



Pfälzisches Oberlandesgericht Zweibrücken

IM NAMEN DES VOLKES

Urteil

-

In dem Rechtsstreit

...

- Kläger und Berufungskläger -

Prozessbevollmächtigte:

...

gegen

...

- Beklagte und Berufungsbeklagte -

Prozessbevollmächtigte:

...

wegen Schadensersatzes,

hat der 7. Zivilsenat des Pfälzischen Oberlandesgerichts Zweibrücken durch den Vorsitzenden Richter am Oberlandesgericht ..., den Richter am Oberlandesgericht ... und den Richter am Landgericht ... auf Grund der mündlichen Verhandlung vom 20.09.2023

für Recht erkannt:

1. Auf die Berufung des Klägers wird das Urteil der Einzelrichterin der 8. Zivilkammer des Landgerichts Frankenthal (Pfalz) vom 17.03. 2022, Az. 8 O 131/21, teilweise abgeändert und wie folgt neu gefasst:

(1)

Die Beklagte wird verurteilt, an den Kläger 975,- € nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem jeweiligen Basiszinssatz hieraus seit dem 30.09.2021 zu zahlen.

(2)

Die Beklagte wird verurteilt, den Kläger von außergerichtlichen Rechtsverfolgungskosten in Höhe von 143,84 € freizustellen.

(3)

Im Übrigen wird die Klage abgewiesen.

2. Die weitergehende Berufung des Klägers wird zurückgewiesen.
3. Die Kosten des Rechtsstreits aus beiden Rechtszügen haben der Kläger zu 91% und die Beklagte zu 9% zu tragen.
4. Dieses Urteil ist vorläufig vollstreckbar. Das angefochtene Urteil ist, soweit es aufrechterhalten wurde, ohne Sicherheitsleistung vorläufig vollstreckbar.
5. Die Revision wird nicht zugelassen.

-

Gründe:

-

I.

Der Kläger macht gegen die beklagte Fahrzeugherstellerin deliktische Ansprüche auf Schadenersatz wegen behaupteter unzulässiger Abschalteinrichtungen geltend.

Der Kläger erwarb am 12.05.2017 das streitgegenständliche Fahrzeug Opel Zafira 1.6 CDTI von der Autohaus ... als Gebrauchtwagen mit einem Kilometerstand von 7.500 km zu einem Kaufpreis von 19.500,- €. Zur Finanzierung des Fahrzeugs wendete der Kläger weitere 2.515,20 € auf. Das Fahrzeug verfügt über einen von der Beklagten hergestellten 1,6 l R4-Dieselmotor der Abgasnorm Euro 6 mit der Motorkennung LVL. Zur Verringerung der Emissionen sind in dem Motor ein AGR-System (Abgasrückführung), ein SCR-System (selektive katalytische Reduktion) sowie einen DPF (Dieselpartikelfilter) verbaut.

Bei dem SCR-System handelt es sich um eine Abgasnachbehandlung mit dem Harnstoffgemisch „AdBlue“, mit dessen Hilfe die im Abgas enthaltenen Stickoxide vor Ausstoß reduziert werden. Die Wirksamkeit des SCR-Systems in dem Fahrzeug hängt dabei von verschiedenen Parametern ab, sodass nicht unter allen Umgebungs- und Fahrbedingungen die gleiche Menge an AdBlue zur katalytischen Reaktion eingespritzt werden kann und die von diesem System ausgehende Reduktion von Stickoxiden in bestimmten Konstellationen vermindert oder gar deaktiviert sein kann. Beim AGR-System wird das Abgas teilweise in das Ansaugsystem des Motors zurückgeführt, so dass es erneut an der Verbrennung teilnimmt. Bei bestimmten Umgebungstemperaturen wird die Menge des zurückgeführten Abgases verringert (so genanntes „Thermofenster“).

Im DPF sammeln sich die beim Verbrennungsvorgang von Dieselmotorkraftstoff anfallenden Rußpartikel. Bei der Regeneration werden die zuvor angesammelten Bestandteile durch einen thermischen Vorgang abgebrannt und unschädlich gemacht. Regeneriert der DPF, führt dies punktuell zu deutlich erhöhten Abgasemissionen. Das Emissionskontrollsystem des Motors kombiniert mehrere aufeinander abgestimmte Technologien und berücksichtigt dabei eine Reihe von Parametern, wie etwa Außentemperatur, Luftdruck oder Umdrehungszahl des Motors mit der Folge, dass die Abgasreinigung unter bestimmten Voraussetzungen reduziert oder ganz abgeschaltet wird („Abschalteinrichtungen“) und die Abgaswerte sich außerhalb des NEFZ-Prüfungsmodus teilweise deutlich verschlechtern.

Nach Bekanntwerden des sog. Dieselskandals des ... entwickelte die Beklagte ein Software-Update zur weiteren Reduzierung von NOx-Emissionen ihrer Fahrzeuge für den streitgegenständlichen Motortyp. Dies kündigte sie in mehreren Pressemitteilungen ab Dezember 2015 an und beantragte Anfang 2016 dessen Freigabe beim Kraftfahrzeugbundesamt. Mit Bescheid vom 21. Februar 2017 genehmigte das KBA das Update zunächst für den Fahrzeugtyp Opel Insignia 2.0. Am 16. Februar 2018 erteilte das KBA sodann die uneingeschränkte Freigabe des Software-Updates für den streitgegenständlichen Fahrzeugtyp, woraufhin die Beklagte eine freiwillige, kostenfreie Umrüstungsaktion gegenüber ihren Kunden startete. Hierauf wurde der Kläger von der Beklagten erstmals im Mai 2018 aufmerksam gemacht. Mit bislang nicht bestandskräftigem Bescheid vom 17. Oktober 2018 ordnete das KBA gegenüber einer Konzerngesellschaft der Beklagten einen verbindlichen Rückruf zum Aufspielen des Updates an. Das KBA begründet den Bescheid damit, dass nicht ausreichend nachgewiesen sei, dass bestimmte Software-Parameter des ursprünglichen Emissionskontrollsystems zum Schutz des Motors vor Beschädigung oder Unfall und zur

Gewährleistung des sicheren Fahrbetriebs notwendig seien. Im Januar 2019 ließ der Kläger das Update auf sein Fahrzeug aufspielen.

Der Kläger hat vorgebracht:

Die Motorsteuerungssoftware seines Fahrzeugs erkenne, ob sich das Fahrzeug auf einem Prüfstand oder im realen Fahrbetrieb befinde und reduziere bei letzterem durch die unterschiedlichen in der Motorsteuerung verbauten unzulässigen Abschalteneinrichtungen die Abgasreinigung massiv. Die Beklagte habe die Einzelheiten der Abschalteneinrichtungen bei Beantragung der Typgenehmigung gegenüber dem KBA nicht offengelegt. Diese Abschalteneinrichtungen seien unzulässig, da die Beklagte keine plausiblen Motorschutzerwägungen vorgetragen habe. Auch lägen solche - mit dem Gerichtshof der Europäischen Union - insbesondere nicht darin, dass die Einrichtung zur Verhinderung von Verschleiß oder Verschmutzung des Motors beitrage. Insofern drohe die Stilllegung des Fahrzeugs. Durch das Verschweigen der unzulässigen Abschalteneinrichtung habe die Beklagte nicht nur das Kraftfahrt-Bundesamt im Rahmen der Typgenehmigung, sondern jeden potentiellen Käufer von Fahrzeugen mit dem manipulierten Motor, und damit auch den Kläger, getäuscht. Der Vorstand der ... , als Rechtsvorgängerin der Beklagten, habe von den .Manipulationen Kenntnis gehabt. Das vom Kläger auf das Fahrzeug aufgespielte Update habe negativen Einfluss auf die Haltbarkeit des Motors.

Der Kläger hat mit der zunächst gegen die ... gerichteten und der jetzigen Beklagten am 29.09.2021 zugestellten Klage beantragt,

die Beklagte zu verurteilen,

1.

an die Klagepartei 19.500,00 € nebst Zinsen in Höhe von fünf Prozentpunkten über dem jeweiligen Basiszinssatz seit Rechtshängigkeit zu zahlen abzüglich einer Nutzungsentschädigung in € pro gefahrenen km seit dem 12.05.2017, die sich nach folgender Formel berechnet:

19.500,00 EUR x gefahrene Kilometer: (350.000 km - 7.500 km),

Zug-um-Zug gegen Übereignung und Herausgabe des Fahrzeuges Opel Zafira 1.6 CDTI, Fahrzeug-Identifizierungsnummer ... , nebst Fahrzeugschlüssel;

2.

an die Klagepartei 2.515,20 € nebst Zinsen in Höhe von fünf Prozentpunkten über dem jeweiligen Basiszinssatz seit Rechtshängigkeit zu zahlen;

3.

die Klagepartei von außergerichtlichen Rechtsverfolgungskosten in Höhe von 1.142,14 € freizuhalten;

4.

festzustellen, dass sich die Beklagte mit der Rücknahme des Fahrzeuges Opel Zafira 1.6 CDTI, Fahrzeug-Identifizierungsnummer ... , in Annahmeverzug befindet;

5.

festzustellen, dass die Beklagte verpflichtet ist, an die Klagepartei Schadensersatz zu zahlen für Schäden, die aus der Ausstattung-des Fahrzeugs Opel Zafira 1.6 CDTI, Fahrzeug-Identifizierungsnummer ... , mit einer unzulässigen Abschaltvorrichtung resultieren.

Die Beklagte hat beantragt,

die Klage abzuweisen.

Die Beklagte hat vorgetragen:

Sie sei zur Zeit der viele Jahre zurückliegenden Entwicklung des streitgegenständlichen Fahrzeugtyps und bis heute davon überzeugt, dass die parametergesteuerte Funktionsweise auch des ursprünglichen Emissionskontrollsystems (vor dem bereits aufgespielten Software-Update zur Verbesserung der Emissionsminderungsleistung) den gesetzlichen Anforderungen entspreche und auch jenseits einer Prüfzykluserkennung keine sonstige unzulässige Abschalteinrichtung enthalte. Der Kläger habe nicht schlüssig dargetan, dass sie - die Beklagte - ihn getäuscht oder vorsätzlich sittenwidrig geschädigt hätte. Entscheidend für die fehlende Sittenwidrigkeit sei die unterschiedslose Funktionsweise des Emissionskontrollsystems sowohl auf dem Prüfstand als auch auf der Straße unter den gleichen Umgebungs- und Fahrbedingungen. Dies gelte nicht nur im Hinblick auf die Umgebungstemperatur, sondern vielmehr generell für die Steuerung des Emissionskontrollsystems anhand bestimmter Eingangsgrößen. Ein Sittenwidrigkeitsvorwurf scheide überdies bereits deshalb von vornherein aus, weil der Kläger das Fahrzeug zu einem Zeitpunkt erworben habe, zu dem die Beklagte die Öffentlichkeit bereits umfassend über die geplante Verbesserung des Emissionskontrollsystems des streitgegenständlichen Fahrzeugtyps

informiert gehabt habe.

