

Titel:

Ersatz des Differenzschadens wegen Verwendung einer unzulässigen Abschaltvorrichtung

Normenketten:

BGB § 823 Abs. 2, § 826

EG-FGV § 6 Abs. 1, § 27 Abs. 1

Leitsätze:

1. Der Einsatz einer temperaturabhängigen Steuerung des Emissionskontrollsystems rechtfertigt die Bewertung als sittenwidriges Verhalten für sich genommen auch bei unterstellter Gesetzeswidrigkeit der Applikation nicht. Denn anders als die Umschaltlogik differenziert dieses sog. Thermofenster nicht danach, ob sich das Fahrzeug auf dem Prüfstand oder im normalen Fahrbetrieb befindet. Bei dieser Sachlage ist der Vorwurf der Sittenwidrigkeit gegenüber dem Hersteller nur dann gerechtfertigt, wenn zu dem – unterstellten – Gesetzesverstoß weitere Umstände hinzutreten, die das Verhalten der für ihn handelnden Personen als besonders verwerflich erscheinen ließen. (Rn. 24) (redaktioneller Leitsatz)

2. Die Bestimmungen der § 6 Abs. 1, § 27 Abs. 1 EG-FGV sind Schutzgesetze iSd § 823 Abs. 2 BGB, die das Interesse des Fahrzeugkäufers gegenüber dem Fahrzeughersteller wahren, nicht durch den Kaufvertragsabschluss eine Vermögenseinbuße im Sinne der Differenzhypothese zu erleiden, weil das Fahrzeug entgegen der Übereinstimmungsbescheinigung eine unzulässige Abschaltvorrichtung aufweist. Daher kann dem Käufer eines mit einer unzulässigen Abschaltvorrichtung versehenen Fahrzeugs ein Anspruch auf Ersatz eines erlittenen Differenzschadens zustehen (ebenso BGH BeckRS 2023, 15117). (Rn. 36) (redaktioneller Leitsatz)

Schlagworte:

Fahrkurvenerkennung, Thermofenster, unzulässige Abschaltvorrichtung, Differenzschaden, sittenwidrige Schädigung

Vorinstanz:

LG Traunstein, Endurteil vom 05.05.2022 – 2 O 35/22

Tenor

1. Auf die Berufung des Klägers wird das Urteil des Landgerichts Traunstein vom 5.5.2022 (Az.: 2 O 35/22) abgeändert gemäß den folgenden Ziffern.
2. Die Beklagte wird verurteilt, an den Kläger 5.240,- € nebst Zinsen hieraus in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit 26.2.2022 zu bezahlen.
3. Die weitergehende Berufung wird zurückgewiesen und die weitergehende Klage bleibt bzw. wird abgewiesen.
4. Von den Kosten des Rechtsstreits haben der Kläger 89% und die Beklagte 11% zu tragen.
5. Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar. Der Kläger kann die Vollstreckung der Beklagten durch Sicherheitsleistung in Höhe von 110% des gegen sie vollstreckbaren Betrages abwenden, sofern nicht die Beklagte vor der Vollstreckung Sicherheit in Höhe von 110% des jeweils zu vollstreckenden Betrages leistet.
6. Die Revision gegen dieses Urteil wird nicht zugelassen.
7. Der Streitwert für das Berufungsverfahren wird auf 49.377,35 € für die Zeit bis zum 7.11.2023 und auf 8.860,- € für die Zeit danach festgesetzt.

Entscheidungsgründe

A.

Die Klagepartei macht gegen die Beklagte Schadensersatzansprüche im Zusammenhang mit dem sog. „Dieselskandal“ geltend.

2

Die Klagepartei erwarb am 25.5.2018 von einem Autohaus den streitgegenständlichen PKW VW T 6 Multivan bei einem Kilometerstand von 17.600 zum Kaufpreis von 52.400 €. Das Fahrzeug verfügt über einen von der Beklagten hergestellten Motor des Typs EA 288 (EU 6). Die Abgasreinigung erfolgt über einen SCR-Katalysator und erfordert die Verwendung von Ad-Blue. Die Klagepartei steht auf dem Standpunkt, die Motorsoftware des Fahrzeugs enthalte diverse unzulässige Abschaltvorrichtungen, die dafür Sorge trügen, dass das Fahrzeug die gesetzlichen Abgasgrenzwerte nur auf dem Prüfstand einhalte. Hierfür habe die Beklagte gegenüber der Klagepartei nach § 826 BGB und anderen Anspruchsgrundlagen einzustehen.

