

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. 3 Nr. 10, Art. 5 Abs. 2

Leitsätze:

1. Anders als die Umschaltlogik differenziert das Thermofenster nicht danach, ob sich das Fahrzeug auf dem Prüfstand oder im normalen Fahrbetrieb befindet. Bei dieser Sachlage wäre der Vorwurf der Sittenwidrigkeit gegenüber der Fahrzeugherstellerin nur dann gerechtfertigt, wenn zu dem – unterstellten – Gesetzesverstoß weitere Umstände hinzuträten, die das Verhalten der für sie handelnden Personen als besonders verwerflich erscheinen ließen. (Rn. 41) (redaktioneller Leitsatz)

2. Dies setzt jedenfalls voraus, dass diese Personen bei der Entwicklung und / oder Verwendung der temperaturabhängigen Steuerung des Emissionskontrollsystems in dem Bewusstsein handelten, eine unzulässige Abschaltvorrichtung zu verwenden und den darin liegenden Gesetzesverstoß billigend in Kauf nahmen. (Rn. 41) (redaktioneller Leitsatz)

Schlagworte:

Schadensersatz, sittenwidrige Schädigung, Schutzgesetz, Kfz-Hersteller, Dieselskandal, unzulässige Abschaltvorrichtung, EA 288, Thermofenster, EG-Typgenehmigung, Übereinstimmungsbescheinigung

Vorinstanz:

LG Traunstein, Urteil vom 16.12.2021 – 8 O 2625/21

Tenor

1. Die Berufung des Klägers gegen das Urteil des Landgerichts Traunstein vom 16.12.2021, Az. 8 O 2625/21, wird zurückgewiesen.

2. Der Kläger hat die Kosten des Berufungsverfahrens zu tragen.

3. Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar. Das in Ziffer 1 genannte Urteil des Landgerichts Traunstein ist ohne Sicherheitsleistung vorläufig vollstreckbar.

Die Revision gegen dieses Urteil wird nicht zugelassen.

Entscheidungsgründe

A.

1

Die Parteien streiten um Schadensersatz wegen der behaupteten Verwendung unzulässiger Abschaltvorrichtungen in einem Kraftfahrzeug.

2

Der Kläger erwarb am 13.10.2016 von der ... OHG in ... zu einem Preis von 19.500 € brutto den von der Beklagten hergestellten ..., Fahrzeug-Identifikationsnummer ... als Gebrauchtfahrzeug. Das Fahrzeug wurde am 18.12.2015 erstmals zugelassen. Es wies im Zeitpunkt des Erwerbs durch den Kläger eine Laufleistung von 11.870 km auf. In dem Fahrzeug ist ein von der Beklagten hergestellter Dieselmotor des Typs EA 288 mit Schadstoffklasse Euro 6 und 75 kW Leistung verbaut. Der Motor ist mit einem SCR-Katalysator ausgestattet. Die Abgasreinigung des streitgegenständlichen Fahrzeugs findet durch eine Kombination aus einer innermotorischen Abgasreinigung (Abgasrückführung, AGR-Rate) einerseits und einer nachgelagerten Abgasreinigung mittels eines SCR-Katalysators und Adblue-Einspritzung (SCR-Rate) andererseits statt. Das Fahrzeug ist nicht von einem Rückruf des Kraftfahrt-Bundesamtes (KBA) betroffen.

3

Der Kläger behauptete, in dem streitgegenständlichen Fahrzeug seien unzulässige Abschaltseinrichtungen verbaut, die die Wirkung von Emissionskontrollsystemen verringerten. Das Fahrzeug erkenne durch eine Fahrkurve und weitere Parameter, darunter den Lenkwinkel, den Prüfzyklus des NEFZ. Während im Realbetrieb ab Erreichen einer bestimmten Temperatur und damit verbundenem Anstieg der SCR-Rate zugleich die AGR-Rate zurückgefahren werde, bleibe auf dem Prüfstand die AGR-Rate unverändert hoch. Zudem finde nur auf dem Prüfstand eine ausreichende Eindosierung von AdBlue statt. Im Realbetrieb werde diese Eindosierung mit abnehmendem Füllstand zurückgefahren. Auch die Implementierung der eigens programmierten Zykluserkennung sei eine unzulässige Abschaltseinrichtung. Die Beklagte habe diese Abschaltseinrichtung dem KBA verschwiegen.

4

Des Weiteren trug der Kläger vor, die Reduktion der Abgasrückführungsrate bis hin zur Abschaltung der Abgasrückführung werde durch ein Thermofenster erreicht. Die Reduzierung der Abgasreinigung erfolge durch die Software abhängig von der Außentemperatur. Außerhalb eines Temperaturfensters von 20° C bis 30° C sinke die Wirksamkeit des Emissionskontrollsystems und die Stickoxidemissionen stiegen. Außerdem sei das OBD-System manipuliert worden.

5

Die Klagepartei beantragte in erster Instanz:

1. Die Beklagte wird verurteilt, an die Klägerschaft 13.975,46 € (Kaufpreis abzüglich der bereits als möglich berechenbaren Nutzungsentschädigung mit Kilometerstand bei Klageeinreichung) abzüglich einer weiter zu berechnenden vom Gericht auf Basis einer Gesamtaufleistung von 300.000 km zu schätzenden Nutzungsentschädigung für die Nutzung des streitgegenständlichen Fahrzeugs unter Zugrundelegung des Kilometerstandes zum Zeitpunkt der mündlichen Verhandlung erster Instanz zzgl. Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem jeweiligen Basiszinssatz seit Rechtshängigkeit zu zahlen, Zug um Zug gegen Übergabe und Übereignung des Fahrzeugs mit der Fahrzeug-Identifizierungsnummer

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

3. Die Beklagte wird verurteilt, die Klägerschaft von vorgerichtlichen Rechtsverfolgungskosten in Höhe von 1.134,55 € freizustellen.

