

Aktenzeichen:

**8 U 188/22**

4 O 1419/20 LG Rostock



## Oberlandesgericht Rostock

### Im Namen des Volkes

### Urteil

In dem Rechtsstreit

[REDACTED]

- Kläger und Berufungskläger -

Prozessbevollmächtigte:

Rechtsanwälte **Hahn Rechtsanwälte Partnerschaft GmbH**, Marcusallee 38, 28359 Bremen,

[REDACTED]

gegen

**Mercedes-Benz Group AG**, vertreten durch d. Vorstand, Mercedesstraße 137, 70546 Stuttgart

- Beklagte und Berufungsbeklagte -

Prozessbevollmächtigte:

[REDACTED]

hat das Oberlandesgericht Rostock - 8. Zivilsenat - durch die Vorsitzende Richterin am Oberlandesgericht Eidam, die Richterin am Oberlandesgericht Dilling und den Richter am Landgericht Jähnke aufgrund der mündlichen Verhandlung vom 03.05.2024 für Recht erkannt:

I. Auf die Berufung des Klägers wird unter Zurückweisung seines weitergehenden Rechtsmittels das Urteil des Landgerichts Rostock vom 20.05.2021, Az. 4 O 1419/20, abgeändert und wie folgt neu gefasst:

1. Die Beklagte wird verurteilt, an den Kläger 1.882,35 € nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 29.01.2021 zu zahlen.

2. Im Übrigen wird die Klage abgewiesen.
- II. Die Kosten des Rechtsstreits tragen der Kläger zu 91 % und die Beklagte zu 9 %.
- III. Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar.
- IV. Der Streitwert wird für das Berufungsverfahren auf 21.723,10 € festgesetzt.

## Gründe:

### I.

Der Kläger macht gegen die Beklagte einen Schadensersatzanspruch im Rahmen des so genannten „Diesel-Abgasskandals“ geltend.

Der Kläger erwarb am 20.01.2014 von einem Autohändler ein am 10.12.2010 erstzugelassenes, gebrauchtes und von der Beklagten hergestelltes Fahrzeug der Marke Mercedes-Benz Vito 122 CDI lang mit einer Laufleistung von 49.684 km zu einem Netto-Kaufpreis in Höhe von 26.991,60 €, in dem 100,84 € Zulassungskosten enthalten waren (Anlage K 1a). Das Fahrzeug ist mit einem - ebenfalls von der Beklagten hergestellten - Dieselmotor der Baureihe OM 642 ausgestattet und verfügt über eine EG-Typengenehmigung nach der EURO 5-Abgasnorm.

Die Kontrolle der Stickoxidemissionen erfolgt im Fahrzeug über die sog. Abgasrückführung (AGR), bei der ein Teil der Abgase zurück in das Ansaugsystem des Motors geführt wird und dort erneut an der Verbrennung teilnimmt. Das Maß der Abgasrückführung erfolgt u.a. mittels einer in Abhängigkeit von der Außentemperatur stehenden Steuerung (sog. „Thermofenster“). Zudem verfügte das Fahrzeug über eine Kühlmittel-Solltemperatur-Regelung (KSR).

Es unterlag während des erstinstanzlichen Verfahrens keinem verpflichtenden Rückruf durch das Kraftfahrt-Bundesamt, sondern war Gegenstand einer angebotenen freiwilligen Kundendienstmaßnahme der Beklagten in Form eines Software-Updates, um angepasste neuere Software-Stände auch bei älteren Fahrzeugen aufzuspielen und deren Stickoxid-Emissionsverhalten zu verbessern. Der Kläger ließ das Software-Update am 10.05.2023 auf sein Fahrzeug aufspielen, wodurch die KSR beseitigt wurde.

Mit nicht bestandskräftigem Bescheid vom 13.12.2023 ordnete das KBA für bestimmte Fahrzeugtypen einen Rückruf an. Darin beanstandete es bestimmte umgebungsluft- bzw. motorstarttemperaturabhängige Steuerungen der AGR als unzulässige Abschaltvorrichtungen. Die Beanstandung betraf die Seriendatenstände der vom Bescheid erfassten Fahrzeugtypen, zu denen der klägerische Fahrzeugtyp gehörte. Updatebestände in Folge freiwilliger Servicemaßnahmen oder in Umsetzung NOx-bezogener Rückrufe wurden nicht beanstandet. Konkret bemängelte das KBA einerseits Steuerungen, die in direkter oder mittelbarer Abhängigkeit von der Umgebungslufttemperatur innerhalb einer Spanne von 12 °C bis 33 °C eine emissionserhebliche Korrektur der AGR-Rate bei betriebswarmem Motor vornehmen. Andererseits rügte es bestimmte Steuerungen der AGR-Rate in Abhängigkeit von der Motortemperatur, bei denen eine Korrektur bei niedrigen Motortemperaturen erfolgt, wenn die Motorstarttemperatur außerhalb einer spezifizierten Temperaturspanne liegt. Die motorstarttemperaturabhängige Steuerung war im Seriendatenstand des klägerischen Fahrzeuges vorhanden.

Am 30.04.2024 betrug die Laufleistung des Fahrzeuges 118.307 km.

Der Kläger hat erstinstanzlich behauptet, in seinem Fahrzeug seien zwei prüfstandbezogene unzulässige Abschaltvorrichtungen verbaut, und zwar das Thermofenster, wodurch bei einer Umgebungslufttemperatur von 7 °C oder darunter die Abgasrückführung um bis zu 48 % im Vergleich zu höheren Temperaturen reduziert werde sowie die KSR, bei der im Normalbetrieb in einen anderen Betriebsmodus geschaltet werde, der im Ergebnis zu einer Reduzierung der AGR-Rate und damit zu wesentlich höheren Stickoxidemissionen führe. Wäre dieser Modus im Prüfstand aktiv gewesen, hätte dieser Fahrzeugtyp den für die EG-Typgenehmigung notwendigen Abgastest nicht bestanden. Er müsse damit rechnen, dass das Fahrzeug wegen der erschlichenen EG-Typgenehmigung die Betriebserlaubnis durch die Zulassungsstelle verliere (§ 19 StVZO).

Ihm stehe ein Schadensersatzanspruch aus §§ 826, 31 BGB zu. Die Beklagte habe eine schädigende Handlung begangen, weil sie das Fahrzeug in den Verkehr gebracht habe, obwohl es den Anforderungen der VO (EG) Nr. 715/2007 nicht genügt habe. Das Verhalten der Beklagten sei sittenwidrig gewesen. Sie habe versucht, durch freiwillige Servicemaßnahmen die unzulässigen Abschaltvorrichtungen zu beseitigen, zudem vorsätzlich mit Kenntnis des Vorstandes gehandelt. Insoweit habe sie im Wege der sekundären Darlegungslast zu den Kenntnissen des Vorstandes und dem Ablauf der Entscheidungsprozesse vorzutragen. Zudem

haftete sie nach § 831 BGB und § 823 Abs. 2 BGB i.V.m. Art. 4 Abs. 1, Abs. 2 Satz 2, Art. 5 Abs. 1 VO (EU) Nr. 715/2007.

Er hat erstinstanzlich beantragt, 1. die Beklagte zu verurteilen, an ihn 26.991,60 € nebst Zinsen Zug um Zug gegen Übereignung und Herausgabe des Fahrzeuges abzüglich einer Nutzungsentschädigung seit dem 20.01.2014 zu zahlen, 2. die Beklagte zu verurteilen, ihn von den außergerichtlichen Rechtsanwaltskosten in Höhe von 1.324,60 € freizustellen, 3. festzustellen, dass sich die Beklagte mit der Rücknahme des Fahrzeuges in Annahmeverzug befindet und 4. festzustellen, dass die Beklagte verpflichtet ist, an ihn Schadensersatz für Schäden zu zahlen, die aus der Ausstattung des Fahrzeuges mit einer unzulässigen Abschaltvorrichtung resultieren.

Die Beklagte hat beantragt, die Klage abzuweisen.

Sie hat wegen sämtlicher Ansprüche die Einrede der Verjährung erhoben und vorgetragen, das Fahrzeug verfüge über eine wirksame EG-Typgenehmigung, die Tatbestandswirkung entfalte. Das Fahrzeug könne uneingeschränkt genutzt werden, es drohe kein Erlöschen oder Entziehen der EG-Typgenehmigung nach § 19 Abs. 7 i.V.m. § 19 Abs. 2 Satz 2 Nr. 3 StVZO.

Es liege keine unzulässige Abschaltvorrichtung vor, da das AGR-System selbst bei zweistelligen Minusgraden noch aktiv sei. Die temperaturabhängige Steuerung der AGR sei bei Herstellung des Fahrzeuges bekannter Industriestandard gewesen und vom KBA fortlaufend genehmigt worden. Die temperaturabhängige Steuerung der AGR im klägerischen Fahrzeug verbessere das Emissionsverhalten in einem erheblichen Anteil der Fahrten im Fahrbetrieb auf der Straße und nicht nur „punktuell“.

Durch die innermotorische Rückführung des Abgases verringere sich die Sauerstoffkonzentration der Zylinderladung und die Verbrennungstemperatur sinke. Durch Letzteres entstünden weniger NOx-Emissionen. Finde die Rückführung allerdings bei zu niedrigen Temperaturen statt, komme es zur Kondensation von Abgasbestandteilen, was zu verschiedenen Ablagerungen in Bauteilen führe. Ein wiederholter Betrieb des Motors in diesem Zustand könne zu einer dauerhaften Schädigung des Motors führen. Daher sei es zum Motorschutz erforderlich, die AGR abhängig von der Temperatur zu reduzieren.

Soweit der Kläger wegen der freiwilligen Servicemaßnahme aus der Anlage K 13 schließe, dass

sie Updates ohne Einverständnis der Kunden aufspielen lasse, treffe dies nicht zu. Vielmehr belege es, dass sie bemüht sei, zusätzliche Werkstattaufenthalte für den Kunden zu vermeiden.

Der Kläger hat am 29.12.2020 Klage erhoben, die der Beklagten am 28.01.2021 zugestellt worden ist.

Das Landgericht Rostock hat die Klage mit Urteil vom 20.05.2021 (Az. 4 O 1419/20) vollumfänglich abgewiesen. Zur Vermeidung von Wiederholungen wird auf das Urteil Bezug genommen.

