

Titel:

Kein Schadensersatzanspruch des Erwerbers eines Diesel-Fahrzeugs mit Thermofenster

Normenketten:

BGB § 31, § 823 Abs. 2, § 826

EG-FGV § 6 Abs. 1, § 27 Abs. 1

Fahrzeugemissionen-VO Art. 5 Abs. 2

Leitsätze:

1. Die aussichtslosen Berufungsangriffe erfordern keine Erörterung in mündlicher Verhandlung. (Rn. 16)

2. Die Voraussetzungen für eine Zulassung der Revision nach S 522 Abs. 2 Satz 1 Nr. 2, Nr. 3 ZPO liegen nicht vor. (Rn. 16)

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

1. Bei einer Abschalteinrichtung wie dem Thermofenster, die im Grundsatz auf dem Prüfstand in gleicher Weise arbeitet wie im realen Fahrbetrieb und bei der sich die Frage der Zulässigkeit nicht eindeutig und unzweifelhaft beantworten lässt, bei Fehlen sonstiger Anhaltspunkte nicht ohne Weiteres unterstellt werden, dass die für den Fahrzeughersteller handelnden Personen in dem Bewusstsein handelten, eine unzulässige Abschalteinrichtung zu verwenden, und den darin liegenden Gesetzesverstoß billigend in Kauf nahmen. (Rn. 26) (redaktioneller Leitsatz)

2. Dem Fahrzeughersteller steht zur Darlegung und Nachweis eines unvermeidbaren Verbotsirrtums die Möglichkeit offen, dass seine Rechtsauffassung von Art. 5 Abs. 2 VO (EG) Nr. 715/2007 bei entsprechender Nachfrage von der für die EG-Typgenehmigung oder für anschließende Maßnahmen zuständigen Behörde bestätigt worden wäre (hypothetische Genehmigung). Dies gilt auch wenn der Schädiger eine entsprechende Erkundigung nicht eingeholt hat. (Rn. 44) (redaktioneller Leitsatz)

3. Hierzu muss der Fahrzeughersteller für jede verwendete Abschalteinrichtung konkret vortragen, dass die Behörde diese genehmigt hätte. Dem genügt der Fahrzeughersteller mit Rücksicht auf ihren Sinn und Zweck dann, wenn er eine hypothetische Genehmigung bezogen auf den konkreten Motor einer bestimmten Baureihe nachweist. (Rn. 45) (redaktioneller Leitsatz)

Schlagworte:

Schadensersatz, sittenwidrige Schädigung, Schutzgesetz, Kfz-Hersteller, Dieselskandal, unzulässige Abschalteinrichtung, Thermofenster, Verbotsirrtum

Vorinstanz:

LG Bamberg, Urteil vom 03.08.2022 – 12 O 415/21

Tenor

1. Der Senat beabsichtigt, die Berufung des Klägers gegen das Urteil des Landgerichts Bamberg vom 03.08.2022, Az. 12 O 415/21, gemäß S 522 Abs. 2 ZPO einstimmig zurückzuweisen. Den Streitwert für das Berufungsverfahren auf 18.640,38 € festzusetzen.

2. Hierzu besteht Gelegenheit zur Stellungnahme bis einschließlich 25.08.2023.

Entscheidungsgründe

1

Hinsichtlich des erstinstanzlichen Sach- und Streitstands wird gem. S. 540 ZPO auf die Feststellungen im erstinstanzlichen Urteil Bezug genommen. Lediglich ergänzend bzw. erläuternd ist auszuführen:

2

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

3

Die Klagepartei erwarb am 22.05.2017 bei einem nicht am Rechtsstreit beteiligten Dritten einen erstmals im Jahr 2012 zugelassenen Wagen der Marke Audi A4 Avant (Hubraum 2.967 ccm, 180 kW, EU 5) mit einem Kilometerstand von 11 1.900 km zu einem Preis von 24.980,00 €. Am 12.06.2022 betrug der Kilometerstand 210.395 km; nach den Angaben des Klägers in der Berufungsbegründung hat sich bis zu diesem Zeitpunkt (23.09.2022) der km-Stand nicht geändert (S. 134 Berufungsbegründung).

4

Das Fahrzeug verfügt über keinen SCR-Katalysator. Es ist nicht von einem verpflichtenden Rückruf des KBA betroffen.

5

b) Die Klagepartei hat erstinstanzlich vorgetragen, das streitgegenständliche Fahrzeug verfüge einen Motor des Typs EA 897 sowie über unzulässige Abschalteinrichtungen, insbesondere eine Akustikfunktion, die Strategien A-F, ein Thermofenster, Hard-Cycle-Beating sowie ein manipuliertes OBD-System, und hat deliktische Ansprüche geltend gemacht.

