

**Titel:**

**Kein Schadensersatzanspruch des Erwerbers eines Diesel-Fahrzeugs mit Thermofenster und Kühlmittel-Solltemperatur-Regelung**

**Normenketten:**

BGB § 31, § 823 Abs. 2, § 826

EG-FGV § 6 Abs. 1, § 27 Abs. 1

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

**Leitsätze:**

1. Der Fahrzeughersteller, der sich unter Berufung auf einen unvermeidbaren Verbotsirrtum entlasten will, muss zunächst den Verbotsirrtum als solchen konkret darlegen und ggf. beweisen. Insoweit genügt es nicht, darzulegen, dass die Person, die die Übereinstimmungsbescheinigung ausgestellt hat, von der Vorschriftsmäßigkeit des Emissionskontrollsystems und insbesondere der Zulässigkeit etwa vorhandener Abschaltvorrichtungen ausgegangen sei, sich allerdings darüber im Irrtum befunden habe, mit der Übereinstimmungsbescheinigung eine dahingehende Erklärung überhaupt abzugeben. (Rn. 20) (redaktioneller Leitsatz)

2. Vielmehr muss der Fahrzeughersteller darlegen (und ggf. beweisen), dass sich sämtliche seiner verfassungsmäßig berufenen Vertreter im Sinne des § 31 BGB über die Rechtmäßigkeit der vom Käufer dargelegten und erforderlichenfalls nachgewiesenen Abschaltvorrichtung mit allen für die Prüfung nach Art. 5 Abs. 2 der Verordnung (EG) Nr. 715/2007 bedeutsamen Einzelheiten im maßgeblichen Zeitpunkt im Irrtum befanden oder im Falle einer Ressortaufteilung den damit verbundenen Pflichten genügten (hier unvermeidbarer Verbotsirrtum bejaht). (Rn. 20) (redaktioneller Leitsatz)

**Schlagworte:**

Schadensersatz, sittenwidrige Schädigung, Schutzgesetz, Dieselskandal, unzulässige Abschaltvorrichtung, Thermofenster, Kühlmittel-Solltemperatur-Regelung, Übereinstimmungsbescheinigung, Differenzschaden, Verbotsirrtum

**Vorinstanz:**

LG Weiden, Endurteil vom 12.11.2021 – 14 O 163/21

**Tenor**

I. Die Berufung des Klägers gegen das Endurteil des Landgerichts Weiden i.d.Opf. vom 12.11.2021, Az.: 14 O 163/21, wird zurückgewiesen.

II. Der Kläger trägt die Kosten des Berufungsverfahrens.

III. Dieses Urteil sowie das vorbezeichnete Endurteil des Landgerichts Weiden i.d.Opf. sind ohne Sicherheitsleistung vorläufig vollstreckbar.

IV. Die Revision wird nicht zugelassen.

**Beschluss**

Der Streitwert des Berufungsverfahrens beträgt bis 10.000,- EURO.

**Entscheidungsgründe**

I.

1

Von der Darstellung tatsächlicher Feststellungen wird gem. §§ 540 Abs. 2, 313 a Abs. 1 S. 1, 544 Abs. 2 ZPO abgesehen.

II.

2

Die Berufung des Klägers ist zulässig, hat in der Sache aber keinen Erfolg.

3

1) Die von der Beklagten vorgebrachten Zweifel an der Zulässigkeit der Berufung sind unberechtigt. Das Landgericht hat die Klage mit der Begründung abgewiesen, im Jahr 2019, dem Jahr des Erwerbs des streitgegenständlichen Fahrzeuges durch den Kläger, sei jedem „auch nur halbwegs interessierten Bürger“ die mögliche Betroffenheit sämtlicher großer Automobilhersteller vom sog. Dieselskandal bewusst gewesen, so dass der Kläger im Hinblick auf eine vorsätzliche sittenwidrige Schädigung nicht schutzwürdig sei; es fehle zudem an einem Schaden, weil der Kläger das Fahrzeug mit einem vom Kraftfahrt-Bundesamt freigegebenen Software-Stand erworben habe, also in einem von der Behörde als gesetzeskonform bewerteten Zustand. Der Kläger konnte sich in der Berufungsbegründung darauf beschränken, diese beiden Abweisungsgründe anzugreifen, und hat dies in genügender Weise getan. Da sich das Landgericht mit der vom Kläger behaupteten Vorschriftswidrigkeit des Emissionskontrollsystems, insbesondere aufgrund des Vorhandenseins sogenannter Abschaltvorrichtungen, nicht befasst hatte, waren weitere Ausführungen hierzu in der Berufungsbegründung entbehrlich.