Gegen das ihm am 25.05.2021 zugestellte Urteil wendet sich der Kläger mit seiner am 21.06.2021 eingelegten und am 21.07.2021 begründeten Berufung.

Das Landgericht hätte erkennen müssen, dass er das Vorhandensein einer unzulässigen Abschaltvorrichtung in Form des sog. „Thermofensters“ im klägerischen Fahrzeug hinreichend substantiiert dargelegt habe. Es habe die Anforderungen an den substantiierten Vortrag überspannt.

Bezüglich des Thermofensters sei lediglich die konkrete Ausgestaltung streitig. Die Beklagte sei ihrer Darlegungslast nicht nachgekommen. Denn das Ziel, den Verschleiß oder die Verschmutzung des Motors zu verzögern, rechtfertige nicht den Einsatz einer Abschaltvorrichtung. Bei zutreffender Subsumtion hätte das Landgericht erkennen müssen, dass es sich um eine unzulässige Abschaltvorrichtung handle. Aus der systematischen Programmierung der Abschaltvorrichtung folge zwingend die Annahme der Sittenwidrigkeit und des Vorsatzes. Die Wirksamkeit des Emissionskontrollsystems werde unter Bedingungen, die bei normalem Fahrbetrieb vernünftigerweise zu erwarten sind, z.B. +5 °C oder -7 °C Außentemperatur, verringert.

Weiter führt der Kläger aus, die Beklagte habe nicht dargelegt, den gesetzlichen Erfordernissen im Typgenehmigungsverfahren nachgekommen zu sein. Es habe eine Offenlegungspflicht gegenüber dem KBA bestanden. Sie habe den EG-Typgenehmigungsantrag in dem Wissen gestellt, dass mehrere Abschaltvorrichtungen gemäß Art. 5 Abs. 2 lit. a VO (EG) Nr. 715/2007 verwendet würden. Dies sei bei der Frage der Sittenwidrigkeit ihres Handelns zu bewerten.

Sie treffe auch die sekundäre Darlegungslast zur konkreten Ausgestaltung des Thermofensters und hätte entsprechend näher vortragen müssen. Dann hätte das Landgericht ggf. in eine Beweisaufnahme eintreten müssen, denn erst nach Feststellung der konkreten Ausgestaltung der Abschaltvorrichtung könne eine Beurteilung vorgenommen werden, ob die Beklagte sittenwidrig gehandelt habe, da ggf. Rückschlüsse auf den subjektiven Tatbestand des § 826 BGB dann überhaupt erst möglich seien. Es sei kein Unterschied zu den Fällen der „Aufwärmstrategie“ in Motoren der Volkswagen AG zu erkennen.

Im Hinblick auf seine substantiiert vorgetragene Kenntnis des Vorstands sei der Gegenvortrag der Beklagten mangels ausreichender Substantiierung nicht geeignet, seine Darlegungen zu bestreiten. Dazu hätte es einer detaillierten Organisationsbeschreibung bedurft.

Im Ergebnis stünde ihm ein Anspruch aus §§ 826, 31 BGB, § 831 BGB, § 823 Abs. 2 BGB i.V.m. § 263 StGB und nach § 823 Abs. 2 BGB i.V.m. §§ 6 Abs. 1, 27 Abs. 1 EG-FV zu, in jedem Fall auf Ersatz des Differenzschadens, der 15 % des Brutto-Kaufpreises, mithin 4.818,00 € betrage. Der Restwert betrage nach einer DAT-Abfrage maximal 8.800,00 €.

Das Software-Update sei nicht schadensmindernd zu berücksichtigen. Es könnten Folgemängel auftreten. So komme es zu einer schnelleren Verschattung des Ventils für die AGR, da die AGR-Raten erhöht würden, um den Stickoxidausstoß zu senken, unruhig laufenden Motoren und erhöhtem Kraftstoffverbrauch. Auch nach dem Update würden sich unzulässige Abschaltvorrichtungen in der Motorsteuerungssoftware befinden. Mit dem Update werde zwar die KSR entfernt, das Thermofenster aber keineswegs.

Der Kläger hat ursprünglich angekündigt zu beantragen, 1. die Beklagte zu verurteilen, an ihn 26.991,60 € nebst Zinsen Zug um Zug gegen Übereignung und Herausgabe des Fahrzeuges zu zahlen, abzüglich einer Nutzungsentschädigung von 0,0599392 € pro gefahrenem Kilometer seit dem 20.01.2014, 2. ihn von außergerichtlichen Rechtsanwaltskosten in Höhe von 1.324,60 € freizustellen, 3. festzustellen, dass sich die Beklagte mit der Rücknahme des Fahrzeuges in Annahmeverzug befindet und 4. festzustellen, dass sie verpflichtet ist, ihm Schadensersatz für alle Schäden zu zahlen, die aus der Ausstattung des Fahrzeuges mit unzulässigen Abschaltvorrichtungen resultieren.

Nach Hinweis des Senats vom 11.04.2024, dass die bisher angekündigte Antragstellung einen Zahlungsanspruch nach § 823 Abs. 2 BGB i.V.m. §§ 6 Abs. 1, 27 Abs. 1 EG-FGV gemäß der

Rechtsprechung des BGH nicht umfasse, beantragt der Kläger letztlich

1. die Beklagte zu verurteilen, an ihn 26.991,60 € nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem jeweiligen Basiszinssatz seit Rechtshängigkeit zu zahlen, Zug um Zug gegen Übereignung und Herausgabe des Fahrzeuges Mercedes Vito 122 CDI lang, FIN: [REDACTED] abzüglich einer Nutzungsentschädigung von 0,0599392 € pro gefahrenem Kilometer seit dem 20.01.2014, die sich nach folgender Formel berechnet:

$(26.991,60 \text{ €} \times \text{gefahrte Kilometer}) : 300.316 \text{ km}$

2. die Beklagte zu verurteilen, ihn von den außergerichtlichen Rechtsanwaltskosten in Höhe von 1.324,60 € freizustellen,
3. festzustellen, dass sich die Beklagte mit der Rücknahme seines Pkw, Mercedes Vito 122 CDI lang, [REDACTED], in Annahmeverzug befindet,
4. festzustellen, dass die Beklagte verpflichtet ist, an ihn Schadensersatz für Schäden, die aus der Ausstattung des Fahrzeuges Mercedes Vito 122 CDI lang, FIN: [REDACTED] mit einer unzulässigen Abschalteneinrichtung resultieren, zu zahlen.

Hilfsweise für den Fall, dass der Klageantrag zu 1. zurückgewiesen wird, beantragt er,

die Beklagte zu verurteilen, an ihn 4.818,00 € nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit Rechtshängigkeit zu zahlen.

Hinsichtlich der sich seit Klageerhebung weiter erhöhenden Nutzungsentschädigung hat er den Rechtsstreit teilweise einseitig für erledigt erklärt. Zudem hat er die erwartbare Gesamtleistung des Fahrzeuges auf 350.000 km reduziert und insoweit die Klage zurückgenommen.

Die Beklagte beantragt,

die Berufung zurückzuweisen.

Sie verteidigt das erstinstanzliche Urteil. Die Berufung sei schon unzulässig, weil sie die Voraussetzungen des § 520 Abs. 3 ZPO nicht erfülle, jedenfalls sei sie aber unbegründet.

Ansprüche aus § 826 BGB würden weiterhin daran scheitern, dass der Kläger weder die objektiven noch die subjektiven Voraussetzungen hinreichend substantiiert dargelegt habe.

Konkret zur temperaturabhängigen Steuerung der Abgasrückführung wiederholt die Beklagte ihren Vortrag erster Instanz. Der Vortrag des Klägers in der Berufungsbegründung, dass die Abgasrückführung bei einer Außentemperatur von unter +5 °C stufenweise reduziert werde, sei falsch. Die durch das Software-Update am 10.05.2023 bereits erfolgte Aktualisierung der Motorsteuerungssoftware im klägerischen Fahrzeug habe dazu geführt, dass die vom KBA mit Bescheid vom 13.12.2023 gerügten Ausgestaltungen der AGR-Steuerung nicht mehr vorlägen. Durch das Software-Update werde die AGR erst unterhalb von -10 °C und oberhalb von 52 °C reduziert.

Es fehle an der Erwerbskausalität, weil das Vorhandensein der temperaturabhängigen Steuerung der AGR bei Vertragsschluss nicht kausal für einen Schaden gewesen sei. Das Thermofenster sei Industriestandard und in allen Dieselfahrzeugen verbaut gewesen.

Es liege kein Verschulden vor. Die Beklagte könne sich auf eine tatsächliche und hypothetische Genehmigung durch das KBA und einen unvermeidbaren Verbotsirrtum berufen. Auf die entsprechenden Ausführungen wird Bezug genommen (Bd. IV BI. 17 ff. d.A.). Angesichts des Software-Updates sei der Schaden aber kompensiert worden.

Hinsichtlich des weiteren Vorbringens der Parteien wird auf die gewechselten Schriftsätze nebst Anlagen sowie das Protokoll über die mündliche Verhandlung vom 03.05.2024 verwiesen.

## II.

Die Berufung ist zulässig (1.), hat aber in der Sache (2.) mit dem Hauptantrag keinen und mit dem Hilfsantrag nur teilweise Erfolg.

### 1. Die Berufung ist zulässig.

Die Berufungsbegründung erfüllt die Anforderungen des § 520 Abs. 3 Satz 2 ZPO. Soweit die Beklagte meint, die Berufungsbegründung würde insbesondere den Anforderungen des § 520 Abs. 3 Satz 2 Nr. 2 und 3 ZPO nicht genügen, weil die Berufungsbegründung weitgehend aus Textbausteinen zusammengesetzt sei, die andere Rechtsstreitigkeiten betreffen und das

gebotene individualisierte Eingehen auf das angegriffene Urteil und den hiesigen Einzelfall unterbleibe, verfängt dies nicht.

Für die Zulässigkeit der Berufung ist es ausreichend, dass die Berufungsbegründung auf den Streitfall zugeschnitten ist und deutlich macht, auf welche Punkte tatsächlicher oder rechtlicher Art sich die Angriffe erstrecken sollen. Dabei sind weder Schlüssigkeit noch Vertretbarkeit der Begründung Zulässigkeitsvoraussetzungen.

Diese Voraussetzungen erfüllt die Berufungsbegründung.

