OLG Oldenburg - Urteil vom 01.02.2024 - 8 U 92/22

Archivdruck des veröffentlichten amtlichen Entscheidungstextes

Dieser Archivdruck wurde am 31.10.2026 aus dem gespeicherten amtlichen Text erstellt. Er ist als redaktionell erstellte PDF-Fassung gekennzeichnet. Maßgeblich bleibt die angegebene amtliche Fundstelle.

Amtliche Fundstelle: https://voris.wolterskluwer-online.de/browse/document/dbe43076-dd76-44aa-8833-87cb6b74dea4

Tenor:

Auf die Berufung des Klägers und unter Zurückweisung des weiter gehenden Rechtsmittels wird das am 29. April 2022 verkündete Urteil des Einzelrichters der 2. Zivilkammer des Landgerichts Oldenburg geändert und wie folgt neu gefasst:

Die Beklagte wird verurteilt, an den Kläger 1.400,59 € nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 6. Oktober 2021 zu zahlen.

Im Übrigen wird die Klage abgewiesen.

Von den Kosten des Rechtsstreits haben der Kläger 95% und die Beklagte 5% zu tragen.

Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar.

Gründe

I.

1

Von der Bezugnahme auf die tatsächlichen Feststellungen im angefochtenen Urteil mit Darstellung etwaiger Änderungen oder Ergänzungen (§ 540 Abs. 1 Nr. 1 ZPO) wird gemäß §§ 313a Abs. 1 Satz 1, 540 Abs. 2 ZPO abgesehen.

II.

2

Die zulässige Berufung der Klagepartei hat teilweise Erfolg. Die Klage ist in Höhe von 1.400,59 € nebst Zinsen begründet. Im Übrigen ist sie unbegründet, sodass die weitergehende Berufung zurückzuweisen war.

3

1. Die Klagepartei kann den von ihr zuletzt in der Hauptsache ausschließlich geltend gemachten Anspruch auf Zahlung von 5.602,35 € (15% des Kaufpreises von 37.349 €) nicht auf §§ 826, 31 BGB stützen. Denn es fehlt an einer objektiv sittenwidrigen Schädigungshandlung der für die Beklagte handelnden Personen in Bezug auf den Schaden, den die Klagepartei durch den Erwerb des hier betroffenen Fahrzeugs erlitten haben will.

4

Sittenwidrig ist ein Verhalten, das nach seinem Gesamtcharakter, der durch umfassende Würdigung von Inhalt, Beweggrund und Zweck zu ermitteln ist, gegen das Anstandsgefühl aller billig und gerecht Denkenden verstößt. Dafür genügt es im Allgemeinen nicht, dass der Handelnde eine Pflicht verletzt und einen Vermögensschaden hervorruft. Vielmehr muss eine besondere Verwerflichkeit seines Verhaltens hinzutreten, die sich aus dem verfolgten Ziel, den eingesetzten Mitteln, der zutage getretenen Gesinnung oder den eingetretenen Folgen ergeben kann. Schon zur Feststellung der objektiven Sittenwidrigkeit kann es daher auf Kenntnisse, Absichten und Beweggründe des Handelnden ankommen, die die Bewertung seines Verhaltens als verwerflich rechtfertigen. Die Verwerflichkeit kann sich auch aus einer bewussten Täuschung ergeben. Insbesondere bei mittelbaren Schädigungen kommt es ferner darauf an, dass den Schädiger das Unwerturteil, sittenwidrig gehandelt zu haben, gerade auch in Bezug auf die Schäden desjenigen trifft, der Ansprüche aus § 826 BGB geltend macht (vgl. BGH, Beschluss vom 10. November 2021 - VII ZR 415/21, juris, Rn. 25 mwN).

5

Nach diesen Grundsätzen reicht der Umstand, dass eine die Abgasemissionen beeinflussende Einrichtung im Emissionskontrollsystem in einem Fahrzeug in tatsächlicher und rechtlicher Hinsicht als eine unzulässige Abschalteinrichtung im Sinne von Art. 5 Abs. 2 Satz 1 der Verordnung (EG) Nr. 715/2007 zu qualifizieren ist, für die Begründung der objektiven Sittenwidrigkeit im Sinne des § 826 BGB nicht aus. Der darin liegende Gesetzesverstoß wäre für sich genommen nicht geeignet, den Einsatz dieser Steuerungssoftware durch die für den Fahrzeughersteller handelnden Personen als besonders verwerflich erscheinen zu lassen. Hierfür bedarf es vielmehr weiterer Umstände. So setzt die Annahme von Sittenwidrigkeit in diesen Fällen jedenfalls voraus, dass diese Personen bei der Entwicklung und/oder Verwendung der die Abgasemissionen beeinflussenden Einrichtung des Emissionskontrollsystems in dem Bewusstsein handelten, eine unzulässige Abschalteinrichtung zu verwenden, und den darin liegenden Gesetzesverstoß billigend in Kauf nahmen. Fehlt es hieran, ist bereits der objektive Tatbestand der Sittenwidrigkeit nicht erfüllt (vgl. BGH, Beschluss vom 10. November 2021 - VII ZR 415/21, juris, Rn. 27).

6

Dabei trägt die Darlegungs- und Beweislast für das Bewusstsein von der Verwendung einer unzulässigen Abschalteinrichtung und der billigenden Inkaufnahme des darin liegenden Gesetzesverstoßes nach allgemeinen Grundsätzen die Klagepartei als Anspruchsteller (vgl. BGH, Beschluss vom 19. Januar 2021 - VI ZR 433/19, juris, Rn. 19; BGH, Beschluss vom 9. März 2021 - VI ZR 889/20, juris, Rn. 29). Hieraus folgt, dass die Klagepartei jedenfalls hinreichende Anhaltspunkte für ein derartiges Vorstellungsbild der für die Beklagte handelnden Personen darzulegen und gegebenenfalls zu beweisen hätte (vgl. BGH, Urteil vom 13. Juli 2021 - VI ZR 128/20, juris, Rn. 14; BGH, Beschluss vom 15. September 2021 - VII ZR 2/21, juris, Rn. 13). Denn eine sekundäre Darlegungslast der Beklagten zu Vorgängen innerhalb ihres Unternehmers, die darauf schließen lassen sollen, dass die für die Beklagte handelnden Personen in dem Bewusstsein der Verwendung einer unzulässigen Abschalteinrichtung gehandelt haben, setzt jedenfalls voraus, dass das (unstreitige oder nachgewiesene) Parteivorbringen hinreichende Anhaltspunkte enthält, die einen solchen Schluss nahelegen (vgl. BGH, Urteil vom 8. März 2021 - VI ZR 505/19, juris, Rn. 28).

7

Nach diesen Maßstäben lässt sich ein objektiv sittenwidriges Handeln nicht feststellen, weil die Klagepartei keine hinreichenden Anhaltspunkte dargelegt und unter Beweis gestellt hat, die den Schluss auf eine bewusste Täuschung der Typgenehmigungsbehörde und/oder der billigenden Inkaufnahme eines etwaigen Gesetzesverstoßes nahelegen.

8

a) Auf die Verwendung einer temperaturabhängigen Steuerung der Abgasrückführungsrate (Thermofenster) kann ein Anspruch aus §§ 826, 31 BGB nicht gestützt werden.

9

aa) Hinsichtlich des in dem klägerischen Fahrzeug unstreitig verwendeten Thermofensters fehlt es im Streitfall bereits tatbestandlich an einer Abschalteinrichtung.

10

Unter welchen konkreten Umständen eine Abschalteinrichtung vorliegt, richtet sich nach Art. 3 Nr. 10 der Verordnung (EG) Nr. 715/2007. Hiernach liegt eine Abschalteinrichtung schon dann vor, wenn die Funktion nur eines beliebigen Teils des Emissionskontrollsystems in Abhängigkeit von bestimmten Parametern verändert und die Wirksamkeit des Emissionskontrollsystems unter den Bedingungen des normalen Fahrbetriebs verringert wird. Dabei ist auf die Verwendung des Fahrzeugs unter Fahrbedingungen abzustellen, wie sie im gesamten Unionsgebiet üblich sind (EuGH, Urteil vom 14. Juli 2022 - C-128/20, NJW 2022, 2605 Rn. 40; vgl. außerdem EuGH, Urteile vom 14. Juli 2022 - C-134/20, EuZW 2022, 1073; - C-145/20, EuZW 2022, 1080). Dieses Verständnis trägt dem räumlichen Geltungsbereich der Verordnung Rechnung. Für die Bewertung einer Vorrichtung als Abschalteinrichtung im Sinne des Art. 3 Nr. 10 der Verordnung (EG) Nr. 715/2007 können deshalb nicht nur die tatsächlichen Fahrbedingungen und darunter die Temperaturverhältnisse in einem Mitgliedstaat oder gar nur in bestimmten Regionen von Mitgliedstaaten von Bedeutung sein (BGH, Urteil vom 26. Juni 2023 - VIa ZR

335/21, Rn. 50, juris).

