

5 U 231/22

13 O 31/22 LG Kiel

Verkündet am 07.12.2023

gez.
als Urkundsbeamtin der
Geschäftsstelle



Schleswig-Holsteinisches Oberlandesgericht

Urteil

Im Namen des Volkes

In dem Rechtsstreit

hat der 5. Zivilsenat des Schleswig-Holsteinischen Oberlandesgerichts auf Grund der mündlichen Verhandlung vom 12. Oktober 2023 für Recht erkannt:

Die Beklagte wird verurteilt, an den Kläger € 6.190,50 nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 28. März 2022 zu zahlen. Im Übrigen wird die Klage abgewiesen.

Von den Kosten des Rechtsstreits trägt der Kläger 87 % und trägt die Beklagte 13 %.

Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar. Jede Partei kann die Vollstreckung der jeweils anderen Partei durch Sicherheitsleistung in Höhe von 110 % des aus dem Urteil vollstreckbaren Betrages abwenden, wenn nicht die vollstreckende Partei vor der Vollstreckung Sicherheit in Höhe von 110 % des jeweils zu vollstreckenden Betrages leistet.

Gründe

I.

Der Kläger nimmt die Beklagte wegen des Erwerbs eines von ihr hergestellten Pkw auf Schadensersatz in Anspruch. Er kaufte am 10. Januar 2013 zu einem Kaufpreis von € 61.905 einen neuen Audi Q5 mit einem Motor 3,0l TDI, der die Schadstoffklasse Euro 5 erfüllen sollte.

Die Software zur Motorsteuerung des streitgegenständlichen Fahrzeugs ist so programmiert, dass die Abgasreinigung bei Temperaturen von unter 17° C deutlich reduziert ist („Thermofenster“)

Der Kläger behauptet, die Softwaresteuerung des ebenfalls von der Beklagten hergestellten Motors sei so programmiert, dass der für die Abgasemissionen erlaubte NOx Grenzwert von 180 mg NOx/km nur auf dem Prüfstand und auch dort nur in den sogenannten Prüfzyklen 1 und 2 eingehalten werde. Die Überschreitung des Grenzwerts vermeide die Software, indem sie erkenne, dass sich das Fahrzeug auf dem Prüfstand befinde.

Der Kläger hatte zunächst behauptet, die Software der Motorsteuerung heize den Motor auf dem Prüfstand auf („Aufheizstrategie“); diesen Vortrag hat er in der mündlichen Verhandlung vom 12. Oktober 2023 nicht länger aufrechterhalten. Er behauptet weiterhin, Messungen der Deutschen Umwelthilfe bei einem Audi A6 3,0 l TDI Avant mit Erstzulassung im Oktober 2012 hätten im warmen Betrieb auf der Straße NOx Werte von 1.740 mg/km ergeben. Messungen der Deutschen Umwelthilfe bei einem Audi A4 3,0 l TDI Avant mit Erstzulassung im Mai 2014 hätten im warmen Betrieb auf der Straße NOx Werte von 803 mg/km ergeben.

Wegen des Sachverhalts im Übrigen und der erstinstanzlich gestellten Anträge wird auf die tatbestandlichen Feststellungen des angefochtenen Urteils Bezug genommen.

Das Landgericht hat die Klage abgewiesen: Dem Kläger stehe kein Anspruch aus § 826 BGB gegen die Beklagte zu. Er behaupte ins Blaue hinein eine unzulässige Abschalteneinrichtung. Das „Thermofenster“ reiche für die Annahme einer sittenwidrigen Schädigung nicht aus. Der Rückruf erfasse nur die Modelle A6 und A7 und die Messungen der Deutschen Umwelthilfe sei ohne Bedeutung, weil nur die Prüfstandsbedingungen von rechtlicher Bedeutung seien.

Hiergegen richtet sich die Berufung des Klägers, zu deren Begründung er anführt: Das Kraftfahrtbundesamt habe für die Fahrzeuge der Emissionsklasse Euro 5, auch den hier streitgegenständlichen Audi Q5, einen verpflichtenden Rückruf angeordnet. Zur Programmierung der Softwaresteuerung des Motors wiederholt er seinen vorstehend geschilderten Vortrag aus der Klage. Des Weiteren manipulierte die Software das On-Board-Diagnose-System. Dieses diene nach Erwägungsgrund Nr. 18 der VO (EG) Nr. 715/2007 der Überwachung der Emissionen des Fahrzeugs und müsse warnen, sobald mehr NOx als 180 mg/km emittiert werde. Die Software zur Motorsteuerung führe aber dazu, dass bis zu einer Emission von 750 NOx mg/km keine Warnung angezeigt werde. Die Programmierung des „Thermofensters“ verstoße gegen § 27 EG-FGV. Bei dieser Norm handele es sich um ein Schutzgesetz.

Der Kläger beantragt, unter Abänderung des Urteils:

1. Die Beklagte wird verurteilt, an die Klägerpartei EUR 67.100,12 nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit Rechtshängigkeit

abzüglich einer im Termin zur mündlichen Verhandlung zu beziffernden Nutzungsentschädigung Zug-um-Zug gegen Rückgabe und Übereignung des Fahrzeuges Audi, Typ Q5 mit der Fahrgestellnummer WAUZZZ8R5DA092630 zu zahlen.

hilfsweise

2. das Urteil des Landgerichts Klel, Az. 13 O 31/22 aufzuheben und zur erneuten Verhandlung und Beweisaufnahme an das Landgericht Kiel zurückzuverweisen;

Zusätzlich hilfsweise:

3. Die Beklagte wird verurteilt, an die Klägerpartei EUR 9.285,77 nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit Rechtshängigkeit zu zahlen.

Die Beklagte beantragt,

die Berufung zurückzuweisen.

