



Landgericht,
[Redacted]

Rechtsanwälte
Gansel Rechtsanwälte Rechtsanwalts-Aktiengesellschaft
[Redacted]
[Redacted]

Datum: 20.11.2024

Durchwahl: 0731 189-2055

Faxnummer: 0731 189-3322

Aktenzeichen: **4 O 448/20**

(Bitte bei Antwort angeben)

Ihr Zeichen:
[Redacted]

Zustellung gegen Empfangsbekanntnis

In dem Rechtsstreit

[Redacted] ././ Volkswagen AG .

wg. Schadensersatzes

anliegende(s) Schriftstück(e) erhalten Sie zum Zwecke der Zustellung gemäß § 175 ZPO mit der Bitte, den Empfang hierunter zu bescheinigen und die Bescheinigung umgehend hierher zurückzusenden.

----- bitte nicht abtrennen -----

Empfangsbekanntnis

Ich bin zur Entgegennahme legitimiert und habe heute erhalten:

Eine beglaubigte Abschrift des Urteils vom 19.11.2024

Ort, Datum

Persönliche Unterschrift des Zustellungsempfängers
mit Stempelabdruck



Landgericht, 89070 Uln

Rechtsanwälte
Gansel Rechtsanwälte Rechtsanwalts-Aktiengesellschaft

[REDACTED]
[REDACTED]

Datum: 20.11.2024

Durchwahl: 0731 189-2055

Aktenzeichen: **4 O 448/20**

(Bitte bei Antwort angeben)

In dem Rechtsstreit

[REDACTED] ././ Volkswagen AG
wg. Schadensersatzes

Ihr Zeichen: [REDACTED]

Sehr geehrte Damen und Herren Rechtsanwälte,
anbei erhalten Sie eine beglaubigte Abschrift des Urteils vom 19.11.2024.

Mit freundlichen Grüßen

Auf Anordnung

— Güntner

Justizhauptsekretärin

Dieses Schreiben wurde elektronisch erstellt und ist ohne Unterschrift gültig.

Informationen zum Schutz personenbezogener Daten bei deren Verarbeitung durch die Justiz nach Artikel 13 und Artikel 14 der Europäischen Datenschutz-Grundverordnung finden sich auf der Internetseite des Gerichts unter dem Menüpunkt „Service“ / „Informationen zum Datenschutz in der Justiz“. Auf Wunsch übersenden wir diese Informationen auch an Verfahrensbeteiligte in Papierform.

2. Im Übrigen wird die Klage abgewiesen.
3. Die Kosten des Verfahrens trägt der Kläger zu 88,5 % und die Beklagte zu 11,5 %.
4. Das Urteil ist gegen Sicherheitsleistung in Höhe von 110 % des jeweils zu vollstreckenden Betrags vorläufig vollstreckbar.
5. Der Streitwert wird auf 19.052,52 € festgesetzt.

Tatbestand

Der Kläger macht Ansprüche gegen die Beklagte als Herstellerin eines Motors wegen angeblicher Manipulation der Abgasemissionswerte geltend.

Der Kläger erwarb am **19.05.2015** einen VW Golf VII Sportsvan 2.0 TDI von einem Vertragshändler der Beklagten in [REDACTED] für 24.000,00 € mit einer Laufleistung von 8.307 km.

In dem Fahrzeug ist ein Dieselmotor der Beklagten **EA 288** mit vom KBA anerkannter **Euro 6 Norm** verbaut. Das Fahrzeug hat einen **NoX Speicherkatalysator (NSK)**. Der Motor wurde mit einer Zykluserkennung ausgeliefert. Der NEFZ Test, mit dem die Abgasklasse bestimmt wird, wird vom Fahrzeug erkannt. Bei Erkennen des Tests schält der Motor in einen bestimmten Modus, nachdem (jedenfalls) der Speicher des Katalysators zu Beginn als leer angesehen wird und zunächst im Speichermodus betrieben wird. Die „Abgasnachbehandlungsevents“, also die Regeneration des Katalysators wurden daher „streckengesteuert“ angewandt. Im Normalbetrieb wechselt der Motor neben der Streckensteuerung auch je nach Beladungsstand des Katalysators zwischen Regenerations- oder Speichermodus.

Zudem führt die Zykluserkennung dazu, dass in Abhängigkeit von der Abgastemperatur und der Alterung des NSK eine Heizmaßnahme (nur) im NEFZ aktiviert werden konnte. In diesem Fall wurde die Temperatur des NSK im NEFZ unmittelbar vor dem ersten Regenerationsevent erhöht.

Die Beklagte hat ein Softwareupdate entwickelt, das diese Funktion ausbedatet. Ein Rückruf des KBA besteht nicht. Das Aufspielen des Updates ist den Eigentümern freigestellt. Der Kläger ließ die Maßnahme 2021 vornehmen.

Zudem hat das Fahrzeug ein „Thermofenster“, das außerhalb bestimmter Temperaturbereiche

zu einer Verringerung bis Abschaltung der Abgasrückführung führt. Die Temperaturbereiche sind streitig.

Im Oktober 2015 teilte die Beklagte dem KBA mit, dass auch der Motor EA 288 in damaliger Konfiguration erkenne, ob er im NEFZ Modus betrieben werde. Die Funktionsweise des Wechsels des NSK in den Speicher- und Regenerationsmodus wie oben dargestellt, im und außerhalb des NEFZ wurde beschrieben.

Nach den Gesprächen mit dem KBA wurde mit diesem vereinbart, dass ab einer Produktionsumstellung 2016 eine Zykluserkennung im Fahrzeug nicht mehr verbaut werde und bestehende Zykluserkennungen von der Beklagten ohne hoheitliche Anordnung des KBA in Euro 6 Fahrzeugen „nach und nach“ ausbedatet würden.

Das streitgegenständliche Fahrzeug wies am 06.11.2024 eine Laufleistung von 90.815 km auf.

Der Kläger trägt vor,

Das Fahrzeug habe folgende, sittenwidrige Abschalteneinrichtungen:

- Das Thermofenster bewirke, dass die Abgasreinigung nur im Temperaturbereich zwischen 20 und 30 Grad Celsius optimal wirke. Unter 17 Grad Celsius und über 30 Grad schalte es die Abgasreinigung vollständig ab.
- Die programmierte Umschaltung in den Speichermodus unabhängig vom Beladungszustand des Katalysators sei nur vorgenommen worden, um sodann die Regenerationszyklen gezielt so setzen zu können, dass die Emission weitgehend verringert wird. Im Normalbetrieb sei dies aber gerade nicht der Fall. Es handle sich um eine Umschaltlogik wie beim Motor EA 189.
- Der Motor weise die gleiche „Akustikfunktion“ und daher Modusumschaltung der Abgasreinigung im NEFZ Test auf, wie der Motor EA 189.
- Die Abgasrückführung werde bei Drehzahlen von über 2.750 auf null zurückgefahren.
- Das On-Board Diagnosesystem zeige die „Abschaltung“ der Abgasreinigungsfunktionen auf Grund von „Manipulationen“ der Beklagten nicht an und sei daher nicht rechtskonform.

Das Kraftfahrtbundesamt habe keine dieser Einrichtungen in Kenntnis der jeweiligen Funktionsweise „genehmigt“.

Das Fahrzeug habe nur einen Restwert von 10.700 €, der aber nach Meinung des Klägers bei der Schadensberechnung auch nicht zu berücksichtigen sei. Die Laufleistung des Fahrzeugs könne nicht über 300.000 km geschätzt werden. Ein Schaden bestehen in Höhe von 15 % des Kaufpreises.

Zudem beantragt der Kläger die Aussetzung des Verfahrens im Hinblick auf die Verfahren EuGH, Rs. C-666/23 und C-668/23.