6

Die Klagepartei hat erstinstanzlich beantragt,

(1.) Die Beklagte wird verurteilt, an die Klagepartei Euro 20.210,56 nebst Zinsen aus Euro 20.210,56 hieraus in Höhe von 5%-Punkten über dem jeweiligen Basiszinssatz seit 31.03.2021 zu bezahlen, Zug-um-Zug gegen die Übereignung und Herausgabe des PKW Typs Audi A4, FIN: ...

(2.) Die Beklagte wird verurteilt, an die Klagepartei Euro 3.589,92 Deliktzinsen zu bezahlen, Zug-um-Zug gegen die Übereignung und Herausgabe des PKW Typs Audi A4, FIN: ...

(3.) Es wird festgestellt, dass sich die Beklagte mit der Annahme des in Antrag (1 genannten Fahrzeugs seit dem 31.03.2021 in Verzug befindet.

(4.) Die Beklagte wird verurteilt, die Klagepartei von den Kosten der außergerichtlichen Rechtsverfolgung in Höhe von Euro 1 .491 vorgerichtliche Rechtsanwaltskosten freizustellen.

7

c) Die Beklagte hat in erster Instanz beantragt,

die Klage abzuweisen.

8

Sie hat auf die Klage entgegnet, das Fahrzeug enthalte einen Motor des Typs EA 896 Gen. 2 3,0 1 Monoturbo und keine unzulässigen Abschalteinrichtungen. Daher stünden der Klagepartei keinerlei Ansprüche zu.

9

2. Das Landgericht hat die Klage abgewiesen. Seine Entscheidung hat es im Wesentlichen wie folgt begründet:

10

Ein Anspruch nach S. 826 BGB sei nicht gegeben. Die Behauptung des Klägers zum Einbau unzulässiger Abschalteinrichtungen sei nicht hinreichend substantiiert. Die erwähnten Rückrufe beträfen andere Fahrzeugtypen. Die Messungen von Umweltverbänden seien irrelevant. Es sei kein Bezug des streitgegenständlichen Fahrzeug zum Ermittlungsverfahren der StA München II ersichtlich. Im Hinblick auf das Thermofenster sei das Verhalten der Beklagten nicht als objektiv sittenwidrig zu qualifizieren. Es komme auch keine Haftung nach S. 823 Abs. 2 BGB i.V.m. europarechtlichen Vorschriften oder i.V.m. S. 263 StGB in Frage.

11

3. Hiergegen wendet sich die zulässige Berufung der Klagepartei, mit der sie unter Wiederholung ihres erstinstanzlichen Vortrages ihre insoweit gestellten Anträge im Wesentlichen weiter verfolgt.

12

Zudem legt sie eine Präsentation der Fa. Bosch aus dem Jahr 2015 vor (Anlage KE 13).

13

Die Klagepartei beantragt im Berufungsverfahren:

(1.) Die Beklagte wird verurteilt, an die Klagepartei Euro 18.640,38 nebst Zinsen aus Euro

18.640,38 hieraus in Höhe von 5%-Punkten über dem jeweiligen Basiszinssatz seit 31.03.2021 zu bezahlen, Zug-um-Zug gegen die Übereignung und Herausgabe des PKW Typs Audi A4, FIN ...

(2.) Die Beklagte wird verurteilt, an die Klagepartei Euro 3.589,92 Deliktzinsen zu bezahlen, Zug-um-Zug gegen die Übereignung und Herausgabe des PKW Typs Audi A4, FIN: ...

(2.) Es wird festgestellt, dass sich die Beklagte mit der Annahme des in Antrag (1.) genannten Fahrzeugs seit dem 31.03.2021 in Verzug befindet.

(3.) Die Beklagte wird verurteilt, die Klagepartei von den Kosten der außergerichtlichen Rechtsverfolgung in Höhe von Euro 1.491 vorgerichtliche Rechtsanwaltskosten freizustellen.

14

Die Beklagte beantragt im Berufungsverfahren,

die Berufung zurückzuweisen.

15

Sie verteidigt das angegriffene Urteil unter Wiederholung und Vertiefung ihres erstinstanzlichen Vortrags.

16

Die zulässige Berufung der Klagepartei hat offensichtlich keine Aussicht auf Erfolg; auch die weiteren Voraussetzungen für eine Entscheidung gemäß S. 522 Abs. 2 Satz 1 ZPO liegen vor. Die gemäß SS 51 ff. ZPO zulässige Berufung der Klagepartei erweist sich als unbegründet, weil ihr keine Ansprüche gegen die Beklagte zustehen. Zu Recht hat das Erstgericht die Klage abgewiesen. Zu den Berufungsangriffen sind folgende Anmerkungen veranlasst: 1.