Das Landgericht hat die Klage mit Urteil vom 17.03.2023 abgewiesen, wobei es die Klage im Hinblick auf den Klageantrag Ziff. 5 als unzulässig abgewiesen hat. Zur Begründung hat das Landgericht im Wesentlichen ausgeführt:

Hinsichtlich des Antrags Ziff. 5 fehle es an dem erforderlichen Feststellungsinteresse, sodass der Antrag unzulässig sei. Im Übrigen sei die Klage unbegründet. Es bestünden weder vertragliche noch deliktische Ansprüche des Klägers gegen die Beklagte. Für einen Anspruch auf Schadenersatz aus §§ 826, 31 BGB fehle es an einer vorsätzlichen sittenwidrigen Schädigung. Hiervon könne zwar ausgegangen werden, sofern die Fahrzeugsoftware mit einer sog. Umschaltlogik ausgestattet sei. Wenn dagegen die Steuerung des Emissionskontrollsystems nicht danach unterscheide, ob sich das Fahrzeug auf dem Prüfstand oder im normalen Fahrbetrieb befinde, sei der Vorwurf der Sittenwidrigkeit nur beim Hinzutreten weiterer Umstände gerechtfertigt, an denen es vorliegend fehle. Von der Verwendung einer Umschaltlogik könne jedoch nicht ausgegangen werden, weil der diesbezügliche Vortrag der Klagepartei als Behauptung ins Blaue hinein irrelevant sei. Auch die übrigen vorgetragenen Abschaltseinrichtungen würden selbst im Falle ihrer Verwendung im Fahrzeug nicht den Vorwurf vorsätzlich sittenwidrigen Verhaltens der Beklagten begründen können. Dabei könne offen bleiben, ob diese Abschaltvorrichtungen als unzulässige Abschaltseinrichtungen im Sinne der VO (EG) Nr. 715/2007 anzusehen seien. Hinsichtlich des im Fahrzeug vorhandenen Thermofensters fehle es an Anhaltspunkten dafür, dass die handelnden Personen bei dessen Entwicklung in dem Bewusstsein gehandelt hätten, eine unzulässige Abschaltseinrichtung zu verwenden. Entsprechendes gelte auch für die übrigen angeblich unzulässigen Abschaltseinrichtungen. Auch ein Anspruch aus § 823 Abs. 2 BGB i.V.m. § 263 StGB scheide aus, da weder eine Täuschung noch eine Schädigungsabsicht substantiiert dargelegt seien. Zu den Voraussetzungen eines Anspruchs aus § 823 Abs. 2 i.V.m. § 16 Abs. 1 UWG fehle bereits konkreter Vortrag dazu, dass die Beklagte unwahre Angaben gemacht habe. Auf § 823 Abs. 2 BGB i.V.m. Art. 5 Abs. 1 VI (EG) 715/2007 oder §§ 6, 27 EG-FGV könne der Kläger seine Ansprüche ebenfalls nicht stützen.

Hiergegen wendet sich die Berufung des Klägers, mit der dieser zunächst sein ursprüngliches Klagebegehren im Hinblick auf die Anträge Ziffern 1 bis 3 weiterverfolgt hat. Soweit durch das Ersturteil die Feststellungsanträge gemäß Ziffern 4 und 5 als

unzulässig bzw. unbegründet abgewiesen wurden, wendet sich der Kläger hiergegen nicht. Nach Erlass des erstinstanzlichen Urteils hat der Kläger das streitgegenständliche Fahrzeug bei einer Gesamtlauflistung von 70.000 km mit Kaufvertrag vom ... für einen Preis von 7.500,- EUR weiterveräußert. Infolgedessen macht der Kläger mit dem Klageantrag zu 1) nunmehr (primär) einen Schaden in Höhe 8.441,61 EUR geltend.

Der Kläger bringt vor:

Das Ausgangsgericht habe entscheidungserheblichen Tatsachenvortrag nicht nur unberücksichtigt gelassen, es habe auch die Anforderungen an die Substantiierungs- und Darlegungslast des Klägers rechtsfehlerhaft überspannt. Mit Schriftsatz vom 27.02.2023 sowie ergänzend mit weiterem Schriftsatz vom 26.06.2023 habe der Kläger unter Vorlage von „internen Unterlagen“ der ... , als Zulieferer von ..., ergänzend vorgetragen, dass die Beklagte die Motorsteuerungssoftware des streitgegenständlichen Fahrzeugs mit den weiteren näher beschriebenen Funktionen versehen habe, mithilfe derer die Fahrzeugsteuerung erkenne, ob das Fahrzeug auf einem Prüfstand dem Neuen Europäischen Fahrzyklus (NEFZ) unterzogen werde und den Motor bei dieser Erkennung (nur) in dem (NOx)-optimierten Modus des Prüfstandsfahrbetriebs mit niedrigem Stickoxidausstoß steuere (vgl. Anlage K11, Bl. 286 eA II). Diese Dokumente seien erst im November 2022 veröffentlicht worden.

Mit Schriftsatz vom 08.08.2023 hat der Kläger einen weiteren Antrag zur hilfsweisen Geltendmachung des Minderwerts des streitgegenständlichen Fahrzeugs gestellt.

Der Kläger beantragt nunmehr,

unter Abänderung des Urteils des Landgerichts Frankenthal

1.

Die Beklagte wird verurteilt, an die Klagepartei 8.441,61 EUR nebst Zinsen in Höhe von fünf Prozentpunkten über dem jeweiligen Basiszinssatz seit Rechtshängigkeit zu zahlen.

1a)

hilfsweise für den Fall, dass dem Antrag zu 1. (großer Schaden) nicht dem Grunde nach stattgegeben wird, die Beklagte zu verurteilen, an die Klagepartei 2.925,00 EUR nebst Zinsen in Höhe von fünf Prozentpunkten über dem

jeweiligen Basiszinssatz seit Rechtshängigkeit zu zahlen.

2.

Die Beklagte wird verurteilt, an die Klagepartei weitere 2.515,20 EUR nebst Zinsen in Höhe von fünf Prozentpunkten über dem jeweiligen Basiszinssatz seit Rechtshängigkeit zu zahlen.

3.

Die Beklagte wird verurteilt, die Klagepartei von außergerichtlichen Rechtsverfolgungskosten in Höhe von 1.142,14 EUR freizustellen.

Die Beklagte beantragt,

die Berufung zurückzuweisen.

Sie bringt vor:

Das Landgericht habe zutreffend festgestellt, dass ein Schadensersatzanspruch des Klägers wegen sittenwidriger vorsätzlicher Schädigung nicht bestehe. Sonstige Ansprüche auf Schadensersatz seien ebenfalls nicht einschlägig. Ein Anspruch nach § 826 BGB komme schon deshalb nicht in Betracht, weil parametergesteuerte Emissionskontrollsysteme wie hier, die im Prüfstandbetrieb und im normalen Straßenbetrieb grundsätzlich in gleicher Weise funktionieren, keinen Sittenwidrigkeitsvorwurf begründeten. Der Kläger habe insbesondere keine „weiteren Umstände“ dargetan, die das Handeln der Beklagten als sittenwidrig erscheinen ließen. Überdies scheide eine Haftung der Beklagten auch deshalb aus, weil der Kläger sein Fahrzeug erst im Mai 2017 und damit zu einem Zeitpunkt erworben habe, als die Beklagte die Öffentlichkeit bereits seit Ende 2015 umfassend über die geplante und sodann entwickelte Verbesserung der Emissionsminderungsleistung des streitgegenständlichen Fahrzeugtyps mittels eines Software-Updates unterrichtet gehabt habe. Es entspreche jedoch der ständigen Rechtsprechung, dass eine vor dem in Rede stehenden Kauf erfolgte Verhaltensänderung, wie sie hier vorliege, nicht allein einen (hier ohnehin nicht gegebenen) Sittenwidrigkeitsvorwurf, sondern auch einen Fahrlässigkeitsvorwurf entfallen lasse. Davon abgesehen habe die Beklagte auch bereits bei Inverkehrbringen des Fahrzeugs nicht schuldhaft gehandelt, denn ein sorgfaltswidriges Verhalten der Beklagten scheide jedenfalls aufgrund eines unvermeidbaren Verbotsirrtums aus. Schließlich habe der Kläger auch keinen Schaden erlitten. So fehle es schon an der Erwerbskausalität, nachdem er das Fahrzeug zu

einem Zeitpunkt gekauft habe, als aufgrund der zuvor erfolgten umfassenden Informationstätigkeit der Beklagten eine „Enttäuschung des Käufervertrauens“ nicht mehr in Betracht gekommen sei. Jeglicher Minderwert sei zudem spätestens durch das Aufspielen des von der Beklagten entwickelten Software-Updates entfallen.

II.

Die zulässige Berufung des Klägers erzielt in der Sache nur einen Teilerfolg, im Übrigen ist sie unbegründet. Dem Kläger steht auf der Grundlage der neueren Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs ein Schadensersatzanspruch gemäß § 823 Abs. 2 BGB i.V.m. § 6 Abs. 1, § 27 Abs. 1 EG-FGV in Höhe des Differenzschadens zu. Dieser ist vorliegend auf 5% des Kaufpreises zu schätzen und beläuft sich mithin auf einen Betrag von 975,- EUR. Die weitergehende Berufung des Klägers ist unbegründet. Insbesondere hat das Landgericht einen Anspruch gemäß §§ 826, 31 BGB aus den zutreffenden Erwägungen verneint.

A.

Die Berufung ist in einem Umfang von 975,- EUR begründet.

1.

Dem Kläger steht ein entsprechender Schadensersatzanspruch gemäß § 823 Abs. 2 BGB i.V.m. §§ 6 Abs. 1, 27 Abs. 1 EG-FGV bzw. i.V.m. Art. 5 VO (EG) 715/2007 zu.

1.1.

Nach der nunmehrigen Rechtsprechung sowohl des Bundesgerichtshofs als auch des Gerichtshofs der Europäischen Union sind die Vorschriften der §§ 6 Abs. 1, 27 Abs. 1 EG-FGV iVm Art. 5 VO (EG) 715/2007 zugunsten von Käufern als drittschützende Schutzgesetze anerkannt (vgl. BGH Urt. v. 26.6.2023 – VIa ZR 335/21, NJW 2023, 2259 Rn. 20ff, m.w.N.; EuGH, NJW 2023, 1111 Rn. 81, 88 – Mercedes-Benz Group).

1.2.

Ein Gesetzesverstoß ergibt sich daraus, dass die Beklagte eine unzutreffende Übereinstimmungsbescheinigung ausgestellt hat. Unzutreffend ist eine Übereinstimmungsbescheinigung, wenn das betreffende Kraftfahrzeug mit einer gemäß Art. 5 Abs. 2 der Verordnung (EG) Nr. 715/2007 unzulässigen Abschaltvorrichtung ausgerüstet ist, weil die Bescheinigung dann eine tatsächlich nicht gegebene Übereinstimmung des konkreten Kraftfahrzeugs mit Art. 5 Abs. 2 der Verordnung (EG) Nr. 715/2007 ausweist.