Der Kläger beantragte in der Hauptsache zunächst,

1. Die Beklagte wird verurteilt, an den Kläger 19.052,52 € nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem jeweiligen Basiszinssatz seit Rechtshängigkeit zu zahlen. Die Verurteilung erfolgt Zug um Zug gegen Herausgabe und Übereignung des Pkw VW Golf 2.0 ITDI Sportsvan mit der Fahrzeugidentifikationsnummer [REDACTED] nebst zwei Fahrzeugschlüsseln, Kfz-Schein, Kfz-Brief und Serviceheft.

Hilfsweise hierzu:

Es wird festgestellt, dass die Beklagte verpflichtet ist, dem Kläger Schadensersatz zu zahlen für Schäden, die aus dem Einbau einer unzulässigen Abschaltvorrichtung in das unter Ziff. 1 genannte Fahrzeug und der damit verbundenen Manipulation des Emissionskontrollsystems resultieren.

2. Es wird festgestellt, dass sich die Beklagte mit der Annahme, der in vorgenannten Klageanträgen genannten Zug-um-Zug-Leistung im Annahmeverzug befindet.

3. Es wird festgestellt, dass der in Antrag zu 1 bezeichnete Anspruch aus einer vorsätzlichen unerlaubten Handlung der Beklagten herrührt.

4. Die Beklagte wird verurteilt, den Kläger von den durch die Beauftragung der Prozessbevollmächtigten des Klägers entstandenen Kosten der außergerichtlichen Rechtsverfolgung in Höhe von 1.899,24 € freizustellen.

Diese Anträge wurden teilweise einseitig für erledigt erklärt. Unter Aufgabe dieser Anträge auch in Gestalt des einseitigen Erledigungsantrages stellte der Kläger sodann auf den „kleinen“ Schadensersatz um **und beantragt wie folgt:**

1. Die Beklagte wird verurteilt, an den Kläger einen Entschädigungsbetrag bezüglich des Fahrzeugs VW Golf 2.0 I TDI Sportsvan mit der Fahrzeugidentifikationsnummer [REDACTED] zu zahlen, dessen Höhe in das Ermessen des Gerichts gestellt wird, der jedoch

mindestens 3.600,00 € .nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit Rechtshängigkeit betragen muss.

2. Die Beklagte wird verurteilt, den Kläger von den durch die Beauftragung der Prozessbevollmächtigten des Klägers entstandenen Kosten der außergerichtlichen Rechtsverfolgung in Höhe von 1.789,76 € freizustellen.

Die Beklagte beantragt,

die Klage abzuweisen.

Sie trägt vor,

die hinterlegte Zykluserkennung führe nicht zu einem „Umschalten“ in einen anderen Softwaremodus. Die Funktion des EA 189 liege in dem streitgegenständlichen Motor nicht vor. Die Grenzwerte würden auch ohne die Zykluserkennung eingehalten.

Das Thermofenster führe nur bei Extremtemperaturen zu einer Abschaltung der AGR. Der zyklusabhängige Betrieb des Speicherkatalysators, der zur Regeneration nur nach Streckenkriterien führt, führe nicht zu einer Verringerung der Wirksamkeit der Abgasreinigung, sondern gewähre lediglich, dass die Ergebnisse des NEFZ reproduzierbar und nicht durch Regenerationsprozesse abhängig von einer „Vorbeladung“ verfälscht seien.

Das KBA hätte das Fahrzeug auch bei Kenntnis aller Umstände genehmigt. Die Beklagte habe von der Rechtskonformität ausgehen dürfen. Jedenfalls könne ein Schaden, der zudem durch das Update auch kompensiert sei, nicht über 5 % des Kaufpreises geschätzt werden. Als Restwert sei der DAT Händlerverkaufspreis von 12.527 € anzusetzen. Die Restlaufzeit des Fahrzeugs sei nach der konkreten Nutzung durch den Kläger zu bestimmen. Dabei sei die Lebensdauer des Fahrzeugs mit maximal 15 Jahren anzusetzen. Nach der jährlichen, durchschnittlichen Nutzung durch den Kläger, sei davon auszugehen, dass nach 15 Jahren eine Laufleistung von ca. 113.926 km erreicht sei. Dies sei als Gesamtlauflistung anzusetzen.

Zum weiteren Vortrag wird auf die Schriftsätze bei der Akte Bezug genommen. Das Gericht entscheidet nach Beweisaufnahme durch Einholung einer Anfrage an das Kraftfahrtbundesamt. In der mündlichen Verhandlung wurden gerichtsbekannte Tatsachen zum Restwert eingeführt.

Entscheidungsgründe

Die zulässige Klage ist teilweise begründet.

I.

Das LG Ulm ist nach §§ 71 Abs. 1, 23 GVG sachlich und nach § 32 ZPO örtlich zuständiges Gericht.

a)

Das LG Ulm ist nach § 32 ZPO örtlich und nach §§ 71 Abs. 1, 23 GVG sachlich zuständiges Gericht, wobei die sachliche Zuständigkeit durch die Klageänderung nicht entfallen ist, § 261 Abs. 3 Nr. 2 ZPO.

b)

Die Antragsumstellung auf den „kleinen“ Schadensersatz ist eine nach § 263 ZPO als sachdienlich anzusehende Klageänderung. Der zu beurteilende Sachverhalt bleibt gleich. Der Kläger berechnet lediglich seinen Schaden auf eine andere Weise (vgl. BGH, Urteil v. 26.6.2023, Az. Via ZR 1031/22. Rn. 25). Dies konsumiert auch den einseitig gebliebenen Erledigungsantrag, so dass über diesen nicht mehr zu entscheiden war. Er ist im neuen Antrag genau so aufgegangen, wie der noch unerledigte Hauptantrag.

c)

Der unbezifferte Klageantrag, der die Höhe eines Schadensersatzanspruches in das Ermessen des Gerichts stellt, begegnet keinen Bedenken. Die Schätzung eines Fahrzeugminderwerts kann nur nach § 287 Abs. 1 ZPO erfolgen. In diesen Fällen ist das Stellen eines unbezifferten Antrags, der aber einen Mindestwert des Begehrens erkennen lässt, wie hier der Fall ist, zulässig.

d)

Das Verfahren ist auch entscheidungsreif, da die beantragte Aussetzung des Verfahrens im Hinblick auf anhängige Verfahren beim EuGH abgelehnt wird. Das Gericht schließt sich hierzu der überzeugenden Begründung des OLG Karlsruhe, Urteil vom 27. März 2024 - 6 U 99/23 -, Rn.

148ff., an.

II.

Die Klage ist teilweise begründet. Der Kläger hat gegen die Beklagte keinen Anspruch aus § 826 BGB oder aus kaufvertraglichen Normen, jedoch aus § 823 Abs. 2 BGB auf Grund eines Verstoßes gegen die individualschützenden Normen §§ 6 Abs. 1, 27 Abs. 1 EG-FGV (vgl. BGH, Urteil v. 26.6.2023, Az. Via ZR 335/21 Rn. 19 - 28).

1.

Die Tatsache, dass das streitgegenständliche Fahrzeug eine Zykluserkennung enthält ist nicht ohne Weiteres geeignet den Verbau einer Abschaltvorrichtung nach Art. 3 Nr. 10, Art. 5 Abs. 2 Satz 1 der Verordnung (EG) Nr. 715/2007 zu begründen. Hierzu bedürfte es einer Auswirkung der Zykluserkennung auf Grund eines Eingriffes in die Emissionskontroll- oder Reinigungssysteme (BGH, Urteil v. 26.6.2023, Az. Via ZR 335/21 Rn. 48).

2.

