OLG Bamberg, Hinweisbeschluss v. 24.10.2023 – 3 U 18/23

Titel:

Unvermeidbarer Verbotsirrtum hinsichtlich unzulässiger Abschalteinrichtungen in Software-Update für Motor EA 189 (hier: VW Caddy 2.0 TDI)

Normenketten:

BGB § 31, § 823 Abs. 2, § 826
EG-FGV § 6 Abs. 1, § 27 Abs. 1
Fahrzeugemissionen-VO Art. 5 Abs. 2
ZPO § 522 Abs. 2

Leitsätze:

1. Zu seiner Entlastung kann der Fahrzeughersteller neben weiteren Möglichkeiten 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). (Rn. 22) (redaktioneller Leitsatz)
2. Der Herstellerin ist kein Fahrlässigkeitsvorwurf zu machen, wenn eine – über die Freigabe des Updates hinausgehende, explizite – Nachfrage beim KBA zu dem Fahrzeug zu einer Genehmigung des Thermofensters geführt hätte, da dann die Voraussetzungen eines unvermeidbaren Verbotsirrtums vorliegen. (Rn. 33) (redaktioneller Leitsatz)
3. Bei einer im Rahmen eines Updates applizierten Abschalteinrichtung kommt es auf die Sachlage beim Aufspielen des Updates an, so dass spätere Änderungen oder abweichende Auffassungen keine Rolle spielen. (Rn. 34) (redaktioneller Leitsatz)

Schlagworte:

Diesel-Abgasskandal, EA 189, Nachkauf, Software-Update, unzulässige Abschalteinrichtung, Thermofenster, unvermeidbarer Verbotsirrtum, hypothetische Genehmigung, OBD

Vorinstanz:

LG Aschaffenburg, Urteil vom 19.01.2023 – 13 O 143/22

Tenor

1. Der Senat beabsichtigt, die Berufung gegen das Urteil des Landgerichts Aschaffenburg vom 19.01.2023, Az. 13 O 143/22, gemäß § 522 Abs. 2 ZPO zurückzuweisen sowie den Streitwert für das Berufungsverfahren auf 14.779,56 € festzusetzen.

2. Hierzu besteht Gelegenheit zur Stellungnahme bis längstens 14.11.2023

Entscheidungsgründe

I.

1
Die Klagepartei nimmt die Beklagte auf Schadensersatz wegen der Verwendung unzulässiger Abschalteinrichtungen für die Abgasreinigung in Anspruch.

2
1. Die Klagepartei erwarb nach der Rechnung vom 25.04.2018 von einem am Rechtsstreit nicht beteiligten Dritten ein Fahrzeug VW Caddy 2.0 TDI zu einem Kaufpreis von 15.755,00 € als Gebrauchtfahrzeug (Bl. 3 d.A., Anlage K 1). Bei Übergabe betrug die Laufleistung des Fahrzeugs 90.900 km (Bl. 3, 78 d.A.), am 09.06.2022 102.500 km (Bl. 65 d.A.), am 25.10.2022 103.807 km (Bl. 475 f. d.A.) sowie am 14.12.2022 unstreitig 103.846 km (Bl. 536 f. d.A.). Das Fahrzeug ist mit einem Dieselmotor des Typs EA 189 ausgestattet, der in die Emissionsklasse Euro 5 eingestuft wurde (Bl. 3 d.A., Anlage K 1). Das Fahrzeug war von einem Rückruf durch das Kraftfahrtbundesamt (KBA) betroffen. Das entsprechende, vom KBA freigegebene Software-Update unter ausdrücklicher Bestätigung, dass nach Durchführung des Software-

Updates keine unzulässige Abschalteinrichtung vorliege (Bl. 291 d.A.), wurde vor dem Erwerb des Fahrzeugs durch die Klagepartei aufgespielt.

3
2. Die Klagepartei hat in erster Instanz vorgetragen, in dem von ihr erworbenen Fahrzeug käme mit Wissen und Wollen des Vorstands der Beklagten auch nach Durchführung des Software-Updates unzulässige Abschalteinrichtungen (sog. Thermofenster; Manipulation des On-Board-Diagnosesystems (OBD)) zum Einsatz. Sie vertritt daher die Auffassung, die Beklagte habe sie im Wege des Schadensersatzes so zu stellen, als habe sie den Kaufvertrag für das Fahrzeug nicht abgeschlossen.

4
Wegen des Sach- und Streitstands in erster Instanz im Übrigen wird Bezug genommen auf die Feststellungen im angegriffenen Ersturteil (§ 522 Abs. 2 Satz 4 ZPO).