6

Die Beklagte beantragte

die Klage abzuweisen

7

Die Beklagte erwiderte, dass in dem betroffenen Motor, insoweit anders als in den Vorgängermotoren des Typs EA 189, keine unzulässige Abschaltseinrichtung verbaut sei.

8

Der bloße Verbau einer Prüfstandserkennung sei nicht unzulässig. Bei dem streitgegenständlichen Motor werde durch die Prüfstandserkennung die Abgasreinigung nicht in einer grenzwertkausalen Weise beeinflusst. Die Beklagte habe ab 2015 vollumfänglich mit dem KBA kooperiert und dem KBA die Fahrkurve in den Motoren des Typs EA 288 Ende 2015 vorgestellt. Das KBA habe ab Oktober 2015 Fahrzeuge mit Motoren des Typs EA 288 intensiv auf das Vorhandensein unzulässiger Abschaltseinrichtungen untersucht und das Nichtvorhandensein mehrfach bestätigt.

9

Die Abgasrückführung des streitgegenständlichen Fahrzeugs sei in einem Temperaturbereich zwischen - 24° C und 70° C zu 100% aktiv, eine Abrampung finde nicht statt. Bei Temperaturen unterhalb von -24° C und oberhalb von 70° C sei die Deaktivierung der Abgasrückführung zum Schutz des Motors erforderlich.

10

Das SCR-System arbeite unabhängig von der Umgebungstemperatur und es komme zu keiner unzulässigen Einwirkung auf die AdBlue-Einspritzung auf dem Prüfstand.

11

Zudem sei in dem streitgegenständlichen Fahrzeug die monierte Fahrkurvenerkennung bereits vor Erwerb durch die Klagepartei entfernt worden, da sie bereits ab 03.12.2019 im Rahmen einer Modellpflegemaßnahme / freiwilligen Serviceaktion entfernt worden sei. Der Kläger habe zu keinem Zeitpunkt das Fahrzeug mit der monierten Fahrkurvenerkennung in Besitz gehabt (Schriftsatz der Beklagten vom 08.12.2021, Seite 8 unten).

12

Mit Endurteil vom 16.12.2021, Az. 8 O 2625/21, wies das Landgericht Traunstein die Klage ab.

13

Zur Begründung seiner Entscheidung führt das Landgericht aus, hinsichtlich des Thermofensters bestehe kein Schadensersatzanspruch aus § 826 BGB. Ob das Thermofenster eine unzulässige Abschalteneinrichtung sei, könne dahin stehen, denn es sei weder dargetan, noch sonst ersichtlich, dass auf Seiten der Beklagten im Hinblick auf das Thermofenster das Bewusstsein eines möglichen Gesetzesverstosses verbunden mit einer zumindest billigenden Inkaufnahme desselben vorhanden war.

14

Im Übrigen habe die Klagepartei nicht hinreichend vorgetragen, dass das streitgegenständliche Fahrzeug mit unzulässigen, zum Zwecke der Täuschung über den tatsächlichen Schadstoffausstoß des Motors verbauten und die Abgasreinigung unter Prüfstandsbedingungen manipulierenden Abschalteneinrichtungen versehen sei. Die Behauptung, der im streitgegenständlichen Fahrzeug eingebaute Motor weise eine oder mehrere unzulässige Abschalteneinrichtungen auf, erweise sich als Behauptung ins Blaue hinein.

15

Im Übrigen wird gemäß § 540 Abs. 1 ZPO auf den Tatbestand und die Entscheidungsgründe Bezug genommen.

16

Die Klagepartei verfolgt mit ihrer Berufung unter Wiederholung und Vertiefung ihres bisherigen Vortrags ihr erstinstanzliches Klageziel weiter. Das Landgericht überspanne die Substantiierungsanforderungen. Eine Behauptung ins Blaue hinein liege nicht vor. Der Kläger habe anhand der DUH-Unterlagen eine Täuschung des KBA dargestellt. Hauptansatzpunkt des Verfahrens sei nicht das Thermofenster, sondern die Zykluserkennung mit Auswirkungen auf das Abgasverhalten. Das Fahrzeug erkenne den Prüfstand und ändere daraufhin sein Abgasverhalten.

17

Zusätzlich ergänzt die Klagepartei ihren erstinstanzlich verfolgten Antrag auf Zahlung des „großen“ Schadensersatzes für den Fall, dass der Senat davon ausgeht, dass der Klagepartei lediglich ein Anspruch aus § 823 Abs. 2 BGB in Verbindung mit § 6 Abs. 1, § 27 Abs. 1 EG-FGV zustehe, um einen auf Zahlung des Differenzschadens gerichteten Hilfsantrag.

18

Die Klagepartei beantragt daher, unter Abänderung des Urteils des Landgerichts zu erkennen:

1. Die Beklagte wird verurteilt, an die Klägerschaft 13.523,04 € zzgl. Zinsen hieraus in Höhe von fünf Prozentpunkten über dem jeweiligen Basiszinssatz seit Rechtshängigkeit zu zahlen, Zug um Zug gegen Übergabe und Übereignung des Fahrzeugs mit der Fahrzeug-Identifizierungsnummer

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

3. Die Beklagte wird verurteilt, die Klägerschaft von vorgerichtlichen Rechtsverfolgungskosten in Höhe von 1.134,55 € freizustellen.

