

Aktenzeichen:
24 MK 1/21



Oberlandesgericht Stuttgart

24. ZIVILSENAT

Im Namen des Volkes

Musterfeststellungsurteil

In Sachen

Bundesverband der Verbraucherzentralen und Verbraucherverbände - Verbraucherzentrale Bundesverband e. V. (vzbv), vertreten durch d. Vorsitzenden, Rudi-Dutschke-Straße 17, 10969 Berlin
- Musterkläger -

Prozessbevollmächtigte:

Rechtsanwälte **Dr. Stoll & Sauer Rechtsanwaltsgesellschaft mbH**, Einsteinallee 1/1, 77933 Lahr, Gz.: 1/21

gegen

Mercedes-Benz Group AG, vertreten durch d. Vorstand, Mercedesstraße 137, 70327 Stuttgart
- Musterbeklagte -

Prozessbevollmächtigte:

Rechtsanwälte **Gibson, Dunn & Crutcher LLP**, Marstallstraße 11, 80539 München, Gz.: 22930-01819

wegen Feststellung Schadensersatz

hat das Oberlandesgericht Stuttgart - 24. Zivilsenat - durch den Vorsitzenden Richter am Oberlandesgericht Dr. [REDACTED] den Richter am Oberlandesgericht Dr. [REDACTED] und den Richter am Oberlandesgericht [REDACTED] aufgrund der mündlichen Verhandlung vom 21.09.2023 am 28.03.2024 für Recht erkannt:

- I. Es werden folgende Feststellungen getroffen:
 1. Es wird festgestellt, dass die Musterbeklagte in Mercedes Benz-Fahrzeugen der Modelle GLC 220 d 4Matic und GLC 250 d 4Matic (jeweils EG-Typgenehmigungsnummern: e1*2001/116*0480*16-22, Produktionszeitraum 01.06.2015 bis 30.11.2016) sowie GLK 220 Bluetec 4Matic und GLK 250 Bluetec 4Matic (jeweils EG-Typgenehmigungsnummern: e1*2001/116* 0480*11-15, Produktionszeitraum 01.06.2012 bis 31.05.2015), die von den vom Kraftfahrt-Bundesamt (KBA) erlassenen Bescheiden vom 23.05.2018 und vom 03.08.2018 erfasst sind, eine Abschaltvorrichtung gemäß Art. 3. Nr. 10, 5 Abs. 2 Satz 1 der Verordnung (EG) Nr. 715/2007 bei Inverkehrgabe eingesetzt hat, in Gestalt einer sogenannten „Strategie A in vergleichbarer Ausprägung“.
 2. Es wird festgestellt, dass die Musterbeklagte in Mercedes Benz-Fahrzeugen der Modelle GLK 200 CDI, GLK 220 CDI und GLK 220 CDI 4Matic (jeweils EG-Typgenehmigungsnummern: e1*2001/116*0480*11-15; Produktionszeitraum 2012 bis 2015), die von den vom KBA erlassenen Bescheiden vom 21.06.2019 und vom 12.09.2019 erfasst sind, eine Abschaltvorrichtung gemäß Art. 3. Nr. 10, 5 Abs. 2 Satz 1 der Verordnung (EG) Nr. 715/2007 bei Inverkehrgabe eingesetzt hat, in Gestalt einer sogenannten Kühlmittel-Solltemperatur-Regelung (KSR).
 3. Es wird festgestellt, dass die in Feststellungsziel Ziff. 1 a) aa) und Nr. 1 b) genannten Abschaltvorrichtungen, die in den unter den dortigen Modellbezeichnungen jeweils beschriebenen Fahrzeugen enthalten sind, nicht gemäß Art. 5 Abs. 2 Satz 2 Verordnung (EG) Nr. 715/2007 zulässig sind.
 4. Es wird festgestellt, dass
 - die Musterbeklagte die unter dem Feststellungsziel Ziff. 1 a) aa) festgestellte Abschaltvorrichtung entwickelt hat,
 - diese in den in Feststellungsziel Ziff. 1 a) aa) bezeichneten Fahrzeugen eingebaut hat,

- unter Einsatz dieser Abschalteneinrichtung die EG-Typgenehmigung für diese Modelle erwirkt hat, ohne die Typgenehmigungsbehörde über die eingesetzte Abschalteneinrichtung zu informieren und
 - aufgrund dieser so erlangten EG-Typgenehmigungen eine große Anzahl von Fahrzeugen der vorbezeichneten Modelle in Verkehr gebracht hat.
5. Es wird unter Anwendung des deutschen Sachrechts festgestellt,
- dass Mitarbeiter der Musterbeklagten die in Feststellungsziel Ziff. 4 a) aa), festgestellten Handlungen vorgenommen haben und
 - dass diese Verrichtungsgehilfen im Sinne des § 831 BGB sind.
6. Es wird unter Anwendung des deutschen Sachrechts festgestellt,
- dass die in Ziffer 5 des Urteilstenors bezeichneten Personen die unter Ziffer 4 des Urteilstenors bezeichneten Handlungen, zumindest bis zum Zeitpunkt der Inverkehrgabe der in Ziffer 1 des Urteilstenors bezeichneten Fahrzeuge unter billiger Inkaufnahme der Möglichkeit begangen hatten, dass es sich bei der in Ziffer 1 des Urteilstenors bezeichneten Abschalteneinrichtung um eine unzulässige Abschalteneinrichtung handelte, und
 - dass diese Personen Schädigungsvorsatz hatten.
7. Es wird unter Anwendung des deutschen Sachrechts festgestellt, dass sich die Musterbeklagte bezüglich der unter Ziffer 6 des Tenors genannten Mitarbeiter nicht gemäß § 831 Abs. 1 Satz 2 BGB exkulpieren kann.
8. Es wird unter Anwendung des deutschen Sachrechts festgestellt, dass Käufer von den unter dem Feststellungsziel Ziff. 1 a) aa) genannten Modellen, die Verbraucher sind, im Falle des Vorliegens eines Schadensersatzanspruchs aus §§ 826, 831 gem. § 249 BGB alternativ zur Rückabwicklung des Kaufvertrages auch die Differenz zwischen dem gezahlten Kaufpreis und dem Wert des Fahrzeuges, der aufgrund des Einsatzes der im Feststellungsziel Ziff. 1 a) aa) genannten Abschalteneinrichtung gemindert ist, verlangen können, wobei die Musterbeklagte im folgenden Individualprozess die Möglichkeit hat, Umstände darzulegen und zu beweisen, die im Wege der Vorteilsausgleichung schadensmindernd Berücksichtigung finden können.

9. Es wird unter Anwendung des deutschen Sachrechts festgestellt, dass § 6 Abs. 1 und § 27 Abs. 1 EG-FGV Schutzgesetze im Sinne des § 823 Abs. 2 BGB sind.
 10. Es wird unter Anwendung des deutschen Sachrechts festgestellt, dass die Musterbeklagte durch den Einsatz der unter Ziff. 1 genannten Abschaltvorrichtungen in den unter Feststellungsziel Ziff. 1 genannten Fahrzeugen unzutreffende EG-Übereinstimmungsbescheinigungen erteilt hat und damit gegen §§ 6 Abs. 1, 27 Abs. 1 EG-FGV verstoßen hat.
 11. Es wird unter Anwendung des deutschen Sachrechts festgestellt, dass die Musterbeklagte den unter Ziff. 7 b) beschriebenen Gesetzesverstoß schuldhaft begangen hat.
 12. Es wird unter Anwendung des deutschen Sachrechts festgestellt, dass sich der jeweilige Käufer hinsichtlich der Erwerbskausalität auf den Erfahrungssatz stützen kann, dass er den Kaufvertrag bei Kenntnis der wahren Sachlage zu dem vereinbarten Kaufpreis nicht geschlossen hätte.
- II. Gegenstandslos sind die folgenden Feststellungsziele soweit sie sich auf die vom Feststellungsziel Ziff. 1 b) erfassten Euro 5-Fahrzeugmodelle beziehen: Ziff. 4 a) aa), Ziff. 4 b) aa), Ziff. 4 b) cc) und Ziff. 6 a) sowie Ziff. 4 b) bb), letzteres aber nur hinsichtlich der Feststellung eines grob fahrlässigen oder leichtfertigen Handelns.
- III. Im Übrigen wird die Musterfeststellungsklage abgewiesen.
- IV. Die Widerklage der Musterbeklagten wird als unzulässig abgewiesen.

- V. Von den Kosten des Rechtsstreits tragen der Musterkläger 1/3 und die Musterbeklagte 2/3.
- VI. Das Urteil ist gegen Sicherheitsleistung in Höhe von 110% des jeweils beizutreibenden Betrags vorläufig vollstreckbar.

Beschluss:

Der Streitwert wird auf 250.000,00 € festgesetzt.

Tatbestand:

Der Musterkläger verfolgt mit der vorliegenden Musterfeststellungsklage gegenüber der Musterbeklagten die Feststellung des Vorliegens bestimmter unzulässiger Abschaltanlagen, die deswegen von Rückrufbescheiden des Kraftfahrt-Bundesamtes (KBA) betroffen sind, sowie die Feststellung weiterer tatsächlicher und rechtlicher Umstände in Bezug auf eine zivilrechtliche Haftung der Musterbeklagten.

A.

Der Musterkläger ist der Dachverband aller 16 Verbraucherzentralen und 28 weiterer Verbraucherschutzorganisationen in Deutschland. Er ist seit 16.07.2002 in der ursprünglich vom Bundesverwaltungsamt, mittlerweile vom Bundesamt für Justiz, geführten Liste qualifizierter Einrichtungen nach § 4 UKlaG und zumindest seit 2016 auch im Verzeichnis der Europäischen Kommission nach Artikel 4 der Richtlinie 2009/22/EG des Europäischen Parlaments und des Rates über Unterlassungsklagen zum Schutz der Verbraucherinteressen (siehe Mitteilung der EU-Kommission (2016/C 361/01), veröffentlicht im Amtsblatt der Europäischen Union vom 30.09.2016, dort bei Deutschland unter der laufenden Nr. 65) eingetragen. Gemäß § 2 seiner Satzung nimmt der Musterkläger Verbraucherinteressen wahr, fördert den Verbraucherschutz, um die Stellung des Verbrauchers in der sozialen Marktwirtschaft zu stärken und zur Verwirklichung einer nachhaltigen Entwicklung beizutragen. Er handelt gemäß § 3 seiner Satzung gemeinnützig. 90% der Gesamtfinanzierung des Musterklägers resultiert aus der Förderung durch öffentliche Mittel.

B.

Die Musterbeklagte ist ein weltweit tätiger Fahrzeughersteller mit Hauptsitz in Stuttgart.

C.

Die Musterbeklagte stellt Personenkraftwagen (Pkw) her, unter anderem die nach der Schadstoffklasse Euro 6 EG-typgenehmigten Fahrzeug-Modelle GLC 220d 4Matic, GLC 250d 4Matic, GLK 220 BlueTec 4Matic und GLK 250 BlueTec 4Matic, sowie die

nach der Schadstoffklasse Euro 5 EG-typgenehmigten Fahrzeug-Modelle GLK 200 CDI, GLK 220 CDI und GLK 220 CDI 4Matic. All die Fahrzeuge dieser Modelle verfügen über einen ebenfalls von der Musterbeklagten entwickelten und hergestellten Motor des Typs OM 651, wobei ein SCR-System nur bei den Euro 6-Modellen vorhanden ist. Das Kraftfahrt-Bundesamt (KBA) beanstandete im Ergänzungsbescheid vom 03.08.2018 zum Ausgangsbescheid vom 23.05.2018 unter anderem in den vorgeannten Euro 6-Modellen eine sogenannte „Strategie A in vergleichbarer Ausprägung“, die sich auf die Ausgestaltung des Wechsels der Dosier-Modi bei der AdBlue-Dosierung bezog, als unzulässige Abschaltvorrichtung. Mit Bescheid vom 21.06.2019 beanstandete das KBA in dem streitgegenständlichen Modell GLK 220 CDI, das nach der Schadstoffklasse Euro 5 EG-typgenehmigt ist, die in den Fahrzeugen dieses Modells enthaltene Kühlmittel-Solltemperatur-Regelung (KSR, auch als „geregeltes Kühlmittel-Thermostat“ bezeichnet) ebenfalls als unzulässige Abschaltvorrichtung. Mit Ergänzungsbescheid vom 12.09.2019 wurde der Rückrufbescheid vom 21.06.2019 auch auf die Fahrzeuge der weiteren streitgegenständlichen Euro 5-Modelle erstreckt. Die vorgeannten Bescheide des KBA greift die Musterbeklagte derzeit vor dem Verwaltungsgericht Schleswig-Holstein mit der Anfechtungsklage an (Az. 3 A 51/21 und 3 A 52/21). Der Sachverhalt zu den einzelnen Feststellungszielen wird im Rahmen deren Behandlung in den Entscheidungsgründen jeweils dargestellt.

D.

Zur Prozessgeschichte:

Mit Beschluss des Oberlandesgerichts Stuttgart vom 28.10.2021 – 16a MK 1/21 – ist die Musterfeststellungsklage unter Ablehnung der Veröffentlichung im Übrigen hinsichtlich folgender Feststellungsziele öffentlich bekannt gemacht worden:

1. Einsatz von Abschaltvorrichtungen

a) Es wird festgestellt, dass die Musterbeklagte in Mercedes-Benz-Fahrzeugen der Modelle GLC 220 d 4Matic, GLC 250 d 4Matic, GLK 220 BlueTec 4Matic und GLK 250 BlueTec 4Matic, die von den vom Kraftfahrt-Bundesamt erlassenen Bescheiden vom 23.05.2018, vom 03.08.2018 und vom 20.12.2019 erfasst sind, Abschaltvorrichtungen gemäß Art. 5 Abs. 2 S. 1 der Verordnung (EG) 715/2007 einsetzt, die die Abgasbehandlung unter Bedingungen, wie sie bei der Typenprüfung Typ 1 herrschen, besonders effektiv gestalten und insbesondere aus

aa) einer Funktion, die die Abgasnachbehandlung im SCR-Katalysator bis zum nächsten Motorstart in einen ineffektiven Reinigungsmodus versetzt, wenn nach dem Motorstart eine von der Musterbeklagen festgelegte Gesamtmenge an Stickoxiden ausgestoßen und beim Motorstart Bedingungen vorlagen, wie sie für die Typenprüfung vorgegeben sind (Online- und Speichermodus) bestehen und die außerhalb der Bedingungen, wie sie bei der Typenprüfung Typ 1 herrschen, nicht in derselben Art und Weise eingesetzt werden.

b) Es wird festgestellt, dass die Musterbeklagte in Mercedes-Benz-Fahrzeugen der Modelle GLK 200 CDI, GLK 220 CDI und GLK 220 CDI 4Matic, die von dem vom Kraftfahrt-Bundesamt erlassenen Bescheid vom 21.06.2019 erfasst sind, Abschaltvorrichtungen gemäß Art. 5 Abs. 2 S. 1 der Verordnung (EG) 715/2007 einsetzt, die die Abgasbehandlung unter Bedingungen, wie sie bei der Typenprüfung Typ 1 herrschen, besonders effektiv gestalten und insbesondere aus einer Funktion besteht, welche die zurückgeführten Abgase bei Bedingungen, wie sie für die Typenprüfung typisch sind, besonders stark kühlt und durch eine Verringerung der Verbrennungstemperatur im Motor den Schadstoffausstoß auf dem Prüfstand reduziert (Kühlmittel-Solltemperatur-Regelung) und die außerhalb der Bedingungen, wie sie bei der Typenprüfung Typ 1 herrschen, nicht in derselben Art und Weise eingesetzt wird.

2. Unzulässigkeit der Abschaltvorrichtungen

Es wird festgestellt, dass die von der Musterbeklagten in den in Antrag Ziffer 1 genannten Fahrzeugen eingesetzten Abschaltvorrichtungen nicht gemäß Art. 5 Abs. 2 S. 2 der Verordnung (EG) 715/2007 zulässig sind.

3. Kenntnis um Einsatz der Abschaltvorrichtungen

a) Es wird festgestellt, dass der Einsatz der unter Ziffer 1 genannten Abschaltvorrichtungen von Mitgliedern des Vorstands der Musterbeklagten angeordnet wurde, diesen bekannt war oder von diesen gebilligt wurde.

Hilfsweise für den Fall, dass das Gericht Ziffer 3. a) nicht positiv feststellt, wird beantragt, folgende Feststellung zu treffen:

b) Es wird festgestellt, dass der Einsatz der unter Ziffer 1 genannten Abschaltvorrichtungen von den Leitern der Motorentwicklung und -konstruktion der Musterbeklagten, die für die Konstruktion und Bedienung des OM 651-Motors zuständig waren, angeordnet wurde, diesen bekannt war oder von diesen gebilligt wurde.

4. Feststellungen bezüglich Schadensersatzansprüchen

a) Feststellungen zu § 826 BGB

aa) Es wird unter Anwendung des deutschen Sachrechts festgestellt, dass die Musterbeklagte gegenüber Käufern, die Verbraucher sind und eines in Antrag Ziffer 1 genannten Modelle erwarben, im Sinne des § 826 BGB sittenwidrig handelte, indem sie die in Ziffer 1 genannten Abschaltvorrichtungen entwickelte, in den Motoren der in Antrag Ziffer 1 genannten Modelle einbaute, unter Einsatz der vorgenannten Abschaltvorrichtungen Typengenehmigungen erwarbte, ohne die Typengenehmigungsbehörde über die eingesetzten Abschaltvorrichtungen zu informieren und die vorgenannten Fahrzeuge in Verkehr brachte ohne die Käufer über die eingesetzten Abschaltvorrichtungen und die fehlende Zulassungsfähigkeit der vorgenannten Fahrzeuge zu informieren.

bb) Es wird unter Anwendung des deutschen Sachrechts festgestellt, dass Repräsentanten der Musterbeklagten i.S.d. § 31 BGB die unter Ziffer 4. aa) genannten Tathandlungen und Unterlassungen vorsätzlich begingen und einen Schädigungsvorsatz hatten.

Hilfsweise wird für den Fall, dass das Gericht Antrag Ziff. 4. a) bb) nicht positiv feststellt, wird beantragt, folgende Feststellungen zu treffen:

b) Feststellungen zu § 831 BGB

Es wird unter Anwendung des deutschen Sachrechts festgestellt, dass

aa) die Mitarbeiter der Musterbeklagten, welche die in Ziffer 4. a) aa) genannten Handlungen oder Unterlassungen vornahmen, Verrichtungsgehilfen i.S.d. § 831 BGB sind,

bb) die unter Ziffer 4. b) aa) genannten Personen in Bezug auf die unter Ziffer 4. a) aa) genannten Handlungen oder Unterlassungen einen Schädigungsvorsatz hatten,

cc) sich die Musterbeklagte bezüglich der unter Ziffer 4. b) aa) genannten Mitarbeiter nicht gemäß § 831 Abs. 1 S. 2 BGB exkulpieren kann.

Hilfsweise wird für den Fall, dass das Gericht die Feststellungsziele unter Ziffer 4. a) und b) teilweise oder vollständig verneint, wird beantragt:

c) Feststellungen zu § 823 Abs. 2 BGB

Es wird unter Anwendung des deutschen Sachrechts festgestellt, dass Art. 8 Abs. 1, Art. 12, Art. 18 Abs. 1, Art. 26 Abs. 1 der RL 2007/46/EG, Art. 4 Abs. 1, Art. 5 Abs. 1, Abs. 2, Abs. 3a), Abs. 3c), Abs. 3d) der VO 715/2007 sowie §§ 4 Abs. 4, 6 Abs. 1 S. 1 und 27 Abs. 1 EG-FGV Schutzgesetze i.S.d. § 823 Abs. 2 BGB sind.

5. Nichtigkeit der Kaufverträge

Es wird unter Anwendung des deutschen Sachrechts festgestellt, dass ein Kaufvertrag zwischen der Musterbeklagten und einem Käufer, der Verbraucher ist und eines der in Antragsziffer 1 genannten Modelle erwarb, welche aufgrund der nach Antrag Ziff. 1 festzustellenden Abschaltseinrichtungen einem amtlichen Pflichtrückruf unterliegen, i.S.d. § 134 BGB nichtig ist, soweit nicht bei Übergabe ein den Rückrufgrund beseitigendes Update auf das Fahrzeug aufgespielt war.

6. Rechtsfolgen

Es wird unter Anwendung des deutschen Sachrechts festgestellt, dass Käufer von den unter Ziffer 1 genannten Modellen, die Verbraucher sind, im Falle des Vorliegens eines Schadensersatzanspruchs aus §§ 826, 831, 823 Abs. 2 BGB i.V.m. einem Schutzgesetz, gemäß § 249 BGB alternativ zur Rückabwicklung des Kaufvertrags auch die Differenz zwischen dem gezahlten Kaufpreis und dem Wert des Fahrzeugs, der aufgrund des Einsatzes der in Ziffer 1 genannten Abschaltseinrichtung gemindert ist, verlangen können.

Dieser Beschluss ist am 03.11.2021 im Klagerregister bekannt gemacht worden. Nach Abgabe des Verfahrens durch den 16a. Zivilsenat an den neu geschaffenen 24. Zivilsenat hat der Senat mit Beschluss vom 28.12.2021 – 24 MK 1/21 – auf Anhörungsrüge des Musterklägers – unter Verwerfung der Anhörungsrüge im Übrigen – zusätzlich die öffentliche Bekanntmachung des Feststellungsziels Ziff. 1. a) bb) gemäß § 607 Abs. 1 Nr. 3 ZPO angeordnet, so dass das Feststellungsziel unter Ziff. 1. a) insgesamt wie folgt lautet:

1. Einsatz von Abschaltvorrichtungen

a) Es wird festgestellt, dass die Musterbeklagte in Mercedes-Benz-Fahrzeugen der Modelle GLC 220 d 4Matic, GLC 250 d 4Matic, GLK 220 BlueTec 4Matic und GLK 250 BlueTec 4Matic, die von den vom Kraftfahrt-Bundesamt erlassenen Bescheiden vom 23.05.2018, vom 03.08.2018 und vom 20.12.2019 erfasst sind, Abschaltvorrichtungen gemäß Art. 5 Abs. 2 S. 1 der Verordnung (EG) 715/2007 einsetzt, die die Abgasbehandlung unter Bedingungen, wie sie bei der Typenprüfung Typ 1 herrschen, besonders effektiv gestalten und insbesondere aus

aa) einer Funktion, die die Abgasnachbehandlung im SCR-Katalysator bis zum nächsten Motorstart in einen ineffektiven Reinigungsmodus versetzt, wenn nach dem Motorstart eine von der Musterbeklagten festgelegte Gesamtmenge an Stickoxiden ausgestoßen und beim Motorstart Bedingungen vorliegen, wie sie für die Typenprüfung vorgegeben sind (Online- und Speichermodus) und

bb) (mit Ausnahme der Modelle GLK 250 BlueTec 4Matic und GLC 250 d 4Matic) einer Funktion, die nach dem Motorstart eine erhöhte Abgasrückführungsrate einsetzt, in der Folgezeit aber reduziert wird und nach Ablauf einer bestimmten Zeitspanne die Abgasrückführung vollständig abgeschaltet wird (zeitgesteuerte Abschaltvorrichtung)

bestehen und die außerhalb der Bedingungen, wie sie bei der Typenprüfung Typ 1 herrschen, nicht in derselben Art und Weise eingesetzt werden.

Bis zum 03.01.2022 hatten sich 2.476 Verbraucher zur vorliegenden Musterfeststellungsklage im Klagerregister angemeldet. Der Senat hat mit Beschluss vom 10.03.2022 – 24 MK 1/21 – rechtliche Hinweise erteilt. Im ersten Verhandlungstermin am 12.07.2022 hat der Musterkläger die bislang öffentlich bekannt gemachten Feststellungsziele teilweise modifiziert und diese – unter Rücknahme des Feststellungsziels Nr. 1 a) bb) – wie folgt zur Entscheidung gestellt (vgl. Protokoll vom 12.07.2022, Bl. 1263 ff d.eA.):

1. Einsatz von Abschaltvorrichtungen

a)

Es wird festgestellt, dass die Musterbeklagte in Mercedes Benz-Fahrzeugen der Modelle GLC 220 d 4Matic, GLC 250 d 4Matic, GLK 220 Bluetec 4Matic und GLK 250 Bluetec 4Matic, die von den vom Kraftfahrtbundesamt erlassenen Bescheiden vom 23.05.2018, vom 03.08.2018 und vom 20.12.2019 erfasst sind, Abschaltvorrichtungen gemäß Art. 5 Abs. 2 Satz 1 der Verordnung (EG) 715/2007 bei Inverkehrgabe eingesetzt hat, die die Abgasbehandlung unter Bedingungen, wie sie bei der Typenprüfung Typ 1 herrschen, so gestalten, dass der für die Euro 6-Norm relevante NOx-Grenzwert von 80 mg/km eingehalten wird und aus

aa)

einer Funktion besteht, die die Abgasnachbehandlung im SCR-Katalysator bei Bedingungen, wie sie in der Typenprüfung Typ 1 vorgesehen sind, in einen effektiveren Reinigungsmodus versetzt, als bei Bedingungen, die nicht denen der Typenprüfung Typ 1 entsprechen und nach einem von der Musterbeklagten festgelegten Ausstoß von Stickoxiden bis zu einem Motorneustart dauerhaft in den weniger effektiven Modus umschaltet (Online-Speicher-Modus).

b)

Es wird festgestellt, dass die Musterbeklagte in Mercedes Benz-Fahrzeugen der Modelle GLK 200 CDI, GLK 220 CDI und GLK 220 CDI 4Matic, die von den vom Kraftfahrtbundesamt erlassenen Bescheiden vom 21.06.2019 und 12.09.2019 erfasst sind, Abschaltvorrichtungen gemäß Art. 5 Abs. 2 Satz 1 der Verordnung (EG) 715/2007 bei Inverkehrgabe eingesetzt hat, die die Abgasbehandlung unter Bedingungen, wie sie bei der Typenprüfung Typ 1 herrschen, so gestaltet, dass der für die Euro 5-Norm relevante NOx-Grenzwert von 180 mg/km eingehalten wird und aus einer Funktion besteht, welche die zurückgeführten Abgase bei Bedingungen, wie sie für die Typenprüfung typisch sind, stärker kühlt, als bei Bedingungen, die nicht denen der Typenprüfung Typ 1 entsprechen und durch eine Verringerung der Verbrennungstemperatur im Motor den Schadstoffausstoß auf dem Prüfstand reduziert (Kühlmittel-Solltemperatur-Regelung) und die außerhalb der Bedingungen, wie sie bei der Typenprüfung Typ 1 herrschen, nicht in derselben Art und Weise eingesetzt wird.

2. Unzulässigkeit der Abschaltvorrichtungen

Es wird festgestellt, dass die von der Musterbeklagten in den in Antrag Ziff. 1 genannten Fahrzeugen eingesetzten Abschaltvorrichtungen nicht gem. Art. 5 Abs. 2 Satz 2 der Verordnung (EG) 715/2007 zulässig sind.

3. Kenntnis um Einsatz der Abschaltvorrichtungen

a)

Es wird festgestellt, dass der Einsatz der unter Ziff. 1 genannten Abschaltvorrichtungen von Mitgliedern des Vorstands der Musterbeklagten angeordnet wurde, diesen bekannt war oder von diesen gebilligt wurde.

Hilfsweise für den Fall, dass das Gericht Ziff. 3 a) nicht positiv feststellt, wird beantragt, folgende Feststellungen zu treffen:

b)

Es wird festgestellt, dass der Einsatz der unter Ziff. 1 genannten Abschaltvorrichtungen von den Leitern der Motorenentwicklung und -konstruktion der Musterbeklagten, die für

die Konstruktion und Bedienung des OM651-Motors zuständig waren, angeordnet wurde, diesen bekannt war oder von diesen gebilligt wurde.

4. Feststellungen bezüglich Schadensersatzansprüchen

a) Feststellungen zu § 826 BGB

aa)

Es wird festgestellt, dass die Musterbeklagte

- die in Feststellungsziel Ziff. 1 beschriebenen Abschaltvorrichtungen entwickelte,
- in den Motoren der in Feststellungsziel Ziff. 1 genannten Modelle einbaute,
- unter Einsatz der vorgenannten Abschaltvorrichtungen Typengenehmigungen erwirkte, ohne die Typengenehmigungsbehörde über die eingesetzten Abschaltvorrichtungen zu informieren und
- die vorgenannte große Anzahl von Fahrzeugen mit illegalen Abschaltvorrichtungen in den Verkehr brachte.

bb)

Es wird unter Anwendung des deutschen Sachrechts festgestellt, dass die Musterbeklagte gegenüber Käufern, die Verbraucher sind und eines der im Feststellungsziel Ziff. 1 genannten Modelle erwarben, im Sinne des § 826 BGB sittenwidrig handelte, indem

- Mitarbeiter der Musterbeklagten eine der unter 4 a) aa) beschriebenen Handlungen oder Unterlassungen begingen

und

Repräsentanten der Musterbeklagten im Sinne des § 31 BGB

- die unter Ziff. 4 a) aa) beschriebenen Handlungen oder Unterlassungen anordneten, ihnen diese bekannt waren oder von diesen gebilligt wurden,
- das Bewusstsein hatten, dass die in Feststellungsziel Ziff. 1 beschriebenen Abschaltvorrichtungen nach Feststellungsziel Ziff. 2 unzulässig sind oder sich grob fahrlässig oder leichtfertig dieser Bewertung verschlossen haben,
- diesen Gesetzesverstoß zumindest billigend in Kauf nahmen und
- Schädigungsvorsatz hatten.

Hilfsweise wird für den Fall, dass das Gericht Antrag Ziff. 4. a) bb) nicht positiv feststellt, wird beantragt, folgende Feststellungen zu treffen:

b) Feststellungen zu § 831 BGB

Es wird unter Anwendung des deutschen Sachrechts festgestellt, dass

aa) die Mitarbeiter der Musterbeklagten, welche die in Ziff. 4 a) aa) genannten Handlungen oder Unterlassungen vornahmen, Verrichtungsgehilfen im Sinne des § 831 BGB sind,

bb) die unter Ziff. 4 b) aa) genannten Personen in Bezug auf die unter Ziff. 4 a) aa) genannten Handlungen oder Unterlassungen das Bewusstsein hatten, dass die in Feststellungsziel Ziff. 1 beschriebenen Abschaltvorrichtungen nach Feststellungsziel Ziff. 2 unzulässig sind oder sich grob fahrlässig oder leichtfertig dieser Bewertung verschlossen haben, diesen Gesetzesverstoß mindestens billigend in Kauf nahmen und Schädigungsvorsatz hatten,

cc) sich die Musterbeklagte bezüglich der unter Ziff. 4 b) aa) genannten Mitarbeiter nicht gem. § 831 Abs. 1 Satz 1 BGB exkulpieren kann.

Hilfsweise für den Fall, dass das Gericht die Feststellungsziele unter Ziff. 4 a) und b) teilweise oder vollständig verneint, wird beantragt:

c) Feststellungen zu § 823 Abs. 2 BGB

Es wird unter Anwendung des deutschen Sachrechts festgestellt, dass Art. 8 Abs. 1, Art. 12, Art. 18 Abs. 1, Art. 26 Abs. 1, Art. 46, der RL 2007/46/EG, Art. 4 Abs. 1, Art. 5 Abs. 1, Abs. 2, Abs. 3a, Abs. 3c, Abs. 3d, der VO 715/2007 sowie §§ 4 Abs. 4, 6 Abs. 1 Satz 1 und 27 Abs. 1 EG-FGV Schutzgesetze im Sinne des § 823 Abs. 2 sind.

5. Nichtigkeit der Kaufverträge

Es wird unter Anwendung des deutschen Sachrechts festgestellt, dass ein Kaufvertrag zwischen der Musterbeklagten und einem Käufer, der Verbraucher ist, und eines der in Antrag zu Ziff. 1 genannten Modelle erwarb, welche aufgrund der nach Antrag Ziff. 1 festzustellenden Abschalteneinrichtungen einem amtlichen Pflichtrückruf unterliegen, im Sinne des § 134 BGB nichtig ist, soweit nicht bei Übergabe ein den Rückrufgrund beseitigendes Update auf das Fahrzeug aufgespielt war.

6. Rechtsfolgen

Es wird unter Anwendung des deutschen Sachrechts festgestellt, dass Käufer von den unter Ziff. 1 genannten Modellen, die Verbraucher sind, im Falle des Vorliegens eines Schadensersatzanspruchs aus §§ 826, 831, 823 Abs. 2 BGB i. V. m. einem Schutzgesetz gem. § 249 BGB alternativ zur Rückabwicklung des Kaufvertrages auch die Differenz zwischen dem gezahlten Kaufpreis und dem Wert des Fahrzeuges, der aufgrund des Einsatzes der in Ziff. 1 genannten Abschalteneinrichtung gemindert ist, verlangen können.

Im Termin zur Fortsetzung der mündlichen Verhandlung vom 21.09.2023 hat der Musterkläger unter teilweiser Modifikation seiner bisherigen Anträge zuletzt folgende Feststellungsziele zur Entscheidung gestellt:

1. Einsatz von Abschalteneinrichtungen

a)

Es wird festgestellt, dass die Musterbeklagte in Mercedes Benz-Fahrzeugen der Modelle GLC 220 d 4Matic, GLC 250 d 4Matic, GLK 220 Bluetec 4Matic und GLK 250 Bluetec 4Matic, die von den vom Kraftfahrtbundesamt erlassenen Bescheiden vom 23.05.2018, vom 03.08.2018 und vom 20.12.2019 erfasst sind, Abschalteneinrichtungen gemäß Art. 5 Abs. 2 Satz 1 der Verordnung (EG) 715/2007 bei Inverkehrgabe eingesetzt hat, die die Abgasbehandlung unter Bedingungen, wie sie bei der Typenprüfung Typ 1 herrschen, so gestalten, dass der für die Euro 6-Norm relevante NOx-Grenzwert von 80 mg/km eingehalten wird und aus

aa)

einer Funktion besteht, die die Abgasnachbehandlung im SCR-Katalysator bei Bedingungen, wie sie in der Typenprüfung Typ 1 vorgesehen sind, in einen effektiveren Reinigungsmodus versetzt, als bei Bedingungen, die nicht denen der Typenprüfung Typ 1 entsprechen und nach einem von der Musterbeklagten festgelegten Ausstoß von Stickoxiden bis zu einem Motorneustart dauerhaft in den weniger effektiven Modus umschaltet (Online-Speicher-Modus).

(An dem Feststellungsziel, das bisher unter lit. bb) formuliert war, soll nicht festgehalten werden.)

b)

Es wird festgestellt, dass die Musterbeklagte in Mercedes Benz-Fahrzeugen der Modelle GLK 200 CDI, GLK 220 CDI und GLK 220 CDI 4Matic, die von den vom Kraftfahrtbundesamt erlassenen Bescheiden vom 21.06.2019 und 12.09.2019 erfasst sind, Abschaltvorrichtungen gemäß Art. 5 Abs. 2 Satz 1 der Verordnung (EG) 715/2007 bei Inverkehrgabe eingesetzt hat, die die Abgasbehandlung unter Bedingungen, wie sie bei der Typenprüfung Typ 1 herrschen, so gestaltet, dass der für die Euro 5-Norm relevante NOx-Grenzwert von 180 mg/km eingehalten wird und aus einer Funktion besteht, welche die zurückgeführten Abgase bei Bedingungen, wie sie für die Typenprüfung typisch sind, stärker kühlt, als bei Bedingungen, die nicht denen der Typenprüfung Typ 1 entsprechen und durch eine Verringerung der Verbrennungstemperatur im Motor den Schadstoffausstoß auf dem Prüfstand reduziert (Kühlmittel-Solltemperatur-Regelung) und die außerhalb der Bedingungen, wie sie bei der Typenprüfung Typ 1 herrschen, nicht in derselben Art und Weise eingesetzt wird.

2. Unzulässigkeit der Abschaltvorrichtungen

Es wird festgestellt, dass die von der Musterbeklagten in den in Antrag Ziff. 1 genannten Fahrzeugen eingesetzten Abschaltvorrichtungen nicht gem. Art. 5 Abs. 2 Satz 2 der Verordnung (EG) 715/2007 zulässig sind.

3. Kenntnis um Einsatz der Abschaltvorrichtungen

a)

Es wird festgestellt, dass der Einsatz der unter Ziff. 1 genannten Abschaltvorrichtungen von Mitgliedern des Vorstands der Musterbeklagten angeordnet wurde, diesen bekannt war oder von diesen gebilligt wurde.

Hilfswise für den Fall, dass das Gericht Ziff. 3 a) nicht positiv feststellt, wird beantragt, folgende Feststellungen zu treffen:

b)

Es wird festgestellt, dass der Einsatz der unter Ziff. 1 genannten Abschalt-einrichtungen von den Leitern der Motorenentwicklung und -konstruktion der Musterbeklagten, die für die Konstruktion und Bedienung des OM651-Motors zuständig waren, angeordnet wurde, diesen bekannt war oder von diesen gebilligt wurde.

4.

