



Auf die Berufung des Klägers wird das am 08.07.2021 verkündete Urteil des Einzelrichters der 4. Zivilkammer des Landgerichts Paderborn – 4 O 19/21 – teilweise abgeändert.

Die Beklagte wird verurteilt, an den Kläger 3.460,24 € nebst Zinsen in Höhe von fünf Prozentpunkten über dem jeweiligen Basiszinssatz seit dem 19.02.2021 zu zahlen.

Im Übrigen bleibt die Klage abgewiesen.

Die weitergehende Berufung wird zurückgewiesen.

Von den Kosten des Rechtsstreits in erster Instanz tragen der Kläger 93 % und die Beklagte 7 %. Von den Kosten der Berufungsinstanz tragen der Kläger 92 % und die Beklagte 8 %.

Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar. Beiden Parteien bleibt es nachgelassen, die Vollstreckung der Gegenseite durch Sicherheitsleistung in Höhe von 110 % des insgesamt vollstreckbaren Betrages abzuwenden, wenn nicht die vollstreckende Partei Sicherheit in Höhe von jeweils 110 % des jeweils beizutreibenden Betrages leistet.

Die Revision wird nicht zugelassen.

### Gründe:

I.

Der Kläger nimmt die Beklagte als Motoren- und Fahrzeugherstellerin sowie als Verkäuferin wegen der Verwendung unzulässiger Abschaltvorrichtungen in einem vom Kläger erworbenen Neufahrzeug in Anspruch.

Der Kläger schloss am 11.02.2013 mit der Beklagten einen Kaufvertrag über ein Neufahrzeug Mercedes-Benz GLK 220 CDI 4Matic zu einem Kaufpreis von 54.924,45 € brutto (K 1a, Bl. 33 dA-LG). Das Fahrzeug wurde am 22.04.2013 an den Kläger geliefert mit einem Kilometerstand von 0 km.

In dem Fahrzeug, das der Schadstoffklasse Euro 5 unterfällt, ist ein Dieselmotor des Typs OM 651 verbaut. Es enthält eine Kühlmittel-Solltemperatur-Regelung (im Folgenden: KSR) sowie eine temperaturabhängige Steuerung der Abgasrückführung (Thermofenster). Über ein SCR-System verfügt das Fahrzeug nicht. Die Beklagte ist Herstellerin sowohl des Fahrzeuges als auch des Motors.

Das Fahrzeug unterlag einem verpflichtenden Rückruf des Kraftfahrt-Bundesamtes (im Weiteren: KBA) vom 21.06.2019. Beanstandet wurde die Ausgestaltung der KSR,

nämlich dass es normale Betriebsbedingungen gebe, unter denen das geregelte Kühlmittelthermostat nicht eingreife. Der Kläger wurde hierüber von der Beklagten mit Schreiben vom 17.12.2019 (K 1b, Bl. 35 dA-LG) informiert. Das entsprechende Software-Update wurde vom KBA bereits zuvor mit Schreiben vom 19.07.2019 freigegeben (B 6, Bl. 369 dA-LG) und am 18.05.2021 auf das streitgegenständliche Fahrzeug aufgespielt. Durch das Software-Update wurde jedenfalls die KSR entfernt.

Mit Anwaltsschreiben vom 04.08.2020 (K 1d, Bl. 41 ff. dA-LG) forderte der Kläger die Beklagte erfolglos zur Schadensersatzleistung auf.

In der Klageschrift vom 15.01.2021 hat er zudem vorsorglich die Anfechtung des Kaufvertrages wegen arglistiger Täuschung (vgl. Bl. 25 dA-LG) sowie den Rücktritt vom Kaufvertrag (vgl. Bl. 27 dA-LG) erklärt.

Der Kilometerstand des streitgegenständlichen Fahrzeugs belief sich am 12.09.2023 auf 72.948 km.

Der Kläger hat behauptet, dass in dem streitgegenständlichen Fahrzeug mehrere unzulässige Abschaltvorrichtungen implementiert seien. Als solche seien insbesondere das Thermofenster sowie die KSR anzusehen.

Soweit es das Thermofenster betreffe, liege die Abgasrückführung bei einer Umgebungslufttemperatur von zum Beispiel 7 °C und darunter um bis zu 48 % niedriger als bei höheren Temperaturen und werde bei Unterschreiten einer bestimmten Temperatur ganz abgeschaltet.

Die KSR enthalte zwei verschiedene Betriebsmodi zur Steuerung der Abgasrückführungsrate mit unterschiedlichen AGR-Kennfeldern, einen Prüfstandmodus für Fahrten unter Typprüfbedingungen und einen normalen Modus für Fahrten außerhalb der Typprüfbedingungen. Auch ein sog. Timer gehöre zu dieser Funktion, der nach rund 20 min (bzw. etwas mehr) greife. Ohne die Verwendung der KSR würden die geltenden NO<sub>x</sub>-Grenzwerte nicht eingehalten. Die KSR sei dem KBA im Genehmigungsprozess im Jahr 2011 nicht offengelegt, die Typengenehmigung damit erschlichen worden.

Der Kläger hat beantragt,

1. die Beklagte zu verurteilen, an ihn 54.924,45 € nebst Zinsen in Höhe von fünf Prozentpunkten über dem jeweiligen Basiszinssatz seit Rechtshängigkeit, Zug um Zug gegen Übereignung und Herausgabe des Fahrzeuges Mercedes GLK 220 CDI 4MATIC, [REDACTED] zu zahlen, unter Anrechnung einer Nutzungsentschädigung in EUR pro gefahrenem km seit dem 22.04.2013, die sich nach folgender Formel berechnet:

(54.924,45 EUR x gefahrene Kilometer) : 350.000 km.

2. die Beklagte weiter zu verurteilen, an ihn Zinsen in Höhe von fünf Prozentpunkten über dem jeweiligen Basiszinssatz aus 54.924,45 € vom 23.04.2013 bis zur Rechtshängigkeit zu zahlen.
3. die Beklagte weiter zu verurteilen, an ihn die außergerichtlichen Rechtsanwaltskosten in Höhe von 1.905,18 € nebst Zinsen in Höhe von fünf Prozentpunkten über dem jeweiligen Basiszinssatz seit Rechtshängigkeit zu zahlen.
4. festzustellen, dass sich die Beklagte mit der Rücknahme des Pkws des Klägers, Mercedes GLK 220 CDI 4MATIC, FIN [REDACTED] in Annahmeverzug befindet.

Die Beklagte hat beantragt,  
die Klage abzuweisen.

Die Beklagte hat die Einrede der Verjährung erhoben.

Sie hat in Abrede gestellt, dass in dem Fahrzeug unzulässige Abschaltvorrichtungen verbaut seien. Zudem hat sich die Beklagte auf die Tatbestandswirkung der erteilten Typgenehmigung berufen.

Sie hat eine Täuschung des KBA über die implementierten Abschaltvorrichtungen in Abrede gestellt und diesbezüglich vorgetragen, im Typgenehmigungsverfahren die in der Praxis des KBA erwarteten Angaben zu den Emissionskontrollsystemen gemacht zu haben; die Offenlegung weiterer Details habe nicht dem Verständnis des Typgenehmigungsverfahrens seitens des KBA entsprochen. Die gesetzlichen Grenzwerte für NOx-Emissionen würden eingehalten.

Eine temperaturabhängige Steuerung der Abgasrückführung sei ohnehin bekannter Industriestandard gewesen. Das AGR-System im streitgegenständlichen Fahrzeug sei selbst bei zweistelligen Minusgraden noch aktiv.

Die KSR ziele darauf, die Emissionen nach einem Kaltstart bzw. im Warmlauf des Motors gering zu halten und funktioniere technisch nur für die Phase des Motorwarmlaufs. Das geregelte Kühlmittelthermostat sei auch im Straßenbetrieb und nicht nur auf dem Prüfstand aktiviert, arbeite im realen Straßenbetrieb unter gleichen Betriebsbedingungen wie auf dem Prüfstand.

Das Landgericht hat die Klage abgewiesen. Im Wesentlichen hat es die Klageabweisung wie folgt begründet:

Ein Anspruch auf Schadensersatzzahlung Zug um Zug gegen Rückgabe und Übereignung des streitgegenständlichen Fahrzeugs stehe dem Kläger unter keinem erdenklichen Gesichtspunkt zu.

Ein Rückabwicklungsanspruch des Klägers ergebe sich insbesondere nicht aus §§ 826, 31 BGB. Das Inverkehrbringen eines mit einem sog. Thermofenster ausgestatteten Fahrzeugs sei nicht bereits als sittenwidrige Handlung einzustufen. Bei einer Motorsteuerungssoftware wie dem Thermofenster, die vom Grundsatz her im normalen Fahrbetrieb in gleicher Weise arbeite wie auf dem Prüfstand und bei der Gesichtspunkte des Motor- bzw. Bauteilschutzes als Rechtfertigung ernsthaft angeführt werden könnten, komme eine Sittenwidrigkeit nur in Betracht, wenn über die bloße Kenntnis von der Verwendung einer Software mit der in Rede stehenden Funktionsweise hinaus Anhaltspunkte dafür erkennbar seien, dass dies seitens der Beklagten in dem Bewusstsein geschehen sei, hiermit möglicherweise gegen die gesetzlichen Vorschriften zu verstoßen, und dieser Gesetzesverstoß billigend in Kauf genommen worden sei. Solche Anhaltspunkte seien jedoch nicht ersichtlich. Außerdem fehle es an einem feststellbaren Schädigungsvorsatz der Beklagten. Mangels anderweitiger Anhaltspunkte sei allenfalls von einer fahrlässigen Verkennung der Rechtslage auszugehen. Soweit der Kläger neben dem Einbau des Thermofensters eine KSR als weitere unzulässige Abschaltvorrichtung behauptete, fehle es an hinreichendem Vorbringen. Dem Vorbringen des Klägers ließen sich keine hinreichenden greifbaren Anhaltspunkte für das Vorliegen einer oder mehrerer unzulässiger Abschaltvorrichtungen in seinem Fahrzeug entnehmen. Überdies könne auch hier ohne Hinzutreten weiterer, besonderer Umstände, nicht davon ausgegangen werden, dass auf Seiten der Beklagten bewusst eine – unterstellt – objektiv unzulässige Abschaltvorrichtung verwendet worden sei.

Für einen Schadensersatzanspruch aus § 823 Abs. 2 BGB i.V.m. §§ 6 Abs. 1, 27 Abs. 1 EG-FGV bzw. §§ 4, 6, 25 EG-FGV oder Art. 5 Abs. 2 VO (EG) Nr. 715/2007 fehle es an einer Schutzgesetzverletzung.

Aufgrund vorstehender Ausführungen bedürfe es keiner Ausführungen zu der von der Beklagten erhobenen Einrede der Verjährung.

Hiergegen richtet sich die Berufung des Klägers, mit der er sein Klagebegehren weiterverfolgt.

Er macht geltend, dass das Landgericht sich mit dem klägerischen Vortrag zu den Abschaltvorrichtungen nicht auseinandergesetzt und die Anforderungen an die Substantiierungs- und Darlegungslast des Klägers überspannt habe. Es sei die Beklagte, die ihrer sekundären Darlegungslast zu der genauen technischen Ausgestaltung der klägerseits behaupteten Funktionalitäten nicht hinreichend nachgekommen sei. Teilweise würden hinreichende Anhaltspunkte für unzulässige

Abschalteinrichtungen bereits aus unstreitigem Vortrag der Parteien bzw. dem Vortrag der Beklagten folgen. Unter anderem liege im vorliegenden Fall unstreitig ein verpflichtender Rückruf des KBA wegen unzulässiger Abschaltleinrichtungen vor.