3

Die Klagepartei hat beantragt,

1. Die Beklagte wird verurteilt, an den Kläger EUR 49.377,35 nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit 23. November 2021 zu zahlen. Die Verurteilung erfolgt Zug um Zug gegen Übergabe und Herausgabe des Fahrzeugs der Marke VW vom Typ T6 Multivan 2.0 TDI mit der Fahrzeugidentifikationsnummer (FIN) nebst zwei Fahrzeugschlüsseln, Kfz-Schein, Kfz-Brief und Serviceheft.
2. Hilfsweise wird beantragt, Es wird festgestellt, dass die Beklagte verpflichtet ist, dem Kläger Schadensersatz zu zahlen für Schäden, die aus dem Einbau einer unzulässigen Abschaltvorrichtung i.S. von Art. 5 Abs. 2 EG-VO 715/2007 durch die Beklagte in das Fahrzeug der Marke VW vom Typ T6 Multivan 2.0 TDI mit der Fahrzeugidentifikationsnummer (FIN) resultieren.
3. Es wird festgestellt, dass sich die Beklagte mit der Annahme der in vorgenannten Klageanträgen genannten Zug-um-Zug-Leistung im Annahmeverzug befindet.
4. Die Beklagte wird verurteilt, den Kläger von den durch die Beauftragung der Prozessbevollmächtigten entstandenen Kosten der außergerichtlichen Rechtsverfolgung in Höhe von EUR 3.291,54 freizustellen.

4

Die Beklagte hat beantragt, die Klage abzuweisen.

5

Das Landgericht hat die Klage abgewiesen. Auf Tatbestand und Entscheidungsgründe des angegriffenen Urteils wird Bezug genommen. Mit ihrer zulässigen, insbesondere form- und fristgerecht eingelegten und begründeten Berufung hat die Klagepartei zunächst ihr erstinstanzliches Begehren mit den Anträgen weiterverfolgt, 49.377,35 € nebst Zinsen Zug um Zug gegen Herausgabe des Fahrzeugs zu zahlen, hilfsweise die Schadensersatzpflicht für Schäden aus dem Einbau einer unzulässigen Abschaltvorrichtung festzustellen, den Annahmeverzug festzustellen sowie von vorgerichtlichen Kosten in Höhe von 3.067,82 € freizustellen.

6

Die Klagepartei beantragt nunmehr, unter Abänderung des landgerichtlichen Urteils wie folgt zu erkennen:

1. Die Beklagte wird verurteilt, an den Kläger einen Entschädigungsbetrag bezüglich des Fahrzeugs der Marke VW mit der Fahrzeugidentifikationsnummer zu zahlen, dessen Höhe in das Ermessen des Gerichts gestellt wird, der jedoch mindestens EUR 7.860,00 nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit Rechtshängigkeit betragen muss.
2. Es wird festgestellt, dass die Beklagte verpflichtet ist, der Klagepartei für alle künftige Schäden, die aus einem Verstoß gegen §§ 6 Abs. 1, 27 Abs. 1 EG-FGV i. V. m. Art. 18 der RL 2007/46/EG resultieren und das Fahrzeug der Marke mit der Fahrzeugidentifikationsnummer (FIN) betreffen, Schadensersatz zu zahlen.
3. Die Beklagte wird verurteilt, an den Kläger von den durch die Beauftragung der Prozessbevollmächtigten des Klägers entstandenen Kosten der außergerichtlichen Rechtsverfolgung in Höhe von EUR

3.067,82 freizustellen.

7

Die Beklagte beantragt die Zurückweisung der Berufung.

B.

8

Die Berufung erweist sich in dem aus dem Tenor ersichtlichen Umfang als begründet. Im übrigen war sie als unbegründet zurückzuweisen.

I.

9

Die mit der Umstellung des Klageantrags auf den Differenzschaden verbundene Klageänderung ist zulässig nach § 533 ZPO. Sie ist sachdienlich, da der ursprünglich geltend gemachte Anspruch auf Rückabwicklung im Wege des Schadensersatzes im Gegensatz zum nunmehr geltend gemachten Anspruch auf den Differenzschaden nicht besteht; der neue Antrag kann auf der Basis des bisherigen Prozessstoffes verbeschieden werden.

II.

10

Zu Recht hat das Landgericht Schadensersatzansprüche unter dem Gesichtspunkt der vorsätzlichen sittenwidrigen Schädigung (§ 826 BGB) verneint. Denn es fehlt bereits an einem sittenwidrigen Verhalten der Beklagten gegenüber der Klagepartei.

11

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 (std. Rspr., vgl. BGH, NJW 2020, 1962 Rz. 15 mwNachw). Schon zur Feststellung der 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 a.a.O. Rz. 15).

12

Danach liegt ein sittenwidriges Verhalten eines Fahrzeug- bzw. Motorherstellers vor, wenn dieser sich im Rahmen einer von ihm bei der Motorenentwicklung getroffenen strategischen Entscheidung, die Typengenehmigung durch arglistige Täuschung des Kraftfahrtbundesamtes [im folgenden: KBA] zu erschleichen und die derart bemakelten Fahrzeuge alsdann in Verkehr zu bringen, die Arglosigkeit und das Vertrauen der Fahrzeugkäufer gezielt zunutze macht (BGH a.a.O. Rz. 25). Dies ist der Fall, wenn der Automobilhersteller dem KBA zwecks Erlangung der Typengenehmigung mittels einer 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 Grenzwerte einhalten (BGH, Beschluss vom 19.1.2021 – VI ZR 433/19, Rz. 17).