Feststellungen bezüglich Schadensersatzansprüchen

a) Feststellungen zu § 826 BGB

aa)

Es wird festgestellt, dass die Musterbeklagte

- die in Feststellungsziel Ziff. 1 beschriebenen Abschalt-einrichtungen entwickelte,**
- in den Motoren der in Feststellungsziel Ziff. 1 genannten Modelle einbaute,**
- unter Einsatz der vorgenannten Abschalt-einrichtungen Typengenehmigungen erwirkte, ohne die Typengenehmigungsbehörde über die eingesetzten Abschalt-einrichtungen zu informieren und**
- die vorgenannte große Anzahl von Fahrzeugen mit illegalen Abschalt-einrichtungen in den Verkehr brachte.**

bb)

Es wird unter Anwendung des deutschen Sachrechts festgestellt, dass die Musterbeklagte gegenüber Käufern, die Verbraucher sind und eines der im Feststellungsziel Ziff. 1 genannten Modelle erwarben, im Sinne des § 826 BGB sittenwidrig handelte, indem

- Mitarbeiter der Musterbeklagten eine der unter 4 a) aa) beschriebenen Handlungen oder Unterlassungen begingen

und Repräsentanten der Musterbeklagten im Sinne des § 31 BGB

- die unter Ziff. 4 a) aa) beschriebenen Handlungen oder Unterlassungen anordneten, ihnen diese bekannt waren oder von diesen gebilligt wurden,

- das Bewusstsein hatten, dass die in Feststellungsziel Ziff. 1 beschriebenen Abschaltseinrichtungen nach Feststellungsziel Ziff. 2 unzulässig sind oder sich grob fahrlässig oder leichtfertig dieser Bewertung verschlossen haben,

- diesen Gesetzesverstoß zumindest billigend in Kauf nahmen und - Schädigungsvorsatz hatten.

Hilfsweise wird für den Fall, dass das Gericht Antrag Ziff. 4. a) bb) nicht positiv feststellt, wird beantragt, folgende Feststellungen zu treffen:

b) Feststellungen zu § 831 BGB

Es wird unter Anwendung des deutschen Sachrechts festgestellt, dass

aa)

die Mitarbeiter der Musterbeklagten, welche die in Ziff. 4 a) aa) genannten Handlungen oder Unterlassungen vornahmen, Verrichtungsgehilfen im Sinne des § 831 BGB sind,

bb)

die unter Ziff. 4 b) aa) genannten Personen in Bezug auf die unter Ziff. 4 a) aa) genannten Handlungen oder Unterlassungen das Bewusstsein hatten, dass die in Feststellungsziel Ziff. 1 beschriebenen Abschaltseinrichtungen nach Feststellungsziel Ziff. 2 unzulässig sind oder sich grob fahrlässig oder leichtfertig dieser Bewertung verschlossen haben, diesen Gesetzesverstoß mindestens billigend in Kauf nahmen und Schädigungsvorsatz hatten,

cc)

sich die Musterbeklagte bezüglich der unter Ziff. 4 b) aa) genannten Mitarbeiter nicht gem. § 831 Abs. 1 Satz 1 BGB exkulpieren kann.

5. Nichtigkeit der Kaufverträge

Es wird unter Anwendung des deutschen Sachrechts festgestellt, dass ein Kaufvertrag zwischen der Musterbeklagten und einem Käufer, der Verbraucher ist, und eines der in Antrag zu Ziff. 1 genannten Modelle erwarb, welche aufgrund der nach Antrag Ziff. 1 festzustellenden Abschaltseinrichtungen einem amtlichen Pflichtrückruf unterliegen, im Sinne des § 134 BGB

nichtig ist, soweit nicht bei Übergabe ein den Rückrufgrund beseitigendes Update auf das Fahrzeug aufgespielt war.

6. Rechtsfolgen

a) §§ 826, 831 BGB

Es wird unter Anwendung des deutschen Sachrechts festgestellt, dass Käufer von den unter Ziff. 1 genannten Modellen, die Verbraucher sind, im Falle des Vorliegens eines Schadensersatzanspruchs aus §§ 826, 831 gem. § 249 BGB alternativ zur Rückabwicklung des Kaufvertrages auch die Differenz zwischen dem gezahlten Kaufpreis und dem Wert des Fahrzeuges, der aufgrund des Einsatzes der in Ziff. 1 genannten Abschalteneinrichtung gemindert ist, verlangen können, wobei die Musterbeklagte im folgenden Individualprozess die Möglichkeit hat, Umstände darzulegen und zu beweisen, die im Wege der Vorteilsausgleichung schadensmindernd Berücksichtigung finden können.

b) § 823 Abs. 2 i.V.m. § 6 Abs. 1 und § 27 Abs. 1 EG-FGV

Es wird unter Anwendung des deutschen Sachrechts festgestellt, dass Käufer von den unter Ziff. 1 genannten Modellen, die Verbraucher sind, im Falle des Vorliegens eines Schadensersatzanspruchs aus § 823 Abs. 2 i.V.m. § 6 Abs. 1 und § 27 Abs. 1 EG-FGV gem. § 249 BGB die Differenz zwischen dem gezahlten Kaufpreis und dem Wert des Fahrzeuges, der aufgrund des Einsatzes der in Ziff. 1 genannten Abschalteneinrichtung gemindert ist, verlangen können und der Schadensersatz mindestens 10% des jeweils bezahlten Kaufpreises beträgt, wobei die Musterbeklagte im folgenden Individualprozess die Möglichkeit hat, Umstände darzulegen und zu beweisen, die im Wege der Vorteilsausgleichung schadensmindernd Berücksichtigung finden können.

7.

a)

Es wird unter Anwendung des deutschen Sachrechts festgestellt, dass § 6 Abs. 1 und § 27 Abs. 1 EG-FGV Schutzgesetze im Sinne des § 823 Abs. 2 sind.

b)

Es wird unter Anwendung des deutschen Sachrechts festgestellt, dass die Musterbeklagte durch den Einsatz der unter Ziff. 1 genannten Abschalteneinrichtungen in den unter Ziff. 1 genannten Fahrzeugen unzutreffende EG-

Übereinstimmungsbescheinigungen erteilt hat und damit gegen §§ 6 Abs. 1, 27 Abs. 1 EG-FGV verstoßen hat.

c)

Es wird beantragt, folgende Feststellung zu treffen:

Es wird unter Anwendung des deutschen Sachrechts festgestellt, dass die Musterbeklagte den unter Ziff. 7 b) beschriebenen Gesetzesverstoß schuldhaft begangen hat.

d)

Es wird beantragt, folgende Feststellung zu treffen:

Es wird unter Anwendung deutschen Sachrechts festgestellt, dass sich der jeweilige Käufer hinsichtlich der Erwerbskausalität auf den Erfahrungssatz stützen kann, dass er den Kaufvertrag bei Kenntnis der wahren Sachlage zu dem vereinbarten Kaufpreis nicht geschlossen hätte.

Die Musterbeklagte beantragt,

Klageabweisung.

Die Musterbeklagte beantragt Aussetzung des Verfahrens bis zur Entscheidung in den verwaltungsgerichtlichen Verfahren vor dem Verwaltungsgericht Schleswig-Holstein.

Der Senat hat die Protokolle der Verhandlungen vom 12.07.2022 und 21.09.2023, sowie die Terminsverfügungen, Terminsverlegungen und den rechtlichen Hinweis vom 10.03.2022 im Klageregister jeweils öffentlich bekannt gemacht. Wegen des weiteren Sach- und Streitstandes wird auf den Inhalt der Protokolle vom 12.07.2022 und 21.09.2023 Bezug genommen. Der Senat hat eine amtliche Auskunft von der Staatsanwaltschaft Stuttgart eingeholt. Beide Parteien haben nachgelassene Schriftsätze, jeweils vom 15.02.2024, fristgerecht eingereicht.

Entscheidungsgründe:

I.

Die Musterfeststellungsklage ist zulässig.

1.

Die Voraussetzungen des § 606 ZPO (in der bis zum 12.10.2023 gültigen Fassung) liegen vor. Auf die vorliegende Musterfeststellungsklage finden nach § 46 EGZPO die §§ 606ff ZPO in der bis zum 12.10.2023 gültigen Fassung Anwendung.

2.

Die Musterfeststellungsklage ist von einer qualifizierten Einrichtung im Sinne von § 606 Abs. 1 Satz 2 ZPO gemäß § 606 Abs. 3 ZPO erhoben worden.

a.

Der Musterkläger ist eine klagebefugte qualifizierte Einrichtung im Sinne von § 606 Abs. 1 Satz 2 ZPO. Als Dachverband aller 16 Verbraucherzentralen und 28 weiterer Verbraucherschutzorganisationen in Deutschland erfüllt er die Voraussetzung des § 606 Abs. 1 Satz 2 Nr. 1 ZPO. Er ist seit mehr als vier Jahren sowohl in der Liste nach § 4 Unterlassungsklagengesetz als auch im Verzeichnis der Europäischen Kommission nach Artikel 4 der Richtlinie 2009/22/EG des Europäischen Parlaments und des Rates über Unterlassungsklagen zum Schutz der Verbraucherinteressen eingetragen (§ 606 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 ZPO) und nimmt satzungsgemäß Verbraucherinteressen durch nicht gewerbsmäßige aufklärende oder beratende Tätigkeiten wahr (§ 606 Abs. 1 Satz 2 Nr. 3 ZPO). Aus den vorgelegten veröffentlichten Jahresberichten des Musterklägers für die Jahre 2019 und 2020 ergibt sich auch, dass der Musterkläger überwiegend mit öffentlichen Mitteln gefördert wird im Sinne von § 606 Abs. 1 Satz 4 ZPO. So ergibt sich aus der im Jahresbericht 2019 auf Seite 75 abgedruckten Gesamtübersicht zum Jahresabschluss, dass dieser mit öffentlichen Mitteln in Höhe von 12.506.646 € (Zuwendungen des Bundesministeriums für Justiz und Verbraucherschutz) gefördert wurde, was einem Anteil von über 97% am Gesamthaushalt von

12.787.769 € darstellt. Auch die projektbezogene Finanzierung (Projektförderung) im Gesamtvolumen von 31.084.810 € erfolgte mit über 29.876.232 € allein über die Etats diverser Bundesministerien. Ein entsprechendes Bild gibt auch der Jahresbericht 2020, wonach dessen institutioneller Haushalt mit öffentlichen Mitteln in Höhe von 21.535.955 € (Zuwendungen des Bundesministeriums für Justiz und Verbraucherschutz) gefördert wurde, was einem Anteil von über 95% am Gesamthaushalt von 22.666.154 € darstellt. Auch hier erfolgte die projektbezogene Finanzierung im Gesamtvolumen von 21.460,942 € mit über 20.000.000 € allein über die Etats diverser Bundesministerien. Auf die Darstellungen in den vorgelegten Jahresberichten (jeweils Anlage MK 5) wird insoweit Bezug genommen.

Damit streitet gemäß § 606 Abs. 1 Satz 4 ZPO die unwiderlegliche Vermutung dafür, dass der Musterkläger auch die Voraussetzungen nach § 606 Abs. 1 Satz 2 Nr. 4 und 5 ZPO erfüllt.

b.

Auch das Erfordernis des § 606 Abs. 3 Nr. 2 ZPO ist erfüllt. Der Musterkläger hat einen Lebenssachverhalt vorgetragen und glaubhaft gemacht, der begründet, dass von den jeweiligen Feststellungszielen die Ansprüche und Rechtsverhältnisse von mindestens zehn Verbrauchern (§ 29c Abs. 2 ZPO) abhängen.

aa.

Unter dem Feststellungsziel Ziff. 1 a) aa) führt der Musterkläger vier Euro 6-Fahrzeugmodelle an, die nach dem Feststellungsziel über eine unzulässige Abschaltvorrichtung verfügen.

(1) Auf diesen Umstand, dem Vorliegen von Abschaltvorrichtungen im Sinne von Art. 3 Nr. 10 Verordnung (EG) Nr. 715/2007, die zudem unzulässig nach Art. 5 Abs. 2 Satz 1 Verordnung (EG) Nr. 715/2007 sind, können, sofern weitere Voraussetzungen vorliegen, Verbraucher, die Fahrzeuge dieser Modelle gekauft haben, unter anderem Ansprüche aus §§ 826, 31 BGB, § 831 Abs. 1 Satz 1 BGB in Verbindung mit § 826 BGB (vgl. dazu ua die Leitentscheidung des BGH, Urteil vom 25.05.2020 – VI ZR 252/19, juris Rn. 13ff) oder den aus § 823 Abs. 2 BGB in Verbindung mit § 6 Abs. 1, § 27 Abs. 1 EG-FGV folgenden Anspruch auf den sogenannten Differenzschaden (vgl.

dazu ua die Leitentscheidung des BGH, Urteil vom 26.06.2023 – VIa ZR 335/21, juris Rn. 18 ff) stützen.

(2) Als Zulässigkeitsvoraussetzung ist insoweit der Sachvortrag zum Anspruch des Verbrauchers selbst und zum eigentlichen Feststellungsziel als richtig zu unterstellen (so Röthemeyer, Musterfeststellungsklage – Spezialkommentar zum 6. Buch ZPO, 2019, § 606 ZPO Rn. 68; a.A.: Boese/Bleckwenn in Nordholtz/Mekat, Musterfeststellungsklage, § 4 Rn. 37; vgl. auch Senatsbeschluss v. 28.12.2021 – 24 MK 1/21), was sich hinsichtlich Letzterem bereits aus dessen Eigenschaft als sogenannte doppelrelevante Tatsache ergibt (vgl. dazu ua BGH, Beschluss vom 20.06.2023 – II ZB 18/22, juris Rn. 10 mwN; BGH, Urteil vom 29.06.2010 – VI ZR 122/09, juris Rn. 8 mwN).

(3) Verbraucher im Sinne von § 29c Abs. 2 ZPO ist jede natürliche Person, die bei dem Erwerb des Anspruchs oder der Begründung des Rechtsverhältnisses nicht überwiegend im Rahmen ihrer gewerblichen oder selbständigen beruflichen Tätigkeit handelt. § 29c Abs. 2 ZPO wurde durch das Gesetz zur Einführung der zivilprozessualen Musterfeststellungsklage vom 12.07.2018 eingefügt und dehnt die materiell-rechtliche Definition des § 13 BGB bei Abschluss von Rechtsgeschäften auf jegliches Handeln aus, sodass auch deliktische Ansprüche von dieser im Zusammenhang mit der Schaffung der Musterfeststellungsklage erfolgten Erweiterung des Verbraucherbegriffs umfasst sind (vgl. Schlutzky in Zöller, ZPO, 34. Aufl. 2022, § 29c Rn. 9a; in der 35. Aufl. 2024 aaO, entsprechend unter Verweis auf die Verbandsklagen; Röthemeyer, Musterfeststellungsklage – Spezialkommentar zum 6. Buch ZPO, 2019, § 29c Abs. 2 ZPO Rn. 2).

(4) Da der Musterkläger hinsichtlich dieser vier Fahrzeugmodelle keine unterschiedlichen Rechtsfolgen festzustellen begehrt, ist bereits ausreichend, dass sich der Vortrag zur Abhängigkeit der Ansprüche von zehn Verbrauchern und deren Glaubhaftmachung nicht auf jedes dieser vier Fahrzeugmodelle erstrecken muss (vgl. OLG Braunschweig, Beschluss vom 23.11.2018 – 4 MK 1/18, juris Rn. 16). Gleichwohl hat der Musterkläger zu jedem dieser vier Fahrzeugmodelle die Abhängigkeit der Ansprüche von mehr als zehn Verbrauchern durch Vortrag der Kaufvertragsabschlüsse, der näheren Fahrzeugspezifikationen und der Verbrauchereigenschaft und sowie durch Vorlage von Kopien der Kaufverträge, der Zulassungsbescheinigungen sowie durch

Vorlage einer jeweils vom Käufer unterzeichneten eidesstattlichen Versicherung hierüber, insbesondere zu dessen Verbraucherstellung. Auf die Klageschrift vom 07.07.2021 und den Schriftsatz des Musterklägers vom 12.10.2021 (inkl. der jeweiligen Anlagen) wird insoweit Bezug genommen. Die zur Glaubhaftmachung vorgelegten Unterlagen wurden dabei je benanntem Verbraucher in einer Anlage „MK“ zusammengefasst (zum GLC 220d 4Matic: u.a. Ludwig Hassel (MK 44, MK 44a), Rolf-Dieter Heinzen (MK 46), Tatjana Leidreiter (MK 66, MK 66a), Heinz Scharnhorst (MK 82, MK 82a), Sonja Weindler (MK 106), Detleff Weinstein (MK 107), Waltraud Ziebart (MK 113), Ulrich Zumkeller (MK 115), Rainer Lange (MK 171), Paul Leyendecker (MK 172); Hans Friedrich Meyer (MK 173), Klaus-Dieter Püsching (MK 176); zum GLC 250d 4Matic: u.a. Andrzej Czajka (MK 25, MK 25a), Wolfgang Müller (MK 70), Werner Pacha (MK 73, MK 73a), Gregor Wessel (MK 110), Manfred Winneke (MK 181), Hubert Feil (MK 182), Frank Wunderlich (MK 183), Alex Braml (MK 184), Stefan Perl (MK 185), Cornelia Stützer (MK 187), Thomas Dietze (MK 188); zum GLK 220 BlueTec 4Matic: u.a. Günter Borcharding (MK 20, MK 20a), Ludger Bruns (MK 22), Rainer Kapp (MK 53), Uwe Rechentin (MK 78), Christian Stanik (MK 95, MK 95a), Hans-Jürgen Supper (MK 102, MK 102a), Manfred Bothmer (MK 189), Ralf Glaunsinger (MK 190), Alexander Gourevich (MK 191), Eckhard Bohlens (MK 192) und Wilfried Föckeler (MK 193); zum GLK 250 BlueTec 4 Matic: u.a. Gerhard Engelbrecht (MK 33), Gerhard Engelstädter (MK 34), Edmund Fürst (MK 37, MK 37a), Julius Heinrich (MK 45), Beate Hofmeister (MK 49), Stephan-Johann Schipler (MK 85), Reiner Simon Schwarz (MK 89), Veronika Straßer (MK 99), Daniel Weiß (MK 108), Rainer Kottmeyer (MK 194), Dirk Heuer (MK 197), Anton Adalbert Hörmann (MK 198)).

bb.

Unter dem Feststellungsziel Ziff. 1 b) führt der Musterkläger drei Euro 5-Fahrzeugmodelle an, die nach diesem Feststellungsziel über eine unzulässige Abschalteneinrichtung in Gestalt einer KSR verfügen sollen. Insoweit kann auf die vorstehenden Ausführungen unter aa. (1) bis (3) vollumfänglich Bezug genommen werden. Die Ausführungen unter aa. (4) gelten entsprechend mit der Maßgabe, dass der Musterkläger auch hinsichtlich dieses Feststellungsziels zu jedem der drei gegenständlichen Fahrzeugmodelle in entsprechender Weise die Abhängigkeit von mehr als zehn Verbrauchern vorgetragen und glaubhaft gemacht hat (zum GLK 200 CDI: u.a. Klaus Genthner (MK 39, MK 39a), Burkhard Heitkamp (MK 47), Ulrich Lang (MK 64, MK 64a), Detlef Perkuhn

(MK 74), Bernd Steinmann (MK 97), Stefan Zensen (MK 207), Marcel Habermann (MK 208), Dieter Cremer (MK 209), Raphael Lamskemper (MK 210), Johannes Georg Morsch (MK 211), Anton Sauer (MK 212), Herbert Schlofhane (MK 213); zum GLK 220 CDI: u.a. Walter Anderer (MK 14, MK 14a), Jochen Blank (MK 19, MK 19a), Ingo Dues (MK 27, MK 27a), Klaus Eisenblätter (MK 30, MK 30a), Josef Groß (MK 41, MK 41a), Waldemar Kobiela (MK 58, MK 58a), Peter Scherf (MK 83), Natalia Utz (MK 105), Norbert Wiesenbach (MK 112, MK 112a), Wolfgang Steinberg (MK 214), Kemal Karaman (MK 215), Dirk Handick (MK 216), Claus Deußner (MK 217); zum GLK 220 CDI 4Matic: u.a. Edgar Armbruster (MK 15, MK 15a), Werner Becht (MK 16), Alfons Bröker (MK 21), Werner Bucher (MK 23, MK 23a), Bernd Catterfeld (MK 24, MK 24a), Justus Dehio (MK 26), Peter Ehrlich (MK 29, MK 29a), Thiab Elyan (MK 31), Dagmar Flakus (MK 35), Peter Frank (MK 36), Klaus-Dieter Gerkens (MK 40)).

cc.

Aus vorstehenden Ausführungen unter aa. und bb. folgt, dass der Musterkläger auch die erforderliche Abhängigkeit von Ansprüchen von mindestens zehn Verbrauchern vom Feststellungsziel Ziff. 2 vorgetragen und glaubhaft gemacht hat. Denn nach diesem Feststellungsziel soll die Unzulässigkeit im Sinne von Art. 5 Abs. 2 Satz 2 Verordnung (EG) Nr. 715/2007 festgestellt werden, was ebenfalls ein tatsächlicher Umstand zur Begründung der vorstehend unter aa. (1) dargestellten Ansprüche der Verbraucher gegenüber der Musterbeklagten ist.

dd.

Sowohl für das Feststellungsziel Ziff. 3 a) als auch für das hilfsweise gestellte Feststellungsziel Ziff. 3 b), über das der Senat zu befinden hat (siehe unter II.), liegen die Voraussetzungen des § 606 Abs. 3 Nr. 2 ZPO vor. Dies folgt bereits aus der vorgetragenen Abhängigkeit und Glaubhaftmachung zu den Feststellungszielen Nr. 1 a) aa) und Nr. 1 b). Denn ein Wissen der in den Feststellungszielen Nr. 3 a) und b) aufgeführten Personenkreise um die Verwendung der genannten unzulässigen Abschalteneinrichtungen ist ein Bestandteil für ein vorsätzliches Handeln im Sinne eines vorsätzlich sittenwidrigen Handelns im Sinne von § 826 BGB.

ee.

Die vorstehenden Ausführungen gelten insoweit entsprechend für das Feststellungsziel Ziff. 4 a) aa) und das Feststellungsziel Ziff. 4 a) bb).

ff.

Auch hinsichtlich der Feststellungsziele Nr. 4 b) aa) bis cc) sind die Voraussetzungen des § 606 Abs. 3 Nr. 2 ZPO gegeben, da diese der Feststellung der positiven Anspruchsvoraussetzungen des § 831 Abs. 1 Satz 1 BGB in Verbindung mit § 826 BGB (Feststellungsziele Nr. 4 b) aa) und bb)) sowie der negativen Anspruchsvoraussetzung – fehlende Exkulpation durch die Musterbeklagte – des § 831 Abs. 1 Satz 2 BGB (Feststellungsziel Ziff. 4 b) cc)) dienen.

gg.

Vom Feststellungsziel Ziff. 5 – Nichtigkeit der Kaufverträge – sind Ansprüche von Verbrauchern aus § 812 Abs. 1 Satz 1 1. Alt BGB abhängig, die ihr Fahrzeug direkt von der Musterbeklagten gekauft haben. Unter den vom Musterkläger angeführten Verbrauchern befinden sich mehr als zehn von diesen. Zwar lassen bereits diese, vom Musterkläger vorgetragene Tatsachen als zutreffend unterstellt, aus Rechtsgründen eine Nichtigkeit der Kaufverträge im Sinne von § 134 BGB nicht erkennen (dazu unter II.), doch wird vom Musterkläger diese Nichtigkeitsfolge gerade mit dem Feststellungsziel begehrt, sodass es insoweit im Rahmen der Zulässigkeit als rechtlich zutreffend zu unterstellen ist.

hh.

Hinsichtlich der übrigen Feststellungsziele Nr. 6 a), Nr. 6 b), Nr. 7 a) bis d) folgt die erforderliche Abhängigkeit der Verbraucheransprüche aus den oben unter aa. und bb. dargestellten Umständen.

c.

Auch die stichtagsbezogene Zulässigkeitsvoraussetzung des § 606 Abs. 3 Nr. 3 ZPO, dass zwei Monate nach öffentlicher Bekanntmachung der Musterfeststellungsklage mindestens 50 Verbraucher ihre Ansprüche im Klageregister wirksam angemeldet haben, ist auf Basis des nach § 609 Abs. 5 ZPO auf den Stichtag 03.01.2022 bezogenen

Registerauszug, auf den insoweit Bezug genommen wird, erfüllt. Bereits von den ersten 100 Anmeldungen beziehen sich nach der Anmeldebeschreibung 59 (vgl. laufende Nr. 1, 4, 6, 9, 10, 12, 17, 18, 21, 22, 25, 28-30, 32-34, 36-38, 40-42, 44-46, 48, 49, 57, 60, 62, 64-73, 75-77, 79, 80, 83, 84, 87-89, 91-95, 97-99) auf die im Feststellungsziel Ziff. 1 aufgeführten Fahrzeugmodelle und enthalten die nach § 608 Abs. 2 Satz 1 ZPO erforderlichen Angaben, d.h. Name und Anschrift des Verbrauchers, Bezeichnung des Gerichts und Aktenzeichens der Musterfeststellungsklage, Bezeichnung der Musterbeklagten, Vortrag zum Kauf und die Versicherung der Richtigkeit und Vollständigkeit der Angaben durch den angemeldeten Verbraucher. Bei unvollständigen Modellbezeichnungen lässt sich die Betroffenheit aus der angegebenen FIN ableiten. Im Rahmen von § 606 Abs. 3 Nr. 3 ZPO kommt es nicht darauf an, dass für jedes von mehreren Feststellungszielen 50 wirksame Anmeldungen vorliegen (Schmidt in Anders/Gehle, ZPO, 82. Aufl. 2024, § 606 Rn. 24).

3.

Die Musterfeststellungsziele sind auch im Übrigen zulässig.

a.

Den vom Musterkläger zur Entscheidung gestellten Feststellungszielen kommt allesamt die für die Musterklage erforderliche beabsichtigte Breitenwirkung zu.

Auch hinsichtlich des Feststellungsziels Nr. 3 a) ist die beabsichtigte Breitenwirkung gegeben. Denn die begehrte Feststellung, dass die im Feststellungsziel Ziff. 1 a) aa) und Nr. 1 b) festgestellten Abschaltseinrichtungen von Mitgliedern des Vorstandes angeordnet wurden, diesen bekannt waren oder von diesen gebilligt wurden, ist – ausweislich der vorgenommenen Auslegung (dazu unter II. D.) – auf den Zeitpunkt der Inverkehrgabe der Fahrzeuge begrenzt und stellt damit einen Umstand dar, der für die Ansprüche aller Verbraucher, die eines der streitgegenständlichen Fahrzeuge erworben haben, in gleicher Weise relevant ist. Der Umstand, dass sich nach dem Zeitpunkt der Inverkehrgabe die Rechtsverhältnisse der angemeldeten Verbraucher unterschiedlich entwickeln können, steht daher der Zulässigkeit nicht entgegen.

Zwar ist der für eine Haftung nach § 826 BGB den Schaden erst begründende Kaufvertragsabschluss – sieht man von Neuwagenkäufen ab, bei denen das Fahrzeug nicht selten erst danach produziert wird, – oftmals erst nach Inverkehrgabe erfolgt.

Dies steht der beabsichtigten Breitenwirkung gleichwohl nicht entgegen. Denn auch wenn eine nach Inverkehrgabe eingetretene Verhaltensänderung des Herstellers vor Eintritt des Schadens in Gestalt des Abschlusses des ungewollten Kaufvertrages bei der Beurteilung, ob dessen Verhalten als vorsätzlich sittenwidrig im Sinne von § 826 BGB anzusehen ist, zu berücksichtigen ist (vgl. BGH, Urteil vom 24.10.2023 – VI ZR 493/20, juris Rn. 8; BGH, Urteil vom 30.07.2020 – VI ZR 5/20, juris Rn. 34; BGH, Urteil vom 28.10.2021 – III ZR 261/20, juris Rn. 17), stellt die erstrebte Feststellung gleichwohl einen tatsächlichen Umstand dar, der dem Verbraucher den Nachweis der Tatbestandsvoraussetzungen des § 826 BGB erleichtert.

b.

Gegen das Feststellungsziel Ziff. 6 a) – gerichtet auf Feststellung eines Wahlrechts zwischen großem Schadensersatz und kleinem Schadensersatz im Rahmen der §§ 826, 831 BGB in Verbindung mit § 249 BGB – wendet die Musterbeklagte ein, es handele sich bei diesem um eine reine Rechtsfrage, die bereits höchstrichterlich geklärt sei, sodass es zumindest am erforderlichen Feststellungsinteresse fehle. Taugliches Feststellungsziel einer Musterfeststellungsklage kann aber auch eine reine Rechtsfrage sein. Dies soll (auch) dem Ziel einer Vereinheitlichung und einer Fortentwicklung des Rechts dienen (vgl. BT-Drucks 19/2439 S. 22; BT-Drucks 19/2507 S. 21). Der Umstand, dass die vom Musterkläger festzustellende Rechtsfrage – wie die Musterbeklagte zutreffend ausführt – durch den Bundesgerichtshof bereits höchstrichterlich geklärt (vgl. BGH, Urteil vom 06.07.2021 – VI ZR 40/20, juris Rn. 16) und mittlerweile auch in ständiger Rechtsprechung bestätigt worden ist (vgl. ua BGH, Urteile vom 06.02.2023 – VIa ZR 419/21, juris Rn. 10 mwN, vom 26.06.2023 – VIa ZR 335/21, juris 40, vom 24.10.2023 – VI ZR 131/20, juris Rn. 51), steht der Zulässigkeit dieses Feststellungsziels gleichwohl nicht entgegen. Höchststrichterliche Entscheidungen entfalten außerhalb der Verfahren, in denen sie ergangen sind, keine rechtliche Bindungswirkung. Der Umstand, dass die Instanzgerichte sich in der Regel an diese halten, um die Einlegung von Rechtsmitteln nicht zu provozieren, begründet allenfalls eine faktische Bindungswirkung. Über diese faktische Bindungswirkung höchstrichterlicher Entscheidungen geht die des § 613 Abs. 1 Satz 1 ZPO hinaus. Diese begründet eine rechtliche Bindungswirkung hinsichtlich der im rechtskräftigen Musterfeststellungsurteil getroffenen Feststellungen für die Folgeverfahren der Verbraucher, so dass dort über diese nicht mehr gestritten werden kann und die Folgeverfahren damit vereinfacht werden.

c.

Hinsichtlich einer Zulässigkeit der Feststellungsziele Nr. 6 b), Nr. 7 a) bis d) gilt Vorstehendes entsprechend.

d.

Soweit die Musterbeklagte der Ansicht ist, von den Feststellungszielen müssten Verbraucher mit Sitz im Ausland ausgenommen werden, da für diese in der Regel abweichendes nationales Sachenrecht in den Folgeprozessen anwendbar sei, ist dem nicht zu folgen. Das Gesetz enthält keine dahingehende Einschränkung, dass nur in Deutschland ansässige Verbraucher anmeldeberechtigt sind (vgl. Heigl/Normann in Nordholz/Mekat, Musterfeststellungsklage § 3 Rn. 23; HK-MFKG/Röthemeyer, 2. Auflage § 608 Rn. 7). Welches Sachrecht Anwendung findet und welche Feststellungsziele im Folgeprozess, den der Verbraucher gegen die Musterbeklagte führt, Bindungswirkung entfalten, ist allein in diesem Folgeprozess zu klären.

4.

Die nach dem Stellen der Anträge erfolgten Modifikationen der Feststellungsziele unterfallen § 264 Nr. 2 ZPO und stellen keine – nach dem Ende der ersten mündlichen Verhandlung vom 12.07.2022 nicht mehr mögliche (einhellige Ansicht, so ua Vollkommer in Zöller, ZPO, 34. Aufl. 2022, § 606 Rn. 6 und § 610 Rn. 12, 16) – Änderungen im Sinne von § 263 ZPO dar. Eine Ergänzung/Änderung im Sinne von § 264 Nr. 2 ZPO ist eine solche, die keinen neuen Lebenssachverhalt und keine neuen Anspruchsgrundlagen umfasst (de Lind von Wijngaarden in Nordholz/Mekat, Musterfeststellungsklage, 2019, § 6 Rn. 59; Simon Röß in NJOZ 2021, 1569). In diesem Rahmen bewegen sich die vom Musterkläger vorgenommenen Modifikationen seiner Feststellungsziele, sodass weder ein neues Anmeldeverfahren erforderlich ist noch den angemeldeten Verbrauchern eine Austrittsmöglichkeit zusteht (vgl. Röß und de Lind von Wijngaarden, jeweils a.a.O.; Weinland, Die neue Musterfeststellungsklage, 2018, Rn. 111). Hierunter fällt auch die – aufgrund der erst im Laufe des hiesigen Musterklageverfahrens entstandenen Rechtsprechung zum Differenzschadensersatz (grundlegend: BGH, Urteil vom 26.06.2023 – VIa ZR 335/21) – erfolgte Umstellung des in der

ersten mündlichen Verhandlung bisherigen Feststellungsziels Nr. 4 c) in die neuen Feststellungsziele Nr. 6 b) und Nr. 7 a) bis d).

5.

Das Oberlandesgericht Stuttgart ist sowohl sachlich ausschließlich (§ 119 Abs. 3 Satz 1 GVG) als auch örtlich gemäß § 32c ZPO (in der bis zum 12.10.2023 gültigen Fassung) ausschließlich zuständig, da die Musterbeklagte ihren Sitz im Sinne von § 17 ZPO in Stuttgart hat.

II.

A.

Die im **Feststellungsziel Ziff. 1 a) aa)** zur Entscheidung gestellte Feststellung ist in der aus dem Tenor ersichtlichen Weise zu treffen (I. Ziffer 1. des Urteilstenors).

Der getroffenen Feststellung liegt die Auslegung (3.) des vom Musterkläger begehrten Feststellungsziels zugrunde (§§ 133, 157 BGB); die EG-Typgenehmigungsnummern und Produktionszeiträume waren zur Bestimmung der Reichweite der Feststellung in den Tenor aufzunehmen. Die Feststellung ist zu treffen. Die Musterfeststellungsklage ist insoweit auf Basis des unstreitigen Vortrages der Parteien (1.) begründet (5.), da die in den streitgegenständlichen Fahrzeug-Modellen enthaltene Funktionalität – vom KBA als „*Strategie A in vergleichbarer Ausprägung*“ bezeichnet – die Voraussetzungen einer Abschaltvorrichtung im Sinne von Art. 3 Nr. 10, 5 Abs. 2 Satz 1 VO (EG) Nr. 715/2007 (2.) erfüllt. Dies war vom Senat auf Basis des Vortrages der Musterbeklagten, den sich der Musterkläger zumindest hilfsweise zu eigen gemacht hat, selbst festzustellen, da die Rückrufbescheide des KBA für das Vorliegen einer Abschaltvorrichtung in den streitgegenständlichen Fahrzeug-Modellen keine den Senat bindende verwaltungsrechtliche Tatbestandswirkung entfalten; ebenso steht dem die EG-Typgenehmigung nicht entgegen (4.). Soweit der Musterkläger behauptet, dass eine Zurück-

schaltung vom Online-Modus in den Füllstands-Modus innerhalb desselben Zündwechsels nicht mehr erfolge, was auf Basis des Beklagtenvortrags nicht zugrunde gelegt werden kann, führt nicht zu einer teilweisen Abweisung des Feststellungsziels (6.).

1.

Unstreitiger Vortrag der Parteien:

Die Musterbeklagte stellte unter Verwendung des ebenfalls von ihr hergestellten Motors des Typs OM 651 folgende nach der Schadstoffklasse Euro 6 EG-typgenehmigte Fahrzeug-Modelle her: GLC 220d 4Matic und GLC 250d 4Matic (jeweils EG-Typgenehmigungsnummern: e1*2001/116*0480*16-22, Produktionszeitraum 01.06.2015 bis 30.11.2016) sowie GLK 220 BlueTec 4Matic und GLK 250 BlueTec 4Matic (jeweils EG-Typgenehmigungsnummern: e1*2001/116*0480*11-15, Produktionszeitraum 01.06.2012 bis 31.05.2015). Diese Fahrzeuge verfügen unter anderem über ein SCR-System (selektive katalytische Reduktion). Bei diesem handelt es sich um eine Abgasnachbehandlung mit dem Harnstoffgemisch AdBlue, das durch die hohen Temperaturen im Abgassystem in Ammoniak umgewandelt wird, der anschließend in einem SCR-Katalysator mit den im Abgas enthaltenen Stickoxiden (NOx) zu Stickstoff und Wasser reagiert.