Sie ist der Auffassung, sie habe sich im Hinblick auf den Umstand, dass die Software zur Motorsteuerung des streitgegenständlichen Fahrzeugs so programmiert ist, dass die Abgasreinigung bei Temperaturen von unter 17° C deutlich reduziert ist, in einem unvermeidbaren Verbotsirrtum befunden. Überdies handele es sich bei der Softwaresteuerung nicht um eine unzulässige Abschalteneinrichtung, weil sie dazu diene, plötzliche und unvorhergesehene Schäden zu vermeiden.

Zur Ergänzung des Sach- und Streitstands wird auf die in der Berufungsinstanz gewechselten Schriftsätze Bezug genommen. Der Senat hat die Beklagte im Termin zur mündlichen Verhandlung vom 12. Oktober 2023 darauf hingewiesen, dass ihr Vortrag zur Unvermeidbarkeit des Verbotsirrtums nicht hinreichend substantiiert sei und ihr Gelegenheit gegeben, zu diesem Hinweis schriftsätzlich Stellung zu nehmen. Das hat die Beklagte mit Schriftsatz vom 9. November 2023 (Blatt 356 der Akte) getan. Der in dem Schriftsatz enthaltene neue Sachvortrag, der sich nicht auf den Hinweis des Senats bezieht, war nach § 296a ZPO bei der Entscheidungsfindung nicht mehr zu berücksichtigen. Der neue Sachvortrag gab keinen Anlass, die mündliche Verhandlung wieder zu eröffnen.

II.

Die Berufung hat teilweise Erfolg. Der Hauptantrag ist unbegründet. Der Hilfsantrag zu 3. hat teilweise Erfolg.

A. Hauptantrag

Der Hauptantrag hat keinen Erfolg. Dem Kläger steht gegen die Beklagte kein Anspruch auf Schadensersatz nach § 826, § 31 BGB zu. Es steht nicht fest, dass die Beklagte den Kläger vorsätzlich sittenwidrig geschädigt hat.

1.

Es steht nicht fest, dass die Beklagte sittenwidrig gehandelt hat.

a)

Sittenwidrig ist ein Verhalten, das nach seinem Gesamtcharakter, der durch umfassende Würdigung von Inhalt, Beweggrund und Zweck zu ermitteln ist, gegen das Anstandsgefühl aller billig und gerecht Denkenden verstößt. Dafür genügt es im Allgemeinen nicht, dass der Handelnde eine Pflicht verletzt und einen Vermögensschaden hervorruft. Vielmehr muss eine besondere Verwerflichkeit seines Verhaltens hinzutreten, die sich aus dem verfolgten Ziel, den eingesetzten Mitteln, der zutage getretenen Gesinnung oder den eingetretenen Folgen ergeben kann (st. Rspr.: BGH, Urteil vom 7. Mai 2019 - VI ZR 512/17, Rn. 8; Urteil vom 25. Mai 2020 - VI ZR 252/19, Rn. 15; Urteil vom 30. Juli 2020 - VI ZR 5/20, Rn. 29; Urteil vom 8. März 2021 – VI ZR 505/19, Rn. 17). Schon zur Feststellung der objektiven Sittenwidrigkeit kann es daher auf Kenntnisse, Absichten und Beweggründe des Handelnden ankommen, die die Bewertung seines Verhaltens als verwerflich rechtfertigen. Die Verwerflichkeit kann sich auch aus einer bewussten Täuschung ergeben (st. Rspr.: BGH, Urteil vom 25. Mai 2020 - VI ZR 252/19, Rn. 15; Urteil vom 30. Juli 2020 - VI ZR 5/20, Rn. 29; Urteil vom 8. März 2021 – VI ZR 505/19, Rn. 17). Insbesondere bei mittelbaren Schädigungen kommt es ferner darauf an, dass den Schädiger das Unwerturteil, sittenwidrig gehandelt zu haben, gerade auch in Bezug auf die Schäden desjenigen trifft, der Ansprüche aus § 826 BGB geltend macht (BGH, Urteil vom 7. Mai 2019 - VI ZR 512/17, Rn. 8; Urteil vom 25. Mai 2020 - VI ZR 252/19, Rn. 15; Urteil vom 30. Juli 2020 - VI ZR 5/20, Rn. 29; Urteil vom 8. März 2021 – VI ZR 505/19, Rn. 17).

b)

Diese Voraussetzungen sind vorliegend nicht erfüllt. Dass in der Software zur Steuerung des Motors eine Umschaltlogik programmiert ist, legt der darlegungsbelastete Kläger nicht hinreichend dar. Die Programmierung des Thermofensters reicht für sich genommen nicht hin, um den Vorwurf der Sittenwidrigkeit zu begründen.

aa)

Ein Automobilhersteller handelt gegenüber dem Fahrzeugkäufer sittenwidrig, wenn er entsprechend seiner grundlegenden strategischen Entscheidung im eigenen Kosten- und Gewinninteresse unter bewusster Ausnutzung der Arglosigkeit der Erwerber, die die Einhaltung der gesetzlichen Vorgaben und die ordnungsgemäße Durchführung des Typgenehmigungsverfahrens als selbstverständlich voraussetzen, Fahrzeuge mit einer Motorsteuerung in Verkehr bringt, deren Software bewusst und gewollt so programmiert ist, dass die gesetzlichen Abgasgrenzwerte nur auf dem Prüfstand beachtet, im normalen Fahrbetrieb hingegen überschritten werden, und damit unmittelbar auf die arglistige Täuschung der Typgenehmigungsbehörde abzielt (BGH, Urteil vom 25. Mai 2020 - VI ZR 252/19, Rn. 16-27; Urteil vom 8. März 2021 – VI ZR 505/19, Rn. 19; Beschluss vom 23. Februar 2022 - VII ZR 602/21, Rn. 15; Beschluss vom 21. September 2022 - VII ZR 767/21, Rn. 10). Ein solches Verhalten steht einer unmittelbaren arglistigen Täuschung der Fahrzeugerwerber in der Bewertung gleich (BGH, Urteil vom 25. Mai 2020 - VI ZR 252/19, Leitsatz 1 und Rn. 23, 25; Urteil vom 8. März 2021 – VI ZR 505/19, Rn. 19).