13

Dabei kann im Rahmen des § 826 BGB ein Verhalten, das sich gegenüber zunächst betroffenen (anderen) Geschädigten als sittenwidrig darstellte, aufgrund einer Verhaltensänderung des Schädigers vor Eintritt des Schadens beim konkreten Geschädigten diesem gegenüber als nicht mehr sittenwidrig zu werten sein. Eine solche Verhaltensänderung kann somit bereits der Bewertung seines Verhaltens als sittenwidrig – gerade in Bezug auf den geltend gemachten, erst später eingetretenen Schaden und gerade im Verhältnis zu dem erst später Geschädigten – entgegenstehen (BGH, Urteil vom 30.7.2020 – VI ZR 5/20, Rz. 30 ff.).

14

Im Falle eines Abgasrückführungssystems, das – anders als die Umschaltlogik – nicht danach differenziert, ob sich das Fahrzeug auf dem Prüfstand oder im normalen Fahrbetrieb befindet (BGH, Urteil vom 19.1.2021

– VI ZR 433/19, 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 a.a.O. Rz. 19). Dies setzt jedenfalls voraus, dass diese Personen bei der Entwicklung und / oder Verwendung der temperaturabhängigen Steuerung (oder vergleichbarer Beeinflussungen) des Emissionskontrollsystems in dem Bewusstsein handelten, eine unzulässige Abschaltvorrichtung zu verwenden, und den darin liegenden Gesetzesverstoß billigend in Kauf nahmen (BGH, Urteil vom 19.1.1921 – VI ZR 433/19, Rz. 19; Beschluss vom 9.3.2021 – VI ZR 889/20, Rz. 28). Fehlt es daran, ist bereits der objektive Tatbestand der Sittenwidrigkeit nicht erfüllt.

15

2. Die Verwendung eines SCR-Katalysators in Verbindung mit einer Fahrkurvenerkennung (im Sprachgebrauch der Beklagten auch als „Akustikfunktion“ bezeichnet, vgl. Schreiben der Beklagten vom 29.12.2015, Anl. B 5, S. 3 unten) rechtfertigt nicht die Annahme eines besonders verwerflichen Verhaltens der Beklagten. Nach dem Vortrag der Klagepartei soll die Fahrkurvenerkennung bewirken, dass im Prüfstand anders als im Realbetrieb zum einen die Abgasrückführungsrate erhöht und zum anderen vermehrt AdBlue eingespritzt werde. Die Beklagte hat dies bestritten.

16

Ob der Vortrag der Klagepartei zutrifft und ob es sich dabei tatsächlich um eine unzulässige Abschaltvorrichtung im Sinne des Art. 5 Abs. 2 VO (EG) 715/2007 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 – Fahrkurvenerkennung ein arglistiges Verhalten der Beklagten ableiten. Eine Fahrkurvenerkennung / Zykluserkennung ist für eine Haftung nach §§ 826, 31 BGB nur dann relevant, wenn eine auf dem Prüfstand erkannte Fahrkurve Auswirkungen auf das Emissionsverhalten hat (BGH, Urteil vom 26.6.2023 – VIa ZR 335/21, Rz. 48). Daran fehlt es.

17

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 Auskünften vom 8.3.2021 gegenüber dem Landgericht Aschaffenburg und vom 23.2.2021 gegenüber dem Oberlandesgericht München (jeweils bei Anl. K 40) zum Motortyp EA 288 ausdrücklich bestätigt, dass auch bei Deaktivierung der Funktion der Fahrkurvenerkennung die Grenzwerte im Prüfverfahren eingehalten werden. Speziell zur Motorkonfiguration mit EU6 und 150 kw beim VW T6 hat das KBA mit Auskünften vom 11.1.2021 gegenüber dem LG Aurich (Anl. B 23) und vom 16.3.2021 gegenüber dem LG Kempten (Anl. B 42) bestätigt, dass nach Tests keine unzulässige Abschaltvorrichtung oder Konformitätsabweichung hinsichtlich des Emissionsverhaltens bestehe. Die EA-288-Motoren wurden vom KBA insgesamt dreimal überprüft: zunächst im Rahmen der Untersuchungskommission Volkswagen 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 V. AG das KBA mit Schreiben vom 29.12.015 (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.

18

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.

19

Zudem kann vorliegend das Verhalten der Beklagten in Bezug auf eine etwaige Fahrkurvenerkennung keineswegs mehr bei Erwerb des streitgegenständlichen Fahrzeugs am 25.5.2018 als verwerflich angesehen werden. Wie ausgeführt hatte die Beklagte das KBA schon mit Schreiben vom 29.12.2015 über die Fahrkurvenerkennung unterrichtet. Damit wäre selbst dann, wenn man die ursprünglich vorhandene Fahrkurve als geeigneten Anknüpfungspunkt für das Verdikt der Sittenwidrigkeit ansehen würde, aufgrund

der mit der Offenlegung der Fahrkurve verbundenen Verhaltensänderung der Beklagten das Verhalten der Beklagten jedenfalls gegenüber der Klagepartei nicht mehr als besonders verwerflich anzusehen.