Die AdBlue-Dosierung erfolgt mittels zweier Dosiermodi, dem sogenannten Füllstands-Modus (auch als „Speicher-Modus“ oder „Fill-Level-Modus“ bezeichnet) und dem sogenannten Online-Modus (auch als „Feed-Forward-Modus“ bezeichnet). Bei Fahrtbeginn erfolgt die AdBlue-Dosierung grundsätzlich zunächst über den Füllstands-Modus, bei dem bis zum Erreichen eines Zielfüllstandes bewusst mehr AdBlue eindosiert wird, als in dem Moment für die Reinigung der Roh-NOx-Emissionen, d.h. der im Motor entstehenden NOx-Menge, welche – nach Durchlaufen innermotorischer Maßnahmen (wie der Abgasrückführung, AGR) – in den SCR-Katalysator gelangen, erforderlich ist. Grund hierfür ist, dass bei niedrigen Katalysatortemperaturen ein hoher Füllstand Voraussetzung für eine hohe Reinigungsleistung ist. Wird die Speicherkapazität des SCR-Katalysators überschritten, welche sich zudem bei steigender Temperatur des SCR-Katalysators verringert, besteht die Gefahr des Austritts ungebundenen Ammoniaks, sogenannter Ammoniak-Schlupf. Aus diesem Grund kommt ab einem bestimmten Betriebszustand der Online-Modus zur Anwendung, was über das Erreichen bestimmter Schwellenwerte gesteuert wird, welche in binären Ziffern, sogenannten „Bit“

(englische Abkürzung für „binary digit“) beschrieben werden, unter diesen auch das sogenannte „Bit 13“, als Schwellenwert für die SCR-Temperatur und den NOx-Massstrom in Abhängigkeit des Roh-NOx-Integrals. Beim Online-Modus wird weniger Ad-Blue eingespritzt als tatsächlich zur Bindung von 100% der Roh-NOx-Emissionen nach den Zielvorgaben erforderlich wäre. Dies erfolgt, um eine auf Mess- und Modellungenauigkeiten beruhende Überschreitung der maximalen Speicherkapazität und damit Ammoniak-Schlupf zu vermeiden.

Die Schwellenwerte für einen Wechsel der Dosiermodi, also auch für ein Zurückschalten vom Online-Modus in den Füllstands-Modus, werden – nach dem unbestrittenen Vortrag der Musterbeklagten (dazu unter b.) – im Laufe der Betriebsdauer abgesenkt, wobei zwischen den Parteien streitig ist, ob eine Rückschaltung vom Online-Modus in den Füllstands-Modus überhaupt nicht mehr erfolgt (so der Musterkläger) oder lediglich erschwert wird bzw. nur selten möglich ist (so die Musterbeklagte).

Das KBA beanstandete mit Rückrufbescheid vom 23.05.2018 zu anderen Fahrzeugen der Musterbeklagten die Ausgestaltung des Wechsels zwischen dem Füllstands-Modus und dem Online-Modus anhand des „Bit 13“ als unzulässige Abschaltvorrichtung, wobei bei diesen Fahrzeugmodellen nach einem Wechsel vom Füllstands-Modus in den Online-Modus innerhalb desselben Zündwechsels keine Rückschaltung mehr erfolgte – vom KBA als Strategie A bezeichnet. Mit Ergänzungsbescheid vom 03.08.2018 beanstandete das KBA auch in den hier streitgegenständlichen Fahrzeugmodellen der Beklagten die Ausgestaltung des Wechsels zwischen Füllstands-Modus und Online-Modus aufgrund des „Bit 13“ als unzulässige Abschaltvorrichtung.

Mit Bescheid vom 20.12.2019 passte das KBA – nach dem unwidersprochenen Vortrag der Musterbeklagten – die Liste der von den vorgenannten Bescheiden betroffenen Fahrzeugmodellen an, ohne dass dies Auswirkungen auf die streitgegenständlichen Fahrzeugmodelle hatte.

a.

Der Musterkläger trägt unter Berufung auf die Auskunft des KBA vom 09.03.2021 gegenüber dem Landgericht Bonn (vorgelegt als Anlage MK 121) vor, dass nach einem Wechsel vom Füllstands-Modus in den Online-Modus innerhalb desselben Zündwechsels keine Zurückschaltung mehr in den Füllstands-Modus erfolge. In der vorgelegten Auskunft führt das KBA aus:

„Im Bescheid des KBA vom 03.08.2018 wurde auf Basis der Einlassungen des Fahrzeugherstellers für das betroffene Fahrzeug festgestellt, dass im Emissionskontrollsystem verschiedene Strategien verwendet werden, mit denen die Wirksamkeit des Emissionskontrollsystems in unzulässiger Weise reduziert wird, obwohl normale Betriebsbedingungen vorliegen. Dabei wählt das Fahrzeug für die Abgasnachbehandlung per SCR-Katalysator zwei unterschiedliche Regelstrategien (Modi) hinsichtlich der Eindüsung von AdBlue, welches die Stickoxide (NOx) reduziert. Dies ist grundsätzlich nicht unzulässig und wird von vielen Herstellern angewendet. Dazu müssen aber beide Modi vergleichbar effektiv sein. Im beanstandeten Fall hatten die Modi eine signifikant unterschiedliche Effektivität. Während unter Bedingungen, wie sich auch für die Typprüfung vorgegeben sind, nach Motorstart ein vergleichsweise effektiver Modus geschaltet ist, wird nach dem Erreichen einer bestimmten Stickoxidmasse nach Ablauf des Prüfzyklus dauerhaft in einen weniger effektiven Modus geschaltet. Ein Zurückschalten in den effektiven Modus erfolgt danach nicht mehr, sondern erst nach Motorneustart. Dies wird als unzulässige Abschalteneinrichtung bewertet.“

b.

Die Musterbeklagte trägt vor, eine Rückschaltung vom Online-Modus in den Füllstands-Modus innerhalb desselben Zündwechsels sei nicht ausgeschlossen, werde aber erschwert bzw. sei nur selten möglich. Dies habe auch das KBA beanstandet und die Funktionalität – anders als im Bescheid vom 23.05.2018 – als „Strategie A in vergleichbarer Ausprägung“ bezeichnet.

Die Reinigungsleistung des SCR-Systems liege im realen Fahrbetrieb auf der Straße auch nach Eingreifen von „Strategie A (in vergleichbarer Ausprägung)“ in der Regel über dem Niveau der Prüfung Typ 1.

Bei Verwendung des Online-Modus werde im Realbetrieb regelmäßig eine höhere absolute Reinigungsleistung erzielt als für die Einhaltung der Grenzwerte im Neuen Europäischen Fahr-Zyklus (NEFZ) erforderlich sei. Man könne daher nicht davon sprechen, dass in einen weniger effektiven Modus geschaltet werde, was auch von ihr durchgeführte Realbetriebsmessfahrten mit einem GLK (BR X204) auf der Straße im Stadtgebiet von Stuttgart sowie im Stuttgarter Umland (Waiblingen, Autobahnkreuz Stuttgart, Esslingen, Leinfelden, Zuffenhausen) zeigten. Bei diesen habe der Wirkungsgrad in Fahrtabschnitten im Online-Modus sogar oftmals über denen im Füllstands-Modus gelegen (vgl. Beklagtenschriftsatz vom 13.09.2023 Rz. 90ff, sowie vom 15.02.2024 Rz. 30, 31, 46, 80-84).

2.

Nach Art. 3 Nr. 10 der Verordnung (EG) Nr. 715/2007 liegt eine Abschaltvorrichtung vor, wenn die Funktion eines beliebigen Teils des Emissionskontrollsystems in Abhängigkeit von bestimmten Parametern verändert und die Wirksamkeit des Emissionskontrollsystems unter den Bedingungen, die bei normalem Fahrzeugbetrieb vernünftigerweise zu erwarten sind, verringert wird.

a.

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 Abgasnachbehandlung. 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 für das Typgenehmigungsverfahren vorgegebener Emissionsgrenzwerte, 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 (vgl. BGH, Urteil vom 26.06.2023 – VIa ZR 335/21, juris Rn. 50, 51 unter Verweis auf EuGH, Urteil vom 14.07.2022, C-128/20, juris Rn. 40).

b.

Zu den Bedingungen, die bei normalem Fahrzeugbetrieb vernünftigerweise zu erwarten sind, zählen neben den Umweltbedingungen (aa.) auch die Fahrbedingungen (bb.).

aa.

Die normalen Umweltbedingungen umfassen Umgebungstemperaturen von -15°C bis $+40^{\circ}\text{C}$ (vgl. Senatsurteile vom 19.10.2023 – 24 U 103/22, juris Rn. 31; vom 30.11.2023 – 24 U 153/21, juris Rn. 81; vom 11.01.2024 – 24 U 241/22, juris Rn. 7; OLG Frankfurt, Urteil vom 29.11.2023 – 19 U 185/22, juris Rn. 14; VG Schleswig, Urteil vom 20.02.2023 – 3 A 113/18, juris Rn. 267, 274; OLG Schleswig-Holstein, Urteil vom

08.12.2023 – 1 U 105/20, juris Rn. 91: zweistellige Minusgrade - etwa in Skandinavien – und Temperaturen um 40 °C – etwa in Südeuropa) sowie Fahrten zumindest unterhalb einer Meereshöhe von 1.950 Metern.

bb.

Zum normalen Fahrbetrieb gehören alle Fahrten auf öffentlichen Straßen unter Einhaltung der geltenden Verkehrsregeln innerhalb Europas im Teillastbetrieb im Geschwindigkeitsbereich von 0 bis 130 km/h (Richtgeschwindigkeit auf deutschen Autobahnen), Kurzstrecken von wenigen Kilometern genauso wie Langstreckenfahrten auf Landstraßen und Autobahnen von mehreren hundert Kilometern, wobei der Senat bei Langstreckenfahrten beim normalen Fahrbetrieb vom Einlegen regelmäßiger Pausen, d.h. alle zwei Stunden (vgl. ua. Empfehlung des ADAC – <https://www.adac.de/news/autofahren-frauen-pause/>) ausgeht.

3.

Das vom Musterkläger gestellte Feststellungsziel Ziff. 1 a) aa) umfasst die auf einer Auslegung beruhende Feststellung im Tenor.

a.

Durch die Benennung der Feststellungsziele und des Lebenssachverhalts bestimmt der Musterkläger den Streitgegenstand der Musterfeststellungsklage (BT-Drucks. 19/2439, S. 22; Weinland, Die neue Musterfeststellungsklage, Rn. 64). Jedes Feststellungsziel bildet ein im Sinne von § 606 Abs. 1 Satz 1 ZPO gesondertes Rechtsschutzbegehren und mithin einen eigenständigen Streitgegenstand (BGH, Beschluss vom 30.07.2019 - VI ZB 59/18, juris Rn. 10). Damit steht die Auswahl der Feststellungsziele grundsätzlich im freien Belieben des Klägers; sie müssen nur so deutlich gefasst sein, dass der Streitgegenstand und die Entscheidungskompetenz des Gerichts hinreichend deutlich werden (BGH, Urteil vom 27.07.2023 – IX ZR 267/20, juris Rn. 14 mwN). Innerhalb dieses Rahmens ist das vom Musterkläger formulierte Feststellungsziel nach allgemeinen Grundsätzen unter Heranziehung der Klagebegründung auszulegen (vgl. ua BGH, Urteil vom 06.07.2021 - VI ZR 40/20, juris Rn. 28 mwN; BGH, Urteil vom 05.10.2021 – VI ZR 136/20, juris Rn. 12).

b.

Eine Auslegung nach diesen Grundsätzen ergibt, dass der Musterkläger mit dem Feststellungsziel Ziff. 1 a) aa) im Kern die Feststellung begehrt, dass die in den KBA-Bescheiden beschriebene Funktion „Strategie A in vergleichbarer Ausprägung“, über welche die im Feststellungsziel unter Ziff. 1. a) genannten Fahrzeuge unstreitig verfügen, eine Abschaltvorrichtung im Sinne von Art. 3 Nr. 10, Art. 5 Abs. 2, Satz 1 der Verordnung (EG) Nr. 715/2007 ist.

Der Wortlaut dieses vom Musterkläger gefassten Feststellungsziels, wonach die Abschaltvorrichtung bewirke, dass innerhalb der Bedingungen, wie sie bei der Emissionsprüfung im Rahmen des EG-Typgenehmigungsverfahrens herrschen, in einen effektiveren Reinigungsmodus geschaltet würde, während außerhalb dieser Bedingungen ein weniger effektiver Modus geschaltet würde, steht dem nicht entgegen. Diese – nicht auf die Voraussetzungen des Art. 3 Nr. 10 Verordnung (EG) Nr. 715/2007 abgestimmte – Formulierung rührt erkennbar aus der vom Musterkläger angeführten Auskunft des KBA gegenüber dem Landgericht Bonn her.

Auf diese durfte und musste sich der Musterkläger mangels eigener Sachkenntnis zur Beschreibung seines Begehrens stützen. Dies ändert aber nichts daran, dass bei verständiger Würdigung der Anträge im Kern des Begehrens des Musterklägers steht, dass die vom KBA beschriebene Funktionalität als Abschaltvorrichtung im gesetzlichen Sinne festgestellt werden möge. Dieser Wille ergibt sich eindeutig und zweifelsfrei nicht zuletzt aus den im Antrag zitierten Norm des Art. 3 Nr. 10 Verordnung (EG) Nr. 715/2007.

c.

Der Umstand, dass der Musterkläger bei der Fassung dieses Feststellungszieles noch den Plural von Abschaltvorrichtung verwendet, stellt ein nicht angepasstes Relikt der ursprünglichen Antragsfassung dar. Bei dieser hatte der Musterkläger ursprünglich noch eine weitere Abschaltvorrichtung die AGR betreffend behauptet (ursprüngliches Feststellungsziel 1. a) bb)). Hinsichtlich dieses Feststellungszieles hat der Musterkläger – vor dem erstmaligen Stellen der Anträge – am 12.07.2022 wirksam die Musterklage zurückgenommen.

d.

Der im Wortlaut des vom Musterkläger formulierten Feststellungszieles enthaltene Umstand, dass dauerhaft in den Online-Modus geschaltet werde, was impliziert, dass eine Zurückschaltung in den Füllstands-Modus innerhalb desselben Zündwechsels nicht erfolge, resultiert erkennbar aus der dem Musterkläger bekannten Auskunft des KBA. Für die Fassung des Feststellungsziels kommt es auf diesen Umstand nicht an, da diese allein auf die Feststellung der vom KBA durch den Ergänzungsbescheid vom 03.08.2018 in Verbindung mit dem Ausgangsbescheid vom 23.05.2018 beanstandete, als „Strategie A in vergleichbarer Ausprägung“ bezeichnete Abschaltelinrichtung gerichtet ist. Ihre im Antrag enthaltene technische Beschreibung dient nach dem Verständnis des Senats allein der Abgrenzung von anderen in dem Fahrzeug möglicherweise enthaltenen Funktionalitäten.

Eine Verletzung des § 308 Abs. 1 ZPO liegt demnach nicht vor, weil es sich insoweit nur um ein im Rahmen der Begründung relevantes Element handelt, nicht aber um ein solches der Feststellung selbst, wie auch der Musterkläger selbst mit Schriftsatz vom 15.02.2024 (S. 2 aE) klargestellt hat. Danach soll es für sein Begehren auf die Frage nicht entscheidend ankommen, weil sie „zu dem identischen Ergebnis“ führe, namentlich zur Feststellung des Vorhandenseins einer Abschaltelinrichtung.

Darüber hinaus hat sich der Musterkläger die von der Musterbeklagten aufgestellte Behauptung einer seltenen Zurückschaltung bzw. der Erschwerung einer solchen – wenn auch danach von einer Abschaltelinrichtung auszugehen wäre – zumindest hilfsweise zu eigen gemacht, da dieser Umstand dann für ihn günstig wäre (vgl. BGH, Beschluss vom 22.11.2023 – VII ZR 6/23, juris Rn. 17 mwN).

4.

Der Rückrufbescheid des KBA vom 23.05.2018 und der Ergänzungsbescheid vom 03.08.2018 entfalten für das Vorliegen einer unzulässigen Abschaltelinrichtung in den streitgegenständlichen Euro 6-Fahrzeugmodellen keine den Senat bindende verwaltungsrechtliche Tatbestandswirkung in Bezug auf das Vorliegen der in den Bescheiden beanstandeten unzulässigen Abschaltelinrichtung (a.); auch steht der Feststellung keine Legalisierungswirkung der erteilten EG-Typgenehmigung entgegen (b.), sodass

die tatsächlichen Umstände, die die gesetzlichen Voraussetzungen des Vorliegens einer Abschaltelinrichtung im Sinne von Art. 3 Nr. 10 Verordnung (EG) Nr. 715/2007 erfüllen, vom Senat selbst festzustellen sind.

a.

Dem Rückrufbescheid des KBA vom 23.05.2018 und dem Ergänzungsbescheid vom 03.08.2018 kommt hinsichtlich dem Vorliegen einer unzulässigen Abschaltelinrichtung in Gestalt des dort als Strategie A (in vergleichbarer Ausprägung) beanstandeten Wechsels zwischen den Ad-Blue-Dosier-Modi keine den Senat bindende verwaltungsrechtliche Tatbestandswirkung zu.

Verwaltungsakten kommt, sofern diese nicht nichtig sind, grundsätzlich eine Tatbestandswirkung zu, aufgrund der auch nicht am Verwaltungsverfahren beteiligte Behörden, Gerichte und öffentlich-rechtliche Rechtsträger die im Verwaltungsakt getroffene Regelung ohne inhaltliche Prüfung der Richtigkeit der darin getroffenen Regelung ihren eigenen Entscheidungen zugrunde zu legen haben. Die Tatbestandswirkung gilt grundsätzlich nur für den verfügenden Teil (Regelungsgehalt) des Verwaltungsaktes und nicht für ihm zugrundeliegende Begründungselemente. Solchen Begründungselementen kommt nur dann und insoweit eine bindende Feststellungswirkung zu, als dies durch besondere gesetzliche Vorschriften bestimmt ist. Allein der Umstand, dass der Erlass eines Verwaltungsakts die Beantwortung bestimmter Vorfragen voraussetzt, reicht dafür nicht aus (vgl. BGH Urteil vom 04.08. 2020 – II ZR 174/19, juris Rn. 36; BGH, Beschluss vom 12.01.2006 – IX ZB 29/04, juris Nr. 7). Die Reichweite der Tatbestandswirkung des Verwaltungsaktes richtet sich nach dessen Regelungsgehalt, der durch – vom Zivilsenat selbst vorzunehmende – Auslegung zu ermitteln ist. Bei dieser ist in erster Linie auf den Entscheidungssatz und die Begründung des Verwaltungsaktes abzustellen (vgl. BGH, Urteil vom 04.08. 2020 – II ZR 174/19, juris Rn. 37). Die Auslegung eines Verwaltungsaktes richtet sich nach dem erklärten Willen der erlassenden Behörde, wie ihn der Empfänger bei objektiver Würdigung verstehen musste (BVerwG, Urteil vom 20.04.2005 – 9 C 4/04, juris Rn. 26 mwN). Unklarheiten gehen zu Lasten der Verwaltung (BVerwG, Urteil vom 05.11.2009 – 4 C 3/09, juris Rn. 21).

Welche hoheitlichen Befugnisse dem KBA im Falle unzulässiger Abschaltelinrichtungen zur Verfügung stehen regelt § 25 EG-FGV, nämlich die erforderlichen Maßnahmen (Absatz 1) oder nachträgliche Nebenbestimmungen anzuordnen (Absatz 2) oder die

Typgenehmigung ganz oder teilweise zu widerrufen oder zurückzunehmen (Absatz 3). Die isolierte schlichte Feststellung einer Einrichtung als unzulässige Abschalt-einrichtung sieht das Gesetz hingegen nicht vor. Dementsprechend ist der Bescheid im Tenor auch darauf gerichtet, die unzulässigen Abschalt-einrichtungen zu entfernen und nicht auf eine bloße Feststellung der technischen Einrichtungen als unzulässige Abschalt-einrichtung im Sinne von Art. 5 Abs. 2 Verordnung (EG) Nr. 715/2007.

Zwar kann ein Verwaltungsakt die für eine Tatbestandswirkung erforderliche Feststellung mit Regelungswirkung auch dann haben, wenn das zugrundeliegende Gesetz eine solche Rechtsfolge nicht vorsieht, die Behörde aber in Bezug auf eine generelle und abstrakte Regelung des Gesetzes bestehende Unsicherheiten durch den Verwaltungsakt beseitigen will. Dass das KBA aufgrund der Verwendung des Begriffs „unzulässige Abschalt-einrichtungen“ im Tenor des Rückrufbescheides eine solche Regelungswirkung in Bezug auf die von ihm beanstandete Strategie A treffen wollte, lässt sich dem Bescheid vom 23.05.2018 in Verbindung mit dem vom 03.08.2018 aber nicht entnehmen. Denn der Tenor ist bereits nach seinem Wortlaut auf eine Handlung, nämlich die Herstellung der Vorschriftsmäßigkeit und die Entfernung der Einrichtungen gerichtet, nicht aber auf eine (bloße) Feststellung. Der Umstand, dass das KBA die Voraussetzungen einer unzulässigen Abschalt-einrichtung in Bezug auf die Strategie A als gegeben ansieht, ist als Begründungselement nicht Teil der Regelungswirkung des Verwaltungsaktes und damit nicht Bestandteil seiner Tatbestandswirkung.

b.

Auch die Tatbestandswirkung einer EG-Typgenehmigung bindet die Zivilgerichte nicht hinsichtlich der Frage, ob in den Fahrzeugen eine unzulässige Abschalt-einrichtung enthalten ist. Denn diese bezieht sich nur auf den genehmigten Fahrzeugtyp nicht aber auf ein konkretes Fahrzeug oder eine Gruppe konkreter Fahrzeuge im Sinne der produzierten Fahrzeuge (vgl. BGH, Urteil vom 26.06.2023 – VIa ZR 335/21, juris Rn. 11 ff mwN; BGH, Beschluss vom 24.07.2023 – VIa ZB 10/21, juris Rn. 21).

c.

Eine Aussetzung in Bezug auf die von der Musterbeklagten beim Verwaltungsgericht Schleswig-Holstein geführten Gerichtsverfahren ist daher nicht veranlasst (vgl. auch dazu BGH, Beschluss vom 24.07.2023 – VIa ZB 10/21, juris).

d.

Die Frage einer Bindungswirkung von Verwaltungsakten gegenüber den Zivilgerichten tangiert auch keine europarechtlichen Fragestellungen, weshalb auch kein Anlass für eine Vorlage an den EuGH besteht. Die aus der Ablehnung einer die Zivilgerichte bindenden Tatbestandswirkung resultierende rechtliche Möglichkeit, dass das Zivilgericht auf einen Schadensersatzanspruch des Käufers gegen den Fahrzeughersteller erkennt, begründet keine die Zulassung, den Verkauf, die Inbetriebnahme oder die Teilnahme am Straßenverkehr begrenzende staatliche Einschränkung hinsichtlich von der zivilgerichtlichen Entscheidung betroffener Fahrzeuge im Sinne von Art. 4 Abs. 3 UAbs. 2 RL 2007/46/EG.

5.

Aufgrund des Umstandes, dass eine Rückschaltung vom Online-Modus in den Füllstands-Modus nur selten erfolgt, hat der fortdauernde Betrieb im Online-Modus zur Folge, dass sich der Füllstand von AdBlue im SCR-Katalysator stetig verringert und damit innerhalb der Bedingungen des normalen Betriebs des Fahrzeuges zumindest bei längeren Fahrten – mangels einer kompensierenden Einrichtung – das Emissionskontrollsystem aufgrund eines Mangels an AdBlue im SCR-Katalysator nicht mehr in gleicher Weise wirksam ist, sodass die Ausgestaltung des Wechsels der Dosier-Modi eine Abschaltvorrichtung im Sinn von Art. 3 Nr. 10 Verordnung (EG) Nr. 715/2007 darstellt.

a.

Soweit die Musterbeklagte auf die in ihrem Schriftsatz vom 15.02.2024 (dort unter Rz. 27) dargestellten Messschriebe für ein achtfaches Durchfahren des NEFZ mit einem der streitgegenständlichen GLC-Modelle verweist, ergibt sich aus diesen, dass die „Strategie A in vergleichbarer Ausprägung“ eine Rückschaltung vom Online-Modus in den Füllstands-Modus erschwert. So zeigen die Messschriebe, dass innerhalb der ersten rund 4600 Sekunden Fahrdauer das „Bit 13“ nicht aktiv ist und sich während dieser Zeit längere Dosierungsphasen im Füllstands-Modus mit kürzeren ohne Dosierung regelmäßig abwechseln. Nachdem entsprechend des beschriebenen Zyklus von Dosierungsphasen und Nichtdosierungsphasen ungefähr bei Fahrtsekunde 4500 wieder

eine Dosierungsphase im Füllstands-Modus begonnen hat, wird ungefähr bei Fahrtsekunde 4600 das „Bit 13“ aktiv und bewirkt – erstmalig – innerhalb der begonnenen Dosierungsphase die Schaltung vom Füllstands-Modus in den Online-Modus. Von da an – unter Beibehaltung der kurzen Phasen ohne Dosierung und längerer Phasen mit Dosierung – ändert sich das Bild aber dahin, dass jeweils kurz nach Beginn der Dosierungsphase, die jeweils im Füllstands-Modus beginnt, das „Bit 13“ aktiv wird und innerhalb der Dosierungsphase eine Schaltung in den Online-Modus bewirkt, über den dann die Dosierung weitererfolgt bis zum Ende der Dosierungsphase. Mit dem Ende der Dosierungsphase endet auch die Aktivität von „Bit 13“. „Bit 13“ bleibt über die anschließende Phase ohne Dosierung hinweg bis kurz nach dem Beginn der folgenden Dosierungsphase, die wieder im Füllstands-Modus beginnt, inaktiv. Erst kurz nach dem Beginn der Dosierphase im Füllstands-Modus wird „Bit 13“ erneut aktiv und bewirkt – wie zuvor beschrieben – die Schaltung in den Online-Modus. Der Messschrieb zeigt damit, dass es weder zu einer Rückschaltung vom Online-Modus in den Füllstands-Modus noch bei aktivem „Bit 13“ überhaupt zu einer Schaltung in den Füllstands-Modus kommt; und zwar bereits bei einem homogenen Fahrverhalten im NEFZ.

Unbeachtet dessen zeigen sogar die bei diesem homogenen Fahrverhalten vorgetragenen Messwerte (NO_x-Emissionen am Auspuff, der Roh-NO_x-Emissionen (vor SCR) und der sich hieraus als Reinigungsleistung des SCR-Katalysators ergebenden Differenz, jeweils gemessen über die Fahrzeugtechnik) – entgegen der Behauptung der Musterbeklagten – sowohl einen stetigen Anstieg der NO_x-Emissionen am Auspuff (96 mg/km [1. NEFZ], 127 mg/km [5. NEFZ] und 195 mg/km [8. NEFZ]) als auch der Roh-NO_x-Emissionen (198 mg/km [1. NEFZ], 357 mg/km [5. NEFZ] und 370 mg/km [8. NEFZ]). Auch die Reinigungsleistung des SCR-Systems, die zwischen dem ersten und fünften Durchfahren zwar einen Anstieg zeigt (von 102 mg/km auf 230 mg/km) weist beim Vergleich des fünften mit dem achten Durchfahren einen deutlichen Rückgang der Reinigungsleistung auf (von 230 mg/km auf 175 mg/km) – wie mit den Parteien im Termin am 21.09.2023 bereits thematisiert.

b.

Hinsichtlich der Analyse vorstehender Emissionsmesswerte durch den Senat im Termin am 21.09.2023 wendet die Musterbeklagte ein, der Senat ziehe aus diesen falsche Schlüsse, soweit er davon ausgehe, dass der fortgesetzte Dosierbetrieb im Online-

Modus dauerhaft zu einer Unterversorgung von AdBlue im SCR-System führen müsse, mit der Folge höherer Emissionen, da das nicht zwingend der Fall sei. Hierzu verweist sie in ihrem Schriftsatz vom 15.02.2024 auf ein vom 16a. Senat des Oberlandesgerichts Stuttgart (Az. 16a 57/19) eingeholtes Gutachten des Sachverständigen Prof. Dr. Rabl vom 28.09.2023, wobei sie keinen Bezug zu ihren eigenen Fahrzeugen herstellt, sondern lediglich die Ausführungen des Gutachtens referiert. Dieses Gutachten, vorgelegt als Anlage MB 61, wurde zwar in einem gegen die Musterbeklagte geführten Berufungsverfahren eingeholt, sodass davon ausgegangen werden kann, dass es auch eines ihrer Fahrzeuge betreffen soll. Der Sachverständige Prof. Dr. Rabl hat aber weder ein Fahrzeug der Musterbeklagten hierzu untersucht oder speziell die von der Musterbeklagten eingesetzten Funktionalitäten in ihrer konkreten Ausgestaltung untersucht und analysiert, sondern sein Gutachten allein auf einer Literatur-Recherche und deren Auswertung zum Stand der Technik erstellt (vgl. Seite 3 des Gutachtens). Bereits hieraus folgt, dass aus diesem Gutachten kein über die eigenen Erkenntnisse der Musterbeklagten, welche die Funktionalität selbst entwickelt und in ihre Fahrzeuge eingebaut hatte, hinausgehender Erkenntnisgewinn für den von ihr zu haltenden Sachvortrag einhergehen soll. Als technisches Verständnis trägt die Musterbeklagte gestützt hierauf unter anderem vor, dass nach veröffentlichten Untersuchungen an einem Katalysator („Feng et al“) bei einer SCR-Katalysator-Temperatur von 220°C ein Füllstand von 6 g zur Erreichung eines maximalen Wirkgrades von 75% erforderlich sei, während bei einer SCR-Katalysator-Temperatur von 350°C ein Füllstand von lediglich 0,5 g ausreicht um Wirkungsgrade von ca. 90% erreichen zu können. Dieses allgemeine Verständnis lässt einen Bezug zu den streitgegenständlichen Fahrzeugen der Musterbeklagten nicht zu, zumal es nicht darauf ankommt, ob bei jeder Fahrt zwingend eine Reduzierung der Wirksamkeit des Emissionskontrollsystems erfolgt. Ausschlaggebend ist allein, ob dies – bei den streitgegenständlichen Fahrzeugen – unter Bedingungen vorkommt, die bei normalem Fahrzeugbetrieb vernünftigerweise zu erwarten sind (Art. 3 Nr. 10 Verordnung (EG) Nr. 715/2007). Auch die Behauptung, dass sich das Emissionsverhalten von Fahrzeugen der streitgegenständlichen Fahrzeug-Modelle – über alle Bedingungen hinweg, die bei normalem Fahrzeugbetrieb vernünftigerweise zu erwarten sind, somit auch bei Langstreckenfahrten – unter dem Regime der „Strategie A in vergleichbarer Ausprägung“ nicht verschlechtert, trägt die Musterbeklagte aber gerade nicht vor, weshalb unstreitig bleibt, dass es unter dem Regime der „Strategie A in vergleichbarer Ausprägung“ unter normalen Realbetriebsumständen zu

einer Reduzierung des Emissionskontrollsystems kommt, wobei unerheblich ist, ob dies stets, oft oder selten der Fall ist. Der Umstand einer Reduktion des Emissionskontrollsystems ist für die Qualifizierung als Abschaltvorrichtung im Sinne von Art. 3 Nr. 10 Verordnung (EG) Nr. 715/2007 bereits dann erheblich, wenn er unter Bedingungen, die bei normalem Fahrzeugbetrieb vernünftigerweise zu erwarten sind, überhaupt eintritt. Die Frage der Häufigkeit und Intensität der Beschränkung des Emissionskontrollsystems kann allein im Rahmen der Prüfung des Ausnahmetatbestandes nach Art. 5 Abs. 2 Satz 2 Buchst. a Verordnung (EG) Nr. 715/2007 relevant werden (vgl. ua EuGH, Urteil vom 21.03.2023 – C-100/21, Rn. 65f).

c.

Soweit die Musterbeklagte vorträgt, dass Realfahrtmessungen mit einem GLK zeigen würden, dass eine (vermehrte) Verwendung des Online-Modus nach Eingreifen von „Strategie A in vergleichbarer Ausprägung“ nicht bedeute, dass das SCR-System zwingend „weniger effektiv“ betrieben werde (vgl. Schriftsatz der Musterbeklagten vom 15.02.2024, Rz. 81ff), kommt es hierauf nicht an für die Frage, ob die genannte Strategie eine Abschaltvorrichtung im Sinne von Art. 3 Nr. 10 Verordnung (EG) darstellt. Denn eine Abschaltvorrichtung im Rechtssinne liegt vor, wenn sie bewirkt, dass die Wirksamkeit des Emissionskontrollsystems unter Bedingungen, die bei normalem Fahrzeugbetrieb vernünftigerweise zu erwarten sind, verringert wird. Dass sie dies zwingend immer bewirkt, ist danach nicht entscheidend; ausreichend ist, ob sie dies überhaupt – stets, meistens, häufig, überwiegend oder selten – macht (siehe dazu vorstehend).

d.

Soweit die Musterbeklagte vorträgt, das SCR-System habe auch nach vollständiger Absenkung der Schwellenwerte regelmäßig eine höhere absolute Reinigungsleistung als in der gesetzlichen Prüfung, ist diese Behauptung mit Blick auf die Frage, ob die Wirkweise des Emissionskontrollsystems aufgrund einer Abschaltvorrichtung im Sinne von Art. 3 Nr. 10 Verordnung (EG) Nr. 715/2007 reduziert wird, unerheblich. Denn insoweit kommt es nach der Legaldefinition der Verordnung nicht auf einen Vergleich der absoluten Reinigungsleistung des Emissionskontrollsystems während der NEFZ-

Prüfung und der im normalen Fahrbetrieb an, sondern darauf, ob das Emissionskontrollsystem in seiner Gesamtheit unter Bedingungen, die bei normalem Fahrzeugbetrieb vernünftigerweise zu erwarten sind, verringert wird.

e.

Auch soweit die Musterbeklagte vorträgt, die Reinigungsleistung des SCR-Systems liege im realen Fahrbetrieb auf der Straße auch nach Eingreifen von „Strategie A in vergleichbarer Ausprägung“ in der Regel über dem Niveau der Prüfung Typ 1, kommt es für die Frage, ob diese Strategie eine Abschaltvorrichtung im Sinne von Art. 3 Nr. 10 Verordnung (EG) Nr. 715/2007 darstellt, nicht an. Denn entscheidend ist weder ein Vergleich mit dem NEFZ, noch auf welchem Niveau die Reinigungsleistung in der Regel liegt, sondern allein darauf, ob die Wirkweise des Emissionskontrollsystems unter Bedingungen, die bei normalem Fahrzeugbetrieb vernünftigerweise zu erwarten sind, verringert wird.

f.

Soweit die Musterbeklagte darauf verweist – ihre Behauptung als zutreffend unterstellt – die vom KBA beanstandete Ausgestaltung des Wechsels der Dosier-Modi wirke sich in 75% aller Realfahrten nicht aus, da diese nach 20 km beendet seien, ist auch dies unerheblich, da es für das Vorliegen einer Abschaltvorrichtung – wie vorstehend ausgeführt – darauf ankommt, ob die Wirksamkeit unter Bedingungen, die bei normalem Fahrzeugbetrieb vernünftigerweise zu erwarten sind, verringert wird. Zu diesen Bedingungen gehören auch Fahrten über 20 km Länge.

g.

Weiter führt die Musterbeklagte an, ihr könne nicht angelastet werden, dass sie in der Serienausstattung keine häufigere Zurückschaltung in den Füllstands-Modus vorgesehen habe. Dies sei ihr erst aufgrund weiterer Forschung und besserer Sensorik möglich gewesen und mit dem Software-Update – von ihr als „Bit 13 improved“ bezeichnet und vom KBA akzeptiert – umgesetzt worden, wobei die Musterbeklagte aber zugleich vorträgt, dieses System bereits am 23.12.2014 zur Patenterteilung angemeldet zu haben.

Das Problem der (hardwareseitigen) Kreuzsensitivität bzw. Querempfindlichkeit der NO_x-Sensoren (d.h. keine bzw. eingeschränkte Möglichkeit zwischen NO_x und NH₃

unterscheiden zu können, vgl. Darstellung durch die Musterbeklagte im Schriftsatz vom 13.09.2023 Rz. 406ff) im Wege der Signalanalyse habe erst aufgrund neuerer Erkenntnisse und verbesserter Sensorik eingeschränkt werden können, sodass mit dem Update die Schwellwerte der SCR-Temperatur zwar ebenfalls nach einem bestimmten Roh-NOx-Integral herabgesenkt würden, allerdings würden diese Schwellenwerte auch wieder angehoben und das Roh-NOx-Integral auf einen Wert von „0“ zurückgesetzt, sobald durch eine hinreichende Stabilisation des Systems das Risiko für Ammoniak-Schlupf vermindert sei, sodass wieder vermehrt im Füllstands-Modus gefahren werden könne. Auch sei bei „Bit 13 improved“ der Zielwirkungsgrad (= angestrebtes Verhältnis von „gereinigten“ NOx zu tatsächlich anfallenden NOx-Roh-Emissionen) des Online-Modus, hinsichtlich seines softwareseitig begrenzten Maximalwertes auf 85% angehoben worden.

Der Umstand, dass sie das optimierte System nicht bereits in Modellen früherer Baujahre flächendeckend eingesetzt habe, könne aber keine Annahme einer Abschalteneinrichtung begründen, da regulatorisch nicht nur das „beste“ System zulässig sei, sondern ein solches, das gut genug sei. Letzteres treffe auf die früheren Ausgestaltungen des „Bit 13“ zu, was die ins Verfahren eingeführten Messungen zeigen würden.

Dies trifft entgegen der Ansicht der Musterbeklagten – wie vorstehend erörtert – auf das „Bit 13“, vom KBA als „Strategie A in vergleichbarer Ausprägung“ beanstandet, nach dem eigenen Sachvortrag der Musterbeklagten nicht zu. Art. 3 Nr. 10, Art. 5 Abs. 2 Satz 2 Verordnung (EG) Nr. 715/2007 verlangen nicht den Einsatz der besten Technik, jedoch den Einsatz eines Emissionskontrollsystems, mit dem zum einen – auf dem Prüfstand – die Grenzwerte der NEFZ-Prüfung eingehalten werden und zum anderen, dass dieses Emissionskontrollsystem unverändert, d.h. ohne Einschränkung seiner Wirksamkeit unter Betriebsbedingungen, die bei normalem Fahrzeugbetrieb vernünftigerweise zu erwarten sind, funktioniert. Letzteres trifft auf die in den streitgegenständlichen Euro 6-Fahrzeugmodellen enthaltene „Strategie A in vergleichbarer Ausprägung“ nicht zu.