4

2) Das Rechtsmittel des Klägers ist jedoch unbegründet.

5

a) Allerdings teilt der Senat nicht die Auffassung des Landgerichts, im Jahre 2019 habe ein Erwerber eines von der Beklagten hergestellten Dieselfahrzeuges nicht mehr darauf vertrauen dürfen, dass ein solches Fahrzeug nicht von einer sog. Abgasmanipulation betroffen sei. Auch ist das Schadensersatzbegehren des Klägers nicht schon deshalb, wie das Landgericht gemeint hat, von vornherein unbegründet, weil zum Zeitpunkt seines Fahrzeugerwerbs bereits das vom Kraftfahrzeug-Bundesamt geforderte Software-Update der Motorsteuerung entwickelt, von der Behörde freigegeben und auf das Fahrzeug aufgespielt worden war. Den Feststellungen in den Gründen des Freigabebescheides, insbesondere der Aussage, in dem Fahrzeug seien keine unzulässigen Abschaltvorrichtungen vorhanden, kommt nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs (Urteil vom 26.01.2022, VIII ZR 140/20) keine Tatbestandswirkung zu, die ein Zivilgericht im Schadensersatzprozess daran hinderte, das Vorliegen einer unzulässigen Abschaltvorrichtung – sei diese durch das Update nicht beseitigt oder erst hierdurch neu installiert worden – festzustellen. Insoweit verweist der Senat ergänzend auf seine Ausführungen in seinem Hinweis vom 18.05.2022.

6

b) Soweit der Senat in dem erwähnten Hinweis – allerdings letztlich nicht tragend – ausgeführt hat, die Klage sei mit dem Ziel einer Verurteilung der Beklagten zur Leistung an den Kläger selbst bereits deshalb unbegründet, weil der Kläger aufgrund wirksamer Abtretung der geltend gemachten deliktischen Ansprüche an die ... Bank AG nur auf Leistung an den Sicherungsgeber, also an die ... Bank AG, klagen könne, hält der Senat im Hinblick auf die inzwischen ergangene Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs (Urteil vom 24.04.2023, VIa ZR 1517/22, BGHZ 237, 59) hieran nicht fest. Die hier maßgebliche Abtretungsklausel ist unwirksam, so dass der Kläger durch den Umstand, dass er den Erwerb des Fahrzeuges durch ein Darlehen der ... Bank AG finanziert hat, in der Geltendmachung etwaiger Schadensersatzansprüche gegen den Fahrzeughersteller in keiner Weise eingeschränkt ist.

7

c) Ein solcher Schadensersatzanspruch steht dem Kläger allerdings unter dem Gesichtspunkt einer vorsätzlichen sittenwidrigen Schädigung (§ 826 BGB) nicht zu.

8

aa) Soweit der Kläger einen Anspruch aus § 826 BGB auf die Verwendung eines sog. Thermofensters der zur Emissionsminderung verwendeten Abgasrückführung stützt, verweist der Senat auf seine diesbezüglichen Ausführungen in dem Hinweis vom 18.05.2022. Unabhängig davon, inwieweit zum Zeitpunkt des Erwerbs des streitgegenständlichen Fahrzeuges durch den Kläger aufgrund des zuvor erfolgten Updates der Motorsteuerung noch eine in Bezug auf das Verbot der Verwendung sog. Abschaltvorrichtungen (Art. 3 Nr. 10 der Verordnung (EG) Nr. 715/2007) relevanten Temperaturabhängigkeit der Abgasrückführung gesprochen werden kann, fehlt es jedenfalls mangels Prüfstandsbezogenheit der Funktion an einem sittenwidrigen, weil auf eine Täuschung der

Genehmigungsbehörde ausgerichtetes Verhalten der Beklagten (BGH, NJW 2021, 921); der Kläger behauptet selbst nicht, dass sich die Regelung im wirklichen Verkehr unter den für die gesetzliche Emissionsprüfung vorgeschriebenen Temperaturverhältnissen anders verhalte als in der Prüfungssituation selbst. Ein vorsätzliches Verhalten der Beklagten, das trotz Fehlens einer prüfstandsbezogenen Umschalteneinrichtung zu einer Sittenwidrigkeit führen kann, hat der Senat in ständiger Rechtsprechung hinsichtlich der Verwendung parameterabhängiger Steuerungen der Abgasrückführung, insbesondere einer von der Außentemperatur abhängigen Steuerung, verneint, weil noch bis zum Jahr 2020 – und damit im Streitfall lange nach Erteilung der Typgenehmigung – derartige Steuerungen von der Typgenehmigungsbehörde als technisch gerechtfertigt und zulässig angesehen worden waren; an dieser Rechtsprechung hält der Senat grundsätzlich fest. Bis vor kurzem hat das Kraftfahrt-Bundesamt die sog. Thermofenster in den Fahrzeugen der Beklagten auch nicht beanstandet. Dass in jüngster Zeit unter dem Eindruck der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs das Kraftfahrt-Bundesamt seinen bisherigen Standpunkt – anscheinend – nicht mehr uneingeschränkt aufrecht erhält, muss bei der Prüfung eines vorsätzlichen Verhaltens der Beklagten außer Betracht bleiben.