Der Kläger stützt sein Klagebegehren weiterhin auf die bereits erstinstanzlichen behaupteten beiden unzulässigen Abschaltleinrichtungen – Thermofenster und KSR – und trägt nochmals ergänzend zur Funktionsweise der KSR vor. Die Beklagte habe die abgesenkte Kühlmittel-Solltemperatur von 70 °C (70 °C-Modus) speziell für den Prüfstand entwickelt. Die Sollwertabsenkung werde durch bestimmte Bedingungen aktiviert, die auf den Prüfstand ausgerichtet seien. Es handle sich daher effektiv um eine Prüfstandsbedingungserkennung. Die enge Bedatung führe dazu, dass der Modus tatsächlich nahezu ausschließlich auf dem Prüfstand aktiviert werde, im realen Straßenverkehr dagegen regelmäßig nicht aktiv bzw. abgeschaltet sei (zu 98 bis 99 %). Hinsichtlich der Bedingungen, die nach dem Vorbringen des Klägers bei kumulativem Vorliegen zur Aktivierung des 70 °C-Modus führen würden, wird auf die Ausführungen in der Berufungsbegründung verwiesen (Bl. 70 ff. dA-OLG). Der Kläger behauptet weiter, dass spätestens nach ca. 1.300 bis 1.600 Sekunden (1.180 Sekunden NEFZ plus Puffer) der vorgenannte Modus ganz abgeschaltet bzw. wieder in die normale Solltemperatur von 100 °C geschaltet werde. Einen Rechtfertigungsgrund für den Einsatz der Kühlmittel-Sollwert-Temperatur-Regelung i.S.d Art. 5 Abs. 2 S. 2 lit. a) VO 715/2007/EG gebe es nicht.

Der Kläger ist der Ansicht, dass ihm gegen die Beklagte ein Anspruch auf Rückabwicklung des Kaufvertrages zustehe, insbesondere im Wege des Schadensersatzes. Jedenfalls bestehe aber ein Anspruch gegen die Beklagte auf Ersatz des sog. Differenzschadens, der mit 15 % des gezahlten Kaufpreises von 54.924,45 € zu bemessen sei, sich also auf einen Betrag von 8.238,74 € belaufe, wie hilfsweise geltend gemacht.

Das aufgespielte Software-Update könne sich nicht schadensmindernd auswirken, weil – so behauptet der Kläger – von den mehreren Abschaltleinrichtungen nur die KSR entfernt worden sei, das Fahrzeug also nach wie vor von Stilllegung bedroht sei.

Des Weiteren behauptet der Kläger, dass sich der aktuelle Restwert seines Fahrzeuges auf (lediglich) 13.500,00 € belaufe.

Der Kläger beantragt,

unter Aufhebung des erstinstanzlichen Urteils

1. die Beklagte zu verurteilen, an ihn 54.924,45 € nebst Zinsen in Höhe von fünf Prozentpunkten über dem jeweiligen Basiszinssatz seit dem 19.02.2021, Zug um Zug gegen Übereignung und Herausgabe des Fahrzeuges Mercedes GLK 220 CDI 4MATIC, [REDACTED] zu zahlen, unter Anrechnung einer

Nutzungsentschädigung in Euro pro gefahrenem km seit dem 22.04.2013, die sich nach folgender Formel berechnet:

$(54.924,45 \text{ €} \times \text{gefahrne Kilometer}) : 350.000 \text{ km};$

2. hilfsweise für den Fall, dass der Antrag zu 1. nicht zugesprochen wird, die Beklagte zu verurteilen, an ihn 8.238,74 € nebst Zinsen in Höhe von fünf Prozentpunkten über dem jeweiligen Basiszinssatz seit Rechtshängigkeit zu zahlen;
3. die Beklagte weiter zu verurteilen, an ihn Zinsen in Höhe von fünf Prozentpunkten über dem jeweiligen Basiszinssatz aus 54.924,45 € vom 23.04.2013 bis zum 19.02.2021 zu zahlen;
4. die Beklagte weiter zu verurteilen, an ihn die außergerichtlichen Rechtsanwaltskosten in Höhe von 1.905,18 € nebst Zinsen in Höhe von fünf Prozentpunkten über dem jeweiligen Basiszinssatz seit dem 19.02.2021 zu zahlen;
5. festzustellen, dass sich die Beklagte mit der Rücknahme des Pkws des Klägers, Mercedes GLK 220 CDI 4MATIC, FIN [REDACTED] in Annahmeverzug befindet.

Die Beklagte beantragt,

die Berufung zurückzuweisen.

Die Beklagte verteidigt das angefochtene Urteil im Wesentlichen unter Wiederholung und Vertiefung ihres erstinstanzlichen Vortrags.

Hinsichtlich des Thermofensters behauptet sie, dass die Abgasrückführung im streitgegenständlichen Fahrzeug bei betriebswarmen Motor erst unterhalb von etwa 14 °C Umgebungslufttemperatur schrittweise reduziert werde.

Soweit der Kläger aus der „gleichen Implementierung“ der KSR in allen Fahrzeugen eine Prüfstanderkennung ableiten solle, sei dem entgegenzuhalten, dass das KBA die Funktion KSR auch bei rückrufbetroffenen Fahrzeugen nicht als Manipulation einstufe und nicht per se beanstande. Eine identische oder ähnliche Bedatung führe zudem nicht zu identischen Auswirkungen. Auch das KBA erkenne an, dass die Funktion des geregelten Kühlmittelthermostats in ihrem Anwendungsbereich das Emissionsverhalten sowohl auf dem Prüfstand als auch im Straßenbetrieb positiv beeinflusse. Ausschlaggebend für die Beanstandung sei, dass bei bestimmten Fahrzeuggruppen die Einhaltung von NOx-Grenzwerten im Prüfzyklus nur bei Aktivierung des geregelten Kühlmittelthermostats möglich sei. Da die Regelung in allen Fahrzeugen grundlegend gleich implementiert sei, liege der Unterschied der

Bewertung ihrer rechtlichen Zulässigkeit (mit Blick auf den zentralen Prüfungspunkt der unzulässigen Abschaltvorrichtung) in der Gesamtheit der spezifischen, für einen Fahrzeugtyp charakteristischen Merkmale (Gewicht, Leistung, etc.). Der vom Kläger angeführte sog. Timer rechtfertigt keine andere Beurteilung. Denn die damit applizierte Betriebsdauer sei länger als die Prüfstanddauer. Eine solche zeitliche Begrenzung sei aus Gründen des Motorschutzes erforderlich. Sämtliche Aktivierungsbedingungen der KSR würden eine häufige und nicht nur zufällige oder punktuelle Verwendung des geregelten Kühlmittelthermostats im realen Fahrbetrieb erlauben und nicht den Bedingungen („Randbedingungen“) der gesetzlichen Prüfung Typ 1 entsprechen.

Hilfsweise begehrt die Beklagte die Aussetzung des Rechtsstreits bis zu einer Entscheidung über ihre gegen den Rückrufbescheid gerichtete Anfechtungsklage, rechtshängig beim Verwaltungsgericht Schleswig zum Az. 3 A 51/21.

Bei dem Begriff der Abschaltvorrichtung bzw. deren Feststellung sei, so meint sie, im Übrigen auch der Trade-Off im Hinblick auf andere Schadstoffe zu berücksichtigen. Insoweit begehrt sie hilfsweise die Aussetzung des Rechtsstreits im Hinblick auf eine entsprechende Vorlage des Landgerichts Duisburg bei dem Europäischen Gerichtshof.

Ein Anspruch komme auch nicht aus §§ 823 Abs. 2, 31 BGB i. V. m. §§ 6 Abs. 1, 27 Abs. 1 EG-FGV in Betracht. Die §§ 6 Abs. 1, 27 Abs. 1 EG-FGV seien keine Schutzgesetze i.S.d. § 823 Abs. 2 BGB, da zum einen angesichts der hinreichenden Sanktionierung im deutschen Recht kein Bedarf für eine deliktische Fahrlässigkeitshaftung bestehe und es zum anderen an einer den verfassungsrechtlichen Anforderungen des Art. 80 Abs. 1 GG genügenden Ermächtigungsgrundlage für den Erlass der Verordnung fehle. Es liege außerdem bereits keine unzulässige Abschaltvorrichtung vor. Überdies fehle es aufgrund eines jedenfalls anzunehmenden, unvermeidbaren Verbotsirrtums an einem Verschulden der Beklagten.

Die Unterstellung eines Schadens i.H.v. 5 bis 15 % des Kaufpreises, ohne Beweis für einen konkreten Schaden, laufe mehreren Grundprinzipien des deutschen Schadensrechts und der diesbezüglichen Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs zuwider; daher sei im Falle einer Klagestattgabe die Revision zuzulassen.

Allenfalls sei der Differenzschaden an der Untergrenze von 5 % zu bemessen. Ein etwaiger Vertrauensschaden wäre jedenfalls durch das aufgespielte Software-Update vollständig kompensiert.

Die Beklagte erhebt auch in Bezug auf Ansprüche aus § 823 Abs. 2 BGB die Einrede der Verjährung. Hierzu vertritt sie die Ansicht, dass die regelmäßige Verjährungsfrist gemäß §§ 195, 199 Abs. 1 BGB spätestens seit Ablauf des Jahres 2018 abgelaufen sei.

Hinsichtlich des weiteren Vorbringens der Parteien wird auf die zwischen ihnen in beiden Instanzen gewechselten Schriftsätze nebst Anlagen sowie auf das Sitzungsprotokoll erster Instanz vom 30.03.2023 (Bl. 95 f. dA-LG), das landgerichtliche Urteil, und das Sitzungsprotokoll des Senats vom 08.09.2023 (Bl. 122 ff. dA-OLG) verwiesen.

II.

Die zulässige Berufung des Klägers ist in dem aus dem Tenor ersichtlichen Umfang begründet. Im Übrigen hat das Rechtsmittel keinen Erfolg.

1.

Zu Recht hat das Landgericht angenommen, dass dem Kläger gegen die Beklagte ein Anspruch auf Schadensersatz in Höhe des gezahlten Fahrzeugkaufpreises abzüglich einer im Rahmen der Vorteilsausgleichung zu gewährenden Nutzungsentschädigung nicht aus den deliktischen Vorschriften der §§ 823 ff. BGB zustehe.

a)

Ein dahingehender Anspruch auf „großen“ Schadensersatz folgt nicht aus §§ 826, 31 BGB. Der Kläger kann sich nicht mit Erfolg darauf berufen, dass ihm von der Beklagten in einer gegen die guten Sitten verstoßenden Weise vorsätzlich ein Schaden zugefügt worden sei.

aa)

Zwar kann in dem Inverkehrbringen eines Fahrzeugs, das mit einer unzulässigen Abschaltvorrichtung versehen ist, grundsätzlich eine sittenwidrige vorsätzliche Schädigung liegen.

Hierzu ist indes zunächst darzutun, dass das Fahrzeug mit einer unzulässigen Abschaltvorrichtung versehen ist. Dabei sind nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs greifbare Anhaltspunkte anzuführen, auf die der Kläger seinen dahingehenden Verdacht stützt (vgl. BGH, Beschluss vom 28.01.2020 – VIII ZR 57/19 –, juris Rn. 10, NJW 2020, 1740).

