

**Oberlandesgericht Hamm
-Geschäftsstelle-**



-I-27- Oberlandesgericht Hamm, [REDACTED]

09.02.2024

Seite 1 von 1

Rechtsanwälte
Gansel Rechtsanwälte

[REDACTED]

Aktenzeichen

I-27 U 36/23

bei Antwort bitte angeben

Bearbeiter

Frau

[REDACTED]

Durchwahl

02381-272-2302

Ihr Zeichen: [REDACTED]

Sehr geehrte Damen und Herren,

in dem Rechtsstreit

[REDACTED] gegen Mercedes-Benz Group
AG

erhalten Sie die Anlage(n) zur Kenntnis.

Mit freundlichen Grüßen

[REDACTED]

Justizbeschäftigte

Anschrift

[REDACTED]

Sprechzeiten

Mo-Fr. 08:30-12:00, Mo-Do.

14:00-15:30, Fr. 14:00-14:30

Telefon

02381-272-0

Telefax:

02381/272-518

Nachtbriefkasten:

[REDACTED]

Konten der Zahlstelle [REDACTED]:

IBAN

DE57440000000041001510

Verkehrsanbindung: ab Hbf.

Linie 5, 6 oder 13 bis Haltestelle

[REDACTED]/OLG,

Parkplatz: Arnold-Freymuth-

Straße, [REDACTED]

Daten in Rechtssachen durch die Justiz in Nordrhein-
enschutz/rechtssachen.

I.

I-27 U 36/23
6 O 304/20
Landgericht Dortmund



Oberlandesgericht Hamm

IM NAMEN DES VOLKES

Urteil

In dem Rechtsstreit

des Herrn [REDACTED],

[REDACTED]

[REDACTED],

Klägers und Berufungsklägers,

Prozessbevollmächtigte:

Rechtsanwälte Gansel, [REDACTED],

[REDACTED],

gegen

die Mercedes-Benz Group AG, vertreten durch den Vorstand,

[REDACTED],

Beklagte und Berufungsbeklagte,

Prozessbevollmächtigte:

[REDACTED],

[REDACTED]

[REDACTED],

hat der 27. Zivilsenat des Oberlandesgerichts Hamm

auf die mündliche Verhandlung vom 01.02.2024

durch den Vorsitzenden Richter am Oberlandesgericht Dr. Wieseler, den Richter am

Oberlandesgericht Dr. Bahrenberg und den Richter am Oberlandesgericht Pelzer

für Recht erkannt:

Auf die Berufung des Klägers wird das am 10. Februar 2023 verkündete Urteil der Einzelrichterin der 6. Zivilkammer des Landgerichts Dortmund teilweise abgeändert.

Die Beklagte wird verurteilt, an den Kläger 2.214,00 EUR nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 31. Dezember 2020 zu zahlen.

Im Übrigen wird die Klage abgewiesen.

Die weitergehende Berufung wird zurückgewiesen.

Die Kosten des Rechtsstreits erster Instanz werden dem Kläger zu 93 Prozent und der Beklagten zu 7 Prozent auferlegt. Die Kosten des Berufungsverfahrens werden dem Kläger zu 91 Prozent und der Beklagten zu 9 Prozent auferlegt.

Das Urteil vorläufig vollstreckbar.

G r ü n d e :

I.

Von der Darstellung eines Tatbestandes wird gemäß §§ 540 Abs. 2, 313 a Abs. 1 ZPO i.V.m. § 544 Abs. 2 Nr. 1 ZPO abgesehen.

II.

Die zulässige Berufung ist teilweise begründet.

Der Kläger hat mit der Berufung seine erstinstanzlichen Klageanträge zunächst im Wesentlichen weiter verfolgt. Im Verlauf des Berufungsverfahrens hat er seine Anträge in gemäß § 533 ZPO zulässiger Weise dahin geändert, dass er mit dem Berufungsantrag zu 1. Ersatz des ihm entstandenen Differenzschadens und mit dem Berufungsantrag zu 2. Erstattung seiner vorgerichtlichen Anwaltskosten, jeweils nebst Zinsen seit Rechtshängigkeit, verlangt hat, wobei er im Rahmen des

Berufungsantrages zu 1. zunächst einen Differenzschaden in Höhe von 5.535,00 EUR und zuletzt einen Differenzschaden in Höhe von nur noch 2.952,00 EUR geltend gemacht hat.

1. Berufungsantrag zu 1.

Der Berufungsantrag zu 1. ist in Höhe von 2.214,00 EUR nebst Zinsen begründet.

a) Dem Kläger steht allerdings kein Schadensersatzanspruch aus § 826 BGB zu.

Es fehlt bereits an einem sittenwidrigen Verhalten der Beklagten gegenüber dem Kläger.

Sittenwidrig ist ein Verhalten, das nach seinem Gesamtcharakter gegen das Anstandsgefühl aller billig und gerecht Denkenden verstößt. Hierfür reicht es regelmäßig nicht aus, dass der Handelnde eine Pflicht verletzt und einen Vermögensschaden hervorruft. Vielmehr muss eine besondere Verwerflichkeit seines Verhaltens hinzukommen, die sich aus dem verfolgten Ziel, den eingesetzten Mitteln, der zutage getretenen Gesinnung oder den eingetretenen Folgen ergeben kann (BGH Urteil vom 25.05.2020, Az. VI ZR 252/19; NJW 2019, 2164 ff.; ZIP 2016, 2023 ff.). Im Rahmen der erforderlichen Gesamtwürdigung sind die Kenntnisse, Absichten und Beweggründe des Handelnden zu berücksichtigen (BGH aaO.). Die Verwerflichkeit kann sich auch aus einer bewussten Täuschung ergeben (BGH Urteil vom 25.05.2020, Az. VI ZR 252/19; ZIP 2016, 2023 ff.). Insbesondere bei mittelbaren Schädigungen ist erforderlich, dass der Handelnde gerade auch demjenigen gegenüber sittenwidrig gehandelt hat, der den Anspruch aus § 826 BGB geltend macht (BGH Urteil vom 25.05.2020, Az. VI ZR 252/19; NJW 2019, 2164 ff.).

Nach der Rechtsprechung des BGH, der der Senat folgt, handelt ein Fahrzeughersteller sittenwidrig, wenn er auf der Grundlage einer strategischen Entscheidung bei der Motorenentwicklung im eigenen Kosten- und Gewinninteresse durch bewusste und gewollte Täuschung des Kraftfahrt-Bundesamtes Fahrzeuge in den Verkehr bringt, deren Motorsteuerungssoftware bewusst und gewollt so programmiert ist, dass die gesetzlichen Abgasgrenzwerte nur auf dem Prüfstand eingehalten werden. Denn damit geht einerseits eine erhöhte Belastung der Umwelt mit Stickoxiden und andererseits die Gefahr einher, dass bei Aufdeckung dieses

Sachverhalts eine Betriebsbeschränkung oder -untersagung hinsichtlich der betroffenen Fahrzeuge erfolgen könnte. Ein solches Verhalten ist im Verhältnis zu einer Person, die eines dieser Fahrzeuge in Unkenntnis der vorhandenen unzulässigen Abschaltseinrichtung erwirbt, als besonders verwerflich anzusehen. Dies gilt auch im Falle des Kaufs eines Gebrauchtwagens (vgl. grundlegend BGH Urteil vom 25.05.2020, Az. VI ZR 252/19).

aa) Danach kann die Verwendung des Thermofensters ein sittenwidriges Handeln der Beklagten nicht begründen.

Das vorhandene Thermofenster bewirkt, dass die Abgasrückführung bei kühleren und besonders hohen Temperaturen reduziert und schließlich abgeschaltet wird mit der Folge eines höheren Stickoxidausstoßes. Dahinstehen kann, ob es sich bei dem Thermofenster um eine unzulässige Abschaltseinrichtung nach Art. 5 Abs. 2 S. 1 VO (EG) 715/2007 handelt. Denn in der Verwendung des Thermofensters kann jedenfalls kein sittenwidriges Verhalten der Beklagten gesehen werden.

Wie der BGH mehrfach entschieden hat (vgl. Urteile vom 16.09.2021, AZ. VII ZR 190/20, VII ZR 286/20, VII ZR 321/20 und VII ZR 322/20; Urteil vom 13.07.2021, Az. VI ZR 128/20; Beschlüsse vom 09.03.2021, Az. VI ZR 889/20, und 19.01.2021, Az. VI ZR 433/19), ist ein Thermofenster mit der Umschaltlogik der VW-Motoren der Baureihe EA 189 nicht vergleichbar, weil es im Grundsatz auf dem Prüfstand und im Straßenbetrieb in gleicher Weise arbeitet. Daher müssen zur objektiven Unzulässigkeit des Thermofensters weitere [REDACTED] hinzutreten, um die Verwendung des Thermofensters als sittenwidrig erscheinen zu lassen (BGH aaO.).

