig“ im Sinne der zitierten Bestimmung. Andernfalls käme es zu einer Ausweitung des Anwendungsbereichs einer Ausnahmegesetzvorschrift,

die zu einer Umkehr, zumindest aber zum Gleichlauf, des Regel-Ausnahme-Verhältnisses führen und somit den Zielen der Verordnung, eine Verbesserung der Luftqualität herbeizuführen und zur Einhaltung der Luftverschmutzungswerte die Stickstoffemissionen bei Dieselfahrzeugen zu mindern (Erwägungsgrund 6 der VO Nr. 715/2007/EG), widersprechen und diametral entgegenstehen würde. Eine volle Abgasrückführung findet jedenfalls nur im Temperaturbereich zwischen 15° und 33° C statt, außerhalb dieser Temperaturbedingungen wird die Abgasrückführungsrate über die Frischluftzufuhr korrigiert, wobei diese Korrektur nach dem Vorbringen der Beklagten und den Feststellungen dem Schutz bestimmter Bauteile von Motor und Abgasanlage unter- und oberhalb festgelegter Temperaturen dient (ON 27, Seite 4; Urteil Seite 5). Daraus resultiert jedoch nicht, dass der Motor nur durch eine solche Abschalteneinrichtung tatsächlich vor einer Beschädigung geschützt werden kann. Der Beklagte hat daher den ihr obliegenden Nachweis, dass das Temperaturfenster tatsächlich im Sinne von Art 5 Abs 2 Satz 2 lit a VO Nr. 715/2007/EG notwendig ist, um den Motor zu schützen, weder angetreten noch erbringen können.

Dass das deutsche KBA dieses Thermofenster mit der Freigabe des Software-Updates nicht als unzulässige Abschalteneinrichtung gemäß Art 5 Abs 2 Satz 1 der VO Nr. 715/2007/EG eingestuft hat, steht dem nicht entgegen, da die Frage, ob eine Abschalteneinrichtung unzulässig ist oder nicht, eine Rechtsfrage darstellt, die von den Gerichten zu prüfen und zu beantworten ist. Ein solcher Verwaltungsakt kann lediglich zwischen den Beteiligten des dortigen Verfahrens wirken, die Klägerin aber nicht binden. Darüber hinaus hat schon der Bundesgerichtshof

hervorgehoben, dass eine latente Gefahr einer Betriebsuntersagung nicht erst bei einer bereits erfolgten Umrüstungsanordnung der zuständigen Typgenehmigungsbehörde, sondern auch bereits in den Fällen besteht, in denen die zuständige EG-Typgenehmigungsbehörde eine entsprechende Maßnahme gegenüber dem Hersteller noch nicht gefordert beziehungsweise noch nicht ihr Einverständnis mit einem solchen Vorgehen erklärt hat. Denn auch dann liegt im Ansatz bereits ein Sachverhalt ("Mangelanlage"/Grundmangel) vor, der - gegebenenfalls in Verbindung mit weiteren Umständen (vor allem Entscheidung/Äußerung der zuständigen Typgenehmigungsbehörde) - dazu führen kann, dass die Zulassungsbehörde eine Betriebsuntersagung oder -beschränkung vornimmt, weil das Fahrzeug wegen der gegen Art 5 Abs 2 der VO Nr. 715/2007/EG verstoßenden Abschalt-einrichtung nicht dem genehmigten Typ entspricht (BGH aaO Rz 20). Diese latent bestehende Gefahr einer Betriebsuntersagung oder -beschränkung durch die Zulassungsbehörde hat aus kaufrechtlicher Sicht zur Folge, dass bei den betroffenen Fahrzeugen die Eignung für die gewöhnliche Verwendung fehlt. Diese Eignung ist einer Kaufsache nicht erst dann abzusprechen, wenn ihre Tauglichkeit ganz aufgehoben, sondern bereits dann, wenn sie herabgesetzt ist (vgl. BGH NJW 2017, 1624 Rn 18 mwN; NJW 2017, 153 Rn 15 f). Auch der Käufer eines mit einer temperaturabhängigen Steuerung der Abgasrückführung ausgestatteten Kraftfahrzeugs muss - auch wenn das KBA bislang (jedenfalls soweit erkennbar) derartige Vorkehrungen noch nicht zum Anlass genommen zu haben scheint, Hersteller zu einem Rückruf betroffener Fahrzeuge aufzufordern - jederzeit damit rechnen, es aufgrund behördlicher Anordnung nicht mehr im öffentlichen Straßenverkehr nutzen zu dürfen.



