

Titel:

Kein Schadensersatzanspruch gegenüber Motorherstellerin bei Motortyp EA 288

Normenketten:

BGB § 31, § 823 Abs. 2, § 826, § 830

Fahrzeugemissionen-VO Art. 3 Nr. 10, Art. 5 Abs. 2

EG-FGV § 6 Abs. 1, § 27 Abs. 1

Leitsätze:

1. Zu – jeweils verneinten – (Schadensersatz-)Ansprüchen von Käufern eines Fahrzeugs, in das ein Diesel-Motor des Typs EA 288 eingebaut ist, vgl. auch BGH BeckRS 2022, 11891; BeckRS 2022, 18404; BeckRS 2023, 22177; BeckRS 2023, 26995; OLG Celle BeckRS 2021, 42362; BeckRS 2023, 6948; OLG Dresden BeckRS 2022, 23413; BeckRS 2022, 33522; BeckRS 2022, 23367; BeckRS 2021, 51454; OLG Hamburg BeckRS 2022, 41537; OLG Koblenz BeckRS 2023, 25585; OLG München BeckRS 2023, 22881; BeckRS 2023, 24732; BeckRS 2023, 25588; BeckRS 2023, 36827; BeckRS 2023, 36829; OLG Oldenburg BeckRS 2023, 24388; BeckRS 2021, 45193; BeckRS 2023, 26748; OLG Stuttgart BeckRS 2021, 50990; OLG Schleswig BeckRS 2022, 10559 (mit weiteren Nachweisen in Ls. 1); anders durch Versäumnisurteil OLG Köln BeckRS 2021, 2388; offen gelassen bei BGH BeckRS 2023, 27169. (redaktioneller Leitsatz)

2. Nur die Fahrzeugherstellerin – und nicht eine davon ggf. verschiedene Motorherstellerin – hat die EG-Typengenehmigung herbeizuführen und sodann die Übereinstimmungsbescheinigungen im Sinne des § 6 Abs. 1 EG-FGV auszustellen. (Rn. 47) (redaktioneller Leitsatz)

3. Eine allgemeine konzernweite Durchgriffshaftung besteht weder nach deutschem, noch nach europäischem Recht, so dass die Konstellation, dass die Fahrzeugherstellerin ein Tochterunternehmen der beklagten Motorherstellerin ist, zu keinem anderen Ergebnis führt, da sowohl im faktischen Konzern, als auch im Vertragskonzern weiterhin die rechtliche Selbständigkeit verbundener Unternehmen gilt. (Rn. 52) (redaktioneller Leitsatz)

Schlagworte:

Diesel-Abgasskandal, EA 288, unzulässige Abschaltvorrichtung, Schadensersatz, sittenwidrig, Thermofenster, Fahrkurvenerkennung, NOx-Speicherkatalysator (NSK), Differenzschaden, Motorherstellerin

Vorinstanz:

LG München I, Urteil vom 25.01.2022 – 30 O 510/21

Tenor

1. Die Berufung der Klägerin gegen das Urteil des Landgerichts München I vom 25.01.2022, Az. 30 O 510/21, wird zurückgewiesen.

2. Die Klägerin hat die Kosten des Berufungsverfahrens zu tragen.

3. Dieses Urteil sowie das in Ziffer 1 genannte Urteil des Landgerichts München I sind ohne Sicherheitsleistung vorläufig vollstreckbar. Die Klägerin kann eine Vollstreckung durch Sicherheitsleistung in Höhe von 110% des zu vollstreckenden Betrags abwenden, wenn nicht die Beklagte Sicherheit in Höhe von 110% des vollstreckbaren Betrags leistet.

4. Die Revision gegen dieses Urteil wird nicht zugelassen.

Beschluss

Der Streitwert wird für das Berufungsverfahren auf 22.466,92 € festgesetzt.

Entscheidungsgründe

A.

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

2

Die Klägerin erwarb am 05.12.2014 von der ... GmbH, ... den von der ... hergestellten Pkw ... 4x4, FIN: ... zu einem Preis von 35.065,86 €. Das Fahrzeug wurde am 4.12.2012 erstzugelassen und am 5.12.2017 mit einem Kilometerstand von 5 km an die Klägerin übergeben. Die Klägerin leistete eine Anzahlung in Höhe von 8.000 €, der restliche Kaufpreis wurde ursprünglich durch die ... Bank, Zweigniederlassung der ... GmbH, finanziert. Dieses Darlehen wurde durch die Klägerin am 28.03.2018 nach Zahlung von 39 Monatsraten zu je 250 € und einer Schlusszahlung in Höhe von 19.000,17 € vorzeitig abgelöst. Insgesamt wendete die Klägerin für Erwerb und Finanzierung des Fahrzeugs 36.750,17 € auf.

3

In dem Fahrzeug ist ein von der Beklagten hergestellter Dieselmotor des Typs EA 288 mit der Schadstoffklasse Euro 6 und 110 kw Leistung verbaut. Die Abgasreinigung des streitgegenständlichen Fahrzeugs findet durch eine Abgasrückführung und einen NOx-Speicherkatalysator (NSK) statt.