Die Annahme von Sittenwidrigkeit setzt danach jedenfalls voraus, dass die auf Seiten der Beklagten handelnden Personen beim Inverkehrbringen des streitgegenständlichen Fahrzeugs oder bei dessen Verkauf an den Kläger in dem Bewusstsein gehandelt haben, eine unzulässige Abschaltseinrichtung zu verwenden, und den hierin liegenden Gesetzesverstoß billigend in Kauf genommen haben (vgl. BGH aaO.). Dies kann nicht zugunsten des Klägers festgestellt werden.

Ein Bewusstsein der Rechtswidrigkeit auf Seiten der Beklagten im Zeitpunkt des Inverkehrbringens des streitgegenständlichen Fahrzeugs oder bei dessen Verkauf an den Kläger ergibt sich nicht daraus, dass sie das Thermofenster so bedatet hat, dass

es auf den Temperaturbereich des Prüfstandes zugeschnitten war. Auf dem Prüfstand herrschen Temperaturen von 20 bis 30 Grad Celsius. Vor diesem Hintergrund genügt es für eine Ausrichtung des Thermofensters an Prüfstandsbedingungen nicht, wenn die Abgasrückführung etwa bei Unterschreitung einer Temperatur von 17 Grad Celsius oder 15 Grad Celsius reduziert wird (vgl. BGH Urteil vom 16.09.2021, Az. VII ZR 190/20; Urteil vom 13.07.2021, Az. VI ZR 128/20; Beschluss vom 09.03.2021, Az. VI ZR 889/20). Selbst bei einer schrittweisen Reduzierung der Abgasrückführung unmittelbar außerhalb des Temperaturbereichs von 20 bis 30 Grad Celsius liegt regelmäßig keine Prüfstandsausrichtung vor, weil die Abgasrückführung außerhalb dieses Temperaturbereichs nicht vollständig abgeschaltet wird, sondern - wenn auch in reduziertem Umfang - weiterhin aktiv bleibt (vgl. BGH Beschluss vom 15.09.2021, Az. VII ZR 2/21). Das erstinstanzliche Vorbringen des Klägers zur ursprünglichen Bedatung des Thermofensters bei dem streitgegenständlichen Fahrzeug vor Aufspielen des Software-Updates war widersprüchlich. In der Berufungsinstanz hat der Kläger behauptet, dass die Abgasrückführung außerhalb des Temperaturbereichs von 17 bis 33 Grad Celsius reduziert worden sei. Die Beklagte hat zur ursprünglichen Bedatung des Thermofensters erstinstanzlich nicht konkret vorgetragen; in der Berufungsinstanz hat sie dargelegt, dass die Abgasrückführung erst unterhalb einer Außentemperatur von 7 Grad Celsius reduziert worden sei. Im Ergebnis kann die Verwendung des Thermofensters in seiner ursprünglichen Bedatung somit nach sämtlichen von den Parteien vorgetragenen Bedatungsvarianten keine Sittenwidrigkeit begründen. Anhaltspunkte für ein Bewusstsein der Rechtswidrigkeit auf Seiten der Beklagten bezüglich des Thermofensters - wie auch für die anderen hier in Rede stehenden Abschaltseinrichtungen - ergeben sich auch nicht aus den vom Kläger mit der Berufungsbegründung vorgelegten Dokumenten der [REDACTED], die Motorsteuergeräte mit der entsprechenden Software u.a. für Fahrzeuge der Beklagte hergestellt hat. Insoweit fehlt ein konkreter Bezug zu den im streitgegenständlichen Fahrzeug verwendeten Abschaltseinrichtungen und ihrer jeweiligen Bedatung. Hinsichtlich des Thermofensters kommt hinzu, dass das Kraftfahrt-Bundesamt als zuständige Genehmigungsbehörde Thermofenster in der Vergangenheit in ständiger Verwaltungspraxis genehmigt und für rechtmäßig gehalten hat, so dass ein Bewusstsein der Rechtswidrigkeit auf Seiten der Beklagten insoweit nicht unterstellt werden kann.

Soweit sich der Kläger darauf gestützt hat, dass die Beklagte das Thermofenster - wie auch die anderen hier in Rede stehenden Abschaltseinrichtungen - im Typgenehmigungsverfahren nicht im Einzelnen offengelegt habe, war eine genaue Beschreibung der Emissionsstrategien nach damaliger Rechtslage nicht erforderlich, wie sich auch der von der Beklagten vorgelegten Auskunft des Kraftfahrt-Bundesamtes vom 18.03.2021 in dem Rechtsstreit 7 U 284/19 OLG Celle (enthalten im Anlagenordner zum Schriftsatz der Beklagten vom 22.09.2021) entnehmen lässt. Vor diesem Hintergrund kann sich aus der unterbliebenen Offenlegung kein Indiz für ein Bewusstsein der Rechtswidrigkeit auf Seiten der Beklagten ergeben.

Dahinstehen kann, ob der von der Beklagten zur Rechtfertigung des Thermofensters angeführte Motorschutz technisch auch auf anderem Wege als durch das Thermofenster hätte erreicht werden können. Denn selbst wenn man dies zugunsten des Klägers unterstellt, würde dies nicht die Annahme rechtfertigen, dass der Beklagten bei Inverkehrbringen des Fahrzeugs bewusst war, dass der Ausnahmetatbestand des Art. 5 Abs. 2 S. 2 a) VO (EG) 715/2007 nicht einschlägig ist und das Thermofenster eine unzulässige Abschaltseinrichtung darstellt. Der Ausnahmetatbestand des Art. 5 Abs. 2 S. 2 a) VO (EG) 715/2007 konnte - jedenfalls bis zur EuGH-Entscheidung vom 17.12.2020 (Az. C-693/18) - bei weiter Auslegung auch dahin verstanden werden, dass ein Thermofenster selbst dann zulässig ist, wenn es dem Eintritt von Motorschäden durch Verschleißerscheinungen vorbeugen soll und andere technische Möglichkeiten zum Schutz des Motors zur Verfügung gestanden hätten.

bb) Auch die Verwendung der Kühlmittelsolltemperatur-Regelung kann ein sittenwidriges Verhalten der Beklagten nicht begründen.

Unstreitig verfügte das streitgegenständliche Fahrzeug bis zum Software-Update über ein geregeltes Kühlmittelthermostat, welches bewirkte, dass unter bestimmten Bedingungen die Kühlmittelsolltemperatur von 100 Grad Celsius auf 70 Grad Celsius reduziert wurde mit der Folge eines geringeren Stickoxidausstoßes.

Zwar setzt die Annahme eines Bewusstseins der Rechtswidrigkeit auf Seiten der Beklagten hinsichtlich der Kühlmittelsolltemperatur-Regelung nicht zwingend voraus, dass eine Prüfstandserkennung stattgefunden hat und die Reduzierung der

Kühlmittelsolltemperatur mit der hieraus resultierenden Verminderung des Stickoxidausstoßes ausschließlich auf dem Prüfstand erfolgt ist. Vielmehr läge ein Bewusstsein der Rechtswidrigkeit auch dann nahe, wenn die Bedatung des Kühlmittelthermostats bewusst dergestalt auf den Prüfstandsbetrieb zugeschnitten gewesen wäre, dass die Reduzierung der Kühlmittelsolltemperatur nahezu ausschließlich auf dem Prüfstand erfolgt ist, ohne dass hierfür sachliche Gründe ersichtlich sind.

Ob eine solche Bedatung vorgelegen hat, kann indes dahinstehen. Denn der Sittenwidrigkeit steht jedenfalls entgegen, dass der hier maßgebliche Euro 6 - Stickoxidgrenzwert bei dem streitgegenständlichen Fahrzeug auf dem Prüfstand unabhängig von der Aktivierung der Kühlmittelsolltemperatur-Regelung eingehalten wurde.

Die Beklagte hat vorgetragen, dass der Euro 6 - Stickoxidgrenzwert bei dem streitgegenständlichen Fahrzeug unabhängig von der Verwendung der Kühlmittelsolltemperatur-Regelung eingehalten worden sei und hierin der Grund dafür liege, dass das Kraftfahrt-Bundesamt von einem Rückruf abgesehen habe. Der Kläger hat demgegenüber zwar behauptet, dass der Stickoxidgrenzwert bei dem von ihm angekauften Fahrzeug auf dem Prüfstand ohne die Kühlmittelsolltemperatur-Regelung überschritten worden wäre. Hierbei handelt es sich nach den vom BGH aufgestellten Grundsätzen (vgl. BGH NJW 2020, 1740 ff.) jedoch um willkürliches, prozessual unbeachtliches Vorbringen ins Blaue hinein. Denn für das Vorliegen einer Grenzwertkausalität bei dem hier in Rede stehenden Fahrzeug fehlen jegliche Anhaltspunkte. Dem Senat ist aus einer Vielzahl von parallel gelagerten Verfahren und den dort vorgelegten Auskünften des Kraftfahrt-Bundesamtes bekannt, dass der Aspekt der Grenzwertkausalität für das Kraftfahrt-Bundesamt nach dessen bisheriger Verwaltungspraxis das entscheidende Differenzierungskriterium bei der Frage darstellt, ob Fahrzeuge der Beklagten wegen der Kühlmittelsolltemperatur-Regelung zurückgerufen werden oder nicht. Unstreitig ist das streitgegenständliche Fahrzeug nicht von einem Rückruf betroffen. Vor diesem Hintergrund fehlen jegliche Anhaltspunkte dafür, dass bei dem hier in Rede stehenden Fahrzeugtyp der maßgebliche Euro 6 - Stickoxidgrenzwert auf dem Prüfstand nur mittels der Kühlmittelsolltemperatur-Regelung eingehalten wurde.