Dass die Steuerung des Motors des streitgegenständlichen Fahrzeugs mit einer derartigen Software programmiert ist, hat der darlegungsbelastete Kläger nicht hinreichend dargelegt. Zur Vermeidung eines Tatsachenvortrags „ins Blaue hinein“, muss der Kläger zum Vorliegen einer unzulässigen Abschalteinrichtung als Anknüpfungstatsachen jedenfalls solche vortragen, die einen konkreten Bezug zu seinem Fahrzeugmodell und dem konkreten Motortyp herstellen (BGH, Beschluss vom 15. September 2021 – VII ZR 2/21, Rn. 30; Urteile vom 16. September 2021 – VII ZR 190/20, VII ZR 286/20, VII ZR 321/20, jeweils Rn. 25, 27; Beschluss vom 29. September 2021 – VII ZR 126/21, Rn. 25). Nicht ausreichend ist es, ausschließlich die Nichteinhaltung gesetzlicher Abgasgrenzwerte sowie die Unzulässigkeit entsprechender Steuerungsmechanismen geltend zu machen (BGH, Urteile vom 16. September 2021 – VII ZR 190/20, VII ZR 286/20, VII ZR 321/20, jeweils Rn. 25). Insbesondere ist die Abweichung der Messwerte im Realbetrieb von den Messwerten nach NEFZ als Indiz für eine Abschalteinrichtung, und noch dazu für eine Manipulationssoftware, die die Voraussetzungen des § 826 BGB erfüllen könnte, angesichts der unstreitigen gravierenden Unterschiede der Bedingungen, unter denen die Messung erfolgt, ungeeignet (BGH, Beschluss vom 15. September 2021 – VII ZR 2/21, Rn. 30). Anders liegt es nur dann, wenn der NOx-Ausstoß im realen Fahrbetrieb den zulässigen ganz erheblich überschreitet, im konkreten Fall um den Faktor 9,7, und der Kläger ergänzend noch weitere Umstände darlegt, die im Rahmen einer Gesamtbetrachtung auf die Programmierung einer Software hindeuten, die erkennt, dass sich das Fahrzeug auf dem Prüfstand befindet (BGH, Beschluss vom 25. November 2021 - III ZR 202/20, Rn. 17).

Unter Zugrundelegung dieser Grundsätze trägt der Kläger keine hinreichenden Anknüpfungstatsachen vor, aus denen geschlossen werden könnte, dass in dem streitgegenständlichen Fahrzeug Audi Q5 mit einem Motor 3,0l TDI, Schadstoffklasse Euro 5, Erstzulassung Frühjahr 2013, eine Motorsteuerung programmiert ist, die dafür sorgt, dass die gesetzlichen Abgasgrenzwerte nur auf dem Prüfstand beachtet, im normalen Fahrbetrieb hingegen überschritten werden.

bb)

Dass der Deutsche Umwelthilfe e.V. unter Realbedingungen auf der Straße NOx-Emissionen gemessen hat, die den Grenzwert überschreiten, reicht nach dem Vorstehenden nicht aus. Zwar überschreitet der von dem Kläger behauptete NOx-Ausstoß im realen Fahrbetrieb bei einem der getesteten Fahrzeuge den zulässigen ganz erheblich, nämlich um den Faktor 9,7. Er trägt aber keine weiteren Umstände vor, aus denen sich auf die Programmierung einer Software zur Prüfstandserkennung hindeuten. Vor allem aber erschöpft sich der Vortrag in der Mitteilung eines Ergebnisses. Wie der Deutsche Umwelthilfe e.V. zu dem von dem Kläger wiedergegebenen Ergebnis kommt, legt er nicht dar.

cc)

Dass in der Steuerungssoftware des Fahrzeugs des Klägers ein Thermofenster programmiert ist, das die Abgasrückführung im Fahrzeug bei weniger als 17 Grad ausschaltet, reicht für sich genommen nicht aus, um dem Verhalten der für die Beklagte handelnden Personen ein sittenwidriges Gepräge zu geben. Der darin liegende Verstoß gegen Art. 5 Abs. 2 Satz 1 der Verordnung (EG) 715/2007 ist für sich genommen nicht geeignet, den Einsatz dieser Steuerungssoftware durch die für die Beklagte handelnden Personen als besonders verwerflich erscheinen zu lassen. Hierfür bedürfte es vielmehr weiterer Umstände, für die der Kläger nach den allgemeinen Grundsätzen als Anspruchsteller die Darlegungs- und Beweislast trägt. So setzt die Annahme von Sittenwidrigkeit in diesen Fällen jedenfalls voraus, dass diese Personen bei der Entwicklung und/oder Verwendung der temperaturabhängigen Steuerung des Emissionskontrollsystems in dem Bewusstsein handelten, eine unzulässige Abschalteneinrichtung zu verwenden, und den darin liegenden Gesetzesverstoß billigend in Kauf nahmen. Fehlt es hieran, ist bereits der objektive Tatbestand der Sittenwidrigkeit nicht erfüllt (vgl. BGH, Urteil vom 20. Juli 2021 – VI ZR 1154/20, Rn. 13). Derartige Umstände legt der Kläger auch in der Berufung nicht dar.

dd)

Eine etwaige Manipulation des On-Board-Diagnose-Systems betrifft von vornherein nicht die Motorsteuerung auf dem Prüfstand. Ein „On-Board-Diagnosesystem“ oder „OBD-System“ ist

vielmehr ein System für die Emissionsüberwachung, das in der Lage ist, mithilfe rechnergespeicherter Fehlercodes den Bereich von Fehlfunktionen anzuzeigen (Art. 3 Nr. 9 der Verordnung (EG) Nr. 715/2007).