Dies gilt unabhängig davon, ob die im jeweiligen Einzelfall zuständige Zulassungsbehörde bereits eine entsprechende Betriebsuntersagung ausgesprochen hat oder ob eine solche - wie vorliegend - bislang unterblieben ist. Denn die den Käufer an der gewöhnlichen Verwendung hindernde Beschaffenheit liegt nicht erst in der behördlich verfügbaren Untersagung des Betriebs, sondern bereits in der durch die unzulässige Abschaltvorrichtung hervorgerufenen Möglichkeit eines entsprechenden behördlichen Eingreifens (vgl. BGH NJW 2017, 1666 Rn 21 f, 28; NJW-RR 1993, 396 unter II 2 [jeweils zum Rechtsmangel]).

Auch die deutsche Rechtsprechung hat zur Frage der Verbesserung durch das Software-Update bereits mehrmals Stellung genommen und dabei eine vollständige Verbesserung mit der Begründung verneint, dass nach dem Software-Update die Abgasreinigung dergestalt programmiert wurde, dass sie nur bei bestimmten Außentemperaturen einsetzt und unter und außerhalb dieses Temperaturbereichs ausgeschaltet ist (vgl. Landgericht Düsseldorf 31.7.2019, 7 O 166/18 mwN; vgl. auch Landgericht Stuttgart 17.1.2019, 23 O 172/18 und 25.7.2019, 30 O 34/19).

Zusammenfassend ist daher ausgehend von diesen Überlegungen der Beklagten der Nachweis einer vollständigen Verbesserung nicht gelungen. Da weiterhin von der nicht geringfügigen Mangelhaftigkeit des Fahrzeugs auszugehen ist, ist das Wandlungsbegehren berechtigt. Insoweit konnte der Berufung der Klägerin Folge gegeben werden und ein Teilurteil gefällt werden.

Einer Klärung der von der Klägerin gestellten Fragen durch ein Vorabentscheidungsverfahren bedarf es nicht.

Da sich der Streitwert in einem Verfahren über einen Rechtsgestaltungsanspruch auf Aufhebung eines Kaufver-

trags und über das damit verbundene Leistungsbegehren auf Rückzahlung des Kaufpreises allein nach dem Leistungsbegehren bestimmt, konnte eine Bewertung durch das Berufungsgericht unterblieben (vgl 4 Ob 70/18z mwN).

Die ordentliche Revision ist zulässig, weil der Beurteilung der Mangelhaftigkeit der vom Abgas-Skandal betroffenen Fahrzeuge aufgrund der Vielzahl anhängiger Verfahren über den Einzelfall hinausgehende Bedeutung zukommt.

6. Nach Auflösung eines Vertrags durch Wandlung hat gemäß §§ 877, 932, 1435 ff ABGB jeder Teil alles zurückzustellen, was er aus einem solchen Vertrag zu seinem Vorteil erlangt hat. Bei einem Kaufvertrag ist der primäre Bereicherungsanspruch des beklagten Verkäufers auf die Rückgabe der vom Käufer empfangenen Leistung, also auf Rückgabe der Sache in Natur gerichtet (4 Ob 70/18z mwN).

Bereicherungsansprüche des beklagten Verkäufers können aber auch in Geld bestehen. Zu denken ist etwa daran, dass der mit dem Wandlungsbegehren durchdringende Kläger im Fall der fortgesetzten Benützung der Sache ein dem verschafften Nutzen angemessenes Entgelt entrichten muss. Im Fall der Einwendung solcher in Geld bestehenden Bereicherungsansprüche durch den Beklagten müssen sie konkretisiert und beziffert werden, damit sie das Gericht - im Weg der prozessualen Aufrechnung - berücksichtigen kann. Derartige Ansprüche des Beklagten sind somit grundsätzlich als Gegenforderungen einzuwenden (erneut 4 Ob 70/18z mwN). Diesen Anforderungen entsprach die Beklagte in erster Instanz, indem sie einen Anspruch auf Benützungsentgelt in der von ihr angenommenen Höhe als Gegenforderung einwendete. Für eine Entscheidung darüber fehlt

jedoch die Tatsachengrundlage.