Zwar ist davon auszugehen, dass auch bei fehlender Grenzwertkausalität objektiv

eine unzulässige Abschaltvorrichtung vorliegt, weil nach dem Wortlaut des Art. 3 Nr. 10 VO (EG) 715/2007 nur auf die Beeinträchtigung der Wirksamkeit des Emissionskontrollsystems, nicht jedoch auf die Überschreitung von Emissionsgrenzwerten abgestellt wird und auch die Ausnahmetatbestände des Art. 5 Abs. 2 S. 2 VO (EG) 715/2007 einen Bezug zur Grenzwertkausalität nicht erkennen lassen (so wohl auch BGH Urteil vom 26.06.2023, Az. VIa ZR 335/21). Jedoch war die Sichtweise, dass eine Funktion dann, wenn sie zur Einhaltung des Stickoxidgrenzwertes nicht erforderlich ist, keine unzulässige Abschaltvorrichtung darstellen kann, jedenfalls bis zum Erlass der vorgenannten BGH-Entscheidung zumindest vertretbar, weil sie nicht eindeutig und offensichtlich unrichtig ist. Dies folgt daraus, dass der Fahrzeughersteller für das betreffende Fahrzeug auch ohne Verwendung dieser Funktion eine EG-Typgenehmigung hätte erhalten und das Fahrzeug in diesem Zustand rechtmäßig in den Verkehr hätte bringen können, so dass er die Funktion letztlich überflüssigerweise verwendet hat, ohne dass diese eine Verschlechterung des Emissionsverhaltens des Fahrzeugs im Straßenbetrieb bewirkt hat. Im Übrigen entsprach es auch der bisherigen Auffassung des Kraftfahrt-Bundesamtes, dass bei fehlender Grenzwertkausalität keine unzulässige Abschaltvorrichtung vorliegt. Das Verhalten eines Fahrzeugherstellers, das im Einklang mit der Rechtsauffassung und Verwaltungspraxis der zuständigen Bundesoberbehörde steht, kann nicht als sittenwidrig angesehen werden. Dies gilt auch deshalb, weil davon auszugehen ist, dass die EG-Typgenehmigung selbst dann erteilt worden wäre, wenn dem Kraftfahrt-Bundesamt die betreffende Funktion bereits im Typgenehmigungsverfahren bekannt gewesen wäre.

cc) Soweit sich der Kläger auf die vorhandene Kühlerjalousie als weitere unzulässige Abschaltvorrichtung gestützt hat, hat die Beklagte vorgetragen, dass in dem streitgegenständlichen Fahrzeug keine Kühlerjalousie verbaut sei. Anhaltspunkte dafür, dass diese Darstellung der Beklagten unrichtig ist, sind nicht ersichtlich.

dd) Ein sittenwidriges Verhalten der Beklagten ergibt sich auch nicht aus der Wirkungsweise des SCR-Systems.

Zwar wird unter Bedingungen, wie sie auch für den Prüfstand vorgegeben sind, nach Motorstart der Füllstands-Modus aktiviert, der eine höhere AdBlue-Zufuhr und einen entsprechend geringeren Stickoxidausstoß bewirkt, während anschließend unter bestimmten Voraussetzungen in den Online-Modus mit einer geringeren

AdBlue-Zufuhr und einem entsprechend höheren Stickoxidausstoß geschaltet wird (sog. Strategie A). Jedoch arbeitet das SCR-System auf dem Prüfstand und im Straßenbetrieb im Grundsatz in gleicher Weise, weil die beiden AdBlue-Dosiermodi auf dem Prüfstand und im Straßenbetrieb jeweils unter identischen Bedingungen aktiviert werden. Daher müssen nach den genannten Grundsätzen über die etwaige objektive Unzulässigkeit der AdBlue-Dosierstrategie hinaus zusätzliche [REDACTED] vorliegen, die den Rückschluss darauf zulassen, dass die Beklagte beim Inverkehrbringen des streitgegenständlichen Fahrzeugs oder bei dessen Verkauf an den Kläger von der Unzulässigkeit der AdBlue-Dosierstrategie ausgegangen ist. Solche [REDACTED] liegen nicht vor.

Der Rückschluss auf ein Bewusstsein der Rechtswidrigkeit der Beklagten ergibt sich nicht aus den Parametern, die erfüllt sein müssen, damit bei Motorstart der vermeintliche effektivere Füllstands-Modus aktiv ist. Denn es ist nicht erkennbar, dass die Parameter so gewählt sind, dass der Füllstands-Modus praktisch ausschließlich auf dem Prüfstand wirksam ist. Eine Prüfstandsausrichtung ergibt sich auch nicht aus den Modalitäten für den Wechsel vom Füllstands- in den Online-Modus. Nach dem insoweit im Kern übereinstimmenden Vortrag beider Parteien erfolgte der Wechsel des Dosier-Modus in Abhängigkeit von diversen Parametern wie etwa des Abgasmassenstroms, der Motortemperatur, des Umgebungsdrucks, der Ansauglufttemperatur und des durchschnittlichen AdBlue-Verbrauchs. Dass diese Kriterien so gewählt sind, dass der Wechsel vom Füllstands- in den Online-Modus stets unmittelbar nach dem Ende des Prüfstandslaufs erfolgt, lässt sich dem klägerischen Sachvortrag indes nicht entnehmen. Hinsichtlich der im Domke-Gutachten genannten Umschaltkriterien kommt hinzu, dass diese dem Kraftfahrt-Bundesamt ausweislich der von der Beklagten in der Berufungserwiderung zitierten dpa-Meldung vom 05.11.2021 bekannt sind und von ihr für zulässig befunden wurden. Diese Kenntnis und Billigung des Kraftfahrt-Bundesamtes steht der Annahme eines sittenwidrigen Verhaltens der Beklagten entgegen, wobei insoweit auf die Ausführungen zur Kühlmittelsolltemperatur-Regelung Bezug genommen werden kann, die hier sinngemäß gelten.

Eine Prüfstandsbezogenheit ergibt sich auch nicht daraus, dass während derselben Fahrt eine Rückschaltung in den Füllstands-Modus nicht möglich ist. Denn insoweit fehlt es ebenfalls an einer Prüfstandsbezogenheit der Bedatung des SCR-Systems.

Nicht bestritten hat die Beklagte zwar, dass nach einer gewissen Lebenszeit des Fahrzeugs die Kriterien, nach denen der Online-Modus zur Anwendung kommt, abgesenkt werden. Hierin kann aber ebenfalls keine Prüfstandsbezogenheit gesehen werden.

ee) Die Verwendung der Funktionen Bit 13, Bit 14 und Bit 15 im klägerischen Fahrzeug hat die Beklagte in Abrede gestellt, ohne dass Anhaltspunkte für die Unrichtigkeit dieser Darstellung vorliegen.

ff) Soweit sich der Kläger auf zwei weitere im Domke-Gutachten beschriebene Abschaltseinrichtungen bezüglich der Abgasrückführung berufen hat (Motortemperatur und „Hot and Idle“), können diese ein sittenwidriges Verhalten der Beklagten schon deshalb nicht begründen, weil das Kraftfahrt-Bundesamt diese Funktionen noch im November 2021 für zulässig gehalten hat (s.o.).

gg) Hinsichtlich der weiteren Behauptung des Klägers, dass die auf dem Prüfstand aktivierte erhöhte Rate der Abgasrückführung nach einem bestimmten Zeitraum nach Ablauf des Prüfzyklus abgeschaltet werde (sog. Strategie B), hat die Beklagte vorgetragen, dass diese Funktion bei dem hier streitgegenständlichen Fahrzeugtyp nicht verwendet werde. Es fehlen jegliche Anhaltspunkte dafür, dass diese Darstellung unrichtig ist, so dass sich der Sachvortrag des Klägers insoweit gleichfalls als prozessual unzulässiges Vorbringen ins Blaue hinein erweist.

hh) Aus dem vermeintlich fehlerhaften Zustand des OBD-Systems könnte sich ein sittenwidriges Verhalten der Beklagten nur dann ergeben, wenn die Beklagte das OBD-System zwecks Verschleierung der vorhandenen unzulässigen Abschaltseinrichtungen bewusst manipuliert hätte. Hierfür fehlt es angesichts der vorstehenden Ausführungen an jeglichen Anhaltspunkten.