Unter welchen konkreten Umständen eine unzulässige Abschaltvorrichtung 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 Europäischen Gerichtshofs auf die Verwendung des Fahrzeugs unter Fahrbedingungen abzustellen, wie sie im gesamten Unionsgebiet üblich sind (EuGH, Urt. v. 14.7.2022 – C-134/20, EuZW 2022, 1073, 1076).

Vorliegend ist zu Lasten der Beklagten von der Implementierung eines unzulässigen Thermofensters hinsichtlich der Abgasrückführung (AGR) einerseits und des Abgasnachbehandlungssystems mithilfe des SCR-Katalysators zur Reduktion von Stickoxiden andererseits bzw. einem entsprechenden Zusammenspiel des AGR-Systems sowie der Abgasnachbehandlung über eine temperaturabhängige Steuerung auszugehen. Zwischen den Parteien ist unstreitig, dass die Menge des im AGR-System zurückgeführten Abgases bei bestimmten Umgebungstemperaturen verringert wird. Ebenso steht zwischen den Parteien nicht im Streit, dass auch die SCR-Katalysator-Funktionalität jedenfalls bis zum Aufspielen des von der Beklagten entwickelten, die Funktionsweise des SCR-Katalysators betreffenden Software-Updates im Januar 2019 und damit noch nach dem Zeitpunkt des Fahrzeugerwerbs durch den Kläger im Mai 2017 von der Umgebungstemperatur und weiteren Parametern abhängig gewesen ist.

Nach Art. 3 Nr. 10 VO (EG) 715/2007 kann eine Abschaltvorrichtung schon dann vorliegen, wenn die Funktion nur eines beliebigen Teils des Emissionskontrollsystems in Abhängigkeit von bestimmten Parametern verändert und die Wirksamkeit des Emissionskontrollsystems unter den Bedingungen des normalen Fahrbetriebs verringert wird. Während in Bezug auf die Funktionsänderung auf Teile des Emissionskontrollsystems abgestellt werden kann, kommt es für die Wirkung der Funktionsänderung auf das Emissionskontrollsystem in seiner Gesamtheit an, etwa auf die kombinierte Wirkung von Abgasrückführung und Abgasreinigung. Maßstab für die Frage der Zulässigkeit einer Funktionsveränderung in Abhängigkeit von bestimmten Parametern ist nach Art. 3 Nr. 10 VO (EG) 715/2007 nicht die Einhaltung des Grenzwerts, sondern die Wirksamkeit des unverändert funktionierenden Emissionskontrollsystems unter den Bedingungen des normalen Fahrbetriebs. In diesem Zusammenhang bedarf es eines Vergleichs der Wirksamkeit des unverändert funktionierenden und derjenigen des verändert funktionierenden Gesamtsystems, und zwar jeweils unter den Bedingungen des normalen Fahrbetriebs im gesamten Unionsgebiet. Ob die Grenzwerte unter den Bedingungen des Neuen Europäischen Fahrzyklus (NEFZ) auch bei veränderter Funktion eingehalten würden ist hingegen mit Rücksicht auf den Wortlaut des Art. 3 Nr. 10 VO (EG) 715/2007 nicht von Bedeutung.

Die Prüfung im NEFZ lässt nur in Bezug auf die dabei wirksamen Emissionskontrollsysteme Prognosen für den gewöhnlichen Fahrbetrieb zu und auch das nur dann, wenn die Wirksamkeit der betreffenden Systeme im gewöhnlichen Fahrbetrieb nicht verringert wird. Art. 3 Nr. 10 VO (EG) 715/2007 knüpft an die Verringerung der Wirksamkeit des Emissionskontrollsystems in seiner Gesamtheit an und nicht an die Einhaltung der Grenzwerte im NEFZ. Dementsprechend ist eine Software für Dieselfahrzeuge, die die Wirkung des Emissionskontrollsystems bei üblichen Temperaturen und während des überwiegenden Teils des Jahres verringert, als eine unzulässige Abschaltvorrichtung zu qualifizieren (EuGH, a.a.O Rn. 47). Dementsprechend hat der Gerichtshof der Europäischen Union mit Urteil vom 17.12.2020 entschieden, dass ein „Thermofenster“ grundsätzlich eine unzulässige Abschaltvorrichtung im Sinne der Verordnung darstellt (vgl. EuGH, BeckRS 2020, 35477 Rn. 109 ff.).

Eine derart unzulässige Software hat die Beklagte bzw. deren Rechtsvorgängerin jedoch in dem streitgegenständlichen Fahrzeug implementiert. Dieses wurde von der ..., deren Rechtsnachfolgerin die Beklagte ist, mit einem Emissionskontrollsystem ausgestattet, welches in Abhängigkeit u. a. von Umgebungstemperatur (unterhalb 16°C), Umgebungsluftdruck (unterhalb 91 kPa) und Motorendrehzahl (oberhalb von 2.750 U/min) in seiner Wirkungsweise verringert wird. Die temperaturgesteuerte Emissionsminderung durch eine Abgasrückführung und eine Abgasreinigung, welche ausschließlich bei Temperaturen zwischen 16 Grad und 34 Grad Celsius zu 100 % erfolgt, stellt sich nach der maßgeblichen Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs demnach als unzulässig im Sinne der Verordnung (EG) Nr. 715/2007 dar. Das ergibt sich schon daraus, dass Umgebungstemperaturen von weniger als 15 Grad Celsius sowie das Fahren auf Straßen über 1.000 Höhenmetern im Unionsgebiet üblich sind (vgl. EuGH, Urt. V. 14.7.2022 – C-134/20, EuZW 2022, 1073, 1076 Rn.51).

1.3.

Die Beklagte hat dabei auch insoweit schuldhaft gehandelt, als es die hier verwendete zusätzliche temperaturabhängige Steuerung des Katalysators betrifft. Gemäß § 823 Abs. 2 BGB i.V.m. § 6 Abs. 1, § 27 Abs. 1 EG-FGV genügt ein fahrlässiger Verstoß für eine hierauf gestützte Haftung (BGH, NJW 2023, 2259 Rn. 38). Dabei handelt fahrlässig, wer die im Verkehr erforderliche Sorgfalt außer Acht lässt (§ 276 Abs. 2 BGB). Hiervon ist vorliegend im genannten Umfang auszugehen.

a)

Nach den Verkehrsgepflogenheiten wäre angesichts der Bedeutung der Verordnung für das Funktionieren des Binnenmarkts im Sinne harmonisierter Rechtsvorschriften und ein hohes Umweltschutzniveau (Erwägungsgrund 1 der Verordnung), aber auch für die korrekte Information von Verbrauchern und Anwendern (Erwägungsgrund 17 der Verordnung), eine eingehende Befassung der Beklagten mit den oben erörterten Bestimmungen der Verordnung (EG) Nr. 715/2007 und ihrem rechtlichen Rahmen erforderlich gewesen. Zwar trifft hinsichtlich des Verschuldens als anspruchsbegründender Voraussetzung gemäß § 823 Abs. 2 BGB gewöhnlich den Anspruchsteller die Darlegungs- und Beweislast (BGH, NJW 1985, 1774, 1775 m.w.N.). Jedoch muss derjenige, der objektiv ein Schutzgesetz verletzt hat, Umstände darlegen und erforderlichenfalls beweisen, die geeignet sind, die daraus folgende Annahme seines Verschuldens in Form einer Fahrlässigkeit auszuräumen. Insofern besteht eine von der objektiven Schutzgesetzverletzung ausgehende Verschuldensvermutung (BGH, NJW 2017, 886 Rn. 16; BGH, NJW 2023, 2259 Rn. 59). Dementsprechend muss der Fahrzeughersteller, wenn er eine Übereinstimmungsbescheinigung trotz der Verwendung einer unzulässigen Abschaltvorrichtung ausgegeben und dadurch §§ 6 Abs. 1, 27 Abs. 1 EG-FGV verletzt hat, Umstände darlegen und beweisen, die sein Verhalten ausnahmsweise nicht als fahrlässig erscheinen lassen.

b)

Diese Verschuldensvermutung vermochte die Beklagte in Bezug auf die parameterabhängige Steuerung des SCR-Systems nicht zu widerlegen.

aa)

Insbesondere kann sich die Beklagte vorliegend insoweit nicht darauf berufen, einem unentschuldigtem Verbotsirrtum unterlegen zu haben.

Der Fahrzeughersteller, der sich unter Berufung auf einen unvermeidbaren Verbotsirrtum entlasten will, muss sowohl den Verbotsirrtum als auch die Unvermeidbarkeit des Verbotsirrtums darlegen und beweisen. Nur ein auch bei Anwendung der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt unvermeidbarer Verbotsirrtum kann entlastend wirken, was voraussetzt, dass der Schädiger die Rechtslage unter Einbeziehung der höchstrichterlichen Rechtsprechung sorgfältig geprüft hat und er bei Anwendung der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt mit einer anderen Beurteilung durch die Gerichte nicht zu rechnen brauchte (BGH, NJW 2011, 3229, 3230 f. Rn. 12; NJW 2006, 3271, 3272 f. Rn. 19).

aaa)

Den Nachweis der Unvermeidbarkeit eines konkret dargelegten und im Falle des

Bestreitens des Geschädigten nachgewiesenen Verbotsirrtums kann der Fahrzeughersteller zum einen mittels einer tatsächlich erteilten EG-Typgenehmigung führen, wenn diese EG-Typgenehmigung die verwendete unzulässige Abschaltvorrichtung in allen ihren nach Art. 5 II VO (EG) 715/2007 maßgebenden Einzelheiten umfasst. Die EG-Typgenehmigung muss sich dann allerdings auf die Abschaltvorrichtung in ihrer konkreten Ausführung und auch unter Berücksichtigung festgestellter Kombinationen von Abschaltvorrichtungen erstrecken (BGH, NJW 2023, 2259 Rn 64). Eine derartige Konstellation ist vorliegend jedoch nicht gegeben. Denn dem KBA war bei Erlass der Typgenehmigung die genaue Wirkungsweise der im Fahrzeug verbauten Abschaltvorrichtungen nicht bekannt. Die Beklagte hat erst nach Bekanntwerden des sog. Dieselskandal des ... das KBA weitergehend über die Wirkungsweise der Abgasreinigung informiert und ein Software-Update für das Fahrzeug entwickelt. Auf der Grundlage dieser Informationen hat das KBA schließlich im Oktober 2018 den das Fahrzeug betreffenden Rückrufbescheid erlassen. Alleine dies macht schon deutlich, dass das KBA im Rahmen des Typenzulassungsverfahrens nicht umfassend über die genaue Wirkungsweise des Abgasreinigungssystems in dem betroffenen Fahrzeug informiert war. Überdies ergibt sich dies auch aus dem Vortrag der Beklagten selbst, die in der Klageerwiderung zwar unter Verweis auf ein Schreiben des ... vom 13.05.2015 (vgl. Anlage AOG 5, Bl. 401 ff. eA I) der Behauptung des Klägers entgegengetreten ist, dass sie im Rahmen der Typprüfung unzulässige Abschaltvorrichtungen verschwiegen und das KBA oder sonstige Genehmigungsbehörden getäuscht habe. Aus dem Schreiben selbst ergibt sich allerdings zugleich, dass entsprechend der damals geltenden Verordnung (EG) 692/2008, die insoweit keine detaillierten Temperaturvorgaben und Grenzwerte vorgegeben hatte, dabei nur das generelle Verhalten des EGR-Systems bei niedrigen Umgebungstemperaturen thematisiert worden ist (Anlage AOG 5, Bl. 401 eA I). Eine genaue Beschreibung der Emissionsstrategien wurde erst im Jahr 2016 mit der Verordnung (EU) 2016/646 eingeführt bzw. gefordert, d.h. nach der Erteilung der Typgenehmigung für das im Jahr 2015 erstmals zugelassene streitgegenständliche Fahrzeug.

bbb)

Gelingt der Nachweis des fehlenden Verschuldens auf diesem Wege – wie vorliegend – nicht, kann der Fahrzeughersteller zu seiner Entlastung zum anderen darlegen und erforderlichenfalls nachweisen, seine Rechtsauffassung von Art. 5 Art. 2 VO (EG) 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 NJW-RR 2017, 1004, 1005 Rn. 16).

