

**Titel:**

**Kein Schadensersatz wegen Verwendung eines Thermofensters und einer Aufheizstrategie**

**Normenketten:**

BGB § 823 Abs. 2, § 826

EG-FGV § 6 Abs. 1, § 27 Abs. 1

**Leitsätze:**

1. Ist ein Thermofenster weit bedatet, sodass es den in Europa gängigen Temperaturbereich abdeckt und es unter den im Unionsgebiet herrschenden tatsächlichen Fahrbedingungen zu keiner temperaturabhängigen Anpassung der ARG-Rate aus Motorschutzgründen kommt, ist von der Zulässigkeit des Thermofensters auszugehen. (Rn. 17 – 20) (redaktioneller Leitsatz)

2. Der Geschädigte wird durch Gewährung des Differenzschadens wegen der Enttäuschung des Käufervertrauens so behandelt, als wäre es ihm in Kenntnis der wahren Sachlage und der damit verbundenen Risiken gelungen, den Vertrag um den er den Kaufgegenstand mit Rücksicht auf die mit der unzulässigen Abschalteneinrichtung verbundenen Risiken, insbesondere in Form von Maßnahmen bis hin zu einer Betriebsbeschränkung oder – untersagung durch die Zulassungsbehörden, zu teuer erworben hat, zu einem niedrigeren Preis abzuschließen. Nach diesen Maßstäben entsteht dem Käufer eines Fahrzeugs kein Schaden, wenn das darin verbaute Thermofenster zulässig ist, so dass kein Risiko einer Stilllegungsgefahr droht. (Rn. 23) (redaktioneller Leitsatz)

1. Ist ein Thermofenster so ausgestaltet, dass es den in Europa gängigen Temperaturbereich abdeckt und es unter den im Unionsgebiet herrschenden tatsächlichen Fahrbedingungen zu keiner temperaturabhängigen Anpassung der ARG-Rate aus Motorschutzgründen kommt, ist von der Zulässigkeit des Thermofensters auszugehen. (redaktioneller Leitsatz)

2. Der Geschädigte wird durch Gewährung des Differenzschadens wegen der Enttäuschung des Käufervertrauens so behandelt, als wäre es ihm in Kenntnis der wahren Sachlage und der damit verbundenen Risiken gelungen, den Vertrag zu einem niedrigeren Preis abzuschließen. Mit der Preisdifferenz werden die mit der unzulässigen Abschalteneinrichtung verbundenen Risiken aufgefangen, insbesondere in Form von Maßnahmen bis hin zu einer Betriebsbeschränkung oder -untersagung durch die Zulassungsbehörden. Nach diesen Maßstäben entsteht dem Käufer eines Fahrzeugs kein Schaden, wenn das darin verbaute Thermofenster zulässig ist, so dass kein Risiko einer Stilllegung droht. (Leitsätze der Redaktion) (redaktioneller Leitsatz)

**Schlagworte:**

unzulässige Abschalteneinrichtung, Aufheizstrategie, Thermofenster, Differenzschaden, Verhaltensänderung, Erwerbskausalität

**Vorinstanz:**

LG Ingolstadt, Urteil vom 21.10.2021 – 41 O 4469/20

**Fundstelle:**

FDStrVR 2024, 939342

**Tenor**

1. Die Berufung des Klägers gegen das Urteil des Landgerichts Ingolstadt vom 21.10.2021, Az. 41 O 4469/20 Die, wird zurückgewiesen.
2. Der Kläger hat die Kosten des Berufungsverfahrens zu tragen.
3. Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar.
4. Die Revision gegen dieses Urteil wird nicht zugelassen.

**Entscheidungsgründe**

1

I. Die Klagepartei begehrt im Rahmen des sogenannten Abgasskandals von der Beklagten Schadensersatz.

2

Der Kläger erwarb am 01.02.2018 vom ...-Zentrum N- einen gebrauchten ... SQ5 (Erstzulassung am 01.12.2015), der mit einem 3,0 Liter V6 – Turbo – Diesel – Motor EA 897 oder 896 2. Gen., Abgasnorm EU 6, ausgestattet ist, zu einem Kaufpreis von 43.000 € mit einem Kilometerstand von 52.370 km. Am 16.10.2023 betrug die Laufleistung des Fahrzeugs 115.200 km. In dem Fahrzeug ist ein sog. Thermofenster verbaut, dessen Zulässigkeit im Streit steht. Zum Zeitpunkt des Kaufvertragsschlusses lag für das streitgegenständliche Fahrzeug bereits ein verpflichtender Rückruf des Kraftfahrtbundesamtes (nachfolgend: KBA) wegen des Einsatzes einer unzulässigen Abschaltvorrichtung in Form der Aufheizstrategie vor. Aufgrund dessen war eine vom KBA freigegebene Aktualisierung der Motorsteuerungssoftware zur Beseitigung der Aufheizstrategie vorzunehmen, die vorliegend auch nach Kaufvertragsschluss aufgespielt wurde.