6.

Soweit die im Tenor unter I. 1. ausgesprochene Feststellung nicht die vom Musterkläger behauptete Ausgestaltung des Wechsels der Dosier-Modi dergestalt erfasst, dass ein Zurückschalten vom Online-Modus in den Füllstands-Modus innerhalb desselben

Zündwechsels nicht erfolge, liegt darin keine teilweise Abweisung des vom Musterkläger begehrten Feststellungsziels.

a.

Feststellungsziele können sowohl tatsächliche Feststellungen als auch die Klärung rechtlicher Fragestellungen sein (vgl. Zöller, ZPO, 34. Aufl. 2022, § 606 Rn. 5), wobei auch hier auf den sich aus Lebenssachverhalt und Feststellungsziel zusammensetzenden Streitgegenstand abzustellen ist (BGH, Beschluss vom 30.07.2019 – VI ZB 59/18, juris Rn. 10; Schmidt in Anders/Gehle, ZPO, 82. Auflage 2024, § 606 Rn 15). Eine (teilweise) Abweisung des Feststellungszieles setzt deshalb voraus, dass ein vom Musterkläger entsprechend seines Feststellungsziels als festzustellen begehrter Sachverhalt nicht festgestellt wird.

b.

Bei dem tatsächlichen Umstand, ob eine Zurückschaltung vom Online-Modus in den Füllstands-Modus ausgeschlossen oder lediglich erschwert ist, handelt es sich um einen tatsächlichen Umstand, der weder für die Individualisierung der festzustellenden Abschaltvorrichtung erforderlich, d.h. für ihre Abgrenzung zu einer anderen Einrichtung in tatsächlicher Hinsicht, noch für die rechtliche Qualifizierung als Abschaltvorrichtung im Sinne von Art. 3 Nr. 10 Verordnung (EG) Nr. 715/2007 erheblich ist (siehe vorstehend). Dieser im Tenor vom Wortlaut des Antrages abweichende tatsächliche Umstand ändert daher weder etwas am Sachverhalt noch an der begehrten Rechtsfolge. Es handelt sich allein um eine unwesentliche Abweichung der Beschreibung des – auf Basis des unstreitigen Vortrages der Parteien – festzustellenden Umstandes.

c.

Entsprechendes gilt auch für die vom Musterkläger behauptete und von der Musterbeklagten bestrittene Betroffenheit der streitgegenständlichen Euro 6-Fahrzeugmodelle vom – dem Senat nach seinem Inhalt unbekanntem – Bescheid des KBA vom 20.12.2019.

B.

Die im Feststellungsziel Ziff. 1 b) zur Entscheidung gestellte Feststellung ist zu treffen (I. Ziffer 2. des Urteilstenors). Die Musterfeststellungsklage ist insoweit begründet. Dieser liegt die Auslegung des vom Musterkläger begehrten Feststellungsziels zugrunde (§§ 133, 157 BGB) (2.). Die EG-Typgenehmigungsnummern und der Produktionszeitraum wurden zur Bestimmung der Reichweite des Tenors in diesen aufgenommen. Die Musterfeststellungsklage ist hinsichtlich dieses Feststellungsziels begründet, da die in den streitgegenständlichen Fahrzeugmodellen enthaltene KSR nach dem unstreitigen Vortrag der Parteien eine Abschaltvorrichtung im Sinne von Art. 3 Nr. 10, 5 Abs. 2 Satz 1 VO (EG) Nr. 715/2007 darstellt (3.).

1.

Nach dem unstreitigen Vortrag der Parteien ist hinsichtlich dieses Feststellungszieles Folgendes zugrunde zu legen:

Die Musterbeklagte stellte unter Verwendung des ebenfalls von ihr hergestellten Motors des Typs OM 651 folgende nach der Schadstoffklasse Euro 5 EG-typgenehmigte Fahrzeug-Modelle her: GLK 200 CDI, GLK 220 CDI und GLK 220 CDI 4Matic (jeweils EG-Typgenehmigungsnummern: e1*2001/116*0480*11-15; Produktionszeitraum 2012 bis 2015). Diese Fahrzeuge hatte die Musterbeklagte bei Inverkehrgabe mit einer sogenannten „Kühlmittel-Solltemperatur-Regelung“ (KSR), auch als „geregeltes Kühlmittelthermostat“ bezeichnet, versehen. Unter folgenden kumulativ vorliegenden Randbedingungen:

- die Außentemperatur beträgt zwischen 15° C und 35° C,
- die Ansauglufttemperatur liegt zwischen 15° C und 50° C,
- die Fahrt findet bei einem Umgebungsdruck statt, der über 800 hPA liegt (entspricht Fahrten unterhalb einer Meereshöhe von ca. 1.950 Metern),
- die Temperatur des Motoröls liegt unter 81° C bzw. 85° C (insoweit bestehen Unterschiede zwischen den streitgegenständlichen Modellen),
- die Motordrehzahl liegt nicht oberhalb von 3.000 Umdrehungen pro Minute oder überschreitet diese nicht länger als für fünf Sekunden,
- die für die Funktion hinterlegte maximale Motorlast wird nicht länger als fünf Sekunden überschritten und
- die hinterlegte maximale Betriebsdauer der Funktionalität ist nicht abgelaufen (von 1000 sec. bei 40°C bis 1650 sec. bei 15°C, in Abhängigkeit von der Kühlmitteltemperatur bei Motorstart),

wird der Wert der Solltemperatur von 95°C auf 70°C abgesenkt. Dies hat zur Folge, dass der große Kühlkreislauf statt bei 95°C bereits bei einer Temperatur des Kühlmittels von 70°C zugeschaltet wird und bewirkt, dass sich die Erwärmung des Motors verzögert und somit die Warmlaufphase verlängert. Der Grund für diese Funktion liegt – nach dem unbestritten gebliebenen Vortrag der Musterbeklagten – darin, dass diese festgestellt hat, dass während der Warmlaufphase bei kühlerem Motor ein in Bezug auf NOx- und Partikelemissionen günstiges Ausstoßverhalten vorliegt, welches über eine Verlängerung der Warmlaufphase ausgedehnt werden kann.

Mit Bescheid vom 21.06.2019 hat das KBA diese Funktionalität in den im Feststellungsziel Ziff. 1 b) genannten Fahrzeugmodellen als Abschaltvorrichtung beanstandet.

a.

Der Musterkläger hat sich den vorstehenden Vortrag der Musterbeklagten zu eigen gemacht (vgl. Schriftsatz vom 31.05.2022, Seite 5ff) und bezieht sich darüber hinaus im Wesentlichen auf die Auskunft des KBA vom 29.03.2021 gegenüber dem Landgericht Erfurt (vorgelegt als Anlage MK 123), in welcher das KBA ausführt:

„Bei einigen Fahrzeugvarianten des Typs Mercedes-Benz GLK wurde die Schadstoff- und Abgasstrategie „Geregeltes Kühlmittelthermostat“ im Motorwarmlauf durch das KBA mit Bescheid vom 21.06.2019 als unzulässig eingestuft.

Das streitgegenständliche Fahrzeug weist nach den dem KBA vorliegenden Informationen die Schadstoff- und Abgasstrategie „Geregeltes Kühlmittelthermostat“ im Motorwarmlauf auf und nutzt diese auch aktiv.

Die von Daimler applizierten Schaltkriterien sind so gewählt, dass wesentliche Randbedingungen des gesetzlichen Prüfverfahrens abgedeckt werden und die Sollwertabsenkung mit Sicherheit bei der gesetzlichen Prüfung Typ 1 im NEFZ aktiv ist. Außerhalb dieser Schaltkriterien wird die Regelung abgeschaltet. Wird die Funktion „Geregeltes Kühlmittelthermostat“ gänzlich abgeschaltet, wird die AGR-Rate reduziert und die Wirksamkeit des Emissionskontrollsystems unter normalen Betriebsbedingungen verringert. Die Abschaltung führt zu höheren NOx-Emissionen und ist somit als Abschaltvorrichtung gemäß Artikel 3 Nr. 10 der VO (EG) Nr. 715/2007 einzustufen. Es handelt sich aus Sicht des KBA nicht um eine Prüfstanderkennung, aber die Schaltparameter der Funktion sind aus Sicht des KBA an die Randbedingungen der Typ-I-Prüfung angelehnt.“

Der Musterkläger ist der Ansicht, bei der KSR handele es sich um ein Teil des Emissionskontrollsystems, weshalb die enge Aktivierungsbedingung eine Abschaltvorrichtung im Sinne von Art. 3 Nr. 10 Verordnung Nr. 715/2007 darstelle.

b.

Die Musterbeklagte ist der Ansicht, bei der KSR handele es sich nicht um eine Abschaltvorrichtung, da diese als Teil des Kühlkreislaufs bereits kein Teil des Emissionskontrollsystems sei. Die KSR betreffe allein die Solltemperatur für das Kühlmittel. Deren Absenkung bewirke keine Änderung einer Funktion des Emissionskontrollsystems, da die AGR-Raten von der tatsächlichen Motortemperatur abhängen, die nicht gezielt und präzise über die KSR gesteuert werden könne. Die weiteren vorgebrachten Einwendungen der Musterbeklagten gegen eine Qualifizierung der vorstehenden Einrichtung als Abschaltvorrichtung werden nachstehend (unter 4. a.) dargestellt und erörtert.

2.

Das vom Musterkläger gestellte Feststellungsziel Ziff. 1 b) umfasst die auf einer Auslegung beruhende Feststellung im Tenor unter I. 2.

a.

Es gilt das zum vorgenannten Feststellungsziel Ausgeführte entsprechend. Auch hier orientiert sich der Musterkläger mit seinem Antrag an einer vom KBA erteilten Auskunft vom 29.03.2021, weshalb auch die hieran ausgerichtete Formulierung des Feststellungsziels der im Tenor ausgesprochenen Feststellung nicht entgegensteht, sondern von der Antragstellung nach §§ 133, 157 BGB umfasst ist.

b.

Der Umstand, dass der Musterkläger bei der Fassung dieses Feststellungszieles noch den Plural von Abschaltvorrichtung verwendet, ist unschädlich, zumal im Antrag die KSR konkret angeführt wird.

3.

Das Feststellungsziel Ziff. 1 b) ist auch in der tenorierten Weise begründet. Die Feststellung der KSR als Abschaltvorrichtung im Sinne von Art. 3 Nr. 10 Verordnung (EG) Nr. 715/2007 folgt aus dem unstrittigen Vortrag der Parteien; sie folgt nicht aus einer den Senat bindenden Tatbestandswirkung des Rückrufbescheides des KBA vom 21.06.2019. Insoweit gelten die vorstehenden Ausführungen entsprechend. Die KSR

ist ein Teil des Emissionskontrollsystems (a.), dessen Wirksamkeit auch über eine Abschaltvorrichtung im Sinne von Art. 3 Nr. 10, Art. 5 Abs. 2 Satz 1 Verordnung (EG) Nr. 715/2007 verringert wird (b.).

a.

Der Einwand der Musterbeklagten, die KSR erfülle bereits tatbestandlich nicht die Voraussetzungen einer Abschaltvorrichtung im Sinne von Art. 3 Nr. 10 Verordnung (EG) Nr. 715/2007, weil der Parameter Kühlmittelsolltemperatur, auf den allein eingewirkt werde, kein Teil des Emissionskontrollsystems sei, sondern ein solcher der Motorkühlung, greift nicht durch. Nach Art. 3 Nr. 11 Verordnung (EG) Nr. 715/2007 wird das Emissionskontrollsystem als „emissionsmindernde Einrichtung“ definiert durch die Teile eines Fahrzeuges, die die Auspuff- und Verdunstungsemissionen regeln und/oder begrenzen. Hierzu gehört die AGR. Durch die Einwirkung auf den Parameter Kühlmittelsolltemperatur wird mittelbar (Kausalkette: frühere Zuschaltung des großen Kühlkreislaufes führt zu einer Verzögerung der Erwärmung des Motors, was wiederum zur Folge hat, dass höhere AGR-Raten über einen längeren Zeitraum möglich sind, als dies bei einem sich andernfalls schneller erwärmenden Motor) – von der Beklagten gerade bezweckt – auf das Emissionskontrollsystem in Gestalt der AGR-Raten eingewirkt. Zumindest weil diese Folge von den entwickelnden Ingenieuren bei der Beklagten intendiert gewesen war, steht die Mittelbarkeit der Einwirkung der Annahme einer Abschaltvorrichtung im Sinne von Art. 3 Nr. 10 Verordnung (EG) Nr. 715/2007 nicht entgegen (vgl. Senatsurteile ua vom 29.02.2024 – 24 U 1424/22 – juris Rn. 56; vom 11.01.2024 – 24 U 241/22 – juris Rn. 21 mwN). Die Behauptung der Musterbeklagten, die tatsächliche Motortemperatur könne über die KSR nicht präzise gesteuert werden – als zutreffend unterstellt –, ist nach Vorstehendem unerheblich.

b.

Die KSR ist als Teil des Emissionskontrollsystems – innerhalb ihres auf die Warmlaufphase begrenzten Anwendungsbereichs (dazu unter c.) – zusätzlich auch mit einer Abschaltvorrichtung im Sinne von Art. 3 Nr. 10 Verordnung (EG) Nr. 715/2007 versehen, in Gestalt der engen, oben dargestellten, kumulativ vorzuliegenden Aktivierungsbedingungen der KSR. So ist die KSR bereits bei Umgebungslufttemperaturen außerhalb eines Bereichs von +15°C bis +35°C nicht aktiv, was schon für sich genommen –

und ungeachtet der weiteren Aktivierungsbedingungen – zu einer Einordnung als Abschaltvorrichtung führt (vgl. Senatsurteile vom 09.11.2023 – 24 U 14/21 – juris Rn. 92; vom 30.11.2023 – 24 U 153/21 – juris Rn. 95; vom 11.01.2024 – 24 U 241/22 – juris Rn. 20). Soweit die Musterbeklagte zuletzt geltend macht, dass sich die Deaktivierung der KSR bei niedrigen Temperaturen nicht auswirke, weil „der Warmlauf schon auf Grund des erhöhten Wärmeabstrahls an die kalte Außenluft verzögert“ sei, steht dies – auf Basis des Vortrages der Musterbeklagten – der Annahme einer Abschaltvorrichtung nicht entgegen. Denn das Entfallen nur eines Parameters beendet die Funktion der KSR (frühere Zuschaltung des großen Kühlkreislaufes), sodass sich der Motor schneller erwärmt, damit die Dauer höherer AGR-Raten reduziert wird und sich als dessen Folge das Emissionsverhalten verschlechtert. Dass es hierbei Konstellationen geben kann, unter denen sich ein Entfallen der KSR auf das Emissionsverhalten nicht auswirkt, ist unerheblich. Denn maßgeblich ist nach der Legaldefinition des Art. 3 Nr. 10 Verordnung (EG) Nr. 715/2007, selbst wenn man den engen Bereich der Warmlaufphase als Ausschnitt normaler Betriebsbedingungen in den Blick nimmt, dass eine Deaktivierung innerhalb normaler Betriebsbedingungen schlicht nicht zu einer Beschränkung der Wirksamkeit des Emissionskontrollsystems führt und nicht nur in manchen Fällen nicht. Darüber hinaus trägt die Musterbeklagte selbst vor, dass der Anstieg der Kühlwassertemperatur auf 95°C zu einem Anstieg um 1% bis 3% der NOx-Rohemissionen führe, was nach dem Vortrag der Musterbeklagten mangels eines bei den Euro 5-Fahrzeugen nicht vorhandenen Abgasnachbehandlungssystems den End-of-Pipe-Emissionen entsprechen dürfte. Auch der Vortrag der Musterbeklagten, die KSR werde bei einem Betrieb mit mehr als 3.000 Umdrehungen pro Minute über eine Zeitspanne von mehr als 5 Sekunden deaktiviert, wirkt sich nach dem Vortrag der Musterbeklagten auf das Emissionsverhalten bereits deshalb negativ aus, weil die KSR nach Ende dieses Umstandes innerhalb desselben Zündwechsels – und auch unter vernünftigerweise zu erwartenden Betriebsbedingungen – nicht wieder aktiviert werde (vgl. Schriftsatz der Musterbeklagten vom 13.09.2023 Rz. 162).

c.

Darüber hinaus erweist sich die KSR auch bereits aufgrund ihres auf die Warmlaufphase begrenzten Anwendungsbereichs als unzulässiges Emissionskontrollsystem im Sinne von Art. 5 Abs. 1 Verordnung (EG) Nr. 715/2007.

aa.

Nach der Verordnung sollen die bei der Typgenehmigungsprüfung im NEFZ gemessenen Emissionen denen im praktischen Fahrzeug entsprechen (vgl. Erwägungsgrund 15). Dies bedeutet zwar nicht, dass die Emissionsgrenzwerte, die in der NEFZ-Prüfung einzuhalten sind, auch unter normalen Betriebsbedingungen einzuhalten sind. Denn zu diesen zählen die Testbedingungen des NEFZ nicht (vgl. EuGH, Urteil vom 14.7.2022 – C-128/20, juris Rn. 40; Urteile des VG Schleswig-Holstein vom 20.02.2023 – 3 A 113/18 – juris Rn. 253 und vom 23.05.2023 – 3 A 3/20 – juris Rn. 239). Doch verlangt der Verordnungszweck einer wirksamen Begrenzung der Emissionen (vgl. auch Erwägungsgrund 6), dass das Emissionskontrollsystem in seiner Gesamtheit unter normalen Betriebsbedingungen in gleicher Weise wirksam ist (so auch: Der Wissenschaftliche Dienst des Deutschen Bundestages, Ausarbeitung zu Abschaltvorrichtungen in Personenkraftwagen, 16.03.2016, S. 10; Prof. Dr. Klinger, Rechtsgutachterliche Stellungnahme zur Zulässigkeit der Verwendung von Abschaltvorrichtungen bei Emissionskontrollsystemen von Personenkraftwagen vom 22.03.2016, S. 8). Das Emissionskontrollsystem ist die Gesamtheit der emissionsmindernden Einrichtung(en) nach Art. 3 Nr. 11 Verordnung (EG) Nr. 715/2007, d.h. der Teile, die die Emissionen regeln oder begrenzen. Diese müssen unter normalen Betriebsbedingungen nach Art. 5 Abs. 1 Verordnung (EG) Nr. 715/2007 dieser Verordnung entsprechen. Letzteres impliziert, dass das Emissionskontrollsystem unter normalen Betriebsbedingungen die Emissionen wirksam begrenzt, indem es unter diesen Bedingungen – in seiner Gesamtheit – in gleicher Weise wirksam ist (vgl. dazu auch VG Schleswig-Holstein, Urteil vom 23.05.2023 – 3 A 3/20, juris Rn. 246). Denn nur so kann dem Erwägungsgrund 15 und der Zielsetzung der Verordnung einer wirksamen Begrenzung der Fahrzeugemissionen Rechnung getragen werden. Ergänzt und abgesichert wird die Wirksamkeit des Emissionskontrollsystems unter normalen Betriebsbedingungen durch das Verbot von Abschaltvorrichtungen nach Art. 5 Abs. 2 Satz 1 Verordnung (EG) Nr. 715/2007 (vgl. dazu auch Prof. Dr. Führ, Gutachterliche Stellungnahme für den Deutschen Bundestag vom 19.11.2016, S. 6).

bb.

Da auch der Betrieb des Fahrzeugs mit warmem Motor, in dem der große Kühlkreislauf ohnehin aktiv ist, zu den Bedingungen des normalen Fahrbetriebes zählt, kann die KSR ihre emissionsmindernde Wirkung unter diesen Fahrbedingungen nicht (mehr)

entfalten. Da der Wegfall ihres positiven Einflusses auf das Emissionsverhalten in den streitgegenständlichen Euro 5-Modellen auch nicht durch andere Einrichtungen kompensiert wird, arbeitet das Emissionskontrollsystem in seiner Gesamtheit nicht unter allen normalen Betriebsbedingungen, vorliegend insbesondere in betriebswarmem Zustand, nicht in gleicher Weise wirksam. Das Fahrzeug weist das in der – durch die KSR aktiv verlängerten – Warmlaufphase gezeigte günstige Emissionsverhalten danach, d.h. bei einem weiteren Betrieb mit betriebswarmem Motor, nicht mehr auf. Darauf, ob dies „lediglich“ als ein nicht in Übereinstimmung mit Art. 5 Abs. 1 Verordnung (EG) Nr. 715/2007 stehendes Emissionskontrollsystem darstellt, oder ob bereits allein aufgrund dieses funktional beschränkten Anwendungsbereichs – ohne eine aktive Abschaltung zu verlangen – die KSR als Abschaltvorrichtung anzusehen ist, kommt es aufgrund der vorstehenden Ausführungen (unter b.) nicht streitentscheidend an.

cc.

Soweit die Musterbeklagte dieses Rechtsverständnis für verfehlt hält, tragen die von ihr angeführten Gründe nicht.

(1) Die Musterbeklagte trägt vor, das Rechtsverständnis des Senats würde im Ergebnis dazu führen, dass emissionsreduzierende Maßnahmen, die sich gerade auf den typischerweise besonders emissionsstarken Fahrbeginn bezögen, unabhängig davon nicht eingesetzt werden dürften, ob sie im realen Fahrbetrieb genau so funktionieren würden oder nicht. Zudem würde eine Funktion, deren emissionsmindernde Wirkung in technisch-physikalisch begründeter Weise auf eine bestimmte Betriebs-situation begrenzt sei, nicht dadurch zu einer Abschaltvorrichtung, dass diese Betriebs-situation (auch) im NEFZ vorkomme.

(2) Die Musterbeklagte verkennt dabei, dass es für die Beurteilung der Wirksamkeit des Emissionskontrollsystems nicht auf die separate Wirksamkeit einzelner Funktionalitäten ankommt, sondern auf die Wirksamkeit des Emissionskontrollsystems als Gesamtheit. Dem Umstand, dass der Fahrtbeginn, der nach dem Vortrag der Musterbeklagten besonders emissionsstark sein soll, Teil des NEFZ ist, haben sich die Fahrzeughersteller zu stellen. Sie dürfen daher nur Fahrzeuge mit einem Emissionskon-

trollsystem in Verkehr bringen, mit dem diese Grenzwerte in der NEFZ-Prüfung eingehalten werden und das in seiner Gesamtheit auch im Realbetrieb über alle normalen Betriebsbedingungen wirksam ist.

C.

Die im **Feststellungsziel Ziff. 2** zur Entscheidung gestellte Feststellung ist zu treffen (I. Ziffer 3. des Urteilstenors). Die Musterfeststellungsklage ist insoweit begründet. Denn sowohl die „Strategie A in vergleichbarer Ausprägung“, die in den streitgegenständlichen Euro 6-Modellen enthalten ist (Feststellungsziel Ziff. 1 a) aa)), stellt eine unzulässige Abschaltelinrichtung dar (dazu unter 1.), wie auch die in den streitgegenständlichen Euro 5-Modellen enthaltene KSR (Feststellungsziel Ziff. 1 b)) (dazu unter 2.). Denn hinsichtlich beider Einrichtungen liegen die Voraussetzungen eines Ausnahmetatbestandes nach Art. 5 Abs. 2 Satz 2 Verordnung (EG) Nr. 715/2007 nicht vor.

1.

Die Abschaltelinrichtung gemäß Art. 3 Nr. 10 Verordnung (EG) Nr. 715/2007 in Gestalt der „Strategie A in vergleichbarer Ausprägung“ betreffend die Ausgestaltung des Wechsels zwischen Füllstands-Modus und Online-Modus bei der AdBlue-Dosierung ist nach Art. 5 Abs. 2 Satz 1 Verordnung (EG) Nr. 715/2007 unzulässig, da die Voraussetzungen eines Ausnahmetatbestandes nach Art. 5 Abs. 2 Satz 2 Verordnung (EG) Nr. 715/2007 – selbst unter Zugrundelegung des Vortrages der Musterbeklagten, die hierfür die Darlegungslast trägt (BGH, Urteil vom 26.06.2023 – VIa ZR 335/21, juris Rn. 54) – nicht vorliegen.

a.

Hierzu trägt die Musterbeklagte vor, der Füllstand des Katalysators, seine temperaturabhängige konkrete Speicherfähigkeit zum jeweiligen Betriebszeitpunkt sowie der Anteil der gerade adsorbierten Ammoniak-Moleküle könne nicht direkt über Sonden gemessen werden, sondern müsse rechnerisch modelliert werden. Da bei höheren Werten sich Messtoleranzen der verbauten Sensoren stärker auswirken würden, würde die

Wahrscheinlichkeit steigen, dass der tatsächliche vom modellierten Füllstand des Katalysators abweiche. Um zu gewährleisten, dass kein Ammoniak-schlupf auf-trete, habe ich im Zeitpunkt der Erteilung der EG-Typgenehmigung keine andere technische Möglichkeit zur Verfügung gestanden. Auch wenn der Ausnahmetatbestand ausdrücklich die Verhinderung von Umweltgiften nicht anführe, sei die Vermeidung von Ammoniak-schlupf Teil eines sicheren Fahrzeugbetriebes. Erst in jüngeren Euro-6-Fahrzeugen (Euro 6c und d) sei es mir aufgrund neuerer Felderfahrungen gelungen, die Schwellenwerte so zu bedaten, dass diese ab einem bestimmten Punkt wieder angehoben und das Roh-NOx-Integral auf einen Wert von „0“ zurückgesetzt werde, wodurch der Wechsel zurück in den Füllstands-Modus früher erfolge.

Auch habe ich gegenüber dem KBA dargelegt, dass die NEFZ-Grenzwerte von den streitgegenständlichen Euro 6-Modellen eingehalten würden, wenn die vom KBA beanstandeten (niedrigen) Schwellenwerte für den Wechsel der Modi nicht erst ab Erreichen des hinterlegten Roh-NOx-Integrals anliegen, sondern bereits zu Beginn des NEFZ, sodass dieser mit der ungünstigsten Gestaltung durchfahren werde. Das KBA lasse dieses Testing-Out aber nicht genügen, was Gegenstand der Anfechtungsklage vor dem Verwaltungsgericht Schleswig-Holstein sei.

b.

Da Abschalt-einrichtungen nach der Grundverordnung gemäß Art. 5 Abs. 2 Satz 1 Verordnung (EG) Nr. 715/2007 grundsätzlich unzulässig sind und nur unter den Voraussetzungen nach Art. 5 Abs. 2 Satz 2 Verordnung (EG) Nr. 715/2007 ausnahmsweise zulässig sind, sind zum einen die Voraussetzungen dieser Ausnahmetatbestände eng auszulegen (EuGH, Urteil vom 14.07.2022 - C-145/20, juris Rn. 61; EuGH, Urteil vom 17.12.2020 - C-693/18, juris Rn. 111, 112) und zum anderen ist dieser Ausnahmekatalog abschließend (VG Schleswig-Holstein, Urteil vom 20.02.2023 – 3 A 113/18, juris Rn. 234).

c.

Die von der Musterbeklagten vorgetragene Umstände begründen keinen der in Art. 5 Abs. 2 Satz 2 Verordnung (EG) Nr. 715/2007 aufgeführten Ausnahmetatbestände.

aa.

Soweit die Musterbeklagte vorträgt, mit der beanstandeten Ausgestaltung werde das Ziel der Vermeidung sogenannten Ammoniakschlupfes verfolgt, erfüllt dies nicht die Voraussetzungen des Ausnahmetatbestandes nach Art. 5 Abs. 2 Satz 2 Buchst. a Verordnung (EG) Nr. 715/2007.

(1) Der Ausnahmetatbestand des Art. 5 Abs. 2 Satz 2 Buchst. a Verordnung (EG) Nr. 715/2007 setzt kumulativ (vgl. EuGH, Urteil vom 21.03.2023 – C-100/21, juris Rn. 62; VG Schleswig-Holstein, Urteil vom 20.02.2023 – 3 A 113/18, juris Rn. 310) voraus, dass eine Notwendigkeit der Einrichtung zum Schutz des Motors vor Beschädigung oder Unfall besteht und dass dies zum sicheren Betrieb des Fahrzeugs erforderlich ist.

(2) Soweit die Musterbeklagte anführt, die Vermeidung von Ammoniakschlupf sei Teil eines sicheren Fahrzeugbetriebes, übersieht sie, dass der Ausnahmetatbestand Art. 5 Abs. 2 Satz 2 Buchst. a Verordnung (EG) Nr. 715/2007 den sicheren Betrieb des Fahrzeuges nur als eine der kumulativ neben dem Motorschutz vorliegende Voraussetzung normiert. Diese allein genügt daher nicht, diesen Ausnahmetatbestand zu erfüllen.

(3) Ammoniakschlupf stellt zwar eine Gefahr für die Umwelt und die Gesundheit der Menschen dar, nicht aber für den Motor. Auch ein „Erst-Recht-Schluss“ aufgrund des höherwertigen Gutes des Schutzes der Umwelt und Gesundheit der Menschen rechtfertigt keine Ausdehnung dieses eng gefassten Ausnahmetatbestandes. Vielmehr folgt daraus, dass der Fahrzeughersteller nur ein Emissionskontrollsystem verwenden darf, das den Anforderungen des Art. 5 Abs. 1 Verordnung (EG) Nr. 715/2007 genügt, somit während normaler Betriebsbedingungen in gleicher Weise wirksam ist (was vorliegend nicht der Fall ist, siehe oben unter A.), und zugleich gewährleistet, dass kein Ammoniak in die Umwelt gelangt.

bb.

Zum Ausnahmetatbestand nach Art. 5 Abs. 2 Satz 2 Buchst. b Verordnung (EG) Nr. 715/2007 hat die Musterbeklagte nichts vorgetragen.

cc.

Der Ausnahmetatbestand des Art. 5 Abs. 2 Satz 2 Buchst. c Verordnung (EG) Nr. 715/2007 erfasst nicht das sogenannte Testing-Out – auch wenn dieses vom KBA im Grundsatz rechtsfehlerhaft anerkannt wird. Die Frage, ob die Grenzwerte unter den Bedingungen des NEFZ auch bei veränderter Funktion eingehalten werden, ist für das Vorliegen einer Abschaltvorrichtung 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 (vgl. BGH, Urteil vom 26.06.2023 – VIa ZR 335/21, juris Rn. 51). Dies folgt nicht zuletzt aus dem Ziel und Zweck der Verordnung (EG) Nr. 715/2007 einer wirksamen Begrenzung der Fahrzeugemissionen (vgl. Erwägungsgründe Ziffer 1, 5, 6 und 15).

2.

Auch die in den streitgegenständlichen Euro 5-Modellen vorhandene Abschaltvorrichtung in Gestalt der KSR (vgl. I. 2. des Tenor) ist nach Art. 5 Abs. 2 Satz 1 Verordnung (EG) Nr. 715/2007 unzulässig, da die Voraussetzungen eines Ausnahmetatbestandes nach Art. 5 Abs. 2 Satz 2 Verordnung (EG) Nr. 715/2007 – bereits unter Zugrundelegung des Vortrages der Musterbeklagten (a.) nicht vorliegen, da weder die Voraussetzungen des Art. 5 Abs. 2 Satz 2 Buchst. a Verordnung (EG) Nr. 715/2007 danach vorliegen (b.) noch die des Art. 5 Abs. 2 Satz 2 Buchst. c. Verordnung (EG) Nr. 715/2007 (c.). Zum Ausnahmetatbestand nach Buchst. b hält die Musterbeklagte keinen Vortrag.

a.

Die Musterbeklagte trägt zu den Ausnahmetatbeständen im Wesentlichen Folgendes vor:

aa.

Unter Berufung auf den Ausnahmetatbestand nach Art. 5 Abs. 2 Satz 2 Buchst. a Verordnung (EG) Nr. 715/2007 trägt sie vor, ein dauerhafter Betrieb der KSR begünstige eine zu starke Ölverdünnung, den Verlust der Schmierfähigkeit und Ablagerungen an den Bauteilwänden der AGR, was dazu führen könne, dass wesentliche Bauteile oder

gar der gesamte Motor plötzlich Schaden nehmen könne. Eine (theoretisch) dauerhafte Absenkung der Kühlmittelsolltemperatur würde die Wahrscheinlichkeit reduzieren, dass Kraftstoff, der zum Ausbrennen des Dieselpartikelfilters im Wege nachträglicher Kraftstoffeinspritzung in diesen gespritzt werde, – soweit nicht verbrannt – statt zu verdampfen sich an den Wänden der Motorzylinder festsetze und so ins Motoröl gelange mit der Folge einer Ölverdünnung. Eine zu hohe Ölverdünnung führe zu einem erhöhten Verschleiß der mechanischen Motorkomponenten (Steuerung, Kettenbetrieb, Lager) und könne einen plötzlichen Defekt des Motors bewirken. Auch könne eine dauerhafte Aktivierung der KSR dazu führen, dass Kraftstoffeintrag ins Öl derart zunehme, dass Öl über die Kurbelgehäuseentlüftung in den Motor angesaugt und dort unkontrolliert verbrennen könne – sogenanntes Ölwerfen (vgl. Musterbeklagten-Schriftsatz vom 15.02.2024 Rz. 285). Auch würde unter bestimmten Umständen die Schmierfähigkeit des Öls des mit erhöhten Partikelemissionen einhergehenden Rußeintrags reduziert werden, was ebenfalls zu Bauteil- und Motorschäden führen könne (vgl. im Detail Schriftsatz der Musterbeklagten vom 25.02.2022 unter Rn. 282). Daneben sei das Motoröl bei niedrigeren Motortemperaturen zähflüssiger, sodass mit einer dauerhaft abgesenkten Kühlmittelsolltemperatur eine Reduzierung der Schmierleistung des Öls einhergehe, sodass bestimmte Stellen in den einzelnen Lagern unter Umständen nicht erreicht und adäquat geschmiert würden. Zudem bestehe das Risiko von Ablagerungen, welche mit hohen AGR-Raten einhergehen, die durch die KSR begünstigt würden. Insbesondere bei kalten Umgebungstemperaturen würden sich in den Abgasen enthaltene Flüssigkeiten und Feststoffe an den Bauteilwänden, vornehmlich des AGR-Trakts, niederschlagen, was zu einem „Zuwachsen“ und der Einschränkung der Beweglichkeit von Bauteilen führen könne. Deshalb müsse bei der KSR darauf geachtet werden, dass im Kaltstart- und Warmlaufbereich Ablagerungsrisiken infolge der AGR möglichst vermieden bzw. minimiert würden. Diese Ablagerungsrisiken bestünden insbesondere bei niedrigen Außentemperaturen und längeren Fahrten im Niedrig-Last-Bereich. Folge dieser Ablagerungen könnte ein plötzlicher und unangekündigter Vortriebsverlust sein, der zu kritischen Fahrsituationen führen könne.

bb.

Unter Berufung auf den Ausnahmetatbestand nach Art. 5 Abs. 2 Satz 2 Buchst. c Verordnung (EG) Nr. 715/2007 trägt sie vor, sie habe dem KBA zusätzliche Messergeb-

nisse zur Verfügung gestellt, anhand der sie darlegen könne, dass auch bei den streitgegenständlichen Fahrzeugen nicht im gesamten NEFZ eine Kombination aus KSR und den für den Motorwarmlauf vorgesehenen (höheren) AGR-Raten erforderlich sei, um die gesetzlichen Grenzwerte einzuhalten. Diese würden auch eingehalten, wenn der NEFZ teilweise mit deaktivierter KSR und angepassten AGR-Raten für den warmen Motor absolviert würde. Dies habe das KBA aber nicht akzeptiert, was Gegenstand der Anfechtungsklage beim Verwaltungsgericht Schleswig-Holstein sei.

b.

Soweit sich die Musterbeklagte auf den Ausnahmetatbestand nach Art. 5 Abs. 2 Satz 2 Buchst. a Verordnung (EG) Nr. 715/2007 stützt, sind ihre Ausführungen nur theoretischer Art, da sie auf einer dauerhaften Nutzung der KSR gründen, die es so tatsächlich nicht gibt (bb.). Bereits aus diesem Grund ist ihr Vortrag nicht geeignet für eine Darlegung der Voraussetzungen des Ausnahmetatbestandes nach Buchst. a. (aa). Aber selbst wenn man unterstellen würde, dass es aufgrund der von der KSR bezweckten Verlängerung der Warmlaufphase zu der von der Musterbeklagten vorgetragenen Ölverdünnung, dem Verlust der Schmierfähigkeit des Öls und zu Ablagerungen kommen kann, legt sie damit nicht die Voraussetzungen dieses Ausnahmetatbestandes dar (cc.).

aa.

Der Ausnahmetatbestand des Art. 5 Abs. 2 Satz 2 Buchst. a VO (EG) Nr. 715/2007 setzt – wie bereits dargelegt – kumulativ (vgl. EuGH, Urteil vom 21.03.2023 – C-100/21, Rn. 62; VG Schleswig, Urteil vom 20.02.2023 – 3 A 113/18, juris Rn. 310) voraus, dass eine Notwendigkeit der Einrichtung zum Schutz des Motors vor Beschädigung oder Unfall besteht und dass dies zum sicheren Betrieb des Fahrzeugs erforderlich ist.