Auch diesen Nachweis vermag die Beklagte vorliegend in Bezug auf das parametergesteuerte und dabei insbesondere temperaturabhängige Abgasnachbehandlungssystem (SCR-Katalysator) nicht zu führen.

Denn eine Entlastung auf dieser Grundlage setzt voraus, dass der Fahrzeughersteller nicht nur allgemein darlegt, dass die Behörde Abschaltvorrichtungen der verwendeten Art genehmigt hätte, sondern dass ihm dies auch unter Berücksichtigung der konkret verwendeten Abschaltvorrichtung in allen für die Beurteilung nach Art. 5 Art. 2 VO (EG) 715/2007 maßgebenden Einzelheiten gelingt (BGH NJW 2023, 2259, 2268 Rn. 66).

Während das KBA als die für die Typzulassung zuständige Behörde im Hinblick auf ein alleine die Abgasrückführung betreffendes Thermofenster, also die temperaturabhängige Steuerung des AGR-Systems, zum Zeitpunkt der Typgenehmigungserteilung für das streitgegenständliche Fahrzeug von der Zulässigkeit eines solchen Systems ausgegangen war, lässt sich dies im Hinblick auf die im hiesigen Fahrzeug zum Einsatz gebrachte temperaturabhängige Steuerung auch der Abgasnachbehandlung mittels des SCR-Katalysators nicht mit der erforderlichen Sicherheit feststellen, sodass die Beklagte insoweit hinsichtlich der Unvermeidbarkeit eines Verbotsirrtums und damit ihres fehlenden Verschuldens beweisfällig geblieben ist.

In Bezug auf ein einziges die Abgasrückführung betreffendes Thermofenster, wie es jedenfalls in Fahrzeugen ohne SCR-Katalysator häufig zum Einsatz gebracht wurde, hat das Kraftfahrt-Bundesamt jahrelang ausnahmslos den diesbezüglichen Einsatz von „Thermofenstern“ sämtlicher Fahrzeughersteller genehmigt und im Rahmen des Amtsermittlungsgrundsatzes auch keinen Grund zur Nachfrage bezüglich der konkreten Ausgestaltung der jeweils verbauten „Thermofenster“ gesehen. Darüber hinaus hat sich das KBA gegen den gerichtlichen Versuch der Deutschen Umwelthilfe, ein Vorgehen gegen diese „Thermofenster“ zu erzwingen, auch noch nach Erlass der oben zitierten Entscheidung des Gerichtshofs der Europäischen Union vom 17.12.2020, in dem dieser das „Thermofenster“ als eine grundsätzlich unzulässige Abschaltvorrichtung im Sinne der Verordnung beurteilt hat (vgl. EuGH, BeckRS 2020, 35477 Rn. 109 ff.), zur Wehr gesetzt und seine Rechtsauffassung bezüglich der Zulässigkeit einer solchen temperaturabhängigen Steuerung der Abgasrückführung aufrechterhalten und verteidigt

(vgl. VG Schleswig NVwZ 2023, 851 ff.). Aufgrund dieser eindeutigen, über viele Jahre gleichbleibenden Verwaltungspraxis des Kraftfahrt-Bundesamts erscheint es – wie auch in einer Reihe anderer vom Senat so entschiedenen Konstellationen (vgl. etwa Senat, Hinweisbeschluss vom 12.07.2023 – 7 U 127/22, BeckRS 2023, 17872) – naheliegend, dass ein Fahrzeughersteller zum Zeitpunkt des Inverkehrbringens des streitgegenständlichen Fahrzeugs hinsichtlich eines mit einem alleine das AGR-System beeinflussenden „Thermofensters“ ausgestatteten Fahrzeugs ohne zusätzlichen Einsatz eines parametergesteuerten Abgasnachbehandlungssystems auf eine entsprechende Anfrage vom KBA die Mitteilung erhalten hätte, dass die Verwendung eines solchen einzig die Abgasrückführungsrate betreffenden „Thermofensters“ zulässig sei, mit der Folge, dass die Annahme eines die Haftung des Herstellers ausschließenden unverschuldeten Verbotsirrtum gerechtfertigt ist (vgl. BGH, Urt. V. 26.06.2023 – VIa ZR 335/21 –, Rn. 65 ff.).

Hierauf kommt es im vorliegenden Verfahren indes nicht an, da sich das Emissionskontrollsystem in dem streitgegenständlichen Fahrzeug gerade nicht auf eine temperaturabhängige Steuerung der Abgasrückführung beschränkt, sondern auch die Abgasnachbehandlung über ein Thermofenster geregelt wird.

Jedenfalls im Hinblick auf die parameter- und temperaturabhängige Steuerung des Abgasnachbehandlungssystems über den SCR-Katalysator bzw. auf ein entsprechende Zusammenspiel einer solchen Steuerung des Abgasnachbehandlungssystems mit der AGR-Steuerung lässt sich eine derartige langjährige und gleichlaufende Verwaltungspraxis des KBA nicht ausmachen. Dementsprechend betraf auch etwa das zitierte Verfahren vor dem Verwaltungsgericht Schleswig alleine die Auffassung des KBA zur temperaturgesteuerten AGR (VG Schleswig NVwZ 2023, 851 ff.). Eine derartige fortwährende Rechtsauffassung der Zulassungsbehörde hinsichtlich der parameterabhängigen SCR-Steuerung wird von der Beklagten auch nicht vorgetragen. Im Gegenteil spricht der Umstand, dass das KBA nach einer weitergehenden Kenntniserlangung über die genaue Wirkungsweise der Abgasnachbehandlung mittels eines Thermofensters einen Rückruf für das Fahrzeug angeordnet hat, eindeutig dafür, dass eine Unbedenklichkeitsbescheinigung bzw. eine Genehmigung des Einsatzes einer derart funktionierenden Emissionsstrategie im SCR-Katalysator vorliegend nicht erteilt worden wäre. Wie das KBA in seinem Schreiben vom 12.04.2022 bestätigt hat, lag der Rückrufanordnung durch den Bescheid vom 17.10.2018 zugrunde, dass die Behörde von den unterschiedlichen Betriebsstrategien des Emissionsminderungssystems im streitgegenständlichen Fahrzeugtyp die von verschiedenen Parametern abhängige Reduzierung der Wirksamkeit des Abgasnachbehandlungssystems (SCR-Katalysators) als unzulässige

Abschalteinrichtung bewertet hat, nachdem die durch dieses System bewirkte Emissionsreduktion auch unter üblichen Bedingungen des normalen Fahrzeugbetriebs ohne hinreichende Begründung reduziert wurden (Anlage BK 2, Seite 1, Bl. 96 f. eA II). Anders als in den oben aufgeführten Konstellationen, in denen alleine die Wirkungsweise der Abgasrückführung mittels eines Thermofensters zur Beurteilung stand, hat das KBA das vorliegende Emissionsminderungssystem damit bereits im Jahr 2018 und demzufolge schon vor der aufgeführten Entscheidung des Gerichtshofs der Europäischen Union aus dem Jahr 2020, wonach ein „Thermofenster“ grundsätzlich eine unzulässige Abschaltvorrichtung im Sinne der Verordnung (EG) Nr. 715/2007 darstellt (EuGH, Urt. v. 17.12.2020, C-398/18, BeckRS 2020, 35477), als unzulässige Abschalteinrichtung bewertet und dabei darauf abgestellt, dass dieses außerhalb des Umgebungstemperaturbereichs von 17 °C bis 33 °C und unterhalb eines Umgebungsdrucks von 91,5 kPa sowie oberhalb bestimmter Drehzahlen eine nur eingeschränkte Wirksamkeit entfalte (Anlage BK 2, Bl. 96 f. eA II).

Eine andere Beurteilung rechtfertigt sich auch nicht daraus, dass die Beklagte unter Beweisantritt vorgetragen hat, dass hinsichtlich des streitgegenständlichen B20-Motors mit SCR-Katalysator das temperaturabhängige Verhalten und die Funktionsweise der Urea-Eindüsung mit dem ... (als Beliehener des Kraftfahrt-Bundesamts) im Rahmen des Typgenehmigungsverfahrens im Detail mitgeteilt, eingehend erörtert worden und beanstandungsfrei geblieben seien, woraus deutlich werde, dass die zuständige Typgenehmigungsbehörde hinreichende Kenntnis von der Funktionsweise der Emissionskontrollsysteme gehabt habe und diese für mehrere Jahre, in einigen Fällen bis heute, unbeanstandet gelassen und zum Teil deren Zulässigkeit ausdrücklich bestätigt habe. Dementsprechend sei – so die Beklagte – darauf zu schließen, dass die Typgenehmigungsbehörden die Zulässigkeit des streitgegenständlichen Emissionskontrollsystems im Oktober 2015 auch auf hypothetische Nachfrage bestätigt hätten (vgl. S. 10 ff. Schriftsatz der Beklagten vom 11.09.2023, Bl. 373 ff. eA II). Auch dieser Vortrag vermag den Vorwurf der Fahrlässigkeit jedoch nicht zu entkräften. Selbst wenn das Vorbringen zuträfe, ließe sich hieraus nicht mit hinreichender Sicherheit darauf schließen, dass das KBA bei Kenntnis der genauen Funktionsweise des kompletten Emissionskontrollsystems und der genauen Wechselwirkung der verschiedenen Emissionskontrolltechnologien eine entsprechende Unbedenklichkeitsbescheinigung erteilt hätte. Solche nicht auszuräumende Zweifel verbleiben schon deshalb, weil das KBA im weiteren Verlauf einen verbindlichen Rückruf für das Fahrzeug angeordnet hat, nachdem die Beklagte die Behörde weitergehend über die im Fahrzeug verbauten Steuerungssysteme und deren Wirkungsweise unterrichtet hatte. Diese Restzweifel gehen damit zulasten der

beweisbelasteten Beklagten.

bb)