Sie ist auf den Streitfall zugeschnitten und macht insbesondere deutlich, dass der Kläger die erstinstanzliche Tatsachenfeststellung und Rechtsanwendung angreift. Vornehmlich greift der Kläger dabei die aus seiner Sicht zu Unrecht unterbliebene Auseinandersetzung des Landgerichts mit der Frage an, ob in seinem Fahrzeug unzulässige Abschaltvorrichtungen verbaut sind, die er – entgegen der Auffassung des Landgerichts – substantiiert vorgetragen habe. Weiter rügt er die aus seiner Sicht unterbliebene Berücksichtigung entscheidungserheblichen Vortrages zum skandalbedingten Minderwerts seines Fahrzeuges, die fehlerhaft unterbliebene Durchführung einer Beweisaufnahme und dass die Beklagte ihrer sekundären Darlegungslast – u.a. zur konkreten Darlegung der Gründe, die den Motorschutz rechtfertigen sollen oder zu ihrer internen Organisationsstruktur – nicht nachgekommen und sein Vortrag daher prozessual als zugestanden anzusehen sei. Angesichts dessen besteht die Berufungsbegründung gerade nicht nur aus Textbausteinen, die andere Rechtsstreitigkeiten betreffen, sondern sie setzt sich konkret mit dem angegriffenen Urteil auseinander.

2. In der Sache hat die Berufung mit dem Hauptantrag keinen und mit dem Hilfsantrag nur teilweise Erfolg.

a) Ein Anspruch aus §§ 826, 31 BGB auf Schadensersatz hinsichtlich des Thermofensters und der KSR scheitert daran, dass es an einer objektiv sittenwidrigen Schädigungshandlung der für die Beklagte handelnden Personen in Bezug auf den Schaden, den der Kläger durch den Kauf des Fahrzeugs am 20.01.2014 erlitten haben will, fehlt.

aa) Eine objektiv sittenwidrige Schädigungshandlung lässt sich nicht aus der Verwendung einer temperaturabhängigen Steuerung der Abgasrückführungsrate (Thermofenster) herleiten.

(1) Die Voraussetzungen eines Schadensersatzanspruchs wegen vorsätzlicher sittenwidriger

Schädigung (§ 826 BGB) sind nicht bereits deshalb gegeben, weil ein Fahrzeughersteller einen Fahrzeugtyp aufgrund einer grundlegenden unternehmerischen Entscheidung mit einer temperaturabhängigen Steuerung des Emissionskontrollsystems ausgestattet und in den Verkehr gebracht hat. Dieses Verhalten ist für sich genommen nicht als sittenwidrig zu qualifizieren. Dies gilt auch dann, wenn der Fahrzeughersteller mit der Entwicklung und dem Einsatz dieser Steuerung eine Kostensenkung und die Erzielung von Gewinn erstrebt hat (vgl. BGH, Beschluss vom 19. Januar 2021 – VI ZR 433/19, juris Rn. 13).

Der Einsatz einer temperaturabhängigen Steuerung des Emissionskontrollsystems ist nicht mit der Fallkonstellation zu vergleichen, die dem Urteil des Bundesgerichtshofs vom 25. Mai 2020 (VI ZR 252/19) zugrunde lag. Dort war die zu beurteilende Software von der Beklagten bewusst und gewollt so programmiert worden, dass die gesetzlichen Abgasgrenzwerte nur auf dem Prüfstand beachtet, im normalen Fahrbetrieb hingegen überschritten wurden (Umschaltlogik); sie zielte damit unmittelbar auf die arglistige Täuschung der Typgenehmigungsbehörde ab (vgl. BGH, Beschluss vom 19. Januar 2021, a.a.O., Rn. 16 f.). Dagegen fehlt es bei dem Einsatz einer temperaturabhängigen Steuerung des Emissionskontrollsystems, die nicht danach unterscheidet, ob sich das Fahrzeug auf dem Prüfstand oder im realen Fahrbetrieb befindet, an einem derartigen arglistigen Vorgehen des Herstellers, das die Qualifikation seines Verhaltens als objektiv sittenwidrig rechtfertigen würde (vgl. BGH, Beschluss vom 19. Januar 2021, a.a.O., Rn. 18).

Deshalb ist bei der Verwendung einer entsprechend temperaturabhängigen Steuerung des Emissionskontrollsystems der Vorwurf der Sittenwidrigkeit gegenüber dem Hersteller nur gerechtfertigt, wenn zu einem etwaigen Verstoß gegen die Verordnung (EG) Nr. 715/2007 weitere Umstände hinzutreten, die das Verhalten der für den Hersteller handelnden Personen als besonders verwerflich erscheinen lassen. Die Annahme von Sittenwidrigkeit setzt jedenfalls voraus, dass diese Personen bei der Entwicklung und/oder Verwendung der temperaturabhängigen Steuerung des Emissionskontrollsystems in dem Bewusstsein handelten, eine unzulässige Abschaltvorrichtung zu verwenden, und den darin liegenden Gesetzesverstoß billigend in Kauf nahmen. 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 ein Fahrlässigkeitsvorwurf gerechtfertigt (BGH, Urteil vom 28. Juni 2016 – VI ZR 536/15 Rn. 25, NJW 2017, 250 m.w.N.). Fehlt es an der billigenden Inkaufnahme, ist bereits der objektive Tatbestand der Sittenwidrigkeit nicht erfüllt. Dabei trägt die Darlegungs- und Beweislast für diese

Voraussetzung nach allgemeinen Grundsätzen der Kläger als Anspruchsteller (vgl. BGH, Urteil vom BGH, Beschluss vom 19. Januar 2021, a.a.O., Rn. 19), wobei die Anforderungen an den Tatsachenvortrag des Klägers zum Vorhandensein einer Abschaltvorrichtung nicht überspannt werden dürfen (BGH, Urteil vom 26. Juni 2023 – VIa ZR 335/21, juris Rn. 53).

(2) Nach diesen Maßstäben lässt sich in Bezug auf die Verwendung einer temperaturabhängigen Steuerung der Abgasrückführungsrate ein sittenwidriges Verhalten der für die Beklagte handelnden Personen nicht feststellen. Anhaltspunkte, anhand derer darauf geschlossen werden könnte, dass diese Personen bei der Entwicklung und/oder Verwendung der temperaturabhängigen Steuerung der Abgasrückführungsrate in dem Bewusstsein gehandelt hätten, eine unzulässige Abschaltvorrichtung zu verwenden, und den darin liegenden Gesetzesverstoß billigend in Kauf genommen hätten, hat der insoweit darlegungs- und beweisbelastete Kläger weder hinreichend vorgetragen noch unter Beweis gestellt.

Aus dem Vortrag des Klägers lässt sich bereits nicht schließen, dass auf Seiten der Beklagten ein Verstoß gegen die Regelung des Art. 5 Abs. 2 Satz 1 der Verordnung (EG) Nr. 715/2007 erkannt und für möglich gehalten worden wäre.

Den für die Beklagte handelnden Personen musste sich bei der Entwicklung oder Verwendung der temperaturabhängigen Steuerung der Abgasrückführungsrate nicht aufdrängen, dass es sich hierbei um eine unzulässige Abschaltvorrichtung handeln könnte. Denn der Ausnahmetatbestand des Art. 5 Abs. 2 Satz 2 lit. a) der Verordnung (EG) Nr. 715/2007 ließ sich jedenfalls auch dahingehend auslegen, dass es sich bei der zur Rechtfertigung der temperaturabhängigen Steuerung der Abgasrückführungsrate angeführten Belagsbildung im Abgasrückführungs-System (AGR-System) um eine Beschädigung des Motors handelt und deren Vermeidung zum sicheren Betrieb des Fahrzeugs erforderlich ist. Im Übrigen ist auch weder vorgetragen noch sonst ersichtlich, dass bereits in dem Zeitpunkt der Entwicklung oder Verwendung des Thermofensters eine gegenteilige Auffassung in der Rechtsprechung oder der Literatur vertreten worden wäre.

Auch aus der Rechtsprechung des Gerichtshofs der Europäischen Union lässt sich nichts Gegenteiliges herleiten. Zwar lässt sich der Einsatz einer Abschaltvorrichtung danach nicht gemäß Art. 5 Abs. 2 lit. a der Verordnung (EG) Nr. 715/2007 rechtfertigen, soweit diese 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 wäre (vgl. EuGH, Urteil vom 21. März 2023 – C-100/21, juris Rn. 65; EuGH, Urteil

vom 14. Juli 2022 – C-128/20, juris Rn. 63 ff.). Hierbei ist aber zu berücksichtigen, dass der Gerichtshof der Europäischen Union dieses Ausschlusskriterium erstmals in der erst nach dem Fahrzeugwerb durch den Kläger ergangenen Entscheidung vom 14. Juli 2022 formuliert hat und dass sich dieses Kriterium nicht unmittelbar aus dem Wortlaut des Art. 5 Abs. 2 der Verordnung (EG) Nr. 715/2007 ergab. Es kann nach alledem nicht von einem evidenten Gesetzesverstoß ausgegangen werden, soweit Fahrzeughersteller zuvor bei der Ausgestaltung ihres Emissionskontrollsystems dieses Kriterium (noch) nicht (hinreichend) berücksichtigt haben.

Die Annahme, dass sich die temperaturabhängige Steuerung der Abgasrückführungsrate gemäß Art. 5 Abs. 2 Satz 2 lit. a) der Verordnung (EG) Nr. 715/2007 grundsätzlich rechtfertigen lässt, stellt(e) sich mit Blick auf den Wortlaut der Regelung jedenfalls nicht als evident unzutreffend dar.