5
3. Das Landgericht hat die auf Rückabwicklung Zug um Zug zuletzt gegen Zahlung von 14.779,56 € (Bl. 539 d.A.), auf Feststellung sowie auf Freistellung von außergerichtlich entstandenen Rechtsanwaltskosten gerichtete Klage mit Endurteil vom 19.01.2023 abgewiesen. Zur Begründung hat es ausgeführt, die Klagepartei habe gegen die Beklagte keine Schadensersatzansprüche, da sie das streitgegenständliche Fahrzeug erst nach Bekanntwerden des sogenannten Abgasskandals im Zusammenhang mit dem betroffenen Motor EA 189 erworben habe. Aufgrund einer Verhaltensänderung der Beklagten sehe der Bundesgerichtshof das Merkmal der Sittenwidrigkeit ab Herbst 2015 nicht mehr als erfüllt an. Nach dessen Rechtsprechung setze sich eine Sittenwidrigkeit des Verhaltens der Beklagten auch nicht durch das Inverkehrbringen des vom KBA genehmigten Software-Updates fort. Selbst wenn es sich insoweit um eine unzulässige Abschalteinrichtung handeln sollte, stehe damit noch nicht fest, dass dies bewusst und in Täuschungsabsicht erfolgt sei. Auch unter Berücksichtigung der Freigabe durch das KBA könne bewusst rechtswidriges Verhalten der Beklagten nicht zugrunde gelegt werden, jedenfalls sei ein solches nicht bewiesen. Die europarechtlichen Normen des Typengenehmigungsrechts stellten nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs keine Schutzgesetze im Sinne des § 823 Abs. 2 BGB dar.

6
4. Gegen das vorgenannte Endurteil wendet sich die Berufung der Klagepartei, mit der sie unter Wiederholung und teilweiser Vertiefung ihres erstinstanzlichen Vorbringens ihre erstinstanzlich gestellten Sachanträge unverändert weiterverfolgt.

7
Die Klagepartei trägt vor, der Europäische Gerichtshof habe mittlerweile entschieden, dass die entsprechenden europarechtlichen Vorschriften drittschützend seien. Vorsätzliches Handeln der Beklagten sei nicht mehr erforderlich, es reiche vielmehr das Vorliegen einfacher Fahrlässigkeit aus (Berufungsbegründung, dort Seiten 3 ff.). Gerade weil ein potentieller Käufer wegen des Software-Updates nicht mehr mit einer Betriebsuntersagung rechne, sei für diesen umso überraschender, dass tatsächlich eine zweite unzulässige Abschalteinrichtung installiert worden sei, aufgrund der eine Betriebsuntersagung drohe (Berufungsbegründung, dort Seite 7). Das im Rahmen des Software-Updates aufgespielte Thermofenster – lediglich bei Außentemperaturen zwischen 10 Grad und 31 Grad Celsius aktiv (Berufungsbegründung, dort Seite 22) – stelle eine unzulässige Abschalteinrichtung dar (Berufungsbegründung, dort Seiten 7 ff., 35 ff.), welches eine neue vorsätzlich sittenwidrige Schädigung durch die Beklagte darstelle (Berufungsbegründung, dort Seite 21, Seiten 43 ff.). Die Beklagte sei auch keinem unvermeidbaren Verbotsirrtum unterlegen (Berufungsbegründung, dort Seiten 11 ff.). Die erheblichen rechtlichen Bedenken seien in der Rechtsabteilung der Beklagten bekannt gewesen; die Beklagte habe sich bewusst dafür entschieden, gegen gesetzliche Normen zu verstoßen (Berufungsbegründung, dort Seiten 50 ff.). Die fehlende Beanstandung durch das KBA beruhe nicht darauf, dass dieses die Funktion für rechtmäßig erachtet habe, es habe allein die Unzulässigkeit nicht beweisen können. Das KBA habe sich entschieden, das Thermofenster nicht zu beanstanden. Dies entspreche auch der bereits geschilderten Verwaltungspraxis des KBA (Berufungsbegründung, dort Seite 12). Die Auffassung des KBA, welches nicht selbst geprüft, sondern abgenickt habe, sei mit der Beschreibung „sprunghaft“ noch untertrieben (Berufungsbegründung, dort Seiten 13 ff.). Weder die Beklagte noch das KBA hätten etwas von der evidenten Rechtswidrigkeit des Thermofensters wissen wollen und hätten kollusiv zusammengewirkt, obwohl beide von der Rechtswidrigkeit gewusst hätten (Berufungsbegründung,

dort Seite 20). Dies ergebe sich aus einer Ausarbeitung des wissenschaftlichen Dienstes des Deutschen Bundestages aus dem Jahr 2016 (Berufungsbegründung, dort Seiten 45 ff.). Der verbindliche Rückruf des VW Eos zeige, dass mit dem Update etwas nicht in Ordnung sein könne (Berufungsbegründung, dort Seite 23). Mit diesem seien eklatante Verschlechterungen hinsichtlich Kraftstoffverbrauch, CO□-Emissionen, Motorleistung, Drehmoment sowie Geräuschemissionen des Fahrzeugs verbunden (Berufungsbegründung, dort Seite 28). Das Abgasrückführungsventil, das Abgasrückführungskühlsystem und der Dieselpartikelfilter unterlägen einem höheren Verschleiß (Berufungsbegründung, dort Seiten 30 ff.). Auch sei das On-Board-Diagnosesystem (OBD) manipuliert worden (Berufungsbegründung, dort Seiten 37 ff.).