20

Soweit dagegen eingewandt wird, 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, lässt sich daraus keine vorsätzliche sittenwidrige Schädigung der Klagepartei ableiten, wie oben dargestellt.

21

Damit kommt es ferner nicht darauf an, ob gerade im streitgegenständlichen Fahrzeug die Fahrkurvenerkennung überhaupt je enthalten war (was die Beklagte bestreitet) oder noch enthalten ist. Der Erholung eines Sachverständigengutachtens hierzu bedarf es nicht.

22

3. Das unstreitig vorhandene Thermofenster erfüllt den Tatbestand des § 826 BGB vorliegend nicht.

23

Die Abgasrückführung im streitgegenständlichen Fahrzeug ist unstreitig abhängig von der Umgebungstemperatur. Die Klagepartei lässt sich zur Größe des Thermofensters nicht aus, die Beklagte behauptet, dass die Abgasrückführung im Temperaturbereich zwischen +12°C und + 77 °C ohne Abrampung vollständig aktiv sei.

24

Der Einsatz einer derart temperaturabhängigen Steuerung des Emissionskontrollsystems rechtfertigt die Bewertung als sittenwidriges Verhalten für sich genommen auch bei unterstellter Gesetzeswidrigkeit der Applikation nicht (BGH, Beschluss vom 19.1.2021 – VI ZR 433/19, Rz. 13.; Urteil vom 16.9.2021 – VI ZR 190/20, 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 Abschaltvorrichtung 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, Rz. 28).

25

Davon ist hier nicht auszugehen. Die Rechtsfrage, ob das Thermofenster eine unzulässige Abschaltvorrichtung darstellt oder nicht, war hoch umstritten. Der Bericht der Untersuchungskommission Volkswagen 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 a.a.O. Rz. 30). Dem 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 senatsbekannt den Standardprüfzyklen Temperaturen von 20°C bis 30°C vorgegeben. Von einer Abschaltvorrichtung, die exakt auf die Prüfbedingungen im NEFZ abgestimmt ist, kann damit schon nach dem eigenen Vortrag des Klägers keine Rede sein (vgl. auch schon BGH vom 9.3.2021, a.a.O. Rz. 20, 24).

26

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 Abschaltvorrichtung einzusetzen, und mithin für die Täuschungsabsicht ergeben (BGH vom 9.3.2021, a.a.O. 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, Rz. 15; Urteil vom 16.9.2021,

a.a.O. Rz. 26; Urteil vom 24.3.2022 – III ZR 270/20, Rz. 22; Urteil vom 18.9.2023 – VIa ZR 1508/22, Rz. 22).

27

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, a.a.O. Rz. 32; Beschluss vom 15.9.2021, a.a.O. Rz. 23).

28

4. Die Behauptungen der Klagepartei zu weiteren Abschaltvorrichtungen im Motor des streitgegenständlichen Fahrzeugs enthalten keine greifbaren Anhaltspunkte für die Annahme der tatsächlichen Voraussetzungen eines Anspruchs aus § 826 BGB und vermögen daher eine Beweisaufnahme hierzu nicht zu rechtfertigen.

29

a) 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 Einzelumständen haben kann (BGH, Beschluss vom 15.9.2021 – VII ZR 2/21, Rz. 26 f.). Eine Behauptung ist erst dann unbeachtlich, wenn sie ohne greifbare Anhaltspunkte für das Vorliegen eines bestimmten Sachverhalts willkürlich „auf 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, Rz. 23).

30

b) Nach diesen Anforderungen verfehlen die Behauptungen der Klagepartei zu weiteren Abschaltvorrichtungen 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 Abschaltvorrichtungen gefunden hat, keine greifbaren Anhaltspunkte für das Vorliegen unzulässiger Abschaltvorrichtungen.

31

aa) Vorliegend bleibt bereits unklar, ob die Klagepartei überhaupt darlegt, dass der streitgegenständliche Fahrzeugmotor über die oben unter II.2 und II.3 diskutierten Abschaltvorrichtungen hinaus noch eine weitere, der Umschaltlogik im EA 189 vergleichbare Abschaltvorrichtung aufweise, die ausschließlich durch eine Prüfstandserkennung ausgelöst werde. Jedenfalls fehlen für eine derartige Umschaltlogik in den Schriftsätzen der Klagepartei jegliche Anhaltspunkte. Der Vortrag, die gesetzlichen Abgaswerte würden im Realbetrieb anders als auf dem Prüfstand nicht eingehalten, ist jedenfalls kein Anhaltspunkt für das Vorliegen einer über die oben dargestellten Abschaltvorrichtungen hinausgehenden 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, Rz. 23 a.E.; Hinweisbeschluss vom 15.9.2021 – VII ZR 2/21, Rz. 30; vgl. auch Beschluss vom 25.11.2021 – III ZR 202/220, Rz. 17; Urteil vom 26.4.2022 – VI ZR 435/20, Rz. 15).