B. Hilfsantrag zu 3.

Dem Kläger steht aber der mit dem Hilfsantrag zu 3. geltend gemachte Anspruch aus § 823 Abs. 2 BGB in Verbindung mit Art. 5 Abs. 2 der VO (EG) Nr. 715/2007 zu. Der Anspruch beläuft sich auf € 6.190.

1.

Die tatbestandlichen Voraussetzungen eines Anspruchs aus § 823 Abs. 2 BGB in Verbindung mit Art. 5 Abs. 2 der VO (EG) Nr. 715/2007 liegen vor.

a)

Die Beklagte hat das Schutzgesetz des Art. 5 Abs. 2 der VO (EG) Nr. 715/2007 verletzt. Sie hat als Fahrzeugherstellerin mit dem streitgegenständlichen Fahrzeug eines in Verkehr gebracht, dessen Software zur Motorsteuerung so programmiert ist, dass die Abgasreinigung bei einer Temperatur von unter 17° C deutlich reduziert ist („Thermofenster“).

In diesem Thermofenster liegt eine unzulässige Abschalteneinrichtung im Sinne des Art. 5 Abs. 2 der VO (EG) Nr. 715/2007 vor. Unter welchen konkreten Umständen eine unzulässige Abschalteneinrichtung vorliegt, richtet sich nach Art. 3 Nr. 10, Art. 5 Abs. 2 Satz 1 der Verordnung (EG) Nr. 715/2007. Bei der Subsumtion unter Art. 3 Nr. 10 der Verordnung (EG) Nr. 715/2007 ist nach der Rechtsprechung des Gerichtshofs auf die Verwendung des Fahrzeugs unter Fahrbedingungen abzustellen, wie sie im gesamten Unionsgebiet üblich sind (EuGH, Urteil vom 14. Juli 2022 - C-128/20, Rn. 40; vgl. außerdem EuGH, Urteile vom 14. Juli 2022 - C-134/20 und C-145/20). Dieses Verständnis des Art. 3 Nr. 10 der Verordnung (EG) Nr. 715/2007 trägt dem räumlichen Geltungsbereich der Verordnung Rechnung. Für die Bewertung einer Vorrichtung als Abschalteneinrichtung im Sinne des Art. 3 Nr. 10, Art. 5 Abs. 2 Satz 1 der Verordnung (EG) Nr. 715/2007 können deshalb nicht nur die tatsächlichen Fahrbedingungen und darunter die Temperaturverhältnisse in einem Mitgliedstaat oder gar nur in bestimmten Regionen von Mitgliedstaaten von Bedeutung sein (BGH, Urteil vom 26. Juni 2023 – VIa ZR 335/21, Rn. 50). Insoweit steht fest, dass Umgebungstemperaturen von weniger als 15 Grad Celsius sowie das Fahren auf Straßen über 1 000 Höhenmetern im Unionsgebiet üblich sind (EuGH, Urteil vom 14. Juli 2022 - C-128/20, Rn. 44). Hiernach liegt in dem in der Motorsteuerung des streitgegenständlichen Fahrzeugs programmierten Thermofenster eine unzulässige

Abschalteinrichtung, weil die Abgasreinigung unterhalb einer Temperatur von 17° Celsius deutlich reduziert wird.

b)

Die Abschalteinrichtung ist auch nicht nach Art. 5 Abs. 2 Satz 2 Buchst. a der VO (EG) Nr. 715/2007 ausnahmsweise zulässig.

aa)

Hiernach ist die Abschalteinrichtung ausnahmsweise zulässig, wenn die Einrichtung notwendig ist, um den Motor vor Beschädigung oder Unfall zu schützen und um den sicheren Betrieb des Fahrzeugs zu gewährleisten. Diese Ausnahmebestimmung ist eng auszulegen (EuGH, Urteil vom 17. Dezember 2020 - C-693/18, Rn. 112; Urteil vom 14. Juli 2022 - C-128/20, Rn. 50). Zu dem Motor im Sinne dieser Vorschrift gehört das Emissionsminderungssystem von vornherein nicht (EuGH, Urteil vom 14. Juli 2022 - C-128/20, Rn. 51); AGR-Ventil, AGR-Kühler und Dieselpartikelfilter sind vom Motor getrennte Bauteile und fallen nicht unter den Begriff des „Motors“ (EuGH, Urteil vom 14. Juli 2022 - C-128/20, Rn. 52). Was die Begriffe „Unfall“ und „Beschädigung“ betrifft, muss eine die Wirkung des Emissionskontrollsystems verringernde Abschalteinrichtung, um nach der einleitend genannten Bestimmung zulässig zu sein, es ermöglichen, den Motor vor plötzlichen und außergewöhnlichen Schäden zu schützen (EuGH, Urteil vom 17. Dezember 2020 - C-693/18, Rn. 109). Verschmutzung und der Verschleiß des Motors können daher jedenfalls nicht als „Beschädigung“ oder „Unfall“ im Sinne der genannten Bestimmung angesehen werden, denn sie sind im Prinzip vorhersehbar und der normalen Funktionsweise des Fahrzeugs inhärent (EuGH, Urteil vom 14. Juli 2022 - C-128/20, Rn. 54). „Notwendig“ im Sinne der einleitend genannten Bestimmung ist eine Abschalteinrichtung nur dann, wenn zum Zeitpunkt der EG-Typgenehmigung dieser Einrichtung oder des mit ihr ausgestatteten Fahrzeugs keine andere technische Lösung unmittelbare Risiken für den Motor in Form von Beschädigung oder Unfall, die beim Fahren eines Fahrzeugs eine konkrete Gefahr hervorrufen, abwenden kann (EuGH, Urteil vom 14. Juli 2022 - C-128/20, Rn. 69). Eine Abschalteinrichtung, die unter normalen Betriebsbedingungen den überwiegenden Teil des Jahres funktionieren müsste, damit der Motor vor Beschädigung oder Unfall geschützt und der sichere Betrieb des Fahrzeugs gewährleistet ist, kann jedenfalls nicht unter die in Art. 5 Abs. 2 Buchst. a der VO (EG) Nr. 715/2007 vorgesehene Ausnahme fallen (EuGH, Urteil vom 14. Juli 2022 - C-128/20, Rn. 70). Die Darlegungs- und Beweislast für die Voraussetzungen der Ausnahmebestimmung trägt derjenige, der sich aus sie beruft; hier also die Beklagte.