(3) Die unterbliebene Offenlegung der genauen Wirkungsweise des Thermofensters gegenüber dem KBA bietet – entgegen der Ansicht des Klägers – keine Anhaltspunkte dafür, dass für die Beklagte tätige Personen in dem Bewusstsein handelten, eine unzulässige Abschalteneinrichtung zu verwenden. Selbst wenn die Beklagte im Typgenehmigungsverfahren – erforderliche – Angaben zu den Einzelheiten der temperaturabhängigen Steuerung unterlassen haben sollte, wäre die Typgenehmigungsbehörde nach dem Amtsermittlungsgrundsatz gemäß § 24 Abs. 1 Satz 1 und 2 VwVfG gehalten gewesen, diese zu erfragen, um sich in die Lage zu versetzen, die Zulässigkeit der Abschalteneinrichtung im streitgegenständlichen Fahrzeug zu prüfen. Anhaltspunkte für wissentlich unterbliebene oder unrichtige Angaben der Beklagten im Typgenehmigungsverfahren, die noch dazu auf ein heimliches und manipulatives Vorgehen oder eine Überlistung des KBA und damit auf einen bewussten Gesetzesverstoß hindeuten würden, sind nach alledem nicht zu erkennen (BGH, Beschluss vom 15. September 2021 – VII ZR 101/21, juris Rn. 20).

bb) (1) Ebenfalls gelingt es dem Kläger nicht, einen Schädigungsvorsatz der Beklagten bezüglich der KSR darzulegen. Damit eine unzulässige Abschalteneinrichtung eine Haftung wegen sittenwidriger vorsätzlicher Schädigung gemäß §§ 826, 31 BGB auslösen kann, müssen nach gefestigter Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs weitere Umstände hinzutreten, die das Verhalten des Fahrzeugherstellers als besonders verwerflich erscheinen lassen (BGH, Urteil vom 6. November 2023 – VIa ZR 535/21, juris Rn. 10 m.w.N.).

Einen solchen Umstand kann es darstellen, dass die unzulässige Abschalteneinrichtung danach unterscheidet, ob das Kraftfahrzeug auf einem Prüfstand dem Neuen Europäischen Fahrzyklus

unterzogen wird oder ob es sich im normalen Fahrbetrieb befindet. Bei der Prüfstandbezogenheit handelt es sich um eines der wesentlichen Merkmale, nach denen eine unzulässige Abschaltvorrichtung die Anforderungen an eine sittenwidrige vorsätzliche Schädigung im Sinne des § 826 BGB erfüllt. Die Tatsache, dass eine Software ausschließlich im Prüfstand die Abgasreinigung verstärkt aktiviert, indiziert eine objektiv sittenwidrige arglistige Täuschung der Typgenehmigungsbehörde (BGH, Urteil vom 20. Juli 2023 – III ZR 303/20, juris Rn. 12). Die Indizwirkung entfällt allerdings, sofern die unzulässige Abschaltvorrichtung nicht grenzwertkausal ist. Im Fall der fehlenden Grenzwertkausalität bestehen keine Anhaltspunkte für eine Täuschung der Genehmigungsbehörde mit dem Ziel, die EG-Typgenehmigung zu erhalten (BGH, Urteil vom 6. November 2023 – VIa ZR 535/21, juris Rn. 11).

Sofern die verwendete Abschaltvorrichtung nicht grenzwertkausal ist oder auf dem Prüfstand und im normalen Fahrbetrieb im Grundsatz in gleicher Weise funktioniert, kommt eine Haftung nach §§ 826, 31 BGB nur in Betracht, wenn die konkrete Ausgestaltung der Abschaltvorrichtung angesichts der sonstigen Umstände die Annahme eines heimlichen und manipulativen Vorgehens oder einer Überlistung der Typgenehmigungsbehörde rechtfertigen kann. Fehlt es daran, ist bereits der objektive Tatbestand der Sittenwidrigkeit nicht erfüllt (BGH, Urteil vom 6. November 2023, juris Rn. 12).

(2) Gemessen hieran scheidet der Vorwurf der Sittenwidrigkeit.

(a) Zunächst ist bei der KSR unter den für den Prüfzyklus maßgebenden Bedingungen die Abgasrückführung auch im Straßenbetrieb in gleicher Weise aktiviert. Wirkt sich die KSR, wenn auch nur innerhalb eines kurzen Zeitraums im Realbetrieb dahin aus, dass die Abgasreinigung mit voller Wirkung erfolgt, fehlt es an einer Prüfstandsbezogenheit bzw. einer Prüfstandserkennung (vgl. BGH, Beschluss vom 29. September 2021 – VII ZR 126/21, juris Rn. 17).

Insoweit ist nicht ersichtlich, dass die für die Beklagte handelnden Personen bei der Entwicklung der KSR in dem Bewusstsein handelten, eine unzulässige Abschaltvorrichtung zu verwenden, und den darin liegenden Gesetzesverstoß billigend in Kauf nahmen. Die Auffassung von der Zulässigkeit der Ausgestaltung der KSR war sowohl im Zeitpunkt der Typgenehmigung als auch des Erwerbs des streitgegenständlichen Fahrzeugs durch den Kläger jedenfalls vertretbar (vgl. OLG Stuttgart, Urteil vom 15. Oktober 2021 – 23 U 506/21, juris Rn. 45), was schon daraus folgt, dass diese Funktion in vielen Fällen nicht Gegenstand einer Beanstandung durch das KBA war

(vgl. OLG München, Urteil vom 27. Oktober 2021 – 20 U 5499/19, juris Rn. 44; Schleswig-Holsteinisches Oberlandesgericht, Urteil vom 30. November 2021 – 7 U 36/21, juris Rn. 64) und dass diese Technik tatsächlich nur bei einem Teil der Fahrzeuge der Beklagten grenzwertrelevant ist, im Übrigen aber gar nicht zum Einhalten der Grenzwerte erforderlich ist (vgl. OLG Stuttgart, Urteil vom 15. Oktober 2021 – 23 U 506/21, juris Rn. 43; vgl. auch OLG Stuttgart, Urteil vom 10. Dezember 2021 – 23 U 229/21, juris Rn. 38). Insofern ist hier nicht offenkundig, dass die Annahme, bei der KSR handele es sich um eine zulässige Abschaltvorrichtung, jedenfalls zum Zeitpunkt des Inverkehrbringens des streitgegenständlichen Fahrzeugs sowie auch noch bei Erwerb durch den Kläger angesichts einer unsicheren Rechtslage keine zulässige Auslegung des Gesetzes darstellte (BGH, Beschluss vom 29. September 2021, a.a.O., Rn. 22 f.). Eine unternehmerische Entscheidung der Beklagten, durch den Einsatz einer KSR die Typgenehmigungen zu erschleichen, kann daraus also nicht abgeleitet werden (vgl. OLG Stuttgart, Urteil vom 15. Oktober 2021 – 23 U 506/21, juris Rn. 43). Eine möglicherweise fahrlässige Verkennung der Rechtslage durch die Beklagte genügte nicht für die Feststellung der besonderen Verwerflichkeit ihres Verhaltens (vgl. BGH, Beschluss vom 29. September 2021, a.a.O., Rn. 23).

(b) Auch unter Zugrundelegung der klägerischen Behauptung, dass die KSR ausschließlich auf dem Prüfstand die Abgasreinigung verstärkt aktiviere und damit eine Prüfstandserkennung sei, indiziert dies nicht eine objektiv sittenwidrige arglistige Täuschung der Typgenehmigungsbehörde (BGH, Urteil vom 6. November 2023 – VIa ZR 535/21, juris Rn. 11). Denn vorliegend entfällt die Indizwirkung, da die KSR nicht grenzwertkausal ist. Durch senatsbekannte Auskünfte des KBA hat der Senat Kenntnis darüber, dass das KBA sämtliche Motorengruppen überprüft hat, in denen die KSR aktiv genutzt wird/wurde. Im Rahmen eines Testing-Out-Verfahrens hat das KBA überprüft, ob auch ohne die KSR die gesetzlich vorgeschriebenen Grenzwerte eingehalten werden oder nicht. Nur im Falle der Nichteinhaltung der Grenzwerte wurde ein Rückruf angeordnet. Dies war für das klägerische Fahrzeug jedoch nicht - auch nicht mit Bescheid vom 13.12.2023 - der Fall.

(c) Unabhängig davon kann die Behauptung des Klägers, dass es sich bei der KSR um eine Manipulationssoftware handele, aufgrund derer die Sollwerte auf dem Prüfstand eingehalten werden könnten, nicht der Entscheidung zu Grunde gelegt werden.

Der Kläger konnte nicht substantiiert darlegen, dass zum Zeitpunkt des Abschlusses des Kaufvertrags über das streitgegenständliche Fahrzeug dieses über eine Manipulationssoftware

verfügte, aufgrund derer die Sollwerte auf dem Prüfstand eingehalten werden. Denn insoweit handelt es sich um eine nicht substantiierte Behauptung ins Blaue hinein, die prozessual nicht zu berücksichtigen ist.

Der Sachvortrag zur Begründung eines Anspruchs ist schlüssig und erheblich, wenn die Partei Tatsachen vorträgt, die in Verbindung mit einem Rechtssatz geeignet und erforderlich sind, das geltend gemachte Recht als in der Person der Partei entstanden erscheinen zu lassen (BGH, Urteile vom 11. März 2021 – VII ZR 196/18, juris Rn. 43 und vom 26. Juni 2023 – VIa ZR 335/21, NJW 2023, 2259 Rn. 53). Für die Rechtsfolge nicht näher erforderliche Einzelheiten müssen nicht dargelegt werden. Das Gericht muss jedoch in die Lage versetzt werden, aufgrund des tatsächlichen Vorbringens der Partei zu entscheiden, ob die gesetzlichen Voraussetzungen für das Bestehen des geltend gemachten Rechts vorliegen (BGH, Urteil vom 16. September 2021 – VII ZR 190/20, juris Rn. 21). Hat eine Partei keine unmittelbare Kenntnis von den ihrer Behauptung zugrundeliegenden Vorgängen, darf sie auch von ihr nur vermutete Tatsachen als Behauptungen in den Rechtsstreit einführen, wenn sie mangels entsprechender Erkenntnisquellen oder Sachkunde keine sichere Kenntnis von den Einzeltatsachen hat (BGH, Urteil vom 13. Juli 2021 – VI ZR 128/20, juris Rn. 21). Unbeachtlich ist der auf Vermutungen gestützte Sachvortrag einer Partei jedoch dann, wenn die unter Beweis gestellten Tatsachen so ungenau bezeichnet sind, dass ihre Erheblichkeit nicht beurteilt werden kann, oder wenn sie zwar in das Gewand einer bestimmt aufgestellten Behauptung gekleidet, aber aufs Geratewohl, gleichsam ins Blaue hinein aufgestellt oder aus der Luft gegriffen sind und sich deshalb als Rechtsmissbrauch darstellen (BGH, Urteil vom 16. September 2021 – VII ZR 190/20, juris Rn. 23). Eine solche Annahme von Willkür ist gleichwohl nur zurückhaltend vorzunehmen und kann in der Regel nur beim Fehlen jeglicher tatsächlichen Anhaltspunkte gerechtfertigt werden (BGH, Beschluss vom 28. Januar 2020 – VIII ZR 57/19, juris).