Hinsichtlich der behaupteten Abschaltvorrichtungen „Akustikfunktion“ und „Drehzahlschwelle“ sowie des behaupteten „engen“ Thermofensters zwischen 20 und 30 Grad Celsius hat der Kläger sein Vorbringen nicht weiter substantiiert. Diese Behauptung der Klägerseite erfolgt rein „ins Blaue hinein“:

Grundsätzlich ist bei der Annahme einer „ins Blaue hinein“ aufgestellten Behauptung Zurückhaltung geboten. Die Annahme eines willkürlichen Sachvortrags kommt nur im Ausnahmefall in Betracht, da es einer Partei durchaus möglich sein muss, im Zivilprozess Tatsachen zu behaupten, über die sie keine genaue Kenntnis haben kann, die sie aber nach Lage der Dinge für wahrscheinlich hält (vgl. etwa BeckOK-ZPO/von [REDACTED], 34, § 138 ZPO, Rn. 32 m.w.N.). Eine zivilprozessual unzulässige Ausforschung ist aber dann gegeben, wenn eine Partei ohne greifbaren Anhaltspunkt für das Vorliegen eines bestimmten Sachverhalts willkürlich „aufs Geratewohl“ Behauptungen aufstellt (vgl. etwa BGH, NJW-RR 2003, 69, 70; BGH, NJW-RR 2002, 1419, 1420). Eine Behauptung ist aber dann unbeachtlich, wenn sie ohne greifbare Anhaltspunkte für das Vorliegen ei-

nes bestimmten Sachverhalts bleibt (BGH, Beschluss vom 28. Januar 2020 - Vili ZR 57/19 - Rn. 8, juris). Der Anspruchsteller muss „greifbare Umstände anführ[en], auf die er den Verdacht gründet, sein Fahrzeug weise eine oder mehrere unzulässige Abschaltvorrichtungen auf.“ (BGH, Beschluss vom 28. Januar 2020 - VIII ZR 57/19 -, Rn. 10, juris). Dafür reicht es aber nicht aus allein das Vorhandensein einer Abschaltvorrichtung „wie beim EA 189“ zu behaupten, wenn jeglicher tatsächlicher Anhaltspunkt für den Einsatz einer solchen Manipulationssoftware fehlt.

Nur wenn der gleiche Motortyp von einem Rückruf des KBA betroffen wäre oder anderweitige Erkenntnisse hinsichtlich vergleichbarer Motorentypen vorliegen, die auf eine unzulässige Abschaltvorrichtung hindeuten, kann ein tatsächlicher Anhaltspunkt angenommen werden.

Die Vergleichbarkeit der Motortypen setzt weiter voraus, dass die Motoren auch derselben Schadstoffklasse unterfallen. Letztere Einschränkung ist angezeigt, da sich die Grenzwerte von Dieselfahrzeugen beim NOx-Ausstoß insbesondere zwischen Euro 5 und Euro 6 mit 180 mg/km bzw. 80 mg/km massiv unterscheiden und damit deutlich unterschiedliche Anforderungen an die Motorkonfiguration gestellt werden, was insbesondere das Aufkommen von SCR-Katalysatoren belegt (OLG Stuttgart, Beschluss vom 14. Dezember 2020 - 16a U 155/19 -, Rn. 56, juris).

Nachdem die Messwerte des NEFZ auf Grund der hierfür gesetzlich vorgesehenen Vorkonditionierung des Fahrzeugs denen im Realbetrieb nicht entsprechen können, reichen die dortigen Emissionswerte für eine solche Annahme nicht aus (OLG Stuttgart, Beschluss vom 14. Dezember 2020 - 16a U 155/19 -, Rn. 58, juris).

Im Ergebnis kann der schlichte „Übertrag“ der Behauptungen zu einem Motor EA 189 oder einem V 6 TDI somit nicht dazu führen, dass in eine Beweisaufnahme einzutreten wäre (so auch OLG Stuttgart, Urte. 04.05.2021, Az. 16a U 202/19).

Für eine Modusumschaltung, Drehzahlgrenze oder ein enges Thermofenster im streitgegenständlichen Fahrzeug gibt es einfach gar keinen Anhaltspunkt der für diese Vorwürfe sprechen könnte. Der Motor EA 288 wurde in zahlreichen gerichtlichen und regulatorischen Verfahren überprüft. Die von der Klägerseite dargestellten Funktionen konnten nicht bestätigt werden. Eine Beweisaufnahme hierzu war nicht mehr durchzuführen.

3.

Das unstrittig verbaute, weitere Thermofenster führt zu keinem Anspruch der Klagepartei, wobei offen bleiben kann, in welchem Temperaturbereich genau ein Effekt erfolgt.

a)

Der Betrieb eines „Thermofensters“ den Vortrag richtig unterstellt, führt nicht zu einem Anspruch nach § 826 BGB, da keine sittenwidrige Schädigung vorliegt.

Für ein sittenwidriges Verhalten der Beklagten wäre es erforderlich, dass sie die Vorgaben des Gesetzgebers zur Abgasreduktion wissentlich und willentlich umgangen hätte. Dies ist aber nur der Fall, wenn die Abschaltvorrichtung entweder als unzulässig erkannt und dem KBA verschwiegen worden ist, oder außerhalb des Prüfstandbetriebs keinen positiven Effekt auf die Abgasminderung hätte. Für die Feststellung einer sittenwidrigen Schädigung reicht die Feststellung einer objektiv unzulässige Abschaltvorrichtung nicht aus. Vielmehr muss in dieser Situation eine möglicherweise falsche, aber dennoch vertretbare Gesetzesauslegung und -anwendung durch die Organe der Beklagten in Betracht gezogen werden (OLG Koblenz BeckRS 2019, 25135 Rn. 33; OLG Köln, Beschluss vom 4.7.2019 - 3 U. 148/18, juris, Rn. 6; OLG Stuttgart NZV2019, 579 Rn. 86). Die Illegalität des Thermofensters, das auch im Normalbetrieb eine Abgasminderung zur Folge hat, drängt sich aber nicht auf. Vielmehr sind hier unterschiedliche Wertungsmöglichkeiten denkbar (vgl: dazu auch unter lit. b). Auch das KBA wurde über das Vorliegen eines Thermofensters nicht getäuscht. Dies zeigt sich schon daran, dass das KBA bei dem streitgegenständlichen Motor trotz Kenntnis der Umstände keinen Rückruf angeordnet hat.

b)

Ein Anspruch nach § 823 Abs. 2 BGB auf Grund eines Verstoßes gegen die individualschützende Normen §§ 6 Abs. 1, 27 Abs. 1 EG-FGV (vgl. BGH, Urteil v. 26.6.2023, Az. Via ZR 335/21 Rn. 19 - 28) kommt ebenfalls nicht in Betracht. Auch wenn ein klägerseits vorgetragenes Thermofenster eine Abschaltvorrichtung darstellen würde (EuGH, Urteil vom 14.7.2022, C-134/20, Rn. 75) und somit eine unerlaubte Handlung der Fahrzeugherstellerin nach § 823 Abs. 2 BGB auf Grund eines Verstoßes gegen die individualschützende Normen §§ 6 Abs. 1, 27 Abs. 1 EG-FGV vorliegt (BGH, Urteil v. 26.6.2023, Az. Via ZR 335/21 Rn. 19 - 28), fällt der Beklagten kein Verschulden zur Last, da sie sich in einem unvermeidbaren Rechtsirrtum befand.

Dabei ist es Sache der Beklagten einen unvermeidbaren Rechtsirrtum darzulegen und zu beweisen (BGH, Urteil v. 26.6.2023, Az. Via ZR 335/21 Rn. 63). Diesen Beweis kann die Beklagte jedoch führen. Hierzu hat der BGH ausgeführt:

„kann der Fahrzeughersteller zu seiner Entlastung (...) darlegen und erforderlichenfalls nachweisen, seine Rechtsauffassung von Art. 5 Abs. 2 der Verordnung (EG) Nr. 715/2007 wäre bei entsprechender Nachfrage von der für die EG-Typgenehmigung oder

für anschließende Maßnahmen zuständigen Behörde bestätigt worden (hypothetische Genehmigung). 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 (...) aus (...) (BGH, Urteil vom 27. Juni 2017- VI ZR 424/16, NJW-RR 2017, 1004 Rn. 16)“

(BGH, Urteil v. 26.6.2023, Az. Via ZR 335/21 Rn. 63)

Das KBA vertrat dabei jedenfalls zum hier relevanten Kaufzeitpunkt des Fahrzeugs (vgl. dazu BGH, Urteil v. 26.6.2023, Az. Via ZR 335/21 Rn. 61) eine andere Rechtsauffassung, als der EuGH im Urteil vom 14.7.2022, C-134/20 statuiert hat.