## 9

bb) Der Senat ist bei Erteilung seines Hinweises vom 18.05.2022 davon ausgegangen, dass die vom Kläger ebenfalls als unzulässig gerügte sogenannte Kühlmittel-Solltemperatur-Regelung (KSR) im Fahrzeug des Klägers verwendet wird. Nunmehr hat allerdings die Beklagte mit Schriftsatz vom 01.02.2024 näher zu den Auswirkungen des zum Zeitpunkt des Erwerbs des Kläger-Fahrzeuges bereits aufgespielten Software-Updates Stellung genommen und unter anderem ausgeführt, dass die Funktion KSR nicht mehr angesteuert werde. Dem ist der Kläger nicht mehr entgegengetreten. Es handelt sich daher um neuen, unstrittig gebliebenen Vortrag in der Berufungsinstanz, der auch dann zu berücksichtigen ist, wenn die Voraussetzungen des § 531 Abs. 2 S. 1 ZPO nicht erfüllt sind. Im übrigen könnte aus der Verwendung der KSR allein nicht auf eine vorsätzliche sittenwidrige Schädigung geschlossen werden; jedenfalls dann, wenn diese Funktion nicht „grenzwertkausal“ ist, wenn also auch bei Deaktivierung der Funktion die Emissionsgrenzwerte in der Typprüfung eingehalten würden, kann nicht von einer Täuschung der Genehmigungsbehörde mit dem Ziel, die Typgenehmigung zu erhalten, ausgegangen werden (BGH, Urteil vom 06.11.2023, VIa ZR 535/21). Wie allgemein bekannt, unterscheidet das Kraftfahrt-Bundesamt bei der Beurteilung der KSR danach, ob die Funktion zur Einhaltung der Emissionsgrenzwerte in der Typprüfung erforderlich ist. Nur dann erfolgt eine Beanstandung der Funktion. Der im vorliegenden Fall tatsächlich erfolgte Rückruf des Fahrzeuges wegen Vorhandenseins unzulässiger Abschalteneinrichtungen, dem durch das Aufspielen des Software-Updates Rechnung getragen wurde, war aber wegen Verwendung der sog. Strategie A, die das SCR-System betrifft, erfolgt, nicht (auch) wegen Vorhandenseins der KSR. Im Übrigen, also unabhängig von der Frage der Grenzwertkausalität, hat der Kläger auch nicht hinreichend dargelegt, dass die Funktion der KSR von einer Erkennung des Prüfstandbetriebes abhängt, mithin im wirklichen Verkehr nicht oder zumindest nicht in gleicher Weise arbeite wie auf dem Prüfstand selbst. Diesbezüglich verweist der Senat auf seine Darlegungen in dem Hinweis vom 18.05.2022, denen der Kläger nicht entgegengetreten ist.

## 10

cc) Hinsichtlich der vom Kläger beanstandenden Steuerung des SCR-Systems ist die Indizwirkung des amtlichen Rückrufbescheides, die sich allerdings schon nicht darauf erstrecken könnte, dass die Abschalteneinrichtung zur Täuschung der Genehmigungsbehörde gestaltet ist, durch die Installation des behördlich freigegebenen Software-Updates ausgeräumt; zwar wird damit nicht ausgeschlossen, dass es noch andere nicht zulässige Abschalteneinrichtungen im Fahrzeug gibt oder sogar durch die Änderung der Motorsteuerung erst eine neue, wiederum nicht zulässige Abschalteneinrichtung installiert worden ist. Wie der Senat in seinem Hinweis vom 18.05.2022 ausgeführt hat, ist der Fall deshalb so zu beurteilen, als ob es den Rückrufbescheid des Kraftfahrt-Bundesamtes nicht gegeben hätte; mithin hat der Kläger eine nicht nur unzulässige, sondern auch manipulativ gestaltete, auf Täuschung der Typgenehmigungsbehörde abzielende Abschalteneinrichtung substantiiert darzulegen. Das ist ihm in Bezug auf die Steuerung des SCR-Systems nicht gelungen; es gibt keine Anhaltspunkte dafür, dass die AdBlue-Dosierung gezielt nur bei dem Betrieb auf dem Emissionsprüfstand erhöht wird, um eine niedrigere Schadstoffemission vorzutäuschen, die im Realbetrieb unter vergleichbaren Umständen nicht erzielt wird. Solches hatte das Kraftfahrt-Bundesamt mit seinem Bescheid vom 03.08.2018 der Beklagten bereits aufgrund des ursprünglichen Software-Standes nicht vorgeworfen. Dafür, dass die gerade im Hinblick auf diese Beanstandung erfolgte Änderung der Steuerung des SCR-Systems, die das Kraftfahrt-Bundesamt nach Prüfung freigegeben hat, ein derartiges