11

Die Beklagte trägt zum Thermofenster vor, die Abgasrückführungsrate werde in Abhängigkeit von der Außentemperatur im Temperaturbereich zwischen -24°C und +70°C nicht verändert, also auch nicht verringert. Die Klagepartei hat keine greifbaren Anhaltspunkte für die von ihr behauptete abweichende Ausgestaltung des Thermofensters (Absenkung der Wirksamkeit des Emissionskontrollsystems außerhalb des Temperaturfensters von +20°C bis +30°C Außentemperatur) vorgebracht. Auf der Grundlage des danach zu Grunde zu legenden Sachvortrags der Beklagten fehlt es bereits an einer Abschalteinrichtung im Sinne des Art. 3 Nr. 10 der Verordnung (EG) Nr. 715/2007.

12

Denn zum einen treten Temperaturen von mehr als +70°C im Gebiet der Europäischen Union überhaupt nicht auf, zum anderen handelt es sich bei Temperaturen von unter -24°C auch unter Berücksichtigung der weit nördlich gelegenen Teile der Mitgliedsstaaten Finnland und Schweden, in denen polares Klima herrscht, um Extrembedingungen. Damit tritt die Verringerung der Wirksamkeit des Emissionskontrollsystems auch insoweit nicht unter Bedingungen ein, die bei normalem Fahrzeugbetrieb vernünftigerweise zu erwarten sind.

13

bb) Aber selbst wenn man zu Gunsten der Klagepartei in rechtlicher Hinsicht unterstellt, dass es sich bei einem entsprechend bedateten Thermofenster um eine (im Sinne des Art. 5 Abs. 2 der Verordnung (EG) Nr. 715/2007 unzulässige) Abschalteinrichtung handelt, ergäben sich hieraus keine hinreichenden Anhaltspunkte dafür, dass die für die Beklagte handelnden Personen in dem Bewusstsein der Verwendung einer unzulässigen Abschalteinrichtung gehandelt hätten.

14

(1) Hierbei ist im Ausgangspunkt zu berücksichtigen, dass nicht bereits aus der konkreten Funktionsweise der - zu Gunsten der Klagepartei unterstellten - Abschalteinrichtung auf ein arglistiges Vorgehen der für die Beklagte handelnden Personen geschlossen werden kann, das die Qualifikation als objektiv sittenwidrig rechtfertigen würde. Denn die Abschalteinrichtung würde nicht danach unterscheiden, ob sich das Fahrzeug auf dem Prüfstand oder im normalen Fahrbetrieb befindet. Es würde an einer Funktion fehlen, die bei erkanntem Prüfstandsbetrieb eine verstärkte Abgasrückführung aktiviert und den Stickoxidausstoß gegenüber dem normalen Fahrbetrieb reduziert. Stattdessen arbeitet das Emissionskontrollsystem in beiden Fahrsituationen im Grundsatz in gleicher Weise. Unter den für den Prüfzyklus maßgebenden Bedingungen (Umgebungstemperatur, Luftfeuchtigkeit, Geschwindigkeit, Widerstand, etc., vgl. Art. 5 Abs. 3 lit. a der Verordnung 715/2007/EG i.V.m. Art. 3 Nr. 1 und 6, Anhang III der Verordnung (EG) Nr. 692/2008 der Kommission vom 18. Juli 2008 zur Durchführung und Änderung der Verordnung 715/2007/EG (ABl. L 199 vom 28. Juli 2008, S. 1 ff.) in Verbindung mit Abs. 5.3.1 und Anhang 4 Abs. 5.3.1, Abs. 6.1.1 der UN/ECE-Regelung Nr. 83 (ABl. L 375 vom 27. Dezember 2006, S. 246 ff.)) würde die Rate der Abgasrückführung im normalen Fahrbetrieb derjenigen auf dem Prüfstand entsprechen (vgl. hierzu BGH, Beschluss vom 19. Januar 2021 - VI ZR 433/19, juris, Rn. 18; BGH, Urteil vom 13. Januar 2022 - III ZR 205/20, juris, Rn. 28; explizit zu dem für das Prüfverfahren üblichen Temperaturbereich von 20 °C bis 30 °C: BGH, Beschluss vom 15. September 2021 - VII ZR 2/21, juris, Rn. 14, 21).

15

(2) Es lässt sich auch nicht feststellen, dass eine temperaturabhängige Steuerung, durch die bei einer Außentemperatur unterhalb von -24°C bzw. oberhalb von + 70°C die Abgasrückführungsrate reduziert wird, in dem Zeitpunkt der Inverkehrgabe des Fahrzeugs und/oder bei dem Erwerb des Fahrzeugs durch die Klagepartei evident unzulässig gewesen wäre.

16

Die Verwendung eines Thermofensters ließe sich zwar nicht mit der Rechtsprechung des Gerichtshofs der Europäischen Union in Einklang bringen, nach der sich der Einsatz einer Abschalteinrichtung nicht gemäß

Art. 5 Abs. 2 lit. a der Verordnung (EG) Nr. 715/2007 rechtfertigen lässt, 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 Fahrzeugerwerb durch die Klagepartei 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.

17

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. Der Erlaubnistatbestand ließ sich jedenfalls auch dahingehend auslegen, dass es sich bei der zur Rechtfertigung der temperaturabhängigen Steuerung der Abgasrückführungsrate angeführten Belagsbildung im AGR-System um eine Beschädigung des Motors handelt oder deren Vermeidung zum sicheren Betrieb des Fahrzeugs erforderlich ist. Das Kraftfahrt-Bundesamt (KBA), die deutsche Typgenehmigungsbehörde, hat noch nach dem Urteil des Gerichtshofs der Europäischen Union vom 17. Dezember 2020 (C-693/18) explizit die Auffassung vertreten, dass sich die temperaturabhängige Steuerung der Abgasrückführungsrate nach Art. 5 Abs. 2 lit. a der Verordnung (EG) Nr. 715/2017 rechtfertigen lässt (vgl. Stellungnahme des KBA zum EuGH-Urteil vom 17. Dezember 2020 zu Abschalteinrichtungen, abrufbar auf dessen Homepage: https://www.kba.de/DE/Themen/Marktueberwachung/Abgasthematik/abgasthematik_node.html;jsessionid=E0FC8ECC1A68664746A7248396BF063F.live11311).

18

b) Auch hinsichtlich der an eine Fahrkurvenerkennung anknüpfenden Steuerung der Regeneration des im hier betroffenen Fahrzeug verbauten NOx-Speicher-Katalysators (NSK) fehlt es in Bezug auf einen gegebenenfalls mit dem Vertragsschluss eingetretenen Schaden der Klagepartei an einer objektiv sittenwidrigen Schädigungshandlung der für die Beklagte handelnden Personen.

19

Denn aus der von dem normalen Fahrbetrieb abweichenden Steuerung der Regeneration des NSK kann weder auf eine Täuschung des KBA noch auf ein Handeln in dem Bewusstsein der Verwendung einer etwaig unzulässigen Abschalteinrichtung geschlossen werden. Anders als bei der Verwendung der in dem Vorgängermotor EA189 eingesetzten Umschaltlogik, durch die bei erkanntem Lauf des Prüfstands eine gegenüber dem Realbetrieb verstärkte Abgasrückführung aktiviert worden war, lässt sich hinsichtlich der Steuerung der Regeneration des NSK nicht feststellen, dass diese evident unzulässig und mit ihr der Zweck verfolgt worden wäre, das KBA (oder andere Typgenehmigungsbehörden) arglistig zu täuschen (vgl. BGH, Beschluss vom 19. Januar 2021 - VI ZR 433/19, juris Rn. 17). Exemplarisch lässt sich insoweit auf die dem Senat aus Parallelverfahren bekannte, ebenfalls ein Fahrzeug mit einem Motor der Baureihe EA 288 Euro 6 NSK betreffende Auskunft des KBA vom 16. März 2022 gegenüber dem Landgericht Bayreuth verweisen, in der das KBA unter anderem Folgendes ausgeführt hat:

20

"Die Fahrkurvenerkennung in der Motorsteuerung der Aggregate des EA 288 wird nach Untersuchungen des KBA nicht als unzulässige Abschalteinrichtung beurteilt. Der bloße Verbau einer Fahrkurvenerkennung ist nicht unzulässig, solange die Funktion nicht als Abschalteinrichtung gemäß Art. 3 Abs. 10 der Verordnung (EG) 715/2007 genutzt wird. Prüfungen im KBA zeigen, dass auch bei Deaktivierung der Funktion die Grenzwerte in den Prüfverfahren zur Untersuchung der Auspuffemissionen nicht überschritten werden, sodass es sich nicht um eine unzulässige Abschalteinrichtung handelt."