11) Soweit der Kläger diverse Zeugen für die Kenntnis der Vorstandsmitglieder der Beklagten von den verwendeten Abschaltseinrichtungen benannt hat, bestand kein Anlass, diese zu vernehmen. Denn aus der bloßen Kenntnis von der Verwendung der Abschaltseinrichtungen kann aus den genannten Gründen nicht auf das für die Sittenwidrigkeit erforderliche Bewusstsein der Rechtswidrigkeit geschlossen werden. Ebenso unerheblich ist, ob das einige Jahre nach dem Abschluss des Kaufvertrages

12) auf das klägerische Fahrzeug aufgespielte Software-Update die vom Kläger behaupteten negativen Folgeerscheinungen verursacht. Denn hieraus kann sich gleichfalls kein Sittenwidrigkeitsvorwurf zu Lasten der Beklagten ergeben. Hinzu kommt, dass es dem Kläger oblegen hätte, etwaige negative Folgeerscheinungen bei seinem Fahrzeug darzulegen, nachdem er das Update nunmehr bereits seit einigen Jahren verwendet. Konkreten Sachvortrag bezüglich seines Fahrzeugs hat der Kläger indes nicht erbracht. Daher musste auch dieser Aspekt nicht durch Einholung eines Sachverständigengutachtens geklärt werden.

b) Ein Schadensersatzanspruch des Klägers aus § 823 Abs. 2 BGB i.V.m. § 263 StGB scheidet ebenfalls aus. Die Voraussetzungen des § 263 StGB liegen nicht vor, weil die Beklagte den Kläger weder vorsätzlich getäuscht noch vorsätzlich geschädigt hat, wie sich aus den vorstehenden Ausführungen zu § 826 BGB ergibt.

c) Dem Kläger steht auch kein Rückzahlungsanspruch aus §§ 437 Nr. 2, 346 Abs. 1 BGB zu. Denn der Rücktritt vom Kaufvertrag ist unwirksam.

Insoweit kann dahinstehen, ob der geltend gemachte Zahlungsanspruch überhaupt auf einen wirksamen Rücktritt gestützt werden könnte, nachdem der Kläger nach der Klageänderung im Berufungsverfahren nur noch einen Teil des Kaufpreises zurückverlangt hat, ohne im Gegenzug die Rückgabe seines Fahrzeugs anzubieten. Auch kann offen bleiben, ob die allgemeinen Rücktrittsvoraussetzungen vorliegen. Denn der Rücktritt ist jedenfalls gemäß § 218 Abs. 1 BGB wegen Verjährung unwirksam.

Gemäß § 218 Abs. 1 BGB ist ein Rücktritt wegen einer mangelhaften Kaufsache unwirksam, wenn der Nacherfüllungsanspruch verjährt ist. So liegt es hier:

Das streitgegenständliche Fahrzeug wurde dem Kläger im August 2016 übergeben, so dass die zweijährige Verjährungsfrist des § 438 Abs. 1 Nr. 3 BGB im Zeitpunkt der erstmaligen Rücktrittserklärung des Klägers in dem vorgerichtlichen Anwaltsschreiben vom 16.06.2020 lange abgelaufen war. Die Vorschrift des § 438 Abs. 3 BGB ist nicht einschlägig, weil die Beklagte keinen Sachmangel arglistig verschwiegen hat. Ein Verkäufer verschweigt einen offenbarungspflichtigen Mangel arglistig, wenn er ihn mindestens für möglich hält und gleichzeitig damit rechnet und billigend in Kauf nimmt, dass der Vertragspartner den Fehler nicht kennt und im Falle

einer Kenntnis den Kaufvertrag nicht oder nicht mit dem vereinbarten Inhalt abgeschlossen hätte (vgl. BGH NJW 2015, 1669 ff.). Diese Grundsätze gelten entsprechend für den Fall einer aktiven Täuschung (vgl. BGH NJW 2006, 2839 ff.). Erforderlich ist daher auch insoweit, dass die Beklagte bei Abschluss des Kaufvertrages mit dem Kläger vom Vorhandensein einer unzulässigen Abschaltanlage ausgegangen ist oder dies zumindest für möglich gehalten hat. Eine solche innere Haltung der Beklagten kann nicht festgestellt werden, wobei insoweit auf die Ausführungen zu § 826 BGB Bezug genommen werden kann, die hier sinngemäß gelten. Die Beklagte hat sich auch bereits in der Klageerwidlung auf Verjährung berufen.

d) Ein denkbarer, auf Kaufpreiserstattung gerichteter Schadensersatzanspruch des Klägers wegen eines bei Übergabe vorhandenen Sachmangels aus §§ 437 Nr. 3, 280 Abs. 1 und 3, 281 BGB wäre aus den vorgenannten Gründen ebenfalls verjährt.

e) Dem Kläger steht aber ein Schadensersatzanspruch gegen die Beklagte in Höhe von 2.214,00 EUR aus § 823 Abs. 2 BGB i.V.m. §§ 6 Abs. 1, 27 Abs. 1 EG-FGV zu.

aa) Bei den Vorschriften der §§ 6 Abs. 1, 27 Abs. 1 EG-FGV handelt es sich nach der zwischenzeitlich geänderten Rechtsprechung des BGH um Schutzgesetze i.S.v. § 823 Abs. 2 BGB.

Nach dem Urteil des BGH vom 26.06.2023 (Az. VIa ZR 335/21), das im Anschluss an das Urteil des EuGH vom 21.03.2023 (Az. C-100/21) ergangen ist, sind die Vorschriften der §§ 6 Abs. 1, 27 Abs. 1 EG-FGV im Lichte der Art. 3 Nr. 36, 18 Abs. 1, 26 Abs. 1 und 46 der Richtlinie 2007/46/EG i.V.m. Art. 5 Abs. 2 der VO (EG) 715/2007 unionsrechtskonform dahin auszulegen, dass hiervon auch das Interesse des jeweiligen Fahrzeugkäufers gegenüber dem Fahrzeughersteller, durch den Abschluss eines Kaufvertrages über ein Kraftfahrzeug keine Vermögenseinbuße wegen des Verstoßes gegen das europäische Abgasrecht zu erleiden, geschützt ist.

Soweit die Beklagte geltend gemacht hat, die §§ 6 Abs. 1, 27 Abs. 1 EG-FGV könnten deshalb keine Schutzgesetze i.S.v. § 823 Abs. 2 BGB darstellen, weil es insoweit an einer hinreichenden, den Anforderungen des Art. 80 Abs. 1 GG entsprechenden Ermächtigungsgrundlage fehle, hat der BGH diesen Einwand bereits mit Urteil vom 20.07.2023 (Az. III ZR 267/20) verworfen. Zur Begründung hat er

angeführt, dass ein Schutzgesetz i.S.v. § 823 Abs. 2 BGB nicht nur ein Gesetz im formellen Sinne, sondern jede Norm des objektiven Rechts sein könne, sofern darin - wie in den §§ 6 Abs. 1, 27 Abs. 1 EG-FGV - ein bestimmtes Gebot oder Verbot ausgesprochen werde. Einer weitergehenden Ermächtigung des Ordnungsgebers bedürfe es insoweit nicht (BGH aaO.). Dem schließt sich der Senat an.

bb) Die Beklagte hat für das streitgegenständliche Fahrzeug eine unzutreffende Übereinstimmungsbescheinigung erteilt und damit gegen die Vorschriften der §§ 6 Abs. 1, 27 Abs. 1 EG-FGV verstoßen.

Unzutreffend ist eine Übereinstimmungserklärung, wenn das betreffende Kraftfahrzeug mit einer unzulässigen Abschaltvorrichtung gemäß Art. 5 Abs. 2 S. 1 VO (EG) 715/2007 ausgerüstet ist. Denn in diesem Fall weist die Bescheinigung eine tatsächlich nicht vorhandene Übereinstimmung des betreffenden Fahrzeugs mit Art. 5 VO (EG) 715/2007 aus (vgl. BGH Urteil vom 26.06.2023 - VIa ZR 335/21).

Gemäß Art. 5 Abs. 2 S. 1 VO (EG) 715/2007 ist die Verwendung von Abschaltvorrichtungen, die die Wirkung von Emissionskontrollsystemen verringern, grundsätzlich unzulässig. Nach Art. 3 Nr. 10 VO (EG) 715/2007 ist eine Abschaltvorrichtung im Sinne dieser Verordnung und ihrer Durchführungsmaßnahmen ein Bauteil, 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. Maßstab für die Frage der Zulässigkeit einer Funktionsveränderung nach Art. 3 Nr. 10 VO (EG) 715/2007 ist nicht die Einhaltung des Grenzwerts, sondern die Wirksamkeit des unverändert funktionierenden Emissionskontrollsystems unter den Bedingungen des normalen Fahrbetriebs. Ob die betreffende Funktion erforderlich ist, um den jeweils maßgeblichen Stickoxidgrenzwert auf dem Prüfstand einzuhalten, ist für das Vorliegen einer unzulässigen Abschaltvorrichtung angesichts des Wortlauts des Art. 3 Nr. 10 VO (EG) 715/2007 ohne Bedeutung (BGH aaO.).