Ferner ist allein der in der Verwendung einer unzulässigen Abschaltvorrichtung etwa zu sehende Gesetzesverstoß für sich genommen nicht bereits geeignet, ein Verhalten als besonders verwerflich erscheinen zu lassen (vgl. BGH, Beschluss vom

19.01.2021 – VI ZR 433/19 –, juris Rn. 15, ZIP 2021, 297; Beschluss vom 09.03.2021 – VI ZR 889/20 –, juris Rn. 26, VersR 2021, 661). Vielmehr muss eine besondere Verwerflichkeit des Verhaltens hinzutreten, die sich aus dem verfolgten Ziel, den eingesetzten Mitteln, der zutage getretenen Gesinnung oder den eingetretenen Folgen ergeben kann. 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. Dabei ist das Kriterium der Prüfstandbezogenheit grundsätzlich geeignet, um zwischen nur unzulässigen Abschaltvorrichtungen und solchen, deren Implementierung die Kriterien einer sittenwidrigen vorsätzlichen Schädigung erfüllen können, zu unterscheiden (BGH, Beschluss vom 13.10.2021 – VII ZR 179/21 –, juris Rn. 11; Beschluss vom 29.09.2021 – VII ZR 126/21 –, juris Rn. 12, 18, jew. m.w.N.). Gleiches gilt für den Fall des Vorliegens eines Verschleierns der für die Beurteilung der Zulässigkeit einer Abschaltvorrichtung maßgeblichen Umstände gegenüber dem KBA im Typgenehmigungsverfahren (vgl. BGH, Beschluss vom 19.01.2021 – VI ZR 433/19 –, juris Rn. 24, NJW 2021, 921).

bb)

Nach Maßgabe dieser Grundsätze genügt allein die – vorliegend dem Grunde nach unstrittige – Verwendung eines Thermofensters nach mittlerweile gefestigter Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs für die Annahme eines objektiv sittenwidrigen Verhaltens selbst dann nicht, wenn man die Unzulässigkeit desselben zugunsten des Klägers unterstellt (Beschluss vom 19.01.2021 – VI ZR 433/19 –, juris Rn. 16 ff., NJW 2021, 921; Beschluss vom 09.03.2021 – VI ZR 889/20 –, juris Rn. 25 ff., NJW 2021, 1814; Urteil vom 13.07.2021 – VI ZR 128/20 –, juris Rn. 13 ff.). Es müssen vielmehr Umstände hinzutreten, die das Verhalten der für den Hersteller handelnden Personen als besonders verwerflich erscheinen lassen. Jedenfalls müssen die handelnden Personen bei der Entwicklung und/oder der Verwendung der temperaturabhängigen Steuerung des Emissionskontrollsystems in dem Bewusstsein gehandelt haben, eine unzulässige Abschaltvorrichtung zu verwenden (BGH, Urteil vom 16.09.2021 – VII ZR 190/20 –, juris Rn. 16).

Solche Umstände, die, wie schon angeführt, insbesondere in einer Prüfstandbezogenheit der Abschaltvorrichtung oder aber auch in deren Verschweigen gegenüber dem KBA liegen können, hat der Kläger nicht bzw. nicht in prozessual beachtlicher Weise dargetan.

(1)

Eine prüfstandbezogene umgebungstemperaturabhängige Steuerung der Abgasrückführung lässt sich bereits dem eigenen Vorbringen des Klägers nicht entnehmen.

Einen konkreten Temperaturbereich, der die Annahme eines Zuschnitts exakt auf die Bedingungen des Prüfstands rechtfertigen würde (vgl. BGH, Urteil vom 16.09.2021 – VII ZR 322/20 –, juris Rn. 20, NJW 2021, 3721), hat der Kläger nicht vorgetragen.

Der Kläger hat lediglich behauptet, dass die Abgasrückführung bei einer Umgebungslufttemperatur von zum Beispiel 7 °C und darunter um bis zu 48 % niedriger als bei höheren Temperaturen liege und bei Unterschreiten einer bestimmten Temperatur ganz abgeschaltet werde (vgl. Bl. 12 dA-LG). Eine solche Temperaturschwelle lässt eine verstärkte Aktivierung der Abgasrückführung ausschließlich im Prüfstand allerdings nicht erkennen (vgl. BGH, Beschluss vom 09.03.2021 – VI ZR 889/20 –, juris Rn. 27). Der Temperaturrahmen des NEFZ liegt nämlich bei 20 °C bis 30 °C, wie der Kläger auch selbst vorträgt.

Darüber hinaus fehlt es an greifbaren Anhaltspunkten für die vom Kläger behauptete Ausgestaltung der im streitgegenständlichen Fahrzeug implementierten umgebungstemperaturabhängigen Steuerung der Abgasrückführung. Der Kläger teilt nicht mit, woher er seine Erkenntnisse gewonnen haben will. Insbesondere kann er sich nicht auf Unterlagen stützen, die die von ihm behauptete Temperaturschwelle von +7 °C bei dem streitgegenständlichen Motorentyp stützen.

Die Beklagte hat das klägerische Vorbringen in prozessual beachtlicher Weise bestritten und ihrerseits vorgetragen, dass das AGR-System im streitgegenständlichen Fahrzeug selbst bei zweistelligen Minusgraden noch aktiv sei; die Abgasrückführung im streitgegenständlichen Fahrzeug bei betriebswarmen Motor werde erst unterhalb von etwa 14 °C Umgebungslufttemperatur schrittweise reduziert. Auch die von der Beklagten vorgetragenen Temperaturschwellen lassen eine Prüfstandbezogenheit nicht erkennen. Selbst ein Temperaturbereich von 17 °C bis 33 °C würde nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs nicht ausreichen, um dem Verhalten der für die Beklagte handelnden Personen ein sittenwidriges Gepräge zu geben (vgl. BGH, Beschluss vom 13.10.2021 – VII ZR 295/20 –, juris Rn. 14). Dies muss erst Recht für eine Temperaturschwelle von 14 °C gelten.

(2)

Auch Anhaltspunkte für wissentlich unterbliebene oder unrichtige Angaben der Beklagten im Typgenehmigungsverfahren gegenüber dem KBA, die noch dazu auf ein heimliches und manipulatives Vorgehen oder eine Überlistung der Behörde und damit auf einen bewussten Gesetzesverstoß hindeuten würden (vgl. BGH, Urteil vom 16.09.2021 – VII ZR 190/20 –, juris Rn. 26), sind vorliegend nicht zu erkennen.

Soweit der Kläger in Zweifel zieht, dass die Beklagte die genaue Wirkungsweise des Thermofensters dem KBA gegenüber offengelegt habe, sind etwaige unvollständige Angaben zu der genauen Wirkungsweise des Thermofensters nicht ausreichend, da sie allein noch nicht auf ein heimliches und manipulatives Vorgehen oder eine Überlistung der Behörde und damit auf einen bewussten Gesetzesverstoß hindeuten.

Greifbare Anhaltspunkte für eine unterbliebene Offenlegung sind im Übrigen nicht vom Kläger dargetan. Die Beklagte hat vielmehr vorgetragen, dass die temperaturabhängige Steuerung der Abgasrückführung bei Herstellung des Fahrzeugs bekannter Industriestandard gewesen sei und das KBA laufend Fahrzeuge, Motoren und Emissionskontrollsysteme genehmigt habe, die eine temperaturabhängige Systemsteuerung enthielten. Sie hat weiter behauptet, die im Typgenehmigungsverfahren in der Praxis des KBA erwarteten und nach den gesetzlichen Formularen vorgesehenen Angaben zu den Emissionskontrollsystemen gemacht zu haben; die Offenlegung weiterer Details habe nicht dem Verständnis des Typgenehmigungsverfahrens seitens des KBA entsprochen.

Überdies wäre die Behörde, sollten im Typgenehmigungsverfahren Angaben zu den Einzelheiten der temperaturabhängigen Steuerung unterlassen worden sein, nach dem Amtsermittlungsgrundsatz gemäß § 24 Abs. 1 S. 1 und 2 VwVfG aber auch gehalten gewesen, diese zu erfragen, um sich in die Lage zu versetzen, die Zulässigkeit der Abschaltvorrichtung zu prüfen (vgl. BGH, Beschluss vom 13.10.2021 – VII ZR 50/21 –, juris Rn. 16).

(3)

Nichts anderes folgt daraus, dass das streitgegenständliche Fahrzeug einem Rückruf des KBA unterfällt. Denn die Beanstandung durch das KBA hat sich – was unstrittig ist – bereits nicht auf das Thermofenster und dessen Ausgestaltung, sondern auf die Ausgestaltung der im Fahrzeug ebenfalls unstrittig vorhandenen KSR bezogen.

cc)

Auch der Vortrag des Klägers im Hinblick auf die KSR vermag die Annahme einer sittenwidrigen vorsätzlichen Schädigung nicht zu begründen.

Die Verwendung einer KSR allein begründet ebenfalls – wie das Thermofenster – noch kein sittenwidriges Verhalten, selbst wenn sie als eine unzulässig zu bewertende Emissionssteuerung anzusehen sein sollte. Vielmehr müssen auch hier weitere Umstände hinzutreten, die das Verhalten der für den Motorenhersteller handelnden Personen als besonders verwerflich erscheinen lassen (BGH, Beschluss vom 13.10.2021 – VII ZR 179/19 –, juris Rn. 22). Auch hierzu muss der Kläger greifbare Anhaltspunkte dargetan. Daran fehlt es vorliegend.

(1)

Die Funktion der KSR im streitbefangenen Fahrzeug unterscheidet nicht zwischen Prüfstand- und Straßenbetrieb des Fahrzeugs. Vielmehr wirkt sich die Reichweite der Regelungsbedingungen auf den Prüfstand- und Straßenbetrieb dem Grunde nach gleichermaßen aus. Zwar bezieht sich die Beanstandung durch das KBA nach dem unbestritten gebliebenen Vortrag der Beklagten darauf, dass die KSR im Prüfzyklus sicher zur Anwendung komme, während das außerhalb der Randbedingungen des Prüfzyklus bei normalen Betriebsbedingungen „oft“ nicht der Fall sei (vgl. zuletzt Bl. 354 dA-OLG). Dem lässt sich eine ausschließlich auf den Prüfstandbetrieb zugeschnittene Funktionsweise indessen nicht entnehmen. Dass die KSR sich aufgrund der konkreten Bedatung im Straßenbetrieb „oft“ nicht oder auch nicht besonders lang auswirken mag, genügt für die Annahme einer Prüfstandbezogenheit nicht (vgl. BGH, Beschluss vom 29.09.2021 – VII ZR 126/21 –, juris Rn. 17).

Anhaltspunkte für die Verwendung einer Prüfstanderkennungsoftware mit Optimierung des NOx-Ausstoßes bei Durchfahren des NEFZ, wie sie der Kläger im Zusammenhang mit der KSR behauptet, liegen nicht vor. Es fehlt die Darlegung konkreter Umstände, auf die der Kläger seinen dahingehenden Verdacht stützen kann.

Die insoweit vom Kläger vorgelegten Presseberichte sind nicht geeignet, solche greifbaren Anhaltspunkte zu begründen. Soweit diese überhaupt einen konkreten Bezug zum streitgegenständlichen Fahrzeug aufweisen, betrifft die dortige Berichterstattung insbesondere die Frage des Vorhandenseins einer unzulässigen Abschaltvorrichtung im streitgegenständlichen Fahrzeugmodell GLK 220 CDI aufgrund der vorhandenen KSR. So ist in den Berichten des Spiegel-Online vom 14.04.2019 (K 4, Bl. 51 ff. dA-LG) sowie des BR24 vom 10.02.2021 (BK 6, Bl. 151 f. dA-OLG) allein die Rede von „unzulässigen Abschaltungen im Emissionskontrollsystem“, nicht aber von einer Umschaltlogik bzw. Zykluserkennung. Wie vorstehend ausgeführt reicht allein das Vorhandensein einer unzulässigen Abschaltvorrichtung ohne das Hinzutreten weiterer Umstände aber nicht für die Annahme eines sittenwidrigen Verhaltens der für die Beklagte handelnden Personen aus. In den Online-Berichten auf Bild.de vom 13.04.2019 (K 5, Bl. 57 ff. dA-LG) und vom 18.05.2019 (K 6, Bl. 60 f. dA-LG) ist zwar die Rede von einer Abschaltung der KSR im Straßenbetrieb bzw. einer „Manipulation von Abgastests“. Diesen allgemein gehaltenen, schlagwortartigen Inhalten steht aber der vorstehend dargestellte, unstrittige Inhalt der Beanstandung des KBA entgegen, der eine Prüfstandbezogenheit gerade nicht erkennen lässt. Hinzu kommt, dass eine Prüfstanderkennung im streitgegenständlichen Fahrzeugmodell GLK 220 CDI trotz Beanstandung der KSR durch das KBA von eben diesem verneint wird, wie aus in anderen Verfahren eingeholten amtlichen Auskünften folgt (vgl. die amtliche Auskunft

vom 06.10.2020, BB 03, Bl. 293, 291 dA-OLG, sowie die Darstellung des LG Stuttgart im Urteil vom 09.04.2021 – 12 O 320/19 – zum Inhalt der dort eingeholten amtlichen Auskunft des KBA, BK 10, Bl. 160 dA-OLG). Angesichts dessen hätte es nunmehr weiteren Vortrags des Klägers bzw. der Anführung weiterer greifbarer Anhaltspunkte bedurft, weshalb gleichwohl die in seinem Fahrzeugtyp verbaute KSR über eine Prüfstandbezogenheit verfügen soll.