4

Das Fahrzeug ist nicht von einem Rückruf des Kraftfahrt-Bundesamts (KBA) betroffen.

5

Die Klägerin behauptete, das streitgegenständliche Fahrzeug weise einen Mangel auf. Bei umfangreichen Test hätten sich erhebliche Grenzüberschreitungen an Stickoxid für die Abgasnorm Euro 6 ergeben. Hintergrund der Mangelhaftigkeit des Motors EA 288 sei wie bei dem Motorentyp EA 189 die Verwendung von sogenannter Manipulationssoftware. Bei Motoren des Typs EA 288 springe während der genormten Prüfstandsmessung eine Funktion an, die durch das Aufwärmen des Abgassystems die Schadstoffe verringern soll. Im realen Verkehr sei diese Funktion sei aufgrund eines thermischen Fensters ausgeschaltet. Die Funktion des NSK sei mittels einer unzulässigen Abschaltvorrichtung außer Kraft gesetzt worden. Die tatsächlichen NOx-Werte des Fahrzeugs wichen von den gesetzlichen Vorgaben und den Angaben des Herstellers derart ab, dass die für das Fahrzeug angegebene EU-Schadstoffklasse nicht erreicht werde.

6

Die Beklagte habe die Klägerin dadurch geschädigt, dass sie unter Verschweigen der gesetzeswidrigen Softwareprogrammierung Dieselmotoren zum Zwecke des Weiterverkaufs in Verkehr gebracht hat, deren Motorsteuerungssoftware so programmiert war, dass im streitgegenständlichen Fahrzeug ein sogenanntes Thermofenster verbaut sei. Die Abgasreinigung werde bei Temperaturen von unter 17° C reduziert. Die betrügerische Absicht sei seinerzeit auch dem Vorstandsvorsitzenden ... bekannt gewesen.

7

Bei dem streitgegenständlichen Fahrzeug sei zudem eine Fahrkurve hinterlegt, die erkenne, wenn sich das Fahrzeug im Prüfzyklus befinde und die dann die Regeneration des NSK abweichend von dem realen Fahrbetrieb steuere. Während im normalen Fahrbetrieb die Regeneration des NSK strecken- und beladungsgesteuert ausgelöst werde, erfolge im Prüfstandsmodus die Auslösung allein streckenbezogen. So könne sicher gestellt werden, dass der Speicherkatalysator während der Prüfstandssituation keine kritische Beladungsgrenze überschreite. Im normalen Fahrbetrieb vollziehe sich die Regeneration regelmäßig beladungsgesteuert, was mit erhöhten Stickoxid-Emissionen einhergehe.

8

Außerdem habe die Beklagte auch das Onboard-Diagnosesystem (OBD) manipuliert. Die Messungen bzw. Diagnosen des OBD fänden ausschließlich in Fahrbetrieben statt, bei denen das Abgasrückführungsventil geöffnet und der Motor damit sauber sei.

9

Die Klägerin beantragte in erster Instanz:

1. die Beklagte kostenpflichtig und vorläufig vollstreckbar zu verurteilen, an die Klagepartei 25.098,57 € nebst jährlichen Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 09.07.2020 Zug um Zug gegen Übergabe des Fahrzeugs ..., FIN ... zu zahlen und zwar abzüglich einer weiteren, nach der

folgenden Formel berechneten Nutzungsentschädigung in EUR: von der Klagepartei gezahlter Kaufpreis x gefahrene Kilometer / Restnutzungsdauer

2. festzustellen, dass sich die Beklagte in Annahmeverzug befindet,

3. die Beklagte kostenpflichtig und vorläufig vollstreckbar zu verurteilen, an die Klagepartei weitere 1.564,26 € nebst Zinsen in Höhe von fünf Prozentpunkten über dem jeweiligen Basiszinssatz seit Rechtshängigkeit zu zahlen.

10

Die Beklagte beantragte,

die Klage abzuweisen.

11

Die Beklagte erwiderte, dass in dem betroffenen Motor, insoweit anders als in dem Vorgängermotor EA 189, keine unzulässige Abschalteneinrichtung verbaut sei.

12

Der bloße Verbau einer Prüfstanderkennung sei nicht unzulässig. In ihrer ursprünglichen Form habe die Fahrkurve hinsichtlich des Abgasreinigungssystems lediglich bewirkt, dass die auch im normalen Fahrbetrieb ca. alle 5 km erforderliche Regeneration des NSK im Prüfstandsbetrieb allein streckenbezogen erfolge, während diese außerhalb des Prüfstands strecken- und beladungsabhängig erfolge. Da der Prüfzyklus des NEFZ 11 km betrage, bestünde andernfalls die Gefahr, dass – je nach Beladungszustand am Beginn des Prüfzyklus – während des Prüfzyklus zwei oder drei Regenerationsvorgänge des NSK auftreten. Nur ein Test mit anfänglich regeneriertem NSK stelle sicher, dass der Test tatsächlich diejenigen NOx-Emissionen abbildet, die während des Fahrzyklus entstehen. Darüber hinaus sei dem KBA ab Oktober 2015 bekannt, dass Motoren der Baureihe EA 288 zum Teil eine Fahrkurvenerkennung enthalten. Die Beklagte habe zudem im Juli 2016 entschieden, generell die Fahrkurvenerkennung auch bei Fahrzeugen, deren Produktionsstart vor Kalenderwoche 22/2016 war und bei denen nach KW 22/2016 auch keine Modellpflegemaßnahme durchgeführt wurde, generell zu entfernen.