manipulatives Element erst noch hinzugefügt hätte, gibt es keine Anhaltspunkte; solches liegt vielmehr ausgesprochen fern. Eine vorsätzliche Verwendung einer nicht zulässigen Abschaltseinrichtung innerhalb des SCR-Systems mittels der geänderten Steuerung des Systems, die das Kraftfahrt-Bundesamt explizit für zulässig erklärt hat, kann der Senat nicht annehmen, selbst wenn die Beurteilung des Kraftfahrt-Bundesamtes objektiv nicht zutreffen sollte, wofür derzeit allerdings keinerlei Anhaltspunkte ersichtlich sind. Verwaltungsgerichtliche Rechtsprechung zur Rechtmäßigkeit des dem Software-Update zugrundeliegenden Freigabebescheides ist dem Senat nicht bekannt.

#### 11

d) Dem Kläger steht auch kein Anspruch auf Ersatz eines Differenzschadens gemäß § 823 Abs. 2 BGB i.V.m. § 6 Abs. 1, § 27 Abs. 1 EG-FGV wegen fahrlässiger Verwendung einer unzulässigen Abschaltseinrichtung zu.

#### 12

aa) Nach der neuen Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs (Urteil vom 26.06.2023, VIa ZR 335/21) begründet die nach Art. 18 Abs. 1 der Richtlinie 2007/46/EG, § 6 EG-FGV vom Fahrzeughersteller auszustellende und dem Fahrzeug beizufügende Übereinstimmungsbescheinigung ein Vertrauen des Fahrzeugbesitzers darauf, dass das Fahrzeug in jeder Hinsicht den jeweils geltenden Bestimmungen und damit insbesondere den Anforderungen der Verordnung (EG) Nr. 715/2007 an die Beschaffenheit der Emissionskontrollvorrichtungen entspricht; die auf die Übereinstimmungsbescheinigung Bezug nehmenden Vorschriften der EG-FGV (§§ 6, 27) sind Schutzgesetze i.S.d. § 823 Abs. 2 BGB. Die Übereinstimmungsbestimmung ist nach dem Verständnis des Bundesgerichtshofs, zurückgehend auf die Entscheidung des Europäischen Gerichtshofs vom 21.03.2023, C-100/21, unrichtig, wenn das Fahrzeug tatsächlich den Anforderungen der Verordnung (EG) Nr. 715/2007 nicht entspricht, insbesondere weil es mit einer nach Art. 5 Abs. 2 der zitierten Verordnung nicht zulässigen Abschaltseinrichtung im Sinne der Begriffsbestimmung in Art. 3 Nr. 10 der Verordnung ausgestattet ist, mithin die Typgenehmigung, auf die in der Übereinstimmungsbescheinigung Bezug genommen wird, nicht hätte erteilt werden dürfen.

#### 13

Nach der zitierten Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs steht dem Fahrzeugbesitzer, dessen Vertrauen in die Vorschriftenmäßigkeit seines Fahrzeuges infolge Vorhandenseins einer derartigen Abschaltseinrichtung enttäuscht worden ist, ein Anspruch auf Ersatz des sog. Differenzschadens zu; dieser Differenzschaden besteht in dem Betrag, um den der Fahrzeugkäufer den Kaufgegenstand mit Rücksicht auf die mit der unzulässigen Abschaltseinrichtung verbundenen Risiken zu teuer erworben hat. Der Anspruch auf Ersatz dieses Differenzschadens setzt ein Verschulden des Fahrzeugherstellers voraus, wobei Fahrlässigkeit genügt. Ein Anspruch auf Ersatz des Differenzschadens kommt damit insbesondere in Betracht, wenn eine nicht zulässige Abschaltseinrichtung – oder mehrere derartige Einrichtungen – vorhanden ist bzw. sind, die Voraussetzungen einer vorsätzlichen sittenwidrigen Schädigung (§ 826 BGB) aber nicht erfüllt sind.