4. Hilfsweise: Die Beklagte wird verurteilt, der Klägerpartei einen Betrag bezüglich des Fahrzeugs, FIN: ..., dessen Höhe in das Ermessen des Gerichts gestellt wird, jedoch mindestens 2.925,00 € betragen muss, zu bezahlen nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit Rechtshängigkeit.

19

Die Beklagte beantragt,
die Berufung zurückzuweisen.

20

Die Beklagte wiederholt ihr Verteidigungsvorbringen aus erster Instanz. Sie führt sodann mit Blick auf die zwischenzeitlich ergangene Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs zur Ersatzfähigkeit eines Differenzschadens nach § 823 Abs. 2 BGB, §§ 6 Abs. 1, 27 Abs. 1 EG-FGV aus, bei dem Thermofenster handele es sich nicht um eine Abschaltvorrichtung und hinsichtlich der Fahrkurvenerkennung habe sich die Beklagte jedenfalls in einem unvermeidbaren Verbotsirrtum befunden. Zudem bestehe kein Differenzschaden des Klägers. In einem weiteren Schriftsatz vom 10. November 2023 räumt die Beklagte jedoch ein, bei dem streitgegenständlichen Fahrzeug bestehe hinsichtlich der AGR-Rate eine Korrekturfunktion, die an zwei Temperaturgrößen geknüpft sei, die im Motorraum durch Sensoren gemessen würden. Die an einem der Sensoren gemessene Temperatur könne mittelbar durch die Umgebungstemperatur beeinflusst werden. Es könne auch im Temperaturbereich zwischen -24° C und 70° C zu AGR-Korrekturen kommen.

21

Das streitgegenständliche Fahrzeug wies am 14.11.2023 eine Laufleistung von 146.640 km auf.

22

Der Senat hat am 15.11.2023 mündlich verhandelt. Auf das Protokoll der mündlichen Verhandlung vom 15.11.2023, die zwischen den Parteien gewechselten Schriftsätze und den übrigen Akteninhalt wird Bezug genommen.

B.

23

Die zulässige Berufung der Klagepartei bleibt ohne Erfolg, weil die zulässige Klage im Ergebnis nicht begründet ist. Der Kläger kann von der Beklagten keinen Schadensersatz verlangen, da die Voraussetzungen einer vorsätzlichen sittenwidrigen Schädigung nicht vorliegen und mit Blick auf die zwischenzeitliche Nutzung des Fahrzeugs durch den Kläger sowie dessen Restwert jedenfalls kein Differenzschaden besteht.

I.

24

Vertragliche Ansprüche gegen die Beklagte, die Herstellerin des Fahrzeugs, aber nicht Verkäuferin ist, kommen nicht in Betracht.

II.

25

Das Landgericht hat Ansprüche des Klägers gegen die Beklagte aus vorsätzlicher sittenwidriger Schädigung zu Recht verneint, denn die Voraussetzungen für einen Anspruch gem. §§ 826, 31 BGB liegen nicht vor.

26

1. 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 (st. Rspr., vgl. BGH NJW 2020, 1962 Rz. 15 mwN). 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 (BGH NJW 2020, 1962 Rz. 15, BGH Urteil vom 19.1.2021, VI ZR 433/19, juris Rz. 14).

27

Danach liegt ein sittenwidriges Verhalten eines Fahrzeugherstellers vor, wenn dieser sich im Rahmen einer von ihm bei der Motorenentwicklung getroffenen strategischen Entscheidung, die Typengenehmigungen durch arglistige Täuschung des Kraftfahrtbundesamts (KBA) zu erschleichen und die derart bemakelten Fahrzeuge alsdann in Verkehr zu bringen, die Arglosigkeit und das Vertrauen der Fahrzeugkäufer gezielt zunutze macht (BGH NJW 2020, 1962 Rz. 25). Dies ist der Fall, wenn der Automobilhersteller dem KBA zwecks Erlangung der Typengenehmigung mittels einer eigens zu diesem Zweck entwickelten Software, die bewusst und gewollt so programmiert ist, dass die gesetzlichen Abgasgrenzwerte nur auf dem Prüfstand beachtet, im normalen Fahrbetrieb hingegen überschritten werden (Umschaltlogik), wahrheitswidrig vorspiegelt, die Fahrzeuge würden die festgelegten Grenzwerte einhalten (BGH, Beschluss vom 19.1.2021, VI ZR 433/19, juris Rz. 17).

28

Im Falle eines Abgasrückführungssystems, das – anders als die Umschaltlogik – nicht bereits im Ausgangspunkt danach differenziert, ob sich das Fahrzeug auf dem Prüfstand oder im normalen Fahrbetrieb befindet (BGH, Urteil vom 19.1.2021, VI ZR 433/19, juris Rz. 18), ist der Vorwurf der Sittenwidrigkeit gegenüber der Beklagten nur dann gerechtfertigt, wenn zu dem – unterstellten – Gesetzesverstoß weitere Umstände hinzutreten, die das Verhalten der für sie handelnden Personen als besonders verwerflich erscheinen lassen (BGH, Urteil vom 19.1.2021, VI ZR 433/19, juris Rz. 19). Dies setzt jedenfalls voraus, dass diese Personen bei der Entwicklung und/oder Verwendung der temperaturabhängigen Steuerung des Emissionskontrollsystems in dem Bewusstsein handelten, eine unzulässige Abschalteinrichtung zu verwenden, und den darin liegenden Gesetzesverstoß billigend in Kauf nahmen (BGH, Urteil vom 19.1.2021, VI ZR 433/19, juris Rz. 19; Beschluss vom 9.3.2021, VI ZR 889/20, juris Rz. 28). Fehlt es daran, ist bereits der objektive Tatbestand der Sittenwidrigkeit nicht erfüllt.