Soweit die vom Kläger vorgelegten Unterlagen schon keinen Bezug zum streitgegenständlichen Fahrzeug aufweisen, genügen sie schon deshalb nicht zur Begründung greifbarer Anhaltspunkte für die Behauptung des Klägers, die im streitgegenständlichen Fahrzeug implementierte KSR enthalte faktisch eine Prüfstanderkennung. Dies gilt insbesondere für das Gutachten des Sachverständigen Dr. Heitz vom 12.11.2020 (Anlage K 17, Bl. 477 ff. dA-LG), das die Motorsteuerungssoftware eines Mercedes-Benz E 250 betrifft. Davon abgesehen gibt die in diesem Gutachten angeführte Bedatung der KSR auch für eine Prüfstandbezogenheit dieser Einrichtung nichts her.

Die Beklagte hat eine Prüfstanderkennung, verbunden mit einer etwaigen „Umschaltlogik“, in Abrede gestellt.

(2)

Greifbare dahingehende Anhaltspunkte ergeben sich auch nicht aus dem Sachvortrag des Klägers zu einem sog. Timer, der die Betriebsdauer der KSR in zeitlicher Hinsicht beschränke.

Die Beklagte hat die Verwendung einer Timer-Funktion im Zusammenhang mit der KSR zwar zugestanden. Nach ihrem Vortrag gehe die maximal applizierte Betriebsdauer jedoch über die Zeitdauer des Prüfzyklus hinaus. Dem Kläger hat es vor diesem Hintergrund obliegen dazutun, auf welche konkreten Umstände er eine auf die Zeitdauer des Prüfstandbetriebs beschränkte Funktionsweise stützt. Daran fehlt es vorliegend. Aus den vom Kläger vorgelegten Unterlagen ergibt sich nicht, dass der Timer im normalen Straßenbetrieb unter gleichen Bedingungen anders als auf dem Prüfstand funktionieren würde oder zeitlich auf die Dauer des Prüfverfahrens begrenzt wäre. Insbesondere kann sich der Kläger insoweit nicht auf die zu den Akten gereichte Auskunft des KBA vom 30.04.2021 (BK 11, Bl. 185 f. dA-OLG) stützen, die schon einen anderen Fahrzeugtyp – Mercedes-Benz C 250 CDI – als den hier streitbefangenen betrifft.

Im Übrigen ändert eine zeitliche Begrenzung der KSR nichts daran, dass sie sich auf den Prüfstand- und Straßenbetrieb des Fahrzeugs dem Grunde nach gleichermaßen auswirkt. Selbst wenn sie sich nur innerhalb eines kurzen Zeitraums auswirken sollte, lässt sich dem eine Prüfstandbezogenheit deshalb nicht bereits entnehmen (vgl. BGH, Beschluss vom 29.09.2021 – VII ZR 126/21 –, juris Rn. 17).

(3)

Eine Täuschung des KBA im Typgenehmigungsverfahren ist auch im Hinblick auf die Funktionsweise der KSR vom Kläger nicht tragfähig dargetan worden.

Dahingehende Anhaltspunkte für wissentlich unterbliebene oder unrichtige Angaben der Beklagten, die noch dazu auf ein heimliches und manipulatives Vorgehen oder eine Überlistung des KBA hindeuten, ergeben sich insbesondere nicht aus dem ergangenen Rückruf.

Darüber hinaus gab es nach dem Vorbringen der Beklagten im streitrelevanten Zeitraum lediglich grobmaschige Erklärungspflichten des Herstellers im Typgenehmigungsverfahren entlang der gesetzlichen Mustervorgaben. Eine Offenlegung oder gar nähere Beschreibung von Abschaltseinrichtungen sei zum damaligen Zeitpunkt gesetzlich nicht vorgesehen gewesen. Dem ist der Kläger nicht in prozessual beachtlicher Weise entgegengetreten. Auch hier gilt, dass die Behörde nach dem Amtsermittlungsgrundsatz gemäß § 24 Abs. 1 S. 1 und 2 VwVfG gehalten gewesen ist, etwaige aus ihrer Sicht fehlende Angaben zu erfragen, um sich in die Lage zu versetzen, die Zulässigkeit der Abschaltseinrichtung zu prüfen.

(4)

Alleine der Umstand, dass das streitgegenständliche Fahrzeug einem Rückrufbescheid des KBA unterfällt, der sich auf die KSR bezog, reicht zur Begründung der Sittenwidrigkeit ebenfalls nicht aus.

Ein verpflichtender Rückruf kann zwar das Vorhandensein einer unzulässigen Abschaltseinrichtung indizieren. Damit diese indessen eine Haftung der Beklagten wegen sittenwidriger vorsätzlicher Schädigung gemäß § 826 BGB begründen kann, müssen – wie schon angeführt – nach der mittlerweile gefestigten höchstrichterlichen Rechtsprechung weitere Umstände hinzutreten, die das Verhalten der für sie handelnden Personen als besonders verwerflich erscheinen lassen. Derartige weitere Umstände sind vom Kläger – wie vorstehend dargelegt – weder in beachtlicher Weise dargetan noch sonst ersichtlich.

b)

Ein Schadensersatzanspruch aus § 823 Abs. 2 BGB i.V.m. § 263 Abs. 1 StGB ist nicht gegeben. Die Voraussetzungen dieser Anspruchsgrundlage sind nicht erfüllt, weil bereits eine vorsätzliche Täuschung des Klägers durch die Beklagte nicht festgestellt werden kann. Auf die vorstehenden Ausführungen wird insoweit Bezug genommen.

c.

Auch ein Schadensersatzanspruch aus § 831 BGB besteht hiernach nicht. Es fehlt aus den dargelegten Gründen an der erforderlichen Verwirklichung des objektiven Tatbestands einer unerlaubten Handlung i.S.d. §§ 826, 823 Abs. 2 BGB, 263 Abs. 1 StGB durch einen Verrichtungsgehilfen der Beklagten.

2.

Der Kläger kann den mit der Klage verfolgten Schadensersatzanspruch zudem weder in Höhe des Fahrzeugkaufpreises gemäß seinem Antrag zu Ziffer 1) noch in Höhe eines mit dem Hilfsantrag zu Ziffer 2) verfolgten Minderwertes des streitbefangenen Fahrzeugs mit Erfolg auf das kaufrechtliche Gewährleistungsrecht stützen. Dies gilt insbesondere auch für den geltend gemachten Anspruch auf Rückabwicklung des Kaufvertrages aus §§ 433, 437 Nr. 2, 440, 323 bzw. 326 Abs. 5 BGB.

Zwar hat er in der Klageschrift den Rücktritt von dem mit der Beklagten geschlossenen Kaufvertrag erklärt (Bl. 27 dA-LG). Jedoch sind etwaige kaufrechtliche Ansprüche aufgrund der von der Beklagten erhobenen Einrede der Verjährung nicht durchsetzbar und daher der vom Kläger erklärte Rücktritt nach § 218 Abs. 1 BGB unwirksam.

a)

Die Gewährleistungsrechte des Käufers verjähren im vorliegenden Fall grundsätzlich gemäß § 438 Abs. 1 Nr. 3, Abs. 2 BGB in zwei Jahren, beginnend mit der Ablieferung der Kaufsache. Das streitbefangene Fahrzeug ist dem Kläger am 22.04.2013 übergeben worden. Die kurze Verjährungsfrist von zwei Jahren endete mithin bereits mit Ablauf des April 2015. Bis dahin in Betracht kommende Hemmungstatbestände sind nicht ersichtlich. Die erst im Januar 2021 erhobene Klage hat die Verjährung daher nicht mehr nach § 204 Abs. 1 Nr. 1 BGB hemmen können.

b)

Nach § 438 Abs. 3 S. 1 BGB kommt zwar die erst nach Maßgabe des § 199 Abs. 1 BGB beginnende regelmäßige Verjährungsfrist von drei Jahren (§ 195 BGB) zur Anwendung, wenn der Verkäufer einen Mangel der Kaufsache arglistig verschwiegen hat. Aus den vorgenannten Gründen fehlt es indes an der für eine Anwendung der regelmäßigen Verjährungsfrist notwendigen Arglist der Beklagten.

3.

Ein Anspruch aus § 812 Abs. 1 S. 1 Alt. 1 BGB i.V.m. §§ 123 Abs. 1, 142 BGB nach erklärter Anfechtung wegen arglistiger Täuschung scheidet aus, weil nach vorstehenden Ausführungen bereits von einer arglistigen Täuschung der Beklagten nicht auszugehen ist.

4.

Dem Kläger steht gegen die Beklagte aber ein nunmehr mit der Berufung hilfsweise geltend gemachter Schadensersatzanspruch aus § 823 Abs. 2 BGB i.V.m. §§ 6 Abs. 1, 27 Abs. 1 EG-FGV in Höhe eines sog. Differenzschadens von 3.460,24 € zu. Soweit der Kläger hingegen nach diesen Vorschriften einen höheren Schadensersatzbetrag begehrt, sind seine Klage und seine Berufung wiederum unbegründet.

a)

Nach dem Urteil des Bundesgerichtshofs vom 26.06.2023 – VIa ZR 335/21 –, das im Anschluss an das Urteil des Europäischen Gerichtshofs vom 21.03.2023 – C-100/21 – und ebenso wie dieses zeitlich erst deutlich nach dem angefochtenen landgerichtlichen Urteil ergangen ist, ist das unionsrechtlich geschützte Interesse, durch den Abschluss eines Kaufvertrags über ein Kraftfahrzeug nicht wegen eines Verstoßes des Fahrzeugherstellers gegen das europäische Abgasrecht eine Vermögenseinbuße im Sinne der Differenzhypothese zu erleiden, von § 823 Abs. 2 BGB i.V.m. §§ 6 Abs. 1, 27 Abs. 1 EG-FGV nach der gebotenen unionsrechtlichen Lesart geschützt (juris Rn. 28 ff., Rn. 32).

Das Vorbringen der Beklagten rechtfertigt keine andere Beurteilung.

aa)

Insbesondere ist der Annahme der Beklagten nicht zu folgen, insoweit fehle es an den verfassungsrechtlichen Anforderungen des Art. 80 Abs. 1 GG.

Gesetz im Sinne von § 823 Abs. 2 BGB ist nicht nur ein Gesetz im formellen Sinne, sondern gemäß § 2 EGBGB jede Rechtsnorm. Ein den Schutz eines anderen bezweckendes Gesetz kann mithin jede Norm des objektiven Rechts sein, sofern darin ein bestimmtes Gebot oder Verbot ausgesprochen wird (vgl. schon BGH, Urteil vom 25.01.1977 – VI ZR 29/75 –, juris Rn. 14, VersR 1977, 616 m.w.N.; BGH, Urteil vom 26.03.2023 – VIa ZR 335/21 –, juris Rn. 32).