Dem Fahrlässigkeitsvorwurf steht auch nicht die vom Erstgericht im Rahmen der Prüfung der Sittenwidrigkeit im Sinne von § 826 BGB ausgemachte Verhaltensänderung der Beklagten entgegen.

aaa)

Zwar kann eine solche Verhaltensänderung eines Fahrzeugherstellers vor dem Abschluss des Kaufvertrags nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs und entsprechend der Schlussfolgerung des Erstgerichts nicht nur den Sittenwidrigkeitsvorwurf entfallen lassen (BGH, Urt. v. 23.09.2021 – III ZR 200/20, NJW 2021, 3725 Rn. 18), sondern auch einen etwaigen Verschuldensvorwurf im Zusammenhang mit Ansprüchen aus § 823 Abs. 2 BGB i.V.m. einer Schutzgesetzverletzung, wie insbesondere auch §§ 6 Abs. 1, 27 Abs. 1 EG-FGV, entkräften. Hat der Fahrzeughersteller die Verwendung einer unzulässigen Abschaltvorrichtung in einer Art und Weise bekanntgegeben, die eine allgemeine Kenntnisnahme erwarten lässt, und hat er eine Beseitigung der betreffenden Abschaltvorrichtung allgemein, d.h. insbesondere nicht nur für neue, sondern auch für gebrauchte Kraftfahrzeuge veranlasst, kann ihm unter Umständen der Vorwurf einer fahrlässigen Schädigung solcher Käufer nicht mehr gemacht werden, die ein Fahrzeug nach der Verhaltensänderung des Herstellers gekauft haben (BGH, Urt. v. 26. Juni 2023 – VIa ZR 335/21, NJW 2023, 2259 Rz. 61). Demnach kann der Vorwurf einer deliktischen Schädigung durch das Inverkehrbringen eines mit einer unzulässigen Abschaltvorrichtung versehenen Fahrzeugs ohne Rücksicht auf die einen deliktischen Schadensersatzanspruch rechtfertigende Anspruchsgrundlage durch eine Verhaltensänderung des Fahrzeugherstellers insgesamt ausgeräumt werden. (vgl. BGH, Urt. v. 10.7.2023 – VIa ZR 1119/22 = BeckRS 2023, 18668, Rn. 15 f.). Voraussetzung hierfür ist jedoch, dass der Fahrzeughersteller sein Verhalten bis zum maßgeblichen Zeitpunkt nach außen erkennbar im Sinne eines grundlegenden Strategiewechsels maßgeblich geändert hat. Ein derartiger grundlegender Strategiewechsel ist etwa anzunehmen, wenn ein Fahrzeughersteller seine strategische unternehmerische Entscheidung, im eigenen Kosten- und Gewinninteresse das KBA und letztlich die Fahrzeugkäufer zu täuschen, durch die Strategie ersetzt, an die Öffentlichkeit zu treten, Unregelmäßigkeiten einzuräumen und in Zusammenarbeit mit dem KBA Maßnahmen zur Beseitigung des gesetzwidrigen Zustandes zu erarbeiten, um die Gefahr einer Betriebsbeschränkung oder -untersagung zu bannen (BGH, Urt. v. 30.07.2020 - VI ZR 5/20 -, Rn. 37, juris).

bbb)

Eine solche den Verschuldensvorwurf entkräftende Verhaltensänderung der Beklagten lässt sich vorliegend indes nicht feststellen.

(1)

Insoweit ist zunächst zu berücksichtigen, dass in den von der Beklagten vorgelegten öffentlichen Informationen, mittels denen diese ab Dezember 2015 an die Öffentlichkeit herangetreten war, zunächst keine Rede von möglichen unzulässigen Abschalteinrichtungen war. Auch wurde nicht auf etwaige Abweichungen des Emissionsausstoßes im Prüfbetrieb und im realen Straßenbetrieb oder sonstige Unregelmäßigkeiten hingewiesen.

Vielmehr informierte die Beklagten in der als Anlage AOG-6 (Bl. 404 f. eA I) vorgelegten Pressemitteilung vom 15.12.2015 zunächst lediglich unter anderem darüber, dass die Arbeit an einer Euro-6-SCR-Verbesserung hinsichtlich künftiger Vorgaben der RDE-Richtlinien begonnen habe und auch für bereits auf der Straße befindliche Fahrzeuge eine freiwillige Serviceaktion für Kunden geplant sei, durch die die Kunden ab Sommer 2016 eine Verbesserung der Software-Kalibrierung ihrer Fahrzeuge erhalten sollten. Entsprechendes gilt im Hinblick auf die nachfolgende Pressemitteilung der Beklagten vom 29.03.2016, durch welche die Beklagte weitere Details zu ihrer damals geplanten freiwilligen Serviceaktion bekannt gegeben hat (vgl. Anlage AOG-7, Bl. 406 f. eA I). Auch in der darauffolgenden, unter anderem auch an alle „Opel Partner“ gerichteten Pressemitteilung vom 25.04.2016 wurde zwar auf die Serviceaktion für Neu- und Gebrauchtfahrzeuge hingewiesen, dabei jedoch als Hintergrund der Maßnahme lediglich das Ziel der „Verbesserung der NOx-Emissionen“ als „freiwilliger und erster früher Zwischenschritt“ in Richtung der für das Folgejahr vorgesehenen Einführung des RDE-Tests angeführt (Anlage AOG-8, Bl. 408 eA I).

Demgegenüber hat die Beklagte in der erstmals im Berufungsverfahren vorgelegten Pressemitteilung vom 17.05.2016 (Anlage AOG-18, Bl. 155 eA II) sowie der nachfolgenden Pressemitteilung vom 20.05.2016 (Anlage AOG-19, Bl. 156 ff.) dann auch – soweit ersichtlich – erstmals zu den Vorwürfen der Verwendung unzulässiger Abschalteinrichtungen und einer möglichen Täuschung des KBA sowie zu Berichten und Messungen der DUH und anderen Einrichtungen öffentlich Stellung genommen. Dabei hat die Beklagte insbesondere auch dargelegt, dass ihr Emissionskontrollsystem anhand einer Vielzahl von Parametern, wie unter anderem Temperatur, Luftdruck, Drehzahl und Geschwindigkeit, kalibriert sei. Dem Vorwurf der Implementierung einer unzulässigen Abschalteinrichtung bzw. dem Einsatz einer illegalen Software hat die Beklagte dabei jedoch entschieden widersprochen und unter anderem darauf

hingewiesen, dass die anderslautenden Schlussfolgerungen auf einem fehlenden Verständnis physikalischer Gesetzmäßigkeiten und auf „irreführende Berichterstattungen“ beruhen würden.

Diese Äußerungen der Beklagten sind für sich gesehen nicht geeignet, einen Verschuldensvorwurf durch eine „Verhaltensänderung“ entfallen zu lassen. Es lässt sich alleine durch diese keine Verhaltensänderung der Beklagten als Fahrzeugherstellerin feststellen, die wesentliche Elemente, die das Unwerturteil ihres bisherigen Verhaltens gegenüber bisherigen Käufern begründeten, derart relativieren würden, dass der Vorwurf einer deliktischen Schädigung ohne Rücksicht auf die einen deliktischen Schadensersatzanspruch rechtfertigende Anspruchsgrundlage insgesamt ausgeräumt würde. Der Senat verkennt dabei nicht, dass es für ein aus einer Verhaltensänderung folgendes Entfallen des Verschuldens- oder Sittenwidrigkeitsvorwurfs weder erforderlich ist, dass die Informationen des Fahrzeugherstellers auch jeden potentiellen Käufer erreichen noch, dass der Hersteller dabei etwaige gegen ihn erhobene Kritik teilt, ein Schuldeingeständnis abgibt oder seine Emissionskontrollsysteme gar selbst öffentlich für rechtswidrig erklärt (vgl. BGH NJW 2020, 2798 Rz. 38).

Gleichwohl genügen die vor dem Abschluss des streitgegenständlichen Vertrags veröffentlichten Äußerungen der Beklagten nicht, um einen Verschuldensvorwurf entfallen zu lassen. Insofern ist zunächst festzustellen, dass sich die dargestellte Informationsstrategie der Beklagten erheblich von der der ... nach Bekanntwerden des ... unterscheidet. So gab die ... am 22.9.2015 eine Ad-hoc-Mitteilung und eine gleichlautende Pressemitteilung heraus, in der sie „Unregelmäßigkeiten“ in Bezug auf die verwendete Software bei Dieselmotoren vom Typ EA189 einräumte, die in weltweit mehr als elf Mio. Fahrzeugen verbaut seien. Dabei sprach sie in der Mitteilung von einer „auffälligen Abweichung“ zwischen Prüfstandswerten und realem Fahrbetrieb sowie davon, an der Beseitigung dieser Abweichungen mit technischen Maßnahmen zu arbeiten und hierzu im Kontakt mit den zuständigen Behörden und dem KBA zu stehen (BGH, a.a.O. Rn. 35; Mitteilung abrufbar unter <https://www.eqs-news.com/de/news/adhoc/volkswagen-ag-volkswagen-ag-informiert/899395>). Zudem ist dem Senat aus anderen Verfahren gerichtsbekannt (§ 291 ZPO), dass sie auf ihrer Website einen Link zu einer Suchmaschine freischaltete, mit deren Hilfe durch Eingabe der Fahrzeugidentifizierungsnummer (FIN) festgestellt werden konnte, ob ein konkretes Fahrzeug mit der beanstandeten Motorsteuerungssoftware ausgestattet war (vgl. auch BGH a.a.O.).

Wenngleich eine derart weitreichende Offenbarung für ein Entfallen des Schuldvorwurfs nicht zwingend erforderlich ist und sich der Sachverhalt von dem vorliegenden auch

erheblich unterscheidet, genügen die von der Beklagten getätigten Informationen gleichwohl nicht, um eine den Verschuldensvorwurf revidierende Verhaltensänderung darzustellen. Die Äußerungen der Beklagten waren objektiv ungeeignet, das Vertrauen potentieller Käufer von Gebrauchtwagen mit dem betroffenen Motor in eine vorschriftsgemäße Abgastechnik zu zerstören und eine diesbezügliche Arglosigkeit zu beseitigen. Denn bis auf die beiden Pressemitteilungen vom 17. und 20. Mai 2016 erfolgten alle Informationen über die geplante Servicemaßnahme praktisch ohne jeden Bezug zu einer möglichen Unzulässigkeit des Emissionskontrollsystems. In den bis dahin veröffentlichten Pressemitteilungen vom 15.12.2015, 29.03.2016 und vom 25.04.2016 war an keiner Stelle die Rede davon, dass in Fahrzeugen des Konzerns der Beklagten als möglicherweise unzulässig einzustufende Abschaltvorrichtungen zum Einsatz kämen. Hinzu kommt, dass in den Mitteilungen wiederholt die Begrifflichkeiten „freiwillig“, „Verbesserung“, „frühzeitig“ etc. verwendet wurden, wodurch sich einem Leser der Mitteilungen auch nicht sonst der Eindruck aufdrängen musste, dass das geplante Software-Update im Zusammenhang mit der Verbauung einer (möglichen) unzulässigen Abschaltvorrichtung stehen könnte. Vielmehr hat die Beklagte den Eindruck erweckt, insofern aus rein eigenem Antrieb mit dem Ziel der Zukunftsoptimierung und der Verbesserung der Emissionssysteme im Hinblick auf künftige Anforderungen zu handeln. Auch wurde mit keinem Wort auf etwaige Abweichungen des Emissionsausstoßes im Prüfbetrieb und im realen Straßenbetrieb oder sonstige mögliche Unregelmäßigkeiten im Emissionskontrollsystem der Fahrzeuge der Beklagten hingewiesen.