21

Diese Auskunft belegt, dass die Fahrkurvenerkennung dem KBA bei den durchgeführten Untersuchungen bekannt war. Darüber hinaus zeigt die Auskunft, dass das KBA die Rechtsauffassung vertritt, dass solche Vorrichtungen zulässig seien, die zwar den Prüfstandbetrieb erkennen und abhängig davon den Schadstoffausstoß beeinflussen, aber nicht erforderlich sind, um die Grenzwerte in den Prüfverfahren einzuhalten. Dies hat das KBA mit einem Schreiben vom 18. Februar 2021 auch ausdrücklich bekräftigt, indem es die folgende Aussage in dem Schreiben des Rechtsanwalts Dr. W. vom 15. Februar 2021 (Anlagenkonvolut B19) als - nach Auffassung des KBA - zutreffend bestätigt hat:

22

"Denn eine unzulässige oder verbotene Abschalteinrichtung liegt gem. Art. 3 Abs. 10, 5 Abs. 2 Satz 2 lit. c der Verordnung (EG) 715/2007 nicht vor, wenn eine Vorrichtung den Teststandbetrieb erkennt und Änderungen herbeiführt, die den Schadstoffausstoß beeinflussen, diese Vorrichtung aber nicht erforderlich ist, um die Grenzwerte in den gesetzlichen Prüfverfahren einzuhalten."

23

Ob die dargestellte Rechtsauffassung des KBA zutreffend ist, muss an dieser Stelle nicht entschieden werden (vgl. auch BGH, Beschluss vom 21. März 2022 - VIa ZR 334/21, juris, Rn. 22, 24). Denn die bis heute vertretene Rechtsauffassung des KBA zeigt, dass es sich bei der hier verwendeten Fahrkurvenerkennung mit den daran anknüpfenden Funktionen jedenfalls nicht um eine evident unzulässige Abschalteinrichtung handelt, so dass sich aus deren Verwendung nicht schließen lässt, dass die für die Beklagte handelnden Personen einen etwaigen Gesetzesverstoß bei der Entwicklung oder Verwendung der Software oder bis zum Erwerb des Fahrzeugs durch die Klägerin erkannt und gebilligt hätten (vgl. auch BGH, Beschluss vom 10. November 2021 - VII ZR 415/21, juris, Rn. 37). Bei dieser Sachlage bestehen keine Anhaltspunkte dafür, dass die für die Beklagte handelnden Personen in dem Bewusstsein, eine unzulässige Abschalteinrichtung zu verwenden, gehandelt hätten.

24

Auch der Umstand, dass die an eine Fahrkurvenerkennung anknüpfende Steuerung des NSK ausschließlich unmittelbar vor sowie während der Prüfstandsfahrt aktiviert wird, entfaltet im Streitfall keine Indizwirkung für eine objektiv sittenwidrige arglistige Täuschung der Typgenehmigungsbehörde, weil - wie oben dargelegt - die Einrichtung nicht grenzwertkausal ist. Denn im Fall der fehlenden Grenzwertkausalität bestehen keine Anhaltspunkte für eine Täuschung der Genehmigungsbehörde mit dem Ziel, die EG-Typgenehmigung zu erhalten (vgl. BGH, Urteil vom 6. November 2023 - VIa ZR 535/21, Rn. 11 mwN).

25

2. Ein Schadensersatzanspruch aus § 823 Abs. 2 BGB in Verbindung mit § 263 Abs. 1 StGB besteht nicht, da es aufgrund der unter 1 dargestellten Erwägungen jedenfalls an der Voraussetzung einer vorsätzlichen Täuschung fehlt.

26

3. Auch die Voraussetzungen eines Schadensersatzanspruchs aus § 831 Abs. 1 BGB liegen nicht vor. Aus den unter 1 aufgeführten Gründen lässt sich auch nicht feststellen, dass ein Verrichtungsgehilfe der Beklagten den objektiven und subjektiven Tatbestand des § 826 BGB oder den Tatbestand einer sonstigen unerlaubten Handlung verwirklicht hätte.

27

4. Der Klagepartei steht dagegen der hilfsweise geltend gemachte Anspruch gegen die Beklagte auf Ersatz des Differenzschadens aus § 823 Abs. 2 BGB in Verbindung mit § 6 Abs. 1, § 27 Abs. 1 EG-FGV (BGH, Urteil vom 26. Juni 2023 - VIa ZR 335/21 Rn. 18ff., juris) wegen der unterschiedlichen Steuerung der Regeneration des NSK auf dem Prüfstand und im Realbetrieb in Höhe von 1.400,59 € zu.

28

Dem Käufer eines mit einer unzulässigen Abschalteinrichtung versehenen Kraftfahrzeugs kann ein Schadensersatzanspruch gemäß § 823 Abs. 2 BGB in Verbindung mit § 6 Abs. 1, § 27 Abs. 1 EG-FGV gegen den Fahrzeughersteller zustehen, weil ihm aufgrund des Vertragsschlusses ein Vermögensschaden nach Maßgabe der Differenzhypothese entstanden ist (BGH, Urteil vom 26. Juni 2023 - VIa ZR 335/21 Rn. 28, juris). Das 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, ist von § 823 Abs. 2 BGB in Verbindung mit § 6 Abs. 1, § 27 Abs. 1 EG-FGV nach der gebotenen unionsrechtlichen Lesart geschützt (BGH, Urteil vom 26. Juni 2023 - VIa ZR 335/21,aaO Rn. 32).

29

a) Die Beklagte hat gegen § 6 Abs. 1, § 27 Abs. 1 EG-FGV verstoßen, indem sie das hier betroffene Fahrzeug mit einer unzulässigen Abschalteinrichtung versehen und aufgrund dessen eine unzutreffende Übereinstimmungsbescheinigung (Art. 26 Abs. 1 der Richtlinie 2007/46/EG) erteilt hat (vgl. BGH, Urteil vom 26. Juni 2023 - VIa ZR 335/21, Rn. 28 ff., juris).

30

aa) Eine Abschalteinrichtung liegt nach Art. 3 Nr. 10 VO (EG) Nr. 715/2007 vor, wenn die Funktion eines beliebigen Teils des Emissionskontrollsystems in Abhängigkeit von bestimmten Parametern verändert und dadurch die Wirksamkeit des Emissionskontrollsystems unter den Bedingungen des normalen Fahrbetriebs verringert wird. Während in Bezug auf die Funktionsänderung auf Teile des Emissionskontrollsystems abgestellt werden kann, kommt es für die Wirkung der Funktionsänderung auf das Emissionskontrollsystem in seiner Gesamtheit an, etwa auf die kombinierte Wirkung von Abgasrückführung und - reinigung. Maßstab für die Frage der Zulässigkeit einer Funktionsveränderung in Abhängigkeit von bestimmten Parametern ist dabei nicht die Einhaltung des Grenzwerts, sondern die Wirksamkeit des unverändert funktionierenden Emissionskontrollsystems unter den Bedingungen des normalen Fahrbetriebs. Ob die Grenzwerte unter den Bedingungen des Neuen Europäischen Fahrzyklus (NEFZ) auch bei veränderter Funktion eingehalten würden, ist hingegen nicht von Bedeutung (vgl. BGH, Urteil vom 26. Juni 2023 - VIa ZR 335/21, Rn. 51, juris).

31

Gemessen hieran stellt die von der Beklagten eingeräumte, im hier betroffenen Fahrzeug hinterlegte Fahrkurvenerkennung in Verbindung mit den daran geknüpften Funktionen eine Abschalteinrichtung im Sinne von Art. 3 Nr. 10 der Verordnung (EG) Nr. 715/2007 dar.

32

(1) Nach dem der Entscheidung zugrunde zu legenden, unbestrittenen Vortrag der Beklagten trägt in dem hier betroffenen Fahrzeug zusätzlich zu der innermotorischen Maßnahme der Abgasrückführung (AGR) ein sogenannter NOx-Speicherkatalysator (NSK) als Abgasnachbehandlungssystem zur Reduktion von NOx-Emissionen bei. Bei diesem Abgasnachbehandlungssystem, das einen Teil des Emissionskontrollsystems darstellt, werden die während des Fahrbetriebs entstehenden Stickoxide (NOx) zunächst in einem Speicher eingelagert, was eine daran anknüpfende regelmäßige Regeneration erforderlich macht. Die Regeneration ist ein chemischer Vorgang, durch den die eingelagerten Stickoxide größtenteils aus der Speicherstruktur entfernt und in die Komponenten Stickstoff (N2) und Kohlendioxid (CO2) reduziert werden. Jede NSK-Regeneration (auch: "DeN-Ox-Event") wirkt sich auf CO2- und Schadstoffemissionen aus.

33

(2) Die Funktionsweise des NSK als Teil des Emissionskontrollsystems wird anhand der Fahrkurvenerkennung, durch die Parameter im Sinne von Art. 3 Nr. 10 der Verordnung (EG) Nr. 715/2007 erfasst werden, unstreitig verändert.