Die Beklagte vermag auch nicht mit Erfolg geltend zu machen, die Bundesministerien für Verkehr, Bau und Stadtentwicklung sowie des Innern seien nicht ermächtigt

gewesen, die Richtlinie 2007/46/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 05.09.2007 mit der Verordnung über die EG-Genehmigung für Kraftfahrzeuge und ihre Anhänger sowie für Systeme, Bauteile und selbstständige technische Einheiten für diese Fahrzeuge (EG-Fahrzeuggenehmigungsverordnung – EG-FGV) in deutsches Recht umzusetzen, wenn diese Richtlinie – wie vom Europäischen Gerichtshof und nachfolgend auch vom Bundesgerichtshof angenommen – auch Normen mit drittschützender Wirkung beinhaltet. Dass eine – hinreichende – grundsätzliche Ermächtigung zur Umsetzung dieser Rahmenrichtlinie betreffend die Genehmigung von Kraftfahrzeugen bestanden hat, stellt auch die Beklagte nicht in Frage. Weshalb von dieser Ermächtigung aber Normen mit drittschützender Wirkung ausgenommen sein sollen, zeigt schon sie selbst nicht auf. Dies ist auch nicht anzunehmen. Die drittschützende Wirkung rührt aus den europäischen Vorschriften – der Richtlinie – her. Zu deren Umsetzung sind die Mitgliedstaaten der Europäischen Union gemäß Art. 288 Abs. 3 AEUV verpflichtet. Nur die Wahl der Form und Mittel ist ihnen nach dieser Vorschrift überlassen. Dass der Gesetzgeber und Ermächtigende entgegen dieser seiner Verpflichtung nicht eine vollständige Umsetzung der Richtlinie gewollt haben könnte, da sie nicht nur die verkehrsrechtliche Genehmigung von Fahrzeugtypen, sondern darüber hinaus auch den Erwerber von Kraftfahrzeugen schützende Normen enthielt, ist nicht anzunehmen. Ermächtigte er zur Umsetzung einer solchen Richtlinie die vorbezeichneten Bundesministerien, ist daher davon auszugehen, dass diese Ermächtigung auch solche Normen betraf, die drittschützende Wirkung haben.

bb)

Ebenso wenig kann sich die Beklagte mit Erfolg darauf berufen, dass angesichts hinreichender Sanktionierung im nationalen deutschen Recht kein Bedarf für eine deliktische Fahrlässigkeitshaftung bestehe.

Die Beklagte vermag insoweit zunächst nicht mit Erfolg auf mögliche Straf- und Bußgeldverfahren zu verweisen. Denn hierbei verkennt sie, dass nach der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs Schadensersatzansprüche der Käufer nicht durch nationale Rechtsvorschriften unmöglich oder übermäßig erschwert werden dürfen (EuGH, Urteil vom 21.03.2023 – C-100/21 –, NJW 2023, 1111, Rn. 93). Es geht bei dieser Frage mithin nicht darum, ob und inwieweit andere Sanktionsmöglichkeiten zur Verfügung stünden.

Entgegen der Ansicht der Beklagten sind die Käufer insoweit auch nicht durch die kaufrechtlichen Gewährleistungsvorschriften ausreichend geschützt. Abgesehen davon, dass sich kaufrechtliche Gewährleistungsansprüche in der Regel nicht gegen die Fahrzeughersteller richten, da diese zumeist nicht selbst Verkäufer der betroffenen Fahrzeuge sind, sind sie zudem auch zumeist verjährt, weil die

Fahrzeughändler das Vorhandensein der Abschaltvorrichtungen mangels entsprechender eigener Kenntnis für gewöhnlich nicht arglistig verschwiegen haben.

Die Haftung nach § 826 BGB schließlich stellt keinen ausreichenden Schutz der Käufer dar, sondern würde ihnen den Ersatz angemessenen Schadensersatzes für gewöhnlich unmöglich machen, zumindest aber übermäßig erschweren. Denn eine Haftung wäre danach nur bei einem vorsätzlich sittenwidrigen Verhalten der Kraftfahrzeughersteller begründet.

Dementsprechend hat der Bundesgerichtshof zu Recht angenommen, dass der vom Europäischen Gerichtshof geforderte Schutz des Käufervertrauens im Verhältnis zum Fahrzeughersteller, sollen Wertungswidersprüche vermieden werden, nur unter Einbeziehung auch der Kaufentscheidung und damit letztlich der Annahme einer drittschützenden Wirkung i.S.d. § 823 Abs. 2 BGB gewährleistet werden kann (BGH, Urteil vom 26.06.2023 – VIa ZR 335/21 –, juris Rn. 30).

b)

Die Beklagte hat eine unzutreffende Übereinstimmungsbescheinigung erteilt und damit gegen die §§ 6 Abs. 1, 27 Abs. 1 EG-FGV verstoßen.

Unzutreffend ist eine Übereinstimmungserklärung, wenn das betreffende Kraftfahrzeug mit einer gemäß Art. 5 Abs. 2 VO (EG) 715/2007 unzulässigen Abschaltvorrichtung ausgerüstet ist, weil die Bescheinigung dann eine tatsächlich nicht gegebene Übereinstimmung des konkreten Kraftfahrzeugs mit Art. 5 Abs. 2 VO (EG) 715/2007 ausweist (BGH, Urteil vom 26.06.2023 – VIa ZR 335/21 –, juris Rn. 34).

aa)

Gemäß Art. 5 Abs. 1 VO (EG) 715/2007 rüstet der Hersteller das Fahrzeug so aus, dass die Bauteile, die das Emissionsverhalten voraussichtlich beeinflussen, so konstruiert, gefertigt und montiert sind, dass das Fahrzeug unter normalen Betriebsbedingungen dieser Verordnung und ihren Durchführungsmaßnahmen entspricht. Die Verwendung von Abschaltvorrichtungen, die die Wirkung von Emissionskontrollsystemen verringern, ist gemäß Art. 5 Abs. 2 S. 1 VO (EG) 715/2007 unzulässig.

Nach Art. 3 Nr. 10 VO (EG) 715/2007 ist eine Abschaltvorrichtung im Sinne dieser Verordnung und ihrer Durchführungsmaßnahmen ein Konstruktionsteil, das die Temperatur, die Fahrzeuggeschwindigkeit, die Motordrehzahl, den eingelegten Getriebegang, den Unterdruck im Einlasskrümmer oder sonstige Parameter ermittelt, um die Funktion eines beliebigen Teils des Emissionskontrollsystems zu aktivieren, zu verändern, zu verzögern oder zu deaktivieren, wodurch die Wirksamkeit des

Emissionskontrollsystems unter Bedingungen, die bei normalem Fahrzeugbetrieb vernünftigerweise zu erwarten sind, verringert wird. Insoweit ist Maßstab für die Frage der Zulässigkeit einer Funktionsveränderung in Abhängigkeit von bestimmten Parametern 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 Bedingungen des normalen Fahrbetriebs im gesamten Unionsgebiet. Ob die Grenzwerte unter den Bedingungen des NEFZ auch bei veränderter Funktion eingehalten wurden, ist mit Rücksicht auf den Wortlaut des Art. 3 Nr. 10 VO (EG) 715/2007 hingegen nicht von Bedeutung (BGH, Urteil vom 26.06.2023 – VIa ZR 335/21 –, juris Rn. 51).

Damit steht – anders als von der Beklagten angenommen – der Annahme einer Abschaltvorrichtung nach Art. 3 Nr. 10 VO (EG) 715/2007 nicht etwa entgegen, dass eine Funktion auch im Straßenbetrieb unter denselben Bedingungen dem Grunde nach wie auf dem Prüfstand arbeitet.

bb)

Ob sich das vorliegend verbaute Thermofenster nach diesen Grundsätzen als eine unzulässige Abschaltvorrichtung erweist, bedarf keiner Entscheidung. Denn die Beklagte handelte insoweit jedenfalls aus den nachfolgend noch darzulegenden Gründen nicht schuldhaft, weshalb der Kläger sein Schadensersatzverlangen hierauf nicht mit Erfolg stützen kann.

cc)

Nach vorgenannter Maßgabe stellt sich aber in jedem Fall die im streitbefangenen Fahrzeug verbaute KSR, und zwar mit der konkreten Steuerung ihrer Funktionalität in Abhängigkeit von bestimmten Parametern – hierbei handelt es sich sodann um ein Konstruktionsteil im Sinne des Art. 3 Nr. 10 der VO (EG) Nr. 715/2007 (vgl. EuGH, Urteil vom 17.12.2020 – C-693/18 –, juris Rn. 59 ff., NJW 2021, 1216) –, als unzulässig dar.

Zwischen den Parteien ist unstreitig, dass mittels der KSR während des Warmlaufs des Motors der Sollwert des Kühlmittels von ca. 100 °C auf 70 °C abgesenkt wird. Nach Darstellung der Beklagten wird hierdurch ein verhältnismäßig längerer Warmlauf gewährleistet und so ein besserer Ausgleich von Stickoxiden und Partikeln und damit eine stärkere Reduktion von Emissionen in der Kaltstartphase bewirkt. Im jüngsten Schriftsatz vom 25.08.2023 (dort S. 23 Rn. 58 ff., Bl. 337 ff. dA-OLG) führt die Beklagte insoweit ausdrücklich an, dass die Motortemperatur in einem für die

Optimierung des Wertepaares NO<sub>x</sub>-/Partikelemissionen günstigen Bereich gehalten werde. Derlei Technologien, die die Emissionen schon im Vorhinein, d.h. bei ihrer Entstehung verringern, sind sog. Emissionskontrollsysteme im Sinne des Art. 3 Nr. 10 VO (EG) Nr. 715/2007 (vgl. EuGH, Urteil vom 17.12.2020 – C-693/18 –, juris Rn. 69 ff., NJW 2021, 1216).

Die Funktion wird mittels eines sog. Timers in Abhängigkeit vom Parameter Zeit deaktiviert, wodurch die Wirksamkeit des Emissionskontrollsystems unter normalen Bedingungen des Fahrbetriebes verringert wird. Sie wird mithin nach Ablauf der applizierten Betriebsdauer im laufenden Betrieb endgültig abgeschaltet, wodurch sich die NO<sub>x</sub>-Emissionen wieder erhöhen. Diese Auswirkung ist letztlich zwischen den Parteien unstrittig. Die Beklagte mag – so ihre Darstellung des Streitstandes – hinsichtlich der Einhaltung der einschlägigen regulatorischen Anforderungen durch die konkret implementierte Regelung des Kühlmittelthermostats anderer Ansicht als das KBA sein. Dem liegt jedoch ausweislich ihrer diesbezüglichen Erläuterungen nicht etwa die fehlerhafte Annahme des beschriebenen Effekts durch das KBA zugrunde. Die konkrete Folge der Abschaltung ist vor dem Hintergrund des von der Beklagten angeführten Nutzens der KSR, deren Aktivierung zu einer stärkeren Reduktion von Emissionen führt, nur konsequent. Dass und mittels welcher Technologie die Wirksamkeit des Emissionskontrollsystems dennoch nicht verringert wird, ist nicht ersichtlich und auch nicht dargetan.

Die maximal applizierte Betriebsdauer mag – zugunsten der Beklagten, die den diesbezüglichen Zeitraum allerdings nicht angegeben hat, unterstellt – länger sein als die gesetzliche Prüfung. Dies ändert indes nichts daran, dass die KSR nach Ablauf eines gewissen Zeitraums deaktiviert wird und folglich nicht durchgängig unter normalen Betriebsbedingungen funktioniert oder auch ihrer Programmierung nach überhaupt funktionieren soll. Vielmehr ist ihre Funktion nach der eigenen Darstellung der Beklagten von vornherein nur auf einen kurzen Zeitraum begrenzt.

Daraus folgt, dass es sich bei der KSR um eine unzulässige Abschalteinrichtung handelt.

