

24 U 205/21
18 O 161/20
Landgericht Köln



Oberlandesgericht Köln
IM NAMEN DES VOLKES

Urteil

In dem Rechtsstreit



Klägers und Berufungsklägers,

- Prozessbevollmächtigte: Hahn Rechtsanwälte PartG mbB, Marcusallee 38, 28359
Bremen -

gegen

die Mercedes-Benz Group AG, vertreten durch den Vorstand, dieser vertreten durch
den Vorstandsvorsitzenden Ola Källenius, Mercedesstraße 137, 70327 Stuttgart,

Beklagte und Berufungsbeklagte,

- Prozessbevollmächtigte: CMS Hasche Sigle Rechtsanwälte, Theodor-Heuss-
Straße 29, 70174 Stuttgart -

hat der 24. Zivilsenat des Oberlandesgerichts Köln
auf die mündliche Verhandlung vom 21.09.2023
durch den Vorsitzenden Richter am Oberlandesgericht Dr. Hake, den Richter am
Oberlandesgericht Fleischhauer und den Richter am Landgericht Dr. Logemann

für Recht erkannt:

I.

Auf die Berufung des Klägers wird das am 30.08.2021 verkündete Urteil des Einzelrichters der 18. Zivilkammer des Landgerichts Köln - 18 O 161/20 - unter Zurückweisung des weitergehenden Rechtsmittels teilweise abgeändert und wie folgt neu gefasst:

1.

Die Beklagte wird verurteilt, an den Kläger 29.540,23 € nebst Zinsen in Höhe von fünf Prozentpunkten über dem jeweiligen Basiszinssatz seit dem 19.06.2020 zu zahlen, Zug um Zug gegen Übereignung und Herausgabe des PKW Mercedes SLK 250 D mit der Fahrzeugidentifikationsnummer

2.

Die Beklagte wird verurteilt, den Kläger von vorgerichtlichen Rechtsanwaltskosten gegenüber der Hahn Rechtsanwälte PartG mbB in Höhe von 1.358,86 € freizustellen.

3.

Es wird festgestellt, dass sich die Beklagte mit der Rücknahme des PKW gemäß Ziffer 1. in Annahmeverzug befindet.

4.

Im Übrigen wird die Klage abgewiesen.

III.

Die Kosten des Rechtsstreits in erster Instanz tragen der Kläger zu 20% und die Beklagte zu 80%. Die Kosten des Rechtsstreits in zweiter Instanz tragen der Kläger zu 15% und die Beklagte zu 85%.

IV.

Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar. Die Parteien können die Vollstreckung jeweils durch Sicherheitsleistung in Höhe von 120% des aufgrund des Urteils vollstreckbaren Betrages abwenden, wenn nicht die jeweils andere Partei vor der Vollstreckung Sicherheit in Höhe von 120% des jeweils zu vollstreckenden Betrages leistet.

V.

Die Revision wird nicht zugelassen.

Gründe:

I.

Mit der Klage verlangt der Kläger im Wege des Schadensersatzes die Rückabwicklung des Kaufvertrages über das am 18.10.2016 von dritter Seite zum Kaufpreis von 37.000,00 € erworbenen Gebrauchtfahrzeugs der Marke Mercedes-Benz SLK 250 D (Erstzulassung am 10.09.2015). Hilfsweise verfolgt der Kläger zuletzt den sogenannten Differenzschaden. Im Fahrzeug ist ein von der Beklagten hergestellter Dieselmotor des Typs OM 651, Euro 6 verbaut; das Fahrzeug verfügt über einen SCR-Katalysator.

Wegen der Einzelheiten des Sach- und Streitstandes in erster Instanz wird gemäß § 540 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 ZPO auf die tatsächlichen Feststellungen des angefochtenen Urteils (Bl. 570 ff. der erstinstanzlichen Verfahrensakte [LGA]) Bezug genommen. Ergänzend ist auszuführen, dass das Fahrzeug bei Erwerb durch den Kläger einen Kilometerstand von 13.018 km aufwies. Zwischen den Parteien ist jedenfalls in zweiter Instanz unstreitig, dass die im Fahrzeug implementierte Kühlmittel-Solltemperatur-Regelung (im Folgenden: KSR) nur dann zu einer reduzierten Sollwert-Temperatur des Kühlmittels von 70° C führt, wenn die Außenlufttemperatur zwischen 15° C und 35° C und die Ansauglufttemperatur zwischen 15° und 50° C liegt, ein Kaltstart erfolgt, eine bestimmte Motoröltemperatur gegeben ist, ein bestimmter Drehzahl- und Lastbereich und ein bestimmter Umgebungsdruck nicht überschritten werden. Zudem besteht für

die maximale Betriebsdauer eine zeitliche Beschränkung („Timer“), die abhängig von der Kühlmitteltemperatur bei Motorstart ausgestaltet ist und jedenfalls die Zeitdauer des Neuen Europäischen Fahrzyklus (NEFZ) umfasst. Weiterhin kommt im Fahrzeug eine AdBlue-Dosierstrategie zum Einsatz, die für die Abgasnachbehandlung per SCR-Katalysator zwei unterschiedliche Regelstrategien (Modi) hinsichtlich der Eindüsung von Harnstoff vorsieht, nämlich den sog. Füllstands-Modus sowie den sog. Online-Modus. Im Rahmen des Online-Modus erfolgt eine reduzierte AdBlue-Einspritzung. Die jeweils zur Anwendung gelangende Betriebsart (Füllstands- oder Onlinemodus) ist abhängig von diversen Umschaltbedingungen. Ein Wechsel vom Füllstands- in den Online-Modus erfolgt unter anderem unter Anwendung eines weiteren Timers, der basierend auf der Temperatur des SCR-Katalysators sowie der Zeit seit Zündung des Motors arbeitet. Die konkrete Ausgestaltung der im streitgegenständlichen Fahrzeug implementierten AdBlue-Dosierstrategie wurde vom Kraftfahrt-Bundesamt als unzulässige Abschaltvorrichtung bewertet und hierauf gestützt mit - nicht bestandskräftigen - (Ergänzungs-)Bescheiden vom 23.05.2018 und 03.08.2018 (vgl. hierzu die als teilgeschwärzte Ablichtungen vorgelegten Anlagen B8 und B9, Bl. 467 ff., 472 ff. LGA) ein verbindlicher Rückruf des streitgegenständlichen Fahrzeugs angeordnet.

Der Kilometerstand des streitgegenständlichen Fahrzeugs im Berufungsverfahren betrug zum 20.09.2023 70.878 km.

Mit dem angefochtenen Urteil hat das Landgericht die Klage abgewiesen und dabei zur Begründung ausgeführt: Dem Kläger stehe kein Anspruch aus §§ 826, 31 BGB zu. Eine vorsätzliche sittenwidrige Schädigung komme nur in Betracht, wenn die Beklagte gezielt behördliche Abgasmessungen manipuliert und so eine Typgenehmigung erlangt habe, die sie ohne die Manipulation mangels Einhaltung der einschlägigen Grenzwerte nie erhalten hätte. Allein aus der Verwendung einer unzulässigen Abschaltvorrichtung könne der Vorwurf einer sittenwidrigen Schädigung hingegen nicht abgeleitet werden. In Bezug auf das sogenannte Thermofenster scheidet dies aus, weil nicht ersichtlich sei, dass dieses nur auf dem Prüfstand aktiv sei. Zudem sei eine Auslegung der gesetzlichen Vorschriften, wonach diese Funktion als zulässig anzusehen sei, jedenfalls vertretbar gewesen. In Bezug auf die KSR fehle es, selbst wenn man deren Unzulässigkeit unterstelle, jedenfalls an einem besonders

verwerflichen Verhalten der Beklagten. Die Regelung habe durch ein Softwareupdate unschwer beseitigt werden können. Zudem sei nicht ersichtlich, dass der weitere ungestörte Betrieb des Fahrzeugs im öffentlichen Straßenverkehr aufgrund des Vorhandenseins der KSR gefährdet gewesen sei. Die Beklagte habe unter teilweiser Vorlage der einschlägigen Rückrufbescheide dargelegt, dass das Kraftfahrt-Bundesamt das streitgegenständliche Fahrzeug nicht aufgrund der KSR, sondern aus anderen Gründen zurückgerufen habe. Im Ergebnis liege aber auch in Bezug auf die AdBlue-Dosierstrategie kein sittenwidriges Verhalten der Beklagten vor. Auch diese Funktion sei unschwer durch ein Softwareupdate zu beseitigen gewesen.