bb)

An den vorstehenden Maßstäben gemessen legt die Beklagte nicht dar, dass die Voraussetzungen der Ausnahmebestimmung des Art. 5 Abs. 2 Buchst. a der VO (EG) Nr. 715/2007 erfüllt sind.

Sie legt schon nicht dar, dass das Thermofenster dem Schutz des Motors dient. Nach dem Vorbringen der Beklagten dient das Thermofenster dem Schutz vor Verlackung und Versottung des AGR-Ventils und des Dieselpartikelfilters (Seite 20 der Berufungserwiderung - Blatt 326 der Akte). AGR-Ventil und Dieselpartikelfilter sind aber nach dem Vorstehenden kein Teil des Motors; sie gehören vielmehr zum Emissionsminderungssystem und werden von der Ausnahmebestimmung von vornherein nicht erfasst. Welcher Motorschaden aus ihrer Versottung folgt, ist nicht im Ansatz dargelegt (Seite 20 der Berufungserwiderung - Blatt 326 der Akte). Soweit die Beklagte im Folgenden eine technische Bewertung zitiert, die einzelne denkbare Motorschäden aufzählt (Seite 22 der Berufungserwiderung - Blatt 327 der Akte) bleibt ein Bezug zu dem im streitgegenständlichen Fahrzeug programmierten Thermofenster offen. Des Weiteren fehlt jeder Vortrag der insoweit darlegungsbelasteten Beklagten, dass zum Zeitpunkt der EG-Typengenehmigung keine andere technische Lösung denkbar war, die die von ihr behaupteten - aber in keiner Form näher ausgeführten oder gar substantiierten - unmittelbaren Risiken für den Motor in Form von Beschädigung oder Unfall, die beim Fahren eines Fahrzeugs eine konkrete Gefahr hervorrufen sollen, hätte abwenden können. Es fehlt jede Darlegung zum damaligen Stand der Technik und den sich aus ihr (nicht) ergebenden Möglichkeiten. Der Vortrag der Beklagten in dem nachgelassenen Schriftsatz vom 9. November 2023 war, soweit er Vortrag zu den Voraussetzungen der Ausnahmebestimmung des Art. 5 Abs. 2 Buchst. a der VO (EG) Nr. 715/2007 betrifft, bei der Entscheidungsfindung gemäß § 296a Satz 1 ZPO nicht mehr zu berücksichtigen. Wird einer Partei ein Schriftsatznachlass nach § 139 Abs. 5 ZPO gewährt, ist ihr auf den Hinweis gehaltener Vortrag (nur) zu berücksichtigen, soweit er sich zu dem Hinweis verhält oder durch ihn veranlasst ist (BGH, Urteil vom 18. Juni 2013 - II ZR 86/11, Rn. 34; von Selle in: BeckOK ZPO, 50. Edition, Stand 01.09.2023, § 296a Rn. 50. Vgl. auch BGH, Urteil vom 27. Februar 2018 - VIII ZR 90/17, Rn. 24; Urteil vom 2. Juni 2022 - III ZR 216/20, Rn. 31 jeweils zu § 283 ZPO). An diesen Maßstäben gemessen ist der Vortrag zu den Voraussetzungen der vorgenannten Norm nicht zu berücksichtigen. Der Schriftsatznachlass berechtigte die Beklagte nur, zur Unvermeidbarkeit des Verbotsirrtums vorzutragen. Damit stehen die vorgenannten Ausführungen in keinem Zusammenhang.

2.

Zur Erwerbskausalität kann sich der Kläger als Anspruchsteller bei der Inanspruchnahme der Beklagten nach § 823 Abs. 2 BGB in Verbindung mit Art. 5 Abs. 2 der VO (EG) Nr. 715/2007 auf

den Erfahrungssatz stützen, dass er den Kaufvertrag zu diesem Kaufpreis nicht geschlossen hätte (BGH, Urteil vom 26. Juni 2023 – VIa ZR 335/21, Rn. 55).

3.

Die Beklagte hat den Verstoß gegen das Schutzgesetz des Art. 5 Abs. 2 der VO (EG) Nr. 715/2007 auch verschuldet.