34

Denn bis zum Modelljahreswechsel in der Kalenderwoche 22/2016 und damit auch bei dem hier betroffenen, am 21. Dezember 2015 erstzugelassenen Fahrzeug erfolgt die NSK-Regeneration im realen

Straßenbetrieb je nach Fahrprofil bei den EA288 EU6-Motoren strecken- und beladungsgesteuert ca. alle fünf Kilometer bzw. nach voller Beladung, je nachdem, welches Ereignis zuerst eintritt (Beladungssteuerung als führende Größe). Die Fahrkurvenerkennung bewirkt hingegen, dass der NSK am Ende der einer NEFZ-Prüfstandsfahrt stets vorgeschalteten Vorkonditionierung ("Precon") vollständig regeneriert wird, und dass der NSK innerhalb des NEFZ an zwei zeitlich genau definierten Punkten ausschließlich streckengesteuert regeneriert (GA I 92 f.). Zudem führt die Fahrkurvenerkennung dazu, dass im NEFZ in Abhängigkeit von der Abgastemperatur und der Alterung des NSK eine Heizmaßnahme aktiviert werden kann, die dazu führt, dass die Temperatur des NSK unmittelbar vor dem ersten NSK-Regenerationsevent erhöht wird (GA II 107).

35

(3) Durch diese anhand der Fahrkurvenerkennung veränderte Funktionsweise des NSK im NEFZ (rein streckengesteuerte Regeneration und erhöhte Temperatur vor dem ersten Regenerationsevent durch die Heizmaßnahme) wird die Wirksamkeit des Emissionskontrollsystems unter Bedingungen, die bei normalem Fahrzeugbetrieb vernünftigerweise zu erwarten sind, verringert. Die Verringerung durch die abweichende Funktion des NSK im Realbetrieb ergibt sich bereits aus dem Vortrag der Beklagten.

36

In diesem Zusammenhang hat der Senat mit der Verfügung des Vorsitzenden vom 23. August 2023 (GA II 114 ff.) - nach einleitendem Hinweis auf die im Urteil des Bundesgerichtshofs vom 26. Juni 2023 (VIa ZR 335/21) dargestellten Grundsätze zum eventuellen Vorliegen von unzulässigen Abschalteinrichtungen im Sinne von Art. 3 Nr. 10, Art. 5 Abs. 2 Satz 1 der Verordnung (EG) Nr. 715/2007 und die insoweit den Parteien obliegenden Darlegungs- und Beweislasten - vor dem Hintergrund des erstmals im Schriftsatz vom 8. August 2023 (GA II 107) gehaltenen Vortrags der Beklagten zu der sogenannten Heizmaßnahme folgende Hinweise erteilt:

37

"Bei der bisherigen Darstellung der Fahrkurvenerkennung und der daran geknüpften Funktionen durch die Beklagte (Klageerwiderung, S. 21 ff. = GA I 92 ff.; Schriftsatz vom 14. April 2022, S. 14 ff. = GA I 131R ff.) war von einer Heizmaßnahme [...] nicht die Rede. Die Beklagte wird zunächst um Erläuterung der Gründe für die erst jetzt erfolgte Änderung/Ergänzung des Vortrags gebeten.

38

aa) Schon der von der Beklagten in erster Instanz gehaltene Vortrag zu der Fahrkurvenerkennung und zu den daran geknüpften Funktionen ist erläuterungsbedürftig.

39

Denn während der Vortrag zu der vor Beginn der Prüfstandfahrt erfolgenden Regeneration des NSK, der damit einhergehenden Zurücksetzung des Streckenzählerstands sowie zu dem damit verfolgten Ziel (Gewährleistung repräsentativer und reproduzierbarer NEFZ-Prüfstandsmessungen) nachvollziehbar erscheint, gilt dies nicht, soweit die Regeneration des NSK während der Prüffahrt ausschließlich in Abhängigkeit von der zurückgelegten Strecke und nicht wie im realen Fahrbetrieb in Abhängigkeit von der zurückgelegten Strecke oder dem Beladungsstand (als führende Größe) erfolgt. Die Beklagte möge erläutern, welchem Ziel die an die Fahrkurvenerkennung geknüpfte Funktion "nur streckengesteuerte Platzierung der Abgasnachbehandlungsevents" im Prüfstandsbetrieb diente.

40

bb) Der neue Vortrag der Beklagten zur Fahrkurvenerkennung und zu den daran geknüpften Funktionen einschließlich einer Heizmaßnahme bedarf erst recht der Konkretisierung und Ergänzung.

41

Die Beklagte behauptet, sie habe umfangreiche Messungen durchgeführt. Diese seien aufgrund von Clusterbildung auch auf das hier betroffene Fahrzeug übertragbar. Nach sachverständiger Einschätzung sei davon auszugehen, dass auch die in dem hier betroffenen Fahrzeug hinterlegte Fahrkurvenerkennung keinen außerhalb der üblichen Messstreuungen liegenden Einfluss auf die NOx-Emissionen habe. Dazu

beruft die Beklagte sich auf das sachverständige Zeugnis von Herrn XXX XXX sowie auf ein einzuholendes Sachverständigengutachten.

42

Dieser Vortrag ist in mehrfacher Hinsicht unzureichend. Es fehlt nicht nur an konkreten Angaben, welche Fahrzeuge getestet wurden und wie die Tests abliefen. Es fehlt auch jegliche Darstellung der konkreten Messergebnisse. Insbesondere ist es nicht ausreichend, allein den Einfluss auf die NOx-Emissionen darzustellen, weil auch die weiteren, in Art. 3 Nr. 4 und 5 der Verordnung (EG) Nr. 715/2007 genannten gasförmigen und partikelförmigen Schadstoffe relevant sind.

43

Schließlich fehlt es auch im Hinblick auf die jetzt vorgetragene Heizmaßnahme an Beklagtenvorbringen dazu, welches Ziel mit dieser (nur) im NEFZ aktivierten Funktion verfolgt wurde."

44

Dazu hat die Beklagte im Schriftsatz vom 28. September 2023 (GA II 120 ff.) Stellung genommen und zu den Messungen unter anderem vorgetragen, sie habe daraus abgeleitet, dass die gemessenen Fahrzeuge auch ohne die Fahrkurvenerkennung den gesetzlichen NOx-Emissionsgrenzwert im Zeitpunkt der EG-Typgenehmigung eingehalten hätten. Für manche Fahrzeugkonzepte/Cluster, wie das hier vorliegende, habe die Beklagte sogar festgestellt, dass die Fahrkurvenerkennung keinen messbaren Einfluss auf die NOx-Emissionen habe (Seite 5 = GA II 124). Auszugsweise heißt es sodann auf Seite 6 des Schriftsatzes (GA II 125) unter Beweisantritt (sachverständiges Zeugnis des Herrn XXX XXX und Sachverständigengutachten):

45

"Eine Aufheizung des NSK im NEFZ erfolgt weder zur Einhaltung der NOx-Grenzwerte noch zur Einhaltung der Grenzwerte sonstiger gas- und partikelförmigen Emissionen (z. B. Grenzwerte für CO-Emissionen, HC-Emissionen oder Partikelemissionen). Richtig ist vielmehr, dass die Fahrkurvenerkennung insgesamt, also auch unter Berücksichtigung der an sie geknüpften Heizmaßnahme, keine Auswirkung auf die Einhaltung der jeweils geltenden Grenzwerte für gas- und partikelförmige Emissionen hat.

...

46

Auch diesen Umstand hat die Beklagte in ihrem oben dargestellten Messprogramm überprüft und dem KBA die Ergebnisse vorgestellt.

...

47

Diese Messungen belegen, dass das streitgegenständliche Fahrzeug auch ohne die Fahrkurvenerkennung - also auch bei deaktivierter Heizfunktion - alle geltenden Grenzwerte für gas- und partikelförmige Emissionen im regulatorisch maßgeblichen Zeitpunkt der EG-Typgenehmigung einhält.

...

48

Die Fahrkurvenerkennung hat insgesamt, also auch unter Berücksichtigung der an sie geknüpften Heizmaßnahme, keine Auswirkung auf die Einhaltung der jeweils geltenden Grenzwerte für gas- und partikelförmige Emissionen und im streitgegenständlichen Fahrzeug nach sachverständiger Einschätzung keinen außerhalb der üblichen Messstreuungen liegenden Einfluss auf die NOx-Emissionen."

49

Aus diesem Vortrag ergibt sich nicht, dass durch die Fahrkurvenerkennung und die daran geknüpfte veränderte Funktionsweise des NSK im NEFZ die Wirksamkeit des Emissionskontrollsystems unter Bedingungen, die bei normalem Fahrzeugbetrieb vernünftigerweise zu erwarten sind, nicht verringert

würde.