13

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.

14

Das KBA habe ab Oktober 2015 Fahrzeuge mit Motoren des Typs EA 288 intensiv auf das Vorhandensein unzulässiger Abschalteneinrichtungen untersucht und das Nichtvorhandensein mehrfach bestätigt.

15

Mit Endurteil vom 25.01.2022, Az. 30 O 510/21 wies das Landgericht München I die Klage ab. Zur Begründung führt das Landgericht aus, dass in dem Fahrzeug verbaute Thermofenster stelle keine unzulässige Abschalteneinrichtung dar. Jedenfalls könne hierauf kein Anspruch aus §§ 826, 31 BGB gestützt werden, da das Inverkehrbringen eines Fahrzeugs mit Thermofenster nicht als sittenwidrige Handlung zu bewerten sei. Die Behauptungen der Klägerin zu einer Lenkwinkelerkennung, und einer unzulässigen Zeiterfassung seien durch die Untersuchungen des KBA widerlegt. Ein Anspruch aus § 823 Abs. 1 BGB in Verbindung mit § 263 StGB scheitere an dem Fehlen einer Bereicherungsabsicht, ein Anspruch aus § 823 Abs. 2 BGB in Verbindung mit §§ 6, 27 EG-FGV scheide aus, da es sich bei der EG-FGV nicht um ein Schutzgesetz im Sinne des § 823 Abs. 2 BGB handele. Auf Tatbestand und Entscheidungsgründe des angegriffenen Urteils wird im Übrigen Bezug genommen.

16

Mit ihrer am 28.02.2022 eingelegten und mit Schriftsatz vom 25.04.2022 begründeten Berufung verfolgt die Klägerin ihr erstinstanzliches Klageziel im wesentlichen unverändert unter Abzug eines höheren Nutzungsersatzes weiter. Die Klägerin führt hierzu aus, sie habe hinsichtlich der Fahrkurve und der veränderten Regeneration des NSK ein Verhalten vorgetragen, das als sittenwidrig zu bewerten sei. Zudem bewirke die Fahrkurve, dass der NSK am Beginn des NEFZ-Zyklus künstlich erhitzt werde. Die Beklagte habe das KBA hierüber nicht informiert.

17

Die Klägerin beantragt, unter Abänderung des Urteils des Landgerichts München I vom 25.01.2022, Az. 30 O 510/21

1. die Beklagte zu verurteilen, an die Klagepartei einen Betrag in Höhe von 22.466,92 EUR nebst Zinsen in Höhe von fünf Prozentpunkten über dem jeweiligen Basiszinssatz seit dem 09.07.2020 zu zahlen, Zug um Zug gegen Übergabe und Übereignung des Fahrzeugs ..., FIN: ...,
2. festzustellen, dass sich die Beklagte mit der Rücknahme des bezeichneten Fahrzeugs im Annahmeverzug befindet,
3. die Beklagte zu verurteilen, an die Klagepartei weitere 1.564,26 € nebst Zinsen in Höhe von fünf Prozentpunkten über dem jeweiligen Basiszinssatz seit Rechtshängigkeit zu zahlen.

18

Die Beklagte beantragt,

die Berufung zurückzuweisen.

19

Die Beklagte verteidigt das Urteil des Landgerichts. Die Klägerin habe schon keine unzulässige Abschalteinrichtung und erst recht keine vorsätzliche sittenwidrige Täuschung substantiiert dargelegt. Die Beklagte habe die Fahrkurve dem KBA bereits Ende 2015 offen gelegt. Die nachfolgenden Testungen durch das KBA hätten ergeben, dass Fahrzeuge mit Motoren des Typs EA 288 die jeweils geforderten Emissionsgrenzwerte nach NEFZ auch dann einhalten, wenn man die Fahrkurve in der Motorsteuerung entfernt. Ein Anspruch auf Differenzschaden bestehe auch unter Berücksichtigung der neueren Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs nicht. Die Haftung nach § 823 Abs. 2 BGB in Verbindung mit §§ 6 Abs. 1, 27 Abs. 1 EG-FGV treffe nur den Hersteller. Hersteller des streitgegenständlichen Fahrzeugs sei nicht die Beklagte, sondern ... Der Senat hat am 29.11.2023 mündlich verhandelt. Auf das Protokoll der mündlichen Verhandlung vom 29.11.2023, die zwischen den Parteien gewechselten Schriftsätze und den übrigen Akteninhalt wird Bezug genommen.

B.