Hiergegen wendet sich der Kläger mit seiner Berufung, mit der er geltend macht, dass eine Haftung der Beklagten nach § 826 BGB jedenfalls aus dem Vorhandensein der KSR und der AdBlue-Dosierstrategie folge. Den genauen Gegenstand des Rückrufs durch das Kraftfahrt-Bundesamt könne er nicht benennen, da er den Inhalt der Rückrufbescheide nicht kenne, weil diese nicht öffentlich seien und von der Beklagten nicht vollständig vorgelegt worden seien. Im Ergebnis hafte die Beklagte wegen der Installation der KSR, da deren stickoxidreduzierender Modus nahezu ausschließlich auf dem NEFZ-Prüfstand aktiviert sei. Im Straßenverkehr komme dieser hingegen - wenn überhaupt - nur in ein bis zwei Prozent der Fahrten im Warmlauf zur Anwendung, was auch das Kraftfahrt-Bundesamt bestätigt habe. Ein Rechtfertigungsgrund für die Deaktivierung der reduzierten Kühlmittelsolltemperatur außerhalb des Prüfstands liege nicht vor. Im Ergebnis sei die KSR einer prüfstandbezogenen unzulässigen Abschaltvorrichtung gleichzustellen, was dem Vorstand der Beklagten auch von vornherein bekannt gewesen sei. Dieser habe die Konsequenz erhöhter Stickoxidwerte jedoch billigend in Kauf genommen. Die Abschaltung der Funktion außerhalb des Prüfstands sei von der Beklagten im Typgenehmigungsverfahren gegenüber dem Kraftfahrt-Bundesamt nicht offenbart und damit bewusst verschleiert worden. Die für das Thermofenster entwickelten Rechtsprechungsgrundsätze seien auf die KSR nicht übertragbar, da es eine unterschiedliche Funktionsweise der KSR auf dem Prüfstand und im normalen Fahrbetrieb gebe.

Weiterhin ergebe sich eine Haftung der Beklagten auch im Hinblick auf die vom Kraftfahrt-Bundesamt beanstandete Dosierstrategie bei der AdBlue-Einspritzung („Bit 2, Bit 13, Bit 14, Bit 15, Slipguard“). Die Dosierstrategie bewirke, dass eine erhöhte

Beimischung von AdBlue und damit eine ausreichende Minderung der Stickoxidemission bei dem Durchfahren der NEFZ-Prüfung sichergestellt sei, während dies im realen Betrieb nicht der Fall sei. Die Beklagte habe diese Funktionsweise des SCR-Katalysators im Typgenehmigungsverfahren nicht offengelegt. Daher hätten jederzeit Maßnahmen nach § 5 FZV durch die zuständige Behörde gedroht, was dem Vorstand der Beklagten auch jederzeit bewusst gewesen sei. Etwas Rechtfertigungsgründe für die Ausgestaltung der Dosierstrategie, insbesondere Motorschutzgründe, seien von der Beklagten nicht aufgezeigt worden. Das Verhalten der Beklagten sei als sittenwidrig einzustufen, da - wie bei der KSR - eine vornehmlich auf den Prüfstand ausgerichtete Abschaltvorrichtung vorliege. Die von der Beklagten eingenommene Rechtsauffassung, dass es sich bei diesen Applikationen der Steuerungssoftware um keine unzulässigen Abschaltvorrichtungen handle, sei von Beginn an unvertretbar gewesen. In diesem Zusammenhang verweist sie unter anderem auf einen - rechtskräftigen - Strafbefehl des Amtsgerichts Böblingen vom 30.07.2021 (Az. 9 Cs 266 Js 48965/21) gegen einen Mitarbeiter der Beklagten, in welchem die im Rahmen der AdBlue-Dosierstrategie hinterlegte Umschaltbedingung „Bit 13“ als unzulässig und bewusster Verstoß der Beklagten gegen Art. 5 Abs. 2 VO (EG) Nr. 715/2007 eingestuft worden sei.

Mit Schriftsatz vom 12.09.2023 hat der Kläger sein Klagebegehren dahingehend ergänzt, dass er hilfsweise den sog. Differenzschaden verfolgt (Bl. 726 ff. d.A.).

Der Kläger beantragt zuletzt,

das am 30.08.2021 verkündete Urteil des Einzelrichters der 18. Zivilkammer des Landgerichts Köln - 18 O 161/20 - abzuändern und

1. die Beklagte zu verurteilen, an ihn 37.000,00 € nebst Zinsen in Höhe von fünf Prozentpunkten über dem jeweiligen Basiszinssatz seit Rechtshängigkeit, Zug um Zug gegen Übereignung und Herausgabe des Fahrzeuges Mercedes SLK 250 D, [REDACTED] zu zahlen, unter Anrechnung einer Nutzungsentschädigung in € pro gefahrenem km seit dem 05.11.2016, die sich nach folgender Formel

berechnet:

(37.000,00 EUR x gefahrene Kilometer) : 336.975 km,

2. die Beklagte zu verurteilen, ihn von den außergerichtlichen Rechtsanwaltskosten in Höhe von 1.706,94 EUR freizustellen,
3. festzustellen, dass sich die Beklagte mit der Rücknahme des Pkws des Klägers, Mercedes SLK 250 D, [REDACTED] in Annahmeverzug befindet,

hilfsweise und für den Fall, dass der Klageantrag zu 1. zurückgewiesen wird:

4. die Beklagte zu verurteilen, an ihn 5.500,00 € nebst Zinsen in Höhe von fünf Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 05.11.2016 zu zahlen.

Die Beklagte beantragt,

die Berufung zurückzuweisen.

Sie ist der Auffassung, dass in dem Fahrzeug keine unzulässige Abschaltvorrichtung i.S.v. Art. 5 Abs. 2 VO (EG) Nr. 715/2007 verbaut sei. Dies folge bereits aus der Tatbestandswirkung der EG-Typgenehmigung. Insbesondere sei aber weder mit der KSR, noch der AdBlue-Dosierstrategie eine Prüfstandsmanipulation verbunden.

In Bezug auf die AdBlue-Dosierstrategie sei es schon unzutreffend, den Online-Modus als einen weniger effektiven Modus zu beschreiben. Die den verschiedenen Modi zu Grunde liegenden Berechnungsmodelle seien nur eingeschränkt vergleichbar und müssten komplementär eingesetzt werden. Der Online-Modus bewältigte die Dynamik im laufenden Betrieb bei höheren Temperaturen im Sinne eines geringeren Risikos eines Austritts von Ammoniak (sogenannter Ammoniak-Schlupf) besser. Der Füllstands-Modus erleichtere hingegen den Füllstandsaufbau bei Fahrbeginn, wenn die Speicherfähigkeit des Katalysators grundsätzlich noch sehr hoch sei. Der Wechsel zwischen diesen komplementären Berechnungsmodellen verringere die Wirksamkeit

des Emissionskontrollsystems schon begrifflich nicht. Nur in der Kombination des komplementären Füllstands- und Online-Modus liege ein wirksames integriertes Emissionskontrollsystem für alle Betriebszustände des Fahrzeugs vor. Weder der Füllstand im Katalysator noch die Menge des für die Reaktion zur Verfügung stehenden Ammoniaks oder die Speicherfähigkeit des Katalysators zu einem bestimmten Zeitpunkt könnten gemessen werden. Deshalb berücksichtige das System für den Wechsel in den Online-Modus diverse Indikatoren, die - für sich genommen oder in Kombination - darauf hindeuteten, dass ein Überschuss an Ammoniak entstehe oder die Speicherfähigkeit des Katalysators drohe überschritten zu werden. Die Umschaltbedingungen zwischen den Dosiermodi entsprächen hierbei nicht den Bedingungen der NEFZ-Prüfung. Vielmehr seien unter anderem die Temperatur des SCR-Katalysators und der Massenstrom der Stickoxid-Emissionen für einen Wechsel zwischen den Dosiermodi maßgeblich. Die Parameter seien so eingestellt, dass es nicht zu einem ständigen Hin- und Herschalten zwischen den beiden Berechnungsmodi komme, da ein ständig wechselndes Systemverhalten in vielen Konstellationen nicht wünschenswert sei. Im Übrigen werde dadurch verhindert, dass schnell erneut Ammoniak-Schlupf-kritische Zustände aufträten. Soweit das Kraftfahrt-Bundesamt beanstandet habe, dass ab einem gewissen Punkt keine Zurückschaltung in den Füllstand-Modus möglich sei, habe für eine solche Schaltmöglichkeit technisch kein Anlass bestanden, solange die Speicherkapazität des Katalysators bei hohen Katalysatortemperaturen vermindert bzw. die Sättigung des Katalysators erreicht sei. Die Speicherkapazität bleibe im laufenden Fahrbetrieb nach Erwärmung des Systems in aller Regel auf niedrigem Niveau. Mit nachgelassenem Schriftsatz vom 12.10.2023 macht die Beklagte zudem geltend, dass im streitgegenständlichen Fahrzeug eine Rückschaltung aus dem Online-Modus in den Füllstands-Modus innerhalb eines Zündungswechsels - also auch ohne vorherigen Motorneustart - nach Erreichen der bestimmten Menge an Stickoxid-Rohemissionen technisch möglich sei. Die vom Kraftfahrt-Bundesamt vertretene Auffassung, dass hierin eine unzulässige Abschaltvorrichtung zu sehen sei, sei zum einen unzutreffend, zum anderen jedenfalls aber von der Beklagten zum Entwicklungszeitpunkt und zum Zeitpunkt des Inverkehrbringens nicht vorhersehbar gewesen. Auch unter Zugrundelegung der Beanstandungen des Kraftfahrt-Bundesamtes gehe mit der AdBlue-Dosierstrategie keine Reduktion der Wirksamkeit des Emissionskontrollsystems einher, allenfalls führe sie zu einer nicht optimalen Steuerung, was aber nicht mit einer unzulässigen

Abschalteinrichtung gleichzusetzen sei. Die Implementierung dieser Dosierstrategie sei jedenfalls nicht evident unzulässig und damit sittenwidrig gewesen. Ferner sei zu beachten, dass auch das Kraftfahrt-Bundesamt in Bezug auf die AdBlue-Dosierstrategie ausdrücklich bestätigt habe, dass hiermit keine Prüfstanderkennung verbunden sei. Darüber hinaus halte die überwiegende Zahl der Fahrzeuge der Beklagten, bei denen das Kraftfahrt-Bundesamt die AdBlue-Dosierstrategie beanstandet habe, auch ohne die beanstandete Funktion die Grenzwerte auf dem Prüfstand ein (sog. Testing Out).