50

Zunächst hat die Beklagte erneut vorgetragen, dass die Fahrkurvenerkennung nach den Ergebnissen der von ihr anhand von Clusterbildung vorgenommenen Messungen bei manchen Fahrzeugen - so auch hier - nicht erforderlich sei, um den NOx-Emissionsgrenzwert einzuhalten. Ob diese Behauptung zutrifft, kann für das Vorliegen einer Abschalteinrichtung dahinstehen; denn die Frage der Grenzwertrelevanz ist hierfür unerheblich (BGH, Urteil vom 26. Juni 2023 - VIa ZR 335/21, Rn. 51, juris). Aber auch die weitere Behauptung der Beklagten, die Fahrkurvenerkennung habe keine Auswirkung auf die Einhaltung der jeweils geltenden Grenzwerte für gas- und partikelförmige Emissionen und im hier betroffenen Fahrzeug nach sachverständiger Einschätzung auch keinen außerhalb der üblichen Messstreuungen liegenden Einfluss auf die NOx-Emissionen, ist nicht geeignet, eine Verringerung der Wirksamkeit des Emissionskontrollsystems in Zweifel zu ziehen.

51

Denn bereits in der Verfügung vom 23. August 2023 war darauf hingewiesen worden, dass es nicht ausreichend ist, allein den Einfluss auf die NOx-Emissionen darzustellen, weil auch die weiteren, in Art. 3 Nr. 4 und 5 der Verordnung (EG) Nr. 715/2007 genannten gasförmigen und partikelförmigen Schadstoffe relevant sind. Im Hinblick auf diese Schadstoffe hat die Beklagte aber lediglich einen grenzwertrelevanten Einfluss der Fahrkurvenerkennung in Abrede genommen. Mit diesem - erneut - nicht entscheidungserheblichen Verweis auf die Grenzwertrelevanz hat die Beklagte letztlich eingestanden, dass die Wirksamkeit des Emissionskontrollsystems insoweit verringert wird. Denn sie hat sich im Hinblick auf die in Art. 3 Nr. 4 und 5 der Verordnung (EG) Nr. 715/2007 genannten gasförmigen und partikelförmigen Schadstoffe allein darauf zurückgezogen, dass die Fahrkurve nicht erforderlich sei, um die Grenzwerte für diese Emissionen einzuhalten. Dagegen hat die Beklagte das Fehlen jeglicher (messbarer) Auswirkungen allein im Hinblick auf die NOx-Emissionen behauptet. Dieser auf die NOx-Emissionen beschränkte Vortrag ist aber, wie bereits in der Verfügung vom 23. August 2023 dargestellt, nicht ausreichend.

52

(4) Der in der mündlichen Verhandlung vor dem Senat vom Beklagtenvertreter im Hinblick auf die Erörterungen zur Abschalteinrichtung beantragte Schriftsatznachlass war nicht zu gewähren, nachdem die Beklagte bereits mit der zitierten Verfügung vom 23. August 2023 darauf hingewiesen worden war, dass ihr Vortrag zu der Frage, ob es sich bei der veränderten Funktionsweise des NSK im NEFZ um eine Abschalteinrichtung handelt, unzureichend ist. Die erteilten Hinweise waren hinreichend deutlich und mussten auch aufgrund des anschließenden Vortrags der Beklagten nicht weiter präzisiert werden.

53

bb) Die Abschalteinrichtung (anhand der Fahrkurvenerkennung veränderte Funktionsweise des NSK im NEFZ) ist auch unzulässig.

54

Die Beklagte, der die Darlegungs- und Beweislast dafür obliegt, dass die Abschalteinrichtung ausnahmsweise gemäß Art. 5 Abs. 2 Satz 2 der Verordnung (EG) Nr. 715/2007 zulässig ist (BGH, Urteil vom 26. Juni 2023 - VIa ZR 335/21, Rn. 54, juris), hat hierzu nichts Erhebliches vorgebracht. Sie kann sich in diesem Zusammenhang insbesondere nicht darauf berufen, dass das KBA, wie bereits oben (unter 1 b) dargelegt, die Rechtsauffassung vertritt, dass solche Vorrichtungen zulässig seien, die zwar den Prüfstandbetrieb erkennen und abhängig davon den Schadstoffausstoß beeinflussen, aber nicht erforderlich sind, um die Grenzwerte in den Prüfverfahren einzuhalten. Denn nicht die Rechtsauffassung des KBA von der Bedeutung des Art. 5 Abs. 2 der Verordnung (EG) Nr. 715/2007 ist maßgebend, sondern das an der Systematik des Art. 5 Abs. 2 der Verordnung (EG) Nr. 715/2007 orientierte Normverständnis des Gerichtshofs der Europäischen Union (EuGH, Urteil vom 14. Juli 2022 - C-128/20, Rn. 50, 62, 69, juris), nach dem Abschalteinrichtungen nur ausnahmsweise und unter engen Voraussetzungen zulässig sein können (BGH, Urteil vom 26. Juni 2023 - VIa ZR 335/21, aaO Rn. 60). Danach führt es nicht zur ausnahmsweise anzunehmenden Zulässigkeit einer Abschalteinrichtung, wenn die Grenzwerte unter den

Bedingungen des NEFZ auch bei veränderter Funktion eingehalten würden (vgl. auch BGH, Urteil vom 26. Juni 2023 - VIa ZR 335/21, aaO Rn. 51).

55

Soweit die Beklagte sich auf die Umsetzung des gesetzgeberischen Ziels beruft, nur die NOx-Emissionen zu messen, die tatsächlich während einer NEFZ-Prüfstandsfahrt entstehen (GA II 126 f.), dringt sie auch mit diesem Argument nicht durch. Wie bereits in der Verfügung vom 23. August 2023 dargelegt, ist zwar der Vortrag der Beklagten zu der vor Beginn der Prüfstandfahrt erfolgenden Regeneration des NSK und dem damit verfolgten Ziel (Gewährleistung repräsentativer und reproduzierbarer NEFZ-Prüfstandsmessungen) nachvollziehbar. Das gilt aber - auch unter Berücksichtigung des weiteren Beklagtenvortrags - nicht, soweit die Regeneration des NSK während der Prüfstandsfahrt ausschließlich in Abhängigkeit von der zurückgelegten Strecke und nicht wie im realen Fahrbetrieb in Abhängigkeit von der zurückgelegten Strecke oder dem Beladungsstand (als führende Größe) erfolgt. Für ihre Auffassung, dass eine anderenfalls drohende Über- oder Unterschätzung der während einer NEFZ-Prüfstandsfahrt entstehenden Emissionen eine derartige, an eine Fahrkurvenerkennung geknüpfte abweichende Steuerung der NSK-Regenerationen während des NEFZ rechtfertigen soll, benennt die Beklagte keine konkrete Grundlage. Die Auffassung der Beklagten widerspricht auch dem bereits dargestellten Grundsatz, dass Abschalteinrichtungen nur ausnahmsweise und unter engen Voraussetzungen zulässig sein können.

56

cc) Dagegen konnte die Klagepartei das Vorliegen einer weiteren unzulässigen Abschalteinrichtung in Form eines Thermofensters nicht darlegen. Denn das im klägerischen Fahrzeug zum Einsatz kommende Thermofenster kann bereits aus den oben (unter 1 a aa) dargestellten Gründen nicht als unzulässige Abschalteinrichtung klassifiziert werden.

57

b) Die unter a festgestellte Schutzgesetzverletzung erfolgte auch schuldhaft.

58

aa) Für eine Haftung gemäß § 823 Abs. 2 BGB in Verbindung mit § 6 Abs. 1, § 27 Abs. 1 EG-FGV ist ein fahrlässiger Verstoß gegen die EG-Fahrzeuggenehmigungsverordnung erforderlich, aber auch ausreichend (BGH, Urteil vom 26. Juni 2023 - VIa ZR 335/21, Rn. 38, juris). Wegen der objektiv vorliegenden Schutzgesetzverletzung besteht eine Verschuldensvermutung. Dementsprechend muss der Fahrzeughersteller, wenn er eine Übereinstimmungsbescheinigung trotz der Verwendung einer unzulässigen Abschalteinrichtung 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 - VIa ZR 335/21 Rn. 59, juris).

59

Der Zeitpunkt, für den der Vorwurf einer zumindest fahrlässigen Inverkehrgabe einer unzulässigen Abschalteinrichtung widerlegt werden muss, ist der Zeitpunkt in dem der objektive und der subjektive Tatbestand der Pflichtverletzung - zeitlich zusammenfallen. Dieses ist vorliegend das Inverkehrbringen des Fahrzeugs. Zusätzlich ist auf den Zeitpunkt des Abschlusses des Kaufvertrags über das mit einer unzulässigen Abschalteinrichtung versehene Fahrzeug abzustellen, weil 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 11. Dezember 2023 - VIa ZR 340/22, juris Leitsatz; Rn. 12; Urteil vom 26. Juni 2023 - VIa ZR 335/21, juris Rn. 61).

60

bb) Ohne Erfolg beruft die Beklagte sich auf ein fehlendes Verschulden infolge eines unvermeidbaren Verbotsirrtums.