17

Bei der Beurteilung, ob im streitgegenständlichen Fahrzeug eine unzulässige Abschalteinrichtung verbaut ist, die zu einem deliktischen Schadensersatzanspruch der Klagepartei führen könnte, kann nicht davon ausgegangen werden, dass im hiesigen Fahrzeug ein Motor des Typs EA 987 verwendet wird. Denn diese Behauptung der Klagepartei hat die Beklagte bestritten; nach deren Vortrag ist ein Motor des Typs EA 896 Gen. 2 (EU 5, 3,0 l, V-TDI) Monoturbo verbaut worden. Eine Substantiierung dahingehend, warum davon ausgegangen werden könne, dass ein Motor des Typs EA 897 verbaut wurde, ist nicht erfolgt.

18

Insoweit trägt die Klagepartei auch widersprüchlich vor. Auf der einen Seite behauptet sie, im hiesigen Fahrzeug sei ein Motor des Typs EA 897 verbaut und verweist auf vielfache Entscheidungen, Rückrufbescheide und Untersuchungen zu diesem Motortyp. Auf der anderen Seite trägt sie vor (Unterstreichungen nicht im Original): „Ein mit dem streitgegenständlichen Fahrzeug praktisch-identischer Audi A 4 3.0 TDI Avant, Euro 5, Baujahr 2014, Hubraum 2.967 ccm und damit ebenfalls mit einem EA 896 ausgestattet, sei von der Deutschen Umwelthilfe getestet worden (Schriftsatz vom 23.02.2022 S. 4 = Bl. 175 d.A.), und verweist auch auf Entscheidungen im Hinblick auf diesen Motortyp. Dies legt nahe, dass die Behauptungen zu den angeblich verbauten Abschalteinrichtungen ins Blaue hinein und nicht im Hinblick auf den hier konkret vorliegenden Fahrzeugtyp erfolgten.

19

2. Auf eine sekundäre Darlegungslast der Beklagten zu der Frage, wie der streitgegenständliche Motor konfiguriert ist und ob und ggf. welche unzulässige Abschalteinrichtung verbaut wurde, kann die Klägerseite in diesem Zusammenhang nicht verweisen. Derjenige, der einen Anspruch aus S. 826 BGB geltend macht, trägt grundsätzlich die volle Darlegungs- und Beweislast für die anspruchsbegründenden Tatsachen. Dieser Grundsatz erfährt eine Einschränkung, wenn die primär darlegungsbelastete Partei keine nähere Kenntnis von den maßgeblichen Umständen und auch keine Möglichkeit zur weiteren Sachaufklärung hat, während der Prozessgegner alle wesentlichen Tatsachen kennt und es ihm unschwer möglich und zumutbar ist, nähere Angaben zu machen. In diesem Fall trifft ihn eine sekundäre Darlegungslast (BGH, Urteile vom 04.05.2021 – VI ZR 81/20; vom 30.07.2020 – VI ZR 367/19, NJW 2020, 2804, 2805). Danach besteht eine

sekundäre Darlegungslast vor allem in Hinblick auf die subjektiven Voraussetzungen eines Anspruchs aus S. 826 BGB, weil nur die Beklagte insoweit Kenntnis von und Einsicht in ihre inneren Strukturen hat. Voraussetzung ist auch dann, dass das unstreitige oder nachgewiesene Parteivorbringen hinreichende Anhaltspunkte enthält, die einen solchen Schluss nahelegen (BGH, Urteil vom 26.04.2022 – VI ZR 965/20, VersR 2022, 896). Anhaltspunkte zur Substantiierung des Vortrags, mit dem die darlegungsbelastete Klagepartei die Tatbestandsmerkmale der von ihr herangezogenen Anspruchsgrundlage ausfüllen muss und die eine sekundäre Darlegungslast erst auslösen könnten, fehlen gerade vollständig. Der Vortrag der Klagepartei erschöpft sich vielmehr in Spekulationen und Mutmaßungen (vgl. BGH, Beschluss vom 29.09.2021, VII ZR 72/21, juris Rn. 21; Urteil vom 26.04.2022, VI ZR 435/20, juris Rn. 16). Allein der Umstand, dass die Beklagte von Rückrufen des KBA – die nicht den im Streitfall in Rede stehenden Fahrzeugtyp betreffen – betroffen ist, löst keine sekundäre Darlegungslast der Beklagten aus (BGH, Urteil vom 23.06.2022, VII ZR 442/21, juris Rn. 30).