20

Die zulässige Berufung der Klagepartei ist unbegründet. Das Landgericht hat die Klage zu Recht abgewiesen. Der Kläger hat hinsichtlich des großen Schadensersatzes die Voraussetzungen eines Anspruchs wegen vorsätzlicher sittenwidriger Schädigung nach §§ 826, 31 BGB nicht dargelegt und auch andere Anspruchsgrundlagen sind insoweit nicht ersichtlich. Hinsichtlich eines Anspruchs auf Differenzschaden nach § 823 Abs. 2 BGB in Verbindung mit §§ 6 Abs. 1, 27 Abs. 1 EG-FGV ist die Beklagte, die Herstellerin des Motors aber nicht Herstellerin des Fahrzeugs und auch nicht Inhaberin der EG-Typengenehmigung ist, nicht passivlegitimiert, sodass es auf die Frage, ob insoweit die weiteren Voraussetzungen einer unzulässigen Abschalteinrichtung dargelegt wurden, nicht ankommt. Im Einzelnen:

21

I. Vertragliche Ansprüche gegen die Beklagte, die Herstellerin des Motors des Fahrzeugs, aber nicht Verkäuferin des Fahrzeugs ist, kommen nicht in Betracht. Anhaltspunkte für ein zwischen den Parteien bestehendes vorvertragliches Schuldverhältnis sieht der Senat nicht. Das Vorbringen der Klägerin zu angeblichen Mängeln des Fahrzeugs ist daher bereits im Ausgangspunkt nicht geeignet, einen Anspruch der Klägerin gegenüber der Beklagten zu begründen.

22

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

23

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. Wie bereits in dem Urteil des Landgerichts zutreffend dargelegt genügt es dazu 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). Insbesondere bei mittelbaren Schädigungen kommt es maßgeblich darauf an, dass den Schädiger das Unwerturteil, sittenwidrig gehandelt zu haben, gerade auch in Bezug auf die Schäden desjenigen trifft, der Ansprüche aus § 826 BGB geltend macht (BGH Urteil vom 25.10.2022, VI ZR 68/20, juris Rz. 17).

24

Danach liegt ein sittenwidriges Verhalten eines Motorherstellers, der nicht zugleich Hersteller des Fahrzeugs ist vor, wenn der Motorhersteller auf der Grundlage einer für sein Unternehmen getroffenen grundlegenden strategischen Entscheidung den Motor im eigenen Kosten- und Gewinninteresse mit einer unmittelbar auf die arglistige Täuschung des Typengenehmigungsbehörde abzielenden und eigens zu diesem Zweck entwickelten Steuerungssoftware ausstattet und diesen Motor in dem Bewusstsein in den Verkehr bringt, dass er von seiner Tochtergesellschaft in ein Fahrzeug verbaut und dieses an einen arglosen Käufer veräußert werden wird (BGH Urteil vom 25.10.2022, VI ZR 68/20, juris Rz. 20). Eine unmittelbar auf die arglistige Täuschung des KBA als Typengenehmigungsbehörde abzielende Steuerungssoftware ist gegeben, wenn die zu diesem Zweck entwickelte Software bewusst und gewollt so programmiert ist, dass die gesetzlichen Abgasgrenzwerte nur auf dem Prüfstand beachtet, im normalen Fahrbetrieb hingegen überschritten werden (Umschaltlogik), und die Software dadurch dem KBA wahrheitswidrig vorspiegelt, die Fahrzeuge würden die festgelegten Grenzwerte einhalten (s. BGH, Beschluss vom 19.1.2021, VI ZR 433/19, juris Rz. 17 zur entsprechenden Haftung des Fahrzeugherstellers).

25

Im Falle eines Emissionskontrollsystems, 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 Motorherstellerin 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 Abschaltanlage 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).

26

Fehlt es daran, ist bereits der objektive Tatbestand der Sittenwidrigkeit nicht erfüllt.

27

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

28

a) Soweit die Klägerin eine der Umschaltlogik im Motor EA 189 vergleichbare Abschaltanlage behauptet, enthält ihr Vortrag keine greifbaren Anhaltspunkte hierzu und vermag eine Beweisaufnahme daher nicht zu rechtfertigen.

29

aa) Zwar ist es einer Partei grundsätzlich nicht verwehrt, eine tatsächliche Aufklärung auch hinsichtlich solcher Umstände zu verlangen, über die sie selbst kein zuverlässiges Wissen besitzt und auch nicht erlangen kann, die sie aber nach Lage der Verhältnisse für wahrscheinlich oder möglich hält. Dies gilt insbesondere dann, wenn sie sich nur auf vermutete Tatsachen stützen kann, weil sie mangels Sachkunde

oder Einblicks in die Produktion des von der Gegenseite hergestellten und verwendeten Fahrzeugmotors einschließlich des Systems der Abgasrückführung oder -verminderung keine sichere Kenntnis von Einzeltatsachen haben kann (BGH, Beschluss vom 15.9.2021, VII ZR 2/21, juris Rz. 26 f.). Eine Behauptung ist erst dann unbeachtlich, wenn sie ohne greifbare Anhaltspunkte für das Vorliegen eines bestimmten Sachverhalts willkürlich „aufs Geratewohl“ oder „ins Blaue hinein“ aufgestellt worden ist. Bei der Annahme von Willkür in diesem Sinne ist Zurückhaltung geboten; in der Regel wird sie nur beim Fehlen jeglicher tatsächlicher Anhaltspunkte gerechtfertigt werden können (BGH a.a.O. Rz. 28; BGH, Urteil vom 16.9.2021, VII ZR 190/20, juris Rz. 23).