29

2. Gemessen an diesen Grundsätzen hat die Beklagte den Kläger nicht vorsätzlich und sittenwidrig im Sinne des § 826 BGB geschädigt.

30

a. Die Verwendung eines SCR-Katalysators in Verbindung mit der unstreitig zumindest bis November 2015 in der Motorsteuerung von Fahrzeugen mit Motoren des Typs EA 288 und SCR-Katalysator hinterlegten Fahrkurvenerkennung oder einer von der Fahrkurve unabhängigen Prüfzykluserkennung rechtfertigt noch nicht die Annahme eines besonders verwerflichen Verhaltens der Beklagten. Nach dem Vortrag der Klagepartei soll die Prüfzykluserkennung bewirken, dass im Prüfstand, anders als im Realbetrieb, zum einen die Abgasrückführungsrate erhöht bleibe und zum anderen vermehrt AdBlue eingespritzt werde. Die Beklagte hat dies bestritten.

31

aa. Ob der Vortrag der Klagepartei zutrifft und ob es sich dabei tatsächlich um eine unzulässige Abschalteinrichtung im Sinne des Art. 5 Abs. 2 VO 715/2007/EG handelt, kann dahingestellt bleiben. Jedenfalls lässt sich – anders als bei der Umschaltlogik der EA189-Motoren – nicht schon aus der Verwendung der behaupteten und – unterstellt: unzulässigen – Fahrkurven- oder Prüfzykluserkennung ein arglistiges Verhalten der Beklagten ableiten.

32

Es fehlen greifbare Anhaltspunkte dafür, dass der Einsatz der Fahrkurvenerkennung für die Einhaltung der Grenzwerte für Schadstoffemissionen durch den streitgegenständlichen Motor im Prüfstand relevant war. Das KBA hat u.a. mit Auskunft vom 15.12.2020 (Anlage B15) zum Motortyp EA 288 in der auch vorliegend vorhandenen Motorkonfiguration Euro 6 und SCR-Katalysator ausdrücklich bestätigt, dass auch bei Deaktivierung der Funktion der Fahrkurvenerkennung die Grenzwerte im Prüfverfahren eingehalten werden.

33

bb. Vorliegend hat die Beklagte zudem vom Kläger unwidersprochen vorgetragen, dass in dem streitgegenständlichen Fahrzeug des Klägers die Fahrkurvenerkennung bereits vor der Inbesitznahme durch den Kläger im Rahmen einer Modellpflfegemaßnahme / freiwilligen Serviceaktion entfernt wurde (Schriftsatz der Beklagten vom 08.12.2021, Seite 8 unten). Soweit der Kläger demgegenüber vorträgt, eine Prüfzykluserkennung könne auch unabhängig von einer Fahrkurvenerkennung vorhanden sein, erfolgt dieser Vortrag ersichtlich in das Blaue hinein. Der Kläger führt nicht aus, aufgrund welcher nicht von der

unstreitigen Serviceaktion veränderten Parameter der Motorsteuerung gerade des streitgegenständlichen Fahrzeugs welche Manipulation des Emissionskontrollsystems auf dem Prüfstand erfolgt.

34

cc. Ohnehin kommt hinzu, dass in der vorgenannten Auskunft vom 15.12.2020 das KBA ausdrücklich darauf hinweist, dass das KBA sehr umfassende Untersuchungen an Fahrzeugen mit Motoren der Reihe des EA 288 durchgeführt hat. EA-288-Motoren wurden vom KBA insgesamt dreimal überprüft: zunächst im Rahmen der Untersuchungskommission ... vom Oktober 2015 bis April 2016, sodann in den Jahren 2017 bis 2019 vor Freigabe des freiwilligen Software-Updates (im Hinblick auf das Nationale Forum Diesel) und nochmals in den Jahren 2019 und 2020. Dabei war das KBA durch die vorher bekannt gewordene, auch nach Ansicht des KBA unzulässige Umschaltlogik im Rahmen des Motors EA 189 sensibilisiert. Zudem hatte die Beklagte das KBA mit Schreiben vom 29.12.2015 (Anl. B 5) von der Fahrkurvenerkennung im Motor EA 288 unterrichtet. Dennoch kam das KBA bei jeder der Untersuchungen zu dem Ergebnis, dass eine unzulässige Abschaltvorrichtung nicht vorläge und die Grenzwerte im NEFZ auch ohne die Fahrkurvenerkennung eingehalten würden.

35

Die Implementierung einer Funktion, die vom KBA nach mehrfachen ausführlichen Untersuchungen als zulässig angesehen wurde, vermag den Vorwurf einer arglistigen Erschleichung der Typengenehmigung nicht zu tragen. Hierin unterscheidet sich der vorliegende Fall gerade von Fällen des Motors EA 189, bei dem die Beklagte im eigenen Kosten- und Gewinninteresse entschieden hatte, von der Einhaltung der Euro-5-Grenzwerte im realen Fahrbetrieb vollständig abzusehen und dem KBA stattdessen zwecks Erlangung der Typengenehmigung mittels einer eigens zu diesem Zweck entwickelten Motorsteuerungssoftware wahrheitswidrig vorzuspiegeln, dass die von ihr hergestellten Dieselfahrzeuge die neu festgelegten Grenzwerte einhalten (vgl. BGH Urteil vom 19.01.2021, VI ZR 433/19, juris Rz. 17).