Auch die im Fahrzeug zunächst implementierte KSR sei nicht zu beanstanden. Diese arbeite im Fahrbetrieb auf der Straße unter denselben Bedingungen wie auf dem Prüfstand. Da die Funktion voraussetze, dass eine Kühlmitteltemperatur von mindestens 70° C erreicht werde, könne sie sich bei Kurzstreckenfahrten vom Prinzip her nicht auswirken. Wenn man davon ausgehe, dass deren Anteil an allen Fahrten 25 % entspreche, bewirke die KSR bei circa 14 % der Gesamtanzahl aller längeren Fahrten aufgrund der Aktivierungsbedingungen eine verminderte Kühlmittelsolltemperatur. Im Ergebnis habe die KSR daher auch im Straßenverkehr einen greifbaren Mehrwert in Bezug auf die Reduzierung der Stickoxidemissionen. Alle Aktivierungsbedingungen seien darüber hinaus auch aus technischen Gründen, unter anderem zur Vermeidung einer Ölverdünnung, dem etwaigen Verlust der Schmierfähigkeit des Öls oder von Ablagerungsrisiken, sinnvoll und notwendig. Soweit das Kraftfahrt-Bundesamt die KSR teilweise - nicht aber bei dem streitgegenständlichen Fahrzeugtyp - dennoch als unzulässige Abschaltvorrichtung bewertet habe, sei diese Rechtsauffassung unzutreffend.

Schließlich komme eine Haftung nach §§ 823 Abs. 2, 31 BGB i.V.m. §§ 6 Abs. 1, 27 Abs. 1 EG-FGV nicht in Betracht. Zum einen fehle es insoweit an der erforderlichen Erwerbskausalität, zum anderen scheide ein Schaden des Klägers schon aufgrund des zwischenzeitlich im streitgegenständlichen Fahrzeug aufgespielten Software-Updates aus. Zudem wäre ein verbleibender Rest-Schaden jedenfalls durch die Summe der anzurechnenden Fahrzeugnutzung und des verbleibenden Fahrzeug-Restwertes weitgehend aufgezehrt. Schließlich erhebt die Beklagte auch hinsichtlich des sog. Differenzschadens die Einrede der Verjährung.

Wegen der weiteren Einzelheiten des Parteivorbringens im Berufungsrechtszug wird auf die Berufungsbegründung vom 13.12.2021 (Bl. 48 ff. d.A.), die Berufungserwiderung vom 31.01.2022 (Bl. 229 ff. d.A.) und die weiteren von den Parteien wechselseitig zur Verfahrensakte gereichten Schriftsätze nebst Anlagen, einschließlich des nachgelassenen Schriftsatzes der Beklagten vom 12.10.2023 (Bl. 940 ff. d.A.) Bezug genommen.

II.

Die zulässige Berufung hat in der Sache im tenorierten Umfang Erfolg.

1.

Der Kläger hat gegen die Beklagte unter Berücksichtigung einer anzurechnenden Nutzungsentschädigung in Höhe von 7.459,77 € einen Anspruch auf Zahlung von 29.540,23 € Zug um Zug gegen Übergabe und Übereignung des streitgegenständlichen Fahrzeuges aus §§ 826, 31 BGB.

a) Das Verhalten der Beklagten gegenüber dem Kläger ist als objektiv sittenwidrig zu qualifizieren.

Sittenwidrig ist ein Verhalten, das nach seinem Gesamtcharakter, der durch umfassende Würdigung von Inhalt, Beweggrund und Zweck zu ermitteln ist, gegen das Anstandsgefühl aller billig und gerecht Denkenden verstößt. Dafür genügt es im Allgemeinen nicht, dass der Handelnde eine Pflicht verletzt und einen Vermögensschaden hervorruft. Vielmehr muss eine besondere Verwerflichkeit seines Verhaltens hinzutreten, die sich aus dem verfolgten Ziel, den eingesetzten Mitteln, der zutage getretenen Gesinnung oder den eingetretenen Folgen ergeben kann. Schon zur Feststellung der Sittenwidrigkeit kann es daher auf Kenntnisse, Absichten und Beweggründe des Handelnden ankommen, die die Bewertung seines Verhaltens als verwerflich rechtfertigen. Die Verwerflichkeit kann sich auch aus einer bewussten Täuschung ergeben. Insbesondere bei mittelbaren Schädigungen kommt es ferner darauf an, dass den Schädiger das Unwerturteil, sittenwidrig gehandelt zu haben, gerade auch in Bezug auf die Schäden desjenigen trifft, der Ansprüche aus § 826 BGB geltend macht (BGH, NJW 2021, 921, Rn. 14; BGH, NJW 2020, 1962, Rn. 15

m.w.Nachw.). Da für die Bewertung eines schädigenden Verhaltens als (nicht) sittenwidrig in einer Gesamtschau (BGH, NJW 2020, 1962, Rn. 15) dessen Gesamtcharakter zu ermitteln ist, ist ihr das gesamte Verhalten des Schädigers bis zum Eintritt des Schadens beim konkreten Geschädigten zugrunde zu legen (BGH, NJW 2020, 2798, Rn. 30).

Bei einer Abschaltvorrichtung, die im Grundsatz auf dem Prüfstand in gleicher Weise arbeitet wie im realen Fahrbetrieb und bei der die Frage der Zulässigkeit nicht eindeutig und unzweifelhaft beantwortet werden kann, kann bei Fehlen sonstiger Anhaltspunkte nicht ohne Weiteres unterstellt werden, dass die für den Motorenhersteller handelnden Personen in dem Bewusstsein handelten, eine unzulässige Abschaltvorrichtung zu verwenden, und den darin liegenden Gesetzesverstoß billigend in Kauf nahmen, so dass es bereits an der objektiven Sittenwidrigkeit fehlt (BGH, NJW 2021, 3721, Rn. 30). Gleichwohl ist ein Indiz für die arglistige Applikation einer Steuerungssoftware dann gegeben, wenn diese auch ohne Prüfstanderkennung aufgrund ihrer konkreten Bedienung auf den Prüfstand zugeschnitten ist (vgl. hierzu bereits BGH, NJW 2021, 3721, Rn. 20). Bereits im Ansatz ist dabei zu berücksichtigen, dass entgegen der Auffassung der Beklagten die Tatbestandswirkung der EG-Typgenehmigung der Annahme eines objektiv sittenwidrigen Verhaltens nicht entgegensteht (vgl. zuletzt BGH, NJW 2023, 2259, Rn. 10 ff.).

aa) Das streitgegenständliche Fahrzeug ist gleich mit mehreren unzulässigen Abschaltvorrichtungen ausgestattet.

Nach Art. 5 Abs. 1 VO (EG) Nr. 715/2007 hat der Hersteller von ihm gefertigte Neufahrzeuge dergestalt auszurüsten, dass die Bauteile, die das Emissionsverhalten voraussichtlich beeinflussen, so konstruiert, gefertigt und montiert sind, dass das Fahrzeug unter normalen Betriebsbedingungen den Vorgaben der Verordnung und ihren Durchführungsmaßnahmen entspricht. Damit soll sichergestellt werden, dass sich die vorgegebenen Emissionsgrenzwerte auf das tatsächliche Verhalten der Fahrzeuge bei ihrer Verwendung beziehen (vgl. Erwägungsgrund 12 der VO (EG) Nr. 715/2007) und dass die zur Verbesserung der Luftqualität und zur Einhaltung der Luftverschmutzungsgrenzwerte erforderliche Minderung der Stickoxidemissionen bei Dieselfahrzeugen (vgl. Erwägungsgrund 6 der VO (EG) Nr. 715/2007) erreicht wird

(BGH, NJW 2019, 1133 Rn. 10). Folgerichtig sieht die Verordnung die Verwendung von Abschaltvorrichtungen, die die Wirkung von Emissionskontrollsystemen verringern, strikt als unzulässig an (Art. 5 Abs. 2 Satz 1 VO (EG) Nr. 715/2007), sofern nicht die ausdrücklich normierten Ausnahmetatbestände (Art. 5 Abs. 2 Satz 2 VO (EG) Nr. 715/2007) greifen. Dabei ist eine „Abschaltvorrichtung“ gemäß Art. 3 Nr. 10 VO (EG) Nr. 715/2007 definiert als jedes 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 (BGH, NJW 2019, 1133, Rn. 11). Zu einem solchen Konstruktionsteil zählt auch eine in den Rechner der Motorsteuerung integrierte oder auf ihn einwirkende Software, da sie auf die Funktion des Emissionskontrollsystems Einfluss nimmt und dessen Wirksamkeit verringert. Dabei sind sowohl Technologien und die Strategie der Nachbehandlung von Abgasen als auch solche, mit denen die Emissionen im Vorhinein, das heißt bei ihrer Entstehung, verringert werden, erfasst (BGH, NJW 2021, 2958 Rn. 29; EuGH, NJW 2021, 1216, Rn. 69 ff.).