30

bb) Nach diesen Anforderungen verfehlen die Behauptungen der Klägerin zu einer der Umschaltlogik des EA 189 vergleichbaren Motorsteuerung die Anforderungen an einen hinreichend konkreten Sachvortrag. Denn sie bieten angesichts der Tatsache, dass das KBA bei den dargestellten mehrfachen Überprüfungen keine Anhaltspunkte für unzulässige Abschaltseinrichtungen gefunden hat, keine greifbaren Anhaltspunkte für das Vorliegen einer vergleichbar unzulässigen Abschaltseinrichtung.

31

(1) Der Vortrag, die gesetzlichen Abgaswerte würden im Realbetrieb anders als auf dem Prüfstand nicht eingehalten, ist kein Anhaltspunkt für das Vorliegen einer dem EA 189 vergleichbaren Umschaltlogik, da angesichts der unterschiedlichen Bedingungen im Prüfstands- bzw. Realbetrieb ein unterschiedliches Abgasverhalten auch unabhängig von einer Umschaltlogik zu erwarten war (BGH, Urteil vom 13.7.2021, VI ZR 128/20, juris Rz. 23 a.E.; Hinweisbeschluss vom 15.9.2021, VII ZR 2/21, juris Rz. 30; vgl. auch Beschluss vom 25.11.2021, III ZR 202/220, juris Rz. 17; Urteil vom 26.4.2022, VI ZR 435/20, juris Rz. 15).

32

Soweit die Klagepartei als Indiz für eine unzulässige Abschaltseinrichtung auf anderweitige Messungen der DUH Bezug nimmt, dringt sie damit ebenfalls nicht durch. Das KBA hat 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 (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 Abschaltseinrichtungen schließen lassen (Anl. B 1, S. 12, S. 18, S. 60). Im Unterschied dazu wurden bei vergleichbaren Messungen bezogen auf den Motor EA 189 Abweichungen festgestellt, die nur durch eine Abschaltseinrichtung zu erklären waren (Anl. B 1 S. 12, S. 114). Sodann hat das KBA auch eine Straßenmessung so durchgeführt, wie es der späteren RDE-Vorschrift, basierend auf dem RDE-Vorschlag der Europäischen Kommission entspricht (a.a.O. S. 17 unten). Abweichende Messungen der DUH im „realen Fahrbetrieb“ unter anderweitigen – unklaren – Parametern sind mithin nicht aussagekräftig und stellen kein Indiz für eine Manipulationssoftware dar.

33

(2) Aus dem gleichen Grund stellt auch die nach einem Bericht eines Fernsehmagazins durchgeführte Messung mit – nach diesem Bericht – erhöhten Stickoxidwerten keinen greifbaren Anhaltspunkt für den Einbau einer dem Motor EA 189 vergleichbaren Abschaltseinrichtung in dem streitgegenständlichen Motor dar. Streitgegenständlich ist ein An welchem Fahrzeug und unter welchen Parametern die Messungen durchgeführt wurden, wird von der Klägerin nicht mitgeteilt.

34

b) Auch die Verwendung des NSK in Verbindung mit einer Fahrkurvenerkennung rechtfertigt nicht die Annahme eines besonders verwerflichen Verhaltens der Beklagten. Unstreitig hat die Beklagte in EA 288-Motoren ursprünglich eine Fahrkurvenerkennung implementiert, mittels derer sichergestellt wurde, dass am Ende der dem NEFZ vorgeschalteten Präkonditionierungsfahrt (Precon) der NSK vollständig regeneriert wurde. Damit wurde sichergestellt, dass der NSK zu Beginn des NEFZ nahezu vollständig geleert war. Während des NEFZ wurde sodann eine rein streckengesteuerte Regeneration des NSK nach jeweils 5 km, insgesamt mithin zweimal im Rahmen der 11 km des NEFZ, durchgeführt. Außerhalb des NEFZ fand die Regeneration nicht nur strecken-, sondern auch beladungsabhängig und daher nicht stets nach 5 km statt.

35

Ob es sich dabei tatsächlich um eine unzulässige Abschaltseinrichtung im Sinne des Art. 5 Abs. 2 VO (EG) 715/2007 handelt, kann im Rahmen der Ansprüche nach § 826 BGB dahingestellt bleiben. Jedenfalls lässt

sich – anders als bei der Umschaltlogik der EA189-Motoren – nicht schon aus der Verwendung der behaupteten und – unterstellt unzulässigen – Fahrkurvenerkennung und der streckenabhängigen Regeneration ein arglistiges Verhalten der Beklagten ableiten. Die Beklagte hat ausführlich dargelegt, dass die anfängliche Verwendung der Fahrkurve zur Steuerung der Auslösemomente für die NSK-Regeneration letztlich dazu dienten, die Prüfergebnisse reproduzierbar zu machen und sicherzustellen, dass bei den Messungen nur die während des Zyklus angefallenen Stickoxide gemessen werden (s. Schriftsatz der Beklagten vom 26.04.2022, dort S. 45 ff.). Mit diesem Beklagtenvortrag setzt sich die Klägerin nicht substantiiert auseinander. Es fehlen daher 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 Auskünften vom 13.11.2020 zum Motortyp EA 288 ausdrücklich bestätigt, dass auch bei Deaktivierung der Funktion der Fahrkurvenerkennung die Grenzwerte im Prüfverfahren eingehalten werden (Anlage B18).