Aber auch in den beiden Pressemitteilungen vom 17. und 20. Mai 2016 wird ein solcher Bezug der eingeleiteten Maßnahmen zu möglichen Abschaltvorrichtungen in den Fahrzeugen der Beklagten nicht hinreichend aufgezeigt. Zwar wurde in diesen Stellungnahmen erstmals auf erfolgte Emissionsmessungen Dritter und in diesem Zusammenhang erhobene Vorwürfe eingegangen. Die Beklagte hat diese Vorwürfe jedoch zugleich entschieden zurückgewiesen wurden und dabei erneut unterstrichen, dass Ziel der eingeleiteten Maßnahmen die Verbesserung der Motoren sei. Dass das damals geplante Software-Update für die bereits verkauften Fahrzeuge deshalb entwickelt wurde, um eine mögliche Betriebsbeschränkung oder gar -untersagung abzuwenden und möglicherweise als illegal einzustufende Abschaltvorrichtungen aus der Fahrzeugsteuerungssoftware zu entfernen, ließ sich auch diesen Veröffentlichungen nicht ohne Weiteres entnehmen und musste sich einem Leser jedenfalls nicht aufdrängen. Bis auf den Hinweis auf eine vielfältige Parameterabhängigkeit des Emissionskontrollsystems hat die Beklagte auch dessen Funktionsweise nicht eingehender dargestellt und der Öffentlichkeit damit auch nicht die Möglichkeit gegeben,

die Wirkungsweise des Abgasreduktionssystems einigermaßen nachvollziehen zu können.

(2)

Eine andere Beurteilung ergibt sich auch nicht daraus, dass die Beklagte zum Zeitpunkt des Fahrzeugerwerbs durch den Kläger bereits im Hinblick auf die Steuerung des Emissionskontrollsystems ein Software-Update entwickelt und Abstimmungen mit dem KBA zu dessen Genehmigung aufgenommen hatte, welche in der Folge auch erteilt wurde. Dies ergibt sich bereits daraus, dass zu dem für die Beurteilung des Verschuldens maßgeblichen Zeitpunkt des Fahrzeugerwerbs durch den Kläger im Mai 2017 noch nicht mit hinreichender Sicherheit abschätzbar war, ob das Update durch das KBA tatsächlich genehmigt werden würde. Wie die Beklagte selbst vorgetragen hat (vgl. S. 10 der Berufungserwiderung, Bl. 148 d.A.), hat sie nach der Vorstellung des von ihr entwickelten Software-Updates gegenüber dem KBA im Frühjahr 2016 gemeinsam mit dem TÜV und dem KBA noch intensive Prüfungen des Updates durchführen müssen, bevor das Update schließlich im Februar 2018 durch das KBA freigegeben wurde. Im Übrigen war die (fachkundige) Öffentlichkeit zum Zeitpunkt des Fahrzeugkaufs auch bereits deshalb nicht in der Lage, einigermaßen verlässlich abzuschätzen, ob das Update genehmigt werden und inwiefern dadurch auf die Fahrzeug-Software eingewirkt würde, weil die Beklagte – wie ausgeführt – konkrete Details hierzu der Öffentlichkeit nicht mitgeteilt hatte, sondern nur allgemein auf die geplante Maßnahme als solches und ihr Ziel der Verbesserung des Motors hingewiesen hatte.

1.4.

Der Umstand war auch kausal für die Kaufentscheidung des Klägers. Zur Erwerbskausalität kann sich die Klagepartei bei der Inanspruchnahme der Beklagten nach § 823 Abs. 2 BGB i.V.m. §§ 6 Abs. 1, 27 Abs. 1 EG-FGV auf den Erfahrungssatz stützen, dass sie den Kaufvertrag zu diesem Kaufpreis nicht geschlossen hätte (vgl. BGH NJW 2021, 3041 Rn. 21). Für die Anwendung eines solchen Erfahrungssatzes ist nicht von Bedeutung, ob dem Käufer bei dem Erwerb des Kraftfahrzeugs die vom Fahrzeughersteller ausgegebene unzutreffende Übereinstimmungsbescheinigung vorgelegen und ob er von deren Inhalt Kenntnis genommen hat (BGH, Urt. v. 26.06.2023 – VIa ZR 335/21, NJW 2023, 2259 Rn. 55-57).

Anders als die Beklagte meint (vgl. etwa S. 14 f. d. Schriftsatzes vom 11.09.2023, Bl. 377 f. eA II), steht der Feststellung der Erwerbskausalität auch nicht entgegen, dass die Beklagte bereits vor Abschluss des Kaufvertrags die Öffentlichkeit über die geplante Verbesserung des Emissionskontrollsystems des streitgegenständlichen Fahrzeugtyps informiert hatte. Dieser Auffassung der Beklagten ist unter Verweis auf die vorstehenden

Ausführungen zur Beurteilung der „Verhaltensänderung“ der Beklagten entgegenzutreten. Wie ausgeführt reichte die Informationspolitik der Beklagten damals gerade (noch) nicht so weit, dass die Kundschaft der Beklagten mit der Verbauung einer unzulässigen Abschaltvorrichtung im Fahrzeug hätten rechnen müssen und nicht mehr auf die Zulässigkeit des im Fahrzeug vorhandenen Emissionskontrollsystems hätte vertrauen dürfen, zumal auch das KBA dieses bis dahin noch nicht beanstandet hatte.

1.5.

Der Kläger hat demnach einen Anspruch auf Erstattung des Vermögensschadens im Sinne der Differenzhypothese. Der Geschädigte wird durch die Gewährung des Differenzschadens wegen der Enttäuschung des Käufervertrauens so behandelt, als wäre es ihm in Kenntnis der wahren Sachlage und der damit verbundenen Risiken gelungen, den Vertrag zu einem niedrigeren Preis abzuschließen. Sein Schaden liegt daher in dem Betrag, um den er den Kaufgegenstand mit Rücksicht auf die mit der unzulässigen Abschaltvorrichtung verbundenen Risiken zu teuer erworben hat. Die damit einhergehende, zeitlich nicht absehbare Unsicherheit, das erworbene Kraftfahrzeug jederzeit seinem Zweck entsprechend nutzen zu dürfen, setzt den objektiven Wert des Kaufgegenstands im maßgeblichen Zeitpunkt der Vertrauensinvestition des Klägers bei Abschluss des Kaufvertrags herab, weil schon in der Gebrauchsmöglichkeit als solcher ein geldwerter Vorteil liegt (BGH, Urt. v. 26.06.2023 – VIa ZR 335/21, NJW 2023, 2259 Rn. 40 f).

Die Bemessung des Schadens erfolgt dabei gemäß § 287 Abs. 1 Satz 1 ZPO unter Würdigung aller Umstände. Nach § 287 Abs. 1 S. 1 ZPO hat der Tatrichter die Höhe des Schadens unter Würdigung aller Umstände nach freier Überzeugung zu schätzen. Hierbei ergibt sich aus unionsrechtlichen Vorgaben die Begrenzung der Schadensschätzung innerhalb einer Bandbreite zwischen 5% bis 15% des gezahlten Kaufpreises (BGH a.a.O. Rn. 73 f.). Bei der Schätzung des Schadens innerhalb dieses Rahmens sind für die insofern maßgebliche Bestimmung des objektiven Werts des Fahrzeugs die mit der Verwendung einer unzulässigen Abschaltvorrichtung verbundenen Nachteile, insbesondere das Risiko behördlicher Anordnungen, sowie der Umfang in Betracht kommender Betriebsbeschränkungen und die Eintrittswahrscheinlichkeit solcher Beschränkungen zu berücksichtigen. Maßgebend ist dabei eine auf den Zeitpunkt des Vertragsschlusses bezogene Betrachtung. Zur Einholung eines Sachverständigengutachtens ist der Tatrichter bei seiner Schätzung innerhalb des genannten Rahmens nicht gehalten (BGH a.a.O., Rn. 78).

Vorliegend schätzt der Senat den Schaden auf 5% des Kaufpreises. Im maßgeblichen Zeitpunkt des Vertragsschlusses am 12.05.2017 war das Risiko von Auflagen,

insbesondere einer vollständigen Betriebsuntersagung, seitens der Behörden vergleichsweise gering. Insofern ist zu berücksichtigen, dass es sich bei im Fahrzeug des Klägers verbauten Abschaltvorrichtung in Gestalt einer parameterabhängigen Steuerung sowohl des AGR-Systems wie auch vor allem des SCR-Systems um die Wirkungsweise der Software zur Steuerung des Motors bzw. des Emissionskontrollsystems gehandelt hat, sodass von Anfang an klar gewesen ist, dass möglichen Beanstandungen durch eine – stets mögliche – Neuprogrammierung des Steuerungssystems entgegengewirkt werden könnte. Dementsprechend hat die Beklagte bereits unmittelbar nach Aufkommen des ... im Herbst 2015, und damit lange vor dem hiesigen Vertragsschluss im Mai 2017, mit der Entwicklung eines entsprechenden Software-Updates zur wirksameren Reduktion der NOx-Emissionen begonnen und in der Folge eine Umrüstungsaktion gegenüber ihren Kunden gestartet. Mit dem Bescheid vom 17. Oktober 2018 ordnete das KBA dann einen verbindlichen Rückruf zum Aufspielen jenes Updates an. Damit hat sie den Besitzern der betroffenen Fahrzeuge zwar gewisse Unannehmlichkeiten auferlegt, jedoch gerade keine Nutzungsuntersagung verhängt und diesen auf der Grundlage durch die Beklagten ergriffenen Maßnahmen einen Weg zur uneingeschränkten Weiternutzung ihrer Fahrzeuge geebnet. Nachdem die Klagepartei das Update hat aufspielen lassen, konnte sie das Fahrzeug demnach auch zu jedem Zeitpunkt innerhalb der eigenen Besitzzeit uneingeschränkt in der beabsichtigten Weise nutzen.

Im Ergebnis beläuft sich der Schaden des Klägers hiernach auf 975,00 €.

1.6.