Dabei ist zu beachten, dass der Kläger mangels Sachkunde und Einblick in die Produktion des von der Gegenseite hergestellten und verwendeten Motors einschließlich des Systems der Abgasrückführung oder -verminderung regelmäßig keine sichere Kenntnis von Einzeltatsachen haben kann und letztlich auf Vermutungen angewiesen ist, die er nach Lage der Verhältnisse für wahrscheinlich oder möglich hält und auf ausreichend greifbare Gesichtspunkte stützen kann (siehe nur BGH, Beschluss vom 28. Januar 2020 – VIII ZR 57/19, juris Rn. 8 m.w.N.), so dass etwa – wie beim Motor EA189 – der Vortrag genügen kann, der Hersteller habe öffentlich zugegeben, der Motor weise eine illegale Abschaltvorrichtung auf, und das KBA habe eine aktuelle Überprüfung eingeleitet, weil es davon ausgehe, dass dieser Motor in das konkrete Fahrzeug

eingebaut worden sei (BGH, Urteil vom 26. April 2022 – VI ZR 435/20, juris Rn. 13). Nicht erforderlich ist indes, dass das KBA bezüglich des konkreten Fahrzeugtyps bereits eine Rückrufaktion angeordnet hätte (BGH, Urteile vom 26. April 2022 – VI ZR 435/20, a.a.O.; Beschluss vom 28. Januar 2020 – VIII ZR 57/19, juris Rn. 13). Der Kläger darf aber nicht willkürlich, aufs Geratewohl und ohne greifbare Anhaltspunkte Behauptungen zum Vorhandensein einer Abschaltvorrichtung aufstellen (BGH, Urteil vom 26. Juni 2023 – VIa ZR 335/21, NJW 2023, 2259 Rn. 53).

Ausgehend von diesen Grundsätzen bleibt die Behauptung des Klägers, in dem Fahrzeug werde eine Manipulation bezüglich der KSR verwendet, aufgrund derer die Sollwerte auf dem Prüfstand eingehalten werden könnten, unsubstantiiert. Greifbare Anhaltspunkte für die Richtigkeit dieser Behauptung liefert der Kläger nicht.

Kein greifbarer Anhaltspunkt für eine Prüfstandserkennung sind die Überschreitungen der Grenzwerte im realen Straßenbetrieb. Diese Überschreitungen sind nicht hinreichend, um von dem Verbau einer Prüfstandserkennung auszugehen. Die Testzyklen für die Emissionen der Fahrzeuge im Rahmen des für die Prüfung der Einhaltung der Werte maßgeblichen NEFZ beruhen nicht auf Bedingungen des realen Verkehrs. Dementsprechend verlangt Erwägungsgrund 15 der Verordnung (EG) Nr. 715/2007 auch eine Prüfung, ob der NEFZ angepasst oder ersetzt werden muss, „um zu gewährleisten, dass die bei der Typgenehmigungsprüfung gemessenen Emissionen denen im praktischen Fahrbetrieb entsprechen“. Aufgrund dessen weisen Fahrzeuge häufig im realen Fahrbetrieb höhere Emissionen auf als im NEFZ. Infolgedessen führen die erzielten Werte zwar zu einer relativen Vergleichbarkeit unter den verschiedenen Fahrzeugmodellen, entsprechen aber nicht dem realen Ausstoß im Straßenverkehr. Dementsprechend weist eine Überschreitung der Abgasgrenzwerte im realen Fahrbetrieb als solche nicht einmal auf eine unzulässige Abschaltvorrichtung hin (BGH, Beschluss vom 15. September 2021 – VII ZR 2/21, juris Rn. 30).

Nach damaliger Rechtslage waren allein die Stickoxidemissionen unter Prüfstandsbedingungen zur Erlangung der Typgenehmigung maßgeblich (BGH, Urteil vom 13. Juli 2021 – VI ZR 128/20, juris Rn. 23). Denn für die Erlangung der Typgenehmigung für das streitgegenständliche Fahrzeug war allein die Einhaltung der Verbrauchs- und Grenzwerte im Rahmen des NEFZ maßgeblich, da die „Real Driving Emissions“ (RDE)-Grenzwerte erst seit dem 01. September 2017 für neue Fahrzeugtypen stufenweise verbindlich wurden (vgl. OLG Hamm, Urteil vom 11. Mai 2023 – 34 U 110/22, juris Rn. 38).

(3) Dass gegen einzelne Mitarbeiter der Beklagten strafrechtliche Ermittlungsverfahren geführt wurden bzw. werden, genügt nicht zur Darlegung der Voraussetzungen einer vorsätzlichen sittenwidrigen Schädigung, die der Beklagten zuzurechnen wäre. Unstreitig handelt es sich bei diesen Mitarbeitern weder um organschaftliche Vertreter noch führende Repräsentanten der Beklagten im Sinne von §§ 30, 31 BGB.

b) Da der Berufungsantrag zu Ziff. 1 keinen Erfolg hat, kann der Kläger auch nicht die Feststellung des Annahmeverzugs der Beklagten (Berufungsantrag zu Ziff. 3) und die Feststellung zur weiteren Schadensersatzpflicht dem Grunde nach (Berufungsantrag zu Ziff. 4) verlangen. Entsprechendes gilt für den insoweit geltend gemachten Zinsanspruch hinsichtlich des Berufungsantrages zu Ziff. 1.

Soweit der Kläger den Rechtsstreit wegen der von ihm abgezogenen Nutzungsvorteile teilweise einseitig für erledigt erklärt und die Klage wegen der angepassten Gesamtleistung des Fahrzeuges teilweise zurückgenommen hat, gehen seine Prozessklärungen ins Leere, da sich die Nutzungsvorteile ohnehin unter Zugrundelegung der zeitanteiligen linearen Wertminderung berechnen und die Festlegung der erwartbaren Gesamtleistung des Fahrzeuges nach § 287 ZPO dem Senat obliegt (siehe unten).

c) Dem Kläger steht der mit dem Hilfsantrag geltend gemachte Schadensersatzanspruch aus § 823 Abs. 2 BGB in Verbindung mit §§ 6 Abs. 1, 27 Abs. 1 EG-FGV, jedoch nur in Höhe von 1.882,35 € zu.

aa) Nach dem Urteil des Bundesgerichtshofs vom 26. Juni 2023 – VIa ZR 335/21 (NJW 2023, 2259 Rn. 28 ff., Rn. 32) 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.

Entgegen der Auffassung der Beklagten fehlt es nicht an den verfassungsrechtlichen Anforderungen des Art. 80 Abs. 1 GG für den Erlass der vorgenannten Verordnung. 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. BGH, Urteil vom 26. Juni 2023, a.a.O., Rn. 32).

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 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. März 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 (OLG Hamm, Urteil vom 13. September 2023 – 30 U 81/21, juris Rn. 99).

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.

bb) 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. Juni 2023, a.a.O. Rn. 34).

(1) 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 Satz 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. Juni 2023, a.a.O., Rn. 51).

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

(2) Gemessen an diesen Maßstäben handelt es sich bei der im Zeitpunkt des Erwerbs durch den Kläger implementierten temperaturgesteuerten AGR (Thermofenster) und der KSR um Abschaltvorrichtungen im Sinne von Art 3 Nr. 10, Art. 5 Abs. 2 Satz 1 VO (EG) Nr. 715/2007.

(a) Das Thermofenster stellt bereits auf Grundlage des Vortrages der Beklagten eine Abschaltvorrichtung im Sinn von Art. 3 Nr. 10, 5 Abs. 2 Satz 1 VO (EG) Nr. 715/2007 dar. Die AGR muss als Emissionskontrollsystem unter normalen Betriebsbedingungen, die beim

normalen Fahrzeugbetrieb vernünftigerweise zu erwarten sind, im Sinne von Art. 3 Nr. 10, Art. 5 Abs. 1 VO (EG) Nr. 715/2007 uneingeschränkt wirksam sein. Anderenfalls handelt es sich um eine Abschaltvorrichtung. Diese normalen Betriebsbedingungen umfassen die tatsächlichen Fahrbedingungen, wie sie im Unionsgebiet üblich sind (vgl. EuGH, Urteil vom 14. Juli 2022 – C-128/20, NJW 2022, 2605 Rn. 40), so dass zu ihnen insbesondere der Temperaturbereich gehört, der im Gebiet der Europäischen Union üblicherweise vorkommt (vgl. BGH, Urteil vom 26. Juni 2023, a.a.O., Rn. 50). Dieser reicht nach Auffassung des Senats von  $-15^{\circ}\text{C}$  bis  $+40^{\circ}\text{C}$  (so auch VG Schleswig, Urteil vom 20. Februar 2023 – 3 A 113/18, NVwZ 2023, 851 Rn. 267, 274). Da die AGR in diesem Temperaturbereich unterschiedlich aktiv ist, handelt es sich um eine Abschaltvorrichtung. Der Kläger hat in der Berufungsbegründung (dort Seite 9) vorgetragen, dass das System der Abgasrückführung bei Außentemperaturen von z.B.  $+5^{\circ}\text{C}$  oder  $-7^{\circ}\text{C}$  zurückgefahren werde. Diesem Vortrag ist die Beklagte nicht erheblich entgegengetreten, weil sie erstinstanzlich lediglich ausgeführt hat, dass das AGR-System selbst bei zweistelligen Minusgraden noch aktiv sei, ohne die konkrete Minusgradzahl zu nennen, und in der Berufungsinstanz wiederum nur vorgetragen hat, dass die Abgasrückführung bei einer Außentemperatur von unter  $+5^{\circ}\text{C}$  nicht stufenweise reduziert wird. Daher gilt der klägerische Vortrag als zugestanden, § 138 Abs. 3 ZPO. Somit funktionierte die Abgasrückführung unter Bedingungen, die im normalem Fahrbetrieb vernünftigerweise zu erwarten sind, nicht uneingeschränkt. Zudem stellt selbst nach dem Update die Ausgestaltung der temperaturabhängigen Abgasrückführung eine Abschaltvorrichtung dar. Nach dem Update wurde die Abgasrückführung bei betriebswarmem Motor unterhalb von  $-10^{\circ}\text{C}$  und oberhalb von  $52^{\circ}\text{C}$  Umgebungstemperatur schrittweise reduziert. Damit wird die Abgasrückführung - weiterhin - in einem Minustemperaturbereich reduziert, der nach Auffassung des Senats im Unionsbereich üblich ist.