32

bb) Nichts anderes folgt aus dem Umstand, dass bei dem streitgegenständlichen Fahrzeug VW T 6 ein verpflichtendes Software-Update infolge einer Konformitätsabweichung vorgenommen werden musste. Die klägerische Behauptung, dass dem zugrunde gelegen habe, dass die Beklagte die Fahrzeuge der streitgegenständlichen Art für die Serienproduktion bewusst mit einer anderen Software ausgestattet habe, als jene Software, für welche im Rahmen des Typengenehmigungsverfahrens die Genehmigung erteilt worden sei, vermag der Senat mangels dafür streitender konkreter Anhaltspunkte so nicht nachzuvollziehen. Vielmehr erläutert die Beklagte hierzu konkret und plausibel, dass sie bei eigenen Tests nachträglich festgestellt habe, dass sie im Typengenehmigungsverfahren von einem unzutreffenden Ki-

Faktor des konkreten Fahrzeugtyps ausgegangen sei; daraufhin habe sie unter Einbindung des KBA den Fehler korrigiert. Gestützt wird diese Darstellung durch die Auskunft des KBA vom 16.3.2021 gegenüber dem Landgericht Kempten (Anl. B 42), wonach der Rückruf wegen der Konformitätsabweichung gerade nicht wegen einer unzulässigen Abschaltvorrichtung erfolgte. Ein Anhaltspunkt für eine bewusste, vorsätzliche Manipulation im Sinne des § 826 BGB ergibt sich hieraus nicht.

33

cc) Das Argument, die Motoren EA 189 und EA 288 seien parallel entwickelt worden, trägt nicht. Daraus lässt sich keineswegs ein Indiz ableiten, dass die Motoren über die gleiche Abschaltvorrichtung verfügten. Zudem hat das KBA den Motor wie ausgeführt mehrfach untersucht. Dabei erfolgten die ersten Untersuchungen gerade vor dem Hintergrund der 2015 aufgedeckten unzulässigen Umschaltlogik im Rahmen des EA 189. Dennoch hat das KBA keine unzulässige Abschaltvorrichtung entdeckt. Einen Rückruf für den streitgegenständlichen Fahrzeugtyp wegen einer unzulässigen Abschaltvorrichtung gibt es nicht (vgl. vorstehend lit. bb)).

34

5. Der Senat vermag auch in der Gesamtschau der vorstehend unter I.2 – I.4 erörterten Umstände kein den Vorwurf der Sittenwidrigkeit tragendes besonders verwerfliches Verhalten der Beklagten gegenüber der Klagepartei zu erkennen.

III.

35

Der Klagepartei steht jedoch ein Anspruch auf Schadensersatz in Höhe von 5.240,- € aus §§ 823 Abs. 2 BGB, 6, 27 EG-FGV zu.

36

1. Wie der Bundesgerichtshof kürzlich (Urteile vom 26.6.2023 – VIa ZR 335/21, VIa ZR 533/21 und VIa ZR 1031/22) entschieden hat, steht dem Käufer eines mit einer unzulässigen Abschaltvorrichtung 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 zu. Ausgehend hiervon haftet die Beklagte der Klagepartei dem Grunde nach auf Schadensersatz.

37

a) Das in dem Fahrzeug verbaute Thermofenster stellt auch auf der Basis der Darlegungen der Beklagten (also mit einer Reichweite zwischen +12°C und +77°C) eine unzulässige Abschaltvorrichtung dar.

38

Nach Art. 3 Nr. 10 der VO Nr. 715/2007/EG ist Abschaltvorrichtung „ein Konstruktionsteil, das die Temperatur ... 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“, reduziert wird. Nach dieser Definition handelt es sich bei dem Thermofenster, bei welchem schon nach dem Vortrag der Beklagten die Abgasrückführungsrate bei Temperaturen unter +12°C reduziert wird, um eine Abschaltvorrichtung. Temperaturen unter +12°C treten im Unionsgebiet allgemeinkundig häufig auf (in Deutschland nachts sogar überwiegend und auch tagsüber im Frühling, Herbst und vor allem Winter nicht selten). Die Abgasrückführung wird daher temperaturabhängig (auch) unter Fahrbedingungen reduziert, die vernünftigerweise zu erwarten sind.