8
Wegen des Vorbringens der Klagepartei im Berufungsverfahren im Übrigen wird auf die Berufungsbegründung vom 24.04.2023 nebst Anlagen Bezug genommen.

9
Die Klagepartei beantragt im Berufungsverfahren, unter Abänderung des Urteils des Landgerichts wie folgt zu erkennen:

1.) Die Beklagte wird verurteilt, an die Klägerschaft € 14.779,56 (Kaufpreis abzüglich der Nutzungsentschädigung mit Kilometerstand zum Zeitpunkt der mündlichen Verhandlung erster Instanz) abzüglich einer weiter zu berechnenden vom Gericht auf Basis einer Gesamtlaufleistung von zumindest 300.000 km zu schätzenden Nutzungsentschädigung für die Nutzung des streitgegenständlichen Fahrzeugs unter Zugrundelegung des Kilometerstandes zum Zeitpunkt der mündlichen Verhandlung zweiter Instanz zzgl. Zinsen in Höhe von fünf Prozentpunkten über dem jeweiligen Basiszinssatz

- aus € 14.880,98 vom Zeitpunkt der Rechtshängigkeit bis zum 13.12.2022 und

- aus € 14.779,56 seit dem 14.12.2022

zu zahlen Zug um Zug gegen Übergabe und Übereignung des Fahrzeugs Volkswagen Caddy mit der Fahrzeug-Identifizierungsnummer

2.) Es wird festgestellt, dass sich die Beklagte mit der Entgegennahme des im Klageantrag zu Ziffer (1.) genannten Fahrzeugs in Annahmeverzug befindet.

3.) Die Beklagte wird verurteilt, die Klägerschaft von vorgerichtlichen Kosten für die Rechtsverfolgung in Höhe von € 1.134,55 freizustellen.

10
Die Beklagte beantragt,

die Berufung zurückzuweisen.

11
Die Beklagtenpartei verteidigt das Ersturteil unter Aufrechterhaltung und Vertiefung ihres erstinstanzlichen Vortrags. Im streitgegenständlichen Fahrzeug komme keine unzulässige Abschalteinrichtung zum Einsatz. Das Vorhandensein eines unzulässigen Thermofensters werde in Abrede gestellt. Das KBA sei nicht getäuscht worden und habe nach eigenen Untersuchungen und eigener Prüfung das Software-Update freigegeben. Das Handeln der Beklagten sei jedenfalls nicht schuldhaft.

12
Wegen des Vorbringens der Beklagten im Berufungsverfahren im Übrigen wird auf die Berufungserwiderung vom 25.07.2023 Bezug genommen.

II.

13
Nach der einstimmigen Auffassung des Senats ist die Berufung offensichtlich unbegründet, so dass das Rechtsmittel keine hinreichende Erfolgsaussicht im Sinn des § 522 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 ZPO bietet. Das Landgericht hat die Klage im Ergebnis zu Recht abgewiesen. Das angefochtene Urteil beruht weder auf einer Rechtsverletzung, noch rechtfertigen die nach § 529 ZPO zugrunde zu legenden Tatsachen eine andere Entscheidung des Berufungsgerichts. Der Senat nimmt daher zunächst auf die zutreffenden Feststellungen im Ersturteil Bezug, die durch das Berufungsvorbringen auch nicht entkräftet werden.

14
1. Ein Anspruch der Klagepartei im Hinblick auf vor dem Update und dem Erwerb durch die Klagepartei vorhandene unzulässige Abschalteinrichtungen besteht nicht. Dies stellt die Klagepartei mit der Berufung auch nicht in Abrede, sondern stellt die Umstände zu dem am Fahrzeug durchgeführten Update in den Mittelpunkt ihres Vorbringens (vgl. Berufungsbegründung, dort Seiten 7 ff.), so dass hinsichtlich der vorausgegangenen Umstände keine Ausführungen durch den Senat veranlasst sind.