Entscheidend geht es dabei darum wie Art. 5 Abs. 2 lit. a VO 715/2007 (EG) auszulegen ist. Demnach sind Abschaltvorrichtungen zulässig, wenn diese erforderlich sind, um „den Motor vor Beschädigung (...) zu schützen“.

Die Beklagte war/ist dabei der Auffassung, ein hoher Verschleiß durch eine Versottung des Motors und damit die Gefahr des Motorschadens bei Laufleistungen, die üblicherweise von Fahrzeugen erwartet werden können, erfülle dieses Kriterium. Aus ihrer Sicht schützt das Thermofenster vor solchen Versottungen, da in Temperaturbereichen, in denen die Verbrennung schon „unsauber“ läuft nicht noch durch, eine hohe Abgasrückführung die Versottung erhöht wird.

Dieser Rechtsauffassung schloss sich das KBA an und hielt diese bis zum hier relevanten Kaufzeitpunkt aufrecht. Dies steht beweissicher fest. Die Rechtsauffassung des KBA ergibt sich aus dem Vortrag im Verfahren des VG Schleswig-Holstein, Urteil v. 20.02.2023, Az. 3 A 113/18 - juris. Hier verfolgte das KBA in Vertretung der Bundesrepublik nach den Feststellungen im Tatbestand folgende Rechtsauffassung:

„Die Absenkung der AGR-Rate sei hier [bei der temperaturgeführten Steuerung der Abgasrückführung; Anm. d. Verf.] einerseits mit einer Korrektur der Luftdichte, andererseits mit Motorschutz zu begründen^...)

Der Motorschutz werde mit einer erhöhten Rußbildung in Verbindung mit unverbrannten Kohlenwasserstoffen begründet, die insbesondere bei niedrigen Temperaturen zu einer unkontrollierbaren Versottung und Verlackung führe. Die Beigeladene habe durch vorgelegte Messungen nachgewiesen, dass ohne eine Reduktion die Versottung der AGR-Strecke bereits unterhalb von 15 °C stark zunehme. So könne es bereits bei geringer Laufleis-

zung zu Fahrzeugausfällen durch klemmende AGR-Ventile und Drosselklappen kommen. Im Extremfall könne es durch die erhöhte Rußbildung zu einer nicht kalkulierbaren Überladung des Dieselpartikelfilters kommen. Dieser Schadensmechanismus könne unter ungünstigen Bedingungen zu einem Fahrzeugbrand auch nach Abstellen des Fahrzeuges führen. Der Schadenshergang trete plötzlich und unerwartet auf und sei auch durch regelmäßige Wartung nicht zu unterbinden, da das Auftreten von Verlackung und Versottung im hohen Maße von den Nutzungsbedingungen des individuellen Fahrzeuges abhinge. Von der Beigeladene sei die grundsätzliche Kausalkette des Motorschadens belegt worden. Es seien nur wenige Fälle aufgetreten; der Schadensmechanismus werde aber bestätigt. Es sei davon auszugehen, dass weitere Fälle durch die temperaturgeführte AGR-Strategie verhindert worden seien.

Eine Korrektur des AGR-Basiskennfeldes im Bereich hoher Ladelufttemperaturen werde mit Motorschutzmaßnahmen vor Überhitzung einerseits des Motor-Kühlmittels, andererseits, bedingt durch erhöhte Abgastemperaturen, des AGR-Kühlers, des Saugrohrs und des Abgasnachbehandlungssystems begründet.

Belegt worden sei eine hohe Anzahl von Schadensfällen durch Versottung und Verlackung an Fahrzeugen mit dem Motor EA189 speziell in kalten Klimazonen. Die Schadensrate bei Fahrzeugen mit Motoren EA189 im Feld sei auch nach den baulichen Verbesserungen der 2. Generation relativ hoch gewesen. Die Gründe hierfür sowie Möglichkeiten, diesen vorzubeugen, habe ein von der Beklagten beauftragtes technisches Gutachten (W., Gutachten über die Maßnahmen ... zur Beseitigung der unerlaubten Prüfzykluserkennungssoftware und über den Feldtest des Kraftfahrt-Bundesamtes einschließlich der Stellungnahmen der betroffenen Hersteller, Anlage C1) aufgezeigt. Die Beklagte habe weitere wissenschaftliche Studien herangezogen, darunter das Gutachten der Autoren B./K./R. (dies., Studie: Temperaturabhängige Emissionsregelung von Dieselmotoren, Anlage C2). Zur Begründung der Notwendigkeit einer temperaturgesteuerten Abgasrückführung könne außerdem auf die Erkenntnisse einer Dauerlaufprüfung (des sog. Sunder-Tests) verwiesen werden, welche die Beigeladene durchgeführt habe. Diese würden zeigen, dass sich ohne Temperaturkorrektur mehr als die 10-fache Menge an Ruß und Belägen ansammle. Damit steige die Eintrittswahrscheinlichkeit für das dargestellte Motorschadensrisiko weit überproportional an.

Aus Sicht der Beklagten sei nachgewiesen, dass die Einrichtung in dem beschriebenen Umfang ausnahmsweise zulässig sei, um - im Sinne der Rechtsprechung des EuGH -

die durch eine Fehlfunktion eines Bauteils des Abgasrückführungssystems verursachten unmittelbaren Risiken für den Motor in Form von Beschädigung oder Unfall zu vermeiden, Risiken, die so schwer wiegen würden, dass sie eine konkrete Gefahr beim Betrieb des mit dieser Einrichtung ausgestatteten Fahrzeugs darstellen.

Es gehe nicht um eine Einrichtung zur reinen Vermeidung von Verschmutzung oder Verschleiß und auch nicht darum, Zustände zu verhindern, denen mit häufigerer oder kostspieligerer Wartung des Fahrzeugs begegnet werden könnte. Nach dem Stand der Technik sei es nicht anders möglich gewesen, die konkreten Gefahren hier zu verhindern.

(Schleswig-Holsteinisches Verwaltungsgericht, Urteil vom 20. Februar 2023 - 3 A 113/18 -, Rn. 165 - 172, juris)

Dagegen hat sich der EuGH so positioniert, dass ein Fahrzeug, bei dem im normalen Betrieb durchgehend eine Abschaltvorrichtung aktiv sein muss, eben nicht genehmigungsfähig ist. Die Abschaltvorrichtung dürfe nur bei außergewöhnlichen Situationen, z.B. bei Fehlfunktionen der übrigen Systeme, wirken (EuGH, Urteil v. 14.7.2022, C-134/20, Rn. 74). Das KBA legte daher die Rechtslage anders aus als der EuGH. Nach Auslegung des KBA wäre das Thermofenster aber auch in einem hierzu Gunsten der Klägerseite anzunehmenden Bereich von unter 14 Grad Celsius zulässig gewesen. Dies beruht nicht auf einer etwaigen bewusst rechtswidrigen Praxis des KBA (was die Beklagte nicht entlasten würde: BGH, Urteil v. 26.6.2023, Az. Via ZR 335/21 Rn. 67), sondern auf einer generellen Rechtsansicht des KBA, die sich als unvereinbar mit der zu Grunde liegenden Richtlinie herausgestellt hat - dies aber erst im Jahre 2022. Zum Erwerbzeitpunkt lag somit ein unvermeidbarer Verbotsirrtum vor, da das KBA das Thermofenster selbst dann genehmigt hätte, wenn ihm die genaue Funktion und ein hier zu unterstellender (aber streitiger) Temperaturbereich von unter 14 Grad Celsius zu Grunde zu legen wäre. Auch ein Anspruch au § 826 BGB ist damit ausgeschlossen.

3.