39

Es handelt es sich dabei um eine unzulässige Abschaltvorrichtung im Sinne von Art. 5 Abs. 2 der genannten Verordnung. Das Thermofenster führt temperaturabhängig zu einer Verringerung der Wirkung der Abgasrückführung und ist damit grundsätzlich unzulässig. Eine Ausnahme nach lit. a) – c) der Vorschrift greift vorliegend nicht. Ernsthaft in Betracht käme nur, dass die Funktion erforderlich wäre, um den Motor vor Beschädigung oder Unfall zu schützen und um den sicheren Betrieb des Fahrzeugs zu gewährleisten (lit.a)). Diese beiden Voraussetzungen müssten kumulativ vorliegen (EuGH, Urteil vom 21.3.2023 – C-101/21, Rz. 62). Nicht notwendig in diesem Sinn ist eine Abschaltvorrichtung, die unter normalen Bedingungen den überwiegenden Teil des Jahres funktionieren müsste, um den Motor vor Beschädigung oder Unfall zu schützen und den sicheren Betrieb des Fahrzeugs zu gewährleisten (EuGH, a.a.O. Rz. 65,

66). So liegt es hier. Wie oben dargestellt herrschen in Deutschland verbreitet Temperaturen unter +12°C, die jährliche Durchschnittstemperatur liegt bei etwa 9 – 10 °C. Damit ist das Thermofenster in seiner konkreten Ausgestaltung selbst dann nicht als notwendig im Rechtssinne einzustufen, wenn es aus technischer Sicht zum Motorschutz usw. erforderlich wäre.

40

b) Voraussetzung für einen Anspruch nach § 823 Abs. 2 BGB i.V. mit §§ 6 Abs. 1, 27 Abs. 1 EG-FGV ist ein schuldhaftes Handeln des Anspruchsgegners, wobei ein fahrlässiger Verstoß genügt (BGH, Urteil vom 26.6.2023 – VIa ZR 335/21, Rz. 36, 38). Es besteht eine von der objektiven Schutzgesetzverletzung ausgehende Verschuldensvermutung, die von der Beklagten ausgeräumt werden muss (BGH, a.a.O. Rz. 59). Insbesondere ist die Beklagte darlegungs- und beweissbelastet sowohl für einen Verbotsirrtum als auch für dessen Unvermeidbarkeit (BGH, a.a.O. Rz. 63).

41

Den Nachweis für einen unvermeidbaren Verbotsirrtum kann der Fahrzeughersteller zum einen mittels einer tatsächlich erteilten EG-Typengenehmigung führen, wenn diese Genehmigung die verwendete unzulässige Abschaltvorrichtung in allen ihren maßgeblichen Einzelheiten umfasst (BGH, a.a.O. Rz. 64). Einen solchen Fall hat die Beklagte vorliegend nicht hinreichend dargelegt. Zwar hat sie sich im Schriftsatz vom 13.11.2023 darauf bezogen, dass die BES/AES-Dokumentation dem KBA vor Erteilung der Typengenehmigung vorlag und dass das KBA aus dieser Dokumentation und automatischer Generierung der konkreten Bedatung aus der Motorsteuersoftware hätte nachvollziehen können, wie sich das Thermofenster auf die AGR-Rate auswirkt. Das ist aber schon deshalb kein konkreter Vortrag zur Genehmigung des Thermofensters in allen Einzelheiten, weil damit keine Aussage darüber getroffen ist, dass das KBA die exakte Reichweite des Thermofensters in seine konkrete Genehmigungsentscheidung einbezogen hat; Unklarheit zu der Frage, welches Thermofenster das KBA genehmigt hat, besteht vor allem auch deshalb, weil die Beklagte erstinstanzlich (vgl. Schriftsatz vom 13.4.2022, Bl. 143 ff. der Akten, dort S. 50) und senatsbekannt auch in einer Vielzahl anderer Verfahren behauptet hatte, dass das Thermofenster beim T 6 -15°C bis +42°C betrage, während nach nunmehrigem Vortrag eine Reduzierung der Abgasrückführung bereits bei einer Temperatur von unter +12°C erfolgt.

42

Zum anderen kann der Fahrzeughersteller sich dadurch entlasten, dass er darlegt und erforderlichenfalls nachweist, dass seine Rechtsauffassung bei entsprechender Nachfrage von der für die EG-Typengenehmigung oder für anschließende Maßnahmen zuständigen Behörde bestätigt worden wäre (hypothetische Genehmigung, BGH a.a.O. Rz. 65). Steht fest, dass eine ausreichende Erkundigung des einem Verbotsirrtum unterliegenden Schädigers dessen Fehlvorstellung bestätigt hätte, scheidet eine Haftung nach § 823 Abs. 2 BGB infolge eines unvermeidbaren Verbotsirrtums auch dann aus, wenn der Schädiger eine entsprechende Erkundigung nicht eingeholt hat (BGH, a.a.O. Rz. 65). Für das Vorstellungsbild der Beklagten ist dabei auf den Zeitpunkt des Erwerbs des gegenständlichen Fahrzeugs abzustellen (BGH, Urteil vom 25.9.2023 – VIa ZR 1/23, Rz. 13, 15), hier also auf den 25.5.2018.