20

Denn auch der BGH fordert greifbare Anhaltspunkte für das Vorhandensein unzulässiger Abschalteinrichtungen; solche hat die Klagepartei eben nicht dargelegt, obwohl ihr beispielsweise jedenfalls zum konkreten Motortyp entsprechende Angaben möglich gewesen wären. Stattdessen belässt sie es bei allgemeinen Ausführungen zu diversen Motortypen und dort angeblich festgestellten Abschalteinrichtungen, welche von der Beklagten bestritten wurden, ohne eine Vergleichbarkeit mit dem hiesigen Typ konkret aufzuzeigen.

3. Die Beklagte hingegen hat eine Bescheinigung des KBA vom 11.09.2020 vorgelegt, wonach bei V6-TDI Euro 5 Generation 2 Motoren generell keine unzulässigen Abschalteinrichtungen festgestellt und entsprechend auch kein amtlicher Rückruf angeordnet worden sei (Anlage B 1). Daneben hat die Beklagte in der Berufungsinstanz zwei weitere Auskünfte des KBA vom 24.02.2022 für offenbar dem klägerischen Fahrzeug entsprechende Typen (Audi A 4 Avant 3,0l TDI Euro 5 Hubraum 2.967 ccm, EZ 2014 bzw. 2013) vorgelegt, in denen das KBA das Vorhandensein einer unzulässigen Abschalteinrichtung verneint hat (Anlagen zu Bl. 458 ff. d.A.). Diesen Sachvortrag hat die Klagepartei nicht bestritten.

21

Dem Vortrag des Beklagten, das hiesige Fahrzeug verfüge über einen V6-TDI EU 5-Monoturbo-Motor, welcher gerade nicht von einem Rückrufbescheid des KBA in Bezug auf sein Emissionsverhalten erfasst sei, ist die Klagepartei ebenfalls nicht substantiiert entgegengetreten.

22

Bei dieser Sachlage hätte es einer vertieften Sachdarstellung der Klagepartei bedurft, aus welchen Gründen trotz der Auskünfte des KBA dennoch eine unzulässige Abschalteinrichtung vorliegen soll mit der Folge, dass eine Betriebsuntersagung droht und damit das Fahrzeug nur eingeschränkt gebrauchstauglich ist.

23

4. Die umfangreichen Ausführungen der Klagepartei rund um die Vermeidung von AdBlue sowie der angeblichen Manipulation von bestimmten Katalysatoren geht ins Leere, da im hiesigen Fahrzeug unstreitig kein SCR-Katalysator verbaut ist und auch nicht vorgetragen wurde, dass ein anderer manipulierter Katalysator vorhanden wäre.

24

5. Ein Anspruch der Klagepartei gegen die Beklagte nach S. 826 BGB oder S. 831 BGB wegen des im Fahrzeug der Klagepartei unstreitig zum Einsatz kommenden Thermofensters besteht nicht.

25

Es fehlt sowohl an der objektiven Sittenwidrigkeit als auch am Schädigungsvorsatz.

a) (Spätestens) seit der Entscheidungsserie vom 16.09.2021 (Urteile vom 16.09.2021, VII ZR 190/20, 286/20, 321/20 und 322/20) nimmt der Bundesgerichtshof in ständiger Rechtsprechung an, dass es im Hinblick auf die – jedenfalls bis zur Auslegung der unionsrechtlichen Vorschriften durch den Gerichtshof der Europäischen Union in dessen Urteilen vom 14.07.2022 (Rechtssachen C-128/20, C-134/20 und C-145/20) bestehende – unsichere Rechtslage bei der Beurteilung der Zulässigkeit des Thermofensters unabhängig vom konkret verwendeten Typ des Dieselmotors und herstellerübergreifend (zu Daimler: u.a. Urteil vom 16.09.2021, VII ZR 190/20, NJW 2021, 3721; zu vw: Beschluss vom 09.03.2021, VI ZR 889/20,

NJW 2021, 1814; zu Audi: Beschluss vom 01.09.2021, VII ZR 128/21, juris; Beschluss vom 13.10.2021, VII ZR 164/21, juris; zu BMW: Beschluss vom 15.09.2021, VII ZR 2/21, juris) sowohl an einem besonders verwerflichen Verhalten des Herstellers als auch an dem erforderlichen Schädigungsvorsatz fehlt.

26

b) Danach kann bei einer Abschaltseinrichtung wie hier, die im Grundsatz auf dem Prüfstand in gleicher Weise arbeitet wie im realen Fahrbetrieb und bei der sich die Frage der Zulässigkeit nicht eindeutig und unzweifelhaft beantworten lässt, bei Fehlen sonstiger Anhaltspunkte nicht ohne Weiteres unterstellt werden, dass die für die Beklagte handelnden Personen in dem Bewusstsein handelten, eine unzulässige Abschaltseinrichtung zu verwenden, und den darin liegenden Gesetzesverstoß billigend in Kauf nahmen.