*

Die Umschaltung des NoX Speicherkatalysators in einen Regenerationsbetrieb nur nach Streckenkriterien, ist jedenfalls zum allein maßgeblichen Kaufzeitpunkt weder als sittenwidrig i.S. des § 826 BGB anzusehen, noch hat die Beklagte einen etwaigen Verstoß gegen §§ 6 Abs. 1, 27 Abs. 1 EG-FGV mit der Folge des Schadensersatzanspruches nach § 823 Abs. 2 BGB verschuldet.

a)



Eine sittenwidrige Schädigung durch die Funktion kommt nicht in Betracht. Das hat der BGH bereits entschieden (Urteil v. 12.10.2023, Az. VII ZR 412/21 Rn. 14 -17). Dem schließt sich das Gericht auch in der Begründung an.

b)

Nach dem oben dargestellten Grundsatz des BGH, Urteil v. 26.6.2023, Az. Via ZR 335/21 Rn. 63, kann sich die Beklagte durch eine hypothetische Genehmigung des KBA auch in Bezug auf die Regenerationsfunktion entlasten.

Die Funktion läuft darauf hinaus, dass der NEFZ Test immer zu einem gleichen Ergebnis kommt. Denn der Füllstand des Katalysators wird „auf null“ gesetzt. Ohne die Funktion hinge es vom Beladungszustand des Katalysators ab, wann die erste Regeneration auftritt. Die Emissionswerte wären dann nicht repräsentativ feststellbar, da jeder NEFZ Test zu einem anderen Ergebnis kommen muss, da die Regenerationen unterschiedlich auftreten. Dies entspricht nicht dem Sinn des Testes eine Aussage über die Emissionswerte der Fahrzeugreihe zu geben. So verwirft auch das KBA Testreihen, die auf Grund einer fehlerhaften Vorkonditionierung zu „Ausreißerergebnissen“ führen (KBA Auskunft vom 20.09.2024 S. 2, Bl. 1012 d.Ak.). Unter diesen Voraussetzungen dürfen auch die Entscheidungsträger der Beklagten davon ausgehen, dass im Sinne der Vorkonditionierung ein Zustand geschaffen werden sollte, der zu reproduzierbaren Ergebnissen führt. Dies wird durch die „auf null“-Setzung des Speicherkatalysators erreicht. Wie das KBA angegeben hat, hält es dies auch heute noch für eine zulässige Vorgehensweise (KBA Auskunft vom 20.09.2024 S. 2, Bl. 1012 d.Ak.). Damit würde es eine solche Einrichtung genehmigen. Dies macht einen etwaigen Rechtsirrtum der Beklagten jedenfalls unvermeidbar. Denn die Beklagte muss sich den Marktgegebenheiten anpassen und daher vom KBA als zulässig deklarierte Mittel nutzen, um im Wettbewerb bestehen zu können.

4.

Der Kläger hat jedoch einen Anspruch nach § 823 Abs. 2 BGB auf Grund eines Verstoßes gegen die individualschützenden Normen §§ 6 Abs. 1, 27 Abs. 1 EG-FGV (vgl. BGH, Urteil v. 26.6.2023, Az. Via ZR 335/21 Rn. 19-28).

Nach dem unstreitigen Tatbestand liegt durch das mögliche Aufheizen des Katalysators vor der ersten Regenerationsphase nur im NEFZ eine Abschaltvorrichtung im Sinne von Art. 5 Abs. 2 VO 715/2007 (EG) vor.

a)

Der BGH hat zur Prüfung einer Abschaltvorrichtung festgestellt:

„Nach Art. 3 Nr. 10 der Verordnung (EG) Nr. 715/2007 kann eine Abschaltvorrichtung schon dann vorliegen, wenn die Funktion nur eines beliebigen Teils des Emissionskontrollsystems in Abhängigkeit von bestimmten Parametern verändert und die Wirksamkeit des Emissionskontrollsystems unter den Bedingungen des normalen Fahrbetriebs verringert wird. Während in Bezug auf die Funktionsänderung auf Teile des Emissionskontrollsystems abgestellt werden kann, kommt es für die Wirkung der Funktionsänderung auf das Emissionskontrollsystem in seiner Gesamtheit an, etwa auf die kombinierte Wirkung von Abgasrückführung und -reinigung. Maßstab für die Frage der Zulässigkeit einer Funktionsveränderung in Abhängigkeit von bestimmten Parametern ist nach Art. 3 Nr. 10 der Verordnung (EG) Nr. 715/2007 nicht die Einhaltung des Grenzwerts, sondern die Wirksamkeit des unverändert funktionierenden Emissionskontrollsystems unter den Bedingungen des normalen Fahrbetriebs. In diesem Zusammenhang bedarf es eines Vergleichs der Wirksamkeit des unverändert funktionierenden und derjenigen des verändert funktionierenden Gesamtsystems, und zwar jeweils unter den Bedingungen des normalen Fahrbetriebs im gesamten Unionsgebiet. Ob die Grenzwerte unter den Bedingungen des Neuen Europäischen Fahrzyklus (NEFZ) auch bei veränderter Funktion eingehalten würden, was die Beklagte unter dem Gesichtspunkt der mangelnden Grenzwertkausalität geltend macht, ist hingegen mit Rücksicht auf den Wortlaut des Art. 3 Nr. 10 der Verordnung (EG) Nr. 715/2007 nicht von Bedeutung. Die Prüfung im NEFZ lässt nur in Bezug auf die dabei wirksamen Emissionskontrollsysteme Prognosen für den gewöhnlichen Fahrbetrieb zu und auch das nur dann, wenn die Wirksamkeit der betreffenden Systeme im gewöhnlichen Fahrbetrieb nicht verringert wird. Art. 3 Nr. 10 der Verordnung (EG) Nr. 715/2007 knüpft an die Verringerung der Wirksamkeit des Emissionskontrollsystems in seiner Gesamtheit an und nicht an die Einhaltung der Grenzwerte im NEFZ. Das gilt ohne Rücksicht auf die jeweils eingesetzten Technologien (vgl. EuGH, Urteil vom 8. November 2022 - C-873/19, NJW 2022, 3769 Rn. 92).“

BGH, Urteil v. 26.6.2023, Az. Via ZR 335/21 Rn. 51

Nach dieser Definition kommt es allein darauf an, ob ein Abgasreinigungssystem in seiner Wirk-

samkeit reduziert wird. Dies ist hier bei der unstreitigen Deaktivierung der Funktion des Aufheizens des Katalysators vordem ersten Reinigungszyklus jedenfalls unter speziellen Bedingungen im Normalbetrieb der Fall. Dieses System hat eine emissionsreduzierende Wirkung, die abgeschaltet wird. Dass die Wirkung eventuell gar nicht eintritt oder nicht grenzwertrelevant ist, spielt hierfür keine Rolle. Denn jedenfalls könnte (je nach den Rahmenbedingungen) die Funktion emissionsmindernde Effekte haben. Sie ist im Normalbetrieb aber abgeschaltet. Dies entspricht der Definition einer Abschaltvorrichtung vollkommen.

b)

Diese ist auch unzulässig, da eine Ausnahme nach Art. 5 Abs. 2 Nr. 1 VO 715/2007 (EG) nicht vorliegt. Demnach sind Abschaltvorrichtungen zulässig, wenn diese erforderlich sind, um „den Motor vor Beschädigung (...) zu schützen“.

Nach der Definition des EuGH ist dagegen ein Fahrzeug, bei dem im normalen Betrieb durchgehend eine Abschaltvorrichtung aktiv sein muss, eben nicht genehmigungsfähig. Die Abschaltvorrichtung dürfe nur bei außergewöhnlichen Situationen, z.B. bei Fehlfunktionen der übrigen Systeme, wirken (EuGH, Urteil v. 14.7.2022, C-134/20, Rn. 74). Dem schließt sich das Gericht an. Die regelmäßige Abschaltung der Heizfunktion führt dazu, dass der NEFZ Test kein Abbild des Regelbetriebes darstellt. Dies ist aber Sinn und Zweck des Tests.

c)

Auch die weiteren Voraussetzungen nach § 823 Abs. 2 BGB liegen vor. Der BGH hat dazu festgestellt:

„Zur Erwerbskausalität kann sich der Kläger als Anspruchsteller bei der Inanspruchnahme der Beklagten nach § 823 Abs. 2 BGB in Verbindung mit § 6 Abs. 1, § 27 Abs. 1 EG-FGV auf den Erfahrungssatz stützen, dass er den Kaufvertrag zu diesem Kaufpreis nicht geschlossen hätte (vgl. zum "kleinen" Schadensersatz BGH, Urteil vom 6. Juli 2021 - VI ZR 40/20, BGHZ 230, 224 Rn. 21).“

BGH, Urteil v. 26.6.2023, Az. Via ZR 335/21 Rn. 55

Dem schließt sich das Gericht an.