36

Anhaltspunkte für eine bewusste Täuschung des KBA durch die Beklagte lassen sich demgegenüber entgegen dem Vorbringen des Klägers aus der Berufungsbegründung vom 16.02.2022 auch nicht unter Berücksichtigung abweichender Messungen der DUH finden. Hierzu ist zu bemerken, dass das KBA ausweislich des Berichts zur Untersuchungskommission Diesel (Anlage B 1) Messungen bezüglich des Motors EA 288 gerade nicht nur im NEFZ, sondern auch mit einer Reihe anderer Fahrzyklen auch außerhalb des Prüfstandes vorgenommen hat (Anl. B 1, S. 15 ff.). Hierbei hat das KBA bezüglich des Motors EA 288 nur solche Abweichungen von den Messungen im NEFZ festgestellt, die aufgrund der abweichenden Rahmenbedingungen zu erwarten waren, aber nicht auf unzulässige Abschaltvorrichtungen schließen lassen (Anl. B 1, S. 12, S. 18, S. 60).

37

b. Eine Arglist der Beklagten lässt sich auch nicht aus den „Applikationsrichtlinien“ vom 18.11.2015 ableiten. Zum einen sind diese nach dem Vortrag der Beklagten mit dem KBA vereinbart worden; jedenfalls wurden sie dem KBA aber mit dem schon genannten Schreiben vom 29.12.2015 offengelegt. Dies spricht gegen eine Täuschungsabsicht der Beklagten. Zum anderen ergibt sich aus den Applikationsrichtlinien, dass die Fahrkurvenerkennung nicht zur Einhaltung der Grenzwerte verwendet werden dürfe und dass sie bei Modellen mit Produktionsstart nach der KW 22/16 nicht mehr in der Software enthalten sei.

38

c. Soweit der Kläger einwendet, es sei unklar, wieso die Beklagte eine Zyklus- bzw. Fahrkurvenerkennung einbaue, wenn diese keine Funktion habe, schlägt dieses Argument nicht durch. Auch wenn die Fahrkurvenerkennung wie von der Klagepartei behauptet zur Steuerung der Abgasrückführungsrate oder der AdBlue-Dosierung verwendet wurde, ließe sich daraus, wie oben dargestellt, keine vorsätzliche sittenwidrige Schädigung der Klagepartei ableiten. Im Rahmen der Ansprüche nach § 826 BGB kann daher dahin stehen, ob es sich bei der streitgegenständlichen Fahrkurvenerkennung um eine unzulässige Abschaltvorrichtung im Sinne von Art. 3 Nr. 10 und Art. 5 Abs. 2 der VO 715/2007/EG handelt.

39

d. Von einer vorsätzlichen sittenwidrigen Schädigung kann sodann und schließlich auch nicht mit Blick auf die im Ausgangspunkt unstreitig temperaturabhängige Steuerung des Emissionskontrollsystems ausgegangen werden.

40

Die Abgasrückführung im streitgegenständlichen Fahrzeug ist unstreitig abhängig von der Umgebungstemperatur. Die Klagepartei behauptet, das Emissionskontrollsystem sei nur im Temperaturbereich von 20° C bis 30° C vollständig aktiv. Die Beklagte hatte dies zunächst bestritten und behauptet, dass die Abgasrückführung im Temperaturbereich zwischen -24° C und + 70° C ohne Abrampung vollständig aktiv sei. Einschränkend führt die Beklagte nunmehr jedoch im Schriftsatz vom 10.11.2023 aus, auch innerhalb dieses Temperaturfensters bestehe in dem streitgegenständlichen Fahrzeug eine zumindest mittelbar von der Außentemperatur abhängige Korrektur der Abgasrückführungsrate.

41

Jedenfalls im Lichte dieser jüngsten Einlassungen der Beklagten spricht aus Sicht des Senats alles dafür, dass es sich bei der Beeinflussung der Abgasrückführung durch die Motorsteuerung des streitgegenständlichen Fahrzeugs um eine unzulässige Abschalteinrichtung handelt. Der Einsatz einer derart temperaturabhängigen Steuerung des Emissionskontrollsystems rechtfertigt die Bewertung als sittenwidriges Verhalten für sich genommen jedoch auch bei Gesetzeswidrigkeit der Applikation nicht (BGH, Beschluss vom 19.1.2021, VI ZR 433/19, juris Rz. 13.; Urteil vom 16.9.2021, VI ZR 190/20, juris Rz. 16). Denn anders als die Umschaltlogik differenziert das Thermofenster nicht danach, ob sich das Fahrzeug auf dem Prüfstand oder im normalen Fahrbetrieb befindet (BGH Beschluss vom 19.1.2021, VI ZR 433/19, juris Rz. 18). Bei dieser Sachlage wäre der Vorwurf der Sittenwidrigkeit gegenüber der Beklagten nur dann gerechtfertigt, wenn zu dem – unterstellten – Gesetzesverstoß weitere Umstände hinzuträten, die das Verhalten der für sie handelnden Personen als besonders verwerflich erscheinen ließen (BGH Beschluss vom 19.1.2021, VI ZR 433/19, juris Rz. 19). Dies setzt jedenfalls voraus, dass diese Personen bei der Entwicklung und / oder Verwendung der temperaturabhängigen Steuerung des Emissionskontrollsystems in dem Bewusstsein handelten, eine unzulässige Abschalteinrichtung zu verwenden und den darin liegenden Gesetzesverstoß billigend in Kauf nahmen (BGH Beschluss vom 19.1.2021, VI ZR 433/19, juris Rz. 19; Beschluss vom 9.3.2021, VI ZR 889/20, juris Rz. 28).