15
2. Ein Anspruch der Klagepartei gegen die Beklagte nach § 826 BGB, § 831 BGB bzw. § 823 Abs. 2 BGB i.V.m. §§ 6 Abs. 1, 27 Abs. 1 EG-FGV oder Art. 5 Abs. 2 der Verordnung (EG) Nr. 715/2007 wegen einer nach Durchführung des Updates vorhandenen Abschalteinrichtung (Thermofenster) besteht ebenfalls nicht.

16
a.) Deliktische Ansprüche scheitern bereits sämtlich daran, dass es an einem Verschulden der Beklagten fehlt. Diese befand sich in einem unvermeidbaren Verbotsirrtum.

17
aa.) Der Senat kann zu Gunsten der Klagepartei unterstellen, dass das vorhandene „Thermofenster“ als unzulässige Abschalteinrichtung im Sinne von Art. 5 Abs. 2 Satz 1 der Verordnung (EG) Nr. 715/2007 zu qualifizieren ist (vgl. EuGH, Urteil vom 17.12.2020, Rs. C-693/18, NJW 2021, 1216), und diese Frage dahinstehen lassen. Die nachfolgenden Ausführungen gelten unabhängig davon, ob eine Vorrichtung eingesetzt wurde, die als unzulässige Abschalteinrichtung zu bewerten ist.

18
bb.) Eine deliktische Ersatzpflicht tritt nur im Falle des Verschuldens ein, selbst wenn nach dem Inhalt des Schutzgesetzes ein Verstoß gegen dieses auch ohne Verschulden möglich ist (vgl. § 823 Abs. 2 Satz 2 BGB). Der Schadensersatzanspruch ergibt sich im vorliegenden Fall – trotz europarechtlicher Prägung oder Überlagerung, vgl. Schlussanträge des Generalanwalts vom 02.06.2022, Rs. C-100/21, BeckRS 2022, 12232 Rn. 54) – allein aus dem nationalen Recht (EuGH, Urteil vom 21.03.2023, C-100/21, NJW 2023, 1111 (1116) Rn. 92), so dass für diesen nach deutschem Recht allein eine verschuldensabhängige Rechtsgrundlage in Betracht kommt. Für eine vom Verschulden des Fahrzeugherstellers unabhängige Schadensersatzhaftung ist hingegen auch bei unionsrechtskonformer Auslegung kein Raum (BGH, Urteil vom 26.06.2023, VIa ZR 335/21, NJW 2023, 2259 (2264) Rn. 36 f. (zur Veröffentlichung in BGHZ vorgesehen)).

19
cc.) Hinsichtlich des Verschuldens trifft grundsätzlich den Anspruchsteller die Darlegungs- und Beweislast. Jedoch muss derjenige, der objektiv ein Schutzgesetz verletzt hat, Umstände darlegen und erforderlichenfalls beweisen, die geeignet sind, die daraus folgende Annahme seines Verschuldens in Form einer Fahrlässigkeit auszuräumen. Insofern besteht eine von der objektiven Schutzgesetzverletzung ausgehende Verschuldensvermutung (BGH, Urteil vom 26.06.2023, VIa ZR 335/21, NJW 2023, 2259 (2267) Rn. 59 m.w.N. (zur Veröffentlichung in BGHZ vorgesehen)).

20
dd.) Beim Vorliegen eines unvermeidbaren Verbotsirrtums scheidet Verschulden aus (Grüneberg-Sprau, [82], § 823 BGB Rn. 61). Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs ist ein Verbotsirrtum unvermeidbar, wenn der Handelnde trotz der ihm nach den Umständen des Falles, seiner Persönlichkeit sowie seines Lebens- und Berufskreises zuzumutenden Anspannung des Gewissens die Einsicht in das Unrechtmäßige nicht zu gewinnen vermochte. Im Zweifel trifft ihn eine Erkundigungspflicht, wobei Auskunftsperson und erteilte Auskunft verlässlich sein müssen. Geht es um die Frage nach dem Bestehen einer Erlaubnispflicht, hat er sich vorzugsweise an die zuständige Erlaubnisbehörde zu wenden. Auf deren Auskunft darf er sich grundsätzlich verlassen. Hat sich der Handelnde zwar nicht hinreichend um kompetente Beratung bemüht, steht aber fest, dass die – unterbliebene – Erkundigung seine Fehlvorstellung bestätigt hätte, so scheitert seine Haftung ebenfalls am Vorliegen eines unvermeidbaren Verbotsirrtums (vgl. BGH, Urteil vom 27.06.2017, VI ZR 424/16, NJW-RR 2017, 1004 (1005 f.) Rn. 16; Urteil vom 10.07.2018, VI ZR 263/17, NJW-RR 2018, 1250 (1253) Rn. 28, 32).

21

ee.) 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 (BGH, Urteil vom 26.06.2023, VIa ZR 335/21, NJW 2023, 2259 (2268) Rn. 63 (zur Veröffentlichung in BGHZ vorgesehen)).