(1) Ob das im klägerischen Fahrzeug ursprünglich verwendete Thermofenster objektiv eine unzulässige Abschalteneinrichtung darstellt, kann dahinstehen, weil - wie noch zu zeigen sein wird - die Beklagte insoweit mangels Verschuldens ohnehin nicht haftet.

(2) Die bis zum Software-Update vorhandene Kühlmittelsolltemperatur-Regelung hat eine unzulässige Abschalteneinrichtung dargestellt. Zwischen den Parteien ist unstreitig, dass mittels der Kühlmittelsolltemperatur-Regelung während des Warmlaufs unter bestimmten Aktivierungsbedingungen die Kühlmittelsolltemperatur von 100 Grad Celsius auf 70 Grad Celsius abgesenkt wurde mit der Folge einer Reduzierung des Stickoxidausstoßes. Die Beklagte ist zwar dem Vortrag des Klägers entgegengetreten, wonach die Kühlmittelsolltemperatur-Regelung aufgrund einer Prüfstandserkennung anhand der Vorkonditionierung, der geringen Motordrehzahl und des geringen Luftmassenstroms faktisch nur auf dem Prüfstand aktiv gewesen sei, hat aber zu den einzelnen Parametern, die erfüllt sein mussten, damit die Kühlmittelsolltemperatur von 100 auf 70 Grad Celsius reduziert wurde, nicht konkret vorgetragen. Daher ist davon auszugehen, dass die Wirksamkeit des Emissionskontrollsystems durch die Kühlmittelsolltemperatur-Regelung unter normalen Bedingungen des Fahrbetriebes verringert wurde. Dass die Kühlmittelsolltemperatur-Regelung ausnahmsweise nach Art. 5 Abs. 2 S. 2 VO (EG) 715/2007 zulässig gewesen sein könnte, ist nicht ersichtlich.

(3) Eine unzulässige Abschalteneinrichtung liegt auch in der Bedatung und Wirkungsweise des SCR-Systems.

Dies folgt daraus, dass unter bestimmten Bedingungen während einer Fahrt vom Füllstands-Modus mit einem geringeren Stickoxidausstoß in den Online-Modus mit einem höheren Stickoxidausstoß geschaltet wird, ohne dass während derselben Fahrt ein erneuter Wechsel in den Füllstands-Modus möglich ist (s.o.). Damit sind die Voraussetzungen für das Vorliegen einer Abschalteneinrichtung gemäß Art. 3 Nr. 10 VO (EG) 715/2007 erfüllt, weil bestimmte Parameter ermittelt werden, um die AdBlue-Zufuhr zu reduzieren, wodurch der Stickoxidausstoß erhöht wird und damit die Wirksamkeit der Abgasnachbehandlung unter Bedingungen, die bei normalem Fahrzeugbetrieb zu erwarten sind, verringert wird. Erschwerend ist in diesem Zusammenhang zu berücksichtigen, dass ab einer bestimmten (kurzen)

Lebensdauer des Fahrzeugs die Kriterien, unter denen in den Online-Modus geschaltet wird, abgesenkt werden.

Dass die hier in Rede stehende Abschaltseinrichtung ausnahmsweise nach Art. 5 Abs. 2 S. 2 VO (EG) 715/2007 zulässig sein könnte, hat die insoweit darlegungs- und beweisbelastete Beklagte nicht dargetan. Sie hat sich zwar darauf berufen, dass die variable AdBlue-Dosierung zur Vermeidung von Ammoniak-Schlupf erforderlich sei. Allerdings hat sie schon nicht konkret dargelegt, unter welchen Voraussetzungen im Einzelnen beim klägerischen Fahrzeug der Wechsel vom Füllstands- in den Online-Modus erfolgt. Zudem ist nicht nachvollziehbar, weshalb eine Rückschaltung vom Online- in den Füllstands-Modus während derselben Fahrt nicht möglich ist und weshalb die Hürden für den Wechsel vom Füllstands- in den Online-Modus nach einer kurzen Lebenszeit des Fahrzeugs abgesenkt wurden.

(4) Weitere Abschaltseinrichtungen sind darin zu sehen, dass die Abgasrückführung in

Abhängigkeit von der Starttemperatur des Motors und der maximal bei der betreffenden Fahrt erreichten Motortemperatur sowie auch dann reduziert wird, wenn der Motor warmgelaufen ist und sodann in den Leerlauf geht. Der Kläger hat diese beiden Funktionen unter Bezugnahme auf das Domke-Gutachten vorgetragen. Die Beklagte hat die Verwendung dieser Funktionen im streitgegenständlichen Fahrzeug nicht konkret bestritten. Anhaltspunkte dafür, dass die hier in Rede stehenden Abschaltseinrichtungen ausnahmsweise nach Art. 5 Abs. 2 S. 2 VO (EG) 715/2007 zulässig sein könnten, sind weder ersichtlich noch von der Beklagten dargetan.

(5) Da weder vom Vorhandensein einer Kühlerjalousie noch von einer Verwendung der Funktionen Bit 13, Bit 14 und Bit 15 sowie der sog. Strategie B im streitgegenständlichen Fahrzeug ausgegangen werden kann (s.o.), können sich hieraus keine weiteren unzulässigen Abschaltseinrichtungen ergeben. Auf den angeblichen fehlerhaften Zustand des OBD-Systems kommt es vorliegend nicht an, weil hierin keine Abschaltseinrichtung gemäß Art. 3 Nr. 10 VO (EG) 715/2007 zu sehen ist.

cc) Hinsichtlich der erforderlichen Kausalität zwischen der Erteilung einer unzutreffenden Übereinstimmungsbescheinigung und dem Abschluss des Kaufvertrages kann sich der Kläger auf den Erfahrungssatz stützen, dass er den Kaufvertrag über das streitbefangene Fahrzeug zu diesem Kaufpreis nicht

abgeschlossen hätte, wenn ihm bekannt gewesen wäre, dass die Übereinstimmungsbescheinigung unrichtig erteilt worden ist und das Fahrzeug mit unzulässigen Abschaltseinrichtungen versehen ist (vgl. BGH aaO.). Für diese Annahme ist nicht erforderlich, dass sich der Kläger die Übereinstimmungsbescheinigung beim Abschluss des Kaufvertrages hat vorlegen lassen oder von dieser in anderer Weise Kenntnis genommen hat (vgl. BGH aaO.).

dd) Die Beklagte hat in Bezug auf sämtliche unzulässige Abschaltseinrichtungen mit Ausnahme des Thermofensters schuldhaft gehandelt.

Eine Schadensersatzhaftung des Fahrzeugherstellers aus § 823 Abs. 2 BGB i.V.m. §§ 6 Abs. 1, 27 Abs. 1 EGFGV setzt dessen Verschulden voraus, und zwar auch dann, wenn nach dem Inhalt des Schutzgesetzes ein Verstoß gegen dieses auch ohne Verschulden möglich ist. Dies folgt aus § 823 Abs. 2 S. 2 BGB (BGH aaO.). Insoweit begründet die Schutzgesetzverletzung allerdings eine Verschuldensvermutung, so dass der Fahrzeughersteller [REDACTED] darzulegen und

ggf. zu beweisen hat, die sein Verschulden ausräumen (vgl. BGH Urteile vom 26.06.2023, Az. VIa ZR 335/21, und vom 25.09.2023, Az. VIa ZR 1/23). Maßgeblicher Zeitpunkt ist insoweit der Abschluss des Kaufvertrages mit dem Kläger (vgl. BGH aaO.).

Ein Verschulden des Fahrzeugherstellers kann danach insbesondere wegen eines unvermeidbaren Verbotsirrtums entfallen. Hierfür muss der Fahrzeughersteller zunächst einen Rechtsirrtum darlegen und ggf. beweisen (BGH aaO.). Insoweit ist erforderlich, dass sich sämtliche seiner verfassungsmäßig berufenen Vertreter i.S.v. § 31 BGB über die (Un)Rechtmäßigkeit der jeweiligen Abschaltseinrichtung im Irrtum befunden haben (BGH Urteil vom 25.09.2023, Az. VIa ZR 1/239.). Ist von einem Rechtsirrtum des Herstellers auszugehen, setzt eine Entlastung außerdem voraus, dass der Irrtum unvermeidbar war. Auch insoweit trifft den Hersteller die Darlegungs- und Beweislast (BGH Urteile vom 26.06.2023, Az. VIa ZR 335/21, und 25.09.2023, Az. VIa ZR 1/23). Den entsprechenden Nachweis kann der Hersteller zum einen mittels der tatsächlich erteilten EG-Typengenehmigung führen, wenn diese die verwendeten Abschaltseinrichtungen in allen Einzelheiten und in ihrer Kombination umfasst (BGH Urteil vom 26.06.2023, Az. VIa ZR 335/21). Falls sich der Hersteller nicht auf eine solche Typengenehmigung berufen kann, kommt eine Entlastung unter dem Gesichtspunkt einer hypothetischen Genehmigung in Betracht. Hierfür ist der

Nachweis erforderlich, dass die zuständige Genehmigungsbehörde die verwendeten Abschaltanlagen unter Berücksichtigung aller maßgeblichen Einzelheiten genehmigt hätte, wobei eine bestimmte Verwaltungspraxis den Rückschluss auf eine hypothetische Genehmigung zulassen kann (BGH aaO.).