43

Der Senat ist jedoch bei Würdigung des Sach- und Streitstandes (unabhängig von der Frage der Vermeidbarkeit) schon nicht davon überzeugt (§ 286 ZPO), dass die Beklagte hinsichtlich der Unzulässigkeit des Thermofensters – wie von ihr geltend gemacht (Schriftsatz vom 6.10.2021, S. 7) – einem Verbotsirrtum unterlag. Dies geht zu Lasten der hierfür darlegungs- und beweispflichtigen Beklagten. Die Unzulässigkeit einer Abschaltvorrichtung, die bereits bei einer Umgebungstemperatur von unter +12°C und damit unter im Unionsgebiet weit verbreiteten Bedingungen zum Tragen kommt, musste sich für jeden, der sich auch nur oberflächlich mit den einschlägigen Vorschriften befasst hat, aufdrängen. Angesichts der lediglich allgemeinen Ausführungen der Beklagten, die nicht konkret auf das Vorstellungsbild der Organe der Beklagten und der ihnen im Rahmen des § 31 BGB gleichzustellenden Leitungspersonen hinsichtlich der konkreten Ausgestaltung des Thermofensters (insbesondere hinsichtlich der – wie gezeigt in der Vergangenheit anders angegebenen – Untergrenze von -15°C) im Zeitraum Mai 2018 eingehen, erscheint dem Senat ein Schluss darauf, dass diese Personen die Funktion in ihren Einzelheiten kannten und auf der Basis dieser Kenntnis für rechtmäßig hielten, allein aus der Tatsache, dass das KBA das Thermofenster nie beanstandet hat, nicht möglich.

44

c) Der schuldhafte Schutzgesetzverstoß ist auch ursächlich für den sogleich zu erörternden Schaden der Klagepartei. Die Beklagte hat die hierfür streitende Vermutung nicht widerlegt.

45

2. Hiernach ergibt sich vorliegend ein Schaden der Klagepartei in Höhe von 5.240,- €.

46

a) Der Anspruch aus § 823 Abs. 2 BGB ist auf den Ersatz des sogenannten Differenzschadens gerichtet (BGH, Urteil vom 26.6.2023- VIa ZR 5/21, Rz. 39 ff.). Es handelt sich um das rechnerische Minus, welches sich daraus ergibt, dass der objektive Wert des erworbenen Fahrzeugs hinter dem Kaufpreis zurückbleibt (a.a.O. Rz. 40). Abzustellen ist dabei auf den Zeitpunkt des Vertragsschlusses (a.a.O. Rz. 41).

47

Die Höhe dieses Schadens ist nach § 287 ZPO zu schätzen, und zwar im Bereich zwischen 5% und 15% des Kaufpreises (a.a.O.Rz. 42, 43). Dabei ist insbesondere auf das Risiko behördlicher Anordnungen in Bezug auf die Nutzbarkeit des Fahrzeugs, vor allem auf Umfang und Eintrittswahrscheinlichkeit möglicher Betriebsbeschränkungen im Zeitpunkt des Vertrages abzustellen (a.a.O. Rz. 76). Ferner ist, um dem europarechtlichen Gebot hinreichender Sanktionierung Rechnung zu tragen, auf das Gewicht des Rechtsverstoßes und den Grad des Verschuldens abzustellen (a.a.O. Rz. 77). Der Erholung eines Sachverständigengutachtens bedarf es nicht (a.a.O. Rz. 78).

48

Der Senat schätzt nach diesen Grundsätzen den Differenzschaden vorliegend auf 10% des Kaufpreises. Auszugehen ist insoweit von einem nicht unbeträchtlichen, aber nur fahrlässigen Verstoß gegen die europarechtlichen Anforderungen. Andererseits erschien im Zeitpunkt des Kaufvertragsschlusses das Risiko behördlicher Nutzungsbeschränkungen angesichts der Genehmigungspraxis des Kraftfahrzeugbundesamtes eher gering. Dem Senat erscheint es daher angemessen, sich in der Mitte des vorgegebenen Rahmens zu halten. Dies ergibt bei einem Kaufpreis von 52.400,- € im Ausgangspunkt einen klägerischen Schaden von 5.240,- €.

49

b) Gegenzurechnen sind allerdings die Vorteile, die die Klagepartei aus dem erworbenen Fahrzeug gezogen hat. Dies sind der Restwert des klägerischen Fahrzeugs und die von ihm gezogenen Nutzungsvorteile (jeweils nach dem Stand der letzten mündlichen Tatsachenverhandlung), allerdings nur, soweit die Summe dieser Positionen den wahren Wert des Fahrzeugs bei Vertragsschluss (Kaufpreis abzüglich Differenzschaden) übersteigt (BGH, a.a.O. Rz. 79).

50

Der wahre Wert des Fahrzeugs im Zeitpunkt des Vertragsschlusses betrug $(52.400,- - 5.240,-) = 47.160$ €.