(1) Ausgehend von diesen weitgefassten Bestimmungen handelt es sich bei der im Fahrzeug des Klägers installierten KSR um eine unzulässige Abschaltvorrichtung nach Art. 5 Abs. 2 VO (EG) Nr. 715/2007. Die Beklagte stellt nicht in Abrede, dass die KSR durch die Absenkung des Sollwerts des Kühlmittelthermostats von 100° C auf 70° C die Temperatur des Kühlmittels - und damit auch die Motortemperatur sowie den Ausstoß von Stickoxiden - in der Warmlaufphase (nur) unter bestimmten Betriebsbedingungen niedrig hält und nur bei aktivem Einsatz der KSR die Abgasrückführungsrate (AGR) im Fahrzeug erhöht ist.

Soweit die Beklagte darauf verweist, dass die KSR im Prüfstand und auf der Straße in gleicher Weise arbeitet, kommt es hierauf für die rechtliche Einordnung als unzulässige Abschaltvorrichtung nicht an. Maßstab für die Frage der Zulässigkeit einer Funktionsveränderung in Abhängigkeit von bestimmten Parametern ist nach Art. 3 Nr. 10 VO (EG) Nr. 715/2007 nicht die Einhaltung des Grenzwerts, sondern die

Wirksamkeit des unverändert funktionierenden Emissionskontrollsystems unter den Bedingungen des normalen Fahrbetriebs. Art. 3 Nr. 10 VO (EG) Nr. 715/2007 knüpft an die Verringerung der Wirksamkeit des Emissionskontrollsystems in seiner Gesamtheit an und nicht an die Einhaltung der Grenzwerte im NEFZ (vgl. BGH, NJW 2023, 2259 Rn. 51; ebenso bereits Senat, Urt. v. 10.03.2022 - 24 U 112/21 = BeckRS 2022, 5661). Vor diesem Hintergrund kommt es auch auf die Tatsache, dass das Kraftfahrt-Bundesamt die KSR im streitgegenständlichen Fahrzeug - anders als in anderen Fällen - nicht als unzulässige Abschalteneinrichtung bewertet, nicht an. Denn diese Einschätzung beruht - wie die Beklagte selbst auf Seite 31 ihres erstinstanzlichen Schriftsatzes vom 11.06.2021 (Bl. 378 LGA) ausführt - im Wesentlichen darauf, dass die Emissionsverbesserungen durch die KSR für das Bestehen des NEFZ nicht notwendig sind. Auf die damit angesprochene „Grenzwertkausalität“ kommt es indes nach dem Vorstehenden nicht an.

Entgegen den gesetzlichen Vorgaben war die emissionsreduzierende Wirkung der KSR nicht durchgängig unter den Bedingungen des normalen Fahrbetriebs gewährleistet. Vielmehr war der aktive Einsatz der KSR durch die enge Bedatung der Motorsteuerungssoftware auch unter Zugrundelegung des Beklagtenvortrags an derart viele Bedingungen geknüpft, dass ein praktisch relevanter Anwendungsbereich außerhalb des Prüfstandes kaum noch verblieb: So war die Funktion nicht aktiviert, wenn die Außenlufttemperatur unterhalb von 15° C oder oberhalb von 35° C lag. Gleiches galt, wenn die Ansauglufttemperatur im Bereich unterhalb von 15 ° C und oberhalb von 50° C lag. Neben temperaturabhängigen Bedingungen war die KSR auch bei niedrigem Umgebungsdruck unterhalb von 792 hPA - was einer Höhe von circa 2.000 Höhenmetern entspricht - nicht aktiv, ebenso wenn der Motor mit einer Drehzahl oberhalb von 3.000 l/min betrieben wurde. Schließlich wurde die KSR zeitabhängig mittels eines Timers geregelt. Hierzu hat der Kläger vorgetragen, dass die dabei hinterlegte Zeitdauer - abhängig von der Motorstarttemperatur - 1.300 bis 1.600 Sekunden betrage und damit unwesentlich über die Dauer des NEFZ von 1.180 Sekunden hinausgehe. Dem ist die Beklagte mit ihrem allgemein gehaltenen Vorbringen, dass die Timer-Zeit „länger als die gesetzliche Prüfung“ sei und von der Kühlmitteltemperatur bei Motorstart abhängige, jedenfalls hinsichtlich der genauen Dauer nicht in erheblicher Weise entgegengetreten, so dass der Klägervortrag insoweit nach § 138 Abs. 3 ZPO als zugestanden zugrunde zu legen war. Bei Überschreiten

einer der vorgenannten Parameter fand eine erneute Aktivierung der KSR innerhalb eines Zündungslaufs auch bei einem späteren Unterschreiten desselben nicht mehr statt (sog. Entprellzeit). Soweit die Beklagte darauf verweist, dass auch unter Berücksichtigung der aufgezeigten engen Parameter die KSR im Realbetrieb auf der Straße „in statistisch relevantem Umfang“ zum Einsatz gekommen sei, ändert dies nichts daran, dass sie in einer Vielzahl von Fällen unter Bedingungen, die in Deutschland bzw. im Unionsgebiet ohne weiteres bei normalem Fahrzeugbetrieb vernünftigerweise zu erwarten sind, nicht aktiv war, was wiederum zu einem abweichenden - erhöhten - Stickoxid-Emissionsverhalten des Fahrzeugs führte.

Weil bei normalem Fahrzeugbetrieb mit Rahmenbedingungen zu rechnen ist, die von den für die KSR hinterlegten Betriebsbedingungen nicht erfasst sind, kann sich die Beklagte auch nicht auf eine ausnahmsweise Zulässigkeit zum Motorschutz gemäß Art. 5 Abs. 2 lit. a der VO (EG) Nr. 715/2007 berufen. Denn die Ausnahmenvorschrift ist dahin auszulegen, dass eine Abschaltvorrichtung, die die Einhaltung der dort vorgesehenen Emissionsgrenzwerte nur innerhalb gewisser Randbedingungen gewährleistet, nicht allein deshalb unter die dort vorgesehene Ausnahme fällt, weil sie zur Schonung von Anbauteilen beiträgt oder dem Risiko von Ölverdünnung, reduzierter Schmierfähigkeit bei Verlust der Ölqualität oder von Ablagerungen begegnet. Der gesetzliche Ausnahmetatbestand ist nur dann erfüllt, wenn die Einrichtung notwendig ist, um die durch eine Fehlfunktion eines Bauteils des AGR-Systems verursachten unmittelbaren Risiken für den Motor in Form von Beschädigungen oder Unfall zu vermeiden. Eine Abschaltvorrichtung, die unter normalen Betriebsbedingungen den überwiegenden Teil des Jahres funktionieren müsste, damit der Motor vor Beschädigung oder Unfall geschützt und der sichere Betrieb des Fahrzeugs gewährleistet ist, fällt jedoch nicht unter die in Art. 5 Abs. 2 lit. a der VO (EG) Nr. 715/2007 vorgesehene Ausnahme (vgl. EuGH, NJW 2022, 2605, Rn. 70; ebenso schon Senat, Urt. v. 03.02. 2022 - 24 U 410/19 -, juris-Rn. 25 ff.). Zudem hat die Beklagte zwar abstrakt Sachgründe aufgezeigt, weshalb die KSR nicht ohne Einschränkung zur Anwendung gelangen kann, nicht aber, weshalb diese Sachgründe einen derart engen Anwendungsbereich der KSR und hinsichtlich der einzelnen Parameter die von der Beklagten konkret gewählte Bedatung erforderlich machten.