Das notwendige Verschulden der Beklagten (vgl. § 823 Abs. 2 Satz 2 BGB) wird vermutet. Die Beklagte muss als Fahrzeugherstellerin, da sie eine Übereinstimmungsbescheinigung trotz der Verwendung einer unzulässigen Abschalteneinrichtung ausgegeben und dadurch Art. 5 Abs. 2 der VO (EG) Nr. 715/2007 verletzt hat, Umstände darlegen und beweisen, die ihr Verhalten ausnahmsweise nicht als fahrlässig erscheinen lassen (BGH, Urteil vom 26. Juni 2023 – VIa ZR 335/21, Rn. 59). Daran fehlt es vorliegend. Beruft sich der Fahrzeughersteller auf einen unvermeidbaren Verbotsirrtum, muss er sowohl den Verbotsirrtum als solchen als auch die Unvermeidbarkeit des Verbotsirrtums darlegen und erforderlichenfalls beweisen (BGH, Urteil vom 25. September 2023 - VIa ZR 1/23, Rn. 13). Daran fehlt es vorliegend.

aa)

Der Fahrzeughersteller muss zunächst darlegen und erforderlichenfalls nachweisen, einem Rechtsirrtum unterlegen zu sein (BGH, Urteil vom 26. Juni 2023 - VIa ZR 335/21, Rn. 63; Urteil vom 25. September 2023 - VIa ZR 1/23, Rn. 14).

(1)

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 Abschalteneinrichtung mit allen für die Prüfung nach Art. 5 Abs. 2 der Verordnung (EG) Nr. 715/2007 bedeutsamen Einzelheiten im maßgeblichen Zeitpunkt, dem Vertragsschluss (vgl. BGH, Urteil vom 26. Juni 2023 - VIa ZR 335/21, Rn. 62), im Irrtum befanden oder im Falle einer Ressortaufteilung den damit verbundenen Pflichten genügten (BGH, Urteil vom 26. Juni 2023 - VIa ZR 335/21, Rn. 63; Urteil vom 25. September 2023 - VIa ZR 1/23, Rn. 14). Bereits zu diesem Punkt (vgl. BGH, Urteil vom 25. September 2023 - VIa ZR 1/23, Rn. 15) fehlt jeder Vortrag der insoweit darlegungsbelasteten Beklagten. Soweit die Beklagte in dem nachgelassen Schriftsatz ausführt, die für die Entwicklung der Fahrzeuge zuständigen Mitarbeiter seien von der Zulässigkeit des im streitgegenständlichen Fahrzeug programmierten Thermofensters ausgegangen (Seite 44 des Schriftsatzes vom 9. November 2023 - Blatt 378 der Akte), ist dessen Inhalt nach § 296a Satz 1 ZPO bei der Entscheidungsfindung nicht mehr zu berücksichtigen. Überdies kommt es nach dem Vorstehenden nicht auf die Mitarbeiter, sondern auf die Mitglieder des Vorstands an und

schließlich hat die Beklagte für diese Behauptung keinen tauglichen Beweis angeboten. Gleiches gilt für die von der Beklagten in dem Schriftsatz weiter aufgeführten Verantwortlichkeiten (Seite 46 f. des Schriftsatzes vom 9. November 2023 - Blatt 379 f. der Akte)

(2)

Darüber hinaus legt sie nicht hinreichend substantiiert dar, dass der - unterstellte - Verbotsirrtum, in dem sich die vorgenannten verfassungsmäßigen Vertreter befanden, unvermeidbar war. Die Darlegungen zur hypothetischen Genehmigung sind nicht hinreichend substantiiert.

Der Fahrzeughersteller kann zu seiner Entlastung darlegen und erforderlichenfalls nachweisen, seine Rechtsauffassung von Art. 5 Abs. 2 der Verordnung (EG) Nr. 715/2007 wäre bei entsprechender Nachfrage von der für die EG-Typgenehmigung oder für anschließende Maßnahmen zuständigen Behörde bestätigt worden (hypothetische Genehmigung). Steht fest, dass eine ausreichende Erkundigung des einem Verbotsirrtum unterliegenden Schädigers dessen Fehlvorstellung bestätigt hätte, scheidet eine Haftung nach § 823 Abs. 2 BGB infolge eines unvermeidbaren Verbotsirrtums auch dann aus, wenn der Schädiger eine entsprechende Erkundigung nicht eingeholt hat (BGH, Urteil vom 26. Juni 2023 - VIa ZR 335/21, Rn. 65). Eine Entlastung auf dieser Grundlage setzt allerdings voraus, dass der Fahrzeughersteller nicht nur allgemein darlegt, dass die Behörde Abschaltseinrichtungen der verwendeten Art genehmigt hätte, sondern dass ihm dies auch unter Berücksichtigung der konkret verwendeten Abschaltseinrichtung in allen für die Beurteilung nach Art. 5 Abs. 2 der Verordnung (EG) Nr. 715/2007 maßgebenden Einzelheiten gelingt (BGH, Urteil vom 26. Juni 2023 - VIa ZR 335/21, Rn. 66). Die Beklagte legt die Voraussetzungen einer hypothetischen Genehmigung nicht hinreichend dar.

(a)

Der pauschale Hinweis, das KBA hätte Thermofenster für unbedenklich erachtet, reicht nach dem Vorstehenden gerade nicht aus.

(b)

Überdies ist auf den Zeitpunkt des Vertragsschlusses abzustellen. Zur Genehmigungspraxis im Januar 2013 schweigt die Beklagte sich aus. Allerdings kann auch aus später eingetretenen Umständen auf die hypothetische Genehmigungspraxis im Januar 2013 geschlossen werden. Doch auch insoweit fehlt hinreichend substantiiert Vortrag der Beklagten. Der Vortrag der Beklagten lässt sich vielmehr dahin zusammenfassen, dass es dem KBA nicht gelungen sei, ihre Argumentation zur Zulässigkeit des Thermofensters zu „entkräften“, so dass es bei freiwilligen Software-Updates geblieben sei. Ein Schluss auf die Genehmigungspraxis im Januar 2013 lässt sich hieraus nicht ziehen. Ob die Genehmigung bei Offenlegung aller relevanten Umstände erteilt worden wäre, bleibt offen, weil die Beklagte diese nicht mitteilt. Im Einzelnen:

(aa)

Der Vortrag der Beklagten befasst sich nur mit der Rechtfertigung des Thermofensters (Seite 59 f. des Schriftsatzes vom 9. November 2023 - Blatt 385R der Akte), nicht aber mit dessen Wirkweise und Umfang. Das reicht nicht aus.