22
Zu seiner Entlastung kann der Fahrzeughersteller neben weiteren Möglichkeiten darlegen und erforderlichenfalls nachweisen, seine Rechtsauffassung von Art. 5 Abs. 2 der Verordnung (EG) Nr. 715/2007 wäre bei entsprechender Nachfrage von der für die EG-Typgenehmigung oder für anschließende Maßnahmen zuständigen Behörde bestätigt worden (hypothetische Genehmigung). Steht fest, dass eine ausreichende Erkundigung des einem Verbotsirrtum unterliegenden Schädigers dessen Fehlvorstellung bestätigt hätte, scheidet eine Haftung nach § 823 Abs. 2 BGB infolge eines unvermeidbaren Verbotsirrtums auch dann aus, wenn der Schädiger eine entsprechende Erkundigung nicht eingeholt hat (BGH, Urteil vom 26.06.2023, VIa ZR 335/21, NJW 2023, 2259 (2268) Rn. 65 (zur Veröffentlichung in BGHZ vorgesehen) unter Hinweis auf BGH, Urteil vom 27.06.2017, VI ZR 424/16, NJW-RR 2017, 1004 (1005 f.) Rn. 16; s.a. BGH, Urteil vom 10.07.2018, VI ZR 263/17, NJW-RR 2018, 1250 (1253) Rn. 28, 32).

23
Hierzu muss der Fahrzeughersteller für jede verwendete Abschalteinrichtung konkret vortragen, dass die Behörde diese genehmigt hätte. Dem genügt der Fahrzeughersteller mit Rücksicht auf ihren Sinn und Zweck dann, wenn er eine hypothetische Genehmigung bezogen auf den konkreten Motor einer bestimmten Baureihe nachweist. Außerdem kann neben anderen Indizien aus der konkreten Verwaltungspraxis gemäß § 286 Abs. 1 ZPO auf eine hypothetische Genehmigung geschlossen werden (BGH, Urteil vom 26.06.2023, VIa ZR 335/21, NJW 2023, 2259 (2268) Rn. 66 f. (zur Veröffentlichung in BGHZ vorgesehen).

24
b.) Nach diesen – in der Rechtsprechung des BGH nun weiter gefestigten – Grundsätzen hätte sich die Beklagte zwar grundsätzlich bei dem KBA als zuständiger Typgenehmigungsbehörde über die Zulässigkeit der Abschalteinrichtung erkundigen müssen, sofern sie im Zweifel über deren rechtliche Zulässigkeit war. Hätte die Beklagte jedoch unabhängig von der Freigabe des Updates explizit eine entsprechende Anfrage gestellt, hätte sie nach der Überzeugung des Senats die Antwort erhalten, dass die im Fahrzeug eingesetzte und von der Klagepartei beanstandete Vorrichtung nicht als unzulässige Abschalteinrichtung einzustufen ist und gegen die Verwendung dieser Funktion keine rechtlichen Bedenken bestehen.

25
Dies ergibt sich aus folgenden Umständen:

26
aa.) Hinsichtlich des Thermofensters ist zu würdigen, dass eine temperaturgesteuerte Abgasrückführung bei Dieselmotoren zur Vermeidung von Stickoxiden seit Jahrzehnten üblich und in Fachkreisen allgemein bekannt ist (OLG Karlsruhe, Beschluss vom 22.02.2022, 8 U 143/21, BeckRS 2022, 4570 Rn. 10). Zumindest ab 2008 war der allgemeine Einsatz von „Thermofenstern“ auch dem EU-Normgeber (vgl. Mitteilung der EU-Kommission – 2008/C 182/08 – über die Anwendung der gemeinschaftlichen Rechtsvorschriften über Emissionen, dort unter Nr. 8) bekannt (OLG Stuttgart, Urteil vom 25.01.2022, 16a U 138/19, BeckRS 2022, 2910 Rn. 36). Den Typgenehmigungsbehörden war die Verwendung von Thermofenstern bei allen Herstellern und die in diesem Zusammenhang geführte rechtliche Diskussion um den Motorschutz ebenfalls bekannt. Es war deshalb zu einer Überprüfung des Emissionsverhaltens der Fahrzeuge – gegebenenfalls nach weiteren Rückfragen beim Hersteller – ohne weiteres in der Lage (BGH, Urteil vom 13.01.2022, III ZR 205/20, BeckRS 2022, 3677 Rn. 25).