(2) Das Fahrzeug verfügte mit der AdBlue-Dosierstrategie über eine weitere unzulässige Abschaltvorrichtung. Zwar ist im Ausgangspunkt nicht zu beanstanden, dass die Motorsteuerungssoftware unterschiedliche Modi zur Einspritzung von AdBlue vorsieht, um die Dosierung an die unterschiedlichen Betriebsbedingungen und Bedürfnisse anpassen zu können. In diesem Sinne hat auch das Kraftfahrt-Bundesamt die Verwendung unterschiedlicher Modi nicht grundsätzlich in Frage gestellt. Gleichwohl hat die Behörde in dem Rückrufbescheid vom 23.05.2018 (Anl. BK13, Bl. 192 ff. d.A.), der mit weiterem Bescheid vom 03.08.2018 (Anl. BK 14, Bl. 197 ff. d.A.) unter anderem auf das streitgegenständliche Fahrzeug erstreckt wurde, die konkrete Ausgestaltung als unzulässig angesehen. Ausweislich der vom Kläger vorgelegten Auskunft des Kraftfahrt-Bundesamtes vom 13.03.2021 gegenüber dem Landgericht Oldenburg (vgl. Anl. BK15, Bl. 199 f. d.A.) ist die Behörde zu der Einschätzung gelangt, dass sich der Füllstands- und Online-Modus in ihrer Effektivität „signifikant unterscheiden“. Dem ist die Beklagte auch nicht durchgreifend entgegengetreten. Zwar verwahrt sie sich dagegen, den Füllstands-Modus pauschal als „sauberen“ und den Online-Modus als „schmutzigen“ Modus zu umschreiben. Gleichwohl stellt sie nicht in Abrede, dass der Füllstandsmodus „auf eine schnelle Sättigung des Katalysators ab[zielt]“, um eine „vergleichsweise hohe Reinigungsleistung“ zu erreichen; hierbei werde „bewusst mehr Ammoniak eindosiert, als in dem Moment für die Reinigung der Stickoxid-Rohemissionen benötigt wird“ (vgl. S. 20 f. des Schriftsatzes vom 12.10.2023, Bl. 959 f. d.A.). Dass mit dem Betrieb im Füllstands-Modus in der Regel eine gegenüber dem Online-Modus verbesserte Reinigungsleistung einhergeht, stellt die Beklagte auch nicht hinreichend in Abrede, wenn sie lediglich ausführt, dass dies nicht „zwangsläufig“ der Fall sei.

Nach dem Neustart des Motors schaltet die Motorsteuerungssoftware zunächst in den Füllstands-Modus. Der Wechsel in den mit verminderter Stickoxidreinigung verbundenen Online-Modus erfolgt unstreitig anhand einer Mehrzahl von in der Motorsteuerung hinterlegten Umschaltbedingungen, die jede für sich ausreicht, um einen Wechsel bewirken. Der Kläger hat in diesem Zusammenhang vorgetragen, dass ein Moduswechsel zum einen auf Basis einer als „Bit 13“ bezeichneten Umschaltbedingung erfolgt, sobald nach Motorstart 17,6 Gramm Stickoxid ausgestoßen sind - eine Menge, die sich an der Länge US-amerikanischer Abgastests orientiere. Die weitere Funktion „Bit 14“ bewirke - gleichsam einem Timer - eine

zeitbasierte Umschaltung nach 1.200 Sekunden und ende damit unmittelbar nach Durchlaufen des NEFZ mit einer Dauer von insgesamt 1.180 Sekunden. Die Funktion „Bit 15“ wiederum knüpfe an die zurückgelegte Wegstrecke an und veranlasse einen Moduswechsel nach wenig mehr als 11 Kilometern, was der im NEFZ zurückgelegten Wegstrecke entspreche. Schließlich erkenne die Motorsteuerung über die Funktion „Slipguard“ anhand von Geschwindigkeit, Beschleunigung und Straßenneigung, ob sich das Fahrzeug auf einem Prüfstand nach NEFZ-Vorgaben befinde. Das Kraftfahrt-Bundesamt moniert in diesem Zusammenhang, dass während eines Zündungslaufs keine Rückschaltung in den Füllstand-Modus erfolge (vgl. Anl. BK15, Bl. 199 f. d.A.). Die Beklagte hat die klägerseits vorgetragene Umschaltbedingungen erstinstanzlich zunächst pauschal bestritten und den Klägervortrag als „spekulativ“ und „nicht einlassungsfähig“ zurückgewiesen (vgl. S. 26 der Klageerwiderung, Bl. 73 LGA, sowie S. 4 des Schriftsatzes vom 17.09.2020, Bl. 176 LGA). Konkret hat sie nur eine Prüfzykluserkennung in Abrede gestellt und den Standpunkt eingenommen, dass die Verwendung unterschiedlicher Dosiermodi zulässig sei. Die konkrete Bedatung der für den Wechsel zwischen den Dosiermodi relevanten Betriebsbedingungen hingegen hat sie - auch in der Berufungserwiderung - zunächst nicht offengelegt. Es bedarf keiner Vertiefung, ob der Klägervortrag schon vor diesem Hintergrund nach § 138 Abs. 3 ZPO als zugestanden zu bewerten ist. Denn auch nach dem Vortrag der Beklagten im nachgelassenen Schriftsatz vom 12.10.2023 erweisen sich die Schaltbedingungen nicht als grundlegend anders. So räumt die Beklagte nunmehr ein, dass die Funktion „Bit 14“ zur Anwendung gelangt und nach Motorstart bis zum Ablauf einer bestimmten Zeit den Wechsel in den Online-Modus initiiert, wenn innerhalb einer nicht näher ausgeführten Zeitspanne die Mindesttemperatur des SCR-Katalysators (sog. „light off Temperatur“) erreicht wird. Hierbei gesteht die Beklagte zu, dass sich die Funktion Bit 14, die gegenüber dem Kraftfahrt-Bundesamt erstmals im Jahr 2016 offengelegt worden sei, im NEFZ „nicht aus[wirke], weil die Mindesttemperatur des SCR-Katalysators innerhalb der bedateten Zeitspanne nicht erreicht wird.“ Mit anderen Worten bedeutet dies, dass unter dem Gesichtspunkt des Bit 14 im NEFZ stets der vorteilhafte Füllstands-Modus aktiv ist. Ferner trägt die Beklagte nunmehr vor, dass tatsächlich im Fahrzeug die Funktion Bit 13 (bzw. „Strategie A“) in der Motorsteuerung hinterlegt ist und den Moduswechsel anhand der „SCR-Temperatur und [des] Roh-NOx-Massenstroms unter Schwellwertanpassung nach einem bestimmten Roh-NOx-Integral“ anfordert. Nach dem von der Beklagten vorgetragenen Berechnungsmodell

führt demnach das Auftreten einer bestimmten Menge an Stickoxiden pro Zeiteinheit zur Einleitung des Online-Modus, was sich nach Darstellung der Beklagten im streitgegenständlichen Fahrzeug erstmalig ab 8 Gramm Roh-NO_x auswirke und damit mehr als der dreifachen Menge der im NEFZ anfallenden Menge an Stickoxid-Rohemissionen entspreche. Anders als noch auf Seite 31 der Berufungserwiderung (Bl. 259 d.A.) selbst vorgetragen, treffe der Vorwurf des Kraftfahrt-Bundesamtes, dass eine Rückschaltung in den Füllstands-Modus nicht mehr bis zum nächsten Zündungswechsel möglich sei, nicht zu, wengleich dies in der Praxis „vergleichsweise selten“ passiere (Bl. 979 d.A.).

Selbst unter Zugrundelegung des Beklagtenvortrags liegt damit eine Abschaltvorrichtung vor, weil der für die Reduktion von Stickoxiden günstigere Füllstand-Modus nur in eng begrenzten Fällen zur Anwendung gelangt. Nicht anders als bei der KSR kommt eine Rechtfertigung nach Art. 5 Abs. 2 lit. a der VO (EG) Nr. 715/2007 nicht in Betracht, da eine Abschaltvorrichtung, die unter normalen Betriebsbedingungen den überwiegenden Teil des Jahres funktionieren müsste, damit der Motor vor Beschädigung oder Unfall geschützt und der sichere Betrieb des Fahrzeugs gewährleistet ist, nicht unter den Ausnahmetatbestand fallen kann.

(3) Keiner Entscheidung bedarf es vorliegend, inwieweit das im Fahrzeug implementierte Thermofenster ebenfalls eine unzulässige Abschaltvorrichtung dargestellt, da diese nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes ohne das Hinzutreten weiterer Umstände nicht den Vorwurf der objektiven Sittenwidrigkeit rechtfertigt (BGH, NJW 2021, 3721, Rn. 30).

bb) Der Einsatz der KSR und der AdBlue-Dosierstrategie durch die für die Beklagten handelnden Personen stellt sich zumindest in ihrer Kombination als besonders verwerflich dar.

(1) Mit der Beantragung der EG-Typgenehmigung wird zumindest stillschweigend erklärt, dass das Fahrzeug auf dem Prüfstand unter den gleichen Bedingungen betrieben wird, wie auf der Straße, soweit nicht aus technischer Hinsicht eine Abweichung - z.B. aus Sicherheitsgründen - erforderlich ist, wie es etwa hinsichtlich der Abschaltung von ESP oder ABS auf dem Rollenprüfstand der Fall sein soll.

Der Senat verkennt dabei nicht, dass im Grundsatz das Kriterium der Prüfstandbezogenheit eine besondere Bedeutung erlangt, um zwischen nur unzulässigen Abschaltvorrichtungen und solchen zu unterscheiden, deren Implementierung die Kriterien einer sittenwidrigen vorsätzlichen Schädigung erfüllen können (BGH, NJW 2021, 3721; BGH, NJW 2021, 1814; BGH, NJW 2021, 921). Die Behauptung des Klägers, im Fahrzeug sei eine Prüfstanderkennung verbaut, hat er nicht hinreichend substantiiert darlegen können. Ausreichende Anhaltspunkte hierfür bestehen deshalb nicht, weil das Kraftfahrt-Bundesamt in den vom Kläger vorgelegten Unterlagen insbesondere zur AdBlue-Dosierstrategie ausgeführt hat, dass es sich hierbei um „keine Prüfstanderkennung“ handele (Anl. BK17, Bl. 203 d.A.).