Zudem darf zur Erreichung dieser Ziele zum Zeitpunkt der EG-Typgenehmigung dieser Einrichtung oder des mit ihr ausgestatteten Fahrzeugs keine andere technische Lösung zur Verfügung gestanden haben (vgl. dazu EuGH, Urteil vom 14.07.2022 - C-145/20, Rn. 80; EuGH, Urteil vom 14.07.2022, C-134/20, Rn. 81; VG Schleswig, Urteil vom 20.02.2023 – 3 A 113/18, juris Rn. 317, 370, 373). Mit der alternativen Technik einhergehende Mehrkosten für den Hersteller fallen dabei nicht ins Gewicht (EuGH, Urteil vom 14.07.2022 - C-145/20, juris Rn. 77, 78; EuGH, Urteil vom 14.07.2022, C-

128/20, juris Rn. 66, 67; vgl. auch Senatsurteile vom 29.02.2024 – 24 U 1424/22 – juris Rn. 113, vom 22.02.2024 – 24 U 254/21 – juris Rn. 142).

bb.

Die Musterbeklagte legt bei ihrem Vortrag hierzu einen dauerhaften Betrieb der KSR zugrunde (vgl. Schriftsatz der Musterbeklagten vom 25.02.2022 Rz. 280), den es in der Realität aber – nach ihren eigenen Ausführungen (vgl. ua Schriftsatz der Musterbeklagten vom 25.02.2022 Rz. 92, 267) – aufgrund des technisch begrenzten Anwendungsbereichs der KSR während der Warmlaufphase nicht geben kann, weil jeder Motor irgendwann warm und damit der große Kühlkreislauf auch ohne die von der KSR bezweckte Absenkung der Kühlmittel-Solltemperatur aktiv ist. Die Ausführungen der Musterbeklagten erfolgen daher hierzu auch nur „theoretisch“ (vgl. Schriftsatz der Musterbeklagten vom 25.02.2022 Rz. 281 letzter Punkt) und sind damit bereits aus diesem Grund nicht geeignet, eine Rechtfertigung der in der engen (De-)Aktivierungsbedingung zu sehenden Abschaltung der KSR innerhalb ihres ohnehin bereits technisch begrenzten Anwendungsbereichs zu begründen. Denn hierauf beziehen sich die Ausführungen der Musterbeklagten nicht, sondern allein auf einen lediglich theoretisch zugrunde gelegten dauerhaften Betrieb der KSR.

cc.

Aber selbst wenn man unterstellen würde, dass es ohne die enge (De-)Aktivierungsbedingung der KSR zu den von der Musterbeklagten vorgetragenen Folgen allein während der durch die KSR verlängerten Warmlaufphase kommen kann, legt sie damit die Voraussetzungen des Art. 5 Abs. 2 Satz 2 Buchst. a Verordnung (EG) Nr. 715/2007 nicht schlüssig dar.

(1) Soweit die Musterbeklagte eine hohe Ölverdünnung als negative Folge anführt, die zu einem erhöhten Verschleiß mechanischer Motorkomponenten (Steuerung, Kettenbetrieb, Lager) führen und soweit sie die Bildung von Ablagerungen an Teilen des AGR-Traktes behauptet, was zu einem „Zuwachsen“ und der Einschränkung der Beweglichkeit von Bauteilen führen könne, legt sie damit den Ausnahmetatbestand des Art. 5 Abs. 2 Satz 2 Buchst. a Verordnung (EG) Nr. 715/2007 nicht schlüssig dar.

(2) Nach gefestigter Rechtsprechung des EuGHs ist die Ausnahmevorschrift des Art. 5 Abs. 2 Satz 2 Buchst. a VO (EG) Nr. 715/2007 eng auszulegen, weshalb Verschmutzung und Verschleiß des Motors nicht als „Beschädigung“ oder „Unfall“ im Sinne der Vorschrift angesehen werden können, da sie im Prinzip vorhersehbar und der normalen Funktionsweise des Fahrzeugs inhärent sind; das grundsätzliche Verbot von Abschaltvorrichtungen würde ausgehöhlt und jeder praktischen Wirksamkeit beraubt, wenn es zulässig wäre, dass die Hersteller Fahrzeuge allein deshalb mit Abschaltvorrichtungen ausstatten, um den Motor vor Verschmutzung und Verschleiß zu schützen (etwa EuGH, Urteile vom 17.12.2020, C-693/18, juris Rn. 110ff; vom 14.07.2022 – C-145/20, juris Rn. 65; vom 31.03.2023, C-100/21, juris Rn. 63; so auch Senatsurteil vom 29.02.2024 – 24 U 1424/22, juris Rn. 117).

(3) Soweit die Musterbeklagte vorliegend Verschleiß- und Verschmutzungserscheinungen in nicht zum Motor gehörenden Bauteilen behauptet, aus denen sich erst im Laufe einer Kausalkette eine Gefahr für den Motor und den sicheren Fahrzeugbetrieb ergeben soll, vermag dies eine andere Beurteilung nicht zu rechtfertigen (ebenso: VG Schleswig, Urteil vom 20.02.2023 – 3 A 113/18, juris Rn. 344). Denn die durch den EuGH vorgenommene Erstreckung der Motorschutzausnahme auf motorferne Bauteile kann bei der europarechtlich gebotenen engen Auslegung der Vorschrift nicht dazu führen, dass der Schutz dieser Bauteile in weiterem Umfang erlaubt wäre als der Schutz des Motors selbst. Für diesen aber kommt eine Rechtfertigung der Abschaltvorrichtung, wie dargelegt, nur zum Schutz vor plötzlichen und unmittelbaren Beschädigungsrisiken, die zu einer konkreten Gefahr während des Betriebs des Fahrzeugs führen, nicht aber zur Vermeidung von vorhersehbaren Verschmutzungs- und Verschleißerscheinungen in Betracht (EuGH, Urteil vom 17.12.2020, C-693/18, juris Rn. 110ff, 114).

(4) Sowohl die von der Musterbeklagten vorgetragene Ölverdünnung als auch die Bildung von Ablagerungen sind vorhersehbar – die Musterbeklagte rechnet selbst mit diesen. Weshalb diesen nicht durch engere Wartungsintervalle begegnet werden kann, trägt die Musterbeklagte nicht vor. Eine Abschaltvorrichtung, die letztlich vor vorhersehbaren Folgen schützen soll, die dem ganz gewöhnlichen Betrieb des Fahrzeugs und der normalen Funktionsweise des Dieselmotors mit Abgasrückführungssystem – ohne Abschaltvorrichtung – inhärent sind, ist nicht durch Art. 5 Abs. 2 Satz 2

Buchst. a VO (EG) Nr. 715/2007 gerechtfertigt (ebenso etwa: VG Schleswig, Urteil vom 20.02.2023 – 3 A 113/18, juris Rn. 342ff; OLG Karlsruhe, Urteil vom 03.11.2023 – 8 U 104/21, juris Rn. 41ff; OLG Köln, Urteil vom 21.12.2023 – 10 U 61/21, juris Rn. 52; so auch Senatsurteil vom 29.02.2024 – 24 U 1424/22, juris Rn. 117).

(5) Entsprechendes gilt auch für Einschränkungen bei der Schmierfähigkeit des Motoröls zumal die Musterbeklagte insoweit bereits keine unmittelbare Folge für einen Motorschaden oder Unfall und eine daraus resultierende Gefahr für den sicheren Betrieb darlegt.

c.

Auch die Voraussetzungen des Ausnahmetatbestandes nach Art. 5 Abs. 2 Satz 2 Buchst. c. Verordnung (EG) Nr. 715/2007 werden von der Musterbeklagten nicht schlüssig dargelegt. Das von ihr angeführte sogenannte Testing-Out fällt nicht unter die Voraussetzungen dieses Ausnahmetatbestandes. Auf die vorstehenden Ausführungen unter 1. c. cc. kann insoweit Bezug genommen werden.

D.

Die im Feststellungsziel Ziff. 3 a) zur Entscheidung gestellte Feststellung ist nicht zu treffen. Die Musterfeststellungsklage ist – entsprechend der vorgenommenen Auslegung (1.) – auch insoweit unbegründet, weil der bestrittene Vortrag des Musterklägers (2.) für eine Kenntnis oder billigen Inkaufnahme des Einsatzes unzulässiger Abschaltvorrichtungen von bzw. durch Mitgliedern des Vorstandes der Musterbeklagten mangels tatsächlicher Anhaltspunkte (4.) als Behauptung ins Blaue hinein nicht zu berücksichtigen ist (3.). Dies gilt sowohl hinsichtlich der Euro 6-Fahrzeuge als auch hinsichtlich der Euro 5-Fahrzeuge.

1.

Unter diesem Feststellungsziel begehrt der Musterkläger die Feststellung eines vorsätzlichen Handelns von Mitgliedern des Vorstandes der Musterbeklagten (Repräsentanten im Sinne von § 31 BGB). Dieses Feststellungsziel ist dahin auszulegen (§§ 133,

157 BGB), dass es sich auf den Zeitraum bis zur Inverkehrgabe des Fahrzeuges bezieht. Dies folgt aus dem Wortlaut der Feststellungsziele unter Nr. 1 (a) aa) und b), auf die sich das vorliegende Feststellungsziel Ziff. 3 a) bezieht.

2.

Der Musterkläger trägt insoweit im Wesentlichen vor, er habe keine Kenntnis von den internen Vorgängen, die bei der Musterbeklagten zur Entscheidung des Einsatzes von Abschaltvorrichtungen geführt hätten. Er könne nur vortragen, was aus öffentlich zugänglichen Quellen wie der Presse oder aus (öffentlichen) Gerichtsverfahren zwischen der Musterbeklagten und den Käufern von manipulierten OM 651-Fahrzeugen bekannt sei. Inhalt und Umfang der Manipulation seien der Führungsebene der Musterbeklagten von Beginn an bekannt gewesen. Dies folge sowohl aus dem Umstand, weltweit stetig strenger werdenden Emissionsvorschriften als eine der zentralen und kostspieligsten Herausforderungen, der sich Fahrzeughersteller in den vergangenen Jahrzehnten und auch aktuell noch stellen müssten. Der hieraus folgende hohe Stellenwert für Forschung und Entwicklung von Motor- und Abgastechik müsse daher auch im Geschäftsbetrieb der Musterbeklagten im Fokus des Vorstandes gestanden haben, was sich unter anderem daran zeige, dass insbesondere der damalige Vorstandsvorsitzende Dieter Zetsche über die jeweiligen Forschungen im Bilde gewesen sei. Dies zeige sich in folgender in der Frankfurter Allgemeinen Sonntagszeitung veröffentlichten Äußerung des damaligen Vorstandsvorsitzenden Zetsche: *„Ein Konzernchef könne zwar nicht alle Details kennen, erläuterte Zetsche in der F.A.S.: Aber ich bin in alle Entwicklungsprojekte eingebunden.“*

Auch jenseits der Forschung und Entwicklung habe sich der Vorstand mit den Motoren auseinandergesetzt, insbesondere müsse dieser aufgrund der erheblichen Tragweite für den Gesamtkonzern, unter anderem in Bezug auf Produktionsstraßen und Zulieferketten, entscheiden, welche Motoren mit welcher Technik in welchem Modell eingesetzt würden. Auch habe die Musterbeklagte sogenannte Produktlastenhefte eingesetzt, in denen die Spezifikationen der einzelnen Modelle äußerst detailliert festgehalten würden. Da diese den Geschäftsbereich stark beeinflussen, entscheide der Vorstand und der Baureihenleiter über deren Umsetzung, sodass diese auch Kenntnis von deren Inhalt hätten. Zudem sei die Musterbeklagte nach der ISO EN 9001 zertifiziert,

weshalb davon auszugehen sei, dass gesetzliche und behördliche Anforderungen umgesetzt würden und aufgrund der durch sie sichergestellten umfassenden Dokumentation allen Wissens dieses auch beim Vorstand der Musterbeklagten zusammenlaufe. All dies lasse den Schluss zu, dass der Einsatz der Abschaltvorrichtungen auf höchster Ebene entschieden, zumindest aber in deren Kenntnis und Billigung erfolgt sei. Auch würden neben den in den USA erzielten Vergleichen die Kartellabsprachen der Musterbeklagten mit anderen Fahrzeugherstellern zur Größe der AdBlue-Tanks zeigen, dass die Verwendung unzulässiger Abschaltvorrichtungen bei deren Vorständen bekannt gewesen sei. Auch beruft sich der Musterkläger auf die strafrechtlichen Ermittlungen der Staatsanwaltschaft Stuttgart, nachdem der Senat insoweit auf den ihm bekannten Umstand hingewiesen hatte, dass die Staatsanwaltschaft Stuttgart hinsichtlich rückrufbetreffender Euro 6-Fahrzeuge der Musterbeklagten strafrechtliche Ermittlungen gegen deren Mitarbeiter führt, welche in drei Fällen zum Erlass mittlerweile rechtskräftig gewordener Strafbefehle geführt haben.

3.

Die Behauptung des Musterklägers, dass die Mitglieder des Vorstandes der Musterbeklagten den Einsatz der Abschaltvorrichtungen angeordnet hätten oder diese diesen bekannt gewesen seien oder von diesen gebilligt worden seien, stellt mangels tatsächlicher Anhaltspunkte eine nicht zu berücksichtigende Behauptung ins Blaue hinein dar. Ein Sachvortrag zur Begründung eines Anspruchs ist zwar bereits dann schlüssig und erheblich, wenn die Partei Tatsachen vorträgt, die in Verbindung mit einem Rechtssatz geeignet und erforderlich sind, das geltend gemachte Recht als in der Person der Partei entstanden erscheinen zu lassen. Die Angabe näherer Einzelheiten ist nicht erforderlich, soweit diese für die Rechtsfolgen nicht von Bedeutung sind (vgl. BGH in ständiger Rechtsprechung u.a. BGH, Beschluss vom 28.01.2020 - VIII ZR 57/19, juris Rn. 7; BGH, Beschluss vom 14.01.2020 - VI ZR 97/19, juris Rn. 8).

Von der Klagepartei kann daher insbesondere nicht verlangt werden, Einzelheiten zu den von ihr behaupteten Manipulationen vorzutragen. Hierbei ist es einer Partei nicht verwehrt, Umstände zu behaupten, 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 (vgl. BGH jeweils am aaO).

Dennoch nicht zu berücksichtigen ist aber ein nach Vorstehendem schlüssiger Tatsachenvortrag, wenn die Partei ohne greifbare Anhaltspunkte für das Vorliegen eines bestimmten Sachverhalts zu haben, willkürlich Behauptungen "aufs Geratewohl" oder "ins Blaue hinein" aufstellt. Bei der Annahme von Willkür in diesem Sinne ist Zurückhaltung geboten, so dass sie in der Regel nur beim Fehlen jeglicher tatsächlicher Anhaltspunkte gerechtfertigt ist (vgl. BGH, Beschluss vom 28.01.2020 – VIII ZR 57/19, juris Rn. 8; BGH, Beschluss vom 14.01.2020 – VI ZR 97/19, juris Rn. 8 mwN).

4.

So verhält es sich hier für die vom Musterkläger behauptete Kenntnis von Mitgliedern des Vorstandes der Musterbeklagten vom Einsatz der vorstehend festgestellten Abschaltseinrichtungen (siehe oben unter A. und B.). Denn tatsächliche Anhaltspunkte hierfür sind nicht ersichtlich.

a.

Die strafrechtlichen Ermittlungen der Staatsanwaltschaft Stuttgart begründen hinsichtlich des gegenständlichen Sachverhalts keinen tatsächlichen Anhaltspunkt für ein vorsätzliches Handeln von Mitgliedern des Vorstandes der Musterbeklagten (sogenannten Repräsentanten im Sinne von § 31 BGB).

Ausweislich der dem Senat bekannten und in das Verfahren eingeführten Auskunft der Staatsanwaltschaft Stuttgart vom 05.05.2021 gegenüber dem 16a. Zivilsenat des Oberlandesgericht Stuttgart (16a U 173/19) beziehen sich die strafrechtlichen staatsanwaltschaftlichen Ermittlungen der Staatsanwaltschaft Stuttgart – unabhängig von Fahrzeugmodell und Schadstoffklasse – allgemein nicht auf Repräsentanten der Musterbeklagten und damit nicht auf Mitglieder ihres Vorstandes.

b.

Dass die Staatsanwaltschaft Stuttgart gegen die Musterbeklagte einen Bußgeldbescheid wegen fahrlässiger Aufsichtspflichtverletzung nach § 130 OWiG verhängt hat (vgl. Pressemitteilung der Staatsanwaltschaft Stuttgart vom 24.09.2019, Anlage MK 161), begründet ebenfalls keinen tatsächlichen Anhaltspunkt dafür, dass Mitglieder ihres Vorstandes von der Verwendung unzulässiger Abschaltseinrichtungen in den streitgegenständlichen Fahrzeug-Modellen Kenntnis gehabt hatten. Denn der Vorwurf einer

fahrlässigen Aufsichtspflichtverletzung lässt keinen Rückschluss auf eine positive Kenntnis von der Verwendung unzulässiger Abschaltvorrichtungen zu.

c.

Soweit der Musterkläger als tatsächlichen Anhaltspunkt für ein vorsätzliches Handeln von Mitgliedern des Vorstandes die Pressemitteilungen der EU-Kommission vom 05.04.2019 und 08.07.2021 (MK 236) zu Kartellabsprachen in einem Zuwiderhandlungszeitraum vom 25.06.2009 bis 01.10.2014 hinsichtlich zu kleiner AdBlue-Tanks anführt, vermag dieser Umstand bereits formal weder die streitgegenständlichen Euro 5-Fahrzeug-Modelle, weil diese nicht über ein SCR-System verfügen, noch die streitgegenständlichen Euro 6-Modelle GLC 220d 4Matic und GLC 250d 4Matic betreffen, weil diese erst nach dem Ende der widerrechtlichen Kartellabsprachen produziert wurden. Allein die streitgegenständlichen Euro 6-Modelle GLK 220 BlueTec 4Matic und GLK 250 BlueTec 4Matic wurden teilweise im Zeitraum der Kartellabsprachen produziert, nämlich vom 01.06.2012 bis 01.10.2014. Aber auch insoweit ist dies als tatsächlicher Anhaltspunkt für eine Kenntnis von Vorstandsmitgliedern oder deren billigende Inkaufnahme eines Einsatzes unzulässiger Abschaltvorrichtungen ungeeignet. Zwar ist davon auszugehen, dass Kartellabsprachen mit anderen Herstellern auf Vorstandsebene getroffen werden, doch begründen diese vorliegend keinen Hinweis für eine Kenntnis der Mitglieder des Vorstandes von der Verwendung unzulässiger Abschaltvorrichtungen. Dies folgt bereits daraus, dass in der Pressemitteilung vom 08.07.2021 am Ende ausdrücklich klargestellt wird, dass es keine Hinweise darauf gebe, dass die Parteien Absprachen über die Verwendung illegaler Abschaltvorrichtungen getroffen hätten. Nach den Pressemitteilungen wurden die Geldbußen von der EU-Kommission auch nicht wegen einem Verstoß gegen Abgasvorschriften verhängt, sondern, weil die Hersteller durch die Absprachen sich darauf verständigt haben sollen, nicht miteinander um eine über die gesetzlichen Vorgaben hinausgehende Abgasreinigung zu konkurrieren, obwohl die dafür benötigte Technologie zur Verfügung gestanden habe.

d.

Auch soweit sich der Musterkläger auf die eigene Pressemitteilung der Musterbeklagten vom 14.09.2020 über einen Zivilvergleich in den USA im Zusammenhang mit Die-

sel-Emissionen stützt, begründet dies keinen tatsächlichen Anhaltspunkt für ein vorsätzliches Handeln von Mitgliedern des Vorstandes der Musterbeklagten vom Einsatz unzulässiger Abschaltvorrichtungen. Unabhängig davon, dass ein Bezug zu den streitgegenständlichen Fahrzeug-Modellen nicht einmal dargelegt wird, kann aufgrund der regulatorischen Unterschiede zwischen Europa und den USA und den hieraus folgenden unterschiedlichen Anforderungen an die Fahrzeug- und Motorenhersteller von möglichen Manipulationen in US-Fahrzeugen nicht auf solche in EU-Fahrzeugen geschlossen werden (vgl. ua Senatsurteile vom 07.12.2023 – 24 U 73/22, juris Rn. 72 und vom 30. 11.2023 – 24 U 153/21, juris Rn. 73).

e.

Ebenso begründet die öffentliche Äußerung des früheren Vorstandsvorsitzenden der Musterbeklagten Dieter Zetsche, er sei in alle Entwicklungsprojekte eingebunden, keinen hierfür tauglichen tatsächlichen Anhaltspunkt. Diese Äußerung lässt weder den Schluss darauf zu, dass der ehemalige Vorstandsvorsitzende vom Einsatz unzulässiger Abschaltvorrichtungen Kenntnis hatte, noch, dass diese Kenntnis bei anderen Mitgliedern des Vorstandes der Musterbeklagten vorgelegen hatte oder diese Personen den Einsatz unzulässiger Abschaltvorrichtungen billigend in Kauf genommen hätten. Denn der Vorstand ist regelmäßig mit den großen Linien der Unternehmensführung befasst, wozu die Analyse ingenieurtechnischer Details nicht gehören. Nichts Anderes ergibt sich aus dem in Bezug genommenen Artikel über die Aussage des früheren Vorstandsvorsitzenden Dieter Zetsche. Vielmehr müssen sich die Mitglieder des Vorstandes darauf verlassen, dass derartige Details, insbesondere solche, die zu schwerwiegenden Problemen für das Unternehmen führen können, zu denen auch das Vorhandensein unzulässiger Abschaltvorrichtungen gehört, an den Vorstand intern weitergeleitet werden. Dafür, dass dies hinsichtlich der „Strategie A in vergleichbarer Ausprägung“ („Bit 13“) und der KSR tatsächlich bis zum Zeitpunkt der Inverkehrgabe der Fahrzeuge erfolgt ist, sind tatsächliche Anhaltspunkte weder ersichtlich noch vorgetragen.

f.

Auch aus der Nichtangabe der beiden festgestellten Abschaltseinrichtungen im EG-Typgenehmigungsverfahren kann nicht auf ein vorsätzliches Handeln von Repräsentanten geschlossen werden, zumal diese hierin üblicherweise und auch nach dem Vortrag der Musterbeklagten nicht eingebunden sind.

g.

Aus einer Zertifizierung nach der DIN EN ISO 9001 folgt ebenfalls per se kein tatsächlicher Anhaltspunkt für eine Kenntnis der Repräsentanten (Mitglieder des Vorstandes) (vgl. ua Senatsurteile vom 22.02.2024 – 24 U 254/21 – juris Rn. 42, vom 07.12.2023 – 24 U 73/22 – juris Rn. 46 und vom 30. 11.2023 – 24 U 153/21 – juris Rn. 47).

E.

Auch die hilfsweise im **Feststellungsziel Ziff. 3 b)** zur Entscheidung gestellte Feststellung ist nicht zu treffen. Die Musterfeststellungsklage ist auch insoweit unbegründet. Aufgrund der Unbegründetheit des vorstehend erörterten Feststellungsziels Nr. 3 a) ist der Senat zur Entscheidung über das Feststellungsziel Ziff. 3 b) berufen. Auch insoweit ist das Feststellungsziel dahin auszulegen, dass sich die begehrten Feststellungen auf den Zeitraum von der Entwicklung bis zur Inverkehrgabe des Fahrzeuges beschränken (vgl. entsprechende Ausführungen vorstehend unter D. 1).

Hinsichtlich dieses Feststellungsziels ist die Musterfeststellungsklage ebenfalls unbegründet, und zwar sowohl, soweit sich das Feststellungsziel auf die in den streitgegenständlichen Euro 6-Fahrzeugen enthaltene „Strategie A in vergleichbarer Ausprägung“ bezieht („Bit 13“) (dazu unter 1.), als auch soweit es sich auf die streitgegenständlichen Euro 5-Fahrzeugen enthaltene KSR (dazu unter 2.) bezieht. Denn auch insoweit fehlen tatsächliche Anhaltspunkte für eine Kenntnis der Leiter der Motorenentwicklung und der Motorenkonstruktion der Musterbeklagten vom Einsatz der festgestellten unzulässigen Abschaltseinrichtungen oder von einer billigenden Inkaufnahme, dass solche zum Einsatz kommen.

1.

Hinsichtlich der streitgegenständlichen Euro 6-Fahrzeuge bestehen zwar aufgrund der Auskünfte der Staatsanwaltschaft Stuttgart (dazu im Detail unter I.) tatsächliche Anhaltspunkte für ein vorsätzliches Handeln von Mitarbeitern der Musterbeklagten hinsichtlich Entwicklung und Verwendung der „Strategie A in vergleichbarer Ausprägung“. Diese Auskünfte erlauben aber keinen Schluss auf eine Kenntnis des Leiters der Motorenentwicklung oder des Leiters der Motorenkonstruktion zu, auf die sich dieses Feststellungsziel allein bezieht. Ausweislich der vom Senat eingeholten Auskunft der Staatsanwaltschaft Stuttgart vom 23.06.2022 wurden hinsichtlich der streitgegenständlichen Euro 6-Modelle strafrechtliche Ermittlungen gegen Mitarbeiter der Musterbeklagten geführt, die von der Musterbeklagten im Tatzeitraum als Sachbearbeiter und Teamleiter eingruppiert waren. Da der Teamleiter – nach dem unbestritten gebliebenen Vortrag der Musterbeklagten – der untersten Managementebene (E4) zuzuordnen ist, sind diese strafrechtlichen Ermittlungen als tatsächlicher Anhaltspunkt für eine Kenntnis der von diesem Feststellungsziel betroffenen Leiter der Motorenentwicklung und/oder betroffenen Leiter der Motorenkonstruktion nicht tauglich. Der Leiter des Antriebsstrangs für Dieselmotoren gehört nach dem ebenfalls unbestrittenen Vortrag der Musterbeklagten der zweitobersten Managementebene E2 an; darunter gibt es bei der Musterbeklagten auf der Managementebene E3 sogenannte Projektleiter, die für die ganzheitliche Entwicklung eines Antriebsstranges zuständig sind, so auch einen für den Motor OM 651. Ungeachtet der Frage, ob die vom Musterkläger in diesem Feststellungsziel bezeichneten Mitarbeiter der Managementebene E2 oder E3 zuzuordnen sind, ist nach der vom Musterkläger vorgenommenen Bezeichnung auszuschließen, dass diese von ihm bezeichneten Leiter der Managementebene E4 zuzuordnen sind.

2.

Hinsichtlich der streitgegenständlichen Euro 5-Fahrzeug-Modelle fehlt es – unabhängig von vorstehender Einschränkung – bereits allgemein an tatsächlichen Anhaltspunkten für ein vorsätzliches Handeln von Mitarbeitern der Musterbeklagten in Bezug auf die Verwendung der KSR als unzulässige Abschaltvorrichtung, sodass hinsichtlich dieser Fahrzeuge die Behauptung einer Kenntnis von Mitarbeitern der Musterbeklagten von der Verwendung einer unzulässigen Abschaltvorrichtung in Gestalt der KSR ins Blaue hinein erfolgt (so vom Senat bereits mehrfach entschieden: Senatsurteile

vom 22.02.2024 – 24 U 254/21, juris Rn. 29ff; 07.12.2023 – 24 U 73/22, juris Rn. 30ff; vom 05.07.2022 – 24 U 314/21, juris Rn. 37ff, letztere Entscheidung insoweit vom Bundesgerichtshof gebilligt, vgl. BGH, Urteil vom 26.06.2023 – VIa ZR 1031/22, juris Rn. 17).

a.

Die strafrechtlichen Ermittlungen der Staatsanwaltschaft Stuttgart begründen insoweit keinen tatsächlichen Anhaltspunkt für ein vorsätzliches Handeln von Verrichtungshelfern der Musterbeklagten im Sinne von § 831 BGB. Aus der vom Senat eingeholten Auskunft der Staatsanwaltschaft Stuttgart vom 23.06.2022 ergibt sich, dass die ursprünglich auch insoweit gegen Mitarbeiter der Musterbeklagten geführten strafrechtlichen Ermittlungen gemäß § 170 StPO mangels hinreichendem Tatverdacht eingestellt worden sind, unter anderem deswegen, weil Feststellungen zu einer subjektiven Tatbestandsverwirklichung nicht hätten getroffen werden können. Damit begründen diese hinsichtlich der streitgegenständlichen Fahrzeuge keinen tatsächlichen Anhaltspunkt (mehr) für eine Kenntnis von Mitarbeitern der Musterbeklagten in Bezug auf den Einsatz einer unzulässigen Abschaltvorrichtung in Gestalt der KSR (vgl. auf Basis älterer gleichlaufender Auskünfte bereits OLG Stuttgart, Urteil vom 25.01.2022 – 16a U 158/19, juris Rn. 52; OLG Stuttgart, Urteil vom 25.01.2022 – 16a U 138/19, juris Rn. 33).

b.

Der Umstand, dass die Staatsanwaltschaft Stuttgart gegen die Musterbeklagte einen Bußgeldbescheid wegen fahrlässiger Aufsichtspflichtverletzung nach § 130 OWiG verhängt hat, begründet ebenfalls keinen tatsächlichen Anhaltspunkt für ein vorsätzliches Verhalten für die Musterbeklagte handelnder Personen (vgl. oben unter D.).

c.

Auch das Vorhandensein der KSR lässt keinen Rückschluss auf ein vorsätzliches Handeln zu. Weder kann aus ihrer Nichtangabe im EG-Typgenehmigungsverfahren auf ein vorsätzliches Handeln geschlossen werden (aa.) noch werden tatsächliche Anhaltspunkte zu ihrer Ausgestaltung vorgetragen, die diesen Schluss zulassen (bb.) oder folgt dies aus sonstigen Umständen (cc.).

aa.

Aus dem Umstand, dass die KSR dem KBA zum Zeitpunkt der Erteilung der EG-Typgenehmigung nicht bekannt war, weil sie im Genehmigungsverfahren von der Musterbeklagten nicht angegeben worden war, kann nicht ohne weiteres auf ein vorsätzliches Verhalten der für handelnden Personen, Verrichtungsgehilfen (§ 831 BGB) als auch Repräsentanten (§ 31 BGB), geschlossen werden.

Da eine Abschaltvorrichtung nur ausnahmsweise zulässig ist, dürfte zwar davon auszugehen sein, dass eine solche grundsätzlich im EG-Typgenehmigungsverfahren – auch ohne konkrete Fragen im formalisierten Antragsverfahren – offen zu legen ist, da nur dann die Genehmigungsbehörde in die Lage versetzt wird, ihre ausnahmsweise Zulässigkeit zu prüfen. Ein vorsätzliches Handeln setzt insoweit aber voraus, dass die für die Musterbeklagte handelnden Personen, d.h. in erster Linie die die KSR entwickelnden Ingenieure, erkannt hatten, dass es sich bei dieser um eine Abschaltvorrichtung handelt und, dass diese auch unzulässig ist. Denn nur, wenn auch die Unzulässigkeit der Abschaltvorrichtung ohne weiteres erkennbar war, kann sowohl auf eine gewollte Täuschung zur Erschleichung der EG-Typgenehmigung geschlossen werden als auch darauf, dass dieser für die Musterbeklagte wesentliche, ihre Compliance betreffende Umstand, auch intern bis zur Ebene ihrer Repräsentanten weitergeleitet worden ist. Tatsächliche Anhaltspunkte hierfür, d.h. dass die KSR konkret so ausgestaltet war, dass deren Unzulässigkeit zur Zeit des Fahrzeugerwerbs, mithin vor Erhellung der Rechtslage durch den EuGH, von Repräsentanten der Musterbeklagten oder den entwickelnden Ingenieuren ohne weiteres hätte erkannt werden müssen, sind nicht ersichtlich.

bb.

Der Musterkläger behauptet lediglich ins Blaue hinein, dass die KSR auf dem Prüfstand des NEFZ anders als im realen Fahrbetrieb funktioniere (1) oder an eine Prüfstandserkennung geknüpft sei (2). Tatsächliche Anhaltspunkte werden hierfür nicht vorgetragen. Der Umstand, dass die Bedienung der Einrichtung an die Prüfbedingungen des NEFZ angelehnt ist, lässt keinen Schluss auf ein vorsätzliches Verhalten zu (3).

(1) Tatsächliche Anhaltspunkte dafür, dass die KSR im realen Fahrbetrieb – bei gleichen äußeren Bedingungen wie auf dem Prüfstand – anders funktioniere als auf dem Prüfstand des NEFZ, sind nicht ersichtlich.

Aus dem Umstand, dass nach – senatsbekanntem – Auskünften des KBA, die KSR unter Prüfbedingungen eine niedrigere Kühlmitteltemperatur einregelt, mit der Folge höherer AGR-Raten, aber nach Ablauf eines Timers eine höhere Kühlmitteltemperatur eingeregelt werde, mit der Folge geringerer AGR-Raten, kann nicht geschlossen werden, die KSR funktioniere auf dem Prüfstand des NEFZ anders als im realen Fahrbetrieb (ebenso OLG Stuttgart, Urteil vom 25.01.2022 – 16a U 158/19, juris Rn. 66; OLG Stuttgart, Urteil vom 25.01.2022 – 16a U 138/19, juris Rn. 45). Auch lassen sich den Auskünften des KBA keine Angaben dazu entnehmen, nach Ablauf welcher konkreten Zeit und unter welchen Bedingungen der Timer die KSR in einen Modus mit einem schlechteren Emissionsverhalten versetzen soll. Zudem gibt das KBA selbst an, dass die Steuerung der KSR nicht an die Erkennung des Prüfstandes des NEFZ geknüpft, sondern lediglich an dessen Randbedingungen „angelehnt“ sei (vgl. u.a. Auskunft des KBA vom 29.03.2021 gegenüber dem Landgericht Erfurt, so bereits Senatsurteil vom 28.06.2022 – 24 U 115/22, juris Rn. 51).

(2) Auch für eine behauptete Steuerung der KSR mittels einer sittenwidrigen Prüfstandserkennung, also einer Technik, die bei erkanntem Prüfstandsbetrieb Emissionskontrolltechniken aktiviert, welche einen gegenüber dem normalen Fahrbetrieb reduzierten Emissionsausstoß bewirken (vgl. BGH, Beschluss vom 09.03.2021 - VI ZR 889/20, juris Rn. 27) oder für eine prüfstandsbezogene Bedatung, worunter eine Bedatung mit Parametern zu verstehen ist, die im realen Betrieb praktisch in dieser Kombination nicht vorkommt (vgl. BGH, Urteil vom 13.10.2021 – VII ZR 179/21, juris Rn. 25), werden keine tatsächlichen Anhaltspunkte angeführt (vgl. dazu bereits u.a. Senatsurteil vom 28.06.2022 – 24 U 115/22, juris Rn. 52ff).

[1] Die Existenz einer Prüfstandserkennung in Bezug auf den NEFZ, über die jedes Fahrzeug verfügt, lässt keinen Schluss darauf zu, dass über diese auch das Emissionsverhalten des Fahrzeugs gesteuert wird, insbesondere die KSR. Denn nahezu alle Fahrzeuge verfügen heute über ein Anti-Blockier-System (ABS), ein Elektronisches Stabilitätsprogramm (ESP) oder vergleichbare Sensoren, die melden, dass das Fahrzeug sich nicht normal bewegt. Um ein Fahrzeug auf dem Rollenprüfstand betreiben zu können, muss dieses daher den Rollenprüfstand von sich aus erkennen oder es muss ihm gesagt werden. Dies ist senatsbekannt (vgl. ua S. 249, 252 des Berichts des 5. Untersuchungsausschusses gem. Art. 44 GG vom 22. Juni 2017, BT-Drucks.

18/12900). Dass über diese Prüfstandserkennung auch das Emissionsverhalten des Fahrzeuges gesteuert wird, folgt daraus nicht.

[2] Auch aus bei Realbetriebsmessungen ermittelten Emissionsgrenzwertüberschreitungen kann nicht auf eine das Emissionsverhalten des Fahrzeuges beeinflussende Prüfstandserkennung geschlossen werden. Im realen Fahrbetrieb gemessene Emissionsgrenzwertüberschreitungen sind bereits als tatsächlicher Anhaltspunkt für das Vorliegen einer unzulässigen Abschaltvorrichtung im Sinne von Art. 3 Nr. 10, 5 VO (EG) Nr. 715/2007 untauglich. Der Umstand, dass die Emissionen im Realbetrieb über denen auf dem Prüfstand liegen, liegt auf der Hand (vgl. OLG Stuttgart, Urteil vom 10.12.2021 – 23 U 229/21, juris Rn. 36; OLG München, Urteil vom 27.10.2021 – 20 U 5499/19, juris Rn. 42; BGH, Urteil vom 13.07.2021 – VI ZR 128/20, juris Rn. 23). Dies folgt neben dem Einfluss von Witterung, Straßenbelag und individuellen Fahrverhalten auch aus den – zulässigerweise – auf dem NEFZ-Prüfstand bestehenden Optimierungsmöglichkeiten (vgl. ua Urteile des OLG Stuttgart vom 16.06.2020 – 16a U 228/19, juris Rn. 94, und vom 04.05.2021 – 16a U 202/19, juris Rn. 60ff), wonach u.a. das gesamte Fahrzeug bis auf 30°C vorgewärmt werden darf, der Luftdruck in den Reifen erhöht werden, Fugen der Außenhülle abgeklebt werden und die Nachladung der Fahrzeugbatterie während des Zyklus unterbunden werden darf. Zudem darf zur Erlangung der EG-Typgenehmigung nach der NEFZ-Prüfung diese mit der leichtesten Ausstattungsvariante ohne Beladung gefahren werden.