27
bb.) Dem gemäß § 291 ZPO senatsbekannten Bericht der vom Bundesminister für Verkehr und digitale Infrastruktur eingesetzten Untersuchungskommission „Volkswagen“ vom April 2016 ist zu entnehmen, dass in dem hier fraglichen Zeitraum Thermofenster von allen Autoherstellern verwendet und mit dem Erfordernis des Motorschutzes begründet wurden. Nach Einschätzung der Untersuchungskommission handelt es sich bei der Verwendung eines Thermofensters angesichts der Unschärfe der Ausnahmevorschrift des Art. 5 Abs. 2 Satz 2 Buchst. a VO (EG) Nr. 715/2007, wonach zum Schutz des Motors vor Beschädigungen und zur Gewährleistung eines sicheren Fahrzeugbetriebs notwendige Abschalteinrichtungen zulässig sind, um

keine eindeutigen Gesetzesverstöße, sofern ohne die Verwendung des Thermofensters dem Motor Schaden drohe und „sei dieser auch noch so klein“ (vgl. BMVI, Bericht der Untersuchungskommission Volkswagen, Stand April 2016, S. 123). Daneben zeigt auch der in der Literatur (vgl. Führ, NVwZ 2017, 265) betriebene erhebliche Begründungsaufwand, um das „Thermofenster“ als unzulässige Abschalteinrichtung einzustufen, dass keine klare und eindeutige Rechtslage gegeben ist (BGH Urteil vom 24.03.2022, III ZR 263/20, Rn. 22; OLG Koblenz, Urteil vom 14.09.2020, 12 U 1464/19, BeckRS 2020, 24358 Rn. 23).

28
cc.) Dabei verkennt der Senat nicht, dass allein die Tatsache, dass es sich hinsichtlich des Thermofensters um einen bereits vor 2010 allgemeinen Industriestandard handelt, nicht dazu führt, dass sich die Beklagte allein unter Berufung darauf oder damit entlasten kann, jedes Kraftfahrzeug mit einem Dieselmotor und einer Abgasrückführung verfüge über ein Thermofenster (BGH, Urteil vom 26.06.2023, VIa ZR 335/21, NJW 2023, 2259 (2268 f.) Rn. 70 (zur Veröffentlichung in BGHZ vorgesehen).

29
dd.) Das KBA hat jedoch bis in die jüngste Zeit die Auffassung vertreten, dass das Thermofenster grundsätzlich zulässig sei.

30
(1) Die Beklagte hat substantiiert vorgetragen, dass das KBA die Zulässigkeit des Thermofensters wiederholt bestätigt habe. Sie hat dazu u.a. eine amtliche Auskunft des KBA an das LG Hamburg vom 01.12.2021 (Az. 326 O 309/20 zu einem VW Golf 1.6 l TDI, Bl. 321 f., 324 d.A.) vorgetragen. Danach habe das KBA u.a. mitgeteilt, „die Rückrufmaßnahme besteht in einem Update der Software des Motorsteuergeräts. Die verbesserte Software wurde vor der Freigabe durch das KBA umfangreich überprüft. Es wurden keine unzulässigen Abschalteinrichtungen in der verbesserten Software festgestellt.“ „Jedes Fahrzeug mit Dieselmotor und AGR verfügt über eine temperaturbedingte AGR-Regelung (sog. „Thermofenster“). Diese führt in der Regel zu einer Reduktion der AGR-Raten bei niedrigen Umgebungs-, Ansaugluft- und Ladelufttemperaturen. Für das betroffene Fahrzeug wurde mit Bezug auf die temperaturbezogene AGR-Regelung keine unzulässige Abschalteinrichtung festgestellt.“ Zu dem weiteren Vorbringen der Klagepartei zu einem update-bezogenen Rückruf des VW Eos 2.0 TDI 103 kW mit Handschaltgetriebe hat die Beklagte substantiiert entgegnet, dieser Rückruf im Hinblick auf ein vom KBA freigegebenes und aufgespieltes Update habe nur diese Fahrzeuge und nicht das streitgegenständliche Fahrzeug betroffen, was sich mit einer senatsbekannten diesbezüglichen amtlichen Auskunft des KBA deckt, und habe zudem allein eine Konformitätsabweichung betroffen.

31
(2) Die Beklagte hat weiter vorgetragen, das KBA habe zum EuGH-Urteil vom 07.04.2021 wie folgt öffentlich Stellung genommen und differenzierend Position bezogen (Berufungserwiderung mit Schriftsatz vom 25.07.2023, dort Seiten 32 f.): „Mit dem vorliegenden Urteil stellt der EuGH fest, dass grundsätzlich alle Abschalteinrichtungen zulässig sind, die den Motor vor plötzlichen und außergewöhnlichen Schäden schützen. Auch temperaturabhängige Abschalteinrichtungen können plötzlich auftretende und außergewöhnliche Motorschäden verhindern, indem sie übermäßige Ablagerungen im Motor (Versottung, Verlackung) oder die Verdünnung des Motoröls mit Kraftstoff unterbinden In jedem Einzelfall prüft das KBA daher, ob ein solcher Fall vorliegt oder ob die Grenzen der temperaturabhängigen Abschalteinrichtung nicht zu eingrenzend gewählt wurden und aus der Motorschutzeinrichtung eine „Motorschoneinrichtung“ wurde, die lediglich dazu dient, Serviceintervalle zu verlängern oder regelmäßige Inspektionen zu verringern. Solche Thermofenster sind grundsätzlich unzulässig und wurden vom KBA auch bislang nicht akzeptiert.“