27

aa) Allein der Vortrag der Klagepartei, die Abgasreinigung in dem Fahrzeug werde bei bestimmten Lufttemperaturen außerhalb des Temperaturfensters reduziert oder deaktiviert, dessen Richtigkeit unterstellt, reicht daher nicht aus, um dem Verhalten ein sittenwidriges Gepräge zu geben.

28

aa) Um das Verhalten der Beklagten als sittenwidrig zu bewerten, bedarf es daher – über die Verwendung des Thermofensters hinaus – weiterer Umstände (BGH, Beschluss vom 19.01.2021, VI ZR 433/19, NJW 2021, 921 Rn. 19; Beschluss vom 09.03.2021, VI ZR 889/20, NJW 2021, 1814 Rn. 28; Urteil vom 13.07.2021, VI ZR 128/20, VersR 2021, 1252 Rn. 13; Urteil vom 20.07.2021, VI ZR 1154/20, VersR 2021, 1575 Rn. 13; Urteil vom 16.09.2021, VII ZR 190/20, NJW 2021, 3721 Rn. 16; Beschluss vom 29.09.2021, VII ZR 126/21, BeckRS 2021, 33038 Rn. 14). Für diese Umstände trägt die Klagepartei die Darlegungs- und Beweislast (BGH, Urteil vom 20.07.2021, VI ZR 1154/20, VersR 2021, 1575 Rn. 13). Keinesfalls ausreichend hierfür ist allein der Umstand, dass die Beklagte mit der Entwicklung und dem Einsatz des Thermofensters eine Kostensenkung und die Erzielung von Gewinn erstrebt hat (BGH, Beschluss vom 19.01.2021, VI ZR 433/19, NJW 2021, 921 Rn. 13).

29

aa) Für ein derartiges Vorstellungsbild sprechende Anhaltspunkte hat die Klagepartei nicht aufgezeigt. Die Klagepartei hat nicht dargelegt, dass es sich bei dem Thermofenster um eine prüfstandsbezogene Abschaltseinrichtung handelt. Zwar ist denkbar, dass eine Abschaltseinrichtung die Kriterien des S. 826 BGB auch dann erfüllt, wenn sie nicht prüfstandsbezogen ist. Das Kriterium der Prüfstandsbezogenheit ist indes geeignet, um zwischen – ggf. nur unzulässigen – Abschaltseinrichtungen und solchen, deren Implementierung die Kriterien einer sittenwidrigen vorsätzlichen Schädigung erfüllen können, zu unterscheiden sowie um aus der Funktionsweise der Abschaltseinrichtung auf eine als sittenwidrig zu bewertende Täuschungsabsicht der Beklagten schließen zu können (BGH, Beschluss vom 29.09.2021, VII ZR 126/21, BeckRS 2021, 33038 Rn. 18 f.).

30

c) Die Behauptung der Klagepartei, die Beklagte habe die Abschaltseinrichtung nicht gegenüber den Genehmigungsbehörden offengelegt und diese getäuscht, bleibt inhaltlich ebenfalls ohne Substanz.

31

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

32

aa) Vor diesem Hintergrund durfte die Beklagte bei der Beantragung der EG-Typgenehmigung davon ausgehen, dass die Existenz von Thermofenstern dem KBA bekannt gewesen war und ihr insoweit keine Pflicht oblag, ungefragt von sich aus auf ein Thermofenster hinzuweisen (OLG Stuttgart, Urteil vom

25.01.2022, 16a U 138/19, juris Rn. 36). Nachdem die Beklagte also den gesetzlichen Anforderungen entsprechend ihren Mitteilungspflichten bezüglich des Thermofensters nachgekommen ist, durfte sie sich grundsätzlich darauf verlassen, dass das KBA im Rahmen des Typgenehmigungsverfahrens entsprechend dem Amtsermittlungsgrundsatz gemäß S. 24 Abs. 1 Satz 1 und 2 VwVfG eine Ergänzung verlangen würde, um sich in die Lage zu versetzen, die Zulässigkeit des Thermofensters in dem betreffenden Fahrzeug zu prüfen. Wenn das KBA als zuständige Typgenehmigungsbehörde nach eigener Prüfung selbst von der Zulässigkeit des „Thermofensters“ ausgeht, kann der Beklagten keine andere Einschätzung abverlangt werden. Selbst wenn also entgegen der Ansicht der Beklagten und des KBA eine unzulässige Abschaltvorrichtung vorliegen sollte, liegt ein schuldhaftes Verhalten der Beklagten nicht vor.