(bb)

Was zur Wirkung und Reichweite des Thermofensters - der Abschalteinrichtung - überhaupt offengelegt worden ist, trägt die Beklagte auch in dem nachgelassenen Schriftsatz nicht vor. Sie beschränkt sich auf die Aussage, sie habe offengelegt, „in welchem Temperaturbereich bei der (alten) Serienbedatung die maximale Abgasrückführungsrate erfolge und außerhalb welcher Temperaturen aus Gründen des Bauteilschutzes eine Reduzierung der Abgasrückführungsrate vorgenommen werde.“ (Seite 2 des Schriftsatzes vom 9. November 2023 - Blatt 357 der Akte). Die technischen Daten bleiben mithin trotz des Hinweises des Senats, dass konkrete Daten mitgeteilt werden müssten, im Dunkeln. Was konkret mitgeteilt worden ist, trägt die Beklagte nach wie vor nicht vor.

Überdies ergibt sich aus den von der Beklagten vorgelegten amtlichen Auskünften des KBA gerade nicht, dass im Januar 2013 das in der Software der Motorsteuerung programmierte Thermofenster genehmigt worden wäre:

Mit der amtlichen Auskunft vom 17. Juni 2021 (Anlage BE 3) werden die von dem anfragenden Gericht gestellten Fragen nicht beantwortet. Das Gericht fragt ausdrücklich an, was denn zum Thermofenster offengelegt worden sei. Hierzu äußert sich das KBA nicht. Vor allem aber spricht die Auskunft von „Abschaltstrategien“ (Anlage BE 3 Rückseite Abs. 3), also mehreren in der Motorsteuerung zum Einsatz kommenden Strategien. Diese weiteren Strategien legt die Beklagte aber wiederum nicht offen. Und schließlich werden die dem KBA vorgelegten Unterlagen zu den spezifischen Feldausfällen und den Nachweisen zum Motorschutz nicht offengelegt. Die Darlegungen der Beklagten erschöpfen sich damit letztlich wiederum in der Behauptung, das KBA habe Thermofenster nicht für unzulässig erachtet, ohne dass offengelegt würde, auf welcher ihm von der Beklagten unterbreiteten Tatsachengrundlage das KBA denn zu dieser Einschätzung gelangt ist.

In der amtlichen Auskunft vom 20. Juni 2022 (Anlage BE 5) teilt das KBA mit, die Argumentation der Beklagten zur „Zulässigkeit der gegenständlichen Abschalteinrichtungen zum Zwecke des Motorschutzes habe nicht entkräftigt werden“ können (Anlage BE 5 Abs. 2). Das KBA spricht also wiederum von mehreren Strategien, die von der Beklagten nicht erläutert werden. Überdies bleibt offen, auf welcher ihm von der Beklagten mitgeteilten Informationsgrundlage das KBA deren

Argumentation „nicht enkräftigen“ konnte. Die Beklagte schweigt sich wiederum dazu aus, was überhaupt offen gelegt worden ist. Darüber hinaus hat es offensichtlich eine Verständigung dahin gehend gegeben, dass ein freiwilliges Software-Update durchgeführt wird. Zu den Hintergründen schweigt die Beklagte sich aus.

Für die amtliche Auskunft vom 9. März 2022 (Anlagenkonvolut BE 7) gilt das zu der vom 20. Juni 2022 (Anlage BE 5) Gesagte.

Die amtliche Auskunft vom 24. Februar 2021 (Anlagenkonvolut BE 7) macht die Zulässigkeit der Abschalteneinrichtung an den von der Beklagten aufgezeigten hohen Feldschadensraten (Seite 2 der Auskunft) fest. Derentwegen habe die Unzulässigkeit nicht zweifelsfrei nachgewiesen werden können (Seite 2 der Auskunft). Was die Beklagte gegenüber dem KBA offengelegt hat, bleibt hiernach wiederum im Dunkeln. Darüber hinaus hat es offensichtlich eine Verständigung dahin gehend gegeben, dass ein freiwilliges Software-Update durchgeführt wird. Zu den Hintergründen schweigt die Beklagte sich aus.

Für die amtlichen Auskünfte vom 21. Januar 2022 und 11. Februar 2022 (Anlagenkonvolut BE 7) gilt das zu der vom 20. Juni 2022 (Anlage BE 5) Gesagte.

4.

Dem Kläger ist ein nach § 823 Abs. 2 BGB ersatzfähiger Schaden entstanden. Er beläuft sich auf € 6.190,50.

a)

Das Bestehen eines Schadens ist nach Maßgabe der Differenzhypothese zu ermitteln, also nach Maßgabe eines Vergleichs der infolge des haftungsbegründenden Ereignisses eingetretenen Vermögenslage mit der Vermögenslage, die ohne jenes Ereignis eingetreten wäre (BGH, Urteil vom 26. Juni 2023 – VIa ZR 335/21, Rn. 40). Der Schaden des Käufers liegt in dem Betrag, um den er den Kaufgegenstand mit Rücksicht auf die mit der unzulässigen Abschalteneinrichtung verbundenen Risiken zu teuer erworben hat (BGH, Urteil vom 26. Juni 2023 – VIa ZR 335/21, Rn. 40; Urteil vom 20. Juli 2023 - III ZR 267/20, Rn. 31). Da die Beklagte wegen des enttäuschten Vertrauens des klagenden Käufers auf die Richtigkeit der Übereinstimmungsbescheinigung für die aus dem Vertragsschluss folgenden Schäden haftet, kommt es für den Vermögensvergleich nicht auf den Zeitpunkt des Schlusses der mündlichen Verhandlung, sondern auf den Zeitpunkt des Vertragsschlusses an (BGH, Urteil vom 26. Juni 2023 – VIa ZR 335/21, Rn. 42; Urteil vom 20. Juli 2023 - III ZR 267/20, Rn. 31).