32
ee.) Hinzu kommt der Umstand, dass die Beklagte das konkrete Update für das streitgegenständliche Fahrzeug vom KBA freigeben ließ und freizugeben hatte, wobei ihre detaillierten Angaben zur temperaturgesteuerten Abgasrückführung im Verfahren des VG Schleswig, Az. VG 3 A 113/18, nach Maßgabe des § 86 Abs. 1 VwGO aufgeklärt worden und im Tatbestand des Urteils vom 20.02.2023' textlich wie graphisch niedergelegt worden sind (vgl. BeckRS 2023, 2863 Rn. 62 ff. zu einem Modell VW Golf Plus TDI 2.0 (EU 5) mit dem Aggregat EA 189). Dies stützt ebenfalls den Vortrag der Beklagten, dem KBA seien die wesentlichen Umstände des Thermofensters bekannt gewesen. Nach dem Vortrag der Beklagten (Berufungserwiderung mit Schriftsatz vom 25.07.2023, dort Seite 45) hat das KBA zum genannten Urteil des VG Schleswig im Übrigen noch vor wenigen Monaten in der Weise Stellung genommen, dass es das für

den EA 189 Golf Plus 2.0l EU 5 genehmigte Thermofenster unverändert auf Gründen der Betriebssicherheit und des Motorschutzes für notwendig halte. Es drohten keine Nebenbestimmungen, Stilllegungen oder sonstige Maßnahmen. Es sei erklärt worden: „Die Diesel können weiterfahren“.

33
ff.) Eine – über die Freigabe des Updates hinausgehende, explizite – Nachfrage der Beklagten beim KBA zum streitgegenständlichen Fahrzeug hätte also zu einer Genehmigung des Thermofensters geführt, weshalb unter Zugrundelegung der aufgezeigten Maßstäbe zugunsten der Beklagten die Voraussetzungen eines unvermeidbaren Verbotsirrtums vorliegen. Bei dieser Sachlage ist der Beklagten kein Fahrlässigkeitsvorwurf zu machen (ebenso OLG Koblenz, Urteil vom 28.07.2022 – 7 U 204/22; OLG Köln, Beschluss vom 08.07.2022 – 8 U 20/22; OLG Zweibrücken, Beschluss vom 01.08.2023 – 1 U 24/23).

34
gg.) Da es bei einer im Rahmen eines Updates applizierten Abschalteinrichtung auf die Sachlage (spätestens) beim Aufspielen des Updates ankommt, spielen spätere Änderungen oder abweichende Auffassungen keine Rolle. Selbst wenn also angesichts der in jüngerer Zeit ergangenen Rechtsprechung des EuGH das KBA als zuständige Typgenehmigungsbehörde mittlerweile oder aktuell eine anderweitige Auskunft erteilen würde oder die Beklagte in Kenntnis dieser Rechtsprechung einer gleichbleibenden Auskunft nicht mehr eine hinreichend entlastende Bedeutung zumessen dürfte, ändert dies nichts an der (hypothetischen) Auskunft, welche die Beklagte zum maßgeblichen Zeitpunkt erhalten hätte, und deren Bedeutung für eine Meinungsbildung bei der Beklagten. Ob diese rechtliche Bewertung der Genehmigungsbehörde in Einklang mit den unionsrechtlichen Vorgaben steht oder – wie von der Klagepartei vertreten – Vorschriften des Unionsrechts verletzt, kann hier dahinstehen und muss durch den Senat nicht entschieden werden. Jedenfalls können an den Fahrzeug- oder Motorenhersteller in Bezug auf die rechtliche Bewertung eines komplexen technischen Sachverhalts wie bei einem Emissionskontrollsystem keine höheren Anforderungen als an die staatliche Fachbehörde eines EU-Mitgliedsstaats gestellt werden (OLG Koblenz, Urteil vom 28.07.2022, 7 U 204/22 BeckRS 2022, 20409 Rn. 62 f.).