Nach Art. 5 Abs. 1 VO (EG) 715/2007 müssen die Bauteile, die das Emissionsverhalten des Fahrzeuges voraussichtlich beeinflussen, nämlich so konstruiert, gefertigt und montiert sein, dass das Fahrzeug unter normalen Betriebsbedingungen dieser Verordnung und ihren Durchführungsmaßnahmen entspricht. Einrichtungen, die nur kurzfristig und nicht während der gesamten Fahrt unter normalen Betriebsbedingungen arbeiten, sind nach Art. 5 Abs. 2 lit. b VO (EG) 715/2007 hingegen grundsätzlich nur dann zulässig, als sie (nur) zum Anlassen des Motors erforderlich sind. Aus der Zusammenschau dieser beiden Regelungen wie aber auch dem Sinn und Zweck des Art. 5 Abs. 1 VO (EG) 715/2007, nämlich dem grundsätzlichen Verbot von Abschalteinrichtungen (EuGH, Urteil vom 21.03.2023 – C-100/21 –, juris Rn. 66, NJW 2023, 1111), folgt bereits, dass jedenfalls eine solche

Abschalteinrichtung unabhängig davon, ob sie zum Schutz des Motors erforderlich ist, unzulässig ist, die – wie die KSR der Beklagten im streitbefangenen Fahrzeugtyp – bewusst so programmiert ist, dass sie grundsätzlich nicht während der gesamten Fahrt unter normalen Betriebsbedingungen funktioniert, sondern nur während eines kurzen, die Zeit des Anlassens des Motors aber deutlich übersteigenden Zeitraums (Senat, Urteil vom 01.09.2023 – 30 U 78/21 –, zur Veröffentlichung vorgesehen; vgl. auch EuGH a.a.O.; EuGH, Urteil vom 14.07.2022 – C-128/20 –, juris Rn. 63, NJW 2022, 2605).

Zur Klärung der vorstehenden Frage bedarf es auch nicht einer Vorlage derselben an den Europäischen Gerichtshof. Denn der Europäische Gerichtshof hat bereits mit den beiden vorangeführten Urteilen entschieden, dass Abschaltvorrichtungen, die unter normalen Betriebsbedingungen den überwiegenden Teil des Jahres funktionieren müssten, damit der Motor vor Beschädigung oder Unfall geschützt und der sichere Betrieb des Fahrzeugs gewährleistet wäre, offensichtlich dem mit dieser VO (EG) Nr. 715/2007 verfolgten Ziel, von dem diese Bestimmung nur unter ganz besonderen Umständen eine Abweichung zulässt, zuwiderlaufen und zu einer unverhältnismäßigen Beeinträchtigung des Grundsatzes der Begrenzung der Stickstoffdioxid (NO<sub>x</sub>)-Emissionen von Fahrzeugen führen.

Auch eine Aussetzung des Verfahrens im Hinblick auf die Vorlage des Landgerichts Duisburg beim Europäischen Gerichtshof (Beschluss vom 06.06.2023 – 1 O 55/19 –, BeckRS 2023, 20113) ist nicht veranlasst. Der Annahme der Verringerung der Wirksamkeit eines Emissionskontrollsystems steht ersichtlich nicht entgegen, dass bei Erhöhung der einen Emission zugleich eine andere verringert werden mag. Die Emissionsvorschriften der Europäischen Union sehen bestimmte Grenzwerte für im Einzelnen aufgeführte Emissionen, nicht jedoch die Möglichkeit einer Verrechnung dieser Emissionen untereinander („trade off“) vor. Folgerichtig existieren auch keine europäischen Vorschriften darüber, in welchem Maße eine Emission verringert werden müsste, um die damit verbundene Erhöhung der anderen zu rechtfertigen. Etwas Anderes folgt insoweit auch nicht aus der Entscheidung des Verwaltungsgerichts Schleswig vom 20.02.2023 (VG 3 A 113/18, BeckRS 2023, 2863). Zwar hat das Verwaltungsgericht dort die Möglichkeit eines „trade off“ nicht ausgeschlossen (Rn. 207 f.), ohne dies letztlich endgültig zu entscheiden. Die Ausführungen des Verwaltungsgerichts betreffen jedoch nicht einen möglichen Ausgleich zwischen verschiedenen Emissionen, sondern die der Kompensation der Wirksamkeit eines Teils eines Emissionskontrollsystems (Abgasrückführung) durch einen anderen Teil des Emissionskontrollsystems (Abgasnachbehandlung) in Bezug auf dieselbe Emissionsart. Eines Vorabentscheidungsverfahrens gemäß Art. 267 AEUV bedarf es nicht, weil somit die Auslegung der genannten Bestimmungen unzweifelhaft ist („acte clair“).

dd)

Eine Aussetzung des Rechtsstreits gemäß § 148 Abs. 1 ZPO im Hinblick auf das beim Verwaltungsgericht Schleswig unter dem Aktenzeichen 3 A 51/21 rechtshängige Verfahren ist entgegen der Ansicht der Beklagten gleichfalls nicht veranlasst. Denn eine die Aussetzung rechtfertigende Voreiligkeit der zu erwartenden verwaltungsgerichtlichen Entscheidung für den vorliegenden Rechtsstreit besteht aus den vom Bundesgerichtshof in seinem Beschluss vom 24.07.2023 (VIa ZB 10/21, juris Rn. 11 ff. m.w.N.) angeführten Gründen, die sich der Senat in vollem Umfang zueigen macht, nicht.

ee)

Auch eine Tatbestandswirkung einer EG-Typgenehmigung kann dem Schadensersatzanspruch nicht entgegengehalten werden. Der Senat folgt insoweit den Ausführungen des Bundesgerichtshofs zur Reichweite der Tatbestandswirkung einer EG-Typgenehmigung (BGH, Urteil vom 26.06.2023 – VIa ZR 335/21 –, juris Rn. 11 ff.).

c)

Zur Erwerbsskausalität kann sich der Kläger 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 er den Kaufvertrag über das streitbefangene Fahrzeug zu diesem Kaufpreis nicht geschlossen hätte (BGH, a.a.O., Rn. 55).

d)

Die Beklagte handelte in Bezug auf die KSR auch fahrlässig und damit schuldhaft.

aa)

Eine Schadensersatzhaftung gemäß § 823 Abs. 2 BGB i.V.m. §§ 6 Abs. 1, 27 Abs. 1 EG-FGV setzt ein Verschulden des in Anspruch genommenen Fahrzeugherstellers voraus. Denn § 823 Abs. 2 S. 2 BGB erlaubt nach seinem Wortlaut eine von einem Verschulden unabhängige Ersatzpflicht nicht. Vielmehr tritt, sofern nach dem Inhalt des Schutzgesetzes ein Verstoß gegen dieses auch ohne Verschulden möglich ist, die Ersatzpflicht nur im Falle des Verschuldens ein, wobei für die Haftung ein fahrlässiger Verstoß genügt (BGH, Urteil vom 26.06.2023 – VIa ZR 335/21 –, juris Rn. 36 ff.).

bb)

In Bezug auf das Thermofenster hält der Senat allerdings auch unter Berücksichtigung der neueren Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs an seiner Rechtsprechung (Senat, Urteil vom 24.06.2022 – 30 U 90/21 –, juris Rn. 61 ff.) fest, dass der Beklagten ein Fahrlässigkeitsvorwurf nicht zu machen ist, da sie einem unvermeidbaren Verbotsirrtum unterlag (siehe auch Senat, Urteil vom 01.09.2023 – 30 U 78/23 – zur Veröffentlichung vorgesehen; Urteil vom 02.08.2023 – 30 U 23/21 –, juris). Denn steht fest, dass eine ausreichende Erkundigung des einem Verbotsirrtum unterliegenden Schädigers bei der zuständigen obersten deutschen Behörde 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 26.06.2023 – VIa ZR 335/21 –, juris Rn. 65).

Zur Überzeugung des Senats steht fest, dass das KBA das von der Beklagten im Fahrzeug des Klägers implementierte Thermofenster auch dann nicht als unzulässig beurteilt hätte, wenn die Beklagte das KBA als gemäß § 2 Abs. 1 EG-FGV i.V.m. Art. 3 Nr. 29 und Art. 4 Abs. 4 und Abs. 2 der RL 2007/46/EG diejenige Behörde, die in der Bundesrepublik Deutschland für die Einhaltung der unionsrechtlichen Vorgaben zu sorgen hat, vor Erteilung der hier einschlägigen Typgenehmigung um entsprechende Auskunft gebeten und dabei gegenüber dem KBA die Reichweite des Thermofensters konkret dargelegt hätte.

Dem KBA ist nämlich die Verwendung von Thermofenstern seit Jahren bekannt, ohne dass die Behörde dies – unabhängig von seiner konkreten Funktionsweise – zum Anlass von Nachfragen, geschweige denn einer Beanstandung genommen hätte. Selbst über Jahre nach dem Bekanntwerden des sog. Dieselskandals und dem Auftreten öffentlicher Diskussionen über das Thermofenster wie auch seiner Zulässigkeit überhaupt oder der Reichweite seiner Zulässigkeit hat es insoweit jedenfalls dann keine Beanstandungen erhoben, wenn es – wie im vorliegenden Fall – nicht exakt auf die Prüfbedingungen des NEFZ zugeschnitten war. Vielmehr hat es erst aufgrund des Urteils des Europäischen Gerichtshofs vom 14.07.2022 – C-128/20 – zeitlich nachfolgend begonnen, Thermofenster hinsichtlich ihrer Reichweite einer kritischeren Überprüfung zu unterziehen und gegebenenfalls zu beanstanden. Die nationale Zulassungs- (Typgenehmigungs-) Behörde hat also – im Übrigen ebenso wie weitere europäische nationale Zulassungsbehörden, wie dem Senat aus anderen Verfahren bekannt ist – die maßgeblichen gesetzlichen Regelungen nicht anderes verstanden als die Beklagte, so dass ein Verschulden der Beklagten insoweit nicht gegeben ist (Senat, Urteil vom 02.08.2023 – 30 U 23/21 –, juris; Urteil vom 01.09.2023 – 30 U 78/23 – zur Veröffentlichung vorgesehen; so auch OLG Hamm, Urteil vom 28.07.2022 – 13 U 329/21; Beschluss vom 21.06.2022 – 28 U 114/21; KG, Urteil vom 16.06.2022 – 4 U 128/21; vgl. auch BGH, Beschluss vom 22.05.2023 –

Vla ZR 1570/22 –, BeckRS 2023, 12546; Beschluss vom 08.05.2023 – Vla ZR 1561/22 –, BeckRS 2023, 11640; Beschluss vom 30.01.2023 – Vla ZR 663/22 –, BeckRS 2023, 7208; in diesem Sinne auch BGH, Urteil vom 26.06.2023 – Vla ZR 335/21 –, juris Rn. 62 ff.).

cc)

In Bezug auf die im streitbefangenen Fahrzeug verbaute KSR vermag der Vortrag der Beklagten die Annahme eines unvermeidbaren Verbotsirrtums dagegen nicht zu begründen.

(1)

Das für die Haftung der Beklagten nach § 823 Abs. 2 BGB i.V.m. §§ 6 Abs. 1, 27 Abs. 1 EG-FGV erforderliche Verschulden wird vermutet.

Zwar trifft hinsichtlich des Verschuldens als anspruchsbegründende Voraussetzung gemäß § 823 Abs. 2 BGB gewöhnlich den Anspruchsteller die Darlegungs- und Beweislast. Jedoch muss derjenige, der – wie hier die Beklagte – 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. 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. Der Fahrzeughersteller, der sich unter Berufung auf einen unvermeidbaren Verbotsirrtum entlasten will, muss sowohl den Verbotsirrtum als solchen als auch dessen Unvermeidbarkeit konkret darlegen und beweisen. Nur ein auch bei Anwendung der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt unvermeidbarer Verbotsirrtum kann entlastend wirken (BGH, Urteil v. 26.06.2023 – Vla ZR 335/21 – juris Rn. 59 ff.).

(2)

Diesen Anforderungen wird das Vorbringen der Beklagten insoweit nicht gerecht, als ihr Vortrag in Bezug auf die KSR die Annahme eines unvermeidbaren Verbotsirrtums nicht zu begründen vermag. Denn hierfür gibt es unter den hier gegebenen Umständen keine hinreichenden Anhaltspunkte.