#### 14

bb) Im Streitfall hat der Kläger mehrere unzulässige Abschaltseinrichtungen behauptet, nämlich ein sog. Thermofenster der Abgasrückführung, eine nicht zulässige Kühlmittel-Solltemperatur-Regelung sowie eine nicht zulässige Gestaltung der Regelung des SCR-Abgasnachbehandlungssystems. Für die Haftung des Herstellers nach § 823 Abs. 2 BGB kommt es auf den Zeitpunkt des Vertragsschlusses an; inledgedessen können zur Begründung der Haftung des Herstellers nur solche Funktionen des Emissionskontrollsystems berücksichtigt werden, die zu diesem Zeitpunkt (noch) vorhanden sind; eine vor dem Fahrzeugerwerb durch ein sog. Software-Update entfernte Abschaltseinrichtung muss außer Betracht bleiben. Nach dem unbestritten gebliebenen Vortrag der Beklagten ist mit Aufspielen des vom Kraftfahrt-Bundesamt freigegebenen Software-Updates am 05.03.2019 die ursprünglich im Fahrzeug vorhandene KSR deaktiviert worden, so dass diese Einrichtung, gleich, wie sie hinsichtlich ihrer Zulässigkeit zu bewerten wäre, als Anknüpfungspunkt für eine Haftung nach § 823 Abs. 2 BGB nicht in Betracht kommt.

#### 15

Jedoch kommt in Betracht, dass die Steuerung der Abgasrückführung, wiewohl durch das Software-Update nach unbestritten gebliebener Darstellung der Beklagten wesentlich modifiziert, weiterhin als nicht zulässige Abschaltseinrichtung zu bewerten ist. Nach Art. 4 Abs. 2 der Verordnung (EG) Nr. 715/2007 muss das Emissionskontrollsystem eines Fahrzeuges so beschaffen sein, dass die Emissionen während der gesamten normalen Lebensdauer eines Fahrzeuges „bei normalen Nutzungsbedingungen entsprechend

dieser Verordnung wirkungsvoll begrenzt“ werden. Dabei sind unter den „normalen Nutzungsbedingungen“ die Bedingungen des normalen Fahrbetriebes im gesamten Unionsgebiet, in Bezug auf eine Temperaturabhängigkeit der Steuerung des Emissionskontrollsystems also der gesamte Bereich vom südeuropäischen Sommer bis zum nordeuropäischen Winter, zu verstehen. Als Grenztemperaturen werden (Schleswig-Holsteinisches Verwaltungsgericht, Urteil vom 20.02.2023, 3 A 113/18) – 15° Celsius einerseits und +40° Celsius andererseits angesehen. Wird innerhalb dieses weit gespannten Temperaturbereiches die Wirksamkeit des Emissionskontrollsystems verringert, muss sich die Zulässigkeit der damit gegebenen Abschaltvorrichtung an Art. 5 Abs. 2 der Verordnung (EG) Nr. 715/2007 messen lassen. Nach dem nicht bestrittenen Vortrag der Beklagten erfolgt nach der Durchführung des Software-Updates eine Reduzierung der Abgasrückführung (Verringerung der Abgasrückführungsrate) bei niedrigen Umgebungstemperaturen nicht, während die Abgasrückführung bei Umgebungstemperaturen über +70° Celsius ohne vorhergehende Reduktion abgeschaltet wird. Damit ist den Anforderungen des Art. 4 Abs. 2 der Verordnung (EG) Nr. 715/2007 hinsichtlich der Temperaturaspekte der Nutzungsbedingungen zweifellos entsprochen. Allerdings gilt dies nach ausdrücklichem Vortrag der Beklagten, den sich der Kläger, da ihm günstig, stillschweigend zu eigen gemacht hat, nur bei betriebswarmem Motor, also unter der Voraussetzung, dass der Motor des Fahrzeuges nach einer gewissen Fahrdauer einen hinsichtlich seiner Temperatur stabilen Zustand erreicht hat. Während des Warmlaufs erfolgt dagegen eine Verringerung der Abgasrückführungsrate. Wie dies im einzelnen gestaltet ist, unter welchen Umständen also in welchem Umfang die Abgasrückführungsrate verringert wird, hat die Beklagte nicht näher dargelegt. Unter den Bedingungen des Prüfzyklus (hier NEFZ), der im wesentlichen den Motorwarmlauf abbildet, wird – jedenfalls muss der Senat hiervon ausgehen – trotz der Korrektur der Abgasrückführungsrate während des Warmlaufes, möglicherweise im Zusammenwirken mit dem SCR-System, der für die Euro 6 – Norm maßgebliche Emissionsgrenzwert für Stickoxide nicht überschritten. Strengere Anforderungen an das Emissionsverhalten eines Fahrzeuges hinsichtlich der Stickoxid-Emissionen als die Einhaltung des Grenzwertes können nach Auffassung des Senats nicht gestellt werden. Variationen der Abgasrückführungsrate während des Motorwarmlaufes im NEFZ, die nach Darstellung der Beklagten erfolgen, mögen zwar als „Abschaltung“ angesehen werden können, können aber unter dem Gesichtspunkt der Zulässigkeit der Einrichtung nicht von Bedeutung sein, da unter den Prüfbedingungen jedenfalls die von Art. 4 der Verordnung (EG Nr. 715/2007) geforderte „wirkungsvolle Begrenzung“ der Emissionen erfolgt. Jedoch bildet der Prüfzyklus die „normalen Nutzungsbedingungen“ eines Kraftfahrzeuges nur ganz unvollständig ab, insbesondere gilt dies für die Außentemperatur, die während der Emissionsprüfung in einem engen Korridor gehalten wird. Wie sich die Warmlaufkorrektur der Abgasrückführung außerhalb dieses schmalen Temperaturkorridors und unter anderen Fahrbedingungen auf das Emissionsverhalten auswirkt, kann der Senat anhand des Vortrags der Beklagten nicht feststellen. Nicht zweifelhaft erscheint dem Senat, dass die – gerade bei Diesel-Fahrzeugen – nicht nur ganz kurze Warmlaufphase, die nach jedem Kaltstart zwangsläufig durchlaufen werden muss, zu den „normalen Nutzungsbedingungen“ zählt, zumal gerade das Emissionsverhalten des Motors während des Warmlaufs von der gesetzlich vorgeschriebenen Emissionsprüfung erfasst werden soll, ihm also nach Auffassung des Gesetzgebers für das Emissionsverhalten eines Kraftfahrzeuges besondere Bedeutung zukommt, freilich in erster Linie bezüglich des innerstädtischen Verkehrs bei hoher Verkehrsdichte.