3

Das Erstgericht hat die Klage mit der Begründung abgewiesen, dass der Klagepartei der Nachweis einer vorsätzlichen sittenwidrigen Schädigung nach S. 826 BGB nicht gelungen sei. Eine solche ergebe sich nicht im Zusammenhang mit dem Rückruf des Fahrzeugs, da das Verhalten der Beklagten zum maßgeblichen Zeitpunkt des Fahrzeugerwerbs durch die Klagepartei aufgrund der von ihr unternommenen Maßnahmen zur Information der Öffentlichkeit und etwaiger Fahrzeugkäufer nicht als besonders verwerflich und damit nicht als sittenwidrig bewertet werden könne. Eine Haftung ergebe sich auch nicht wegen des verbauten Thermofensters, da unabhängig davon, ob es sich dabei um eine unzulässige Abschaltvorrichtung handele, der Vorwurf der Sittenwidrigkeit nicht gerechtfertigt sei, nachdem die Klagepartei besondere Umstände im Sinne der höchstrichterlichen Rechtsprechung nicht darzutun vermochte. Ein Anspruch nach S. 823 Abs. 2 BGB i.V.m. S. 6 Abs. 1, S. 27 Abs. 1 EG-FGV entfalle mangels Schutzeigenschaft.

4

Hiergegen wendet sich der Kläger mit seiner Berufungsbegründung (nachfolgend: BB) vom 26.01.2022 (Bl. 246/300), mit der er seine erstinstanzlichen Ansprüche auf großen Schadensersatz zunächst vollumfänglich weiterverfolgt hat und Rechtsverletzungen sowie unrichtige Tatsachenfeststellungen rügt. Zuletzt macht der Kläger nurmehr einen Anspruch auf Ersatz des Differenzschadens nebst Zinsen geltend und verfolgt seinen Feststellungsantrag und den Antrag auf Ersatz der außergerichtlichen Rechtsanwaltskosten weiter.

5

Der Senat wies zunächst mit Beschluss vom 13.06.2022 (Bl. 350/356 d.A.), auf den Bezug genommen wird, darauf hin, weshalb er beabsichtige, die Berufung gemäß S. 522 Abs. 2 ZPO zurückzuweisen. Nach Änderung der höchstrichterlichen Rechtsprechung zu S. 823 Abs. 2 BGB hat der Senat sodann am 17.10.2023 mündlich verhandelt, insoweit wird auf das Sitzungsprotokoll (Bl. 450/452 d.A.) Bezug genommen. Ergänzend hat der Senat mit Verfügung vom 07.11.2023 auf die Entscheidung des BGH vom 25.09.2023, Az. VI a ZR 1/23 hingewiesen und den Parteien hierzu Gelegenheit zur Stellungnahme gegeben.

6

Im Übrigen bedarf es keines Tatbestandes, da gegen das Urteil kein Rechtsmittel zulässig ist (S 313a Abs. 1 S. 1, S. 540 Abs. 2 ZPO).

7

Die gemäß §§ 511 ff. zulässige Berufung des Klägers ist unbegründet, da ihm keine Schadensersatzansprüche, auch nicht gerichtet auf Ersatz des sog. Differenzschadens, zustehen.

1. Anspruch gemäß 826, 31 BGB

8

Ein Schadensersatzanspruch nach §§ 826, 31 BGB steht dem Kläger nicht zu, insoweit wird auf den Hinweisbeschluss des Senats vom 13.06.2022 Bezug genommen. Nachdem der Kläger einen solchen Schadensersatzanspruch gerichtet auf Rückabwicklung des Kaufvertrages nicht mehr weiterverfolgt, sondern nunmehr einen Differenzschaden geltend gemacht, bedarf es keiner weiteren Ausführungen.

2. Anspruch gemäß S. 823 Abs. 2 BGB i.V.m. S. 6 Abs. 1, S. 27 Abs. 1 EG-FGV

9

Dem Kläger steht auch kein Anspruch gemäß S. 823 Abs. 2 BGB i.V.m. S. 6 Abs. 1, S. 27 Abs. 1 EG-FGV gegen die Beklagte auf Ersatz des sog. Differenzschadens zu.