42

Davon ist hier nicht auszugehen. Die Rechtsfrage, ob und gegebenenfalls unter welchen Bedingungen ein Thermofenster eine unzulässige Abschalteinrichtung darstellt oder nicht, war hoch umstritten. Daher liegt es keineswegs auf der Hand und kann nicht ohne weiteres davon ausgegangen werden, dass die Beklagte von der Unzulässigkeit der mittelbar außentemperaturabhängigen Steuerung der Abgasrückführungsrate ausging oder die Augen hiervoor bewusst verschlossen hätte (vgl. BGH Urteil vom 16.9.2021, VI ZR 190/20, juris Rz. 30). Auch eine unterbliebene Offenlegung des Thermofensters oder dessen genauer Wirkungsweise gegenüber dem KBA reichen nicht aus, um auf eine Täuschungsabsicht der Beklagten zu schließen (BGH, Hinweisbeschluss vom 15.9.2021, VII ZR 2/21, juris Rz. 15; Urteil vom 24.3.2022, III ZR 270/20, juris Rz. 22; Urteil vom 18.9.2023, VIa ZR 1508/22, juris Rz. 22).

43

Ebenso fehlt es an dem für § 826 BGB erforderlichen Schädigungsvorsatz. Allein aus der objektiven Unzulässigkeit der mittelbar außentemperaturabhängigen Steuerung der Abgasrückführungsrate folgt kein Vorsatz hinsichtlich der Schädigung der Fahrzeugkäufer; im Hinblick auf die im Zeitpunkt des Erwerbs des Klägers unsichere Rechtslage ist nicht dargetan, dass sich den für die Beklagte tätigen Personen die Gefahr einer Schädigung der Klagepartei hätte aufdrängen müssen (BGH, Urteil vom 16.9.2021, VI ZR 190/22, juris Rz. 32; Hinweisbeschluss vom 15.9.2021, VII ZR 2/21, juris Rz. 23).

III.

44

Der Klageanspruch ergibt sich auch nicht aus § 823 Abs. 2 BGB i.V.m. § 263 StGB. Der Klagevortrag rechtfertigt in vorliegendem Fall nicht die Annahme einer sittenwidrigen Schädigungshandlung der Beklagten in Form einer arglistigen und damit vorsätzlichen Täuschung (s.o. unter II.). Auch fehlt es – bei einem Gebrauchtwagen, wie vorliegend – an der Absicht stoffgleicher Bereicherung (BGH, Urteil vom 30.7.2020, VI ZR 5/20, juris Rz. 24 ff.).

IV.

45

Ein Anspruch gegen die Beklagte ergibt sich im Ergebnis auch nicht – auch nicht in der Form eines Differenzschadens – aus § 823 Abs. 2 BGB i.V.m. §§ 6 Abs. 1, 27 Abs. 1 EG-FGV.

46

1. Der Kläger kann einen Anspruch auf Rückabwicklung des Vertrages (großer Schadensersatz Zug um Zug gegen Rückgabe und Übereignung des Fahrzeugs) nicht auf § 823 Abs. 2 BGB i.V.m. §§ 6 Abs. 1, 27 Abs. 1 EG-FGV stützen. Nach der gefestigten und zutreffenden Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs erstreckt sich der durch §§ 6 Abs. 1, 27 Abs. 1 EG-FGV gegebenenfalls vermittelte Schutz nicht auf das Interesse des Käufers, an dem Vertrag nicht festgehalten zu werden, s. BGH Urteil vom 26.06.2023, VIa ZR 335/21, juris Rz. 19 ff.

47

2. Der Kläger hat gegen die Beklagte im Ergebnis auch keinen Anspruch auf Ersatz eines Differenzschadens nach § 823 Abs. 2 BGB i.V.m. §§ 6 Abs. 1, 27 Abs. 1 EG-FGV, da dem Kläger unter Berücksichtigung der Grundsätze der Vorteilsausgleichung ein Schaden nicht verblieben ist. Aus dem gleichen Grund kann der Kläger – unbeachtet der ohnehin fehlenden Darlegung eines vorsätzlichen Handelns der Beklagten – auch keinen Differenzschaden aus § 826 BGB oder aus § 823 Abs. 2 BGB i.V.m. § 263 StGB begehren. Im Einzelnen:

48

a. Hinsichtlich des vom Kläger durch unechten Hilfsantrag gemäß Schriftsatz vom 14.09.2023 begehrten Differenzschadens in Höhe von mindestens 2.925 € ist zunächst im Ausgangspunkt festzuhalten, dass nach der neueren Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs dem Käufer eines mit einer unzulässigen Abschalteinrichtung im Sinne des Art. 5 Abs. 2 der Verordnung 715/2007/EG versehenen Kraftfahrzeugs unter den Voraussetzungen des § 823 Abs. 2 BGB i.V.m. §§ 6 Abs. 1, 27 Abs. 1 EG-FGV ein Anspruch gegen den Fahrzeughersteller auf Ersatz des Differenzschadens zustehen kann. Hierzu führt der Kläger des Weiteren zutreffend aus, dass im Ausgangspunkt jedes technische Bauteil einschließlich einer elektronischen Steuerung, welche die Wirksamkeit eines Emissionskontrollsystems unter Bedingungen, die bei normalem Fahrzeugbetrieb vernünftigerweise zu erwarten sind verringert, eine im Sinne von Art. 3 Nr. 10, Art. 5 Abs. 2 Verordnung 715/2007/EG unzulässige Abschalteinrichtung sein kann.