## 16

Zwar kommt es für das Vorliegen einer „Abschaltvorrichtung“ darauf an, ob die Abschaltung die Wirksamkeit des Emissionskontrollsystems insgesamt verringert (siehe auch BGH, a.a.O.), so dass in dem hier gegebenen Fall, dass sich das Emissionskontrollsystem aus mehreren Komponenten zusammensetzt, die Reduzierung der Wirksamkeit einer einzelnen Komponente durch die Erhöhung der Wirksamkeit einer anderen Komponente mit dem Ergebnis einer Emissionsneutralität kompensiert werden kann und dann eine Abschaltvorrichtung nicht vorliegt. Die Beklagte behauptet jedoch nicht, dass die von ihr eingeräumte Warmlaufkorrektur der Abgasrückführung jeweils durch (komplementäre) Veränderung der Wirkung des SCR-Systems im Ergebnis neutralisiert werde.

## 17

Das SCR-System kann seinerseits eine unzulässige Abschaltvorrichtung darstellen. Zwar hat der Kläger, wie bereits dargelegt, keine Anhaltspunkte dafür aufzeigen können, dass eine prüfstandsbezogene Umschaltung – etwa zwischen unterschiedlichen Dosierungen der AdBlue-Zufuhr – erfolge; der Rückruf des Kraftfahrt-Bundesamtes stützt sich auch nicht auf derartige prüfstandsabhängige Umschaltungen, sondern darauf, dass die nach Auffassung des Kraftfahrt-Bundesamtes weniger wirksame sog. Online-Dosierungsberechnung – anstelle der wirksameren Füllstandsregelung – auch unter Betriebsumständen

verwendet werde, in denen dies technisch nicht begründbar sei. Bei bestimmten Fahrzeugmodellen hat das Kraftfahrt-Bundesamt außerdem beanstandet, dass nach erfolgter Umschaltung vom Füllstandsmodus in den Online-Modus innerhalb eines Zündungslaufs eine Rückschaltung nicht mehr erfolge. Näheres kann der Senat den inzwischen zahlreichen, jedoch stets gleichlautenden Auskünften des Kraftfahrt-Bundesamtes zur sog. Strategie A nicht entnehmen.