61

Ein 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 erforderlichenfalls beweisen. Zunächst muss der Fahrzeughersteller also darlegen, dass sich sämtliche seiner verfassungsmäßig berufenen Vertreter im Sinne des § 31 BGB über die Rechtmäßigkeit der Abschalteinrichtung mit allen für die Prüfung nach Art. 5 Abs. 2 der Verordnung (EG) Nr. 715/2007 bedeutsamen Einzelheiten im maßgeblichen Zeitpunkt des Fahrzeugkaufs im Irrtum befanden oder im Falle einer Ressortaufteilung den damit verbundenen Pflichten genügten (vgl. BGH, Urteil vom 26. Juni 2023 - VIa ZR 335/21, Juris Rn. 63; BGH, Urteil vom 25. September 2023 - VIa ZR 1/23, Rn. 13 ff. juris).

62

(1) Die Beklagte konnte einen am 30. Juni 2017 bestehenden Verbotsirrtum nicht konkret darlegen.

63

Die Beklagte hat im Schriftsatz 3. Januar 2024 vorgetragen, das KBA habe die Fahrkurvenerkennung zu keiner Zeit beanstandet und mehrfach bestätigt, dass sich seine Rechtsauffassung insoweit seit 2007 nicht geändert habe. Auf diese Einschätzung des KBA habe sie, die Beklagte, vertrauen dürfen.

64

Dieser Vortrag dürfte so zu verstehen sein, dass die Beklagte vorbringen möchte, sie habe bereits zum maßgeblichen Zeitpunkt des Kaufvertragsschlusses die Rechtsauffassung des KBA gekannt und auf die Richtigkeit dieser Auffassung vertraut. Der so verstandene Vortrag der Beklagten ist indessen weder hinreichend dargetan noch unter Beweis gestellt.

65

Die Beklagte verweist unter anderem auf ein Schreiben des KBA vom 10. Mai 2022 (Anlagenkonvolut BB13), in dem auf eine Anfrage der Rechtsanwaltskanzlei P. S. W. & P. (p.) mitgeteilt wurde:

66

"Im Zuge dessen war wesentlicher Bestandteil des Typgenehmigungsverfahrens das Vorlegen offizieller Nachweise durch den Antragsteller, die das Einhalten der Emissionsgrenzwerte in den für das in Rede stehende Fahrzeug relevanten Prüfverfahren belegen. Die Rechtslage nach Art. 5 Abs. 2 lit c) EG (VO) 715/2007 ist im Übrigen seit dem Jahr 2007 unverändert und die Bewertung der Rechtsfrage, dass die Verwendung einer Fahrkurven- oder Prüfstandserkennung keine unzulässige Abschalteinrichtung darstellt, wenn auch bei Deaktivierung der Funktion die Grenzwerte in den Prüfverfahren zur Untersuchung der Auspuffemissionen nicht überschritten werden, wäre in 2014 oder 2015 nicht anders ausgefallen als zum heutigen Zeitpunkt."

67

Zunächst ergibt sich aus dieser Mitteilung gerade nicht, dass das KBA bereits von 2007 an die Auffassung zur sogenannten "Grenzwertkausalität" vertreten hätte. Das KBA weist lediglich darauf hin, dass die Rechtslage seit 2007 unverändert ist. Seit wann genau und aus welchem Anlass das KBA die darauf bezogene Rechtsauffassung vertritt, teilt die Beklagte an keiner Stelle mit.

68

Die weiteren in diesem Zusammenhang vorgelegten Dokumente lassen keinen konkreten Rückschluss darauf zu, ob und gegebenenfalls wann die für die Beklagte handelnden Verantwortlichen sich vor Abschluss des hier betroffenen Kaufvertrages die später vertretene Rechtsauffassung gebildet oder zu Eigen gemacht haben sollen. Auch aus dem Vortrag zur Information des KBA über die Fahrkurvenerkennung und die Abstimmung mit dieser Behörde ergeben sich keine konkreten Anhaltspunkte, ob und gegebenenfalls wann die für die Beklagte handelnden Verantwortlichen sich vor Abschluss des hier betroffenen Kaufvertrages in einem Verbotsirrtum befunden haben sollen. Die Einholung einer amtlichen Auskunft des KBA zu diesen Umständen war daher nicht veranlasst.

69

(2) Da die Beklagte nicht darlegen konnte, dass sie zum maßgeblichen Zeitpunkt einem Verbotsirrtum unterlag, kommt es nicht darauf an, ob ein solcher Irrtum, hätte er denn vorgelegen, unvermeidbar gewesen wäre. Aus diesem Grund besteht auch kein Anlass zur Einholung einer Auskunft des KBA über eine hypothetische Genehmigung (vgl. dazu BGH, Urteil vom 26. Juni 2023 - VIa ZR 335/21, aaO Rn. 65 ff.).

70

c) Die schuldhafte Schutzgesetzverletzung der Beklagten war auch kausal für den der Klagepartei durch den Erwerb des Fahrzeugs entstandenen Differenzschaden (zu diesem siehe sogleich unter d).

71

Zur Erwerbskausalität kann sich die Klagepartei als Anspruchsteller bei der Inanspruchnahme der Beklagten nach § 823 Abs. 2 BGB in Verbindung mit § 6 Abs. 1, § 27 Abs. 1 EG-FGV auf den Erfahrungssatz stützen, dass er den Kaufvertrag jedenfalls zu diesem Kaufpreis nicht geschlossen hätte (BGH, Urteil vom 26. Juni 2023 - VIa ZR 335/21, Rn. 55, juris). Es ist weder vorgetragen noch sonst ersichtlich, dass dies im vorliegenden Fall ausnahmsweise anders gewesen sein könnte. Die Beklagte kann sich, anders als sie meint, auch nicht auf eine Verhaltensänderung berufen.

72

Allerdings kann nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs die Anwendung des Erfahrungssatzes in Frage gestellt sein, wenn der Fahrzeughersteller sein Verhalten vor dem Abschluss des konkreten Erwerbsgeschäfts dahin geändert hat, dass er die Ausrüstung der Fahrzeuge mit Motoren einer dem erworbenen Fahrzeug entsprechenden Baureihe mit einer unzulässigen Abschalteinrichtung in einer Art und Weise bekannt gegeben hat, die einem objektiven Dritten die mit dem Kauf eines solchen Kraftfahrzeugs verbundenen Risiken verdeutlichen muss, was der Fahrzeughersteller darzulegen und zu beweisen hat (vgl. BGH, Urteil vom 26. Juni 2023 - VIa ZR 335/21, Rn. 57, juris).

73

Dazu hat die Beklagte im Wesentlichen vorgetragen, dass sie das KBA bereits im Oktober 2015 darüber informiert habe, dass in bestimmten Fahrzeugen mit EA288-Motor eine Fahrkurvenerkennung hinterlegt sei. Zudem habe sie ab Ende 2015 in Abstimmung mit dem KBA die Beseitigung der Fahrkurvenerkennung in den neu zu produzierenden Fahrzeugen veranlasst. Darüber hinaus habe die Beklagte in Abstimmung mit dem KBA Software-Updates für EA288-Feldfahrzeuge entwickelt, die bereits zuvor produziert worden waren. Mit der Maßnahme seien die in bestimmten, schon produzierten und im Feld befindlichen Fahrzeugen hinterlegte Fahrkurvenerkennung freiwillig entfernt worden. Halter von Fahrzeugen, für die eine entsprechende Maßnahme zur Verfügung gestanden habe, seien mittels eines Halteranschreibens bzw. einer Kundeninformation darauf hingewiesen worden, dass für das jeweilige Fahrzeug ein freiwilliges und kostenloses Software-Update zur Reduzierung der NOx-Emissionen zur Verfügung stehe.

74

Dieser Vortrag, der zugunsten der Beklagten als wahr unterstellt werden kann, erfüllt nicht die vom Bundesgerichtshof formulierten Voraussetzungen für eine die Erwerbskausalität in Frage stellende Verhaltensänderung. Denn durch die von der Beklagten vorgebrachte Information des KBA und die Zusammenarbeit mit dieser Behörde sowie die späteren Halteranschreiben und Kundeninformationen hat die Beklagte die Ausrüstung von Fahrzeugen mit Motoren einer dem erworbenen Fahrzeug entsprechenden Baureihe mit einer unzulässigen Abschalteinrichtung nicht in einer Art und Weise bekannt gegeben, die einem objektiven Dritten die mit dem Kauf eines solchen Kraftfahrzeugs verbundenen Risiken verdeutlicht hätte. Vielmehr ist weder vorgetragen noch sonst ersichtlich, dass überhaupt die Öffentlichkeit von der Beklagten über die in Motoren der Baureihe EA288 verwendete Fahrkurvenerkennung informiert worden wäre. Die bloße Information von Haltern, die ein entsprechendes Fahrzeug bereits gekauft hatten, war nicht ausreichend.

75

d) Der Klagepartei ist ein ersatzfähiger Differenzschaden in Höhe von 2.801,18 € entstanden (aa), auf den im Wege der Vorteilsausgleichung ein Betrag von 1.400,59 € anzurechnen ist (bb).