(b) Auch die nach dem unstreitigen Berufungsvorbringen – ursprünglich – vorliegende KSR stellt eine Abschaltvorrichtung dar. Dem Senat ist aus diversen Verfahren bekannt, dass sie dazu führt, dass unter bestimmten Betriebsumständen die Sollwerttemperatur für das Kühlmittelthermostat von  $100^{\circ}\text{C}$  auf  $70^{\circ}\text{C}$  abgesenkt wird. Dies bewirkt eine verbesserte Emissionsreduzierung durch den längeren Warmlauf und den damit verbundenen besseren Ausgleich von Stickoxiden und Partikeln. Eine Deaktivierung der Funktion erfolgt bei Überschreiten bzw. Unterschreiten einer maximalen bzw. minimalen Außen- und Ansauglufttemperatur, Unterschreiten eines bestimmten Umgebungsdrucks, Überschreiten einer maximalen Last, einer maximalen Drehzahl, einer maximalen Motoröltemperatur und Überschreiten eines Zeitraums, der in Abhängigkeit von der Kühlmitteltemperatur bei Motorstart festgelegt wird. Die Funktion kann über jede dieser

Bedingungen deaktiviert werden, wenn die jeweilige Bedingung nicht (mehr) erfüllt ist. Eine erneute Aktivierung der Funktion im laufenden Betrieb findet nicht statt. Danach kann die KSR auch dann deaktiviert werden, wenn die fortgesetzte erhöhte Kühlung zu einer zusätzlichen Vermeidung von NOX-Emissionen führen würde.

Der Hersteller hat nach Art. 4 Abs. 2 VO (EG) Nr. 715/2007 sicherzustellen, dass die ergriffenen technischen Maßnahmen die Emissionen während der gesamten Lebensdauer des Fahrzeugs und bei normalen Nutzungsbedingungen, also auch bei betriebswarmem Motor, wirksam begrenzen (vgl. OLG Stuttgart, Urteil vom 19.10.2023 – 24 U 103/22, juris). Hierzu hat er das Fahrzeug nach Art. 5 Abs. 1 VO (EG) Nr. 715/2007 entsprechend auszurüsten (vgl. VG Schleswig, Urteil vom 20.02.2023 – 3 A 113/18, juris, Rn. 232).

Diesen Anforderungen genügt die KSR aufgrund ihres begrenzten Wirkungsbereichs nicht. Nach der Darstellung der Beklagten wird bei der KSR die AGR-Rate in Abhängigkeit von der Motortemperatur, bei der eine Korrektur bei niedrigen Motortemperaturen erfolgt, wenn die Motorstarttemperatur außerhalb einer spezifizierten Temperaturspanne liegt, gesteuert. Dem Senat ist aus diversen Verfahren weiter bekannt, dass die Solltemperatur für das Kühlmittelthermostat unter bestimmten Betriebsumständen abgesenkt wird, wodurch eine frühere Zuschaltung des großen Kühlkreislaufes bewirkt wird, die zu einer langsameren Erwärmung des Motors führt und aufgrund der so länger vorherrschenden kühleren Motortemperaturen höhere AGR-Raten ermöglicht. Da dieses durch die KSR optimierte Emissionsverhalten nur während der Warmlaufphase des Motors aufrechterhalten werden kann, aber auch Fahrten jenseits der Warmlaufphase bei normalem Fahrzeugbetrieb vernünftigerweise zu erwarten sind (Art. 3 Nr. 10 VO (EG) Nr. 715/2007), handelt es sich bei der KSR um eine Abschaltvorrichtung (vgl. OLG Stuttgart, Urteil vom 29. November 2023 – 22 U 261/21, juris Rn. 66).

(3) Sowohl das Thermofenster als auch die KSR sind unzulässig im Sinne von Art. 5 Abs. 2 Satz 1 Verordnung (EG) Nr. 715/2007. Zwar hat sich die – darlegungsbelastete (vgl. BGH, Urteil vom 26. Juni 2023, a.a.O., Rn. 53) – Beklagte auf Motorschutz berufen, was grundsätzlich die Verwendung einer Abschaltvorrichtung nach Art. 5 Abs. 2 Satz 2 Buchstabe a Verordnung (EG) Nr. 715/2007 rechtfertigen kann. Die Voraussetzungen hierfür lassen sich ihrem Vortrag jedoch nicht entnehmen.

(a) Die Beklagte trägt zum Thermofenster vor, im Fall einer Abgasrückführung bei zu niedrigen Temperaturen komme es zur Kondensation von Abgasbestandteilen, was zu verschiedenen unerwünschten Ablagerungen in den Bauteilen führe. Ein wiederholter Betrieb des Motors in diesem Zustand könne zu einer dauerhaften Schädigung des Motors oder einem plötzlichen Ausfall führen, weshalb es zum Schutz des Motors erforderlich sein könne, die Abgasrückführung abhängig von der Temperatur zu reduzieren. Umgekehrt könne die Abgasrückführung auch bei hohen Temperaturen zu einer Schädigung und einem unerwarteten Ausfall des Motors führen, der die Verkehrssicherheit gefährde. Bei hohen Außentemperaturen sinke die Dichte der Luft und damit der zur Verfügung stehende Luftsauerstoff. Bei gleicher Last des Motors stiegen mit höheren Außentemperaturen die Partikelemissionen (aufgrund weniger vollständiger Verbrennung des Kraftstoffs). Höhere Partikelemissionen führten ihrerseits dazu, dass der Partikelfilter häufiger gereinigt werden müsse (durch Abbrennen der abgelagerten Partikel). Die Folge davon sei, dass mehr Kraftstoff ins Schmieröl gelange, was dessen Eigenschaften negativ beeinflusse. Dies wiederum könne zu erhöhtem Verschleiß und auf Dauer zu Schäden des Motors führen (Steuerung, Kettenbetrieb, Lager).

Die Belagsbildung selbst oder der infolge höherer Partikelemissionen hervorgerufene Verschleiß stellen nach der verbindlichen Auslegung des Gerichtshofs der Europäischen Union keine „Beschädigung“ oder „Unfall“ im Verordnungssinne dar und vermögen für sich genommen die Verwendung eines „Thermofensters“ nicht zu rechtfertigen (vgl. OLG Celle, Urteil vom 22. November 2023 – 7 U 40/23, juris Rn. 28).

(b) Auch die KSR ist als Abschaltvorrichtung unzulässig. Zulässigkeitsgründe im Sinn von Art. 5 Abs. 2 Satz 2 VO (EG) Nr. 715/2007 sind nicht ersichtlich. Die Gefahr der Ölverdünnung, des Verlusts der Schmierfähigkeit und von Ablagerungen an den Wänden der Abgasrückführung erfüllen die Ausnahmetatbestandsvoraussetzungen des Art. 5 Abs. 2 Satz 2 lit. a Verordnung (EG) Nr. 715/2007 nicht. Auf die vorstehenden Ausführungen zum Thermofenster kann insoweit Bezug genommen werden.

(4) Hinsichtlich des Vorliegens des Thermofensters ist das von der Beklagten für erforderlich gehaltene Sachverständigengutachten nicht einzuholen. Die Frage, ob nach dem Vortrag der Parteien eine Abschaltvorrichtung vorliegt, erfordert grundsätzlich eine rechtliche Beurteilung, die Aufgabe des Gerichts und nicht des Sachverständigen ist (vgl. BGH, Beschluss vom 22. März 2022 – XI ZB 24/20, juris Rn. 44). Eines Sachverständigengutachtens bedarf es nur, wenn die technische Ausgestaltung zwischen den Parteien – wie hier nicht – streitig ist. Gleiches gilt für die

Frage, ob die vom Beklagten vorgebrachten Motorschutz- und Betriebssicherungserwägungen die Voraussetzungen des Art. 5 Abs. 2 VO (EG) 715/2007 rechtfertigen.

Aus den gleichen Gründen ist die von der Beklagten für die weiteren substantiiert vorgetragene Abschaltvorrichtungen für erforderlich gehaltene Einholung eines Sachverständigengutachtens – hier bezüglich der KSR – nicht geboten.

cc) Das Inverkehrbringen des Fahrzeugs mit zwei der Übereinstimmungsbescheinigung nicht entsprechenden Abschaltvorrichtungen i.S.d. Art. 5 Abs. 2 S. 1 VO Nr. 715/2007 ist als für dessen Erwerb durch den Käufer kausal anzusehen. Der Erwerber eines mit einer unzulässigen Abschaltvorrichtung ausgestatteten Fahrzeugs kann sich zur Frage der Erwerbskausalität bei der Inanspruchnahme des Herstellers nach § 823 Abs. 2 BGB i.V.m. §§ 6 Abs. 1, 27 Abs. 1 EG-FGV auf den Erfahrungssatz stützen, dass er den Kaufvertrag zu diesem Kaufpreis nicht geschlossen hätte (dazu BGH, Urteil vom 26.06.2023, a.a.O., Rn. 55 f.).

dd) Die Beklagte handelte auch schuldhaft. 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 Satz 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. Juni 2023, a.a.O., Rn. 36 ff.).

Fahrlässigkeit setzt unter anderem die Erkennbarkeit der Rechtswidrigkeit voraus. Ein Irrtum des Schuldners über die Rechtmäßigkeit seines Tuns schließt Fahrlässigkeit nur aus, wenn er unvermeidbar war. An die Unvermeidbarkeit sind strenge Anforderungen zu stellen (BGH, Urteil vom 27. September 1989 – IVa ZR 156/88, juris Rn. 8; BGH, Urteil vom 17. Dezember 1969 – VIII ZR 10/68, juris Rn. 9).

Der Fahrzeughersteller muss, 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 (BGH, Urteil vom 26. Juni 2023, a.a.O., Rn. 59).

Der Zeitpunkt, für den der Vorwurf einer zumindest fahrlässigen Inverkehrgabe einer unzulässigen Abschaltvorrichtung widerlegt werden muss, ist der Abschluss des Kaufvertrags über das mit einer unzulässigen Abschaltvorrichtung versehene Fahrzeug, weil auch das gesetzliche Schuldverhältnis gemäß § 823 Abs. 2 BGB in Verbindung mit § 6 Abs. 1, § 27 Abs. 1 EG-FGV erst zu diesem Zeitpunkt entsteht (BGH, Urteil vom 26. Juni 2023, a.a.O., Rn. 61).