49

b. Festzuhalten ist des Weiteren, dass, wie oben dargelegt, aus Sicht des Senats alles dafür spricht, dass jedenfalls die mittelbar Außentemperaturabhängige Steuerung der Abgasrückführungsrate eine Abschalteinrichtung im Sinne der Verordnung 715/2007/EG darstellt. Ob sich die Beklagte hinsichtlich dieser unzulässigen Abschalteinrichtung von der Verschuldensvermutung, die aus der objektiven Verletzung eines Schutzgesetzes folgt entlasten könnte, kann aber dahingestellt bleiben. Insofern ist beachtlich, dass unter Berücksichtigung der Grundsätze der im Einzelfall vorzunehmenden Vorteilsausgleichung dem Kläger zumindest kein gegebenenfalls zu ersetzender Differenzschaden verbleibt.

50

aa. Nach den Leitentscheidungen des Bundesgerichtshofs ist der nach § 823 Abs. 2 BGB i.V.m. §§ 6 Abs. 1, 27 Abs. 1 EG-FGV zu ersetzende Differenzschaden aus Rechtsgründen auf eine Spanne zwischen 5 und 15% des gezahlten Kaufpreises begrenzt (BGH Urteil vom 26.06.2023, VIa ZR 335/21, juris Tz. 73 und Urteil vom 20.07.2023, III ZR 267/20, juris Tz. 34). Für die gemäß § 287 ZPO vorzunehmende Festlegung des Schadens innerhalb dieser Bandbreite sind die Umstände des Einzelfalls im Rahmen einer auf den Zeitpunkt des Vertragsschlusses bezogenen Betrachtung zu gewichten. Dabei ist insbesondere in den Blick zu nehmen, welches Ausmaß an behördlichen Anordnungen auf Grund der festgestellten unzulässigen Abschalteinrichtung drohte und wie groß die Eintrittswahrscheinlichkeit solcher Anordnungen war, welches Gewicht dem Verstoß des Herstellers bezogen auf das unionsrechtliche Ziel der Einhaltung von Emissionsgrenzwerten zukommt und mit welchem Verschuldensgrad der Hersteller den Verstoß verwirklicht hat.

51

Hiervon ausgehend erscheint dem Senat im vorliegenden Fall eine Bemessung des Schadens auf 10% des Kaufpreises als sachgerecht, da es sich um einen mit Blick auf die genannten Kriterien durchschnittlichen Fall handelt. Besondere Umstände, die den hier zu beurteilenden Fall in die eine oder in andere Richtung gegenüber anderen Fällen hervorheben würde, sind weder vorgetragen, noch sonst ersichtlich (vgl. OLG

Stuttgart, Urteil vom 09.11.2023, 24 U 14/21, juris Rz. 125 f.). Daraus folgt, dass ein auf § 823 Abs. 2 BGB i.V.m. § 6 Abs. 1, § 27 Abs. 1 EG-FGV gestützter Differenzschaden im Streitfall auf 1.960 € zu bemessen wäre.

52

bb. Im Wege des Vorteilsausgleichs muss sich der Geschädigte diejenigen Vorteile anrechnen lassen, die ihm in adäquatem Zusammenhang mit dem Schadensereignis zugeflossen sind. Er darf einerseits im Hinblick auf das schadensersatzrechtliche Bereicherungsverbot nicht bessergestellt werden, als er ohne das schädigende Ereignis stünde. Andererseits sind nur diejenigen durch das Schadensereignis bedingten Vorteile auf den Schadensersatzanspruch anzurechnen, deren Anrechnung mit dem jeweiligen Zweck des Ersatzanspruchs übereinstimmt, also dem Geschädigten zumutbar ist und den Schädiger nicht unangemessen entlastet (st. Rspr; vgl. etwa BGH, Urteil vom 25.05.2020, VI ZR 252/19, juris Rz. 65). Diese Grundsätze führen im Streitfall dazu, dass der Klagepartei zum Schluss der mündlichen Verhandlung – dem grundsätzlich maßgeblichen Zeitpunkt für die Bewertung der anzurechnenden Vorteile (etwa: BGH, Urteil vom 24.01.2022, VIa ZR 100/21, juris Rz. 23 mwN) – kein Schaden verbliebe.

53

(1) Bei dem Differenzschadensersatz nach § 823 Abs. 2 BGB i.V.m. § 6 Abs. 1, § 27 Abs. 1 EG-FGV sind Nutzungsvorteile und Restwert des Fahrzeugs nur insoweit und erst dann schadensmindernd anzurechnen, wenn sie den Wert des Fahrzeugs bei Abschluss des Kaufvertrages (gezahlter Kaufpreis abzüglich Differenzschaden) übersteigen (vgl. BGH, Urteil vom 26.06.2023, VIa ZR 335/21, juris Rz. 44 und 80; zu § 826 BGB BGH, Urteil vom 24.01.2022, VIa ZR 100/21, juris Rz. 22). Erreicht die Summe aus Nutzungsvorteilen und Restwert den ursprünglich gezahlten Kaufpreis, besteht kein Schaden (OLG Stuttgart, Urteil vom 09.11.2023, 24 U 14/21, juris Rz. 128).