76

aa) Da die Beklagte wegen des enttäuschten Vertrauens des Käufers auf die Richtigkeit der Übereinstimmungsbescheinigung für die aus dem Vertragsschluss folgenden Schäden haftet, kommt es für den Vermögensvergleich auf den Zeitpunkt des Vertragsschlusses an (BGH, Urteil vom 26. Juni 2023 - VIa ZR 335/21, Rn. 42, juris). Der Schaden des Käufers liegt in dem Betrag, um den er den Kaufgegenstand mit Rücksicht auf die mit der unzulässigen Abschalteinrichtung verbundenen Risiken zu teuer erworben hat (BGH, Urteil vom 26. Juni 2023 - VIa ZR 335/21 Rn. 40, juris).

77

Dieser Betrag ist nach § 287 Abs. 1 Satz 1 ZPO unter Würdigung aller Umstände innerhalb eines Rahmens von 5% - 15% des Kaufpreises nach freier Überzeugung des Tatrichters zu schätzen (BGH, Urteil vom 26. Juni 2023 - VIa ZR 335/21, Rn. 72 ff., juris). Bei der Schätzung des Schadens innerhalb eines Rahmens zwischen 5% und 15% hat der Tatrichter bei der Bestimmung des objektiven Werts des Fahrzeugs im Zeitpunkt des Vertragsschlusses die mit der Verwendung einer unzulässigen Abschalteinrichtung verbundenen Nachteile, insbesondere das Risiko behördlicher Anordnungen, zu berücksichtigen. Weiter hat er den Umfang in Betracht kommender Betriebsbeschränkungen und die Eintrittswahrscheinlichkeit solcher Beschränkungen mit Rücksicht auf die Einzelfallumstände in den Blick zu nehmen. Maßgebend ist dabei eine auf den Zeitpunkt des Vertragsschlusses bezogene Betrachtung. Über diese originär schadensrechtlichen Gesichtspunkte hinaus hat der Tatrichter das Gewicht des der Haftung zugrundeliegenden konkreten Rechtsverstoßes für das unionsrechtliche Ziel der Einhaltung gewisser Emissionsgrenzwerte sowie den Grad des Verschuldens nach Maßgabe der Umstände des zu beurteilenden Einzelfalls zu bewerten, um so dem Gebot einer verhältnismäßigen Sanktionierung auch bezogen auf den zu würdigenden Einzelfall Rechnung zu tragen (BGH, Urteil vom 26. Juni 2023 - VIa ZR 335/21, aaO Rn. 76 f.)

78

Nach dieser Maßgabe ist im vorliegenden Fall nach Überzeugung des Senats ein Schaden in Höhe von 7,5% des Kaufpreises entstanden. Bei der Bemessung ist zu berücksichtigen, dass das Risiko behördlicher Beschränkungen zum maßgeblichen Zeitpunkt des Vertragsschlusses - ausgehend von der seinerzeit vom KBA vertretenen Auffassung - gering war, da die Grenzwerte auch ohne die unzulässige Abschalteinrichtung eingehalten wurden. Ein nicht völlig unbedeutendes und deshalb bei der Schadensbemessung zur berücksichtigendes Rückrufrisiko bestand jedoch bereits zu diesem Zeitpunkt, weil die Frage, unter welchen Voraussetzungen von einer unzulässigen Abschalteinrichtung im Sinne des Art. 3 Nr. 10, Art. 5 Abs. 2 Satz 1 der Verordnung (EG) Nr. 715/2007 auszugehen ist, in der Rechtsprechung noch nicht geklärt war. Das Gewicht des Rechtsverstoßes für die unionsrechtlichen Ziele der Einhaltung der Emissionsgrenzwerte erscheint angesichts der Einhaltung der Grenzwerte auch ohne die Funktion nicht gravierend. Andererseits kann der Grad des Verschuldens aufgrund der hier verwendeten Fahrkurvenerkennung, durch die der Prüfstand erkannt wurde (vgl. dazu BGH, Beschluss vom 19. Januar 2021 - VI ZR 433/19, juris, Rn. 18 f.), nicht mehr als geringfügig angesehen werden. Unter Berücksichtigung aller Umstände war der Differenzschaden somit in der unteren Hälfte des Rahmens und dort im mittleren Bereich (7,5%) anzusiedeln. Der Schaden von 7,5% des Kaufpreises liegt damit bei 2.801,18 €.

79

bb) Auf diesen Schaden ist aufgrund einer schadensmindernden Berücksichtigung später eintretender Umstände im Wege der Vorteilsausgleichung (vgl. dazu BGH, Urteil vom 26. Juni 2023 - VIa ZR 335/21, aaO Rn. 80 mwN) ein Betrag von 1.400,59 € anzurechnen.

80

(1) Allerdings kommt eine schadensmindernde Berücksichtigung anzurechnender Nutzungsvorteile und des Restwerts des Fahrzeugs im Streitfall nicht in Betracht.

81

Auf den Differenzschaden sind Nutzungsvorteile und der Restwert des Fahrzeugs im Wege der Vorteilsausgleichung insoweit schadensmindernd anzurechnen, als sie den Wert des Fahrzeugs bei Abschluss des Kaufvertrags (gezahlter Kaufpreis abzüglich Differenzschaden) übersteigen (vgl. BGH, Urteil vom 24. Januar 2022 - VIa ZR 100/21, Rn. 17 ff.; BGH, Urteil vom 26. Juni 2023, aaO, Rn. 80; jeweils mwN).

82

Zunächst hat die Klagepartei 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, aaO Rn. 24). Daraus ergibt sich unter Berücksichtigung der erwartbaren Gesamtlaufleistung von 300.000 km (§ 287 ZPO) und dem in der mündlichen Verhandlung vor dem Senat mitgeteilten Kilometerstand am 10. Januar 2024 (130.530 km) folgende Berechnung des Nutzungsvorteils:

83

Kaufpreis37.349,00 €Km-Stand z.Zt. des Kaufs7516Km-Stand am 10. Januar 2024 ergibt:130530Restlaufleistung z.Zt. des Kaufs (Gesamtleistung 300.000 km)292484Vorteil/km0,127695874gefahrene km123014Nutzungsvorteil15.708,38 €

84

Addiert man zu dem so ermittelten Nutzungsvorteil von 15.708,38 € den von der Beklagten durch Vorlage der Anlage BB9 vorgetragenen Restwert von 16.910 €, ergibt sich eine Summe aus Nutzungsvorteilen und Restwert von 32.618,38 €. Diese Summe übersteigt den bei einem Differenzschaden von 7,5% anzunehmenden Wert des Fahrzeugs bei Abschluss des Kaufvertrags (gezahlter Kaufpreis abzüglich Differenzschaden = 34.547,83 €) nicht, so dass eine Anrechnung nicht in Betracht kommt.

85

(2) Der Anspruch auf Ersatz des Differenzschadens ist jedoch wegen eines zur Verfügung stehenden Software-Updates zur Beseitigung der Fahrkurvenerkennung zu reduzieren.

86

Eine etwaige Aufwertung des Fahrzeugs durch ein Software-Update als nachträgliche Maßnahme der Beklagten, die gerade der Beseitigung der Prüfstanderkennungssoftware dienen soll, ist als Vorteil zu berücksichtigen. Eine Schadensminderung kann damit allerdings nur verbunden sein, wenn und soweit das Software-Update die Gefahr von Betriebsbeschränkungen signifikant reduziert (vgl. BGH, Urteil vom 6. Juli 2021 - VI ZR 40/20, BGHZ 230, 224, Rn. 24; Urteil vom 26. Juni 2023 - VIa ZR 335/21, Rn. 80). Wenn und soweit die Klagepartei sich dem Aufspielen eines solchen Software-Updates verschließt, verstößt sie gegen ihre Schadensminderungspflicht aus § 254 Abs. 2 Satz 1 Fall 2 BGB; in diesem Fall muss sie sich bei der Bemessung des Differenzschadens gemäß § 242 BGB so behandeln lassen, als hätte sie einen aus dem Software-Update resultierenden Vorteil tatsächlich erzielt (vgl. BGH, Urteil vom 23. Oktober 2023 - VIa ZR 468/21, juris Rn. 14).

87

Dazu hat die Beklagte im Schriftsatz vom 28. September 2023 vorgetragen (GA II 148), dass die Fahrkurvenerkennung im hier betroffenen Fahrzeug durch ein vom KBA freigegebenes Software-Update entfernt werden könne. Die Klagepartei habe das ihr zur Verfügung stehende Software-Update unter Verstoß gegen ihre Schadensminderungsobliegenheit nicht aufgespielt. Dem ist die Klagepartei, wie in der mündlichen Verhandlung vor dem Senat erörtert, nicht entgegengetreten, so dass im Streitfall anzunehmen ist, dass sie sich dem Aufspielen des zur Verfügung stehenden Software-Updates verschlossen hat.