10

Der BGH hat mit Urteil vom 26. Juni 2023 – VIa ZR 335/21 entschieden, dass dem Käufer, dessen Fahrzeug mit einer unzulässigen Abschaltvorrichtung im Sinne des Art. 5 der Verordnung (EG) Nr. 715/2007 ausgestattet ist, ein Anspruch auf den Differenzschaden nach S. 823 Abs. 2 BGB in Verbindung mit S. 6 Abs. 1, S. 27 Abs. 1 EG-FGV zustehen kann. Dieser Anspruch knüpft an die Pflicht des Fahrzeugherstellers an, eine zutreffende Übereinstimmungsbescheinigung auszustellen. Das unionsrechtlich geschützte Interesse, durch den Abschluss eines Kaufvertrags über ein Kraftfahrzeug nicht wegen eines Verstoßes des Fahrzeugherstellers gegen das europäische Abgasrecht eine Vermögensminderung im Sinne der Differenzhypothese zu erleiden, ist von S. 823 Abs. 2 BGB in Verbindung mit S. 6 Abs. 1, S. 27 Abs. 1 EG-FGV geschützt.

11

Mit weiterem Urteil vom 26.06.2023 – VIa ZR 533/21 (Rn. 35) hat der BGH entschieden, dass bei der Prüfung eines Anspruchs aus S. 823 Abs. 2 BGB in Verbindung mit S. 6 Abs. 1, S. 27 Abs. 1 EG-FGV eine festgestellte Verhaltensänderung zu bewerten ist. Hat der Fahrzeughersteller sein Verhalten vor Abschluss des konkreten Erwerbsgeschäfts, das wie in den Fällen einer sittenwidrigen vorsätzlichen Schädigung das gesetzliche Schuldverhältnis nach S. 823 Abs. 2 BGB in Verbindung mit S. 6 Abs. 1, S. 27 Abs. 1 EG-FGV erst begründet, dahin geändert, dass er die Ausrüstung der Fahrzeuge mit Motoren einer dem erworbenen Fahrzeug entsprechenden Baureihe mit einer unzulässigen Abschaltvorrichtung in einer Art und Weise bekannt gegeben hat, die einem objektiven Dritten, die mit dem Kauf eines solchen Kraftfahrzeugs verbundenen Risiken verdeutlichen muss, kann die Verhaltensänderung die Anwendung des für die Gewähr des Differenzschadens maßgeblichen Erfahrungssatzes in Frage stellen, dass der Geschädigte den Kaufvertrag zu diesem Kaufpreis nicht geschlossen hätte. Zur Widerlegung des Erfahrungssatzes muss der Fahrzeughersteller die Verhaltensänderung darlegen und beweisen.

1. Aufheizstrategie

12

Auf der Grundlage der dargestellten höchstrichterlichen Rechtsprechung scheidet eine Haftung der Beklagten gemäß S. 823 Abs. 2 BGB in Verbindung mit S. 6 Abs. 1, S. 27 Abs. 1 EG-FG im Zusammenhang mit der Aufheizstrategie aus. Die Beklagte hat ihre diesbezügliche Verhaltensänderung vor Abschluss des streitgegenständlichen Kaufvertrages dargelegt und bewiesen, so dass ein etwaiger Anspruch des Klägers vorliegend jedenfalls an der Erwerbskausalität scheitert.

2. Thermofenster

13

Auch im Zusammenhang mit einem Thermofenster scheidet eine Haftung der Beklagten gemäß S. 823 Abs. 2 BGB in Verbindung mit S. 6 Abs. 1, S. 27 Abs. 1 EG-FG aus, da vorliegend schon nicht davon ausgegangen werden kann, dass die Beklagte gegen die Schutzgesetze S. 6 Abs. 1, S. 27 Abs. 1 EG-FGV verstoßen hat. Im Übrigen ist vorliegend auch kein Schaden des Klägers ersichtlich.

a. Verstoß gegen Schutzgesetze S. 6 Abs. 1, S. 27 Abs. 1 EG-FGV

14

Ein Verstoß gegen die vorgenannten Schutzgesetze durch Ausstellung einer unzutreffenden Übereinstimmungsbescheinigung liegt vor, wenn das betreffende Kraftfahrzeug mit einer gemäß Art. 5 Abs. 2 der Verordnung (EG) Nr. 715/2007 unzulässigen Abschaltvorrichtung ausgerüstet ist (BGH, Urteil vom 26. Juni 2023 – VIa ZR 335/21, Rn. 34). Im streitgegenständlichen Fahrzeug ist keine solche unzulässige Abschaltvorrichtung in Form eines Thermofensters verbaut:

15

aa) Der Begriff der Abschaltvorrichtung ist in Art. 3 Nr. 10 der Verordnung (EG) Nr. 715/2007 definiert. „Abschaltvorrichtung“ ist danach ein Konstruktionsteil, das die Temperatur, die Fahrzeuggeschwindigkeit, die Motordrehzahl (UpM), den eingelegten Getriebegang, den Unterdruck im Einlasskrümmer oder sonstige Parameter ermittelt, um die Funktion eines beliebigen Teils des Emissionskontrollsystems zu aktivieren, zu

verändern, zu verzögern oder zu deaktivieren, wodurch die Wirksamkeit des Emissionskontrollsystems unter Bedingungen, die bei normalem Fahrzeugbetrieb vernünftigerweise zu erwarten sind, verringert wird. Abzustellen ist dabei auf die Verwendung des Fahrzeugs unter Fahrbedingungen, wie sie im gesamten Unionsgebiet üblich sind. Mithin ist eine Abschaltvorrichtung in Form eines Thermofensters, das „bei normalem Fahrzeugbetrieb“, d.h. bei Verwendung des Fahrzeugs unter Fahrbedingungen, wie sie im gesamten Unionsgebiet üblich sind, nicht aktiv ist, zulässig. Eine Grenzwertkausalität ist dabei nicht von Bedeutung (BGH, aaO, juris Rn. 50f.).

## 16

Die Darlegungs- und Beweislast für das Vorliegen einer Abschaltvorrichtung als solcher trifft den Kläger als Anspruchsteller, wobei die Anforderungen an den Tatsachenvortrag des Klägers nicht überspannt werden dürfen (BGH, aaO, Rn. 53). Die Darlegungs- und Beweislast für die Zulässigkeit der Abschaltvorrichtung obliegt demgegenüber der Beklagten (BGH, aaO, juris Rn. 54).

## 17

bb) Nach diesen Maßstäben ist auf der Grundlage des beiderseitigen Parteivortrages von der Zulässigkeit des Thermofensters auszugehen.

## 18

Der Kläger hat zunächst zur Ausgestaltung des Thermofensters vorgetragen (Klage, S. 29, Bl. 15 d. A.), dass die Abgasrückführung im streitgegenständlichen Fahrzeug nur in einem Temperaturbereich zwischen  $+17^{\circ}\text{C}$  und  $+30^{\circ}\text{C}$  zu 100% vorgenommen werde. Darüber werde sie vollständig deaktiviert. Sodann behauptete er (SS vom 11.09.2023, S. 6, Bl. 427 d.A.) unter pauschaler Bezugnahme auf andere Fälle, in welchen „die Grenzwerte für NOX nur eingehalten (waren), wenn die Außentemperatur zwischen 15 und 30 Grad Celsius lag“, ohne eine konkrete Vergleichbarkeit der anderen Fälle mit dem hiesigen aufzuzeigen, dass es sich auch im vorliegenden Fall so verhalte.