36

Die 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 ... AG 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 Abschaltseinrichtung nicht vorlag und die Grenzwerte im NEFZ auch ohne die Fahrkurvenerkennung eingehalten würden.

37

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.

38

c) Das unstreitig vorhandene Thermofenster erfüllt den Tatbestand des § 826 BGB vorliegend ebenfalls nicht. Der Einsatz einer temperaturabhängigen Steuerung des Emissionskontrollsystems rechtfertigt die Bewertung als sittenwidriges Verhalten für sich genommen auch bei unterstellter Gesetzwidrigkeit 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 vom 19.1.2021, a.a.O. 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 vom 19.1.2021, a.a.O. 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 Abschaltseinrichtung zu verwenden und den darin liegenden Gesetzesverstoß billigend in Kauf nahmen (BGH vom 19.1.2021, a.a.O. Rz. 19; Beschluss vom 9.3.2021, VI ZR 889/20, juris Rz. 28).

39

Davon ist hier nicht auszugehen. Die Rechtsfrage, ob das Thermofenster eine unzulässige Abschaltseinrichtung darstellt oder nicht, war hoch umstritten. Der Bericht der Untersuchungskommission ... vom April 2016 ging von der Zulässigkeit des Thermofensters aus. Daher liegt es keineswegs auf der Hand und kann nicht ohne weiteres davon ausgegangen werden, dass die Beklagte von der Unzulässigkeit des Thermofensters ausging oder die Augen hiervoor bewusst verschlossen hätte (BGH v. 16.9.2021 VI ZR 190/20, juris Rz. 30). Soweit die Klagepartei dies behauptet, ist der erkennbar ins Blaue hinein gemachte Vortrag prozessual unbeachtlich. Dem oben zitierten Vortrag der Klagepartei kann gerade nicht entnommen werden, das Thermofenster sei speziell auf die Prüfbedingungen des NEFZ abgestimmt worden. Denn im Rahmen des NEFZ sind nach dem eigenen Vortrag der Klagepartei in den Standardprüfzyklen Temperaturen von 20° C bis 30° C vorgegeben. Von einer Abschaltseinrichtung, die exakt auf die Prüfbedingungen im NEFZ abgestimmt ist, kann damit schon nach dem eigenen Vortrag der Klagepartei keine Rede sein (vgl. auch schon BGH vom 9.3.2021, VI ZR 889/20, juris Rz. 20, 24).

40

Zwar könnten sich unter Umständen aus einer etwaigen Verschleierung im Typengenehmigungsverfahren, dass die Abgasrückführung (auch) temperaturabhängig ist, Anhaltspunkte für ein Bewusstsein der für die Beklagte handelnden Personen, eine unzulässige Abschalteinrichtung einzusetzen, und mithin für die Täuschungsabsicht ergeben (BGH vom 9.3.2021, VI ZR 889/20, juris Rz. 24). Indes lässt sich aus dem Klägervortrag hier keine derartige Verschleierung ableiten, der ein solcher Indizcharakter zukäme. Eine unterbliebene Offenlegung des Thermofensters oder dessen genauer Wirkungsweise gegenüber dem KBA reichen insofern nicht aus (BGH, Hinweisbeschluss vom 15.9.2021, VII ZR 2/21, juris Rz. 15; Urteil vom 16.9.2021, VI ZR 190/20, juris Rz. 26; Urteil vom 24.3.2022, III ZR 270/20, juris Rz. 22; Urteil vom 18.9.2023, VIa ZR 1508/22, juris Rz. 22).

41

Ebenso fehlt es an dem für § 826 BGB erforderlichen Schädigungsvorsatz. Allein aus einer etwaigen objektiven Unzulässigkeit des Thermofensters folgt kein Vorsatz hinsichtlich der Schädigung der Fahrzeugkäufer; im Hinblick auf die 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 190/20, juris Rz. 32; Beschluss vom 15.9.2021, VII ZR 2/21, juris Rz. 23).

42

d) Der weitere Vortrag der Klägerin zu einer angeblichen Modifikation des Onboard-Diagnose-Systems (OBD) und zu einer Lenkwinkelerkennung ist ebenfalls nicht geeignet, eine vorsätzliche sittenwidrige Schädigung durch die Beklagte auch nur darzulegen. Auch insoweit fehlen jegliche tatsächlichen Anhaltspunkte für eine bewusste Täuschung durch die Beklagte.

43

III. Ein Anspruch aus § 823 Abs. 2 BGB i.V. mit § 263 StGB scheidet mangels vorsätzlichen Handelns (vgl. oben) aus. Im übrigen würde es bei Gebrauchtwagen oder – wie vorliegend – Fahrzeugen, die mit einer Tageszulassung verkauft wurden, an einer Stoffgleichheit zwischen dem von der Beklagten erstrebten Vermögensvorteil und einem Schaden der Klagepartei fehlen (vgl. BGH, Urteil vom 30.7.2020, VI ZR 5/20, juris Rz. 19 ff.).