Der Anspruch ist vorliegend nicht nach den Grundsätzen des schadensrechtlichen Vorteilsausgleichs zu kürzen.

a)

Entgegen der Auffassung der Beklagten gilt dies zunächst im Hinblick auf das zwischenzeitlich erfolgte Aufspielen des von der Beklagten entwickelten und vom KBA genehmigten Software-Updates. Zwar schließt der Umstand, dass für die Schätzung des Differenzschadens auf den Zeitpunkt des Vertragsschlusses abzustellen ist, eine schadensmindernde Berücksichtigung später eintretender Umstände im Wege der Vorteilsausgleichung nicht aus (BGH, NJW-RR 2022, 1033 Rn. 17). Demzufolge kann auch ein nach Erwerb des Fahrzeugs auf dieses aufgespieltes Software-Update zu einer Schadensminderung führen. Dies kommt allerdings nur in Betracht, wenn und soweit das Update die Gefahr von Betriebsbeschränkungen signifikant reduziert, was wiederum nur dann der Fall sein kann, wenn das Update nicht seinerseits eine unzulässige Abschaltvorrichtung beinhaltet. Die Beweislast trägt dabei der Hersteller

(BGH, Urt. v. 06.07.2021 – VI ZR 40/20, BGHZ 230, 224, Rn. 24; Urt. v. 26.06.2023 – VIa ZR 335/21, NJW 2023, 2259 Rn. 80).,

Dass das auf das Fahrzeug aufgespielte Update seinerseits keine unzulässige Abschaltvorrichtung beinhaltet bzw. seinerseits bewirkt hat, dass die in dem Fahrzeug jedenfalls ursprünglich vorhandene(n) unzulässige(n) Abschaltvorrichtung(en) vollständig entfernt wurde(n), sodass das betroffene Emissionskontrollsystem nunmehr nicht mehr als unzulässige Abschaltvorrichtung im Sinne von Art. 5 Abs. 2 Satz 1 VO (EG) 715/2007 einzustufen ist, erscheint indes zweifelhaft. Denn die Beklagte legt schon nicht näher dar, wie das Update konkret auf die Steuerung des Emissionskontrollsystems Einfluss genommen hat. Sie hat hierzu lediglich vorgetragen, dass es sich bei dem Update um eine softwarebasierte Optimierung der Parametrierung des Emissionskontrollsystems handele, mit der aufgrund seit Produkteinführung gewonnener Erkenntnisse über die Systemgrenzen einzelne Parameter des Kontrollsystems weiter gefasst worden seien, als dies bei der viele Jahre zurückliegenden ursprünglichen Entwicklung des Systems der Fall gewesen wäre (vgl. Klageerwiderung vom 22.11.2021 Rn. 23, Bl. 375 eA I). Zugleich hat die Beklagte vorgetragen, dass die Umgebungstemperatur ein wesentlicher Parameter des Emissionskontrollsystems sei (Klageerwiderung Rn. 16, Bl. 372 eA I).

Demnach ist jedenfalls nicht auszuschließen, dass auch das auf das Fahrzeug des Klägers aufgespielte Software-Update eine temperaturabhängige Steuerung der Abgaskontrolle in Gestalt eines Thermofensters beinhaltet. Dessen Zulässigkeit ist indes im Hinblick auf die Rechtsprechung des Gerichtshofs der Europäischen Union, der eine solche Vorrichtung grundsätzlich als unzulässige Abschaltvorrichtung im Sinne von Art. 5 Abs. 2 Satz 1 VO (EG) 715/2007 ansieht (vgl. EuGH, Urt. v. 17.12.2020, C-398/18 = BeckRS 2020, 35477 Rn. 109 ff.), fraglich. Ein gegenteiliger Befund lässt sich dabei auch nicht aus der Freigabeerteilung für das Update durch den Bescheid des KBA vom 16.02.2018 gewinnen. Soweit darin festgehalten ist, dass die vorhandenen Abschaltvorrichtungen als zulässig eingestuft worden seien, könnte dies etwa darauf zurückzuführen sein, dass das KBA solche Thermofenster lange Zeit als rechtmäßig erachtet und vielfach gebilligt hat und die Beurteilung überdies vor der oben zitierten Entscheidung des Europäischen Gerichtshofs aus dem Jahr 2020 erfolgte, zumal die Behörde ihre Rechtsauffassung – wie bereits ausgeführt – auch noch in der Folgezeit jedenfalls bei fehlender Grenzwertkausalität der Abschaltvorrichtung aufrechterhalten und verteidigt hat. Spätestens seit der Entscheidung des Bundesgerichtshofs vom 26.6.2023 erscheint es indes fraglich, ob eine – auch weit gefasste – temperaturabhängige Steuerung des Emissionskontrollsystems tatsächlich als zulässig zu erachten wäre (BGH, NJW 2023, 2259 Rn. 51). Im Ergebnis verbleibt vorliegend

zumindest eine erhebliche rechtliche Unsicherheit, die aufgrund der Beweislastverteilung zulasten der Beklagten geht, sodass eine signifikante Werterhöhung durch das Software-Update nicht festzustellen ist und eine schadensmindernde Berücksichtigung nachträglich eingetretener Vorteile ausscheidet (vgl. auch OLG Hamm Urt. v. 10.8.2023 – 18 U 168/22 = BeckRS 2023, 23297 Rn. 18).

Insofern kann auch dahingestellt bleiben, ob im Falle einer zwischenzeitlichen Weiterveräußerung des Fahrzeugs nach Aufspielen eines Software-Updates, wie sie vorliegend erfolgte, eine schadensmindernde Berücksichtigung im Wege der Vorteilsausgleichung nicht sowieso auszuschließen hat (so OLG Karlsruhe, Urt. v. 22.8.2023 – 8 U 271/21 = BeckRS 2023, 21332 Rn. 77).

b)

Eine Vorteilsanrechnung kommt auch nicht aufgrund der Nutzung des Fahrzeugs durch den Kläger als Fortbewegungsmittel sowie des durch den Weiterverkauf erzielten Verkaufserlöses in Betracht. Denn Nutzungsvorteile und der Restwert des Fahrzeugs sind bei der Geltendmachung des Differenzschadens erst dann und nur insoweit schadensmindernd anzurechnen, als sie den Wert des Fahrzeugs bei Abschluss des Kaufvertrags (gezahlter Kaufpreis abzüglich Differenzschaden = vorliegend: 18.525 €) übersteigen (BGH, Urt. v. 26.06.2023 – VIa ZR 335/21, NJW 2023, 2259, 2270).

Der Kläger hat das Fahrzeug zu einem Preis in Höhe von 7.500 € veräußert, was den Restwert hinreichend belegt. Zuzüglich der anzurechnenden Nutzungsvorteile unter Berücksichtigung der eigenen Gesamtfahrstrecke von 62.500 km (Kilometerstand beim Kauf: 7.500 km, beim Weiterverkauf: 70.000 km, vgl. Bl 39 eA II) übersteigt die Summe des Restwertes und der Gebrauchsvorteile selbst bei Annahme einer vom Senat für realistisch gehaltenen zu erwartenden Gesamtlauflistung von 250.000 km den Wert des Fahrzeugs bei Abschluss des Kaufpreises nicht, sodass ein Vorteilsausgleich nicht zu berücksichtigen ist.

2.

Dem Kläger steht daneben gemäß § 291 BGB ein Zinsanspruch für den begründeten Teil der Klage ab dem geltend gemachten Zeitpunkt der Rechtshängigkeit zu. Daneben besteht als Teil des insgesamt geltend gemachten Schadensersatzanspruchs ein Anspruch auf Freistellung von den außergerichtlich angefallenen Anwaltskosten in Höhe einer 1,3 Gebühr aus dem Wert des Obsiegens des Klägers nebst Auslagenpauschale und Mehrwertsteuer in Höhe von 16%, mithin einem Betrag in Höhe von 143,84 €.

3.

Entgegen der Auffassung des Klägers (vgl. S. 4 d. Schriftsatzes v. 08.08.2023, Bl. 346

eA II) ist eine Vorlage an den Europäischen Gerichtshof nicht angezeigt. Die vom Bundesgerichtshof in seiner Entscheidung vom 26.06.2023 aufgestellten Kriterien zur Schadensberechnung (BGH, NJW 2023, 2259, 2269 Rn. 71 ff.) stellen keinen Verstoß gegen den europarechtlichen Effektivitätsgrundsatz dar.

B.

Im Übrigen ist die Berufung unbegründet. Weitergehende Ansprüche stehen dem Kläger unter keinem rechtlichen Gesichtspunkt zu.

1.

Kaufvertragliche Ansprüche des Klägers gegen die Beklagte bzw. vertragliche oder quasivertragliche Schadensersatzansprüche bestehen offenkundig nicht und werden vom Kläger auch nicht geltend gemacht, nachdem die Beklagte an dem vom Kläger mit der ... geschlossenen Kaufvertrag über das Fahrzeug nicht beteiligt war und auf den Vertragsschluss auch keinen Einfluss genommen hat.

2.

Dem Kläger steht auch kein Schadensersatzanspruch aus §§ 826, 31 BGB zu, der im Falle des Bestehens einen höheren Schadensersatzbetrag als den vorstehend festgestellten Differenzschaden hätte rechtfertigen können. Die entsprechenden Feststellungen des Landgerichts sind nicht zu beanstanden, sodass auf diese Bezug genommen wird und im Folgenden lediglich ergänzende Erwägungen getätigt werden.

a)

Dem Anspruch steht zunächst entgegen, dass das Vorbringen des Klägers schon zur schlüssigen Darstellung der objektiven Sittenwidrigkeit i.S.v. § 826 BGB nicht ausreicht. Der das hiesige Fahrzeug betreffende Rückrufbescheid des Kraftfahrt-Bundesamts vermag hieran nichts zu ändern (vgl. OLG Köln Beschl. v. 21.3.2022 – 22 U 35/20, BeckRS 2022, 12855; OLG Bamberg Beschl. v. 18.1.2023 – 3 U 161/22, BeckRS 2023, 3006; OLG Jena Urt. v. 6.12.2022 – 7 U 1357/21, BeckRS 2022, 38597; OLG Schleswig, Beschl. v. 14.4.2022 – 7 U 190/21, BeckRS 2022, 8917; OLG München Beschl. v. 30.6.2021 – 27 U 1964/21, BeckRS 2021, 52562 sowie Beschl. v. 17.6.2021 – 21 U 1860/21, BeckRS 2021, 52557; OLG Koblenz Beschl. v. 1.2.2022 – 10 U 891/21, BeckRS 2022, 10605; OLG Frankfurt a. M. Urt. v. 23.3.2022 – 12 U 179/20, BeckRS 2022, 10556).

aa)

Die unstreitig erfolgte Implementierung eines sog. Thermofensters stellt sich für sich genommen nicht als sittenwidrig dar. Die Voraussetzungen von § 826 BGB sind beim