## 19

Demgegenüber hat die Beklagte im Lichte der aktuellen höchstrichterlichen Rechtsprechung des EuGH und BGH zur Frage der Zulässigkeit des Thermofensters vorgetragen (SS vom 11.09.2023, S. 10, Bl. 389 d.A.), dass das in dem streitgegenständlichen Fahrzeug verbaute Thermofenster weit bedatet sei und den in Europa gängigen Temperaturbereich abdecke. Bereits zum Zeitpunkt des Erwerbs des streitgegenständlichen Fahrzeugs habe es folgende Bedatung aufgewiesen: Der Temperaturbereich der aktiven Abgasrückführung, d.h. der Bereich, in dem die AGR tatsächlich aktiv sei, liege zwischen ca.  $0^{\circ}\text{C}$  und ca.  $+38^{\circ}\text{C}$ . Innerhalb dieses Temperaturbereichs finde zwischen ca.  $+1^{\circ}\text{C}$  und ca.  $+37^{\circ}\text{C}$  in Abhängigkeit von der Umgebungstemperatur keine aktive Veränderung der AGR-Rate durch das Thermofenster statt (aaO, S. 13, Bl. 392 d.A.); wiederholend: SS vom 27.11.2023, Bl. 454 d.A.). Generell sei der AGR-Bereich bei Fahrzeugen der Abgasstufe EU6 deutlich weiter als bei solchen der Abgasstufe EIJ5 (SS vom 11.09.2023, S. 20, Bl. 399 d.A.). Während des überwiegenden Teils des Jahres komme es unter den im Unionsgebiet herrschenden tatsächlichen Fahrbedingungen zu keiner temperaturabhängigen Anpassung der AGR-Rate aus Motorschutzgründen. Mithin erfülle das Thermofenster des streitgegenständlichen Fahrzeugs das Kriterium des EuGH, wonach eine Abschaltvorrichtung, die dem Motorschutz dient, nicht „während des überwiegenden Teils eines Jahres unter den im Unionsgebiet herrschenden tatsächlichen Fahrbedingungen“ aktiv sein darf (aaO, S. 22, Bl. 401 d.A.). Das KBA habe bei der Entwicklung des Software-Updates für die Aufwärmstrategie die Zulässigkeit des Thermofensters im streitgegenständlichen Fahrzeug bestätigt (aaO, S. 28, Bl. 407 d.A.). Eine Stilllegungsgefahr bestehe in Bezug auf das Thermofenster nicht.

## 20

All dem ist der Kläger nicht, wie hier angesichts des substantiierten Tatsachenvortrages der Beklagten geboten (Zöller/Greger, ZPO, 34. Auflage, Rn 8a; BGH, NJW 2015, 468, 469), substantiiert entgegen getreten, so dass der Vortrag der Beklagten zur konkreten Bedatung und der daraus resultierenden Zulässigkeit des streitgegenständlichen Thermofensters gemäß S. 138 Abs. 3 ZPO als zugestanden anzusehen ist.

b. Schaden

## 21

Im Übrigen ist vorliegend im Zusammenhang mit dem Thermofenster dem Kläger auch kein Schaden entstanden.

## **22**

aa. Dabei sind folgende Rechtssätze des BGH (Urteil vom 26.06.2023 – Via 335/21, Rn. 40 f.) zugrunde zu legen:

## **23**

Das Bestehen eines Schadens ist nach Maßgabe der Differenzhypothese zu ermitteln, also nach Maßgabe eines Vergleichs der infolge des haftungsbegründenden Ereignisses eingetretenen Vermögenslage mit der Vermögenslage, die ohne jenes Ereignis eingetreten wäre. Ein Vermögensschaden des Käufers liegt insoweit vor, wenn der Vergleich der infolge des haftungsbegründenden Ereignisses eingetretenen Vermögenslage mit der Vermögenslage ohne das haftungsbegründende Ereignis ein rechnerisches Minus ergibt. Der Geschädigte wird durch Gewährung des Differenzschadens wegen der Enttäuschung des Käufervertrauens so behandelt, als wäre es ihm in Kenntnis der wahren Sachlage und der damit verbundenen Risiken gelungen, den Vertrag um den er den Kaufgegenstand mit Rücksicht auf die mit der unzulässigen Abschaltvorrichtung verbundenen Risiken, insbesondere in Form von Maßnahmen bis hin zu einer Betriebsbeschränkung oder – untersagung durch die Zulassungsbehörden, zu teuer erworben hat, zu einem niedrigeren Preis abzuschließen.

## **24**

bb. Nach diesen Maßstäben ist dem Kläger auch kein Schaden entstanden, denn das Thermofenster war angesichts seiner hier zugrunde zu legenden weiten Bedatung zulässig, so dass kein Risiko einer Stilllegungsgefahr drohte.

## **25**

3. Aufgrund der vorstehenden Erwägungen scheidet auch ein Anspruch des Klägers auf Feststellung der Verpflichtung der Beklagten zur Zahlung von Schadensersatz für Schäden, die aus dem Einbau einer unzulässigen Abschaltvorrichtung resultieren, ebenso aus wie ein Anspruch auf Freistellung von vorgerichtlich angefallenen Rechtsanwaltskosten.

## **26**

Die Kostenentscheidung beruht auf S. 97 Abs. 1 ZPO. Die Entscheidung über die vorläufige Vollstreckbarkeit stützt sich auf §§ 708 Nr. 10, 711, 713 ZPO. Die Voraussetzungen für die Zulassung der Revision liegen nicht vor, vgl. S. 543 Abs. 2 ZPO. Die maßgeblichen Rechtsfragen sind durch höchstrichterliche Entscheidungen geklärt.