Auch das notwendige Verschulden der Beklagten liegt vor. Hierzu hat der BGH festgestellt.

„Zwar trifft hinsichtlich des Verschuldens als anspruchsbegründender Voraussetzung gemäß § 823 Abs. 2 BGB gewöhnlich den Anspruchsteller die Darlegungs- und Beweislast (BGH, Urteil vom 13. Dezember 1984 - III ZR 20/83, NJW 1985, 1774, 1775 mwN). Jedoch muss derjenige, der objektiv ein Schutzgesetz verletzt hat, Umstände darlegen und erforderlichenfalls beweisen, die geeignet sind, die daraus folgende Annahme seines Verschuldens in Form einer Fahrlässigkeit auszuräumen. Insofern besteht eine von der objektiven Schutzgesetzverletzung ausgehende Verschuldensvermutung (...). Dementsprechend muss der Fahrzeughersteller, wenn er eine Übereinstimmungsbescheinigung trotz der Verwendung einer unzulässigen Abschaltvorrichtung ausgegeben und dadurch § 6 Abs. 1, § 27 Abs. 1 EG-FGV verletzt hat, Umstände darlegen und beweisen, die sein Verhalten ausnahmsweise nicht als fahrlässig erscheinen lassen.“

BGH, Urteil v. 26.6.2023, Az. Via ZR 335/21 Rn. 56

Der Beklagten gelingt ein Entlastungsbeweis nicht. Ein unvermeidbarer Verbotsirrtum liegt nicht vor. Dabei ist von folgenden Grundsätzen auszugehen:

„Ein entlastend wirkender Verbotsirrtum kann vorliegen, wenn der Schädiger die Rechtslage unter Einbeziehung der höchstrichterlichen Rechtsprechung sorgfältig geprüft hat und er bei Anwendung der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt mit einer anderen Beurteilung durch die Gerichte nicht zu rechnen brauchte (BGH, Urteil vom 12. Juli 2006 - X ZR 157/05, NJW 2006, 3271 Rn. 19; Urteil vom 11. April 2012 - XII ZR 48/10, WuM 2012, 323 Rn. 31; Urteil vom 30. April 2014 - VIII ZR 103/13, NJW 2014, 2720 Rn. 23).

bb) Den Nachweis der Unvermeidbarkeit eines konkret dargelegten und im Falle des Bestreitens des Geschädigten nachgewiesenen Verbotsirrtums kann der Fahrzeughersteller zum einen mittels einer tatsächlich erteilten EG-Typgenehmigung führen, wenn diese EG-Typgenehmigung die verwendete unzulässige Abschaltvorrichtung in allen ihren nach Art. 5 Abs. 2 der Verordnung (EG) Nr. 715/2007 maßgebenden Einzelheiten umfasst. Die EG-Typgenehmigung muss sich dann allerdings auf die Abschaltvorrichtung in ihrer konkreten Ausführung und auch unter Berücksichtigung festgestellter Kombinationen von Abschaltvorrichtungen erstrecken. ■

cc) Gelingt der Nachweis auf diesem Wege nicht, kann der Fahrzeughersteller zu seiner Entlastung zum anderen darlegen und erforderlichenfalls nachweisen, seine Rechtsauffassung von Art. 5 Abs. 2 der Verordnung (EG) Nr. 715/2007 wäre bei entsprechender

Nachfrage von der für die EG-Typgenehmigung oder für anschließende Maßnahmen zuständigen Behörde bestätigt worden (hypothetische Genehmigung). 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, Urteil vom 27. Juni 2017 - VI ZR 424/16, NJW-RR 2017, 1004 Rn. 16).

Eine Entlastung auf dieser Grundlage setzt allerdings voraus, dass der Fahrzeughersteller nicht nur allgemein darlegt, dass die Behörde Abschaltvorrichtungen der verwendeten Art genehmigt hätte, sondern dass ihm dies auch unter Berücksichtigung der konkret verwendeten Abschaltvorrichtung in allen für die Beurteilung nach Art. 5 Abs. 2 der Verordnung (EG) Nr. 715/2007 maßgebenden Einzelheiten gelingt. Haben mehrere Abschaltvorrichtungen Verwendung gefunden, muss der Tatrichter die Einzelheiten der konkret verwendeten Kombination für die Frage einer hypothetischen Genehmigung in den Blick nehmen.

(...)

ee) Beruft sich der Fahrzeughersteller weder auf eine tatsächliche oder hypothetische Genehmigung der zuständigen Behörde noch auf einen externen qualifizierten Rechtsrat, sondern auf selbst angestellte Erwägungen, ist ihm eine Entlastung verwehrt, wenn mit Rücksicht auf die konkret verwendete Abschaltvorrichtung eine nicht im Sinne des Fahrzeugherstellers geklärte Rechtslage hinreichend Anlass zur Einholung eines Rechtsrats bot (vgl. BGH, Urteil vom 28. April 2015 - II ZR 63/14, NJW-RR 2015, 988 Rn. 28; Beschluss vom 29. Juli 2014 - II ZB 1/12, WM 2014, 2040 Rn. 77; Gsell/Mehring, NJW 2023, 1099 Rn. 7).

Ebenso scheidet eine Entlastung, wenn sich der Hersteller mit Rücksicht auf eine nicht in seinem Sinn geklärte Rechtslage erkennbar in einem rechtlichen Grenzbereich bewegte, schon deshalb eine abweichende rechtliche Beurteilung seines Vorgehens in Betracht ziehen und von der eventuell rechtswidrigen Verwendung der Abschaltvorrichtung absehen musste (BGH, Urteil vom 30. April 2014 - VIII ZR 103/13, NJW 2014, 2720 Rn. 24; Urteil vom 11. Juni 2014 - VIII ZR 349/13, NJW 2014, 2717 Rn. 36).

ff) Eine Entlastung ohne Rücksicht auf die aus den vorstehenden Erwägungen folgenden Sorgfaltspflichten, etwa mit Rücksicht auf den Umstand, dass der Verwendung von Thermofenstern ein allgemeiner Industriestandard zugrunde lag (so Schleswig-Holsteinisches

Oberlandesgericht, Urteil vom 29. März 2023 - 12 U 119/22, juris Rn. 100 ff.) oder dass nach den vom Berufungsgericht zitierten Angaben des KBA jedes Kraftfahrzeug mit einem Dieselmotor mit einer Abgasrückführung über ein Thermofenster verfügt, kommt dagegen nach dem gesetzlichen Fahrlässigkeitsmaßstab nicht in Betracht.“

BGH, Urteil v. 26.6.2023, Az. Via ZR 335/21 Rn. 63-70.

aa)

Nach diesen Grundsätzen konnte die Beklagte nicht darlegen, dass das KBA, welches zum hier relevanten Kaufzeitpunkt die genaue Ausgestaltung der Heizfunktion unstreitig nicht kannte, diese bei Kenntnis genehmigt hätte oder die Verwendung in gutem Glauben als zulässig erachtet werden konnte, ohne Anlass zur Einholung von Rechtsrat zu haben.