35
hh.) Die Beklagte hat dargelegt und aus den vorgenannten Gründen zur Überzeugung des Senats bewiesen, dass sie auf eine entsprechende Anfrage die Antwort erhalten hätte, dass die streitgegenständlichen Abschalteinrichtungen nicht als unzulässig zu qualifizieren seien. Weil sich der Erkundigende grundsätzlich auf die Fachkompetenz einer Fachbehörde verlassen darf, ist ihm ein „besseres“ Wissen als das der Genehmigungsbehörde nicht abzuverlangen (vgl. BGH, Urteil vom 27.06.2017, VI ZR 424/16, NJW-RR 2017, 1004 (1005 f.) Rn. 16; Urteil vom 10.07.2018, VI ZR 263/17, NJW-RR 2018, 1250 (1253) Rn. 28, 32; s.a. OLG Bamberg, 3 U 240/22, Beschluss vom 24.01.2023, BeckRS 2023, 1380 Rn. 34).

36
Es handelt sich insoweit um einen unvermeidbaren Verbotsirrtum. Hierauf kann sich die Beklagte angesichts der vorgenannten Umstände im vorliegenden Fall zu Recht berufen.

37
3. Der Vortrag der Klagepartei, die Beklagte habe das On-Board-Diagnosesystem (OBD) manipuliert, begründet ebenfalls nicht die geltend gemachten Ansprüche. Durfte die Beklagte das Thermofenster zumindest vertretbar für eine zulässige Abschalteinrichtung halten, durfte sie auch das OBD so ausgestalten, dass es den Einsatz des Thermofensters nicht als Fehler anzeigt (BGH, Beschluss vom 15.09.2021, VII ZR 2/21, BeckRS 2021, 37995 Rn. 18), unabhängig von der Frage, ob das OBD selbst überhaupt eine Abschalteinrichtung im Sinne von Art. 5 Abs. 2 VO (EG) 715/2007 darstellen kann, obwohl es unstreitig die Funktion eines beliebigen Teils des Emissionskontrollsystems selbst weder aktiviert, verändert, verzögert noch deaktiviert (vgl. Art. 3 Nr. 10 VO (EG) 715/2007).

38
4. Aus den vorstehenden Gründen sind auch die weiteren Anträge der Klagepartei unbegründet.

III.

39

Der Antrag der Klagepartei auf Aussetzung des Verfahrens gem. § 148 ZPO (analog) mit Schriftsatz vom 30.01.2023, dort Seiten 3 ff. (Bl. 557 ff. d.A.), ist durch die Entscheidung des Europäischen Gerichtshofs vom 21.03.2023 (EuGH, Urteil vom 21.03.2023, C-100/21, NJW 2023, 1111 ff.) sowie durch die Entscheidung des Bundesgerichtshofs vom 26.06.2023 (BGH, Urteil vom 26.06.2023, VIa ZR 335/21, NJW 2023, 2259 ff. (zur Veröffentlichung in BGHZ vorgesehen)) gegenstandslos.

IV.

40
1. Die Berufungsangriffe erfordern keine Erörterung in mündlicher Verhandlung (§ 522 Abs. 2 Satz 1 Nr. 4 ZPO).

41
2. Die Voraussetzungen für eine Zulassung der Revision liegen nicht vor (§ 522 Abs. 2 Satz 1 Nr. 2, 3 ZPO).

42
Die Voraussetzungen einer deliktischen Haftung sind höchstrichterlich geklärt. Hinsichtlich der Entwicklung und des Einsatzes einer unzulässigen Abschalteinrichtung im Sinne von Art. 5 Abs. 2 VO (EG) Nr. 715/2007 hat der Bundesgerichtshof die Voraussetzungen geklärt und durch zahlreiche Entscheidungen konkretisiert (vgl. nur BGH, Urteil vom 25.05.2020, VI ZR 252/19, BGHZ 225, 316 = NJW 2020, 1962 ff.; Urteil vom 26.06.2023, VIa ZR 335/21, NJW 2023, 2259 ff. (zur Veröffentlichung in BGHZ vorgesehen)). Ob die Voraussetzungen einer Haftung der Beklagten vorliegen, hängt vom Sachvortrag der Parteien im Einzelfall und den darauf gründenden tatrichterlichen Feststellungen ab. Rechtsfragen – insbesondere solche, die Gegenstand einer grundsätzlichen Klärung durch den Bundesgerichtshof sein könnten – stellen sich in diesem Zusammenhang nicht (mehr).

43
3. Der Senat regt daher – unbeschadet der Möglichkeit zur Stellungnahme – die kostengünstigere Rücknahme der aussichtslosen Berufung an, die zwei Gerichtsgebühren spart (vgl. Nr. 1220, 1222 Kostenverzeichnis GKG).

44
4. Der Senat beabsichtigt, den Streitwert für das Berufungsverfahren auf 14.779,56 € festzusetzen (§§ 2 – 5 ZPO i.V.m. §§ 40, 43 Abs. 1, 47 Abs. 1, 48 Abs. 1 Satz 1 GKG).