Soweit es der Kläger als unionsrechtswidrig ansieht, dass der Schadensersatzanspruch wegen Verstoßes gegen die Vorschriften der §§ 6 Abs. 1, 27 Abs. 1 EG-FGV entfällt, wenn der Hersteller einem unvermeidbaren Verbotsirrtum unterlegen war, kann dem nicht gefolgt werden. Der BGH hat in seiner Grundsatzentscheidung vom 26.06.2023 (Az. VIa ZR 335/21) überzeugend ausgeführt, dass ein Schadensersatzanspruch wegen Verstoßes gegen ein Schutzgesetz gemäß § 823 Abs. 2 S. 2 BGB zwingend Verschulden voraussetzt und dieses nach allgemeinen Grundsätzen bei Vorliegen eines unvermeidbaren Verbotsirrtums zu verneinen wäre. Für eine Vorlage der Sache an den EuGH gemäß Art. 267 AEUV besteht daher kein Anlass.

(1) Danach befand sich die Beklagte beim Inverkehrbringen des streitgegenständlichen Fahrzeugs und bei dessen Verkauf an den Kläger hinsichtlich des Thermofensters in einem unvermeidbaren Verbotsirrtum.

(a) Zugunsten der Beklagten ist anzunehmen, dass ihre verfassungsmäßig berufenen Vertreter zu den vorgenannten Zeitpunkten auf die Zulässigkeit des Thermofensters vertraut haben. Thermofenster waren seinerzeit allgemeiner Industriestandard und wurden vom Kraftfahrt-Bundesamt in ständiger Verwaltungspraxis unabhängig von ihrer konkreten Bedatung nicht beanstandet. Daher kann nach Überzeugung des Senats zugrunde gelegt werden, dass sämtliche verfassungsmäßig berufenen Vertreter der Beklagten zumindest im Sinne eines sachgedanklichen Mitbewusstseins von der Rechtmäßigkeit des Thermofensters ausgegangen sind. Dies reicht für einen dahingehenden Rechtsirrtum aus.

(b) Der Rechtsirrtum war auch unvermeidbar. Denn das Kraftfahrt-Bundesamt als zuständige Genehmigungsbehörde hätte nicht nur im Zeitpunkt der Erteilung der Typgenehmigung, sondern auch im Zeitpunkt des Abschlusses des Kaufvertrages mit dem Kläger im Jahre 2016 das hier verwendete Thermofenster genehmigt, wenn die Beklagte um entsprechende Auskunft gebeten und in diesem Rahmen Bedatung und Reichweite des Thermofensters im Einzelnen offengelegt hätte. Dies folgt

(c) daraus, dass das Kraftfahrt-Bundesamt jedenfalls bis zur ersten das Thermofenster

betreffenden EuGH-Entscheidung vom 17.12.2020 (Az. C-693/18) Thermofenster in ständiger Verwaltungspraxis unabhängig von der konkreten Bedatung für unbedenklich gehalten und im Rahmen der Typgenehmigungsverfahren auch keine Nachfragen an die Hersteller wegen der konkreten Bedatung der Thermofenster gerichtet hat. Ob das Kraftfahrt-Bundesamt das im klägerischen Fahrzeug verwendete Thermofenster mit seiner ursprünglichen Bedatung trotz der zwischenzeitlich ergangenen EuGH-Rechtsprechung auch heute noch als zulässig ansieht, ist insoweit unerheblich.

(d) Danach käme eine Vermeidbarkeit des Rechtsirrtums nur dann in Betracht, wenn

die ursprüngliche Bedatung des Thermofensters derart eng an die Prüfstandsbedingungen angelehnt gewesen wäre, dass eine Prüfstandsausrichtung zumindest nahe läge. Eine solche Bedatung lag aber nicht vor (s.o.).

(2) Bezüglich der Kühlmittelsolltemperatur-Regelung befand sich die Beklagte nicht in

einem Verbotsirrtum. Die Beklagte hat schon nicht dargelegt, dass ihre verfassungsmäßig berufenen Vertreter hinsichtlich dieser Abschalteneinrichtung seinerzeit einer rechtlichen Fehlbewertung unterlegen waren. Auf die Frage der Unvermeidbarkeit eines etwaigen Verbotsirrtums kommt es daher insoweit nicht an.

(3) Gleiches gilt im Ergebnis für die Wirkungsweise des SCR-Systems. Auch insoweit

hat die Beklagte nicht konkret dargetan, dass ihre verfassungsmäßig berufenen Vertreter von der Rechtmäßigkeit der Steuerung der AdBlue-Dosierung ausgegangen sind. Insoweit ist auch zu berücksichtigen, dass die Beklagte die genauen Bedingungen für den Wechsel vom Füllstands- in den Online-Modus beim streitgegenständlichen Fahrzeug nicht angegeben hat und keine nachvollziehbaren Gründe dafür erkennbar sind, dass während derselben Fahrt kein erneuter Wechsel in den Füllstands-Modus möglich ist und nach einer kurzen Lebensdauer des Fahrzeugs die Kriterien für den Wechsel vom Füllstands- in den Online-Modus abgesenkt wurden. Dass das Kraftfahrt-Bundesamt die Modifizierung des SCR-Systems im Zuge des freiwilligen Software-Updates genehmigt hat, ist insoweit unerheblich. Denn dies ändert nichts daran, dass sich die Beklagte im hier maßgeblichen Zeitpunkt des Abschlusses des Kaufvertrages mit dem Kläger nicht in einem unvermeidbaren Verbotsirrtum hinsichtlich des SCR-Systems in seiner damaligen Ausgestaltung befunden hat.

(4) Auch bezüglich der unzulässigen Abschaltseinrichtungen, die darin zu sehen sind,

dass die Abgasrückführung in Abhängigkeit von der Starttemperatur des Motors und der maximal bei der betreffenden Fahrt erreichten Motortemperatur sowie dann, wenn der Motor warmgelaufen ist und anschließend in den Leerlauf geht, reduziert wird, ist für einen unvermeidbaren Rechtsirrtum der Beklagten nichts ersichtlich.

(e) ee) Den ursprünglichen Differenzschaden des Klägers bemisst der Senat auf 10 %

des Kaufpreises, mithin auf 3.690,00 EUR.

(1) Der Differenzschaden ist nach der Rechtsprechung des BGH unter Anwendung der Differenzhypothese zu ermitteln, also nach Maßgabe eines Vergleichs der infolge des haftungsbegründenden Ereignisses eingetretenen Vermögenslage mit derjenigen, die ohne jenes Ereignis eingetreten wäre. Ein Vermögensschaden des Käufers liegt danach vor, wenn der Vergleich der infolge des haftungsbegründenden Ereignisses eingetretenen Vermögenslage mit der Vermögenslage ohne das haftungsbegründende Ereignis ein rechnerisches Minus ergibt, weil der objektive Wert des erworbenen Fahrzeugs hinter dem Kaufpreis zurückbleibt. Der Geschädigte wird durch die Gewährung des Differenzschadens 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 das Fahrzeug mit Rücksicht auf die mit der unzulässigen Abschaltseinrichtung verbundenen Risiken zu teuer erworben hat (BGH Urteil vom 26.06.2023, Az. VIa ZR 335/21).

(f) Wenn eine unzulässige Abschaltseinrichtung vorhanden ist, drohen einem Fahrzeugkäufer Maßnahmen bis hin zu einer Betriebsbeschränkung oder -untersagung durch die Zulassungsbehörde gemäß § 5 Abs. 1 FZV. Damit ist die zweckentsprechende Nutzung des erworbenen Fahrzeugs gefährdet. Die damit einhergehende, zeitlich nicht absehbare Unsicherheit, das erworbene Kraftfahrzeug jederzeit seinem Zweck entsprechend nutzen zu dürfen, setzt den objektiven Wert des Fahrzeugs im maßgeblichen Zeitpunkt des Abschlusses des Kaufvertrags herab, weil schon in der Gebrauchsmöglichkeit als solcher ein geldwerter Vorteil liegt (BGH aaO.). Dies gilt auch dann, wenn es - wie hier - weder zu einem Rückruf des Fahrzeugs noch zu anderen einschränkenden Maßnahmen gekommen ist. Denn

2
0

unter Berücksichtigung des geldwerten Vorteils der jederzeitigen Verfügbarkeit eines

(g) Kraftfahrzeugs genügt für das Vorliegen eines Vermögensnachteils schon die rechtliche Möglichkeit einer Nutzungsbeschränkung, die mit der Verwendung einer unzulässigen Abschaltseinrichtung gegeben ist. Für die Schadensentstehung ist der Zeitpunkt des Vertragsschlusses maßgebend, so dass spätere Maßnahmen des Kraftfahrt-Bundesamtes insoweit keine Bedeutung haben (BGH aaO.).