## 18

Im Streitfall muss der Senat annehmen, dass die von der Behörde beanstandeten Elemente der SCR-Steuerung durch das Software-Update zur Zufriedenheit des Kraftfahrt-Bundesamtes geändert worden sind, andernfalls die Freigabe nicht erfolgt wäre. Die Beklagte behauptet aber nicht, dass eine Umschaltung zwischen den jedenfalls nach Auffassung des Kraftfahrt-Bundesamtes unterschiedlich wirksamen Dosierungsmodi überhaupt nicht mehr statfinde, so dass nach der vom Europäischen Gerichtshof vorgegebenen sehr weiten Interpretation des Begriffs der Abschaltvorrichtung weiterhin eine solche vorhanden sein dürfte, die unter bestimmten Betriebsbedingungen die Wirksamkeit des Emissionskontrollsystems verringert. Als Rechtfertigungsgrund käme im Fall des SCR-Systems, das kein Bestandteil des Motors ist, lediglich die Notwendigkeit für den „sicheren Betrieb des Fahrzeugs“ (Art. 5 Abs. 2 Buchstabe a der Verordnung (EG) Nr. 715/2007) in Betracht. Diese wäre von der Beklagten darzulegen, woran es fehlt.

## 19

cc) Im Ergebnis kann jedoch dahinstehen, ob zum Zeitpunkt des Erwerbs durch den Kläger in dem streitgegenständlichen Fahrzeug unzulässige Abschaltvorrichtungen vorhanden waren; unter den besonderen Umständen des Streitfalles scheidet eine hiernach mögliche Haftung der Beklagten nach § 823 Abs. 2 BGB deshalb aus, weil die Beklagte, deren Verschulden vermutet würde, einen unvermeidbaren Verbotsirrtum hinreichend dargelegt hat.

## 20

aaa) Der Fahrzeughersteller, der sich unter Berufung auf einen unvermeidbaren Verbotsirrtum entlasten will, muss zunächst den Verbotsirrtum als solchen konkret darlegen und ggf. beweisen. Insoweit genügt es nicht, darzulegen, dass die Person, die die Übereinstimmungsbescheinigung ausgestellt hat, von der Vorschriftsmäßigkeit des Emissionskontrollsystems und insbesondere der Zulässigkeit etwa vorhandener Abschaltvorrichtungen ausgegangen sei, sich allerdings darüber im Irrtum befunden habe, mit der Übereinstimmungsbescheinigung eine dahingehende Erklärung überhaupt abzugeben. Auf das Vorstellungsbild gerade des Ausstellers zur Übereinstimmungsbescheinigung kommt es nämlich nicht an, abgesehen davon, dass im Streitfall die Emissionskontrollvorrichtungen des Fahrzeuges zu diesem Zeitpunkt anders beschaffen waren als zu dem für die Beurteilung des Verschuldens der Beklagten maßgeblichen Zeitpunkt des Erwerbs durch den Kläger (siehe insbesondere Urteil des OLG Stuttgart vom 28.09.2023, 24 U 2616/22 – Beck RS 2023, 26846). Vielmehr muss der Fahrzeughersteller darlegen (und ggf. beweisen), dass sich sämtliche seiner verfassungsmäßig berufenen Vertreter im Sinne des § 31 BGB über die Rechtmäßigkeit der vom Käufer dargelegten und erforderlichenfalls nachgewiesenen Abschaltvorrichtung mit allen für die Prüfung nach Art. 5 Abs. 2 der Verordnung (EG) Nr. 715/2007 bedeutsamen Einzelheiten im maßgeblichen Zeitpunkt im Irrtum befanden oder im Falle einer Ressortaufteilung den damit verbundenen Pflichten genügten (BGH, Urteil vom 25.09.2023, VIa ZR 1/23, Rdz. 14). Im Streitfall hat sich die Beklagte auf die Darlegung beschränkt, sämtliche mit den Fragen der Emissionskontrolle befassten Personen auf Seiten der Beklagten hätten aufgrund der ständigen Genehmigungspraxis des Kraftfahrt-Bundesamtes keine Zweifel an der Zulässigkeit einer temperaturabhängigen Steuerung der Abgasrückführung gehegt, sich insoweit also im Irrtum befunden. Ein solcher Vortrag dürfte im Regelfall nicht zur Darlegung eines tatsächlichen Verbotsirrtums genügen.

## 21

Der Streitfall weist jedoch die Besonderheit auf, dass das Kraftfahrt-Bundesamt die Ausgestaltung der Emissionskontrollvorrichtungen in dem streitgegenständlichen Fahrzeugmodell, konkret der dort eingesetzten Steuerung des SCR-Systems, beanstandet hatte, daraufhin seitens der Beklagten eine geänderte Motorsteuerung entwickelt worden war, diese dem Kraftfahrt-Bundesamt zur Prüfung vorgelegt und dabei – unbestrittenermaßen – in Anlehnung an die erweiterten Dokumentationspflichten gemäß Art. 5 Abs. 11 der Verordnung (EG) Nr. 692/2008, eingeführt durch die Verordnung (EU) 2016/646 vom 20.04.2016, die Arbeitsweise des gesamten Emissionskontrollsystems erläutert hatte, worauf das Kraftfahrt-Bundesamt mit der ausdrücklichen Erklärung, unzulässige Abschaltvorrichtungen seien nicht vorhanden,