54

(2) Die Bewertung der gezogenen Nutzungen schätzt der Senat auf Basis der vom Bundesgerichtshof für zulässig erachteten Methode der linearen Wertminderung (vgl. u.a. BGH, Urteil vom 30.07.2020, VI ZR 354/19, juris Rz. 12 f. und Beschluss vom 12.10.2021, VIII ZR 255/20, juris Rz. 22 f.) gemäß § 287 ZPO unter Zugrundelegung einer Gesamtlauflistung des Fahrzeugs von 300.000 km. Dies ergibt bei einer Restlauflistung von 288.130 km (300.000 km – 11.870 km Stand bei Kauf), 134.770 von der Klagepartei gefahrenen Kilometern (aktueller Kilometerstand 146.640 km – 11.870 km Stand bei Kauf) und einem Bruttokaufpreis von 19.500,00 € einen Nutzungsvorteil in Höhe von 9.120,93 €.

55

(3) Den Restwert des streitgegenständlichen Fahrzeugs bemisst der Senat nach § 287 ZPO auf der Grundlage des Händlereinkaufspreises, welchen der Senat über die Datenbank der DAT unter Angabe der FIN des Fahrzeugs, des Erstzulassungsdatums und des aktuellen Kilometerstands von 146.640 km ermittelt. Der Händlereinkaufspreis nach DAT stellt aus Sicht des Senats den Betrag dar, den der Kläger bei einem gegenwärtigen Verkauf realistisch erzielen könnte. Der Händlereinkaufspreis nach DAT ist daher eine geeignete Schätzgrundlage für den Restwert des Fahrzeugs. Danach ergibt sich ein Händlereinkaufswert in Höhe von brutto 11.331 €. Die Summe aus Nutzungen und Restwert übersteigt somit den ursprünglichen Kaufpreis.

56

(4) Soweit das Hanseatische Oberlandesgericht im Rahmen der Vorteilsausgleichung einen bei der Klagepartei verbliebenen Restwert des Fahrzeuges nicht berücksichtigen will, sofern dieser nicht tatsächlich im Wege der Weiterveräußerung realisiert wurde (vgl. OLG Hamburg, Urteil vom 06.10.2023, 3 U 183/21, juris Rz. 56 ff.), folgt der Senat dem nicht, da dies in Widerspruch zu den ausdrücklichen Vorgaben des Bundesgerichtshofs steht (u.a. BGH, Urteil vom 26.06.2023 – VIa ZR 335/21, Rdnr. 80; ebenso OLG Stuttgart, Urteil vom 9.11.2023 – 24 U 14/21, Rdnr. 134). Die Entscheidung des Hanseatischen Oberlandesgerichts vermag auch in der Sache nicht zu überzeugen, da aus Sicht des Senats keine Gründe ersichtlich sind, Fahrzeugkäufer, die das Fahrzeug nach der letzten mündlichen Verhandlung weiterhin restwertmindernd nutzen und die dadurch wirtschaftlich den Restwert erzielen anders zu behandeln, als Fahrzeugkäufer, die den Restwert im Zeitpunkt der letzten mündlichen Verhandlung durch eine Veräußerung des Fahrzeugs erzielen.

57

cc. Eine abweichende Betrachtung ist schließlich auch nicht aus Gründen des Unionsrechts geboten. Insoweit ist beachtlich, dass nationale Gerichte auch unter Geltung des unionsrechtlichen Effektivitätsgebots befugt sind, dafür Sorge zu tragen, dass der Schutz der unionsrechtlich gewährleisteten Rechte nicht zu einer ungerechtfertigten Bereicherung der Anspruchsberechtigten führt (EuGH, Urteil vom 25.03.2021, Rs. C-501/18, juris Rz. 125). In Ermangelung einschlägiger unionsrechtlicher Vorschriften ist es daher Sache des Rechts des betroffenen Mitgliedstaates, die Vorschriften über den Ersatz des Schadens festzulegen, der dem Käufer eines mit einer unzulässigen Abschaltvorrichtung im Sinne von Art. 5 Abs. 2 VO 715/2007/EG ausgestatteten Fahrzeugs tatsächlich entstanden ist, vorausgesetzt, dass dieser Ersatz in einem angemessenen Verhältnis zum entstandenen Schaden steht (so ausdrücklich EUGH, Urteil vom 21.03.2023, Rs. C-100/21, juris Rz. 96).

V.

58

Da dem Kläger gegen die Beklagte kein Anspruch auf Schadensersatz zusteht, hat er auch weder einen Anspruch auf Feststellung des Annahmeverzugs der Beklagten mit der Entgegennahme des streitgegenständlichen Fahrzeugs, noch einen Anspruch, von ihm entstandenen vorgerichtlichen Rechtsanwaltsgebühren freigestellt zu werden.

C.

59

Der Ausspruch zu den Kosten ergibt sich aus § 97 Abs. 1 ZPO, die Entscheidung zur vorläufigen Vollstreckbarkeit beruht auf §§ 708 Nr. 10, 713 ZPO. Die Revision war nicht zuzulassen, da ein Zulassungsgrund (§ 543 Abs. 2 ZPO) nicht vorliegt.

Verkündet am 15.11.2023