(h) Der Differenzschaden beläuft sich auf einen Betrag zwischen 5 % und 15 % des

Kaufpreises, und zwar auch dann, wenn der tatsächliche Minderwert des Fahrzeugs geringer oder höher ist und dem Kläger zusätzliche Finanzierungskosten entstanden sind (BGH aaO. und Urteil vom 18.09.2023, Az. VIa 632/22). Diese Haftungsbegrenzung kann entgegen der Auffassung des Klägers nicht als unionrechtswidrig angesehen werden. Der BGH hat in seiner Grundsatzentscheidung vom 26.06.2023 (Az. VIa ZR 335/21) ausgeführt, dass die Haftung des Herstellers wegen Ausstellens einer unzutreffenden Übereinstimmungsbescheinigung aus Gründen der Verhältnismäßigkeit den Betrag von 15 % des Kaufpreises nicht übersteigen dürfe. Dem ist zu folgen; für eine Vorlage der Sache an den EuGH gemäß Art. 267 AEUV besteht kein Anlass. Die konkrete Schadenshöhe hat der Tatrichter nach § 287 Abs. 1 ZPO zu schätzen.

(2) Nach diesen Grundsätzen beläuft sich der dem Kläger entstandene Differenzschaden auf 10 % des Kaufpreises. Insoweit war zu berücksichtigen, dass die Haftung der Beklagten auf mehreren unzulässigen Abschaltseinrichtungen beruht, so dass das Risiko eines Einschreitens des Kraftfahrt-Bundesamtes im Zeitpunkt des Vertragsabschlusses entsprechend erhöht war. Auch hinsichtlich der Kühlmittelsolltemperatur-Regelung bestand dieses Risiko, weil nicht absehbar war, dass das Kraftfahrt-Bundesamt den Aspekt der fehlenden Grenzwertkausalität zum entscheidenden Differenzierungskriterium bei der Beurteilung der Zulässigkeit der Kühlmittelsolltemperatur-Regelung machen würde. Allerdings hat die fehlende Grenzwertkausalität der Kühlmittelsolltemperatur-Regelung das Risiko eines Einschreitens des Kraftfahrt-Bundesamtes wegen dieser Abschaltseinrichtung zumindest reduziert. Ob es das Kraftfahrt-Bundesamt ausreichen lassen würde, dass die Beklagte die hier in Rede stehenden unzulässigen Abschaltseinrichtungen mittels eines Software-Updates beseitigen wird, war bei Vertragsabschluss ebenso wenig absehbar wie die Frage, ob es der Beklagten gelingen würde, ein entsprechendes Software-Update zu entwickeln. Einschränkend hat der Senat aber berücksichtigt,

(3) dass es bislang nicht zu einem Rückruf des klägerischen Fahrzeugs wegen der hier in Rede stehenden Abschaltseinrichtungen gekommen ist.

(i) ff) Im Wege des Vorteilsausgleichs hat sich der Differenzschaden um 1.476,00 EUR

reduziert, so dass ein ersatzfähiger Schaden des Klägers in Höhe von 2.214,00 EUR verbleibt.

(j) Auch wenn für die Schadenshöhe grundsätzlich der Zeitpunkt des Abschlusses des

Kaufvertrages maßgeblich ist, sind später eingetretene schadensmindernde [REDACTED] im Wege des Vorteilsausgleichs zu berücksichtigen (BGH aaO.).

(1) Insoweit kann zum einen die nachträgliche Verbesserung des Fahrzeugs durch ein Software-Update relevant sein. Dies setzt allerdings voraus, dass die Gefahr von Betriebsbeschränkungen durch das Software-Update signifikant reduziert worden ist, was auch voraussetzt, dass mit dem Update keine neue unzulässige Abschaltseinrichtung implementiert worden ist (BGH aaO.). Denkbar ist auch, dass durch ein Software-Update der Differenzschaden vollständig ausgeglichen wird, sofern das Risiko von Betriebsbeschränkungen vollständig entfällt (BGH aaO.).

(k) Die Beklagte hat im Rahmen einer freiwilligen Kundendienstmaßnahme ein Software-Update für das klägerische Fahrzeug zur Verfügung gestellt. Dieses Software-Update hat der Kläger zu einem unbekannten Zeitpunkt, aber jedenfalls vor seinem Rücktrittsschreiben vom 16.06.2020, auf sein Fahrzeug aufspielen lassen. Insoweit gilt für die einzelnen hier in Rede stehenden Abschaltseinrichtungen Folgendes:

- Auf die Modifizierung der Außentemperaturabhängigen Steuerung der Abgasrückführung durch das Software-Update kommt es insoweit nicht an, weil die Beklagte wegen des Thermofensters schon dem Grunde nach nicht haftet (s.o.).
- Mit dem Software-Update ist die Kühlmittelsolltemperatur-Regelung beseitigt worden, so dass insoweit das Risiko einer Betriebsbeschränkung entfallen ist.
- Bezüglich des SCR-Systems sind zwar ebenfalls Verbesserungen vorgenommen worden. Diese hat die Beklagte aber nur in sehr vager Form

- dargelegt; es ist nicht erkennbar, dass infolge der Modifizierungen insoweit keine unzulässige Abschaltseinrichtung mehr vorliegt. Dass das Kraftfahrt-Bundesamt die Wirkungsweise des SCR-Systems im Zeitpunkt des Updates für zulässig befunden und bis heute wegen des SCR-Systems in Bezug auf das streitgegenständliche Fahrzeug keinen Rückruf erklärt hat, ändert hieran nichts. Zudem hat die Beklagte auch nicht dargetan, dass die Funktion, mit der ab einer bestimmten kurzen Lebensdauer des Fahrzeugs die Kriterien abgesenkt wurden, unter denen in den Online-Modus geschaltet werden, durch das Update beseitigt wurde.
 - Soweit die Abgasrückführung auch in Abhängigkeit von der Starttemperatur des Motors und der maximal bei der betreffenden Fahrt erreichten Motortemperatur reduziert wird, hat die Beklagte zwar vorgetragen, dass die Abgasrückführung mit dem aufgespielten Software-Update maßgeblich modifiziert worden sei. Allerdings ist dem Vorbringen der Beklagten nicht zu entnehmen, dass die hier in Rede stehende unzulässige Abschaltseinrichtung durch das Software-Update beseitigt wurde. Gleiches gilt für die unzulässige Abschaltseinrichtung, die darin zu sehen ist, dass die Abgasrückführung reduziert wird, wenn der Motor warmgelaufen ist und sodann in den Leerlauf geht.
 - Hieraus folgt, dass der Differenzschaden durch das Software-Update nicht beseitigt worden ist. Allerdings hat sich das Risiko von Betriebsbeschränkungen durch die Entfernung der Kühlmittelsolltemperatur-Regelung und die Verbesserungen bei der Wirkungsweise des SCR-Systems und der Abgasrückführung insgesamt erheblich vermindert, so dass sich der Differenzschaden reduziert hat. Der Senat geht im Rahmen seiner Schadensschätzung nach § 287 ZPO davon aus, dass nach dem Software-Update ein Differenzschaden in Höhe von 6 % des Kaufpreises, mithin in Höhe von 2.214,00 EUR, verbleibt.
- (2) Grundsätzlich sind auf den Differenzschaden auch der Nutzungsvorteil und der Restwert des Fahrzeugs anzurechnen, wenn und soweit sie den geminderten Wert des Fahrzeugs bei Abschluss des Kaufvertrages (= Kaufpreis abzüglich Differenzschaden) übersteigen (BGH Urteil vom 26.06.2023, Az. VIa ZR 335/21).