88

Damit liegen die Voraussetzungen für die Berücksichtigung eines Software-Updates im Streitfall vor, denn einerseits hat sich die Klagepartei dem Aufspielen eines ihr zur Verfügung stehenden Software-Updates verschlossen, andererseits entfiele durch dieses Software-Update und die damit verbundene Beseitigung

der Fahrkurvenerkennung der Anknüpfungspunkt dafür, dass unter Prüfstandsbedingungen die Regeneration des NSK abweichend vom realen Fahrbetrieb gesteuert wird. Dadurch würde das trotz der vom KBA vertretenen Auffassung zur sogenannten Grenzwertkausalität bestehende Rückrufrisiko (hierzu oben unter aa) signifikant reduziert. Anders als die Beklagte hält der Senat es indessen nicht für gerechtfertigt, den Differenzschaden durch das mögliche Software-Update als vollständig ausgeglichen anzusehen. Denn auch das Software-Update könnte sich nach der Installation trotz der damit verbundenen Entfernung der unzulässigen Abschalteinrichtung jedenfalls bei einem späteren Weiterverkauf des Fahrzeugs nachteilig auswirken. So hat die Beklagte selbst als Anlage BB4 beispielhaft eine "Wichtige Kundeninformation" zu der Aktionsnummer 23X4 vorgelegt. Darin heißt es unter anderem:

89

"Für ihr Fahrzeug wurde durch VW ein freiwilliges Software-Update des Motorsteuergerätes entwickelt, das eine Reduzierung der Stickoxidemissionen ihres Fahrzeugs, also eine Verbesserung des Abgasverhaltens bewirkt.

90

Zur einheitlichen Erfassung und Dokumentation der durchgeführten Maßnahmen in Deutschland hat die deutsche Genehmigungsbehörde (Kraftfahrt-Bundesamt) diese Softwareaktualisierung durch die Erteilung einer Allgemeinen Betriebserlaubnis nach § 22 StVZO (ABE für Fahrzeugteile) genehmigt.

91

In Deutschland wird nach Aktionsdurchführung das Fahrzeug mit einem Aufkleber gekennzeichnet, wodurch die ABE für das durchgeführte Softwareupdate angezeigt wird. Eine Kopie der ABE wird dem Kunden ausgehändigt. Diese ABE hat keinen Einfluss auf die durch das Kraftfahrt-Bundesamt erteilte EG-Typgenehmigung, die unverändert gültig bleibt.

92

Im Hinblick auf die deutsche Gesetzgebung (§ 19 Abs. 2 S. 2 Nr. 3 StVZO) wird ausdrücklich festgestellt, dass das durch die ABE genehmigte Software-Update das Abgas- oder Geräuschverhalten des Fahrzeugs nicht verschlechtert.

93

Die an VW erteilte Allgemeine Betriebserlaubnis für das freiwillige Software-Update enthält einen Passus, nach dem auf die Mitführung einer Kopie der ABE im Fahrzeug verzichtet werden kann. Im Falle einer Verkehrskontrolle, Hauptuntersuchung oder Zulassung in Deutschland dürfen Ihnen somit keine Nachteile dadurch entstehen, dass die Kopie der ABE nicht mitgeführt oder nicht vorgelegt wird.

...

94

Bitte legen Sie diese Information ihrem Bordbuch bei und informieren Sie bei einem eventuellen Verkauf ihres Fahrzeuges den Käufer über diese nur in Deutschland geltende Regelung."

95

Die Beklagte bittet die betroffenen Fahrzeughalter also selbst darum, im Falle eines Weiterverkaufs den potentiellen Käufer über das Software-Update zu informieren. Das kann aber zur Erschwerung des Weiterverkaufs führen, weil Kaufinteressenten durch diese Information vom Kauf abgeschreckt werden könnten. Dies zum einen, weil das durchgeführte Software-Update vor dem Hintergrund des in großen Teilen der Öffentlichkeit bekannten Diesel-Abgasskandals als Hinweis auf eine ursprünglich vorhandene unzulässige Abschalteinrichtung angesehen werden könnte, und zum anderen, weil eine gewisse Skepsis gegenüber Software-Updates zur Verbesserung des Abgasverhaltens - insbesondere wegen möglicher Auswirkungen auf Verbrauch und Leistung - besteht und dies auch öffentlich diskutiert wird (siehe dazu z.B. https://www.adac.de/rund-ums-fahrzeug/autokatalog/ecotest/test-vw-updates-schummelsoftware/). Dabei kommt es nicht darauf an, ob diese Skepsis allgemein oder im Einzelfall begründet ist, sondern darauf, dass mögliche nachteilige Folgen von Software-Updates öffentlich diskutiert werden und dies dazu führen kann, dass sich Kaufinteressenten lieber für ein anderes, nicht von einer solchen Maßnahme

betroffenes Fahrzeug entscheiden (vgl. auch OLG Schleswig, Urteil vom 8. Dezember 2023 - 1 U 105/20, juris, Rn. 122).

96

Nach alledem schätzt der Senat den mit dem Software-Update verbundenen Vorteil gemäß § 287 Abs. 1 ZPO unter Berücksichtigung aller Umstände auf 50% des Differenzschadens (so auch OLG Schleswig, aaO), hier also (2.801,18 €: 2 =) 1.400,59 €.

97

(3) Auf den Differenzschaden (2.801,18 €) ist damit im Wege der Vorteilsausgleichung ein Betrag von 1.400,59 € anzurechnen; es verbleiben 1.400,59 €.

98

6. Der Zinsanspruch folgt aus §§ 291, 288 Abs. 1 BGB. Da es sich bei dem Differenzschaden gegenüber dem "großen" Schadensersatz lediglich um unterschiedliche Methoden der Schadensberechnung handelt (BGH, Urteil vom 26. Juni 2023 - VIa ZR 335/21, Rn. 45, juris), war der nun zugesprochene Anspruch als Minus in den ursprünglichen Klageanträgen enthalten. Er ist daher antragsgemäß ab dem auf die Rechtshängigkeit folgenden Tag zu verzinsen. Die Klage wurde der Beklagten am 5. Oktober 2021 zugestellt (GA I 77), sodass die Forderung ab dem 6. Oktober 2021 zu verzinsen ist.

99

7. Der Klagepartei steht der mit dem Antrag zu 2 geltend gemachte Anspruch auf Freistellung von ihren vorgerichtlich entstandenen Rechtsanwaltskosten dagegen nicht zu. Ein solcher Anspruch scheitert vorliegend jedenfalls daran, dass die Klagepartei vorgerichtlich allein verlangt hat so gestellt zu werden, als hätte sie den Kaufvertrag nicht abgeschlossen. Ein Anspruch auf eine solche Rückabwicklung des Kaufvertrages nach den Grundsätzen des "großen" Schadensersatzes, der allein auf § 826 BGB gestützt werden könnte, stand der Klagepartei aber zu keinem Zeitpunkt zu (siehe oben, unter 1).

100

Die Klagepartei durfte zudem die anwaltliche Geltendmachung eines deutlich überhöhten Anspruchs nicht für erforderlich halten. Die vorgerichtlich geltend gemachte Forderung (siehe Anlage K4) lag bei über 27.000 € und war damit gegenüber der berechtigten Forderung deutlich überhöht. Eine derart überhöhte Forderung lässt auch unter Berücksichtigung der Zug-um-Zug-Leistung den tatsächlich geschuldeten Betrag so in den Hintergrund treten, dass sich die Beklagte hinsichtlich des tatsächlich geschuldeten Betrages berechtigterweise als nicht gemahnt ansehen konnte und die Mahnung daher ohne Rechtswirkung blieb (vgl. BeckOGK/Dornis, 1.10.2022, BGB § 286 Rn. 167). Schließlich ist zu berücksichtigen, dass der einzig bestehende Anspruch aus § 823 Abs. 2 BGB zum Zeitpunkt der vorgerichtlichen Geltendmachung im Juli 2021 in der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes verneint wurde. Die vorgerichtliche Geltendmachung war daher zum Zeitpunkt des Forderungsschreibens erkennbar aussichtslos.

101

8. Die Nebenentscheidungen beruhen hinsichtlich der Kosten auf § 92 Abs. 1 und § 97 Abs. 1 ZPO und hinsichtlich der vorläufigen Vollstreckbarkeit auf § 708 Nr. 10, § 711, § 713, § 544 Abs. 2 Nr. 1 ZPO. Die Voraussetzungen für eine Zulassung der Revision (§ 543 Abs. 2 ZPO) liegen nicht vor.

Hinweis:
Hinweis: Das Dokument wurde redaktionell aufgearbeitet und unterliegt in dieser Form einem besonderen urheberrechtlichen Schutz. Eine Nutzung über die Vertragsbedingungen der Nutzungsvereinbarung hinaus - insbesondere eine gewerbliche Weiterverarbeitung außerhalb der Grenzen der Vertragsbedingungen - ist nicht gestattet.