44

IV. Die Klägerin hat gegen die Beklagte im Ergebnis auch keinen Anspruch auf Ersatz des Differenzschadens nach § 823 Abs. 2 BGB in Verbindung mit §§ 6 Abs. 1, 27 Abs. 1 EG-FGV.

45

1. Zwar hat der Bundesgerichtshof kürzlich (Urteile vom 26.6.2023, VIa ZR 335/21, VIa ZR 533/21 und VIa ZR 1031/22) entschieden, dass dem Käufer eines mit einer unzulässigen Abschalteinrichtung im Sinne des Art. 5 Abs. 2 der Verordnung (EG) Nr. 715/2007 versehenen Kraftfahrzeugs unter den Voraussetzungen des § 823 Abs. 2 BGB i.V. mit §§ 6 Abs. 1, 27 Abs. 1 EG-FGV ein Anspruch gegen den Fahrzeughersteller auf Ersatz des Differenzschadens zustehen kann. Voraussetzung hierfür ist aber, dass in dem Fahrzeug unzulässige Abschalteinrichtungen verbaut sind und dass sich die Beklagte als typengenehmigungsverantwortliche Fahrzeugherstellerin von der sie aufgrund der objektiven Verletzung des Schutzgesetzes treffenden Vermutung (mindestens) fahrlässigen Handelns nicht entlasten kann.

46

2. Ob in dem streitgegenständlichen Fahrzeug in dem insoweit maßgeblichen Zeitpunkt des Kaufvertragsschlusses eine unzulässige Abschalteinrichtung im Sinne von Art. 3 Nr. 10, Art. 5 der Verordnung 715/2007/EG verbaut gewesen ist, kann gleichwohl dahinstehen, denn die Beklagte ist bezogen auf das hier streitgegenständliche Fahrzeug schon nicht Adressatin der Pflichten aus §§ 6 Abs. 1, 27 Abs. 1 EG-FGV.

47

a) Die eine Haftung nach § 823 Abs. 2 BGB in Verbindung mit §§ 6 Abs. 1, 27 Abs. 1 EG-FGV gegebenenfalls begründende Verletzungshandlung besteht nach der Rechtsprechung des BGH darin, trotz Verwendung einer – unterstellt – unzulässigen Abschalteinrichtung eine Übereinstimmungsbescheinigung im Sinne von § 6 Abs. 1 EG-FGV ausgegeben und dadurch §§ 6 Abs. 1, 27 Abs. 1 EG-FGV verletzt zu haben (BGH Urteil vom 26.06.2023, VIa ZR 335/21, juris Rz. 59). Voraussetzung des Anspruches nach §§ 823 Abs. 2, §§ 6 Abs. 1, 27 Abs. 1 EG-FGV wäre daher, dass die Beklagte Ausstellerin der

Übereinstimmungsbescheinigung nach §§ 6 Abs. 1, 27 Abs. 1 EG-FGV ist. Nach § 6 Abs. 1 EG-FGV hat der Inhaber der EG-Typengenehmigung die Übereinstimmungsbescheinigung auszustellen. Inhaber der Typengenehmigung wiederum ist nach Art. 18 Abs. 1 in Verbindung mit Anhang IX der RL 2007/46/EG der Hersteller des Fahrzeugs. Der Fahrzeughersteller – und nicht ein davon ggf. verschiedener Motorhersteller – hat somit die EG-Typengenehmigung herbeizuführen und sodann die Übereinstimmungsbescheinigungen im Sinne des § 6 Abs. 1 EG-FGV auszustellen (BGH Urteil vom 10.07.2023, VIa ZR 1119/23, juris Rz. 20 und BGH Urteil vom 18.09.2023, VIa ZR 1652/22, juris Rz. 10).

48

b) Da das hier streitgegenständliche Fahrzeug nicht von der Beklagten, sondern von der ... Auto a.s. hergestellt wurde, hätte die Beklagte auch bei unterstelltem Einbau einer unterstellt unzulässigen Abschaltvorrichtung in der Motorsteuerung des von ihr gebauten Motors eine Pflicht nach §§ 6 Abs. 1, 27 Abs. 1 EG-FGV nicht verletzt. Da die Beklagten somit durch die hier relevante Sonderpflicht aus § 6 Abs. 1 EG-FGV nicht verpflichtet wird, kann sie auch weder Mittäterin des Fahrzeugherstellers, noch mittelbare Vorsatztäterin hinter dem gegebenenfalls fahrlässig handelnden Fahrzeughersteller sein (BGH Urteil vom 10.07.2023, VIa ZR 1119/22, juris Rz. 20).