- Die Höhe des Nutzungsvorteils ist nach folgender Formel zu ermitteln (vgl. BGH

Urteil vom 25.05.2020, Az. VI ZR 252/19):

- $$\frac{\text{Bruttokaufpreis} \times \text{gefahrte Kilometer}}{\text{voraussichtliche Restlaufleistung}}$$
- Der Kilometerstand bei Erwerb des Fahrzeugs durch den Kläger betrug 11.649. Der Kläger hat das Fahrzeug am 19.11.2023 bei einem Kilometerstand von 126.635 zu einem Preis von 19.800,00 EUR weiterverkauft. Damit hat der Kläger mit dem Fahrzeug insgesamt 114.986 km zurückgelegt. Die voraussichtliche Restlaufleistung bei Abschluss des Kaufvertrages betrug 288.351 km (300.000 km – 11.649 km); bei dem streitgegenständlichen Fahrzeug mit einem 2,1 l – Motor mit 125 kW ist von einer voraussichtlichen Gesamtlauflistung von 300.000 km auszugehen. Hieraus ergibt sich ein Nutzungsvorteil in Höhe von 14.714,65 EUR (36.900,00 EUR x 114.986 km : 288.351 km).
- Hinzu kommt der durch den Weiterverkauf realisierte Restwert in Höhe von 19.800,00 EUR, so dass sich ein Gesamtbetrag von 34.514,65 EUR ergibt. Dieser Betrag übersteigt den geminderten Wert des Fahrzeugs bei Abschluss des Kaufvertrages von 33.210,00 EUR (= 36.900,00 EUR Kaufpreis abzüglich 3.690,00 EUR ursprünglicher Differenzschaden) um 1.304,65 EUR und ist daher in diesem Umfang auf den ursprünglichen Schaden anzurechnen, so dass sich ein Restbetrag von 2.385,35 EUR ergibt. Dieser Betrag liegt oberhalb des infolge des Software-Updates geminderten Differenzschadens von 2.214,00 EUR und kann deshalb eine zusätzliche Schadensreduzierung mit der Folge einer Unterschreitung dieses Schadens nicht rechtfertigen. Denn wenn und soweit trotz Aufspiels eines Software-Updates die Gefahr von Betriebsbeschränkungen fortbesteht, verbleibt auf Seiten des Fahrzeugkäufers in diesem Umfang ein entsprechender (wenn auch ggf. reduzierter) ersatzfähiger Differenzschaden, sofern - wie hier - die Summe aus Nutzungsvorteil und Restwert nicht derart hoch ist, dass sie zu einem noch geringeren Schaden führt.
- gg) Der Schadensersatzanspruch des Klägers ist nicht verjährt.

- Der Anspruch ist zwar bereits im Jahre 2016 mit dem Ankauf des Fahrzeugs entstanden. Für den Verjährungsbeginn ist jedoch zusätzlich erforderlich, dass der Kläger Kenntnis von den anspruchsbegründenden Umständen erlangt oder infolge grober Fahrlässigkeit nicht erlangt hat (vgl. § 199 Abs. 1 Nr. 2 BGB). Hierzu fehlt hinreichender Vortrag der insoweit darlegungs- und beweisbelasteten Beklagten. Die bloße Kenntnis von dem Umstand, dass in den Fahrzeugen der Beklagten Thermofenster vorhanden sind, genügt entgegen der Auffassung der Beklagten insoweit nicht, zumal die Haftung der Beklagten nicht auf dem Thermofenster, sondern auf anderen Abschaltseinrichtungen beruht.

- Der zuerkannte Zinsanspruch folgt aus §§ 291, 288 Abs. 1 BGB.

- 2. Berufungsantrag zu 2.

- Der Berufungsantrag zu 2. ist unbegründet. Denn dem Kläger steht kein Anspruch auf Erstattung vorgerichtlicher Anwaltskosten zu.

- Im Rahmen des Anspruchs aus § 823 Abs. 2 BGB i.V.m. §§ 6 Abs. 1, 27 Abs. 1 EG-FGV und Art. 5 Abs. 2 VO (EG) 715/2007 kann ein Fahrzeugkäufer nicht Erstattung vorgerichtlicher Anwaltskosten verlangen (BGH Urteil vom 16.10.2023, Az. VIa ZR 14/22). Dies ist nur unter Verzugsgesichtspunkten gemäß §§ 280 Abs. 1 und 2, 286 BGB möglich (BGH aaO.). Vorliegend befand sich die Beklagte nicht in Verzug, als der Kläger sie mit Anwaltsschreiben vom 16.06.2020 erstmals zur Rückzahlung des Kaufpreises aufgefordert hat. Mithin sind die Anwaltskosten vor dem Verzugseintritt der Beklagten entstanden, so dass sie nicht ersatzfähig sind.

- III.

- Die Kostenentscheidung folgt aus §§ 97 Abs. 1, 92 Abs. 1 ZPO. Der Ausspruch zur vorläufigen Vollstreckbarkeit ergibt sich aus §§ 708 Nr. 10, 711, 713 ZPO.

- Der Senat hat die Revision nicht zugelassen, weil die Voraussetzungen des § 543

Abs. 2 ZPO nicht vorliegen.

2
6

•
•
•
•
• Dr.
[Redacted]

2
7

• Dr.


- P
elzer

. Protokoll

- Folgende Dokumente wurden durch [REDACTED] untrennbar verbunden:

• Blatt	• Dokumentname	• Originalname	• Typ
• 434 - 458	• Urteil	• E1_211-Ri-0004- Vorlage zur Urteilserstellung (Texteingaben Baustein)_08.02.2	• Urteil
• 459	• Verkündungsverm erk	• leeres [REDACTED]	• Andere /

- Die untrennbare Verbindung wurde am **09.02.2024** um **09:07** Uhr erstellt.

- Verkündet am 01.02.2024
- 
- Justizbeschäftigte
- als Urkundsbeamtin der Geschäftsstelle

• Informationsblatt zum

- für Rechtsanwälte, Notare, Gerichtsvollzieher, Behörden und Körperschaften oder Anstalten des öffentlichen Rechts

Empfangsbekenntnis

- Sehr geehrte Empfängerin, sehr geehrter Empfänger, der elektronische Rechtsverkehr ist seit dem 1. Januar 2018 flächendeckend eröffnet. Um die elektronische Kommunikation weiter zu fördern, versenden seit dem 1. Januar 2022 nunmehr alle nordrhein-westfälische Gerichte auch über die EGVP-Infrastruktur.
- Der förmliche elektronische Versand an Rechtsanwälte, Notare, Gerichtsvollzieher, Behörden und juristische Personen des öffentlichen Rechts erfolgt hierbei – parallel zum förmlichen analogen Versand – gegen ein elektronisches Empfangsbekenntnis (eEB). **Dieser elektronischen Nachricht ist ein solches eEB beigelegt.**
- Rechtsanwälte, Notare, Gerichtsvollzieher, Behörden und Körperschaften oder Anstalten des öffentlichen Rechts sind gesetzlich verpflichtet, bei dessen Rücksendung den strukturierten, maschinenlesbaren Datensatz, der Ihnen mit dem zugestellten Dokument zur Verfügung gestellt wurde, zu

verwenden (§ 173 Abs. 2, 3 ZPO; § 113 FamFG; § 37 Abs. 1 StPO; § 31a Abs. 6 BRAO, § 14 BORA; § 78n BNotO). Andernfalls muss nochmals förmlich an Sie zugestellt werden, was erheblichen Mehraufwand, vor allem aber vermeidbare Kosten verursacht und zusätzlich zu Verfahrensverzögerungen führt.

- Auf Seite 2 dieses Informationsblatts finden Sie Hinweise zur Abgabe des eEB über das besondere elektronische Anwaltspostfach (beA), das besondere elektronische Notarpostfach (beN) sowie das besondere elektronische Behördenpostfach (beBPo).
- Bitte helfen Sie uns, die elektronische Kommunikation weiter zu etablieren.
- Vielen Dank!

- **Hinweise zum elektronischen Empfangsbekenntnis (eEB)**
- Die Rücksendung des eEB kann direkt über das besondere elektronische Anwaltspostfach (beA), das besondere elektronische Notarpostfach (beN) oder das besondere elektronische Behördenpostfach (beBPo) vorgenommen werden.
- Hat das Gericht ein eEB angefordert, wird in der geöffneten Nachricht oberhalb des Betreffs der Hinweis **Empfangsbekenntnis angefordert (1)** eingeblendet.
- Mit der Schaltfläche **Anzeigen (2)** kann der Inhalt des eEB eingesehen werden, wobei Sie hier lediglich einen technischen Datensatz angezeigt bekommen. Eine gesonderte PDF-Datei wird nicht mit versendet.
- Mit der Schaltfläche **Abgabe erstellen (3)** wird die Rückantwort für das Gericht erzeugt. Nach Eingabe des Zustellungsdatums kann der Datensatz automatisiert elektronisch zurückgesandt werden. Das Gericht erhält innerhalb weniger Minuten diesen Datensatz zur Weiterverarbeitung.
- Sollten Sie das eEB nicht abgeben wollen, verwenden Sie bitte die Schaltfläche **Ablehnung erstellen (4)** und begründen Sie diese.

• h MK. V P M-U. à wunuees [REDACTED] y 6 o g Luter V O 1PTH U.

• o Irmiv/O undnuanu

• Abtender.

• Emplingen

• turn
Souturpilm

• E
implangibehennt uden
Bt of lading W Sec.han Aabram / wunkn Abehnng
NKMkhny NgementNoshncht Sthuile

• Ligene Abtenerichmn

• Dron Zupsülen

•

Gesendet

Zugrqrgrin

Erstull

•

Letrit Anderngwon: I '

•

•

•

•

•

•

•

t Oateinume * Mrehtynq

Ambangilyp • Gol

Smasdiwran, 4ll

•

t qai whet imi

•

00 D

•

Quelle: Bundesrechtsanwaltskammer