Das KBA mag der Beklagten, wie diese geltend macht, keine (manipulative) Prüfstanderkennung vorwerfen. Nach der eigenen Darstellung der Beklagten beanstandet es indes ausdrücklich die in Rede stehenden Funktion „Geregeltes

Kühlmittelthermostat“ mit den konkret applizierten Schaltkriterien. Dieses komme sicher im Prüfzyklus, außerhalb seiner Randbedingungen im normalen Fahrbetrieb indes oft nicht zur Anwendung. Eine solche Funktionsweise ist gemäß Art. 5 Abs. 2 S. 1 VO (EG) 715/2007 unzulässig und auch nach Einschätzung des KBA ersichtlich nicht ausnahmsweise nach Art. 5 Abs. 2 S. 2 VO (EG) 715/2007 zulässig, andernfalls es keinen verpflichtenden Rückruf ausgesprochen hätte. Damit steht fest, dass das KBA die KSR in dem vorliegenden Fahrzeugtyp in ihrer konkreten Ausgestaltung gerade nicht als zulässig erachtet hat, eine hypothetische Anfrage der Beklagten mithin negativ verlaufen wäre.

Ob das KBA dabei – wie die Beklagte meint – eine fehlerhafte Rechtsauffassung vertritt, steht der Annahme eines Verschuldens der Beklagten nicht entgegen. Denn da sie sich zu ihrer Entlastung allein auf eine hypothetische Auskunft des KBA beruft, ist ausschließlich maßgeblich, welche Auskunft das KBA tatsächlich erteilt hätte, nicht aber, ob diese zutreffend gewesen wäre. Aus diesem Grunde kommt auch dem verwaltungsgerichtlichen Rechtsstreit, den die Beklagte mit dem KBA über die Rechtmäßigkeit des Rückrufs führt, vorliegend keine Bedeutung zu.

Ohne Erfolg bleibt auch der Einwand der Beklagten, dass auf den Zeitpunkt der Erteilung der Typgenehmigung abzustellen und deshalb anzunehmen sei, dass seinerzeit das KBA noch keine Beanstandung der KSR vorgenommen hätte. Die Beklagte vermag selbst schon nicht aufzuzeigen, dass und weshalb das KBA seinerzeit eine andere Rechtsauffassung vertreten haben sollte, so ihr die KSR mit deren genauen Funktionsweise offengelegt worden wäre. Greifbare Anhaltspunkte für diese Behauptung führt sie erst recht nicht an.

Eine Entlastung der Beklagten mit Rücksicht auf den Umstand, dass der Verwendung von derartigen Funktionen ein allgemeiner Industriestandard zugrunde liege, kommt nach dem gesetzlichen Fahrlässigkeitsmaßstab ebenfalls nicht in Betracht (vgl. BGH, Urteil vom 26.06.2023 – VIa ZR 335/21 –, juris Rn. 70). Die von der Beklagten selbst angestellten Erwägungen zur Zulässigkeit der KSR genügen für sich genommen zu ihrer Entlastung schon insoweit nicht, als es sich hierbei zum damaligen Zeitpunkt um eine nicht in ihrem Sinne geklärte Rechtslage handelte, weswegen sie eine abweichende Beurteilung ihres Vorgehens in Betracht ziehen und von der eventuell rechtswidrigen Verwendung absehen musste (BGH, a.a.O., Rn. 69). Dass die Rechtslage seinerzeit nicht eindeutig geklärt war, führt die Beklagten selbst an (vgl. den Schriftsatz vom 24.11.2022, dort Seite 72 Rn. 252, Bl. 264 dA-OLG).

Aus den bereits darlegten Gründen ist auch der Ausgang des verwaltungsgerichtlichen Verfahrens für den hier vorliegenden Rechtsstreit nicht vorgreiflich und eine Aussetzung des Rechtsstreits gemäß § 148 Abs. 1 ZPO bis zum Abschluss des vor dem Verwaltungsgericht geführten Rechtsstreits deshalb nicht veranlasst.

e)

Aufgrund des Einsatzes einer unzulässigen Abschaltvorrichtung in Gestalt der KSR im streitbefangenen Fahrzeug ist dem Kläger ein sog. (Differenz-) Schaden entstanden.

aa)

Dieser ist gemäß der vorgenannten Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs nach Maßgabe der Differenzhypothese zu ermitteln, also nach Maßgabe eines Vergleichs der infolge des haftungsbegründenden Ereignisses eingetretenen Vermögenslage mit derjenigen, die ohne jenes Ereignis eingetreten wäre. Ein Vermögensschaden des Käufers im Sinne der Differenzhypothese liegt vor, wenn der Vergleich der infolge des haftungsbegründenden Ereignisses eingetretenen Vermögenslage mit der Vermögenslage ohne das haftungsbegründende Ereignis ein rechnerisches Minus ergibt bzw. der objektive Wert des erworbenen Fahrzeugs hinter dem Kaufpreis zurückbleibt. Der Geschädigte wird durch 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.

bb)

Der Kläger hat ein Fahrzeug erworben, das dem Gebrauch als Fortbewegungsmittel im Straßenverkehr dient. Da ihm mit der unzulässigen Abschaltvorrichtung prinzipiell Maßnahmen bis hin zu einer Betriebsbeschränkung oder -untersagung durch die Zulassungsbehörde gemäß § 5 Abs. 1 FZV drohen (vgl. BGH, Urteil vom 25.05.2020 – VI ZR 252/19 –, juris Rn. 19 ff., NJW 2020, 1962), steht die zweckentsprechende Nutzung des erworbenen Fahrzeugs in Frage. 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 grundsätzlich herab, weil schon in der Gebrauchsmöglichkeit als solcher ein geldwerter Vorteil liegt. Die Verfügbarkeit eines Kraftfahrzeugs ist geeignet, Zeit und Kraft zu sparen und damit das Fortkommen unabhängig von der Inanspruchnahme öffentlicher Verkehrsmittel im allgemeinsten Sinne zu fördern. Anschaffung und Unterhaltung eines Kraftfahrzeugs erfolgen vor allem um des wirtschaftlichen Vorteils willen, der in der Zeitersparnis liegt (vgl. BGH, Urteil vom 26.06.2023 – VIa ZR 335/21 –, juris Rn. 40 f.).

cc)

Das im Anschluss an den Rückrufbescheid des KBA begründete Risiko einer Betriebsbeschränkung des streitbefangenen Fahrzeugs stellt entgegen der Ansicht der Beklagten nicht lediglich eine abstrakte und deshalb außer Betracht zu lassende Gefahrenlage dar. Insbesondere lässt sich dies nicht im Hinblick darauf annehmen, dass es bisher nicht zu tatsächlichen Einschränkungen der Nutzbarkeit des Fahrzeugs gekommen ist. Denn mit Rücksicht auf den geldwerten Vorteil der jederzeitigen Verfügbarkeit eines Kraftfahrzeugs genügt für das Vorliegen eines Vermögensnachteils schon die rechtliche Möglichkeit einer Nutzungsbeschränkung, die mit der Verwendung einer unzulässigen Abschaltvorrichtung gegeben ist. Für die Schadensentstehung ist der Zeitpunkt des Vertragsschlusses maßgebend, so dass späteren Maßnahmen des KBA schon deshalb keine Bedeutung mehr zukommen kann (BGH, a.a.O., Rn. 42).

dd)

Den Schaden des Klägers bemisst der Senat im Wege der Schätzung (§ 287 Abs. 1 ZPO) im vorliegenden Fall mit 4.493,20 €. Dies entspricht 9 % des Bruttokaufpreises.

(1)

Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs, der sich der Senat anschließt, kann ein solcher Schaden aus Gründen unionsrechtlicher Effektivität im Rahmen der Schadensschätzung nach § 287 Abs. 1 ZPO nicht geringer als mit 5 % des gezahlten Kaufpreises und aus Gründen der Verhältnismäßigkeit nicht höher als mit 15 % veranschlagt werden. Bei der Schätzung des Schadens innerhalb dieses Rahmens sind bei der Bestimmung des objektiven Werts des Fahrzeugs im Zeitpunkt des Vertragsschlusses die mit der Verwendung einer unzulässigen Abschaltvorrichtung verbundenen Nachteile, insbesondere das Risiko behördlicher Anordnungen zu berücksichtigen. Der Umfang in Betracht kommender Betriebsbeschränkungen und die Eintrittswahrscheinlichkeit solcher Beschränkungen mit Rücksicht auf die Einzelfallumstände sind in den Blick zu nehmen. Das Gewicht des der Haftung zugrundeliegenden konkreten Rechtsverstößes für das unionsrechtliche Ziel der Einhaltung gewisser Emissionsgrenzwerte sowie der Grad des Verschuldens nach Maßgabe der Umstände des zu beurteilenden Einzelfalls sind zu bewerten (BGH, Urteil v. 26.06.2023 – VIa ZR 335/21 –, juris Rn. 75 ff.).

(2)

Entgegen der Ansicht der Beklagten begegnet ein an der unionsrechtlichen Effektivität des zu gewährenden Schutzes einerseits und einer am Grundsatz der Verhältnismäßigkeit andererseits sich orientierender Schätzungsrahmen – wie vom Bundesgerichtshof ausgeführt – keinen Bedenken. Im Übrigen beruht die Bemessung des Schadens des Klägers in der Sache aber auch auf der ohnehin im Rahmen des § 287 Abs. 1 S. 1 ZPO gebotenen Betrachtung der konkreten Umstände des Einzelfalls.

(3)

Der Senat hat die KSR als einzige im vorliegenden Fall unzulässige Abschaltvorrichtung berücksichtigt. Das Thermofenster ist aufgrund des insoweit fehlenden Verschuldens der Beklagten außer Betracht gelassen worden.

Grundsätzlich bestand von Anfang an und damit schon im Zeitpunkt des Vertragsschlusses zumindest ein prinzipielles Risiko, dass die Zulassungsbehörde wegen der KSR als unzulässige Abschaltvorrichtung eine Betriebsbeschränkung oder -untersagung nach § 5 Abs. 1 FZV vornimmt, weil das Fahrzeug wegen der gegen Art. 5 Abs. 2 VO (EG) 715/2007 verstoßenden Abschaltvorrichtung nicht dem genehmigten Typ (§ 3 Abs. 1 S. 2 FZV) entsprach. In seine Erwägungen hat der Senat ferner einbezogen, dass der Kläger sein Fahrzeug über eine Fahrstrecke von nunmehr 72.948 km und damit über einen nicht unerheblichen Teil der zu erwartenden Gesamtleistung, die der Senat bei dem hier betroffenen Fahrzeug- und Motorentyp mit 300.000 km ansetzt, genutzt hat. Auch war nicht zu verkennen, dass das Verschulden der Beklagten sich feststellbar auf bloße Fahrlässigkeit hinsichtlich der Zulässigkeit der eingesetzten KSR beschränkt.

(4)

Dass für die Schätzung des Differenzschadens auf den Zeitpunkt des Vertragsschlusses abzustellen ist, schließt eine schadensmindernde Berücksichtigung später eintretender Umstände im Wege der Vorteilsausgleichung, deren Voraussetzungen der Fahrzeughersteller darzulegen und zu beweisen hat, sodann zwar nicht aus. Beruft sich der Fahrzeughersteller auf die nachträgliche Verbesserung des Fahrzeugs durch ein Software-Update, kann damit eine Schadensminderung verbunden sein, wenn und soweit das Software-Update die Gefahr von Betriebsbeschränkungen signifikant reduziert (BGH, Urteil v. 26.06.2023 – VIa ZR 335/21 –, juris Rn. 80).