51

Die von der Klagepartei gezogenen Nutzungsvorteile betragen 5.226,64 €. Der Kläger ist mit dem Fahrzeug 28.168 km gefahren (km-Stand bei Schluss der mündlichen Berufungsverhandlung 45.768 – km-Stand bei Erwerb 17.600). Der Senat geht in ständiger Rechtsprechung von einer Gesamtfahrleistung bei Dieselfahrzeugen von 300.000 km aus. Es besteht kein Anlass hiervon angesichts der bisher geringen Gesamtfahrleistung des Fahrzeugs abzuweichen; entscheidend ist nicht, wie viele Jahre im Durchschnitt der einzelne Halter ein Fahrzeug nutzt, sondern wie lange es genutzt werden kann; auch ein 12 – 15 Jahre alter Kleinbus / Transporter mit geringer Fahrleistung kann noch genutzt werden. Folglich war bei Erwerb des Fahrzeugs durch die Klagepartei eine mögliche Restfahrleistung von 282.400 km $(300.000 - 17.600)$ zu erwarten. Der von der Klagepartei gezogene Nutzungsvorteil ergibt sich daher bei einem Kaufpreis von 52.400 € nach der Formel $\text{Kaufpreis} \times \text{gefahrte Kilometer} \text{ zu Restfahrleistung} = 52.400,- \times 28.168 : 282.400$).

52

Hinsichtlich des Restwerts des Fahrzeugs geht der Senat im Regelfall vom Händlereinkaufspreis gemäß Gebrauchtwagenbewertung erstellt mit SilverDAT aus (§ 287 ZPO). Dabei handelt es sich nach Auffassung des Senats um denjenigen Betrag, den der Verkäufer eines Gebrauchtwagens bei gewöhnlichem Verlauf der Dinge zu erzielen vermag, zumal sich in Zeiten weitestgehender Verbreitung des Internets nicht nur gewerbliche, sondern auch private Gebrauchtwagenkäufer bei lebensnaher Würdigung an den im Internet

verfügbaren KFZ-Bewertungsmöglichkeiten orientieren werden. – Vorliegend ergab die SilverDAT-Abfrage einen aktuellen Restwert des Fahrzeugs von 39.448,74 €.

53

Die Nutzungsvorteile von 5.226,64 € und der Restwert von 39.448,74 € (zusammen 44.675,38 €) übersteigen den wahren Wert des Fahrzeugs bei Vertragsschluss (47.160,- €) nicht. Es verbleibt daher bei einem Schaden von 5.240,- €.

54

Übrigens ergäben sich auch bei Zugrundelegung des von Beklagtenseite behaupteten Restwerts von 41.729,- € keine gegenzurechnenden Positionen, da auch dann die Summe von Restwert und Nutzungsvorteilen (46.955,64 €) den wahren Wert des Fahrzeugs bei Vertragsschluss (47.160,- €) nicht übersteigt.

IV.

55

Auf der Basis der vorstehenden Ausführungen war über die nunmehrigen Klaganträge zu entscheiden wie geschehen.

56

Der zuerkannte Differenzschaden ist wie beantragt ab Rechtshängigkeit zu verzinsen, § 291 ZPO.

57

Der Feststellungsantrag hat keinen Erfolg. Neben dem Differenzschaden besteht kein Anspruch auf Ersatz möglicher weiterer Vermögensnachteile (BGH, Urteil vom 16.10.2023 – VIa ZR 37/21, Rz. 19).

58

Der geltend gemachte Anspruch auf Erstattung vorgerichtlicher Kosten scheidet schon daran, dass die Klagepartei nicht darlegt, ihren Prozessbevollmächtigten keinen unbedingten Klageauftrag erteilt zu haben (vgl. BGH, Urteil vom 22.6.2021 – VI ZR 353/20, Rz. 7).

C.

59

Die Kostenentscheidung folgt aus §§ 92, 97, 269 Abs. 3 ZPO. Die mit der zulässigen Klageänderung verbundene Reduzierung des Streitwerts während des laufenden Berufungsverfahrens ist jedenfalls kostenrechtlich als Teilrücknahme zu werten. – Der ursprüngliche Streitwert des Berufungsverfahrens entsprach angesichts der in der Berufungsbegründung angekündigten Anträge dem Streitwert des erstinstanzlichen Verfahrens. Beim Streitwert ab Klageänderung hat der Senat den Feststellungsantrag angesichts der geringen Wahrscheinlichkeit weiterer Schäden mit 1.000,- € bemessen.

60

Die Entscheidung über die vorläufige Vollstreckbarkeit ergibt sich aus §§ 708 Nr. 10, 711 ZPO. Eine Abwendungsbefugnis war nur für die Klagepartei vorzusehen, da das Urteil nur für sie rechtsmittelfähig ist.

61

Die Revision war nicht zuzulassen, da Zulassungsgründe (§ 543 Abs. 2 ZPO) nicht vorliegen. Weder hat die Rechtssache grundsätzliche Bedeutung noch erfordern die Fortbildung des Rechts oder die Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung eine Entscheidung des Revisionsgerichts. Die aufgeworfenen Rechtsfragen sind höchstrichterlich geklärt, zu würdigen waren vorliegend die Umstände des Einzelfalles. gez.

Verkündet am 13.12.2023 gez.