(2) Gleichwohl erweist sich das Verhalten der Beklagten als verwerflich. Denn eine Vorrichtung, die - ohne den Prüfstand zu erkennen - so eng bedatet ist, dass sie gleichsam auf die Bedingungen des Prüfstands zugeschnitten ist, steht einer Prüfstanderkennung in ihrem Unwerturteil in nichts nach (vgl. hierzu BGH, NJW 2021, 3721, Rn. 20 zum Thermofenster).

Von einer bewussten Ausrichtung der KSR und der AdBlue-Dosierstrategie an den Voraussetzungen des NEFZ ist der Senat vorliegend aufgrund der aufgezeigten Gesamtumstände überzeugt. Der Beklagten ist zwar zuzugestehen, dass es sachliche Gründe dafür geben mag, das Emissionskontrollsystem eines Dieselfahrzeugs mit speziellen Vorrichtungen auszustatten, die eine verbesserte Stickoxid-Reduktion in der Warmlaufphase des Motors bewirken, bis der SCR-Katalysator nach Erreichen der Betriebstemperatur seine volle Wirksamkeit erreicht. Auch mögen die von der Beklagten dargestellten Randbedingungen für sich genommen legitime Parameter darstellen, um technisch unerwünschte Nebeneffekte (Versottung bzw. Ammoniak-Schlupf) zu vermeiden. Die bei beiden Abschaltvorrichtungen von der Beklagten gewählten sehr engen Anwendungsbereiche führen aber bereits jeweils für sich gesehen, erst recht aber in ihrer Kumulation dazu, dass die Vorrichtungen im realen Straßenbetrieb zwar zur Anwendung gelangen, dies aber auf sehr begrenzte Fälle beschränkt ist. Im NEFZ sind die vorgegebenen Randbedingungen hingegen stets gegeben. Der Senat kann jedenfalls im Zusammenspiel von KSR und AdBlue-Dosierstrategie ausschließen, dass der eng begrenzte Nutzen im Straßenbetrieb bei

hohem Nutzen auf dem Prüfstand auf bloßen Zufälligkeiten beruht. Vielmehr ist er überzeugt, dass die konkrete Bedatung der Vorrichtungen Folge dessen ist, dass die für die Beklagte handelnden Personen nichts unversucht gelassen haben, damit die Fahrzeuge der Beklagten im Prüfzyklus die gesetzlich normierten Abgaswerte einhalten, während die mit den Vorrichtungen einhergehenden unerwünschten Nebeneffekte im realen Straßenbetrieb möglichst klein gehalten werden sollten.

Auch wenn es nach dem Vorstehenden nicht mehr darauf ankommt, räumt die Beklagte im nachgelassenen Schriftsatz vom 12.10.2023 selbst ein, dass es „technisch naheliegend [gewesen sei], bei der Auslegung des Emissionskontrollsystems die Anforderungen zu berücksichtigen, die sich aus den vom Gesetzgeber vorgegebenen Prüfungen ergaben. Diese Anforderungen [hätten] die konkreten Maßstäbe für die Leistungsfähigkeit des fortzuentwickelnden Kontrollsystems [dargestellt]“ (dort S. 92, Bl. 1031 d.A.). M.a.W.: Die Beklagte hat sich bei der konkreten Bedatung von KSR und SCR-Dosierstrategie maßgeblich von den Vorgaben des NEFZ leiten lassen.

cc) Die Sittenwidrigkeit des Verhaltens der Beklagten dauerte auch im maßgeblichen Zeitpunkt - nämlich bei Erwerb des Fahrzeugs (BGH, BeckRS 2022, 6626, Rn. 27) - noch an. Die Beklagte hat nicht dargetan, dass sie bereits vor Erwerb des streitgegenständlichen Fahrzeugs durch den Kläger das Kraftfahrt-Bundesamt über die konkrete Bedatung von KSR und AdBlue-Dosierstrategie unterrichtet und sonstige Maßnahmen ergriffen hätte, um von ihrem bisherigen Verhalten Abstand zu nehmen.

b) Es steht zur Überzeugung des Senats fest, dass der Vorstand, ein Mitglied des Vorstands oder ein anderer verfassungsmäßiger Vertreter (§ 31 BGB) der Beklagten die objektiven und subjektiven Tatbestandsvoraussetzungen des § 826 BGB verwirklicht hat. Die Beklagte ist dem Vortrag des Klägers nicht ausreichend entgegengetreten, dass die Entscheidung zur Verwendung der Abschaltvorrichtungen in dem streitgegenständlichen Fahrzeugtyp von verantwortlichen Personen der Beklagten getroffen wurde, so dass dieses Verhalten der Beklagten gemäß § 31 BGB zuzurechnen ist. Die Beklagte trifft insofern eine sekundäre Darlegungslast (BGH, NJW 2020, 1962, Rn. 39), der sie mit ihrem pauschal negierenden Vortrag nicht gerecht geworden ist. Zur Überzeugung des Senats steht vielmehr fest, dass

zumindest der Leiter der Entwicklungsabteilung und die für die Forschungs- und Entwicklungsaktivitäten der Beklagten verantwortlichen vormaligen Vorstände von dem bewussten Zuschnitt der KSR und der AdBlue-Dosierstrategie auf die Bedingungen des NEFZ zum Zeitpunkt der Typgenehmigung Kenntnis hatten und dies gebilligt und, wenn nicht angeordnet, so zumindest nicht unterbunden haben. Die Festlegung des genauen Anwendungsbereichs der beiden Vorrichtungen setzt dennotwendig eine aktive, im Hinblick auf dieses Ergebnis gewollte präzise Programmierung der Motorsteuerungssoftware voraus und schließt die Annahme einer fahrlässigen Herbeiführung dieses Zustands aus.

Bei der Entwicklung und der Verwendung einer unzulässigen Abschaltvorrichtung handelte es sich um eine grundlegende Entscheidung, die mit erheblichen Risiken für den gesamten Konzern und auch mit persönlichen Haftungsrisiken für die entscheidenden Personen verbunden war. Es liegt auf der Hand, dass eine solche Strategieentscheidung nicht etwa von einem untergeordneten Mitarbeiter im Alleingang, sondern von einem Vorstand oder einem sonstigen verfassungsmäßig berufenen Vertreter, dessen Verhalten der Beklagten gemäß § 31 BGB zuzurechnen ist, getroffen oder jedenfalls gebilligt worden war. Da sich die Unzulässigkeit einer gezielt auf Prüfstandbedingungen zugeschnittenen Bedatung der Motorsteuerungssoftware aufdrängt, kann daraus ohne Weiteres der Schluss auf ein diesbezügliches Bewusstsein eines verfassungsmäßig berufenen Vertreters gezogen werden, ferner auf dessen Bewusstsein, dass angesichts der mit der Unzulässigkeit der Abschaltvorrichtung verbundenen, die volle Brauchbarkeit des Fahrzeugs einschränkenden Risiken niemand ein solches Fahrzeug - zumindest nicht ohne einen erheblichen Abschlag vom Kaufpreis - erwerben würde (BGH, NJW 2021, 918, Rn. 22).

Angesichts der vorgenannten Gesamtumstände ist auch nicht davon auszugehen, dass sich die relevanten Entscheidungsträger der Beklagten in einem unvermeidbaren Verbotsirrtum befanden. Der Hersteller, der sich unter Berufung auf einen unvermeidbaren Verbotsirrtum entlasten will, muss sowohl den Verbotsirrtum als solchen als auch die Unvermeidbarkeit des Verbotsirrtums konkret darlegen und beweisen (BGH, NJW 2023, 2259, Rn. 63). Aus dem Vorbringen der Beklagten ergibt sich indes schon nicht, welche für sie handelnde Person sich konkret worüber im

Zusammenhang mit der konkreten Bedatung von KSR und AdBlue-Dosierstrategie geirrt haben soll. Die bloße Möglichkeit, dass sich auf Seiten der Beklagten eine insoweit verantwortliche Person geirrt haben könnte, genügt nicht, weil es für einen Irrtum auf eine tatsächliche Bewusstseins- und Überzeugungsbildung ankommt. Im Übrigen hielte der Senat es aber auch für fernliegend, dass ein Verantwortlicher der Beklagten es für rechtlich unbedenklich gehalten haben könnte, die Steuerung der zur Abgasbehandlung verwendeten Strategien in der oben beschriebenen Weise auf die Prüfstandbedingungen zuzuschneiden.

c) Dem Kläger ist durch das sittenwidrige Verhalten der Beklagten auch ein Schaden entstanden, §§ 826, 249 Abs. 1 BGB. Der Schaden liegt in dem Abschluss des Kaufvertrags über das bemakelte Fahrzeug.