33

aa) Dem senatsbekannten Bericht der vom Bundesminister für Verkehr und digitale Infrastruktur eingesetzten Untersuchungskommission „Volkswagen“ vom April 2016 ist zu entnehmen, dass in dem hier fraglichen Zeitraum Thermofenster von allen Autoherstellern verwendet und mit dem Erfordernis des Motorschutzes begründet wurden. Nach Einschätzung der Untersuchungskommission handelt es sich bei der Verwendung eines Thermofensters angesichts der Unschärfe der Ausnahmegesetzgebung des Art. 5 Abs. 2 Satz 2 Buchst. a VO (EG) Nr. 715/2007, wonach zum Schutz des Motors vor Beschädigungen und zur Gewährleistung eines sicheren Fahrzeugbetriebs notwendige Abschaltvorrichtungen zulässig sind, um keine eindeutigen Gesetzesverstöße, sofern ohne die Verwendung des Thermofensters dem Motor Schaden drohe und „sei dieser auch noch so klein“ (vgl. BMVI, Bericht der Untersuchungskommission Volkswagen, Stand April 2016, S. 123). Daneben zeigt auch der in der Literatur (vgl. Führ, NVwZ 2017, 265) betriebene erhebliche Begründungsaufwand, um das „Thermofenster“ als unzulässige Abschaltvorrichtung einzustufen, dass keine klare und eindeutige Rechtslage gegeben ist (BGH Urteil vom 24.03.2022, III ZR 263/20, Rn. 22; OLG Koblenz, Urteil vom 14.09.2020, 12 U 1464/19, Rn. 23).

34

d) Dass bestimmte Ausgestaltungen des Thermofensters nunmehr vom EuGH als unzulässige Abschaltvorrichtungen angesehen werden und denkbar ist, dass diese Sicht in Zukunft auch vom KBA übernommen wird, ändert an der vorstehenden Beurteilung nichts. Denn für diese sind die damaligen, vor Erwerb des streitgegenständlichen Fahrzeuges liegenden, Vorstellungen und Erkenntnisse maßgeblich (OLG Stuttgart, Urteil vom 25.01.2022, 16a U 138/19, juris Rn. 38).

35

6. Soweit der Kläger weitere unzulässige Abschaltvorrichtungen und deren Prüfstandsbezogenheit behauptet, gibt es keine hinreichenden Anhaltspunkte dafür, dass derartige Softwarefunktionen appliziert und weiterhin aktiv sein könnten, die nicht nur in vorschriftswidriger, sondern noch dazu in sittenwidriger Weise Einfluss auf das Emissionsverhalten des streitgegenständlichen Fahrzeugs nehmen. Belastbare Indizien hat der Kläger hierfür weder in erster noch in zweiter Instanz vorgetragen.

36

a) Bezüglich der Akustikfunktion hat die Klagepartei lediglich aus der Anklageschrift der StA München II vom 30.07.2019 zitiert (Klageschrift S. 29 f., Berufungsbegründung S. 56 f.), ohne einen Bezug zum streitgegenständlichen Motorenmodell aufzuzeigen.

37

b) Im Hinblick auf die klägerseits angeführten Strategien A-F hat die Beklagte vorgetragen, dass diese beim streitgegenständlichen Fahrzeug nicht zum Einsatz kämen, sondern lediglich in EU 6 – Fahrzeugen mit SCR-Katalysator festgestellt worden seien (S. 10 Berufungsbegründung). Dem ist die Klagepartei nicht entgegengetreten.

38

c) Im Übrigen hat die Beklagte vorgetragen, dass keine leistungs- bzw. abgasreduzierende Funktion, welche lediglich auf dem Prüfstand greife, verbaut worden sei, ohne dass darauf der Kläger substantiiert entgegnet hätte.

39

7. Auch die mit Schriftsatz vom 21.12.2022 zur Akte gereichten „Bosch-Papers“ (Anlage KE 13) sind nicht behelflich, erst recht nicht erfordern sie, wie der Kläger meint, eine „vollkommen andere Einschätzung der bisherigen Prozesslage“. Die dem Senat bereits aus zahlreichen Parallelverfahren einen anderen

Fahrzeughersteller betreffend bekannten Unterlagen weisen keinen Sachbezug zum streitgegenständlichen Fahrzeug auf. Es ist schon nicht erkennbar, welchen Motor die Unterlagen betreffen. Ferner ist nicht erkennbar, auf welchen Absatzmarkt sich die genannten Funktionen beziehen sollen. Zudem enthalten die von der DUH veröffentlichten Unterlagen lediglich eine Auflistung von Funktionen in Produkten des Zulieferers Bosch. Ob ein Motorsteuerungsgerät der Firma Bosch im streitgegenständlichen Fahrzeug verbaut ist, ist weder konkret dargelegt noch erkennbar. Ferner enthalten die Unterlagen keine Aussagen über die konkrete Wirkweise der jeweiligen Funktionen. Die Wirkweise von Funktionen ist jedoch von der konkreten Bedatung der Fahrzeughersteller abhängig. Zudem beziehen sich die dortigen Ausführungen offensichtlich überwiegend auf Motoren mit SCR-Katalysatoren; ein solcher Katalysator ist im hiesigen Fahrzeug nicht verbaut.