Die Beklagte kann auch nicht mit Erfolg argumentieren, dass die Rechtslage in dem zu beurteilenden Zeitraum in besonderem Maße unklar war und es zudem einhelliger Auffassung unter Fahrzeugherstellern war, dass lediglich der NEFZ-Test als „nomaler Betriebszustand“ anzusehen ist und nur eine Modusumschaltung als Abschaltelinrichtung gelte. Denn die Funktion hat Anlass für Zweifel gegeben. So legt die Beklagte selbst da, dass die Funktion außerhalb des NEFZ nicht aktiv ist. Eine nicht aktive Funktion zur Verbesserung der Abgasreinigung durch einen Katalysator ist aber eine abgeschaltete Funktion und damit liegt eine Abschaltelinrichtung auf der Hand. Die Zulässigkeit stellt sodann nach Art. 5 Abs. 2 VO 715/2007 (EG) die Ausnahme dar. Ob eine solche Ausnahme vorliegt, war daher juristisch zu prüfen. Dabei hätte auffallen müssen, dass Sinn und Zweck des Verbots von Abschaltelinrichtungen ist, dass die Werte im Prüfzyklus nicht nur theoretisch bleiben, sondern Rückschlüsse auf den Normalbetrieb zulassen. Die Heizfunktion wirkt aber verzerrend. Daher kann die Funktion auch als Manipulation des Prüfverfahrens gesehen werden. Dementsprechend hätte die Beklagte beim KBA um eine ausdrückliche Billigung der Funktion bitten müssen. Selbst die nach dem Kaufzeitpunkt des Fahrzeugs dem KBA übermittelten Unterlagen „Umschaltstrategie Bedatungsebene EA288 EU6 NSK“ (Anlage K2d) erklärt zwar den Unterschied zwischen nur streckengesteuerter Regeneration im NEFZ und strecken- und beladungsgesteuerter Regeneration im Normalbetrieb, erwähnt das zusätzliche Aufheizen im NEFZ aber nicht. Damit wurde dem KBA die Funktion verheimlicht, aber jedenfalls nicht erklärt und um Freigabe gebeten.

bb)

Dass das KBA bis heute der Meinung ist, dass eine Freigabe immer dann erfolgen kann, auch bei Vorliegen einer unzulässigen Abschaltvorrichtung, wenn ohne die Funktion die Grenzwerte eingehalten werden, ist ohne Belang. Denn dies stellt keine hypothetische Genehmigung der genannten Funktion dar (so auch: OLG Stuttgart Ur. v. 11.1.2024 - 24 U 241/22, BeckRS 2024, 394 Rn. 46). Die Beklagte konnte sich gerade nicht darauf verlassen, dass das KBA bei Bekanntwerden der Funktion nur darauf abstellen würde, ob diese grenzwertkausal ist. Sollte das KBA diese Meinung heute noch vertreten, wäre dies auch nicht relevant, da sie nach dem Urteil des BGH, Urteil vom 26.06.2023 - Via ZR 335/21, juris Rn. 51, erkennbar unvertretbar ist. Eine erkennbare falsche Einschätzung der Rechtslage durch das KBA kann aber einen Rechtsirrtum der Beklagten nicht begründen.

Zum hier relevanten Kaufzeitpunkt konnte die Beklagte daher nicht von einer hypothetischen Genehmigung des KBA ausgehen, da diesem die Funktion nicht bekannt war. Wäre sie ihm bekannt gewesen, hätte das KBA erkennbar von einer unzulässigen Abschaltvorrichtung ausgehen müssen. Auch wenn das KBA die Übereinstimmungsbescheinigung wegen fehlender Grenzwertkausalität erteilt hätte, hätte der Beklagten klar sein müssen, dass die Funktion an sich nicht genehmigungsfähig ist und im weiteren regulatorische Maßnahmen im Hinblick auf die Heizfunktion möglich sind. Zum heutigen Zeitpunkt, ist eine hypothetische Genehmigung nicht anzunehmen oder wäre erkennbar rechtsfehlerhaft.

5.

Die Schadenshöhe schätzt das Gericht nach § 287 ZPO auf 10 % des Kaufpreises. Der Schaden des Klägers ist in der Gefahr einer Betriebsuntersagung zu sehen (BGH, Urteil v. 26.6.2023, Az. Via ZR 335/21 Rn. 23). Hierzu sind die Umstände des Einzelfalls abzuwägen. Entscheidend ist, wie naheliegend diese Gefahr ist. Dabei wird berücksichtigt, dass der Beklagte bereits ein Softwareupdate aufgespielt hat. Dies lässt den Schaden aber nicht vollständig entfallen. Denn der Kläger ist schon dadurch beeinträchtigt, dass er das Fahrzeug eine Zeit lang nutzen musste, obwohl dessen Betriebserlaubnis fraglich war. Dass nunmehr durch das Softwareupdate keine unmittelbare Gefahr der Betriebsuntersagung besteht, auch wenn zukünftige Entwicklungen nicht absehbar sind, lässt den Schaden daher nicht entfallen, sondern ist nur bei der Bemessung zu berücksichtigen (BGH, Urteil v. 26.6.2023, Az. Via ZR 335/21 Rn. 42, 76). Der Kläger kann derzeit das Fahrzeug ohne Einschränkung nutzen. Ebenso ist zu berücksichtigen, dass die Heizfunktion auch nur in geringfügigem Maße aktiv war. Von einer Grenzwertkausalität ist nicht auszugehen.

Regulatorische Maßnahmen des KBA sind nicht angekündigt und nach der Auskunft des KBA wohl auch nicht geplant. Jedoch lag die Rechtswidrigkeit einer Funktion nur im NEFZ Test auf der Hand.

Unter Abwägung dieser Umstände erscheint ein Ansatz von 10 % angemessen zu sein.

Die Anrechnung des Vorteils (Nutzungsersatz für die zurückgelegte Wegstrecke zusätzlich Restwert des Fahrzeugs, aber nur wenn diese Summe den tatsächlichen [REDACTED] des Fahrzeugs bei Kaufvertragsschluss übersteigt, BGH, Urteil v. 26.6.2023, Az. Via ZR 335/21 Rn. 80) erfolgt durch einfachen Abzug von dem sich ohne Vorteilsausgleich ergebenden Schaden. Es bedarf hierzu weder einer Aufrechnung noch einer anderen Gestaltungserklärung oder Einrede des Schädigers (vgl. Schiemann, in: Staudinger, BGB, Neubearbeitung 2017, § 249 Rn. 142). Der anzurechnende Nutzungsersatz ist dabei nach § 287 ZPO zu schätzen (vgl. OLG Stuttgart, Ur. v. 12.05.2016 - 1 U 133/13 - juris Rn. 117).

Die Gesamtleistung des Fahrzeugs wird auf 250.000 km geschätzt, da nach dieser Laufzeit die Reparaturkosten für Verschleißschäden (Bremsen, Reifen, Auspuff, Steuerkette etc.) den Restwert übersteigen dürften. Eine von der Beklagten angeführte Schätzung, wonach von einer zeitlichen Lebensdauer auszugehen ist und die Kilometerleistung sodann konkret an der durchschnittlichen Fahrleistung des Klägers zu ermitteln ist, ist abzulehnen. Denn der Vorteilsausgleich findet nur statt, soweit der Kläger auch Vorteile aus dem Fahrzeug zieht. So mag bei Wohnmobilen auch die Standzeit als Vorteil zu sehen sein, da das Fahrzeug bewohnbar ist. Bei PKW ist dies aber nicht der Fall (OLG Dresden Ur. v. 17.11.2023 - 3 U 983/23, BeckRS 2023, 39358 Rn. 34). Nur soweit der Kläger daher Vorteile aus der Nutzung des PKW zieht, sind diese anzurechnen. Lässt er es über seine von der Beklagten behaupteten zeitlichen Lebensdauer einfach stehen, besteht kein Vorteil der auszugleichen wäre. Ein „Herunterrechnen“ der Gesamtleistung anhand der tatsächlich jährlich gefahrenen Strecke ist daher nicht zulässig.