aa) In ständiger Rechtsprechung nimmt der Bundesgerichtshof an, dass ein Schaden nicht nur dann gegeben ist, wenn sich bei dem vorzunehmenden Vergleich der infolge des haftungsbegründenden Ereignisses eingetretenen Vermögenslage mit derjenigen, die ohne jenes Ereignis eingetreten wäre, ein rechnerisches Minus ergibt. Vielmehr bejaht der Bundesgerichtshof auch bereits dann einen Schaden, wenn jemand durch ein haftungsbegründendes Verhalten zum Abschluss eines Vertrages gebracht worden ist, den er sonst nicht geschlossen hätte, also wenn er auch trotz objektiver Werthaltigkeit von Leistung und Gegenleistung dadurch einen Vermögensschaden erleidet, dass die Leistung für seine Zwecke nicht voll brauchbar ist. Im Fall einer vorsätzlichen sittenwidrigen Schädigung dient der Schadensersatzanspruch nicht nur dem Ausgleich jeder nachteiligen Einwirkung durch das sittenwidrige Verhalten auf die objektive Vermögenslage des Geschädigten. Vielmehr muss sich der Geschädigte auch von einer auf dem sittenwidrigen Verhalten beruhenden Belastung mit einer „ungewollten“ Verpflichtung wieder befreien können. Schon eine solche stellt unter den dargelegten Voraussetzungen einen gemäß § 826 BGB zu ersetzenden Schaden dar. Die Bejahung eines Vermögensschadens unter diesem Aspekt setzt allerdings voraus, dass die durch den unerwünschten Vertrag erlangte Leistung nicht nur aus rein subjektiv willkürlicher Sicht als Schaden angesehen wird, sondern dass auch die Verkehrsanschauung bei Berücksichtigung der obwaltenden Umstände den Vertragsschluss als unvernünftig, den konkreten Vermögensinteressen nicht angemessen und damit als nachteilig ansieht (BGH, NJW 1998, 302, 304).

In Anwendung dieser Grundsätze liegt der Schaden hier im Abschluss des Kaufvertrags über das streitgegenständliche Fahrzeug, den der Kläger in Kenntnis der Verwendung der unzulässigen Abschaltvorrichtung nicht geschlossen hätte. Das Fahrzeug des Klägers wies im Zeitpunkt des Erwerbs insgesamt zumindest zwei unzulässige Abschaltvorrichtungen auf. Damit drohte dem Fahrzeug eine Betriebsbeschränkung oder -untersagung durch die Zulassungsbehörde nach § 25 Abs. 3 Nr. 1 und Nr. 2 EG-FGV i.V.m. § 48 VwVfG. Nach diesen Vorschriften kann das Kraftfahrt-Bundesamt eine rechtswidrige Typgenehmigung ganz oder teilweise zurücknehmen, insbesondere wenn festgestellt wird, dass Fahrzeuge mit einer Übereinstimmungsbescheinigung nicht mit dem genehmigten Typ übereinstimmen. Irrelevant ist, dass das Kraftfahrt-Bundesamt sich - trotz der behördenseitigen Bewertung, dass es sich zumindest bei der AdBlue-Dosierung um eine unzulässige Abschaltvorrichtung handelt - letztlich gegen eine solche Maßnahme entschieden hat. Wegen der Bindung jeden Verwaltungshandelns an Recht und Gesetz (Art. 20 Abs. 3 GG) stand bei Vorliegen gleich mehrerer unzulässiger Abschaltvorrichtungen i.S.v. Art. 5 Abs. 2 VO (EG) Nr. 715/2007 - ungeachtet des späteren tatsächlichen Verhaltens des Kraftfahrt-Bundesamtes - objektiv die Gefahr eines Einschreitens der zuständigen Behörde konkret im Raum. Das spätere Verhalten des Kraftfahrt-Bundesamtes war hierbei weder absehbar noch bestand hierauf ein Rechtsanspruch. Auch ist bis heute nicht geklärt, ob das spätere Handeln des Kraftfahrt-Bundesamtes einer Nachprüfung durch die zuständigen Gerichte standhalten wird (vgl. etwa VG Schleswig, BeckRS 2023, 2863). Angesichts dieser Unsicherheit hätte sich zum damaligen Zeitpunkt kein verständiger Käufer in Kenntnis der Umstände auf den Erwerb eines solchen Fahrzeugs eingelassen. Dies hat sich die Beklagte in sittenwidriger Weise im eigenen geschäftlichen Interesse zu Nutze gemacht.

Der im Oktober 2016 unter Verletzung des wirtschaftlichen Selbstbestimmungsrechts des Klägers sittenwidrig herbeigeführte ungewollte Vertragsschluss, der im Rahmen des § 826 BGB den Schaden begründet, wurde auch nicht durch das von der Beklagten bereitgestellte, im streitgegenständlichen Fahrzeug nach Erwerb durch den Käufer aufgespielte Software-Update mit einer geänderten Motorsteuerungssoftware rückwirkend zu einem gewollten Vertragsschluss.

bb) Der Schaden ist auch kausal auf das sittenwidrige Verhalten der Beklagten zurückzuführen. Hierbei ist unbeachtlich, ob sich der Kläger bei Erwerb des Fahrzeugs konkrete Gedanken über das Emissionsverhalten gemacht hat. Entscheidend ist vielmehr, dass nach der allgemeinen Lebenserfahrung nicht davon auszugehen ist, dass er das Fahrzeug auch in Kenntnis einer potenziell zulassungsschädlichen Abschaltvorrichtung erworben hätte (BGH, NJW 2020, 1962, Rn. 49).

d) Die Beklagte handelte zudem mit Schädigungsvorsatz.

Der gemäß § 826 BGB erforderliche Vorsatz enthält ein Wissens- und ein Wollenselement. Der Handelnde muss die Schädigung des Anspruchstellers gekannt bzw. vorausgesehen und in seinen Willen aufgenommen, jedenfalls aber für möglich gehalten und billigend in Kauf genommen haben. Dabei braucht der Täter nicht zu wissen, welche oder wie viele Personen durch sein Verhalten geschädigt werden. Es reicht aus, dass er die Richtung, in der sich sein Verhalten zum Schaden irgendwelcher anderer auswirken könnte, und die Art des möglicherweise eintretenden Schadens vorausgesehen und mindestens billigend in Kauf genommen hat (BGH, NJW 2020, 1962, Rn. 61; BGH NJW 2004, 2971, 2973). Es genügt nicht, wenn die relevanten Tatumstände lediglich objektiv erkennbar waren und der Handelnde sie hätte kennen können oder kennen müssen oder sie sich ihm sogar hätten aufdrängen müssen; in einer solchen Situation ist lediglich Fahrlässigkeit gegeben (BGH, NJW 2017, 250, Rn. 25; BGH, NJW-RR 2012, 404, Rn. 10). Es kann aber durchaus gerechtfertigt sein, im Einzelfall aus dem Wissen einer natürlichen Person auf deren Willen zu schließen (BGH, NJW 2017, 250, Rn. 26). Aus der Art und Weise des sittenwidrigen Handelns kann sich die Schlussfolgerung ergeben, dass mit Schädigungsvorsatz gehandelt worden ist (BGH, NJW 2019, 3638, Rn. 37).

Der Schädigungsvorsatz des Leiters der Entwicklungsabteilung und des für die Entwicklung zuständigen Vorstandes der Beklagten ergibt sich daraus, dass diese von der Verwendung der KSR und der AdBlue-Dosierstrategie in ihrer konkreten, in erster Linie auf den NEFZ zugeschnittenen Bedatung wussten. Mithin war ihnen auch das Risiko eines Widerrufs der Typzulassung bzw. einer Betriebsuntersagung in Bezug auf die betroffenen Fahrzeuge bewusst. Dass niemand ein solches Fahrzeug in Kenntnis dieses Risikos kaufen würde - jedenfalls nicht zu einem regulären Preis - war den

handelnden Personen ohne Zweifel gegenwärtig. Auch wenn sie davon überzeugt gewesen sein sollten, die Manipulation werde nicht aufgedeckt werden, schließt dies den Vorsatz nicht aus, weil der Schaden im ungewollten Vertragsschluss, nicht dagegen in einer etwaigen Betriebsuntersagung liegt (BGH, NJW 2020, 1962, Rn. 63).

e) Bei der Ermittlung des dem Kläger entstandenen Schadens hat sich dieser im Wege des Vorteilsausgleichs in gewissem Umfang die Vorteile anrechnen zu lassen, die ihm im Zusammenhang mit dem Schadensereignis zugeflossen sind (vgl. hierzu BGH, NJW 2020, 1962, Rn. 64 ff.). Dies erkennt der Kläger - abweichend von der zunächst erstinstanzlich vertretenen Rechtsauffassung - im Berufungsrechtszug an. Die ihm im Wege des Vorteilsausgleichs anzurechnenden Nutzungen belaufen sich auf Grundlage der am Vortrag der Berufungsverhandlung unstreitigen Laufleistung des PKW (70.878 km), eines Bruttokaufpreises in Höhe von 37.000,00 € (vgl. Anl. K1a und 1b im erstinstanzlichen Anlagenband) und einer vom Senat geschätzten Gesamtlauflistung von 300.000 km auf 7.459,77 €. Dabei wendet der Senat die vom Bundesgerichtshof in mehreren Entscheidungen gebilligte Berechnungsmethode an, den Bruttokaufpreis mit den gefahrenen Kilometern zu multiplizieren und das Ergebnis durch die Restlaufleistung des PKW zum Erwerbszeitpunkt, die hier mit der Gesamtlauflistung identisch ist, zu teilen (BGH NJW 2020, 1962, Rn. 80; BGH NJW 2020, 2796, Rn. 12 f.).