49

c) Auch ein auf Beihilfe gestützter Anspruch der Klägerin gegen die Beklagte nach § 830 Abs. 2 BGB kommt auf der Grundlage des Klagevortrags selbst dann nicht in Betracht, wenn man den Einbau einer unzulässigen Abschaltvorrichtung unterstellt. Zwar kann grundsätzlich auch zu Sonderdelikten, bei denen eine täterschaftliche Beteiligung nicht möglich ist, Beihilfe geleistet werden. Voraussetzung einer Gehilfenhaftung ist aber zum einen eine Vorsatztat (hier des Fahrzeugherstellers) und zusätzlich zum anderen ein Gehilfenvorsatz sowohl hinsichtlich der fremden rechtswidrigen Tat, als auch hinsichtlich der eigenen Unterstützungsleistung (BGH Urteil vom 10.07.2023, VIa ZR 1119/22, juris Rz. 21). Eine Vorsatztat der ... und einen (doppelten) Vorsatz der Beklagten hinsichtlich der Unterstützung einer Vorsatztat der ... hat die Klägerin indes weder vorgetragen, noch ist auch nur eines von beidem sonst ersichtlich.

50

3. Eine abweichende Betrachtung ist auch nicht aus Gründen des Unionsrechts geboten.

51

a) Eine Erstreckung der möglichen Haftung eines Fahrzeugherstellers auf den Motorhersteller ist europarechtlich nicht geboten. Auch insoweit ist zunächst festzuhalten, dass die hier infrage stehende Haftung nicht unmittelbar aus dem Europarecht folgt. Denn auch der Gerichtshof der Europäischen Gemeinschaft hat – worauf der BGH im Urteil vom 26.06.2023, VIa ZR 335/21 in Rz. 36 ausdrücklich hinweist – in seiner Entscheidung vom 21.03.2023 nicht etwa einen Ersatzanspruch des Käufers für den Fall einer unzulässigen Abschaltvorrichtung unmittelbar aus dem Europarecht abgeleitet, sondern lediglich eine Pflicht der Mitgliedstaaten bejaht, einen entsprechenden Anspruch vorzusehen (EuGH, Urteil vom 21.03.2023, Rs. C-100/21, juris Rz. 91). Dieser Pflicht ist mit dem Differenzschadensanspruch aus § 823 Abs. 2 BGB, §§ 6 Abs. 1, 27 Abs. 1 EG-FGV Genüge getan. Dadurch, dass sich die mögliche Ersatzpflicht (nur) gegen den Fahrzeughersteller richtet, wird deren Verfolgung weder übermäßig erschwert, noch praktisch unmöglich.

52

b) Unerheblich ist insoweit auch, dass in der hier vorliegenden Konstellation die Fahrzeugherstellerin ein Tochterunternehmen der beklagten Motorherstellerin ist, denn sowohl im faktischen Konzern, als auch im Vertragskonzern gilt weiterhin die rechtliche Selbständigkeit verbundener Unternehmen, § 15 AktG. Eine allgemeine konzernweite Durchgriffshaftung besteht weder nach dem hier maßgeblichen deutschen Recht, noch nach europäischem Recht.

53

Diesem Grundsatz steht auch die zu Fragen des Kartellschadensersatzes im Konzern ergangene Rechtsprechung des EuGH nicht entgegen. Zwar können nach dieser Rechtsprechung die haftungsrechtlichen Folgen von Kartellverstößen innerhalb einer wirtschaftlichen Einheit auch diejenigen rechtlich selbständigen unternehmenstragenden Gesellschaften treffen, die selbst nicht an dem Kartellverstoß beteiligt waren (s. EuGH, Urteil vom 06.10.2021, Rs. C-882/19, juris Rz. 51). Jedoch knüpft diese Rechtsprechung gerade an die begriffliche Besonderheit an, dass Adressaten des Europäischen Kartellrechts nach Art. 101 f. AEUV „Unternehmen“ und nicht etwa „Gesellschaften“ oder „juristische

Personen“ sind und dass nach der insoweit autonomen Begriffsbildung des Europäischen Kartellrechts als Unternehmen im Sinne von Art. 101 AEUV jede eine wirtschaftliche Tätigkeit ausübende Einheit unabhängig von ihrer Rechtsform und ihrer Finanzierung gilt, und dies auch dann, wenn die wirtschaftliche Einheit aus rechtlicher Sicht aus mehreren natürlichen oder juristischen Personen besteht (EuGH, a.a.O., juris Rz. 41). Da somit die ggf. konzernweite, gesamtschuldnerische Haftung für Kartellschadensersatzansprüche auf den Besonderheiten gerade des Europäischen Kartellrechts gründet, ist eine Erstreckung auf andere Fälle, in denen innerhalb eines Konzerns durch ein Konzernunternehmen gegen europarechtlich fundierte Pflichten verstoßen wird, nicht geboten.

54

V. Da somit ein Schadensersatzanspruch insgesamt nicht besteht, besteht bereits dem Grunde nach auch kein Anspruch auf Feststellung eines Annahmeverzugs. Darüber hinaus besteht mangels Hauptforderung auch kein Anspruch auf die begehrten Zinsen oder auf Ersatz vorgerichtlicher Rechtsanwaltskosten.

C.

55

Der Ausspruch zu den Kosten ergibt sich aus § 97 Abs. 1 ZPO, die Entscheidung zur vorläufigen Vollstreckbarkeit beruht auf §§ 708 Nr. 10, 711, 713 ZPO. Die Revision war nicht zuzulassen, da ein Zulassungsgrund (§ 543 Abs. 2 ZPO) nicht vorliegt.