Der Fahrzeughersteller, 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. Nur ein auch bei Anwendung der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt unvermeidbarer Verbotsirrtum kann entlastend wirken. Ein entlastend wirkender Verbotsirrtum kann vorliegen, wenn der Schädiger die Rechtslage unter Einbeziehung der höchstrichterlichen Rechtsprechung sorgfältig geprüft hat und er bei Anwendung der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt mit einer anderen Beurteilung durch die Gerichte nicht zu rechnen braucht (BGH, Urteil vom 26. Juni 2023, a.a.O., Rn. 63).

Der Fahrzeughersteller kann zu seiner Entlastung darlegen und erforderlichenfalls nachweisen, seine Rechtsauffassung von Art. 5 Abs. 2 der Verordnung (EG) Nr. 715/2007 wäre bei entsprechender Nachfrage von der für die EG-Typgenehmigung oder für anschließende Maßnahmen zuständigen Behörde bestätigt worden (hypothetische Genehmigung). Der Fahrzeughersteller muss darlegen und beweisen, dass sich sämtliche seiner verfassungsmäßig berufenen Vertreter im Sinne des § 31 BGB über die Rechtmäßigkeit der vom Käufer dargelegten und erforderlichenfalls nachgewiesenen Abschaltvorrichtung mit allen für die Prüfung nach Art. 5 Abs. 2 der Verordnung (EG) Nr. 715/2007 bedeutsamen Einzelheiten im maßgeblichen Zeitpunkt des Fahrzeugserwerbs durch den Geschädigten im Irrtum befanden oder im Falle einer Ressortaufteilung den damit verbundenen Pflichten genügten (BGH, Urteil vom 25. September 2023 – VIa ZR 1/23, juris Rn. 14). Die Verneinung des Schuldvorwurfs setzt voraus, dass die letztlich als unzutreffend erkannte Rechtsmeinung nicht nur vertretbar, sondern auch aufgrund sorgfältiger rechtlicher und tatsächlicher Prüfung gewonnen worden war (vgl. BGH, Urteil vom 21. April 2005 – III ZR 264/04, juris Rn. 19). Eine Entlastung ohne Rücksicht auf die aus den vorstehenden Erwägungen folgenden Sorgfaltspflichten, etwa mit Rücksicht auf den Umstand, dass der Verwendung von Thermofenstern ein allgemeiner Industriestandard zugrunde lag oder dass nach den Angaben des Kraftfahrtbundesamtes rechtlich von ihm so bewertete unzulässige Abschaltvorrichtungen auch nach umfangreichen Untersuchungen nicht festgestellt worden seien, kommt dagegen nach dem gesetzlichen Fahrlässigkeitsmaßstab nicht in Betracht (vgl. BGH, Urteil vom 25. September 2023 – VIa ZR 1/23, juris Rn. 14). Steht fest, dass eine

ausreichende Erkundigung des einem Verbotsirrtum unterliegenden Schädigers dessen Fehlvorstellung bestätigt hätte, scheidet eine Haftung nach § 823 Abs. 2 BGB infolge eines unvermeidbaren Verbotsirrtums auch dann aus, wenn der Schädiger eine entsprechende Erkundigung nicht eingeholt hat (BGH, Urteil vom 26. Juni 2023, a.a.O., Rn. 65).

Die Beklagte hat schon nicht ausreichend dargelegt, dass sich ihre verfassungsmäßig berufenen Vertreter im Zeitpunkt des Fahrzeugerwerbs durch den Kläger am 20.01.2014 im Irrtum befanden.

(1) Das gilt zunächst hinsichtlich des „Thermofensters“. Insoweit widerlegt die Beklagte den Fahrlässigkeitsvorwurf nicht.

Entgegen der Ansicht der Beklagten ist die Darlegung eines konkreten Irrtums weder allgemein noch bei der tatsächlichen oder hypothetischen Genehmigung entbehrlich. Diese Ansicht steht im Widerspruch zu der oben wiedergegebenen Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs zum Entfallen der Fahrlässigkeit infolge eines Rechtsirrtums im Allgemeinen und des Fahrzeugherstellers im Besonderen (vgl. BGH, Urteil vom 25. September 2023, a.a.O., Rn. 14 f.).

Die Beklagte legt aber weder dar, dass sich sämtliche ihrer verfassungsmäßig berufenen Vertreter im Sinne des § 31 BGB über die Rechtmäßigkeit des „Thermofensters“ mit allen für die Prüfung nach Art. 5 Abs. 2 der Verordnung (EG) Nr. 715/2007 bedeutsamen Einzelheiten im maßgeblichen Zeitpunkt des Kaufvertragsschlusses im Irrtum befanden, noch, dass diese den mit einer Ressortaufteilung verbundenen Pflichten genügten.

Die Beklagte macht lediglich geltend, dass nach ihrer Betriebsorganisation die Ausstellung der Übereinstimmungsbescheinigung im relevanten Zeitpunkt den Abteilungen „Vertriebsplanung PKW“ und „Fahrzeugdokumentation“ oblag und Übereinstimmungsbescheinigungen typischerweise von den Leitern dieser Abteilungen unterzeichnet wurden. Es habe im Hinblick auf das Rechtsverständnis in Ingenieurkreisen zum Verbot unzulässiger Abschaltvorrichtungen objektiv kein Anlass zu einer umfassenden Prüfung der regulatorischen Vorschriften gegeben. Die Ausstellenden hätten berechtigterweise von der Konformität des Fahrzeuges auf Bauteil- und Funktionsebene ausgehen können, weil zum damaligen Zeitpunkt und Kenntnisstand auch externe Gutachten zu keiner anderen Bewertung geführt hätten. Die Ausstellenden wären daher der berechtigten Auffassung gewesen, eine zutreffende Übereinstimmungsbescheinigung in den Verkehr zu geben, weil das Fahrzeug mit dem genehmigten Typ übereingestimmt habe. Dass die Übereinstimmungsbescheinigung eine eigenständige Aussage über die materielle

Übereinstimmung „mit allen Rechtsakten“ enthalten sollte, sei für die Ausstellenden nicht ersichtlich gewesen. Eine Überprüfung der Konformität des Fahrzeugs auf das Vorhandensein unzulässiger Abschaltvorrichtungen sei nach ihrer Auffassung nicht veranlasst gewesen.

Dieses ist nicht ausreichend. Vielmehr hätte dargelegt werden müssen, dass sich sämtliche verfassungsmäßigen Vertreter im Sinne des § 31 BGB über die Rechtmäßigkeit des Thermofensters mit allen für die Prüfung nach Art. 5 Abs. 2 der Verordnung (EG) Nr. 715/2007 im maßgeblichen Zeitpunkt des Kaufvertragsabschlusses im Irrtum befanden (vgl. BGH, Urteil vom 25. September 2023 – VIa ZR 1/23, juris Rn. 14 f.). Da es bereits an der Darlegung eines Verbotsirrtums fehlt, kommt es nicht darauf an, ob sich die Beklagte auf eine Unvermeidbarkeit eines solchen Irrtums berufen könnte.

(2) Hinsichtlich der KSR kann auf die vorstehenden Ausführungen verwiesen werden. Auch insoweit ist die Beklagte den Darlegungsanforderungen bezüglich des Irrtums ihrer verfassungsmäßigen Vertreter nicht nachgekommen.

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. Juni 2023, a.a.O., Rn. 11 ff.).

ff) Aufgrund des Einsatzes zweier unzulässiger Abschaltvorrichtungen – Thermofenster und KSR – im streitbefangenen Fahrzeug ist dem Kläger ein sog. (Differenz-)Schaden entstanden.

(1) Der Differenzschaden ist gemäß der 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 (BGH, Urteil vom 26. Juni 2023, a.a.O., Rn. 40). 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 Abschalteneinrichtung verbundenen Risiken zu teuer erworben hat.

Der Kläger hat ein Fahrzeug erworben, das dem Gebrauch als Fortbewegungsmittel im Straßenverkehr dient. Da ihm mit den unzulässigen Abschalteneinrichtungen prinzipiell Maßnahmen bis hin zu einer Betriebsbeschränkung oder -untersagung durch die Zulassungsbehörde gemäß § 5 Abs. 1 FZV drohen (vgl. BGH, Urteil vom 25. Mai 2020 – VI ZR 252/19, BGHZ 225, 316 Rn. 19 ff.), 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. Juni 2023, a.a.O., Rn. 40 f.).

Das begründete Risiko einer Betriebsbeschränkung des streitbefangenen Fahrzeugs stellt nicht lediglich eine völlig abstrakte, 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 Abschalteneinrichtung 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, Urteil vom 26. Juni 2023, a.a.O., Rn. 42).

(2) Den Schaden des Klägers bemisst der Senat im Wege der Schätzung i.S.v. § 287 Abs. 1 ZPO im vorliegenden Fall mit 3.226,89 €. Dem liegen folgende Erwägungen zugrunde:

Der Senat schätzt den Minderwert betreffend das streitgegenständliche Fahrzeug auf 12 % des Netto-Kaufpreises. Hierbei legt er die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs zugrunde, wonach 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 kann. 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 Rechtsverstoßes 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 vom 26. Juni 2023, a.a.O., Rn. 75 ff.).

Ein an der unionsrechtlichen Effektivität des zu gewährenden Schutzes einerseits und einer am Grundsatz der Verhältnismäßigkeit andererseits sich orientierender Schätzungsrahmen begegnet – wie vom Bundesgerichtshof ausgeführt – keinen Bedenken. Die dagegen erhobenen Bedenken der Beklagten greifen nicht durch. Im Übrigen beruht die Bemessung des Schadens des Klägers in der Sache aber auch auf der ohnehin im Rahmen des § 287 Abs. 1 Satz 1 ZPO gebotenen Betrachtung der konkreten Umstände des Einzelfalls (vgl. OLG Hamm, Urteil vom 13. September 2023 – 30 U 81/21, Rn. 139).

Gemessen daran ist der dem Kläger entstandene Schaden im Ausgangspunkt auf 12 % des von ihm gezahlten Netto-Kaufpreises (26.890,76 € unter Abzug der 100,84 € (Sowieso-)Zulassungskosten), also 3.226,89 €, zu bestimmen.