Einsatz eines sog. „Thermofensters“ in Gestalt einer temperaturabhängigen Steuerung der Abgasrückführungsrate grundsätzlich nicht gegeben. Dass der Gerichtshof der Europäischen Union eine solche Vorrichtung als unzulässige Abschaltvorrichtung im Sinne von Art. 5 Abs. 2 Satz 1 VO (EG) 715/2007 ansieht (vgl. EuGH, Urt. v. 17.12.2020, C-398/18, BeckRS 2020, 35477 Rdnr. 109 ff.), genügt zur Annahme einer Sittenwidrigkeit nicht. Einer solchen Abschaltvorrichtung, die sich grundsätzlich im Prüfbetrieb genauso aktiviert oder deaktiviert wie im normalen Straßenbetrieb, fehlt der Charakter einer auf Täuschung der für die Erteilung der Typgenehmigung zuständigen Behörde zielenden Vorrichtung (BGH WM 2021, 354 Rdnr. 13 ff.; BGH, B. v. 29.09.2021, VII ZR 72/21; B. v. 29.09.2021, VII ZR 45/21; B. v. 13.10.2021, VII ZR 295/20; je m.w.N.). Denn der darin liegende Gesetzesverstoß ist für sich allein genommen nicht geeignet, den Einsatz dieser Steuerungssoftware, die grundsätzlich im Prüfstandbetrieb in gleicher Weise arbeitet wie im Straßenbetrieb, als besonders verwerflich erscheinen zu lassen. Hierfür bedürfte es vielmehr weiterer Umstände (vgl. BGH, Urt. v. 13.07.2021, VI ZR 128/20 Rdnr. 13; B. v. 13.10.2021, VII ZR 179/21 Rdnr. 13; je m.w.N.).

bb)

Solche weiteren Umstände sind vorliegend jedoch nicht gegeben. Insbesondere sind keine belastbaren Anhaltspunkte dafür ersichtlich, dass das Emissionskontrollsystem des Fahrzeugs im Prüfstandsbetrieb anders aktiviert oder deaktiviert würde als im normalen Straßenbetrieb.

aaa)

Das Erstgericht hat insoweit überzeugend dargelegt, dass solche Anhaltspunkte vorliegend weder aus dem Überschreitung des Stickoxidausstoßes im realen Straßenbetrieb noch aus der Anknüpfung der Abgasreinigung an eine Reihe von Parametern, wie etwa Außentemperatur, Luftdruck oder Umdrehungszahl des Motors folgen (vgl. vgl. BGH, 15.09.2021, VII ZR 2/21 = BeckRS 2021, 37995 Rn. 30). Auch der erfolgte Fahrzeugrückruf bietet hierfür keinen Anhaltspunkt. Denn das KBA hat den das hiesige Fahrzeug betreffenden Rückrufbescheid gerade nicht darauf gestützt, dass in der Motorsteuerungssoftware eine entsprechende Umschaltlogik verbaut wäre. Das KBA hat mit Schreiben vom 12.04.2022 mitgeteilt, dass es – nach wie vor – keinen Hinweis habe, dass in dem streitgegenständlichen Fahrzeugtyp eine Erkennung Verwendung finde, die zwischen Prüfstands- und Straßenbetrieb unterscheide (vgl. Anlage BK 2, Bl. 96 eA II). Diese Feststellung ist insofern von besonderer Bedeutung, als es den hiesigen Motor ausweislich des Erlasses einer Rückrufanordnung sowie dem

unbestrittenen Vortrag der Beklagten, wonach die Genehmigung des von der Beklagten entwickelten Software-Updates im Februar 2018 erst etwa zwei Jahre nach der Vorstellung des Updates durch die Beklagte gegenüber dem KBA und infolge „intensiven Prüfungen“ erfolgt sei, eingehend untersucht hat und ihr Messungen über den Stickoxidausstoß des Fahrzeugs im realen Fahrbetrieb ebenso bekannt waren wie die Verwendung solcher Prüfstandserkennungssysteme in einer Vielzahl von in Deutschland zum damaligen Zeitpunkt verkauften Fahrzeugen.

bbb)

Auch die erstmals im Berufungsverfahren vorgelegten „internen Unterlagen“ der ... (vgl. Anlage BK 11, Bl. 286 ff. eA II) bieten inhaltlich keine Anhaltspunkte für die Verwendung einer Prüfstandserkennung im streitgegenständlichen Fahrzeug. So ist schon nicht feststellbar, dass die „Präsentation“, die offenbar aus dem Jahr 2015 stammt, überhaupt den streitgegenständlichen Motortyp betrifft. Im Übrigen ist auch nicht feststellbar, dass die genannten Steuerungen tatsächlich aktiviert sind und dass es sich bei den aufgeführten Regelgrößen überhaupt um (unzulässige) Abschaltseinrichtung handelt. Dass die Software der Motorsteuerung prinzipiell die Möglichkeit bietet, einen Prüfstand zu erkennen, wird von der Beklagten nicht in Abrede gestellt. Dies bedeutet jedoch nicht, dass eine solche Möglichkeit genutzt wird, um die Abgasrückführung spezifisch für die Prüfstandsituation zu programmieren. Dafür gibt es hier keinen konkreten Anhaltspunkt. Die vorgelegte Präsentation zeigt lediglich das Bemühen, seitens des Zulieferers regulatorischen Vorgaben gerecht zu werden. Im Übrigen ist auch nicht schon jede Steuerung der Abgasbehandlung anhand physikalischer Parameter, die zu einer Veränderung einzelner Emissionswerte (etwa bei NOx) führt, als (möglicherweise unzulässige) Abschaltseinrichtung zu qualifizieren (vgl. OLG Brandenburg Urt. v. 12.1.2023 – 4 U 130/21, BeckRS 2023, 1595 Rn. 35).

cc)

Auch hinsichtlich der weiteren angeblich unzulässigen Abschaltseinrichtungen sind keine greifbaren Anhaltspunkte für ein objektiv sittenwidriges Verhalten erkennbar. Die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes zum Thermofenster lässt sich auf sonstige Abschaltseinrichtungen übertragen. Es bedürfte mithin eines Bewusstseins der Beklagten, eine unzulässige Abschaltseinrichtung zu verwenden und die billigende Inkaufnahme dieses Verstoßes. Dem Erstgericht ist beizupflichten, dass hierfür nichts ersichtlich ist.

Dies gilt insbesondere auch bezüglich der klägerseits behaupteten Manipulation des On-Board-Diagnose-Systems (OBD), da dies von vornherein keine unzulässige

Abschaltvorrichtung darstellen kann, auf die ein Anspruch aus § 826 BGB gestützt werden könnte. Eine solche Manipulation wäre allenfalls geeignet, eine andere unzulässige Abschaltvorrichtung zu „kaschieren“ (vgl. BGH, Beschl. V. 15.09.2021 – VII ZR 2/21 –, Rdnr. 18, juris).

b)

Im Übrigen fehlt es auch an dem für das Verdikt der Sittenwidrigkeit erforderlichen subjektiven Vorstellungsbild seitens der Beklagten bzw. deren Vertreter. Insoweit reicht nicht aus, dass die umgebungstemperaturabhängige Steuerung des Emissionskontrollsystems im Fahrzeug des Klägers – wie festgestellt - unzulässig ist. Denn wie bereits ausgeführt, fehlt es an jeglichen Anhaltspunkten dafür, dass das konkret verbaute System einer Prüfstandserkennung gleichzusetzen wäre, was alleine den Schluss auf ein subjektiv sittenwidriges Verhalten der Beklagten bzw. deren Organe nahelegen würde (vgl. hierzu etwa BGH, Beschl. v. 9. März 2021 - VI ZR 889/20, juris Rn. 16). Auch aus einer etwaig unterbliebenen Offenlegung der genauen Wirkungsweise des sowohl die Abgasrückführung als auch das SCR-System betreffenden Thermofensters gegenüber dem KBA folgen entgegen der Auffassung der Berufung keine Anhaltspunkte, dass für die Beklagte tätige Personen in dem Bewusstsein handelten, eine unzulässige Abschalteinrichtung zu verwenden. Es ist nicht dargetan, dass die Beklagte in einer Art und Weise gehandelt hatte, die den Schluss zuließe, sie habe sich die Typengenehmigung gegenüber dem KBA erschlichen. Selbst wenn die Beklagte in dem entsprechenden Genehmigungsverfahren - erforderliche - Angaben zu den Einzelheiten der temperaturabhängigen Steuerung des Emissionsminderungssystems unterlassen haben sollte, wäre das KBA nach dem Amtsermittlungsgrundsatz gemäß § 24 Abs. 1 Satz 1 und 2 VwVfG gehalten gewesen, diese zu erfragen, um sich in die Lage zu versetzen, die Zulässigkeit der Abschalteinrichtung im streitgegenständlichen Fahrzeug zu prüfen. Anhaltspunkte für wissentlich unterbliebene oder unrichtige Angaben der Beklagten im Typgenehmigungsverfahren, bestehen keine (vgl. auch OLG Köln, Hinweisbeschluss v. 21.3.2022 – 22 U 35/20 = BeckRS 2022, 12855 Rn. 15 ff.).

2.

Ansprüche aus § 823 Abs. 2 BGB i.V.m. § 263 StGB scheiden bereits deshalb aus, da es an der hierfür erforderlichen Stoffgleichheit zwischen Vermögenseinbuße und Vermögensvorteil fehlt (vgl. BGH NJW 2020, 2798, 2801 f.; WM 2021, 50, 52; WM 2021, 2108, 2113). Überdies lässt sich weder eine Täuschung noch ein Schädigungsvorsatz ausmachen.

3.

Mangels Bestehens eines auf § 826 BGB zu stützenden „großen Schadensersatzanspruchs“ steht dem Kläger auch nicht der mit dem Klageantrag zu 2.) geltend gemachte Anspruch auf Ersatz seiner Finanzierungskosten in Höhe von 2.515,20 € zu. Der bestehende Anspruch gemäß § 823 Abs. 2 BGB in Verbindung mit § 6 Abs. 1, § 27 Abs. 1 EG-FGV umfasst diese Schadensposition nicht, nachdem der Geschädigte durch die Gewährung des Differenzschadens wegen der Enttäuschung des Käufervertrauens so behandelt wird, als wäre es ihm in Kenntnis der wahren Sachlage und der damit verbundenen Risiken gelungen, den Vertrag zu einem niedrigeren Preis abzuschließen. Der ihm so zu ersetzende Schaden liegt daher alleine in der Höhe des Betrags, um den er den Kaufgegenstand mit Rücksicht auf die mit der unzulässigen Abschalteneinrichtung verbundenen Risiken zu teuer erworben hat (BGH NJW 2023, 2259 Rn. 40).

III.

Die Kostenentscheidung beruht auf § 91 Abs. 1, §§ 92 Abs. 1, 97 Abs. 1 ZPO. Der Ausspruch über die vorläufige Vollstreckbarkeit fußt auf §§ 708 Nr. 10, 711, 713 ZPO. Die Zulassung der Revision ist nicht veranlasst, weil die hierfür erforderlichen Voraussetzungen des § 543 Abs. 2 ZPO nicht vorliegen.

-

...
Vorsitzender Richter
am Oberlandesgericht

...
Richter
am Oberlandesgericht

...
Richter
am Landgericht

Beschluss

-

Der Streitwert wird für das Berufungsverfahren auf 10.956,81 € festgesetzt (Summe der Klageanträge zu 1. und zu 2.)

...
Vorsitzender Richter
am Oberlandesgericht

...
Richter
am Oberlandesgericht

...
Richter
am Landgericht

Pfälzisches Oberlandesgericht Zweibrücken
7 U 41/22

Verkündet am 27.09.2023

... , Justizsekretärin
als Urkundsbeamtin der Geschäftsstelle