Bei Berechnung des angemessenen Benützungsentgelts nach Rückabwicklung eines Pkws wird zu berücksichtigen sein, welchen Aufwand der Käufer tätigen hätte müssen und sich daher durch die Benützung des gekauften Fahrzeugs erspart hat, um sich den Gebrauchsnutzen eines dem gekauften gleichwertigen Pkws zu verschaffen (RIS-Justiz RS0018534). Es ist jener Aufwand zu ermitteln, den ein Käufer hätte tragen müssen, um sich den Gebrauchsnutzen eines gleichwertigen Gegenstandes durch Kauf und Weiterverkauf nach Gebrauch zu verschaffen. Ergibt sich bei der Gegenüberstellung dieser Größenordnungen, dass die gebrauchte Sache schon durch den Verlust der Neuheit eine erhöhte Wertminderung erfährt, darf dies nicht zur Gänze zu Lasten des Käufers, der die Wandlung nicht zu vertreten hat, veranschlagt werden. Gegenüberzustellen ist der für den erworbenen Pkw konkret angemessene Kaufpreis mit dem Händlereinkaufspreis im Wandlungszeitpunkt (5 Ob 274/09v = Zak 2010, 236 = ecolex 2010, 654).

An dieser Berechnungsmethode hat der Oberste Gerichtshof bis zuletzt festgehalten (kritisch bzw für eine lineare Ermittlung des Nutzungsentgelts auch unter Hinweis auf die deutsche Judikatur: *Keplinger*, Benützungsentgelt für rechtsgrundlose Verwendung von Kraftfahrzeugen = ZVR 2018/196; *Pfeffer/Wegrath*, Benützungsentgelt bei Wandlung = Rz 2018, 97; *Wallner*, Nur ein bisschen schmutzig? = VbR 2017/57).

Mag die lineare Abschreibung, die in der Literatur sowie der deutschen Rechtsprechung vorherrschend vertreten wird, auch das Argument der Vereinfachung der Berechnung für sich haben, sieht sich das Berufungsgericht doch nicht veranlasst, von der bisherigen Rechtsprechung des

Obersten Gerichtshofes abzugehen. Auch diese berücksichtigt, dass dem berechtigten Wandlungskläger im Wege des Benützungsentgelts nicht jener Wertverlust (zur Gänze) aufgebürdet werden darf, den der PKW bloß durch den Verlust der Neuheit bzw die merkantile Wertminderung erleidet (RIS-Justiz RS0018534 [T9; T11]).

Da die auf Rückzahlung des Kaufpreises gerichtete Klageforderung und die eingewendete Gegenforderung aus der Aufhebung eines einheitlichen Vertrages resultieren und folglich auch ein so enger wirtschaftlicher Zusammenhang besteht, dass die Durchsetzung des einen Anspruchs ohne Rücksicht auf den anderen Treu und Glauben widersprechen würde (RIS-Justiz RS00407002 [T6, T9]), die bereicherungsrechtliche Rückabwicklung synallagmatischer Verträgen überdies nur Zug um Zug zu erfolgen hat (RIS-Justiz RS0132610; RS0018710), kann über das Zahlungsbegehren noch nicht entschieden werden. Die Aufhebung des Urteils ist daher diesbezüglich unumgänglich.

Der Rekurs an den Obersten Gerichtshof ist zulässig, weil die Berechnung des Benützungsentgelts in der Lehre (auch unter Bezugnahme auf die deutsche Rechtsprechung) umstritten ist, dieser Frage aber in vielen Verfahren Bedeutung zukommt.

Oberlandesgericht Wien  
1011 Wien, Schmerlingplatz 11  
Abt. 4, am 30. Oktober 2019

**Dr. Dorit Primus**  
Elektronische Ausfertigung  
gemäß § 79 GOG