vorhandene Abschalteinrichtungen seien zulässig, für dieses Software-Update die Freigabe erteilt hatte. Der Senat hält bei lebensnaher Betrachtung für ausgeschlossen, dass nach Bekanntwerden des sog. Dieselskandals und bei der öffentlichen Aufmerksamkeit für Rückrufe des Kraftfahrt-Bundesamtes die vom Kraftfahrt-Bundesamt ausgesprochene Beanstandung der Strategie A in einer Vielzahl von Dieselfahrzeugen der Beklagten der damals neuesten Emissionsklasse Euro 6 und die daraufhin von den Mitarbeitern der Beklagten veranlassten Maßnahmen den verfassungsmäßig berufenen Vertretern der Beklagten entgangen sein könnten. Vielmehr erscheint geradezu selbstverständlich, dass sich die Vorstandsmitglieder der Beklagten mit diesen Vorgängen befasst haben und nach Erteilung der Freigabe des Software-Updates annahmen, die mit der neu entwickelten Software versehenen Fahrzeuge seien hinsichtlich der Emissionskontrolle in jeder Hinsicht vorschriftsgemäß, sich diesbezüglich also, unterstellt man die Unzulässigkeit auch der geänderten Steuerung der Abgasrückführung und des SCR-Systems, insoweit im Irrtum befanden, mögen sie sich auch mit den technischen Details nicht beschäftigt haben. Unter derartigen Umständen können weitere Darlegungen von der Beklagten zum tatsächlichen Vorliegen eines Rechtsirrtums nicht gefordert werden (so im Ergebnis auch OLG Stuttgart, a.a.O.).

## **22**

bbb) Der somit hinreichend dargelegte Verbotsirrtum war unvermeidbar. Das folgt im Streitfall daraus, dass das Kraftfahrt-Bundesamt die Gestaltung der Emissionskontrollen des streitgegenständlichen Fahrzeuges zu dem maßgeblichen Zeitpunkt des Erwerbs durch den Kläger in allen ihren nach Art. 5 Abs. 2 der Verordnung (EG) Nr. 715/2007 maßgebenden Einzelheiten genehmigt hatte. Der Senat schließt sich der Auffassung des VG Schleswig-Holstein im Urteil vom 20.02.2023 (a.a.O.) an, dass durch den Freigabebescheid des Kraftfahrt-Bundesamtes vom 12.09.2018 alle im Freigabeverfahren offen gelegten Abschalteinrichtungen, auch das sog. Thermofenster, typgenehmigt werden und der Freigabebescheid die Wirkung einer modifizierten Typgenehmigung entfaltet (siehe dazu Leitsatz 3 sowie Rdz. 210 des erwähnten Urteils, zitiert nach juris). Darauf, ob das Kraftfahrt-Bundesamt die Freigabe auch ausgesprochen hätte – oder hätte aussprechen dürfen –, wenn es zum damaligen Zeitpunkt die nun vom Europäischen Gerichtshof vorgenommene Auslegung des Art. 5 der Verordnung (EG) Nr. 715/2007 zugrunde gelegt hätte, kommt es nicht an. Die (Un-) Vermeidbarkeit eines Verbotsirrtums kann nicht auf der Grundlage einer noch nicht ergangenen und auch nicht voraussehbaren, technische Erfordernisse gänzlich unberücksichtigt lassenden Rechtsprechung eines europäischen Gerichts beurteilt werden.

## **23**

Da somit mangels Verschuldens der Beklagten ein Anspruch nach § 823 Abs. 2 BGB ebenso wenig wie ein solcher nach § 826 BGB besteht, hat es bei der klageabweisenden Entscheidung des Landgerichts zu verbleiben.

## **24**

Die Kostenentscheidung beruht auf § 97 Abs. 1 ZPO. Die übrigen Nebenentscheidungen folgen aus §§ 708 Nr. 10, 713 ZPO.

## **25**

Anlass, die Revision zuzulassen, besteht nicht. Die berührten Rechtsfragen sind durch die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs geklärt; der Senat weicht weder von dieser noch von sonstiger obergerichtlicher Rechtsprechung ab, soweit für ihn ersichtlich.

## **26**

Bei der Bemessung des Streitwertes berücksichtigt der Senat, dass die vorgerichtlichen Rechtsverfolgungskosten insoweit, als die zugrundeliegende Forderung nach der erstinstanzlichen Klageänderung nicht weiterverfolgt worden ist, einschließlich der darauf entfallenden Zinsen zur Hauptsache geworden sind.