An dieser Einschätzung ändert die Veröffentlichung der Leitlinien der Europäischen Kommission von Januar 2017 nichts. Diese Leitlinien richten sich an die Typgenehmigungsbehörden und zeigen auf, unter welchen Voraussetzungen und in welcher Weise Abweichungen der Emissionen im Vergleich zu den Emissionen im NEFZ nachgegangen werden kann. Dabei differenzieren die Leitlinien zwischen verschiedenen Kategorien und empfehlen, zur Erleichterung der Bewertung der Prüfungen in den verschiedenen Kategorien, Prüfschwellen zu entwickeln, die der annehmbaren Emissionszunahme der jeweiligen Kombinationen von Schadstoffen, Technologien und Bedingungen entsprechen. Jedes Ergebnis einer Emissionsprüfung oberhalb dieser Prüfschwellen sollte als „Verdachtsfall“ eingestuft werden. In Kategorie 3, in der die Prüfungen auf der Straße durchgeführt werden und die Werte der modifizierten Parameter – weitgehend – ungesteuert sind (z. B. die Fahrzeuggeschwindigkeit in Abhängigkeit vom Verkehr sowie die Temperatur), wird ein Schwellenwert des zwei- bis fünffachen zu-

lässigen NOx-Emissionswerts vorgeschlagen. Schon aus dieser differenzierten Ausgestaltung, ab wann – für die Prüfbehörde – von einem Verdachtsfall auszugehen ist, der erst weitere Nachfragen beim Hersteller veranlasst, folgt, dass ein reiner Realbetriebssmesswert für sich gesehen gerade noch keinen tatsächlichen Anhaltspunkt für das Vorliegen einer unzulässigen Abschaltvorrichtung darstellt, geschweige denn für ein diesbezügliches vorsätzliches Verhalten der Musterbeklagten bzw. deren Mitarbeiter (ebenso: BGH, Urteil vom 26.10.2023 – VII ZR 619/21, juris Rn. 11 mwN).

[3] Auch der Umstand, dass die beiden vorgenannten Umstände kumulativ vorliegen, lässt den Schluss auf einen Zusammenhang zwischen diesen beiden Umständen, mithin auf eine das Emissionsverhalten steuernde Prüfstandserkennung nicht zu. Denn diese beiden Umstände liegen kumulativ bei jedem Fahrzeug vor, also auch bei solchen ohne unzulässige Abschaltvorrichtungen.

[4] Der Artikel des Handelsblatts vom 14.04.2019, nach dessen Recherche unter Berufung auf Erkenntnisse des KBA eine Software-Funktion in Gestalt einer speziellen Temperaturregelung, die den Kühlmittelkreislauf künstlich kälter halte und die Aufwärmung des Motoröls verzögere, mit der Folge, dass die NOx-Werte auf dem Prüfstand auf einem niedrigeren Niveau blieben, nämlich unterhalb des gesetzlichen Grenzwerts im NEFZ, während die Funktion im Straßenbetrieb deaktiviert und der NOx-Grenzwert von 180 mg/km deutlich überschritten werde, ist ebenfalls als tatsächlicher Anhaltspunkt für das Vorhandensein einer das Emissionsverhalten des Fahrzeuges steuernden Prüfstandserkennung untauglich. Dieser Artikel stützt sich auf die Erkenntnisse des KBA. Das KBA hat in der Folge, nämlich mit Bescheid vom 21.06.2019, aufgrund dieser Erkenntnisse die Modelle GLK 200 CDI, GLK 220 CDI und GLK 220 CDI 4MATIC des Produktionszeitraumes 2012 bis 2015 zurückgerufen, weil es die KSR als unzulässige Abschaltvorrichtung beanstandet hat. Dabei ist aber das KBA - wie aus dessen vorstehend angeführten Auskunft gegenüber dem Landgericht Erfurt vom 29.03.2021 ersichtlich – aber selbst der Ansicht, dass die Steuerung der KSR nicht an eine Prüfstandserkennung geknüpft ist. Der Artikel kann daher als tatsächlicher Anhaltspunkt nicht weiterreichen als die Erkenntnisse des KBA, auf die er sich stützt. Entsprechendes gilt für den Artikel der Welt vom 22.06.2019.

[5] Dafür, dass die KSR an eine Prüfstandserkennung geknüpft ist bzw. unter Prüfbedingungen anders geregelt werde als im Realbetrieb, begründet auch der Beitrag des Bayerischen Rundfunk vom 10.02.2021 keinen tauglichen tatsächlichen Anhaltspunkt. In dem Artikel heißt es zwar, dass „*die betroffenen Fahrzeuge eine Prüffahrt erkennen*“

würden. Diese Aussage lässt sich aber der im Artikel hierzu als Beleg zitierten Auskunft des Bundesverkehrsministeriums nicht entnehmen, die wie folgt zitiert wird: *„die von Daimler in den betroffenen Fahrzeugen verbaute Strategie zum geregelten Kühlmittelthermostat schaltet unter Prüfbedingungen einen Modus, bei dem unter Regelung einer niedrigen Kühlmitteltemperatur (...) der NOx-Grenzwert in der Typprüfung eingehalten wird“*. „Unter Prüfbedingungen“, d.h. immer dann, wenn diese Bedingungen vorliegen, und nicht nur auf dem Prüfstand, schaltet die KSR in einen Modus, bei dem unter Regelung einer niedrigen Kühlmitteltemperatur der NOx Grenzwert eingehalten werde (so auch OLG Stuttgart, Urteil vom 10.12.2021 – 23 U 229/21, juris Rn. 29; OLG München, Urteil vom 27.10.2021 – 20 U 5499/19, juris Rn. 41). Abgesehen davon, dass diese Auskunft des Bundesverkehrsministeriums insoweit mit den bekannten Auskünften des KBA übereinstimmt, kann diese nicht zuverlässiger sein als die des KBA als der zuständigen Fachbehörde, von der das Bundesverkehrsministerium seinerseits seine Informationen erhält. Das KBA hat zudem ausdrücklich klargestellt, dass die KSR nicht über eine Erkennung des Prüfstandes des NEFZ gesteuert wird. Entsprechendes gilt auch für weitere Presseartikel. Deren Reichweite als tatsächlicher Anhaltspunkt kann nicht weitergehen, als die ihnen zugrundeliegenden Aussagen des KBA und des Bundesverkehrsministeriums.

[6] Das Gutachten des Sachverständigen Dr. Heitz vom 12.11.2020 (LG Stuttgart 27 O 230/18) ist als tatsächlicher Anhaltspunkt für das Vorliegen einer die Steuerung der KSR beeinflussenden Prüfstandserkennung untauglich. Es ist bereits nicht plausibel, wie der Sachverständige aus den von ihm für die Steuerung der KSR als relevant identifizierten Parametern in Gestalt einer geringen Motordrehzahl und eines Luftmassenstroms im unteren Bereich auf eine Prüfstandserkennung oder eine prüfstandsbezogene Bedatung schließen will. Denn diese Parameter können so auch im realen Fahrbetrieb vorkommen. Abgesehen davon führt der Sachverständige eigens aus, selbst nicht beurteilen zu können, ob die von ihm beschriebene Absenkung der Kühlmittelsolltemperatur auch im normalen Fahrbetrieb auftrete oder umgekehrt, ob eine Umschaltung auf die normale Kühlmittelsolltemperatur beim NEFZ möglich sei. Der Sachverständige hat den realen Einfluss der von ihm dargestellten Bedatung auf das Emissionsverhalten des Fahrzeuges gerade nicht untersucht.

[7] Auch die weiteren Gutachten des Sachverständigen Dr. Heitz in denen dieser aus den von ihm für die Steuerung der KSR als relevant identifizierten Parametern in Gestalt einer geringen Motordrehzahl, einer Umgebungstemperatur zwischen 15°C und

35°C, einer Ansauglufttemperatur zwischen 15°C und 50°C und des Umstandes, dass sich das Fahrzeug unterhalb einer Höhe von 1950 Metern befindet, auf eine Prüfstandserkennung oder eine prüfstandsbezogene Bedatung schließen will, sind als tatsächlicher Anhaltspunkt für das Vorliegen einer die Steuerung der KSR beeinflussenden Prüfstandserkennung untauglich. Denn diese Parameter können so – auch in ihrer Kombination – auch im realen Fahrbetrieb vorkommen. Der Sachverständige hat den realen Einfluss der von ihm dargestellten Bedatung auf das Emissionsverhalten des Fahrzeuges zudem nicht untersucht.

[8] Mit Blick auf das in der Entscheidung des Bundesgerichtshofs (Beschluss vom 23.02.2022 – VII ZR 602/21) thematisierte Gutachten des Sachverständigen Dr. Heitz wird darauf hingewiesen, dass für die Behauptung, die Steuerung der KSR erfolge über eine Erkennung der Durchführung der Vorkonditionierung zum Prüfstandtest in Gestalt einer für sechs Stunden gleichbleibenden Umgebungstemperatur zwischen 20°C und 30°C, keine tatsächlichen Anhaltspunkte ersichtlich sind. Der Sachverständige Heitz führt insoweit lediglich aus, dass die Motorstarttemperatur beim NEFZ mit der Umgebungstemperatur identisch sei und zwischen 20°C und 30°C liege. Dies ist aber nichts anderes als die Wiedergabe der Regularien der Vorkonditionierung zum NEFZ (vgl. die im Amtsblatt der Europäischen Union veröffentlichte Regelung Nr. 83 der Wirtschaftskommission der Vereinten Nationen für Europa (UN/ECE) — Einheitliche Bedingungen für die Genehmigung der Fahrzeuge hinsichtlich der Emission von Schadstoffen aus dem Motor entsprechend den Kraftstoffanforderungen des Motors, dort Ziffer 5.3.1.3. in Verbindung mit Ziffer 6.3.1. des Anhang 4a – Prüfung Typ I). Dazu, welchen Einfluss die Vorkonditionierung auf die Steuerung der KSR haben soll, trifft der Sachverständige Dr. Heitz aber gerade keine Aussage.

Entsprechendes gilt auch mit Blick auf die Entscheidung des BGH vom 21.09.2022 (Beschluss vom 21.09.2022 – VII ZR 767/21). Denn es sind auch keine tatsächlichen Anhaltspunkte dafür ersichtlich, dass die Steuerung des Abgasverhaltens des Fahrzeuges an eine Erkennung der Vorkonditionierung für die Prüfung Typ VI (Prüfung bei niedriger Umgebungstemperatur) nach dem Anhang 8 der Regelung Nr. 83 der Wirtschaftskommission der Vereinten Nationen für Europa (UN/ECE) – Abstellen des Fahrzeuges für die Dauer von mindestens 12 Stunden und höchstens 36 Stunden bei einer Umgebungstemperatur (Durchschnittstemperatur während jeder Stunde dieses Zeitraumes) von nicht weniger als -7°C +/- 3 K und nicht mehr als -1°C (vgl. Ziffer 3.1.1. und 4.3.2. des Anhang 8) – geknüpft ist.

[9] Der Sachverständige Prof. Dr. Eißler stellt in seinem Gutachten vom 16.02.2021 zwar eine unzulässige Abschaltvorrichtung in Gestalt einer KSR fest, aber eben keine Prüfstandserkennung. Auf eine solche Feststellung kann nicht aufgrund des Umstandes geschlossen werden, dass der Sachverständige die Formulierung „Umschaltlogik“ verwendet, da dieser gerade nicht feststellen konnte, dass sich die Messergebnisse im Modus „Rollentest“ signifikant von denen im Straßenmodus unterscheiden würden. Nach den Ausführungen des Sachverständigen verhielten sich die Kühlwassertemperatur und die AGR-Ventilposition bei gleichen Start- und Umgebungsbedingungen in jeweils gleichen Fahrbedingungen ebenfalls gleich (dazu auch OLG Stuttgart, Urteil vom 10.12.2021 – 23 U 229/21, juris Rn. 31).

[10] Auch das Gutachten des Sachverständigen Prof. Dr. Eißler vom 03.03.2020 (für LG Stuttgart 6 O 139/18) zu einer V-Klasse mit dem Motor OM 651 (Euro 5) begründet keinen tatsächlichen Anhaltspunkt dafür, dass die KSR durch eine Erkennung des Prüfstandes des NEFZ gesteuert wird. Denn dies stellt der Sachverständige gerade nicht fest.

[11] Die gutachterliche Äußerung des Prof. Dr.-Ing. Wolfgang Eifler (Ruhr Universität Bochum) bezieht sich auf ein – dem Senat unbekanntes – Gutachten zum Motor EA 288 der Volkswagen AG. Dem Senat ist – aufgrund Vorlage (auch) in anderen Verfahren – nur die Seite 24 bekannt. Soweit darauf abgestellt wird, der Sachverständige habe sich auch zu der von der Beklagten eingesetzten KSR geäußert, wonach die Beklagte die KSR an die Erkennung eines Abgastests gekoppelt habe, lässt sich dies weder der zitierten Passage noch dem vorgelegten Gutachtenauszug entnehmen. Auch ist nicht ersichtlich, aufgrund welcher Umstände der Sachverständige zu dieser Aussage kommt.

[12] Der Sachverständige Hartmut Lehnert (Gutachten vom 13.04.2021) hat sich bei seiner Begutachtung auf einen Vergleich der Emissionsmessungen auf dem Rollenprüfstand und im Realbetrieb beschränkt und aus der dabei ermittelten Grenzwertüberschreitung um den Faktor von 4,84 auf das Vorliegen einer Prüfstandserkennung geschlossen. Dies ist aus den vorstehend dargestellten Gründen untauglich.

[13] Auch das Gutachten des Sachverständigen Dr. Pley vom 12.02.2020 begründet keinen tatsächlichen Anhaltspunkt dafür, dass in dem streitgegenständlichen Fahrzeug eine das Emissionsverhalten des Fahrzeuges steuernde Prüfstandserkennung zum Einsatz kommt. Denn in dem Gutachten wird der Einfluss von Außentemperaturen

auf das Emissionsverhalten des Fahrzeuges dargestellt. Außentemperaturen zwischen 20°C bis 30°C kommen aber auch im realen Fahrbetrieb vor. Dass diese Bedingungen im Realbetrieb nicht stets vorliegen, ist unerheblich.

[14] Das Gutachten des Sachverständigen Domke begründet ebenfalls keinen tatsächlichen Anhaltspunkt für ein vorsätzliches und sittenwidriges Verhalten. Aus dem Gutachten ergeben sich keine Anhaltspunkte dafür, dass in dem streitgegenständlichen Fahrzeug eine das Emissionsverhalten des Fahrzeuges steuernde Prüfstandserkennung zum Einsatz kommt, oder dass die in dem Gutachten beschriebenen Abschalt-einrichtungen so bedatet sind, dass das Emissionskontrollsystem bei jeweils identischen Betriebsbedingungen auf dem NEFZ-Prüfstand anders arbeiten würde als im Realbetrieb (vgl. BGH, Beschlüsse vom 09.03.2021 – VI ZR 889/20, juris Rn. 27; vom 16.09.2021 – VII ZR 190/20, juris Rn. 30; vom 13.10.2021 – VII ZR 99/21, juris Rn. 19, 24).

(3) Der Umstand, dass die KSR nach Auskunft des KBA an die Randbedingungen des NEFZ „angelehnt“ sein soll, lässt ebenfalls keinen Schluss auf ein vorsätzliches Handeln zu. Aus einer auf dem Prüfstand und im Realbetrieb bei jeweils identischen Betriebsbedingungen in gleicher Weise arbeitenden Einrichtung (selbst, wenn das nur in 11% aller Realfahrten der Fall wäre, so BGH, Beschluss vom 30.05.2022 - VIa ZR 51/21, juris Rn. 4) kann – bei Fehlen sonstiger Anhaltspunkte – nicht geschlossen werden, dass der Einsatz der unzulässigen Abschalt-einrichtung vorsätzlich erfolgt ist (vgl. BGH, Beschluss vom 09.03.2021 – VI ZR 889/20, juris Rn. 27; BGH, Urteil vom 16.09.2021 – VII ZR 190/20, juris Rn. 30; BGH, Beschluss vom 13.10.2021 – VII ZR 99/21, BeckRS, 38651 Rn. 19, 24). Ob das auch gilt, wenn die die KSR steuernden Parameter „exakt“ auf die Randbedingungen des Prüfstandes des NEFZ abstimmt sind (bislang vom BGH offengelassen, vgl. BGH, Urteil vom 16.09.2021 – VII ZR 190/20, juris Rn. 20) oder als „prüfstandsbezogen“ anzusehen sind, muss hier – mangels tatsächlicher Anhaltspunkte für eine solche Bedatung – nicht entschieden werden. Denn der Aussage des KBA, die Bedatung sei an die Bedingungen des NEFZ „angelehnt“, kann nicht entnommen werden, dass diese Bedingungen in Kombination im realen Fahrbetrieb praktisch nicht vorkommen.

(4) In einem solchen Fall, in dem keine tatsächlichen Anhaltspunkte dafür vorliegen, dass das Emissionsverhalten des Fahrzeugs an eine Erkennung des Prüfstandes gekoppelt ist und/oder auf dem Prüfstand – bei gleichen äußeren Bedingungen – grundsätzlich in anderer Weise funktioniert als im realen Fahrbetrieb, sowie dem Umstand, dass die Frage der Zulässigkeit (relevant im Zeitpunkt des Abschlusses des Kaufvertrages) nicht ohne Weiteres eindeutig und unzweifelhaft beantwortet werden kann, kann bei Fehlen sonstiger Anhaltspunkte nicht unterstellt werden, dass die für die Musterbeklagte handelnden Personen in dem Bewusstsein agierten, eine unzulässige Abschaltvorrichtung zu verwenden, und den darin liegenden Gesetzesverstoß billigend in Kauf nahmen, so dass es bereits an der objektiven Sittenwidrigkeit fehlt (vgl. BGH, Urteil vom 16.09.2021 – VII ZR 190/20, juris Rn. 30 mwN und BGH, Urteil vom 16.09.2021 – VII ZR 321/20, juris Rn. 30 mwN, jeweils zum Thermofenster; sowie BGH, Beschluss vom 13.10.2021 – VII ZR 99/21, BeckRS 2021, 38651, Rn. 26 zur KSR).

cc.

Auch die weiteren Umstände sind als tatsächliche Anhaltspunkte für ein vorsätzliches Verhalten von Verrichtungsgehilfen in Bezug auf die Verwendung der KSR als unzulässige Abschaltvorrichtung ungeeignet.

(1) Die Pressemitteilungen der Europäischen Kommission vom 05.04.2019 und vom 08.07.2021 betreffend Kartellabsprachen über zu kleine AdBlue-Tanks sind als tatsächlicher Anhaltspunkt für eine Kenntnis von Verrichtungsgehilfen in Bezug auf die in den streitgegenständlichen Euro 5-Fahrzeugen enthaltene KSR bereits deshalb ungeeignet, weil diese weder über einen SCR-Katalysator noch über einen AdBlue-Tank verfügen und ein Zusammenhang zur KSR bereits deshalb nicht ersichtlich ist.

(2) Auch aus einer behaupteten Manipulation des OBD-Systems i.S.v. Art. 3 Nr. 9 VO (EG) Nr. 715/2007 lässt sich weder ein tatsächlicher Anhaltspunkt für das Vorliegen einer unzulässigen Abschaltvorrichtung noch für ein diesbezüglich vorsätzlich sittenwidriges Handeln von Mitarbeitern der Beklagten ableiten. Eine Manipulation des OBD-Systems, durch die das Vorhandensein einer unzulässigen Abschaltvorrichtung kaschiert werden sollte, hat bereits – mangels tatsächlicher Anhaltspunkte für eine solche Manipulation – als Behauptung ins Blaue hinein außer Betracht zu bleiben. Zudem

ist die Argumentation, dass jedwede Überschreitung der auf die NEFZ-Prüfung bezogenen Emissionsgrenzwerte im Realbetrieb vom OBD-System als Fehler anzuzeigen wäre, unzutreffend (s.o.) und auch zirkelschlüssig, weil sie das voraussetzt, was belegt werden soll. Das OBD-System soll Fehlfunktionen erkennen und melden, wofür es an die hinterlegten Anforderungen anknüpft.

(3) Auch die US-Ermittlungen scheiden als tatsächlicher Anhaltspunkt aus den vorstehend bereits dargestellten Gründen aus (siehe dazu vorstehend unter D.).

(4) Aus den von der Deutschen Umwelthilfe (DUH) am 17.11.2022 veröffentlichten Papieren der Robert Bosch GmbH, in Gestalt von „Info-1“ („Sensible Funktionen @ DGS-EC hinsichtlich behördenkonformer Applikation V1.2; 02.10.2015“), „Info-2“ („CDQ0306 (Besondere Merkmale)“) und „Info-3“ (Protokoll über Termin vom „14.9.06, 13.00 Uhr-16.30 Uhr“, Thema „Durchsprache SCR-Funktionen“) ergeben sich keine tatsächlichen Anhaltspunkte für ein vorsätzliches Handeln von Repräsentanten oder Mitarbeitern (insbes. Ingenieuren) der Beklagten in Bezug auf die Verwendung unzulässiger Abschaltvorrichtungen. Dies folgt bereits daraus, dass sich die vorgenannten Papiere allein mit der Bedienung der Motorsteuerungssoftware in Bezug auf die Abgasnachbehandlung (insbes. SCR) befassen, über die die streitgegenständlichen Euro 5-Fahrzeuge nicht verfügen.

F.

Die im **Feststellungsziel Ziff. 4 a) aa)** zur Entscheidung gestellte Feststellung ist zu treffen soweit sie sich auf die streitgegenständlichen Euro 6-Fahrzeugmodelle bezieht (vgl. I. Ziffer 4. des Urteilstenors) (dazu unter 1.). Die Musterfeststellungsklage ist insoweit begründet. Soweit es sich auf die streitgegenständlichen Euro 5-Fahrzeuge bezieht, ist das Feststellungsziel gegenstandslos (dazu unter 2.). Diese Trennung ist möglich, da es sich inhaltlich um zwei getrennte Feststellungsziele handelt. Denn das Feststellungsziel bezieht sich zum einen auf das Feststellungsziel Ziff. 1 a) aa) (Euro 6-Fahrzeuge) und zum anderen auf das Feststellungsziel Ziff. 1 b) (Euro 5-Fahrzeuge).

1.

Hinsichtlich der Euro 6-Fahrzeug-Modelle ist das Feststellungsziel 4 a) aa) begründet.

a.

Der tatsächliche Umstand, dass die Musterbeklagte die vom KBA als „Strategie A in vergleichbarer Ausprägung“ bezeichnete Funktionalität entwickelt und in den streitgegenständlichen Euro 6-Fahrzeug-Modellen eingebaut hat, ist zwischen den Parteien unstreitig.

b.

Auch der tatsächliche Umstand, dass die Musterbeklagte gegenüber dem KBA im Rahmen des Typgenehmigungsverfahrens hinsichtlich der hier streitgegenständlichen Euro 6-Modelle die konkrete Ausgestaltung des Wechsels der Dosier-Modi über das „Bit 13“ (vom KBA später als „Strategie A in vergleichbarer Ausprägung“ bezeichnet) nicht angegeben hat, ist zwischen den Parteien unstreitig.

Denn die entsprechende Behauptung des Musterklägers hat die Musterbeklagte durch ihren Vortrag, im EG-Typgenehmigungsverfahren habe sie die in der Praxis des KBA erwarteten und in den gesetzlichen Mustern vorgesehenen Angaben zu den Emissionskontrollsystemen gemacht, wonach eine Darstellung der teilweise beanstandeten Funktionalität des SCR-Systems nicht gefordert gewesen sei, nicht bestritten.

c.

Unstreitig ist auch, dass die Musterbeklagte unter Nutzung dieser später beanstandeten Ausgestaltung des Wechsels der Dosier-Modi bei der NEFZ-Prüfung die EG-Typgenehmigung erlangt hat. Denn die Musterbeklagte stellt nicht in Abrede, dass diese beanstandete Ausgestaltung zur Erreichung der Grenzwerte im NEFZ erforderlich gewesen war.

d.

Von den streitgegenständlichen Euro 6-Modellen wurden nach dem unbestritten gebliebenen Vortrag des Musterklägers weltweit 95.996 Fahrzeuge (davon 78.094 GLC 220d/250d 4Matic und 17.092 GLK 220/250 BlueTec 4Matic) wegen einer unzulässigen Abschaltvorrichtung in Gestalt dieser „Strategie A in vergleichbarer Ausprägung“

zurückgerufen. Dies stellt eine große Anzahl dar. Entsprechendes gilt bereits, wenn man allein die in Deutschland betroffenen Fahrzeuge von 33.512 Stück (davon 23.865 GLC 220d/250d 4Matic und 9.647 GLK 220/250 BlueTec 4Matic) in den Blick nimmt.

2.

Soweit sich das Feststellungsziel auf die streitgegenständlichen Euro 5-Fahrzeug-Modelle bezieht, ist es gegenstandslos.

a.

Feststellungsziele sind gegenstandslos, wenn die Entscheidungserheblichkeit des Feststellungsziels und damit das Sachentscheidungsinteresse aufgrund vorausgegangener Prüfungen im Musterverfahren entfallen ist (BGH, Beschluss vom 26.04.2022 – XI ZB 32/19, juris Rn. 43; BGH, Beschluss vom 11. 01.2022 – XI ZB 1/21, juris Rn. 25; BGH, Beschluss vom 15.03.2022 – XI ZB 31/20, juris Rn. 31, jeweils zum KapMuG).

b.

Das vorliegende Feststellungsziel ist, soweit es sich auf die streitgegenständlichen Euro 5-Fahrzeugmodelle bezieht, gegenstandslos. Denn insoweit scheiden auf §§ 826, 31 BGB bzw. § 831 BGB in Verbindung mit § 826 BGB gestützte Ansprüche von Verbrauchern unabhängig von den unter diesem Feststellungsziel festzustellenden Umständen aus, weil es mangels tatsächlicher Anhaltspunkte an einem zu berücksichtigenden Vortrag sowohl für ein vorsätzliches Handeln von Repräsentanten im Sinne von § 31 BGB (siehe dazu vorstehend unter D.) als auch für ein vorsätzliches Handeln von Mitarbeiter, d.h. Verrichtungsgehilfen im Sinne von § 831 BGB, fehlt (siehe dazu vorstehend unter E. 2.). Aus diesem Grund kommt es für die Frage, ob angemeldeten Verbrauchern gegen die Musterbeklagte aus diesen Anspruchsgrundlagen ein Schadensersatzanspruch zusteht, auf die unter dem vorliegenden Feststellungsziel begehrten Feststellungen nicht an. Das Feststellungsziel ist daher insoweit gegenstandslos.

Hinsichtlich der streitgegenständlichen Euro 6-Fahrzeugmodelle hingegen ist ein vorsätzliches Verhalten von Mitarbeitern der Musterbeklagten auf Ebene der Sachbearbeiter und Teamleiter der Entscheidung zugrunde zu legen (vgl. unter I.).

G.

Die im Feststellungsziel Ziff. 4 a) bb) zur Entscheidung gestellte Feststellung ist nicht zu treffen. Die Musterfeststellungsklage ist insoweit unbegründet.

Die Behauptung des Musterklägers, Repräsentanten der Musterbeklagten hätten den Einsatz unzulässiger Abschaltvorrichtungen unter anderem angeordnet, geduldet oder gebilligt, ist mangels tatsächlicher Anhaltspunkte als Behauptung ins Blaue hinein nicht zu berücksichtigen. Auf die vorstehenden Ausführungen zum Feststellungsziel Ziff. 3 a) wird insoweit Bezug genommen (vgl. oben unter D.). Die unter diesem Feststellungsziel erstrebte Feststellung, dass unter Anwendung des deutschen Sachrechts die Musterbeklagte gegenüber Käufern, die Verbraucher sind und eines der im Feststellungsziel Ziff. 1 genannten Modelle erwarben, im Sinne des § 826 BGB sittenwidrig handelte, ist damit die Grundlage entzogen, weshalb insoweit die Musterfeststellungsklage hinsichtlich dieses Feststellungsziels insgesamt unbegründet ist.

H.

Die im Feststellungsziel Ziff. 4 b) aa) zur Entscheidung gestellte Feststellung ist, soweit sie sich auf die streitgegenständlichen Euro 6-Fahrzeugmodelle (Feststellungsziel Ziff. 1 a) aa) in Verbindung mit Feststellungsziel Ziff. 2) bezieht, zu treffen (vgl. I. Ziffer 5 des Urteilstenors). Die Musterfeststellungsklage ist insoweit begründet (1.). Im Übrigen ist das Feststellungsziel gegenstandslos (2.). Auch insoweit ist eine Trennung möglich; auf die vorstehenden Ausführungen unter F. wird insoweit Bezug genommen.

1.

Der tatsächliche Umstand, dass die im Feststellungsziel Ziff. 1 a) aa) (Urteilstenor I. Ziffer 1) festgestellte Abschaltvorrichtung von Mitarbeitern der Musterbeklagten entwickelt worden ist und dass diese Verrichtungsgehilfen der Musterbeklagten im Sinne von § 831 BGB sind, steht nicht im Streit. Im Übrigen wird auf die vorstehenden Ausführungen unter F. 1. Bezug genommen.

2.

Soweit sich das auf eine Haftung der Musterbeklagten aus § 831 BGB in Verbindung mit § 826 BGB gerichtete Feststellungsziel auf die streitgegenständlichen Euro 5-Modelle bezieht, ist es gegenstandslos. Denn eine solche Haftung scheidet bereits deshalb aus, weil es mangels tatsächlicher Anhaltspunkte an einem zu berücksichtigenden Vortrag des Musterklägers zu einem vorsätzlichen Handeln von Verrichtungshelfen fehlt. Auf die begehrte Feststellung kommt es daher für die Ansprüche aus § 831 BGB in Verbindung mit § 826 BGB von Verbrauchern, die ein Fahrzeug der streitgegenständlichen Modelle erworben haben, gegenüber der Musterbeklagten nicht an.

I.

Die im **Feststellungsziel Ziff. 4 b) bb)** zur Entscheidung gestellte Feststellung ist hinsichtlich einer billigenden Inkaufnahme der Möglichkeit, dass es sich bei der vom KBA als „Strategie A in vergleichbarer Ausprägung“ beanstandeten Funktionalität um eine unzulässige Abschaltvorrichtung handelte sowie der Feststellung des Schädigungsvorsatzes, hinsichtlich der streitgegenständlichen Euro 6-Fahrzeugmodelle zu treffen (vgl. Urteilstenor I. Ziffer 6). Die Musterfeststellungsklage ist insoweit begründet (2.). Soweit das Feststellungsziel darüber hinaus auf eine positive Kenntnis von der Eigenschaft, dass es sich bei der „Strategie A in vergleichbarer Ausprägung“ um eine unzulässige Abschaltvorrichtung handelt, ist die Musterfeststellungsklage mangels tatsächlicher Anhaltspunkte hierfür nicht begründet (3.). Soweit als Feststellung auch die eines grob fahrlässigen oder leichtfertigen Handelns begehrt war, handelt es sich um eine Hilfsfeststellung, zu deren Entscheidung der Senat nicht berufen war (4.). Soweit sich das Feststellungsziel auf die streitgegenständlichen Euro 5-Fahrzeugmodelle bezieht, ist die Feststellung nicht zu treffen; die Musterfeststellungsklage ist insoweit ebenfalls unbegründet (5.)

Zur Trennbarkeit des Feststellungsziels in Bezug auf die streitgegenständlichen Euro 6-Fahrzeugmodelle und Euro 5-Fahrzeugmodelle wird auch insoweit auf die vorstehenden Ausführungen Bezug genommen (vgl. oben unter F.).

1.

Das zur Entscheidung gestellte Feststellungsziel Ziff. 4. b) bb) umfasst – neben den genannten Vorstellungsbildern in Gestalt des Bewusstseins und dem sich grob fahrlässigen oder leichtfertigen Sich-Verschließens der Bewertung, dass es sich um unzulässige Abschaltseinrichtungen handelt – auch die billigende Inkaufnahme der Möglichkeit, dass es sich bei den in Feststellungsziel Ziff. 1 genannten Funktionalitäten um Abschaltseinrichtungen handelte, die auch unzulässig waren (Feststellungsziel Ziff. 2). Da für eine positive Kenntnis der Verrichtungsgehilfen, dass es sich um unzulässige Abschaltseinrichtungen gehandelt habe, tatsächliche Anhaltspunkte fehlen, ist die Musterfeststellungsklage insoweit unbegründet. Die begehrten weiteren Feststellungen hierzu, dass sich diese Personen grob fahrlässig oder leichtfertig der Bewertung, es habe sich um unzulässige Abschaltseinrichtungen gehandelt, verschlossen hätten, stellen zu dem primär auf Vorsatz gerichteten Feststellungsziel begehrte Hilfsfeststellungsziele dar, über die der Senat aufgrund der getroffenen Feststellungen nicht zur Entscheidung berufen war (unter 4.).

2.

Die Behauptung des Musterklägers, dass Mitarbeiter der Musterbeklagten zumindest billigend die Möglichkeit in Kauf genommen haben, dass es sich bei „Bit 13“ zur Ausgestaltung des Wechsels der Dossier-Modi um eine unzulässige Abschaltseinrichtung im Sinne von Art. 3 Nr. 10, 5 Abs. 2 Satz 1 Verordnung (EG) Nr. 715/2007 gehandelt habe, als sie bei der Entwicklung, Einbau, Erlangung der EG-Typgenehmigungen oder dem Inverkehrbringen den mit dieser Einrichtung versehenen streitgegenständlichen Euro 6-Fahrzeugmodellen mitwirkten, und diese auch mit Schädigungsvorsatz handelten, ist zwischen den Parteien nach § 138 Abs. 3 ZPO unstreitig. Denn auf den durch ausreichende tatsächliche Anhaltspunkte gestützten (b.) Vortrag des Musterklägers (a.), insbesondere gestützt auf die Auskunft der Staatsanwaltschaft Stuttgart vom 23.06.2022 und den von dieser – anonymisiert – übermittelten rechtskräftigen Strafbefehl hinsichtlich eines der Sachbearbeiter der Musterbeklagten, hat die Musterbeklagte durch ihren Vortrag (d.) der sie treffenden sekundären Darlegungslast (c.) auch mit dem nachgelassenen Schriftsatz vom 15.02.2024 nicht genügt (e.), mit der Folge, dass der Vortrag des Musterklägers hierzu nach § 138 Abs. 3 ZPO unstreitig ist.

a.

Der Musterkläger trägt vor, die konkrete Ausgestaltung des „Bit 13“ zeige, dass es der Musterbeklagten darauf angekommen sei, dass der NOx-Ausstoß unter Prüfstandsbedingungen niedrig sei, während es ihr für den sonstigen Fahrbetrieb nicht darauf angekommen sei, genauso gut zu reinigen, sie sogar Vorkehrungen getroffen habe, dies zu verhindern. Die Musterbeklagte habe die Aktivierungsparameter der Abschalteneinrichtungen so gewählt, dass diese unter Prüfstandsbedingungen sicher, dagegen im normalen Fahrbetrieb nur zufällig, regelmäßig aber nicht vorliegen werden. Diese Aktivierungsparameter hätten die Musterbeklagte bzw. ihre Mitarbeiter bewusst ausgewählt. Die Mitarbeiter hätten gewusst, und damit in dem Wissen gehandelt, dass dies dazu führe, dass diese Fahrzeuge unter Verwendung dieser Abschalteneinrichtung produziert werden, in Verkehr gebracht werden und hierdurch die Käufer dieser mit unzulässigen Abschalteneinrichtungen versehenen Fahrzeuge geschädigt würden.

b.

Dieser Vortrag des Musterklägers ist beachtlich und mit der Maßgabe zu berücksichtigen, dass die handelnden Mitarbeiter zumindest billigend die Möglichkeit in Kauf genommen haben, dass es sich bei der Ausgestaltung des „Bit 13“ um eine unzulässige Abschalteneinrichtung handelte. Denn insoweit wird der Vortrag durch tatsächliche Anhaltspunkte gestützt. Aus diesen ergibt sich auch – aus dem im Strafbefehl dargestellten Schädigungsvorsatz und der Bereicherungsabsicht – ein solcher für einen Schädigungsvorsatz im Sinne von § 826 BGB.

aa.

Diese tatsächlichen Anhaltspunkte bestehen im Wesentlichen aus den Auskünften der Staatsanwaltschaft Stuttgart gegenüber dem 16a Zivilsenat des Oberlandesgerichts Stuttgart vom 05.05.2021 und 21.10.2021, die dem Senat bekannt sind und in das vorliegende Verfahren zusammen mit dem Hinweisbeschluss des Senats vom 10.03.2022 eingeführt wurden, wozu dieser aus Gründen der Transparenz gehalten war. Zudem hat der Senat hieran anknüpfend im vorliegenden Verfahren selbst eine Auskunft der Staatsanwaltschaft Stuttgart eingeholt, die unter dem 23.06.2022 erfolgte und zu der als Anlage von der Staatsanwaltschaft Stuttgart der unter dem Aktenzeichen 266 Js 48965/21 gegen einen Sachbearbeiter der Musterbeklagten ergangene,

rechtskräftige Strafbefehl in anonymisierter Form übersandt wurde. Dieser wurde zusammen mit der eingeholten Auskunft den Parteien zur Kenntnis gebracht.

bb.