Der erkennende Senat schätzt die Gesamtfahrleistung eines Dieselfahrzeugs in ständiger Rechtsprechung regelmäßig auf 300.000 km. Dies entspricht der Auffassung des hiesigen 18. Zivilsenats, der anhand einer Auswertung statistischer Daten des Krafftahrt-Bundesamtes von einer durchschnittlichen Nutzungsdauer eines Fahrzeugs von 15 Jahren und einer durchschnittlichen Jahresfahrleistung von Dieselfahrzeugen von 20.000 km ausgegangen ist (OLG Köln, BeckRS 2020, 6371 Rn. 31; ebenso OLG Köln, BeckRS 2020, 35997, Rn. 36; OLG Köln, BeckRS 2020, 29811, Rn. 38). Hiervon abzuweichen besteht auch in vorliegendem Fall keine Veranlassung.

Hiernach sind die anzurechnenden Nutzungsvorteile mit 7.459,77 € ($37.000,00 \text{ €} \times 57.860 \text{ km} / (300.000 \text{ km} - 13.018 \text{ km})$) zu bemessen. Es verbleibt nach deren Anrechnung ein erstattungsfähiger Schaden in Höhe von 29.540,23 € ($37.000,00 \text{ €}$ abzüglich 7.459,77 €).

f) Der Anspruch des Klägers ist auch nicht verjährt.

Nach § 195 BGB beträgt die regelmäßige Verjährungsfrist, die auch für Ansprüche aus § 826 BGB einschlägig ist, drei Jahre (BGH, NJW 2021, 918, Rn. 7). Sie beginnt gemäß § 199 Abs. 1 BGB mit Ablauf des Jahres, in dem der Anspruch entstanden ist und der Gläubiger von den anspruchsbegründenden Umständen und der Person des Schuldners Kenntnis erlangt hat oder ohne grobe Fahrlässigkeit hätte erlangen müssen - wobei die Darlegungs- und Beweislast für diese ihr günstigen Voraussetzungen bei der Beklagten liegt. Die erforderliche Kenntnis im Sinne des § 199 Abs. 1 BGB ist gegeben, wenn dem Geschädigten die Erhebung einer Schadensersatzklage, sei es auch nur in Form der Feststellungsklage, Erfolg versprechend, wenn auch nicht risikolos möglich ist (BGH, NJW 2017, 2986, Rn. 85; BGH, NJW 2021, 918, Rn. 8). Grob fahrlässige Unkenntnis liegt dann vor, wenn dem Gläubiger die Kenntnis fehlt, weil er die im Verkehr erforderliche Sorgfalt in ungewöhnlich grobem Maße verletzt und auch ganz naheliegende Überlegungen nicht angestellt oder das nicht beachtet hat, was jedem hätte einleuchten müssen. Ihm muss persönlich ein schwerer Obliegenheitsverstoß in seiner eigenen Angelegenheit der Anspruchsverfolgung vorgeworfen werden können. Die grob fahrlässige Unkenntnis bezieht sich ebenso wie die Kenntnis auf Tatsachen, auf eine zutreffende rechtliche Würdigung kommt es demgegenüber grundsätzlich nicht an (BGH, NJW 2020, 2534, Rn. 19 f.; BGH, NJW 2021, 918, Rn. 8 f.).

Nach diesem Maßstab ist bereits deshalb keine Verjährung eingetreten, weil die Beklagte nicht hinreichend dargelegt hat, wann der Kläger Kenntnis vom Vorhandensein unzulässiger Abschaltvorrichtungen erlangt hat bzw. hätte erlangen müssen. Weder hat die Beklagte die Verwendung unzulässiger Abschaltvorrichtungen öffentlich bekannt gegeben, noch hatte der Kläger aus anderen Quellen Anlass zu der Annahme, dass in dem von ihm erworbenen Fahrzeug unzulässige Abschaltvorrichtungen verbaut waren. Die gilt für die von der Beklagten angeführte Ad-Hoc-Mitteilung der Volkswagen AG vom 22.09.2015 schon deshalb, weil sich hieraus keine Hinweise auf möglicherweise unzulässige Abschaltvorrichtungen in Fahrzeugen der Beklagten ergab. Auch die von der Beklagten in Bezug genommene Presseberichterstattung in der Tagesschau vom 22.04.2016 und im Handelsblatt vom

20.04.2016 mussten für den Kläger - so er diese überhaupt zur Kenntnis genommen hat - keinen Anlass geben, von der Betroffenheit seines Fahrzeugs auszugehen, zumal die Beklagte bis heute den Verbau einer unzulässigen Abschaltvorrichtung in Abrede stellt. Dem Kläger fehlte damit bereits die für den Verjährungsbeginn erforderliche Tatsachenkenntnis.

2.

a) Der Anspruch des Klägers auf Rechtshängigkeitszinsen ergibt sich aus §§ 291, 288 Abs. 1 Satz 2 BGB.

b) Der Anspruch auf Freistellung von vorgerichtlichen Rechtsanwaltskosten ergibt sich aus §§ 826, 249 BGB. In der Höhe besteht ein solcher Anspruch allerdings nur, soweit die Kosten durch die außergerichtliche Geltendmachung eines berechtigten Anspruchs in Höhe von 29.540,23 € entstanden sind. Hieraus folgt auf der Grundlage der im Jahre 2019 gültigen Gebührensätze des RVG ein Freistellungsanspruch wegen einer Gebührenforderung (einschließlich Auslagenpauschale und Umsatzsteuer) in Höhe von 1.358,86 €.

3.

Die Berufung des Klägers ist auch hinsichtlich des gestellten Antrags auf Feststellung des Annahmeverzugs begründet. Annahmeverzug gemäß § 293 BGB setzt voraus, dass der Schuldner dem Gläubiger die Leistung so, wie sie geschuldet wird, anbietet (Grüneberg/Grüneberg, BGB, 82. Aufl., 2023, § 293 Rn. 9). Maßgeblicher Zeitpunkt ist hierbei der Schluss der mündlichen Verhandlung im Berufungsrechtszug (vgl. nur BGH, NJW 2022, 321, Rn. 50). Zwar schließt die Forderung eines nicht nur unerheblich höheren als des geschuldeten Betrags ein ordnungsgemäßes Angebot der Zug um Zug zu erbringenden Leistung aus (BGH, BeckRS 2021, 20057, Rn. 16 m.w.Nachw.). Vorliegend hat der Kläger sein Angebot zur Fahrzeugrückgabe jedenfalls zuletzt nicht mehr mit einer erheblichen Zuvielforderung verbunden, die im Streitfall der Annahme eines ordnungsgemäßen Angebots entgegensteht. Vorliegend ergab sich zwar eine Zuvielforderung des Klägers insofern, als er sich nur bereit erklärt hatte, sich eine Nutzungsentschädigung unter Zugrundelegung einer Gesamtleistung von 350.000 km anrechnen zu lassen. Demzufolge wäre die Nutzungsentschädigung nach Berechnung des Klägers mit lediglich 6.352,92 € anzusetzen gewesen - und damit um

1.106,85 € niedriger ausgefallen als die tatsächlich geschuldete Nutzungsentschädigung von 7.459,77 €. Die Differenz von rund 1.100,00 € macht aber nur rund 3% des Bruttokaufpreises des Fahrzeugs bzw. knapp 4% der tatsächlich berechtigten Forderung aus und fällt daher nicht in relevanter Weise ins Gewicht.

III.

Die Ausführungen der Beklagten im nachgelassenen Schriftsatz vom 12.10.2023, in dem diese ihren bisherigen Vortrag lediglich vertieft, geben keine Veranlassung zur Wiedereröffnung der mündlichen Verhandlung, § 156 ZPO.

IV.

Die Entscheidung über die Kosten erster Instanz beruht auf §§ 92 Abs. 1, 269 Abs. 3 Satz 2 ZPO. Die Kostenentscheidung zweiter Instanz beruht auf § 92 Abs. 2 Nr. 1, 97 Abs. 1 ZPO.

Die Entscheidung über die vorläufige Vollstreckbarkeit folgt aus §§ 708 Nr. 10, 711 ZPO.

V.

Anlass zur der Zulassung der Revision nach § 543 Abs. 2 ZPO besteht nicht. Die Sache hat weder grundsätzliche Bedeutung, noch bedarf es einer Entscheidung des Revisionsgerichts zur Fortbildung des Rechts oder zur Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung. Die Grundsätze, nach denen der Erwerber eines mit unzulässigen Abschaltvorrichtungen versehenen Dieselfahrzeugs die Rückabwicklung des Fahrzeugkaufs verlangen kann, sind durch Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs geklärt. Die vorliegende Entscheidung beruht auf einer Anwendung dieser Grundsätze auf den Einzelfall.

Der Streitwert des Berufungsverfahrens wird auf bis 40.000,00 € festgesetzt.

Dr. Hake

Fleischhauer

Dr. Logemann