40

8. Der von der Klagepartei geltend gemachte Anspruch gegen die Beklagte ergibt sich auch nicht gemäß S. 823 Abs. 2 BGB i. V. m. Art. 18 Abs. 1, Art. 26 Abs. 1 und Art. 46 der RL 2007/46 i. V. m. Art. 5 Abs. 1, 2 der Verordnung Nr. 715/2007.

41

Insoweit fehlt es an einem Verschulden der Beklagten. Dies gilt unabhängig davon, ob die Vorrichtungen, das „Thermofenster“ eingeschlossen, als unzulässige Abschaltvorrichtungen im Sinne von Art. 5 Abs. 2 Satz 1 VO (EG) Nr. 715/2007 zu qualifizieren (vgl. EuGH, Urteil vom 17.12.2020, Rs. C-693/18, NJW 2021, 1216) sind.

42

a) Eine deliktische Ersatzpflicht tritt nur im Falle des Verschuldens ein, selbst wenn nach dem Inhalt des Schutzgesetzes ein Verstoß gegen dieses auch ohne Verschulden möglich ist. Es erscheint fernliegend und ergibt sich auch nicht aus den Äußerungen des Generalanwalts in der Rechtssache C-100/21, dass die europarechtlichen Vorschriften eine Haftung auch ohne Verschulden statuieren (vgl. Schlussanträge des Generalanwalts vom 02.06.2022, Rs. C-100/21, juris, Rn. 54; BGH, Urteil vom 26.06.2023, Az.: Via ZR 335/21 Rn. 36 f.).

43

b) Das Verschulden durch vorsätzliches Verhalten setzt im Zivilrecht das Bewusstsein der Rechtswidrigkeit voraus, welches bei einem – vom Anspruchsgegner darzulegenden und zu beweisenden – Verbotsirrtum fehlt; ist das Schutzgesetz eine Strafnorm oder ist seine Missachtung unter Strafe gestellt, lässt gemäß S. 17 S. 1 StGB ein unvermeidbarer Verbotsirrtum den Vorsatz unberührt, führt aber zur Schuldlosigkeit, was ebenfalls eine Haftung ausschließt (BGH a.a.O. Rn.

44

Ein entlastend wirkender Verbotsirrtum kann vorliegen, wenn der Schädiger die Rechtslage unter Einbeziehung der höchstrichterlichen Rechtsprechung sorgfältig geprüft hat und er bei Anwendung der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt mit einer anderen Beurteilung durch die Gerichte nicht zu rechnen brauchte. Vorliegend steht dem Fahrzeughersteller zur Darlegung und Nachweis eines solchen Irrtums die Möglichkeit offen, dass seine Rechtsauffassung von Art. 5 Abs. 2 VO (EG) Nr. 715/2007 bei entsprechender Nachfrage von der für die EG-Typgenehmigung oder für anschließende Maßnahmen zuständigen Behörde bestätigt worden wäre (hypothetische Genehmigung). „Steht fest, dass eine ausreichende Erkundigung des einem Verbotsirrtum unterliegenden Schädigers dessen Fehlvorstellung bestätigt hätte, scheidet eine Haftung nach S. 823 Abs. 2 BGB infolge eines unvermeidbaren Verbotsirrtums auch dann aus, wenn der Schädiger eine entsprechende Erkundigung nicht eingeholt hat“ (BGH a.a.O. Rn. 65; BGH, Urteil vom 27.06.2017, VI ZR 424/16, NJW-RR 2017, 1004 Rn. 17; Urteil vom 10.07.2018, VI ZR 263/17, NJW-RR 2018, 1250 Rn. 28).

45

Hierzu muss der Fahrzeughersteller für jede verwendete Abschaltvorrichtung konkret vortragen, dass die Behörde diese genehmigt hätte. Dem genügt der Fahrzeughersteller mit Rücksicht auf ihren Sinn und Zweck dann, wenn er eine hypothetische Genehmigung bezogen auf den konkreten Motor einer bestimmten Baureihe nachweist. Außerdem kann neben anderen Indizien aus der konkreten Verwaltungspraxis gemäß S. 286 Abs. 1 ZPO auf eine hypothetische Genehmigung geschlossen werden (BGH a.a.O. Rn. 66 f.).