Dieser Differenzschaden ist innerhalb einer Bandbreite zwischen 5 % und 15 % des gezahlten Kaufpreises zu schätzen (BGH, Urteil vom 26. Juni 2023 – VIa ZR 335/21, Rn. 73; Urteil vom 20. Juli 2023 - III ZR 267/20, Rn. 34). Bei der Schätzung des Schadens innerhalb des Rahmens zwischen 5 % und 15 % sind bei der Bestimmung des objektiven Werts des Fahrzeugs im Zeitpunkt des Vertragsschlusses die mit der Verwendung einer unzulässigen Abschalteinrichtung verbundenen Nachteile, insbesondere das Risiko behördlicher Anordnungen, zu berücksichtigen. Weiter sind der Umfang in Betracht kommender Betriebsbeschränkungen und die Eintrittswahrscheinlichkeit solcher Beschränkungen mit Rücksicht auf die Einzelfallumstände in den Blick zu nehmen. Maßgebend ist dabei eine auf den Zeitpunkt des Vertragsschlusses bezogene Betrachtung. Über diese originär schadensrechtlichen Gesichtspunkte hinaus ist das Gewicht des der Haftung zugrundeliegenden konkreten Rechtsverstoßes für das unionsrechtliche Ziel der Einhaltung gewisser Emissionsgrenzwerte sowie den Grad des Verschuldens nach Maßgabe der Umstände des zu beurteilenden Einzelfalls zu bewerten, um so dem Gebot einer verhältnismäßigen Sanktionierung auch bezogen auf den zu würdigenden Einzelfall Rechnung zu tragen (BGH, Urteil vom 26. Juni 2023 – VIa ZR 335/21, Rn. 76 f.).

Nutzungsvorteile und der Restwert des Fahrzeugs sind erst dann und nur insoweit schadensmindernd anzurechnen, als sie den Wert des Fahrzeugs bei Abschluss des Kaufvertrags (gezahlter Kaufpreis abzüglich Differenzschaden) übersteigen. Beruft sich der Fahrzeughersteller auf die nachträgliche Verbesserung des Fahrzeugs durch ein Software-Update, kann damit eine Schadensminderung indessen nur verbunden sein, wenn und soweit das Software-Update die Gefahr von Betriebsbeschränkungen signifikant reduziert. Das wiederum kann nur dann der Fall sein, wenn es nicht seinerseits eine unzulässige Abschalteinrichtung beinhaltet (BGH, Urteil vom 26. Juni 2023 – VIa ZR 335/21, Rn. 80).

b)

An diesen Maßstäben gemessen kann der Kläger Schadensersatz in Höhe von € 6.190,50 verlangen.

Den Betrag, um den der Kläger das steritgegenständliche Fahrzeug mit Rücksicht auf die mit der unzulässigen Abschalteinrichtung verbundenen Risiken zu teuer erworben hat, schätzt der Senat auf 10 % des Kaufpreises, nämlich € 6.190,50. Der Schaden ist in Höhe des Mittelwerts von 10 % anzusetzen, weil einerseits, wie die nunmehr angestellten Untersuchungen des KBA zeigen, die reale Gefahr einer behördlichen Anordnung bestand, die die Nutzbarkeit hätte einschränken können. Diese stand aber auch nicht so unmittelbar und drängend bevor, dass es gerechtfertigt wäre, einen höheren als den Mittelwert anzusetzen.

Im Rahmen des Vorteilsausgleichs sind Restwert und Nutzungsvorteil in Abzug zu bringen. Vortrag zum Restwert fehlt, weil die Beklagte ihn erst im nachgelassen Schriftsatz vom 9. November 2023 gehalten hat und der Vortrag insoweit nach § 296a Satz 1 ZPO bei der Entscheidungsfindung nicht zur berücksichtigen ist. Mit dem der Beklagten erteilten Hinweis steht er in keinem Zusammenhang. Die dem Kläger zugeflossenen Nutzungsvorteile bemisst der Senat unter Annahme einer Gesamtlauflistung von 300.000 km. Diese Gesamtlauflistung hält der Senat bei großen 3,0 l Motoren für zutreffend (§ 287 ZPO). Es errechnet sich ein Nutzungsvorteil in Höhe von € 24.768,82 (Kaufpreis von € 61.905,02 multipliziert mit der Fahrleistung bis zum 21. September 2022 von 120.033 km dividiert durch die Gesamtlauflistung von 300.000 km). Den Wert des Software-Updates bemisst der Senat auf jedenfalls nicht mehr als € 6.190,50, nämlich 10 % des Kaufpreises. Insoweit ist wegen des Beibringungsgrundsatzes auf das Vorbringen der zum Vorteilsausgleich darlegungsbelasteten Beklagten abzustellen, dass zu keiner Zeit die Stilllegung des Fahrzeugs gedroht habe. Soweit die Beklagte die Auffassung vertritt, das Software-Update lasse den Schaden stets vollständig entfallen, steht das mit der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs nicht im Einklang. Im hier vorliegenden Einzelfall ist das zur Überzeugung des Senats (§ 287 ZPO) nicht der Fall.

III.

Die Kostenentscheidung folgt aus § 92 Abs. 1 ZPO, die Entscheidung zur vorläufigen Vollstreckbarkeit aus § 708 Nr. 10, § 711 ZPO.

Die Revision war nicht zuzulassen. Fragen von grundsätzlicher Bedeutung stellen sich nicht. Der Senat wendet die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs an. Der Rechtsstreit hat seinen Schwerpunkt im Tatsächlichen.