Die Berechnung erfolgt daher wie folgt:

Nutzungsersatz bei einem unstreitigen Kilometerstand von 90.815 km und bei einem Kilometerstand zum Kaufzeitpunkt von 8.281 km: Restlaufleistung bei Kauf 241.719 km. [REDACTED] bei Kaufvertragsschluss 24.000 € - 10 % = 21.600 €. [REDACTED] je km (21.600 €/241,719km): 0,08936 €. Gefahrene Kilometer multipliziert mit dem [REDACTED] je km: (90.815 km - 8.307 km) * 0,08936 = 7.372,91 €

Damit überhaupt ein Vorteilsausgleich durchzuführen wäre, müsste das Fahrzeug einen [REDACTED] von über 21.600 € - 7.372,91 € = 14.227,09 € haben. Eine Recherche beim bekannten Ge-

brauchtwagenportal mobile.de ergibt, wie in die mündliche Verhandlung eingeführt, bei der Abfrage des konkreten Typs und einer EZ zwischen 2014 und 2015 sowie einer Laufleistung zwischen 80.000 km und 125.000 km einen durchschnittlichen Preis von 14.604,58 €. Dabei handelt es sich jedoch um Händlerverkaufspreise, wie sie annonciert werden. Dieser [REDACTED] kann nicht unkritisch als [REDACTED] des Fahrzeugs gesehen werden. Der gewerbliche Wiederverkäufer ist im Gegensatz zum Kläger steuerpflichtig (Differenzsteuer, die nicht bestimmt werden kann) und muss zudem das Gewährleistungsrisiko abdecken. Zudem dürfte bei den veröffentlichten Preisen noch ein Verhandlungsspielraum bestehen. Nicht zuletzt muss der gewerbliche Händler auch noch Gemeinkosten decken. Da der Preis ausschlaggebend, ist, den der Kläger am Markt bei Ausschluss eines Gewährleistungsrechtes erzielen kann, ist ein Abzug von 20 % vorzunehmen. Dies ergibt einen Restwert von 11.683,66 €. Betrachtet man die von Klägerseite und Beklagenseite vorgetragene DAT-Werte von Händlerein- bzw. -Verkaufspreis von 10.700 € bzw. 12.527 € erscheint der hier geschätzte [REDACTED] von 11.683,66 € realistisch zu sein. Der Restwert von 11.683,66 € und der Nutzungsersatz von 7.372,91 € addiert ergibt 19.056,57 € und übersteigt somit den [REDACTED] bei Kaufvertragsschluss (21.600 €) nicht.

Der Kläger hat somit einen Anspruch gegen die Beklagte in Höhe von 10 % von 24.000 € = 2.400,00 €. Die Verzinsung folgt aus §§ 288 Abs. 1, 291 BGB. Rechtshängigkeit des Anspruchs auf „kleinen“ Schadensersatz liegt ab 29.08.2023 vor. Die Zinsen sind nicht ab Rechtshängigkeit des Anspruchs auf „großen“ Schadensersatz zuzusprechen. Zur Begründung wird auf die überzeugenden Ausführungen des OLG Stuttgart, Urteil vom 4. Juli 2024- 24 U 2868/22 -, Rn. 181, Bezug genommen.

5.

Vorgerichtliche Anwaltskosten sind dem Kläger nicht zuzuerkennen. Vorgerichtlich wurde ein Zug-um-Zug Anspruch geltend gemacht, welcher dem Kläger nicht zusteht und zustand. Eine sachgemäße Rechtsverfolgung lag daher nicht vor. Somit entstand dem Kläger auch kein Schaden der zur Rechtsverfolgung des „richtigen“ Zieles notwendig gewesen wäre. Nach § 249 BGB fehlt daher der ersatzfähige Schaden.

III.

Die Kosten des Verfahrens sind nach § 92 Abs. 1 ZPO zu verteilen. Dabei gilt der Grundsatz der Kostengerechtigkeit (Musielak/Voit/Flockenhaus, 20. Aufl. 2023, ZPO § 92 Rn. 1). Dementsprechend hat derjenige die Kosten zu tragen, der sie verursacht hat. Auch wenn somit keine Klagerücknahme hinsichtlich der geltend gemachten Zug um Zug Verurteilung vorliegt, sind durch die berechtigte Klage deutlich weniger Kosten verursacht worden, als angefallen sind. Demnach sind die Kosten des zunächst geltend gemachten Zug-um-Zug Antrags, der abzuweisen gewesen wäre, dem Kläger aufzuerlegen. Es besteht kein Grund hiervon abzuweichen, nur weil in der Umstellung von großem und kleinen Schadensersatz die Verfolgung des gleichen Rechtszieles liegt.

Denn auf „großen“ Schadensersatz hatte der Kläger keinen Anspruch. Die durch die Geltendmachung verursachten Kosten sind daher von ihm zu tragen. Das Gericht schließt sich der überzeugenden Begründung des OLG Karlsruhe, Urteil vom 24. Juli 2024 - 4 U 98/22 -, Rn. 56, juris, an.

Der Zug um Zug Antrag hatte einen Streitwert von 19.052 €. Bei Verteilung der Kosten sind aber zusätzlich die nicht streitwerterhöhende Nebenforderungen zu berücksichtigen. Hier werden vorgerichtliche Kosten von 1.789,76 € geltend gemacht. Der Kläger obsiegt mit 2.400,00 €. Aus dem Verhältnis $2.400 \text{ €} / (19.052 \text{ €} + 1.789 \text{ €})$ ergibt sich die Kostenquote.

Die vorläufige Vollstreckbarkeit ergibt sich aus § 709 ZPO.

Rechtsbehelfsbelehrung:

Gegen die Entscheidung, mit der der Streitwert festgesetzt worden ist, kann Beschwerde eingelegt werden, wenn der [REDACTED] des Beschwerdegegenstands 200 Euro übersteigt oder das Gericht die Beschwerde zugelassen hat.

Die Beschwerde ist binnen **sechs Monaten** bei dem

Landgericht Ulm
[REDACTED]
[REDACTED]

einzu legen.

Die Frist beginnt mit Eintreten der Rechtskraft der Entscheidung in der Hauptsache oder der anderweitigen Erledigung des Verfahrens. Ist der Streitwert später als einen Monat vor Ablauf der sechsmonatigen Frist festgesetzt worden, kann die Beschwerde noch innerhalb eines Monats nach Zustellung oder formloser Mitteilung des Festsetzungsbeschlusses eingelegt werden. Im Fall der formlosen Mitteilung gilt der Beschluss mit dem dritten Tage nach Aufgabe zur Post als bekannt gemacht.

Die Beschwerde ist schriftlich einzulegen oder durch Erklärung zu Protokoll der Geschäftsstelle des genannten Gerichts. Sie kann auch vor der Geschäftsstelle jedes Amtsgerichts zu Protokoll erklärt werden; die Frist ist jedoch nur gewahrt, wenn das Protokoll rechtzeitig bei dem oben genannten Gericht eingeht. Eine anwaltliche Mitwirkung ist nicht vorgeschrieben.

Rechtsbehelfe können auch als elektronisches Dokument eingelegt werden. Eine Einlegung per E-Mail ist nicht zulässig. Wie Sie bei Gericht elektronisch einreichen können, wird auf www.eiustice-bw.de beschrieben.

Schriftlich éinzureichende Anträge und Erklärungen, die durch einen Rechtsanwalt, durch eine Behörde oder durch eine juristische Person des öffentlichen Rechts einschließlich der von ihr zu Erfüllung ihrer öffentlichen Aufgaben gebildeten Zusammenschlüsse eingereicht werden, sind als elektronisches Dokument zu übermitteln. Ist dies aus technischen Gründen vorübergehend nicht möglich, bleibt die Übermittlung nach den allgemeinen Vorschriften zulässig. Die vorübergehende Unmöglichkeit ist bei der Ersatzeinreichung oder unverzüglich danach glaubhaft zu machen; auf Anforderung ist ein elektronisches Dokument nachzureichen.

■■■■■■■■■■
Richter am Landgericht

Verkündet am 19.11.2024

Güntner, JHSekr'in
Urkundsbeamtin der Geschäftsstelle

Beglaubigt
■■■■, 20.11.2024

Güntner, JHSekr'in
Urkundsbeamtin der Geschäftsstelle
Durch maschinelle Bearbeitung beglaubigt
-ohne Unterschrift gültig