46

c) Nach diesen Grundsätzen unterlag die Beklagte, die Unzulässigkeit des verwendeten Thermofensters unterstellt, einem unvermeidbaren Verbotsirrtum, obwohl sie bezüglich des Thermofensters eine konkrete Nachfrage beim KBA nicht vorgetragen hat. Hätte sich die Beklagte an das KBA als zuständige Genehmigungsbehörde gewandt, hätte sie nach der Überzeugung des Senats von dort die Auskunft erhalten, dass die im Fahrzeug eingesetzten und von der Klagepartei beanstandeten Vorrichtungen nicht als unzulässige Abschaltvorrichtungen einzustufen sind.

47

Zwar kann sich die Beklagte nicht allein unter Berufung auf einen Industriestandard oder damit entlasten, dass jedes Kraftfahrzeug mit einem Dieselmotor mit einer Abgasrückführung über ein Thermofenster verfügt (BGH a.a.O. Rn. 70). Der Vortrag der Beklagten geht jedoch darüber hinaus. Die Beklagte hat zuletzt am 21.12.2022 vorgetragen, dass dem KBA die Funktionsweise des Thermofensters bekannt gewesen wäre und dass das KBA die temperaturgesteuerte Abgasrückführung aus Gründen des Motorschutzes und der Sicherheit des Fahrzeugbetriebes für notwendig erachtet habe. Sie hat hierzu insbesondere eine Auskunft des KBA vom 20.09.2020 an das OLG Stuttgart (Anlage B 1) vorgelegt, worin sich das KBA mit dem Vorhandensein eines Thermofensters in einem vergleichbar motorisiertem Fahrzeug (V6-TDI EU 5 Gen. 2) beschäftigt hat und woraus hervorgeht, dass dem KBA die damals geforderten Angaben hinsichtlich der Wirkweise des Thermofensters vorgelegen haben und die technische Notwendigkeit einer temperaturgesteuerten Abgasrückführung generell bekannt gewesen war. So habe auch ein sog. „Sundern-Test“ im Hinblick auf den Motor EU Gen. 2 Ergebnisse geliefert, welche zur Begründung von Motorschutz geeignet gewesen seien.

48

Eine Nachfrage der Beklagten beim KBA hätte also zu einer Genehmigung des Thermofensters geführt, weshalb unter Zugrundelegung der aufgezeigten Maßstäbe zugunsten der Beklagten die Voraussetzungen eines unvermeidbaren Verbotsirrtums vorliegen, so dass ihr noch nicht einmal ein Fahrlässigkeitsvorwurf zu machen ist (ebenso OLG Koblenz, Urteil vom 28.07.2022, 7 U 204/22; OLG Köln, Beschluss vom 08.07.2022, 8 U 20/22).

49

Da es auf die Sachlage (spätestens) beim Erwerb des Fahrzeuges ankommt, spielen spätere Änderungen keine Rolle. Selbst wenn angesichts in jüngerer Zeit ergangener Rechtsprechung des Gerichtshofs der Europäischen Union das KBA mittlerweile eine anderweitige Auskunft erteilen würde oder die Beklagte in Kenntnis dieser Rechtsprechung einer gleichbleibenden Auskunft nicht mehr eine hinreichend entlastende Bedeutung zumessen dürfte, ändert dies nichts an der (hypothetischen) Auskunft, welche die Beklagte zum maßgeblichen Zeitpunkt erhalten hätte, und deren Bedeutung für eine Meinungsbildung bei der Beklagten.

50

Ob die rechtliche Bewertung der Genehmigungsbehörde in Einklang mit den unionsrechtlichen Vorgaben steht oder – wie von der Klagepartei vertreten – Vorschriften des Unionsrechts verletzt, kann hier dahinstehen und muss durch den Senat nicht entschieden werden. Jedenfalls können an den Fahrzeug- oder Motorenhersteller in Bezug auf die rechtliche Bewertung eines komplexen technischen Sachverhalts wie bei einem Emissionskontrollsystem keine höheren Anforderungen als an die staatliche Fachbehörde eines EU-Mitgliedsstaats gestellt werden (OLG Koblenz, Urteil vom 28.07.2022, 7 U 204/22).

51

8. Lediglich ergänzend weist der Senat darauf hin, dass er in höchstrichterlich nicht beanstandeter ständiger Rechtsprechung von einer Gesamtleistung von 250.000 km ausgeht, so dass auch unter diesem Gesichtspunkt ein evtl. Schadensersatz sich durch die vorzunehmende Anrechnung von Nutzungsentschädigung vorliegend bereits auf 0 reduziert hätte, soweit dieser km-Stand zwischenzeitlich erreicht worden sein sollte.

52

9. Aus diesen Gründen ist die Berufung der Klagepartei ohne Erfolg und ist daher als unbegründet zurückzuweisen.