Nach diesen Auskünften der Staatsanwaltschaft Stuttgart sollen unter dem Aktenzeichen 260 Js 28161/17 gegen Mitarbeiter der Musterbeklagten, bei denen es sich nicht um aktuelle oder ehemalige Mitglieder des Vorstandes handele, unter anderem wegen gewerbsmäßigen Betruges nach § 263 Abs. 1, Abs. 3 Satz 2 Nr. 1, 1. Alt. StGB und wegen mittelbarer Falschbeurkundung nach § 271 Abs. 1 StGB strafrechtliche Ermittlungen geführt werden, die von der Musterbeklagten hergestellte Euro 6-Fahrzeuge zum Gegenstand hätten, von einem amtlichen Rückrufbescheid des KBA wegen unzulässiger Abschaltvorrichtungen betroffen seien, darunter auch solche mit dem Motortyp OM 651. Von diesem Gesamtkomplex habe ein Teilkomplex zu rechtskräftig gewordenen Strafbefehlen gegen drei namentlich bekannte Beschuldigte (zwei Sachbearbeiter und einen Teamleiter) geführt, sowie einer Einstellung nach § 153a StPO gegen einen weiteren Beschuldigten. Nach dem anonymisiert – ohne wesentliches Ermittlungsergebnis, Beweismittelverzeichnis oder Strafausspruch – übermittelten Anklagesatz des Strafbefehls des Amtsgerichts Böblingen, Az. 9 Cs 266 Js 48965/21, gegen einen dieser Sachbearbeiter, rechtskräftig seit 30.07.2021, wurde dieser unter anderem wegen eines in Mittäterschaft begangenen Vergehens des gewerbsmäßigen Betruges in 119.161 tateinheitlichen Fällen verurteilt. Im Anklagesatz wurde dem jetzt Verurteilten im Wesentlichen folgender Sachverhalt, in diesem als Beschuldigter bezeichnet, zur Last gelegt:

Der Beschuldigte sei bei der Musterbeklagten im Bereich der Abgasnachbehandlung im Pkw-Bereich tätig gewesen und habe ab Februar 2011 die Entwicklung des „Bit 13“ und dessen Implementierung in Form der „Strategie A“ gemäß dem Bescheid des KBA vom 03.08.2018 in die Motorsteuerungsgerätesoftware von insgesamt 119.161 Fahrzeugen, darunter – neben anderen – der Modelle GLK 220 BlueTec 4Matic, GLK 250 BlueTec 4Matic, GLC 220d 4Matic und GLC 250d 4Matic – wie sie Gegenstand der vorliegenden Musterfeststellungsklage sind – (nachfolgend auch „Fahrzeuge“), welche zwischen dem 15.08.2011 und dem 23.12.2016 produziert wurden und die im unmittelbaren Zusammenhang zur Produktion in Deutschland und dem europäischen Ausland auf den Markt gebracht wurden.

Die „Strategie A“ bewirke, wie es der Beschuldigte zumindest für möglich gehalten habe, dass die Fahrzeuge außerhalb behördlicher Tests eine weniger effiziente Abgasreinigung betrieben hätten, mit der Folge erhöhter NOx-Emissionen oberhalb des für diese geltenden Grenzwertes, als auf dem Rollenprüfstand, weshalb die „Strategie A“ eine unzulässige Abschaltvorrichtung im Sinne des Art. 5 Abs. 2 Verordnung (EG) Nr. 715/2007 darstelle.

Um die gesetzlichen Grenzwerte für Dieselfahrzeuge im Rahmen behördlicher Tests einhalten zu können seien die Verantwortlichen der Musterbeklagten im Tatzeitraum darauf angewiesen gewesen, die Fahrzeuge während der Durchführung dieser Tests im Füllstands-Modus zu betreiben, mit dem jedoch ein hoher AdBlue-Verbrauch einhergegangen sei. Um dem unerwünscht hohen Verbrauch an AdBlue entgegenzuwirken, habe der Beschuldigte gemeinsam mit dem gesondert verfolgten [Name geschwärzt] den Entschluss gefasst, durch eine neue Softwarefunktion die Möglichkeit zu schaffen, außerhalb behördlicher Tests die Abgasreinigung der Fahrzeuge vornehmlich im Online-Modus zu betreiben. Aufgrund der Flexibilität, die dieser Modus bei der Kalibrierung eröffnet habe, sollte der AdBlue-Verbrauch gegenüber dem Betrieb im Füllstands-Modus erheblich reduziert werden, was den Verantwortlichen der Musterbeklagten die Möglichkeit eröffnet habe, kleinere und damit platzsparendere und günstigere AdBlue-Tanks zu verbauen und es zudem dem Kunden erspart habe, zwischen den Wartungsintervallen die für das Betreiben des Systems notwendige AdBlue-Menge – gegebenenfalls auch im Rahmen eines dazu erforderlichen Werkstattbesuchs – nachzutanken. Beide Aspekte habe der Beschuldigte unter dem Gesichtspunkt der Förderung des Absatzes der Fahrzeuge als relevant angesehen. Die bestehenden gesetzlichen Grenzwerte für NOx-Emissionen seien mit dem geplanten geringeren Verbrauch an AdBlue nicht einzuhalten gewesen.

Das gefasste Vorhaben habe vorausgesetzt, die Umschaltung zwischen Füllstands- und Online-Modus in Abhängigkeit von der Durchführung eines behördlichen Tests zu setzen. Nach dem vom Beschuldigten und dem gesondert verfolgten [Name geschwärzt] gefassten Tatplan sollte dies über die Erfassung und Verwertung von Parametern erfolgen, die die physikalischen Grenzen der Durchführung eines behördlichen Tests markieren. Die Umschaltung in den Onlinebetrieb sollte dann stattfinden, wenn nach Auswertung verschiedener Parameter davon ausgegangen habe werden können, dass sich das Fahrzeug nicht (mehr)

in einem Test befunden habe. Zur Umsetzung dieses Vorhabens habe der Beschuldigte die in der Motorsteuerungssoftware der Fahrzeuge vorhandene Logik zur Umschaltung zwischen den beiden Modi (Füllstands-Modus und Online-Modus) in Abhängigkeit verschiedener Parameter über den Status der SCR-Kontrollbedingung „SCRFFC_stMskPreCtlMode2“ in bewusstem und gewollten Zusammenwirken mit dem gesondert verfolgten [Name geschwärzt] durch die weitere Bedingung „Bit 13“ ergänzt. Die Spezifikation für „Bit 13“ sei am 18.02.2011 erstellt worden.

Entsprechend dem gefassten gemeinsamen Tatplan sei im regelhaften Betriebsablauf durch die zuständigen Mitarbeiter der Steuergeräteabteilung die Implementierung des „Bit 13“ in die von der Musterbeklagten verwandte Steuergerätesoftware erfolgt.

Entsprechend des gefassten Tatplanes habe der Beschuldigte in engem zeitlichen Zusammenhang mit der Erstellung des „Bit 13“ im Rahmen seines Verantwortungsbereichs die Bedatung mit dem „Bit 13“, unter anderem an den hier streitgegenständlichen Euro 6-Modellen vor. Das „Bit 13“ habe bei den genannten Fahrzeugmodellen dafür gesorgt, dass beim Erreichen eines bestimmten Wertes des NOx-Integrals – der so festgelegt worden sei, dass er in den meisten behördlichen Tests aufgrund der Anforderungen an Fahrleistung, Fahrstrecke und Testdauer nicht erreicht wurde – die Schwellenwerte für die Umschaltung in den Online-Modus stark abgesenkt wurden, sodass die Fahrzeuge ab diesem Zeitpunkt überwiegend im Online-Modus arbeiteten.

Der Beschuldigte habe dabei jedenfalls billigend in Kauf genommen, dass die Fahrzeuge während der NEFZ-Prüfung im Füllstands-Modus, ansonsten jedoch im – im Hinblick auf die NOx-Reduzierung weniger effektiven – Online-Modus.

Wie vom Beschuldigten vorhergesehen hätten die zuständigen Mitarbeiter der Zertifizierungsabteilung der Musterbeklagten ohne nochmalige Überprüfung der Motorsteuerungssoftware die für die Erteilung der Typp Genehmigung erforderlichen Anträge beim KBA gestellt, wobei infolge fehlender Kenntnis der Mitarbeiter der Zertifizierungsabteilung die „Strategie A“ im Rahmen der Antragstellung nicht angegeben worden sei, obwohl dazu eine Verpflichtung bestanden habe.

Der Beschuldigte habe zudem zumindest billigend in Kauf genommen, dass den jeweiligen Abnehmern der Fahrzeuge im Verkaufsgespräch stillschweigend erklärt werde, dass die Fahrzeuge zulassungsfähig seien, ohne Einschränkungen

zum vertraglich vorgesehen Zweck gebraucht werden könnten und nicht von Stilllegung bedroht seien, obwohl dies aufgrund der Abschalteneinrichtung objektiv unzutreffend gewesen sei. Auch habe er jedenfalls billigend in Kauf genommen, dass die Abnehmer den unwahren Behauptungen Glauben schenken und aufgrund dessen die Fahrzeuge erwerben.

Dem Beschuldigten sei es darauf angekommen, der Musterbeklagten den sich aus dem Verkauf dieser Fahrzeuge ergebenden Gewinn als fortlaufende Einnahmequelle zu verschaffen, obwohl er gewusst habe, dass das Unternehmen aufgrund der fehlenden Zulassungsfähigkeit hierauf keinen Anspruch gehabt habe. Daneben handelte er auch, um am Erfolg des Unternehmens in Form jährlicher Bonuszahlungen zu partizipieren.

Ausweislich der erfolgten Auskunft der Staatsanwaltschaft Stuttgart vom 23.06.2022 hatte die Staatsanwaltschaft Stuttgart hinsichtlich der in der Musterfeststellungsklage streitgegenständlichen Euro 6-Fahrzeuge einen Tatverdacht auch bei den anderweitig verurteilten beiden Beschuldigten (ein weiterer Sachbearbeiter und ein Teamleiter) gesehen, hatte im Hinblick auf gegen diese im Verfahrenskomplex anderweitig ergangenen Strafbefehle aber den hier streitgegenständlichen Sachverhalt gegen diese weiteren Beschuldigten nach §§ 154, 154a StPO ausgeschieden.

c.

Da der Musterkläger somit hinreichende und in ihrem Bestand unstreitige Tatsachen dargetan hat, aus welchen sich der Verdacht von Straftaten zum Nachteil der betroffenen Verbraucher ergeben, dieser aber mangels interner Kenntnis von den Vorgängen bei der Musterbeklagten hierzu aber nicht weiter vortragen kann, traf die Musterbeklagte die sekundäre Darlegungslast, näher zu den Vorgängen in ihrem Unternehmen vorzutragen.

aa.

Nach den vom Bundesgerichtshof hierzu herausgearbeiteten Grundsätzen trägt derjenige, der einen Anspruch geltend macht, die volle Darlegungs- und Beweislast für die anspruchsbegründenden Tatsachen. In der Regel genügt gegenüber einer Tatsachenbehauptung des darlegungspflichtigen Klägers das einfache Bestreiten des Beklagten. Ob und inwieweit die nicht darlegungsbelastete Partei ihren Sachvortrag substantiiere-

ren muss, lässt sich nur aus dem Wechselspiel von Vortrag und Gegenvortrag bestimmen, wobei die Ergänzung und Aufgliederung des Sachvortrags bei hinreichendem Gegenvortrag immer zunächst Sache der darlegungs- und beweispflichtigen Partei ist (BGH, Urteil vom 08.03.2021 – VI ZR 505/19, juris Rn. 26 mwN).

Eine sekundäre Darlegungslast trifft den Prozessgegner der primär darlegungsbelasteten Partei, wenn diese keine nähere Kenntnis der maßgeblichen Umstände und auch keine Möglichkeit zur weiteren Sachaufklärung hat, während der Bestreitende alle wesentlichen Tatsachen kennt und es ihm unschwer möglich und zumutbar ist, nähere Angaben zu machen. Dem Bestreitenden obliegt es im Rahmen seiner sekundären Darlegungslast, Nachforschungen zu unternehmen, wenn ihm dies zumutbar ist. Die sekundäre Darlegungslast führt jedoch weder zu einer Umkehr der Beweislast noch zu einer über die prozessuale Wahrheitspflicht und Erklärungslast (§ 138 Abs. 1 und 2 ZPO) hinausgehenden Verpflichtung des in Anspruch Genommenen, dem Anspruchsteller alle für seinen Prozess Erfolg benötigten Informationen zu verschaffen. Genügt der Anspruchsgegner seiner sekundären Darlegungslast nicht, gilt die Behauptung des Anspruchstellers nach § 138 Abs. 3 ZPO als zugestanden (BGH, Urteil vom 08.03.2021 – VI ZR 505/19, juris Rn. 27 mwN).

Nach diesen Grundsätzen und nach ständiger Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs trifft den Bestreitenden dann eine sekundäre Darlegungslast, wenn auf Grundlage des (unstreitigen oder nachgewiesenen) Parteivorbringens hinreichende Anhaltspunkte für ein deliktisches Verhalten zu Lasten des Prozessgegners bestehen und dieser außerhalb des von ihm darzulegenden Geschehensablauf steht (etwa BGH, Urteil vom 25.05.2020 – VI ZR 252/19, juris Rn. 41; BGH, Urteil vom 08.03.2021 – VI ZR 505/19, juris Rn. 28mwN; BGH, Urteil vom 17.11.2022 – VII ZR 623/21, juris Rn. 21; BGH, Urteil vom 27.10.2022 – III ZR 211/20, juris Rn. 17, jeweils mwN).

bb.

Gemessen daran, trifft die Musterbeklagte vorliegend eine sekundäre Darlegungslast. Denn dafür, dass Mitarbeiter der Musterbeklagten nach dem Vortrag des Musterklägers in vorsätzlicher Weise an der Entwicklung und Implementierung des „Bit 13“, unter anderem in den streitgegenständlichen Euro 6-Modellen, beteiligt gewesen waren, bringt der unstreitig ergangene und rechtskräftige Strafbefehl des Amtsgerichts Böß-

lingen gegen einen der Mitarbeiter der Musterbeklagten, in welchem diesem der vorstehend wiedergegebene Sachverhalt zur Last gelegt wurde, einen solchen hinreichenden Anhaltspunkt.

cc.

Die Reichweite der die Musterbeklagte treffenden sekundären Darlegungslast richtet sich im Rahmen der Zumutbarkeit nach der Reichweite der den Vortrag des Musterklägers stützenden hinreichenden Anhaltspunkte; vorliegend insbesondere nach dem im bekannten Strafbefehl dem betroffenen Mitarbeiter der Musterbeklagten zur Last gelegten Sachverhalt, soweit er den streitgegenständlichen Sachverhalt betrifft, sowie die Auskünfte der Staatsanwaltschaft Stuttgart vom 23.06.2022 und vom 05.05.2021 und 21.10.2021.

(1) Entgegen der Auffassung der Musterbeklagten erbringt der wegen eines gewerbsmäßigen, betrügerischen Verhaltens ergangene, rechtskräftige Strafbefehl insbesondere einen hinreichenden Anhaltspunkt dafür, dass der verurteilte Mitarbeiter diesen Straftatbestand jedenfalls bedingt vorsätzlich und mit der für einen Betrug notwendigen Bereicherungsabsicht verwirklicht hat.

(a) Ohne Erfolg hält die Musterbeklagte dem entgegen, dass dem Strafbefehl eine solche Wirkung nicht zukomme. Dem stehe entgegen, dass dieser – mit Blick auf die Feststellung, der Beschuldigte habe die technische Wirkweise der Funktionalität für möglich gehalten und billigend in Kauf genommen – die regulatorische Unzulässigkeit der Strategie A nur objektiv unter Bezugnahme auf den Ergänzungsbescheid vom 03.08.2018 zugrunde lege, aber keine Feststellungen zu der nach § 826 BGB erforderlichen regulatorischen Unkenntnis und einer billigenden Inkaufnahme der Unzulässigkeit der Funktionalität treffe. Bei Funktionen, die – wie der „Strategie A in vergleichbarer Ausprägung“ – auf dem Prüfstand in gleicher Weise arbeiten wie im realen Fahrbetrieb, und bei denen die Frage der Zulässigkeit nicht eindeutig und unzweifelhaft beantwortet werden könne, könne nicht einfach von der Ausgestaltung der vermeintlich unzulässigen Funktionalität auf ein Unrechtsbewusstsein des die Entwicklung der Funktionalität verantwortenden Mitarbeiters geschlossen werden. Auch belege der Strafbefehl keine Prüfstandsbezogenheit der „Strategie A in vergleichbarer Ausprägung“.

Da der Strafbefehl die technischen Aspekte der „Strategie A in vergleichbarer Ausprägung“ nicht berücksichtigt, insbesondere, dass die Bedatung des NOx-Integrals keine Nähe zu den in Prüfung Typ I („NEFZ kalt“) emittierten Roh-NOx-Mengen aufweise, mit dem durch „Bit 13“ drohendem Ammoniakschlupf begegnet werden könne, und der Strafbefehl keine Feststellungen dazu enthalte, ob die Absenkung der Schwellenwerte aus Sicht des Mitarbeiters zur Irreversibilität oder zu einer unnötig reduzierten Reversibilität geführt haben würde und eine darauf folgende Unzulässigkeit hätte erkannt werden können, könne aber diesem Strafbefehl keine Indizwirkung für ein vorsätzliches Handeln zukommen (so auch OLG Oldenburg mit Urteil vom 09.01.2024, Anlage MB 70).

Sowohl die Frage, ob bereits begrifflich eine Abschaltvorrichtung vorliege, als auch die Frage ihrer Rechtfertigung seien nach wie vor offen und bisher noch nicht einmal Gegenstand erstinstanzlicher Gerichtsentscheidungen gewesen. Zudem sei nur einer der Mitarbeiter wegen der streitgegenständlichen Euro 6-Fahrzeuge verurteilt worden; nicht aber die beiden anderen. Tatsächlich seien letztere im maßgeblichen Zeitraum nicht einmal mit dem hier streitgegenständlichen Motor OM 651 betraut gewesen.

(b) Diese Einwendungen verfangen bereits deshalb nicht, weil der Strafbefehl rechtskräftig ein entsprechendes Vorstellungsbild feststellt. Soweit die Beklagte geltend macht, dass der Einspruch nur aus taktischen Gründen unterblieben sei, beseitigt dies die Geständniswirkung des Strafbefehls (vgl. dazu OLG Stuttgart, Beschluss vom 30.01.2006 – 1 Ss 5/06, juris Rn. 35) nicht. Hinzu kommt, dass die Musterbeklagte grundlegend verkennt, dass der Strafbefehl keine Anhaltspunkte für das Vorliegen der – nur in Ermangelung anderer Anhaltspunkte – erforderlichen Kriterien für die Annahme einer vorsätzlichen sittenwidrigen Schädigung erbringen muss, da er – sogar – Anhaltspunkte für ein vorsätzliches und strafrechtlich relevantes Verhalten bietet und damit erst Recht für eine vorsätzlich sittenwidriges Verhalten. Der Nachweis eines solchen strafrechtlich relevanten Verhaltens und Vorstellungsbilds kann sich aber auch aus anderen Umständen ergeben, etwa einer im Rahmen der Durchsuchung sichergestellten, internen E-Mail, oder sonstiger Korrespondenz. Vor diesem Hintergrund begründet schon die Beantragung und der Erlass des Strafbefehls – trotz der Einwände der Musterbeklagten und ungeachtet des Umstands, dass der Strafbefehl später rechtskräftig wurde, weil der Beschuldigte ihn akzeptiert hat – einen hinreichenden Anhaltspunkt für ein vorsätzliches Handeln des Beschuldigten, weil sich aus diesem

Umstand ergibt, dass der Staatsanwaltschaft über die technische Ausgestaltung des „Bit 13“ hinaus Tatsachen bekannt waren, aufgrund derer sie der Ansicht gewesen war, ein vorsätzliches Handeln des Beschuldigten nachweisen zu können.

(c) Denn nach dem im Strafbefehl zur Last gelegten Sachverhalt wird das „Bit 13“ hinsichtlich seiner technischen Wirkweise im Wesentlichen in gleicher Weise beschrieben, wie diese zwischen den Parteien – aufgrund des vom Musterkläger konkludent zu eigen gemachten Vortrages der Musterbeklagten zur technischen Wirkweise des „Bit 13“ – unstreitig ist (vgl. vorstehend unter A.). Allein aus dieser im Strafbefehl dargestellten und zwischen den Parteien unstreitigen Wirkweise des „Bit 13“ drängt sich ein vorsätzliches Handeln in Bezug auf einen Einsatz einer unzulässigen Abschalteneinrichtung zumindest nicht auf.

(d) Da die Staatsanwaltschaft Stuttgart gleichwohl aufgrund dieses Sachverhalts einen Strafbefehl wegen Betruges beantragt hat, und damit nach § 407 Abs. 1 Satz 4 in Verbindung mit § 170 Abs. 1 StPO genügenden Anlass zur Erhebung der öffentlichen Klage gesehen hat, was die Bejahung eines hinreichenden Tatverdachts im Sinne von § 203 StPO erfordert, da nur dann mit der Eröffnung des Hauptverfahrens durch das Gericht, bzw. vorliegend mit dem Erlass des Strafbefehls durch das Amtsgericht Böblingen zu rechnen war (vgl. Zöller in: Gercke/Temming/Zöller, Strafprozessordnung, 7. Auflage 2023, § 170 StPO Rn. 3 mwN), ist ein gewichtiger Anhaltspunkt dafür, dass ihr neben der technischen Ausgestaltung andere Tatsachen bekannt waren, aufgrund derer sie der Ansicht war, ein vorsätzliches Handeln des Beschuldigten nachweisen zu können. Denn hinreichender Verdacht bedeutet die Feststellung von Tatsachen, die nach praktischer Erfahrung zu einer Verurteilung in einer Hauptverhandlung mit vollgültigen Beweisen führen werden (vgl. BGH, Urteil vom 18.05.2000 – III ZR 180/99, juris Rn. 13). Hinzu kommt, dass auch das Gericht, dem die Strafakten und die Beweismittel vorzulegen waren, diese Auffassung geteilt haben muss, weil es den Strafbefehl anderenfalls nicht hätte erlassen dürften (§ 408 Abs. 3 StPO).

(e) Es ist daher naheliegend, dass es über die technische Ausgestaltung hinaus subjektive Äußerungen der Beschuldigten gibt, auf die die Staatsanwaltschaft ihre Ansicht gestützt hatte, in einer Hauptverhandlung den Vollbeweis für ein vorsätzliches

Handeln führen zu können. Hierfür spricht zudem die mehrmalige Anführung eines gemeinsamen Tatplanes bzw. entsprechende Formulierungen in den im Strafbefehl zur Last gelegten Sachverhalt.

(2) Letzteres begründet auch gegen die weiteren beiden Beschuldigten (einen weiteren Sachbearbeiter und einen Teamleiter), die ebenfalls im Strafbefehlsverfahren rechtskräftig verurteilt wurden, einen hinreichenden Anhaltspunkt für deren vorsätzliche Mitwirkung bei der Implementierung der unzulässigen Abschaltseinrichtung in den streitgegenständlichen Euro 6-Fahrzeug-Modellen. Der Umstand, dass diese weiteren Beschuldigten nicht wegen des streitgegenständlichen Sachverhalts verurteilt wurden, steht dem nicht entgegen. Denn ausweislich der Auskunft der Staatsanwaltschaft Stuttgart vom 23.06.2022 wurde der streitgegenständliche Sachverhalt im Rahmen der Strafverfolgung gegen diese lediglich nach §§ 154, 154a StPO ausgeschieden mit Blick auf deren rechtskräftig gewordene Verurteilungen wegen anderer Vorwürfe. Hinsichtlich des streitgegenständlichen Sachverhalts spricht dies – entgegen der Auffassung der Musterbeklagten – daher nicht gegen einen hinreichenden Tatverdacht gegen diese weiteren Beschuldigten, da andernfalls das Verfahren insoweit nach § 170 Abs. 2 StPO eingestellt hätte werden müssen.

dd.

Aufgrund dieser Reichweite der nachgewiesenen Anhaltspunkte erstreckt sich die sekundäre Darlegungslast der Musterbeklagten auf einen Vortrag zu den im Protokoll vom 21.09.2023 aufgeführten Punkten. Der Umstand, dass nur der vorgelegte Strafbefehl gegen einen Sachbearbeiter die streitgegenständlichen Fahrzeuge betrifft, wohingegen die übrigen beiden Strafbefehle (gegen einen weiteren Sachbearbeiter und einen Teamleiter) andere Fahrzeugtypen betreffen, steht der Erstreckung der sekundären Darlegungslast auf diese weiteren Mitarbeiter nicht entgegen, da die Ermittlungen gegen diese hinsichtlich der zu den streitgegenständlichen Fahrzeugmodellen gehörenden Fahrzeuge lediglich nach §§ 154, 154a StPO eingestellt worden sind und insoweit im vorgelegten Strafbefehl deutliche Hinweise enthalten sind, dass der Beschuldigte des Strafbefehls nicht alleine, sondern zusammen mit zumindest einer weiteren Person gehandelt hatte. Aufgrund der zeitlichen Nähe, desselben Ermittlungskomplexes und Arbeitgebers bestehen deutliche Indizien dafür, dass es sich bei den

Mittätern des vom vorgelegten Strafbefehl betroffenen um die anderen beiden verurteilten Mitarbeiter der Musterbeklagten handelt. Vorstehende Anhaltspunkte deuten darauf hin, dass die Staatsanwaltschaft Stuttgart den von ihr angenommenen Tatverdacht für ein vorsätzliches Handeln nicht aus Ausgestaltung der „Strategie A in vergleichbarer Ausprägung“ hergeleitet hat, sondern dieser auf nicht dem Anklagesatz zu entnehmende Umstände gestützt wurde (vgl. Ausführungen vorstehend unter cc. (1) (b) und (c)). Da über die subjektiven Vorstellungen der handelnden Personen zwischen den Parteien Streit besteht, es für die Feststellung dieses Feststellungszieles auf diese ankommt, ist deren namentliche Nennung vom Umfang der die Musterbeklagte treffenden sekundären Darlegungslast umfasst.

d.

Die Musterbeklagte hat hierzu im Wesentlichen vorgetragen, das „Bit 13“ sei von zwei Sachbearbeitern mit der Funktionsverantwortlichkeit V 4-6 entwickelt worden, von denen der Mitarbeiter „A“ dem 4-Zylinder OM 651-Team zugeordnet gewesen sei, während Mitarbeiter „B“ einen anderen Motor entwickelt habe. In ihren jeweiligen Teams seien die beiden Sachbearbeiter jeweils für die SCR-Applikation funktionsverantwortlich gewesen. Da die Entwicklung für das Modelljahr 2013 parallel gelaufen sei, hätten sich die Sachbearbeiter abgestimmt. Mitarbeiter „C“ sei als Teamleiter mit Funktionsverantwortung V 7, der über fundierte Vorkenntnis zu der dualen Dosierstrategie und Funktionsweise des SCR-Systems verfügt habe, im streitrelevanten Zeitraum Vorgesetzter von Mitarbeiter „B“ gewesen, sei aber – wie „B“ auch – nicht mit der Entwicklung des streitgegenständlichen Motor OM 651 befasst gewesen.

Ein wesentliches Motiv für die Entwicklung von „Bit 13“ sei eine deutlichen Verschärfung der US-amerikanischen OBD-Gesetzgebung gewesen, wobei zum Zeitpunkt der Entwicklung von „Bit 13“ bereits in Deutschland und Europa absehbar gewesen sei, dass sich der OBD-Grenzwert zur Masse an NOx für Fahrzeuge des Modelljahrs 2013 mehr als halbieren und in der Folgezeit noch weiter verschärfen würde. Die Funktionsweise von „Bit 13“ in der Software von US- und EU-Fahrzeugen sei grundsätzlich gleich, die Bedatung variere aber zwischen Entwicklungsprojekten. Da die Umsetzung der strengen Vorgaben der OBD-Gesetzgebung erforderte habe, bereits bei geringeren NOx-Anstiegen einem Fehlverdacht nachzugehen, habe der Ammoniakschlupf reduziert werden müssen, da er von den Sensoren, welche zu diesem Zeitpunkt zwi-

schen NOx und Ammoniak nicht zu unterscheiden vermochten, ebenfalls als NOx-Anstieg eingeordnet worden sei, was zu fehlerhaften Annahmen führen und die Stabilität des Gesamtsystems – gemeint bestimmungsgemäßes Zusammenspiels von OBD-System und Emissionskontrollsystem – beeinträchtigen würde. „Bit 13“ sei daher unter der Maßgabe entwickelt worden, dass die Reinigungsleistung des SCR-Systems einerseits ermöglichen sollte, dass die Fahrzeuge im NEFZ die Grenzwerte der Euro 6-Norm einhielten und gleichzeitig durch eine geeignete Steuerung der AdBlue-Dosierung die fehlerfreie Funktion des OBD-Systems im Realbetrieb sicherstellen sollte (Schriftsatz der Musterbeklagten vom 15.02.2024, Rz. 376-378).

Zu den subjektiven Vorstellungen der verurteilten Mitarbeiter verweist die Musterbeklagte auf Schreiben derer Verteidiger bzw. Rechtsbeistände, wobei sich aus dem Gesamtzusammenhang ihres Vortrages mit den Auskünften der Staatsanwaltschaft Stuttgart ergibt, dass es sich bei Mitarbeiter „A“ um den im vorgelegten Strafbefehl, der unter anderem die streitgegenständlichen Fahrzeugmodelle betrifft, verurteilten Sachbearbeiter der Musterbeklagten handelt, sowie bei dem Mitarbeiter „B“ um den weiteren Sachbearbeiter und bei dem Mitarbeiter „C“ um den verurteilten Teamleiter handelt, welche beide hinsichtlich anderer Fahrzeugtypen als der streitgegenständlichen verurteilt wurden.

Die Musterbeklagte legt hierzu als Anlage MB 55 das Schreiben des Verteidigers des im vorliegenden Strafbefehl verurteilten Mitarbeiters „A“ vom 10.08.2021 an das Amtsgericht Böblingen vor, in dem der Verteidiger darauf hinweist, dass sich der Nichteinlegung eines Einspruchs gegen Strafbefehl kein Schuldeingeständnis entnehmen lasse, wobei im Wesentlichen folgendes ausgeführt wird:

Den Verurteilten habe das über mehrere Jahre andauernde Strafverfahren erheblich belastet und er habe dieses lediglich zum Abschluss bringen wollen. Sein Mandant weise den Vorwurf des Betruges mit Nachdruck zurück. Für ihn als Ingenieur sei auch im Rahmen einer Parallelwertung in der Laiensphäre nicht möglich gewesen zu erkennen, dass es sich bei der Strategie A um eine unzulässige Abschaltvorrichtung gehandelt habe. Verändert habe sich die Effizienz der Abgasreinigung nur, wenn die Fahrzeuge im täglichen Gebrauch unter anderen Belastungsbedingungen als während der Prüfzyklen genutzt worden seien. Die betroffenen Fahrzeuge hätten also auf dem Prüfstand exakt das gleiche Verhalten wie im normalen Gebrauch auf der Straße gezeigt.

Der Strafbefehl stütze sich allein auf den Bescheid des KBA vom 23.05.2018 bzw. vom 03.08.2018.

Weiter legt die Musterbeklagte Schreiben der Prozessbevollmächtigten ihrer Mitarbeiter „B“ (Anlage MB 68) und „C“ (Anlage MB 68), jeweils vom 13.02.2024 an sie vor mit entsprechenden Ausführungen zur Sache und dem Hinweis, dass sich die Mitarbeiter im Falle einer Ladung als Zeugen auf die ihr aus § 384 Nr. 1 ZPO und § 384 Nr. 2 ZPO umfassend zustehenden Zeugnisverweigerungsrechte berufen würden, da ihnen wegen Tatvorwürfen, die nicht Gegenstand des rechtskräftigen Strafbefehls seien, und wegen einer Verfolgung durch ausländische Behörden sowie wegen der Möglichkeit einer deliktischen Inanspruchnahme diese Rechte zustünden.

Die Musterbeklagte nimmt auf diese Schreiben Bezug mit dem Verweis, ihr lägen keine Erkenntnisse vor, dass diese Einlassungen unzutreffend seien. Die Schreiben würden daher bestätigen, dass alle drei Mitarbeiter bis heute davon ausgingen, dass sie nicht in dem Bewusstsein gehandelt haben, unzulässige Abschaltanlagen zu entwickeln. Weitergehende Ausführungen zu den Hintergründen der Entwicklung, etwaigen rechtlichen Überprüfungen sowie Erkenntnisquellen der Musterbeklagten oder ähnlichem würden sich daher erübrigen.

Eine namentliche Benennung ihrer Mitarbeiter sei aus Rechtsgründen nicht von der sekundären Darlegungslast umfasst und zudem nicht zumutbar. Der Persönlichkeitschutz der Mitarbeiter und ihre eigenen arbeitsrechtlichen Fürsorgepflichten zu deren Schutz würden eine Namhaftmachung unzumutbar machen. Die Privatsphäre der Mitarbeiter würde durch die zu erwartende mediale Verbreitung und Ausschöpfung durch den Musterkläger und seine Verfahrensbevollmächtigten nachhaltig beeinträchtigt werden, weshalb auch die Staatsanwaltschaft in ihren Auskünften an die Zivilgerichte die Namen nicht nenne und weitergehende Auskünfte von der Mitteilung abhängig mache, auf welche Weise schutzwürdige Belange Verfahrensbeteiligter gewahrt werden sollen (Anlage MB 71). Zudem würde eine Nennung aufgrund bestehender Zeugnisverweigerungsrechte zu keinem Erkenntnisgewinn führen.

e.

Durch ihren Vortrag kommt die Musterbeklagte ihrer sekundären Darlegungslast nicht in ausreichender Weise nach, mit der Folge, dass der Vortrag des Musterklägers unstrittig ist (§ 138 Abs. 3 ZPO).

Die die Musterbeklagte vorliegend konkret treffende sekundäre Darlegungslast umfasst, worauf der Senat im Termin am 21.09.2023 hingewiesen hat (vgl. Protokoll), unter anderem Vortrag dazu, auf welche Weise „Bit 13“ zumindest vor der Implementierung in die Fahrzeuge auf seine rechtliche Zulässigkeit überprüft worden sei, und wie sich die verurteilten Mitarbeiter von der Zulässigkeit von „Bit 13“ selbst überzeugt hätten (aa.) und wie diese verurteilten Mitarbeiter heißen (bb.). Hierzu hat die Musterbeklagte den erforderlichen Vortrag verweigert.

aa.

Aus den vorgelegten Schreiben der Verteidiger bzw. Prozessbevollmächtigten der Mitarbeiter „A“, „B“ und „C“, die die Musterbeklagte zu ihrem eigenen Sachvortrag macht, ergibt sich nur, welche Vorstellungen diese Mitarbeiter gehabt haben wollen, nicht aber, wie diese sich von der rechtlichen Zulässigkeit des „Bit 13“ überzeugt haben wollen. Dazu fehlt Vortrag; die Musterbeklagte ist der Ansicht, ein solcher würde sich erübrigen, weil die Mitarbeiter von der Zulässigkeit des „Bit 13“ ausgegangen seien. Selbst wenn die Mitarbeiter von einer Zulässigkeit ausgegangen sein sollten, macht dies einen Vortrag dazu, wie sie zu dieser Ansicht gelangt sind, nicht entbehrlich.

Denn die Mitarbeiter waren sich auch nach dem eigenen Vorbringen der Musterbeklagten der engen rechtlichen Vorgaben bewusst und hatten erkannt, dass sich die Effizienz der Abgasreinigung unter Bedingungen des täglichen Gebrauchs verschlechterte. Wenn sie bei dieser Sachlage, wie von der Musterbeklagten vorgetragen, mit der Entwicklung voranschritten ohne sich über die rechtliche Zulässigkeit ihres Vorgehens zu vergewissern, spricht dies nicht für einen fahrlässigen Gesetzesverstoß, sondern vielmehr dafür, dass sich die Mitarbeiter mit einem möglichen Gesetzesverstoß, zu Gunsten der von ihnen favorisierten technischen Lösung abgefunden hatten.

Soweit die Musterbeklagte über die für einen ausreichenden Vortrag erforderliche Kenntnis nicht selbst verfügte, traf sie eine Pflicht, zumutbare Nachforschungen anzustellen und hierzu im Rahmen der sekundären Darlegungslast vorzutragen (vgl. ua BGH, Urteil vom 19.10.2021 – VI ZR 148/20, juris Rn. 17 mwN). Sie hätte daher die Mitarbeiter hierzu, d.h. wie diese sich konkret von der Zulässigkeit vergewissert hätten, befragen müssen und zum Ergebnis ihrer Ermittlungen vortragen müssen (vgl. etwa BGH, Urteil vom 25.05.2020 – VI ZR 252/19, juris Rn. 39 aE). Das hat sie nicht.