Vorliegend ist das behördlich freigegebene Software-Update am 18.05.2021 auf das streitbefangene Fahrzeug aufgespielt worden. Dadurch ist unstreitig die vom KBA

beanstandete KSR entfernt worden. Dies ist zwar schadensmindernd zu berücksichtigen, führt aber nicht dazu, dass der Schaden des Klägers damit gänzlich entfallen wäre. Denn die Gefahr einer Betriebsbeschränkung hat zuvor über einen längeren Zeitraum – vom Erwerb des Fahrzeuges bis zum Aufspielen des Software-Updates – bestanden. Den Kaufvertrag über das streitgegenständliche Fahrzeug hat der Kläger am 11.02.2013 geschlossen; die Übergabe des Fahrzeuges erfolgte sodann am 22.04.2013. Daher hat über einen Zeitraum von rund acht Jahren die zumindest latente Gefahr einer Betriebsbeschränkung bestanden, die erst mit dem Aufspielen des Software-Updates im Mai 2021 behoben wurde. Angesichts des tatsächlich vom KBA angeordneten Rückrufs des Fahrzeuges kommt dieser Gefahr auch eine nicht zu vernachlässigende Größe zu.

Die nachträgliche Verbesserung des streitgegenständlichen Fahrzeuges durch das Aufspielen des Software-Updates schätzt der Senat unter Berücksichtigung vorstehender Umstände auf einen Betrag von 1.482,96 €, entsprechend einem Anteil von 30 % des zuvor genannten Differenzschadens von 4.943,20 €.

Nach Abzug dieses Betrages von dem errechneten Differenzschaden verbleibt ein dem Kläger zu ersetzender Schaden in Höhe von 3.460,24 €.

(5)

Nutzungsvorteile und der Restwert des Fahrzeugs sind auf den Anspruch auf Ersatz des Differenzschadens erst dann und nur insoweit schadensmindernd anzurechnen, als sie den tatsächlichen Wert des Fahrzeugs bei Abschluss des Kaufvertrags übersteigen (BGH, Urteil vom 24.01.2022 – VIa ZR 100/21 –, juris Rn. 22, NJW-RR 2022, 1033). Das ist vorliegend nicht der Fall.

Die Nutzungsvorteile errechnen sich bei 72.948 gefahrenen Kilometern und einer zu erwartenden Gesamtleistung des Fahrzeugs von 300.000 km wie folgt (nach der Formel Bruttokaufpreis x vom Kläger gefahrene Kilometer seit Erwerb : erwartete Restleistung im Erwerbszeitpunkt):

gezahlter Bruttokaufpreis	54.924,45 €
km-Stand bei Erwerb	0
aktueller km-Stand	72.948
gefahrene Kilometer	72.948
Gesamtleistung	300.000
Nutzungsentschädigung	<b>13.355,43 €</b>

Damit ist sowohl bei Ansatz eines Restwertes des streitbefangenen Fahrzeuges von 23.500,00 € als auch eines zugunsten der Beklagten unterstellten höheren

Restwertes von 30.000,00 € der anfängliche tatsächliche (um 9 % geminderte) Wert des Fahrzeuges nicht überschritten. Daher hat es auch eines Schriftsatznachlasses für die Beklagte zur Frage der Höhe des konkreten Fahrzeugrestwertes nicht mehr bedurft.

tatsächlicher Wert	49.981,25 €
- Nutzungsentschädigung	13.355,43 €
- Restwert	23.500,00 €
= Differenz	<b>13.125,82 €</b>

tatsächlicher Wert	49.981,25 €
- Nutzungsentschädigung	13.355,43 €
- Restwert	30.000,00 €
= Differenz	<b>6.625,82 €</b>

Die vorstehend in Ansatz gebrachten Restwerte beruhen auf einer Schätzung des Senats auf der Grundlage der von ihm am 13.09.2023 in den Internet-Autobörsen mobile.de sowie AutoScout24.de vorgenommenen Abfragen (vgl. das Sitzungsprotokoll vom 13.09.2023, Bl. 529 dA-OLG).

f)

Die Beklagte kann sich insoweit nicht mit Erfolg auf die Einrede der Verjährung berufen.

Der deliktische Anspruch aus § 823 Abs. 2 BGB i.V.m. §§ 6 Abs. 1, 27 Abs. 1 EGV-FGV unterliegt der regelmäßigen Verjährungsfrist von drei Jahren gemäß §§ 195, 199 BGB. Insofern kommt es für den Beginn der Verjährungsfrist unter anderem darauf an, wann der Kläger Kenntnis von den den Anspruch begründenden Umständen erlangt hat oder ohne grobe Fahrlässigkeit hätte erlangen müssen (§ 199 Abs. 1 Nr. 1 BGB).

Eine Kenntniserlangung oder ein Kennenmüssen des Klägers spätestens mit Ablauf des Jahres 2018, wie von der Beklagten behauptet, ist nicht hinreichend dargelegt. Nicht ausreichend ist der Verweis der Beklagten auf die Ad-hoc-Mitteilung der Volkswagen AG vom 22.09.2015, infolge derer es zu öffentlichen Diskussionen über die Emissionen von Dieselfahrzeugen gekommen sei, ferner auf den ersten Bericht der Untersuchungskommission Volkswagen vom 22.04.2016 sowie eine freiwillige Pressemitteilung der Beklagten vom gleichen Tag, in der sie darauf hingewiesen habe, Kunden freiwillige Software-Updates anzubieten. Da sich nämlich die

Medienberichterstattung im Herbst 2015 zunächst nur auf Fahrzeuge der Volkswagen AG bezog, ebenso die Ad-hoc-Mitteilung der Volkswagen AG, kann von einer Kenntnis hinsichtlich von Abschaltvorrichtungen auch in Fahrzeugen anderer Hersteller zu diesem Zeitpunkt nicht ohne weiteres ausgegangen werden. Ebenso wenig kann aus dem ersten Bericht der Untersuchungskommission Volkswagen auf eine Kenntnis des Klägers geschlossen werden, da nicht näher dargelegt ist, welche Ergebnisse insofern in den Medien konkret wiedergegeben worden sind, insbesondere ob auch von möglicherweise unzulässigen Abschaltvorrichtungen in Fahrzeugen anderer Hersteller, konkret der Beklagten, berichtet worden ist. Die von der Beklagten angesprochene eigene Pressemitteilung bezog sich ihrem eigenen Vorbringen nach allein auf die Ankündigung freiwilliger Servicemaßnahmen. Zudem hat die Beklagte in ihr auch nicht eingeräumt, unzulässige Abschaltvorrichtungen verbaut zu haben. Vielmehr hat sie dies stets – wie auch noch im vorliegenden Rechtsstreit – in Abrede gestellt. Das an den Kläger gerichtete Anschreiben bezüglich des verpflichtenden Rückrufs datiert erst auf den 17.12.2019 (vgl. K 1b, Bl. 35 dA-LG). Bei einem Lauf der Verjährungsfrist erst ab Ende des Jahres 2019 war die Verjährungsfrist im Zeitpunkt der Klageeinreichung (Januar 2021) noch nicht abgelaufen und ist von diesem Zeitpunkt an nach § 204 Abs. 1 Nr. 1 BGB gehemmt worden.

5.

Die mit dem Hilfsantrag des Klägers zu Ziffer 2) begehrten Zinsen in Höhe von fünf Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 19.02.2021 sind aus den §§ 291, 288 Abs. 1 S. 2 BGB, 253 Abs. 1, 261 Abs. 1 ZPO i.V.m. § 222 ZPO i.V.m. § 187 Abs. 1 BGB gerechtfertigt.

6.

Die weiteren Klage-/Nebenforderungen des Klägers sind nicht begründet.

a)

Weitergehende Zinsen aus dem mit dem Hauptantrag zu Ziffer 1) verfolgten „großen“ Schadensersatzbetrag kann der Kläger mangels dahingehender Hauptforderung nicht beanspruchen.

Desgleichen ist der mit dem Antrag zu Ziffer 3) geltend gemachte Zinsanspruch unbegründet. Abgesehen davon, dass es auch insoweit an der entsprechenden Hauptforderung fehlt, scheidet ein vom Kläger zur Begründung herangezogener bereicherungsrechtlicher Anspruch mangels wirksamer Anfechtung des Kaufvertrages aus. Ein Anspruch auf Deliktzinsen aus § 849 BGB kommt ebenfalls

nicht in Betracht, wenn der Geschädigte – wie vorliegend der Fall – für die Hingabe seines Geldes im Wege des Leistungsaustauschs eine in tatsächlicher Hinsicht voll nutzbare Gegenleistung (Fahrzeug) erhält (BGH, Urteil vom 30.07.2020 – VI ZR 354/19).

b)

Es besteht kein Anspruch des Klägers auf die mit dem Antrag zu Ziffer 4) geltend gemachten vorgerichtlichen Rechtsanwaltskosten.

Die Erstattung vorgerichtlicher Rechtsanwaltskosten kann der Kläger nicht aus Schuldnerverzug von der Beklagten verlangen. Denn die Beklagte befand sich im Zeitpunkt der anwaltlichen Beauftragung – vor dem anwaltlichen Aufforderungs-/Mahnschreiben vom 04.08.2020 (Anlage K 1d, Bl. 41 ff. dA-LG) – nicht bereits in Schuldnerverzug.

Die Kosten sind auch nicht im Rahmen eines kaufrechtlichen Schadensersatzanspruchs zu ersetzen. Denn die anwaltliche Zahlungsaufforderung mit dem vorgenannten Schriftsatz ist erst nach Verjährungseintritt erfolgt. Damit steht auch einem vertraglichen Erstattungsanspruch die Verjährungseinrede der Beklagten entgegen.

Aus dem Deliktsrecht folgt ein materiell-rechtlicher Erstattungsanspruch ebenso wenig. Denn die vorgerichtlichen anwaltlichen Tätigkeiten sind regelmäßig mit der Verfahrensgebühr des Rechtsanwalts abgegolten, wenn nicht seine Beauftragung nur auf die außergerichtliche Tätigkeit beschränkt oder der Prozessauftrag unter der aufschiebenden Bedingung erteilt worden ist, dass zunächst vorzunehmende außergerichtliche Einigungsversuche erfolglos bleiben (vgl. BGH, Urteil vom 22.06.2021 – VI ZR 353/20 –, juris Rn. 7, NJW-RR 2021, 1070). Dahingehenden Anhaltspunkte bestehen nicht und sind vom Kläger auch nicht dargetan worden. Vielmehr spricht der Inhalt des Anwaltsschreibens vom 04.08.2020 für einen zu diesem Zeitpunkt bereits erteilten unbedingten Prozessauftrag, indem es dort heißt, dass sich der Kläger bei fruchtlosen Verstreichen der gesetzten Frist ohne weitere Mitteilung zur Durchsetzung seiner Ansprüche gerichtlicher Hilfe bedienen werde.

Der Kläger kann aus diesem Grunde auch die begehrten Zinsen auf die geltend gemachten außergerichtlichen Rechtsanwaltskosten nicht beanspruchen.

c)

Die Beklagte ist schließlich mit der Annahme des streitbefangenen Fahrzeugs nicht in Verzug geraten, wie mit dem Feststellungsantrag zu Ziffer 5) geltend gemacht, weil sie nicht zu einer Rücknahme des Fahrzeugs verpflichtet ist, weder aus dem Kaufrecht noch aus dem Deliktsrecht.

III.

Die Kostenentscheidung beruht auf §§ 92 Abs. 1 S. 1 ZPO, die Entscheidung über die vorläufige Vollstreckbarkeit folgt aus §§ 708 Nr. 10, 711 ZPO.

IV.

Die Revision ist nicht zuzulassen, weil die gesetzlichen Voraussetzungen des § 543 Abs. 2 S. 1 ZPO nicht vorliegen. Weder hat die Sache grundsätzliche Bedeutung noch erfordert die Fortbildung des Rechts oder die Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung eine Entscheidung des Revisionsgerichts.

Dr. Hübner

Dr. Jungermann

Krömer

Beglaubigt

Urkundsbeamter/in der Geschäftsstelle

Oberlandesgericht Hamm



Verkündet am 13.09.2023

Hagen, Justizbeschäftigte  
als Urkundsbeamtin der Geschäftsstelle