Zunächst ist zu berücksichtigen, dass die Beklagte zwei unzulässige Abschaltvorrichtungen verwendet hat, nämlich das Thermofenster und die KSR. Damit bestand grundsätzlich von Anfang an und damit schon im Zeitpunkt des Vertragsschlusses zumindest ein prinzipielles Risiko, dass die Zulassungsbehörde wegen der unzulässigen Abschaltvorrichtungen 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 Satz 2 FZV) entsprach. Dass das Risiko nicht nur unerheblich war, sondern einen Ansatz eines Differenzschadens in der Mitte des vorgegebenen Rahmens rechtfertigt, folgt daraus, dass letztlich tatsächlich die Programmierung des Thermofensters und der KSR in ihrer konkreten Ausgestaltung auch vom KBA beanstandet wurde.

Der Schaden wird allerdings in einem gewissen Maße durch das am 10.05.2023 durchgeführte Update minimiert. 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 vom 26. Juni 2023, a.a.O., Rn. 80).

Hinsichtlich des Thermofensters hat die Beklagte vorgetragen, dass bei betriebswarmem Motor die Abgasrückführung nach Aufspielen des Software-Update erst unterhalb einer Umgebungstemperatur von -10 °C und oberhalb von Umgebungstemperaturen von 52°C schrittweise reduziert werde. Durch das Update ist die KSR – unstrittig – beseitigt worden, so dass insoweit kein Risiko der Betriebsuntersagung mehr besteht. Der Schaden wird dadurch jedoch nicht vollständig kompensiert. Denn der Markt wird Fahrzeugen, die einem Rückruf unterlagen, auch nach dem Update ein gewisses restliches Misstrauen entgegenbringen (vgl. Schleswig-Holsteinisches Oberlandesgericht, Urteil vom 8. Dezember 2023 – 1 U 105/20, juris Rn. 122). Zudem besteht aufgrund der vorgenannten Ausgestaltung der thermischen Abgasrückführung weiterhin das Risiko einer Betriebsbeschränkung, da auch nach dem Update die Abgasrückführung in einem Minusgradtemperaturbereich reduziert wird, die im Unionsbereich üblich ist. Das entfallene Risiko einer KSR-bedingten Betriebsuntersagung rechtfertigt aber eine Reduzierung des Schadens um 5 %, mithin von 12 % auf 7 % und damit auf 1.882,35 €.

Der Anspruch des Klägers ist auch im Übrigen nicht aufgezehrt.

Die in der höchstrichterlichen Rechtsprechung zu § 826 BGB entwickelten Maßstäbe zum „kleinen“ Schadensersatz gelten für diesen Anspruch sinngemäß (BGH, Urteil vom 26. Juni 2023, a.a.O., Rn. 80). Die Vorteilsausgleichung kann der Gewährung eines Schadensersatzes aus § 823 Abs. 2 BGB entgegenstehen, wenn der Differenzschaden vollständig ausgeglichen ist (vgl. BGH, Urteil vom 26. Juni 2023, a.a.O., Rn. 80).

Im Rahmen der Vorteilsausgleichung muss sich der Geschädigte die Vorteile anrechnen lassen, die in einem inneren Zusammenhang mit dem schädigenden Ereignis stehen (BGH, Urteil vom 24. Januar 2022 – VIa ZR 100/21, NJW-RR 2022, 1033 Rn. 16). Allerdings sind Nutzungsvorteile und der Restwert des Fahrzeugs auf den Anspruch auf kleinen Schadensersatz erst dann und nur insoweit schadensmindernd anzurechnen, als sie den tatsächlichen Wert des Fahrzeugs bei Abschluss des Kaufvertrags übersteigen (BGH, a.a.O. Rn. 20). Damit kommt es erst zu einer

Anrechnung der Nutzungsvorteile, wenn sie den tatsächlichen Wert des PKWs zum Zeitpunkt des Kaufs übersteigen. Dies ist vorliegend nicht der Fall.

Zunächst hat der Kläger durch die Nutzung des Fahrzeugs einen Vorteil gehabt. Die Berechnung des Nutzungsvorteils erfolgt nach der Formel: „Nutzungsvorteil gleich Bruttokaufpreis multipliziert mit der seit Erwerb gefahrenen Strecke geteilt durch die erwartete Restlaufleistung im Erwerbszeitpunkt“ (BGH, a.a.O. Rn. 24). Daraus ergibt sich unter Berücksichtigung der erwartbaren Gesamtleistung von 300.000 km (§ 287 ZPO) und dem mitgeteilten Kilometerstand am 24.04.2024 (118.295 km) folgende Berechnung des Nutzungsvorteils:

Kaufpreis (netto, abzgl. 100,84 €): 26.890,76 €

Km-Stand z.Zt. des Kaufs: 49.684

Aktueller Km-Stand: 118.307

ergibt:

Restlaufleistung z.Zt. des Kaufs (Gesamtleistung 300.000 km): 250.316

gefahrte km: 68.623

Nutzungsvorteil (km): 7.371,98 €

Auch unter Zugrundelegung des von der Beklagten behaupteten Restwerts von 13.865,55 € übersteigt die Summe aus Nutzungsvorteil und Restwert (= 21.237,53 €) den tatsächlichen Wert des Fahrzeuges zum Zeitpunkt des Erwerbs selbst bei Abzug von 15 % (= 22.857,14 €) nicht.

gg) Soweit sich die Beklagte auf die Einrede der Verjährung beruft, greift dies nicht durch. Weder das Thermofenster noch die KSR waren zum Zeitpunkt des Erwerbs des streitgegenständlichen Fahrzeugs durch den Kläger am 20.01.2014 Gegenstand von Diskussionen über etwaige Abschaltvorrichtungen.

d) Der Zinsanspruch ergibt sich aus §§ 288 Abs. 1, 291 BGB. Da sich der Streitgegenstand beim Übergang vom großen Schadensersatz zum Differenzschaden bei unverändertem

Lebenssachverhalt nicht ändert (vgl. BGH, Urteil vom 26. Juni 2023, a.a.O., Rn. 45), kann der Kläger Rechtshängigkeitszinsen aus dem in der Hauptsache zugesprochenen Betrag, der den mit der Klageerhebung geltend gemachten Betrag nicht übersteigt, ab dem auf die Zustellung der Klage folgenden Tag – hier dem 29.01.2021 – und nicht erst ab dem auf die Zustellung des Schriftsatzes mit dem geänderten Klageantrag folgenden Tag beanspruchen (vgl. OLG Karlsruhe, Urteil vom 3. November 2023 – 8 U 104/21, juris Rn. 79).

e) Der mit dem Berufungsantrag zu Ziff. 2 geltend gemachte Anspruch auf Freistellung von außergerichtlichen Rechtsanwaltskosten steht dem Kläger nicht zu, weil ihm, wie oben ausgeführt, kein Schadensersatzanspruch gemäß § 826 BGB gegen die Beklagte zusteht. § 823 Abs. 2 BGB in Verbindung mit §§ 6 Abs. 1, 27 Abs. 1 EG-FGV gewähren dem Käufer eines vom sogenannten Dieselskandal betroffenen Fahrzeugs gegen den Fahrzeughersteller neben dem der Höhe nach auf 5-15 % des gezahlten Kaufpreises begrenzten Anspruch auf Ersatz des Differenzschadens keinen Anspruch auf Erstattung vorgerichtlicher Rechtsanwaltskosten (BGH, Urteil vom 16. Oktober 2023 – VIa ZR 14/22, juris Rn. 13). Die Voraussetzungen eines Anspruchs aus §§ 280 Abs. 1 und 2, 286 Abs. 1 BGB sind nicht ersichtlich.

f) Die von der Beklagten beantragte Aussetzung des Rechtsstreits nach § 148 Abs. 1 ZPO bis zu einer Entscheidung des KBA über ihren Widerspruch gegen den – an die AGR geknüpften – Bescheid vom 13.12.2023, von dem das hier gegenständliche Fahrzeug nach dem Vorbringen der Beklagten nach dem bereits durchgeführten Software-Update ohnehin nicht (mehr) betroffen ist, kommt mangels Voreingrifflichkeit nicht in Betracht.

3. Die prozessualen Nebenentscheidungen beruhen auf §§ 92 Abs. 1, 708 Nr. 10, 711, 713 ZPO.

4. Die Streitwertfestsetzung folgt aus §§ 45 Abs. 1 Satz 3, 47, 48 GKG. Wenn der Käufer eines vom Dieselskandal betroffenen Fahrzeugs aufgrund eines deliktischen Schadensersatzanspruchs vom Hersteller die Zahlung des Kaufpreises abzüglich einer Nutzungsentschädigung für gefahrene Kilometer Zug-um-Zug gegen Rückgabe und Übereignung des Fahrzeugs begehrt, ist für die Berechnung des Streitwerts die Nutzungsentschädigung von der in Höhe des Kaufpreises bemessenen Zahlungsforderung in Abzug zu bringen (siehe BGH, Beschluss vom 23.02.2021 - VI ZR 1191/20, juris Rn. 6). Der Wert des Berufungsantrages zu Ziff. 1 beträgt daher 20.723,10 € (Netto-Kaufpreis 26.890,76 € - 6.167,65 € Nutzungsentschädigung nach der klägerischen Berechnungsmethode). Der Berufungsantrag zu Ziff. 2 ist nicht streitwerterhöhend zu berücksichtigen, da mit ihm eine Nebenforderung (§ 4 Hs. 2 ZPO) geltend gemacht wurde. Der Berufungsantrag zu Ziff. 3 hat keinen eigenen wirtschaftlichen

Wert (vgl. Zöller/Herget, ZPO, 35. Auflage 2024, § 3 Rn. 16.15). Den Wert des Berufungsantrages zu Ziff. 4 schätzt der Senat auf bis zu 1.000,00 €, da er lediglich auf die Feststellung des Ersatzpflicht für zukünftige Schäden wegen einer unzulässigen Abschalt einrichtung gerichtet gewesen ist. Zuletzt wirkt sich der auf Zahlung des Differenzschadenersatzes gerichtete Hilfsantrag nicht werterhöhend aus, weil es sich dabei um denselben Gegenstand handelt, der mit dem Hauptantrag geltend gemacht wurde (§ 45 Abs. 1 Satz 3 GKG). Der Streitwert beträgt mithin 21.723,10 €.

Eidam  
Vorsitzende Richterin  
am Oberlandesgericht

Dilling  
Richterin  
am Oberlandesgericht

Jähne  
Richter  
am Landgericht