Darüber hinaus erstreckt sich die sekundäre Darlegungslast der Musterbeklagten vorliegend – entsprechend des Hinweises des Senats im Termin am 21.09.2023 – über

den Kreis der verurteilten Personen hinaus, auch darauf, wie die Musterbeklagte intern die rechtliche Zulässigkeit von „Bit 13“ überprüft haben will. Allein mit dem Vortrag des eigenen Rechtsstandpunktes und auch des im Rahmen von § 831 Abs. 1 Satz 2 BGB gehaltenen Vortrages (vgl. J. 2. b.) genügt sie auch insoweit ihrer sekundären Darlegungslast nicht. Denn diese erstreckt sich auch darauf, wie sie zu dieser Rechtsansicht gelangt sein will.

bb.

Soweit die Musterbeklagte geltend macht, dass die Namhaftmachung ihrer Mitarbeiter nach den Grundsätzen der sekundären Darlegungslast nicht gefordert werden könne, zumal ihr dies auch nicht zumutbar sei, weil sie ihre Mitarbeiter – welche ohnehin beabsichtigen würden, die Aussage zu verweigern – schützen müsse, verfängt dies nicht.

(1) Die Grenzen der sekundären Darlegungslast sind nicht starr, sondern im Einzelfall zu bestimmen. Insoweit ist in der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs anerkannt, dass auch eine Benennung von Personen, mithin eine Namhaftmachung von Personen im Rahmen der sekundären Darlegungslast geschuldet sein kann (vgl. etwa für den Fall des Filesharings: BGH, Urteil vom 12.05.2016 – I ZR 48/15, juris Rn. 33, 34 mwN – und ständig: vgl. weiter: BGH, Urteil vom 18.12.2019 – XII ZR 13/19, juris Rn. 41 mwN). So liegt es auch hier. Da der Musterkläger sich für seine Behauptung eines strafrechtlich relevanten Verhaltens auf bestimmte Personen betreffende Strafbefehle, beziehungsweise Auskünfte stützen kann, muss die Musterbeklagte, um den darauf gestützten Vorwurf wirksam im Rahmen ihrer sekundären Darlegungslast zu bestreiten, ebenfalls zu diesen bestimmten Personen vortragen, was deren Namhaftmachung erfordert.

(2) Auch rechtfertigt die Fürsorgepflicht der Musterbeklagten als Arbeitgeberin nicht ihre Weigerung die verantwortlichen Mitarbeiter zu benennen.

(a) Die Pflicht, als Zeuge auszusagen, ist eine öffentlich-rechtliche Verpflichtung, jeder der Gerichtsbarkeit unterworfenen Person (vgl. Greger in Zöller, ZPO, 35. Aufl. 2024, vor § 373 Rn. 3). Sie trifft daher auch Mitarbeiter der Musterbeklagten. Die hiermit verbundenen Beeinträchtigungen hat jede als Zeuge benannte Person zu tragen. Die arbeitsrechtliche Fürsorgepflicht der Musterbeklagten hat nicht zum Inhalt, ihre

Mitarbeiter vor den aus dieser öffentlich-rechtlichen Verpflichtung resultierenden Beeinträchtigungen zu bewahren.

(b) Unabhängig hiervon steht nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts auch bei einem vergleichsweise weniger gravierenden Anlass (Filesharing) selbst Art. 6 GG einer Verpflichtung zur Benennung des möglichen Alternativtäters im Rahmen der sekundären Darlegungslast nicht entgegen (BVerfG, Nichtannahmebeschluss vom 18.02.2019 – 1 BvR 2556/17, juris Rn. 9ff). Vor dem Hintergrund dieser Rechtsprechung vermag die Fürsorgepflicht des Arbeitgebers, den wegen des auf einen rechtskräftigen Strafbefehl gestützten Vorwurfs eines strafrechtlich relevanten Verhaltens eine sekundäre Darlegungslast trifft, die Weigerung der Musterbeklagten erkennbar nicht zu rechtfertigen

(c) Soweit die Musterbeklagte geltend macht, dass sich die sekundäre Darlegungslast nicht auf die Mitteilung der ladungsfähigen Anschrift erstreckt, trifft dies zu. Die Mitteilung derselben wurde ihr aber auch nicht abverlangt

3.

Hinsichtlich der streitgegenständlichen Euro 6-Modelle ergeben sich aus den Auskünften der Staatsanwaltschaft Stuttgart und insbesondere dem Anklagesatz des oben dargestellten Strafbefehls keine tatsächlichen Anhaltspunkte dafür, dass die Mitarbeiter der Musterbeklagten positiv gewusst hatten, dass es sich bei der „Strategie A in vergleichbarer Ausprägung“ um eine unzulässige Abschaltvorrichtung gehandelt hatte.

4.

Über die hilfsweise begehrte Feststellung eines grob fahrlässigen oder leichtfertigen Handelns von Verrichtungsgehilfen war hinsichtlich der streitgegenständlichen Euro 6-Fahrzeugmodelle aufgrund der getroffenen Feststellungen zu einem Handeln mit dolus eventualis nicht zu befinden.

5.

Hinsichtlich der Euro 5-Fahrzeug-Modelle ist die Musterfeststellungsklage in Bezug auf dieses Feststellungsziel unbegründet. Bereits die Behauptung eines vorsätzlichen Handelns ist mangels tatsächlicher Anhaltspunkte als eine solche ins Blaue hinein nicht zu berücksichtigen. Insoweit kann auf die auf vorstehenden Ausführungen unter E. 2. Bezug genommen werden, bei denen bereits – über die im dortigen Feststellungsziel vorgenommene Begrenzung auf die Leiter der Motorenentwicklung und Motorenkonstruktion (Feststellungsziel Ziff. 3 b)) hinaus – dargelegt wurde, dass auch hinsichtlich sonstiger Mitarbeiter keine tatsächlichen Anhaltspunkte für ein vorsätzliches Handeln in Bezug auf die streitgegenständlichen Euro 5-Fahrzeugmodelle bestehen. Hinsichtlich der hilfsweise begehrten Feststellung eines grob fahrlässigen oder leichtfertigen Handelns ist die Musterfeststellungsklage in Bezug auf die streitgegenständlichen Euro 5-Fahrzeuge gegenstandslos, wenn nicht gar bereits unzulässig, da von diesem hilfsweise begehrten Feststellungsziel keine Ansprüche von Verbrauchern nach § 831 BGB in Verbindung mit § 826 BGB abhängen können, da zum Vorsatz zumindest gehört, dass der Schädiger die Schädigung des Anspruchstellers für möglich gehalten und billigend in Kauf genommen hat (BGH, Urteil vom 25.05.2020 – VI ZR 252/19, juris Rn. 61 mwN).

6.

Soweit die Musterbeklagte der Ansicht ist, dass jedenfalls bei einem Kauf nach Software-Update eine Sittenwidrigkeit ausscheide, sind hierzu keine Feststellungen zu treffen.

a.

Eine unter dem Feststellungsziel Ziff. 4 a) bb) begehrte Feststellung, dass die Musterbeklagte gegenüber Käufern im Sinne des § 826 BGB sittenwidrig handelte, hat der Musterkläger in Bezug auf ein Handeln von Verrichtungsgehilfen vor dem Hintergrund eines Anspruchs der Verbraucher gegen die Musterbeklagte aus § 831 BGB in Verbindung mit § 826 BGB überhaupt nicht begehrt. Dies kann auch nicht aus der Zusammenschau der Feststellungsziele Nr. 4 a) aa) mit Nr. 4 b) herausgelesen werden, in denen lediglich einige für die Bewertung des Verhaltens als vorsätzlich sittenwidrig relevanten tatsächlichen Umstände Inhalt der Feststellungsziele sind.

b.

Aus diesem Grund hat der Senat auch keine Feststellung dazu zu treffen, dass die vom Musterkläger zum Gegenstand der Feststellungsziele Nr. 4 a) aa) und Nr. 4 b) gemachten tatsächlichen Umstände in ihrer Summe als vorsätzlich sittenwidriges Verhalten im Sinne von § 826 BGB zu bewerten sind. Zur Relevanz eines Software-Updates und dessen Erheblichkeit in Bezug auf die Voraussetzungen des § 826 BGB bei einem Handeln eines Verrichtungsgehilfen gemäß § 831 BGB hat der Senat daher keine – weder positive noch negative – Feststellungen zu treffen.

J.

Die im **Feststellungsziel Ziff. 4 b) cc)** zur Entscheidung gestellte Feststellung ist – soweit sie sich auf die streitgegenständlichen Euro 6-Fahrzeugmodelle bezieht – zu treffen (I. Ziffer 7 des Urteilstenors). Die Musterfeststellungsklage ist insoweit begründet, da es der Musterbeklagten nicht gelingt, sich nach § 831 Abs. 1 Satz 2 BGB zu exkulpieren. Zwar ist von einer ordnungsgemäßen Auswahl der Mitarbeiter auszugehen (1.) nicht aber von deren Überwachung (2.). Soweit sich das Feststellungsziel auf die streitgegenständlichen Euro 5-Fahrzeugmodelle bezieht, ist die Feststellung gegenstandslos, da es insoweit bereits dem Grunde nach mangels vorsätzlichen Handelns von Verrichtungsgehilfen (siehe vorstehend) an einer Haftung der Musterbeklagten aus § 831 Abs. 1 Satz 1 BGB in Verbindung mit § 826 BGB fehlt.

1.

Nach dem Vortrag der Musterbeklagten hinsichtlich der nicht identifizierten Mitarbeiter, von ihr als „A“, „B“ und „C“ bezeichnet, die durch die drei rechtskräftigen Strafbefehle unter anderem wegen gewerbsmäßigen Betruges verurteilt worden sind, wird für ein Auswahlverschulden weder etwas durch den Musterkläger geltend gemacht, noch ist dafür etwas ersichtlich. Nach dem unbestritten gebliebenen Vorbringen der Musterbeklagten handelt es sich bei allen drei um akademische Mitarbeiter (Dr. der Chemie, Ingenieur im Bereich Fertigungstechnik und ein Maschinenbauingenieur) – allesamt mit jahrzehntelanger Betriebszugehörigkeit und Tätigkeit in der Abgasnachbehandlung

bei der Musterbeklagten (auf die weiteren Ausführungen im Schriftsatz der Musterbeklagten vom 15.02.2024 Rz. 349-359 wird insoweit Bezug genommen).

2.

Allerdings hat die Musterbeklagte ihre Mitarbeiter nicht mit der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt überwacht im Sinne von § 831 Abs. 1 Satz 2 BGB.

a.

Der Sorgfaltsmaßstab der Überwachungspflichten richtet sich nach den Sicherheitserwartungen des Verkehrs bezogen auf die Umstände des Einzelfalls, insbesondere der Art der Verrichtung und dem verknüpften Gefahrenpotenzial (vgl. BGH, Urteil vom 30.01.1996 – VI ZR 408/94, juris Rn. 15; BeckOGK/Spindler, Stand 01.09.2021, BGB § 831 Rdnr. 39).

Die Verordnung (EG) Nr. 715/2007 als ein Kernstück der europäischen Emissions-Regulierungsakte im Bereich der Pkw-Automobilindustrie stellt aufgrund der bei materiellen Verstößen gegen sie drohenden Konsequenzen, unter anderem in Gestalt von Verweigerungen von EG-Typgenehmigungen bis hin zu Betriebsuntersagungen für bereits zugelassene und verkaufte Fahrzeuge und der hieraus für Automobilhersteller resultierenden wirtschaftlichen Gefahren, einen sehr sensiblen Rechtsakt dar. Die Musterbeklagte als großer deutscher weltweit aufgestellter Automobilhersteller, der insbesondere auch in anderen Mitgliedsstaaten der Europäischen Union Fahrzeuge verkauft, war daher aufgrund der sie treffenden Überwachungspflicht gehalten, die aus der genannten Verordnung resultierenden Grenzen des rechtlichen Dürfens zuverlässig zu erfassen und diese Grenzen innerhalb des eigenen Unternehmens sowohl zuverlässig umzusetzen und insbesondere die Entwicklungsabteilung über diese Grenzen zu instruieren, als auch deren Einhaltung zuverlässig zu überwachen (vgl. hierzu bereits Senatsurteil vom 28. September 2023 – 24 U 2616/22, juris Rn. 41 mwN).

b.

Hierzu hat die Musterbeklagte vorgetragen, sie habe die Mitarbeiter sachgemäß in ihre Entwicklungsorganisation integriert (Schriftsatz vom 13.09.2023, Rn. 324ff); die Bedeutung einer konkreten Funktionalität bis zu ihrer projektbezogenen Freigabe sei jeweils konkreten Verantwortlichen zugewiesen gewesen (Schriftsatz vom 13.09.2023, Rn.

332ff). Auch sei die Projektstruktur, insbesondere die Matrixorganisation im fraglichen Zeitraum bei der Motorenentwicklung angewendet und grundsätzlich so gelebt worden, so auch für die Erstentwicklung wie auch die baureihenspezifische Weiterentwicklung der Fahrzeuge (Schriftsatz vom 13.09.2023, Rn. 342). Der jeweils zuständige sogenannte „V-Verantwortliche“ habe die ordnungsgemäße Beendigung des ihm zugewiesenen Arbeitsschritts erklärt. Die Freigabeerklärungen seien jeweils ordnungsgemäß dokumentiert worden, so auch für die hier streitgegenständliche „Strategie A in vergleichbarer Ausprägung“, die entlang dieser Verantwortlichkeiten freigegeben worden sei. Darüberhinausgehende Überwachungsmaßnahmen der Mitarbeiter „A“ bis „C“ seien nicht erforderlich gewesen, da diese hierzu keinen Anlass gegeben hätten (vgl. Schriftsatz der Beklagten vom 15.02.2024, Rz. 360– 366; Zeugenbeweisanztritt: Frau [REDACTED]). Aber selbst dann, wenn im Rahmen etwaiger weitergehender Kontrollen die „Strategie A in vergleichbarer Ausprägung“ auf einer höheren Hierarchieebene vertiefter geprüft worden wäre, wäre die Strategie auch auf dieser höheren Hierarchieebene als rechtlich zulässig eingeordnet worden, da sie intern im Hinblick auf das Zusammenspiel von gesetzlichen NOx-Grenzwerten und der Regulierung von Abschaltvorrichtungen im Grundsatz davon ausgegangen sei, dass sich die streitgegenständlichen Fahrzeugtypen im realen Straßenbetrieb unter den entsprechenden Bedingungen im Grundsatz in gleicher Weise zu verhalten haben wie im NEFZ.

c.

Dieser Vortrag lässt bereits eine zuverlässige Einhaltung der maßgeblichen EU-Regulativen nicht erkennen. Das bei der Musterbeklagten nach ihrem Vortrag intern herrschende Normverständnis war in vermeidbarer Weise (aa.) unzutreffend gewesen, da es Inhalt und Reichweite des Art. 3 Nr. 10 Verordnung (EG) Nr. 715/2007 (dazu vorstehend unter A. 2.) verkannte. Auf einem solchen – in vorwerfbarer Weise eingenommenen – unzutreffenden Normverständnis aufbauende Überwachungsmaßnahmen waren bereits aus diesem Grund unzureichend (bb.). Zudem hätte dieser für das Unternehmen sensible Bereich einen engen Austausch mit der hausinternen Rechtsabteilung erfordert, was sich dem Vortrag der Musterbeklagten nicht entnehmen lässt (cc.). Zudem lassen sich diesem abstrakten Vortrag ohne ein konkretes Eingehen auf

die Situation des wegen der streitgegenständlichen Euro 6-Fahrzeugmodelle rechtskräftig verurteilten Mitarbeiters kein auf dessen Überwachung bezogener Vortrag entnehmen (dd.).

aa.

Aufgrund des eindeutigen Wortlautes des Art. 3 Nr. 10 Verordnung (EG) Nr. 715/2007 war bereits das von der Musterbeklagten vorgetragene Normverständnis von dessen Wortlaut nicht gedeckt. Der Umstand, dass in der Automobilindustrie Unklarheiten bestanden haben mögen, was unter normalen Betriebsbedingungen zu verstehen sei, und die Ansicht bestanden haben mag, dies seien die realen Fahrbedingungen auf der Straße, soweit sie dem Fahrprofil des NEFZ und dessen Umgebungsbedingungen entsprechen würden (verkürzt: „Rolle gleich Straße“), mag als vertretbares Normverständnis Vorsatz ausschließen (vgl. BGH, Urteil vom 02.06.2022 – III ZR 216/20, juris 21, 22 zu Thermofenstern mwN).

Damit ist aber nicht gesagt, dass die Entwicklung dieses Normverständnisses und die die darauf aufbauende Überwachung der Verrichtungsgehilfen nicht auf einer Verletzung der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt beruhen würde. Denn diese Sorgfalt gebietet es bei einer nicht im eigenen Sinne geklärten Rechtslage Rechtsrat einzuholen und eine abweichende rechtliche Beurteilung in Betracht ziehen und von der eventuell rechtswidrigen Verwendung der Abschaltvorrichtung abzusehen (vgl. BGH, Urteil vom 25. September 2023 – VIa ZR 1/23, juris Rn. 14 mwN).

Die Musterbeklagte hätte folglich darlegen müssen, dass und wie sie sich der Richtigkeit ihrer Rechtsansicht versichert hatte, um darzulegen, dass sie sich hinsichtlich der rechtlichen Qualifikation der Funktionalität als unzulässige Abschaltvorrichtung in einem unvermeidbaren Verbotsirrtum befunden habe (vgl. dazu auch folgend unter P. 1.). Einen solchen Irrtum auf Ebene der eigenen Rechtsabteilung legt die Musterbeklagte aber schon nicht dar.

Soweit sie (allerdings im Rahmen ihres Vortrages zum Differenzschadensersatz) darauf verweist, es habe aus ingenieurtechnischer Sicht kein Anlass zur Rechtsprüfung bestanden, wird verkannt, dass die zu beachtenden Normen zunächst von der Rechtsabteilung zu prüfen, zu verstehen und hinsichtlich des richtigen Normverständnisses konkrete Vorgaben an die entwickelnden Ingenieure zu machen sind, damit diese Normen eingehalten werden.

bb.

Gründet eine Überwachung bereits aufgrund eines fahrlässig falsch verstandenen Normverständnisses, so genügt sie bereits aus diesem Grund nicht der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt. Aus diesem Grund schützt die Musterbeklagte auch nicht der Vortrag, dass auch die dem Teamleiter (E4) übergeordnete Ebene, hätte sie geprüft, das gleiche Normverständnis gehabt und damit nichts beanstandet hätte.

cc.

Darüber hinaus waren auch die von der Musterbeklagten nach ihrer eigenen Betriebsorganisation vorgesehenen inhaltlichen Überprüfungen allein durch eine weitere Ebene, den Teamleiter E 4, in diesem sensiblen Bereich nicht ausreichend; ein enger Austausch der Ingenieure mit der Rechtsabteilung wäre erforderlich gewesen.

dd.

Insoweit ist der Vortrag der Musterbeklagten lediglich abstrakter Natur und genügt den konkreten Umständen des Falles nicht.

Die Eingliederung und Berichtspflichten werden von der Musterbeklagten lediglich generell beschrieben, wie es üblich war, nicht aber, wie es sich konkret insbesondere mit Blick auf die Entwicklung und Freigabe der „Strategie A in vergleichbarer Ausprägung“ verhalten hat. Der Umstand, dass die Musterbeklagte hierzu Zeugenbeweis in Gestalt von [REDACTED] antritt, ersetzt nicht erforderlichen und von ihr zu haltenden Vortrag. Ein solcher ist ohne das Schildern des konkreten Verhaltens der Mitarbeiter in Bezug auf den konkreten Sachverhalt nicht möglich. Weil die Musterbeklagte einen solchen in Bezug auf die individuelle Situation nicht hält, kann sie auch nicht ihrer Vortragslast zu einer möglichen Exkulpation genügen.

K.

Die im Feststellungsziel **Ziff. 5** (Nichtigkeit der Kaufverträge) zur Entscheidung gestellte Feststellung ist nicht zu treffen. Die Musterfeststellungsklage ist insoweit unbegründet.

Die Kaufverträge der Verbraucher über ein mit unzulässigen Abschaltseinrichtungen versehenes Fahrzeug sind nicht nach § 134 BGB nichtig. Bei § 27 Abs. 1 Satz 1 EG-FGV handelt es sich nicht um ein Verbotsgesetz im Sinne von § 134 BGB.

1.

§ 134 BGB ist nur anwendbar, wenn das Rechtsgeschäft, vorliegend der Abschluss des Kaufvertrages, als solches gegen ein Verbotsgesetz verstößt (Staudinger/Sack/Seibl (2017) BGB § 134 Rn. 161 m. w. N.). Aus der Formulierung in § 27 Abs. 1 Satz 1 EG-FGV, wonach Neufahrzeuge zur Verwendung im Straßenverkehr unter anderem nur feilgeboten werden dürfen, wenn sie mit einer gültigen Übereinstimmungsbescheinigung versehen sind, kann nicht der Schluss gezogen werden, dass ein Verstoß gegen die Norm zur Nichtigkeit des Kaufvertrages führt.

2.

Ein Rechtsgeschäft, das gegen ein gesetzliches Verbot verstößt, führt nicht per se zu dessen Nichtigkeit, sondern macht diese Rechtsfolge davon abhängig, dass sich aus dem Gesetz nichts Anderes ergibt. Dies erfordert eine normbezogene Abwägung, ob es mit dem Sinne und Zweck des Verbots vereinbar oder unvereinbar wäre, die durch das Rechtsgeschäft getroffene Regelung hinzunehmen bzw. bestehen zulassen (vgl. BGH, Urteil vom 14.12.1999 – X ZR 34/98, juris Rn. 16 mwN). Bei dieser Abwägung kommt es wesentlich darauf an, ob sich das betreffende Verbot an alle Beteiligten des Geschäfts richtet, das verhindert werden soll, oder ob das Verbot nur eine Partei bindet. Sind beide Teile Adressaten des Verbots, kann regelmäßig angenommen werden, das verbotswidrige Geschäft solle keine Wirkungen entfalten. Richtet sich das Verbot – wie vorliegend der Fall – dagegen nur gegen eine Partei, ist regelmäßig der gegenteilige Schluss berechtigt (BGH aaO, juris Rn. 18).

3.

Abgesehen davon, dass ein Verstoß gegen § 27 EG-FGV zum einen als Ordnungswidrigkeit sanktioniert ist (vgl. § 37 Abs. 1 EG-FGV) und zum anderen der Aufsichtsbehörde (KBA) Überwachungs- und Sanktionsmöglichkeiten zustehen (vgl. § 25 EG-

FGV) und nunmehr auch unter Berücksichtigung der Rechtsprechung des EuGH (Urteil vom 21.03.2023 – C-100/21) auch der Bundesgerichtshof in § 6 Abs. 1 und § 27 Abs. 1 EG-FGV ein Schutzgesetz im Sinne von § 823 Abs. 2 BGB erblickt hat (vgl. BGH, Urteil vom 26.06.2023 – VIa ZR 335/21), demzufolge der Käufer an dem Kaufgegenstand festhalten muss und vom Fahrzeughersteller auf deliktischer Basis lediglich den Minderwert als Schaden verlangen kann, kann schlechterdings von einer Nichtigkeit der Kaufverträge nach § 134 BGB aufgrund eines Verstoßes gegen § 6 Abs. 1 und § 27 Abs. 1 EG-FGV ausgegangen werden.

L.

Die im **Feststellungsziel Ziff. 6 a)** – Wahlrecht zwischen großem und kleinen Schadensersatz – zur Entscheidung gestellte Feststellung ist, soweit die Haftung aufgrund der streitgegenständlichen Euro 6-Fahrzeugmodelle gründet, zu treffen (vgl. Urteilsteiner I. Ziffer 8). Die Musterfeststellungsklage ist insoweit begründet. Im Übrigen – soweit sich das Feststellungsziel auf eine Haftung aufgrund der streitgegenständlichen Euro 5-Fahrzeugmodelle bezieht (Feststellungsziels Nr. 1 b)) – ist das Feststellungsziel gegenstandslos. Insoweit gelten die vorstehenden Ausführungen unter F. 2. entsprechend.

Eine Wahl zwischen dem großen Schadensersatz, gerichtet auf Rückabwicklung des Kaufvertrages, und dem kleinen Schadensersatz in Gestalt des durch unzulässige Abschalteneinrichtung(en) geminderten Wertes des Fahrzeuges steht dem Käufer nur unter den Voraussetzungen des § 831 BGB i.V.m. § 826 BGB zu (BGH, Urt. v. 06.07.2021 – VI ZR 40/20, juris), was ein vorsätzlich sittenwidriges Verhalten voraussetzt. Dies trifft nur in Bezug auf die streitgegenständlichen Euro 6-Fahrzeugmodelle zu (siehe dazu vorstehend).

M.

Die im **Feststellungsziel Ziff. 6 b)** – Feststellung eines Mindestschadens – begehrte Feststellung ist nicht zu treffen; die Musterfeststellungsklage ist insoweit unbegründet. Nach dem Bundesgerichtshof ist der Differenzschadensersatz rechtlich auf eine

Spanne von 5% bis 15% des gezahlten Kaufpreises begrenzt (grundlegend: BGH, Urteil vom 26.06.2023 – VIa ZR 335/21, juris Rn. 73).

N.

Die im Feststellungsziel Ziff. 7 a) – Feststellung der Schutzgesetzeigenschaft – begehrte Feststellung ist zu treffen (I. Ziffer 9. des Urteilstenors); die Musterfeststellungsklage ist insoweit begründet. Die § 6 Abs. 1, § 27 Abs. 1 EG-FGV sind Schutzgesetze im Sinn von § 823 Abs. 2 BGB.

Eine Rechtsnorm ist ein Schutzgesetz im Sinne des § 823 Abs. 2 BGB, wenn sie zumindest auch dazu dienen soll, den Einzelnen oder einzelne Personenkreise gegen die Verletzung eines bestimmten Rechtsguts zu schützen (BGH, Urteil vom 26.06.2023 – VIa ZR 335/21, juris Rn. 20). Der Umstand, dass der Käufer eines mit einer unzulässigen Abschaltvorrichtung versehenen Kraftfahrzeugs in den persönlichen Schutzbereich der § 6 Abs. 1 und § 27 Abs. 1 EG-FGV in Verbindung mit Art. 5 der Verordnung (EG) Nr. 715/2007 fällt, ist unionsrechtlich vorgegeben (vgl. EuGH, Urteil vom 21. März 2023 - C-100/21, juris Rn. 81, 88; Urteil vom 26.06.2023 – VIa ZR 335/21, juris Rn. 21ff mwN).

Geschützt ist das Interesse des Fahrzeugkäufers gegenüber dem Fahrzeughersteller, nicht durch den Kaufvertragsabschluss eine Vermögenseinbuße im Sinne der Differenzhypothese zu erleiden, weil das Fahrzeug entgegen der Übereinstimmungsbescheinigung eine unzulässige Abschaltvorrichtung im Sinne des Art. 5 Abs. 2 Satz 1 der Verordnung (EG) Nr. 715/2007 aufweist (BGH, Urteil vom 16.10.2023 – VIa ZR 374/22, juris Rn. 9; grundlegend: BGH, Urteil vom 26.06.2023 - VIa ZR 335/21, juris Rn. 9; 28 bis 32).

Dabei kommt es aufgrund der unionsrechtlichen Vorgaben – Gewährung eines effektiven und verhältnismäßigen Schadensersatzes im Falle des enttäuschten Käufervertrauens – nicht darauf an, ob der Ordnungsgeber einen deliktischen Schadensersatzanspruch schaffen wollte (BGH, Urteil vom 26.06.2023 – VIa ZR 335/21, juris Rn. 32 mwN), sodass – anders als von der Musterbeklagten eingewandt – auch Art. 80 GG nicht verletzt ist (vgl. BGH, Urteile vom 20.07.2023 – III ZR 267/20, juris Rn. 23; vom 19.10.2023 – III ZR 221/20, juris Rn. 25; vgl. weiter BGH, Urteil vom 16.10.2023 – VIa ZR 374/22, juris Rn. 11ff).

Maßgeblich ist jeweils die im Zeitpunkt der Verletzungshandlung gültige Fassung der EG-FGV (vgl. ua BGH, Urteil vom 16.10.2023 – VIa ZR 374/22, juris Rn. 9). Auch besteht hinsichtlich des Rechtszustandes vor 2011 keine Verletzung des Zitiergebots aus Art. 80 Abs. 1 Satz 3 GG. Soweit der Verordnungsgeber den Neuerlass der EG-FGV im Jahr 2011 damit begründet hatte, es seien Zweifel hinsichtlich einer Einhaltung des Zitiergebots aufgetreten, waren diese Bedenken tatsächlich unbegründet gewesen (vgl. dazu ausführlich: BGH, Urteil vom 16.10.2023 – VIa ZR 374/22, juris Rn. 11ff mwN).

O.

Die im **Feststellungsziel Ziff. 7 b)** begehrte Feststellung ist zu treffen (I. Ziffer 10 des Urteilstenors); die Musterfeststellungsklage ist insoweit begründet.

Ein Verstoß gegen § 6 Abs. 1, § 27 Abs. 1 EG-FGV liegt vor, wenn die Musterbeklagte eine unzutreffende Übereinstimmungsbescheinigung erteilt hat. Unzutreffend ist eine Übereinstimmungsbescheinigung, wenn das betreffende Kraftfahrzeug mit einer gemäß Art. 5 Abs. 2 der Verordnung (EG) Nr. 715/2007 unzulässigen Abschalteneinrichtung ausgerüstet ist, weil die Bescheinigung dann eine tatsächlich nicht gegebene Übereinstimmung des konkreten Kraftfahrzeugs mit Art. 5 Abs. 2 der Verordnung (EG) Nr. 715/2007 ausweist. Auf den Inhalt der zugrundeliegenden EG-Typgenehmigung kommt es dabei nicht an (grundlegend: BGH, Urteil vom 26.06.2023 – VIa ZR 335/21, juris Rn. 34 mwN).

P.

Die im **Feststellungsziel Ziff. 7 c)** begehrte Feststellung – eines schuldhaften Handelns – ist zu treffen (I. Ziffer 11. des Urteilstenors); die Musterfeststellungsklage ist insoweit begründet.

1.

Die Musterbeklagte hat schuldhaft gehandelt. Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs ist das Verschulden des Fahrzeugherstellers, der eine unrichtige Übereinstimmungsbescheinigung in Verkehr bringt, zu vermuten (BGH, Urteil vom 26.06.2023 - VIa ZR 335/21, juris, Rn. 59).

Der Hersteller kann sich insofern aber entlasten, wenn er darlegt und im Bestreitensfall nachweist, dass er sich hinsichtlich der Zulässigkeit der eingesetzten Abschalteneinrichtung in einem Verbotsirrtum (a. aa.) befand und dieser Irrtum bei Anwendung der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt unvermeidbar (a. bb.) war (BGH, Urteile vom 26.06.2023 - VIa ZR 335/21, juris Rn. 63, vom 25.09.2023 – VIa ZR 1/23, juris Rn. 13f; Senatsurteile vom 28.09.2023 – 24 U 2504/22, juris Rn. 61; vom 29.02.2024 – 24 U 1424/22, juris Rn. 58).

Die Musterbeklagte beruft sich sowohl hinsichtlich der „Strategie A in vergleichbarer Ausprägung“ (b.) als auch hinsichtlich der KSR (c.) auf einen solchen unvermeidbaren Verbotsirrtum, doch kann sich der Senat hiervon nicht im Sinne von § 286 ZPO überzeugen.

a.

Unvermeidbarer Verbotsirrtum

aa.

Voraussetzung des Verbotsirrtums ist, dass der Schädiger entweder positiv von der Zulässigkeit des eigenen Verhaltens ausgeht, oder – sofern er bei einer zweifelhaften Rechtslage die Möglichkeit der Unzulässigkeit des eigenen Handelns erkannt hat – dass der Schädiger darauf vertraut, sich dennoch im Rahmen des gesetzlich Zulässigen zu bewegen. Rechnet der Schädiger dagegen mit der Möglichkeit, Unrecht zu tun und nimmt er diese Möglichkeit in derselben Weise wie beim bedingten Vorsatz in seinen Willen auf, so kann er sich nicht mit Erfolg darauf berufen, dass ihm die Einsicht gefehlt habe, Unerlaubtes zu tun (vgl. BGH, Beschluss vom 01.06.1977 – KRB 3/76, juris Rn. 15; BGH, Urteil vom 16.06.1977 – III ZR 179/75, juris Rn. 53ff; BGH, Urteil vom 10.07.1984 – VI ZR 222/82, juris Rn. 14; BGH, Urteil vom 07.03.1996 – 4 StR 742/95, juris Rn. 19; BGH, Urteil vom 10.01.2023 – 6 StR 133/22, juris Rn. 38; Senatsurteil vom 28.09.2023 – 24 U 2504/22, juris Rn. 44 mwN).

bb.

Unvermeidbar ist der Verbotsirrtum, wenn der Schädiger diesen auch bei Anwendung der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt nicht erkennen konnte (BGH, Urteil vom 11.01.1984 – VIII ZR 255/82, juris Rn. 22; BGH, Urteil vom 12.05.1992 – VI ZR 257/91, juris Rn. 20). Da der Verpflichtete das Risiko eines Irrtums über die Rechtslage selbst trägt, sind an das Vorliegen eines unverschuldeten Rechtsirrtums strenge Maßstäbe anzulegen. Soweit sich der Schuldner nicht auf eine tatsächlich oder hypothetisch erteilte behördliche Genehmigung stützt (vgl. BGH, Urteil vom 26.06.2023 – VIa ZR 335/21, juris Rn. 64ff), muss er die Rechtslage sorgfältig prüfen, soweit erforderlich Rechtsrat einholen und die höchstrichterliche Rechtsprechung (sofern vorhanden) sorgfältig beachten (vgl. BGH, Urteile vom 12.07.2006 – X ZR 157/05, juris Rn. 19; vom 25.09.2023 – VIa ZR 1/23, juris Rn. 14).

b.

Hinsichtlich des Einsatzes der KSR und der hieraus folgenden Unrichtigkeit der Übereinstimmungsbescheinigung in Bezug auf Fahrzeuge der streitgegenständlichen Modelle ist von einem schuldhaften Verhalten auf Seiten der Musterbeklagten auszugehen, da sich der Senat bereits nicht vom Vorliegen eines Irrtums überzeugen kann. Ausführungen zu einer Vermeidbarkeit sind daher nicht veranlasst.

aa.

Die Musterbeklagte trägt hierzu vor, die maßgeblich handelnden Mitarbeiter seien in rechtlich erheblicher Weise einem Irrtum unterlegen, da sie davon ausgegangen seien, eine zutreffende Übereinstimmungsbescheinigung in den Verkehr zu geben. Die Ausstellung der Übereinstimmungsbescheinigung sei im relevanten Zeitraum von den Leitern der Abteilungen „Vertriebsplanung PKW“ und „Fahrzeugdokumentation“ unterzeichnet worden. Diese hätten zum damaligen Zeitpunkt und Kenntnisstand berechtigterweise von der Konformität der Fahrzeuge auf Bauteil- und Funktionsebene ausgehen dürfen, zumal auch externe Gutachten nicht zu einer anderen Bewertung geführt hätten. Damals habe kein Anlass für die Ausstellenden für eine Überprüfung in Bezug auf das Vorhandensein unzulässiger Abschaltvorrichtungen bestanden. In Ingenieurskreisen habe zum Verbot unzulässiger Abschaltvorrichtungen in Bezug auf die KSR das Rechtsverständnis bestanden, dass es angesichts technischer und letzt-

lich dem Motorschutz dienender Gründe für die KSR und angesichts einer fortbestehenden absoluten Reinigungsleistung über dem Niveau des NEFZ kein Anlass zu einer umfassenden Prüfung der regulatorischen Vorschriften gegeben habe. Die Musterbeklagte bietet zum Beweis dieser Behauptungen die Einholung eines Sachverständigengutachtens zum ingenieurstechnischen und rechtlichen Verständnis der Sach- und Rechtslage zu Beginn und Ende der vom KBA in seinen Bescheiden zugrunde gelegten Produktionszeiträume an.

bb.

Hierdurch vermag die Musterbeklagte einen unvermeidbaren Verbotsirrtum hinsichtlich der KSR nicht zu belegen. Bereits das Abstellen allein auf das Vorstellungsbild der die EG-Typgenehmigung beantragenden Mitarbeiter lässt einen solchen unvermeidbaren Verbotsirrtum nicht erkennen, da sie, in Person der ihre Repräsentanten treffenden Organisationspflicht, dafür Sorge zu tragen hat, dass im Unternehmen vorhandene relevante Informationen an die jeweils betreffenden Mitarbeiter gelangen, insbesondere ein Austausch zwischen Entwicklung und Rechtsabteilung gehört (1). Für die Mitarbeiter der Rechtsabteilung hätten sich aufgrund der konkreten Ausgestaltung der KSR bei einer sorgfältigen juristischen Überprüfung Zweifel an deren Gesetzeskonformität aufdrängen müssen (2), die zumindest eine externe Überprüfung der gefundenen eigenen Rechtsansicht erfordert hätten (3).

(1) Als Fahrzeugherstellerin traf die Musterbeklagte die deliktsrechtlich geschützte Pflicht, keine unzutreffenden Übereinstimmungsbescheinigungen in den Verkehr zu bringen (vgl. BGH, Urteile vom 26.06.2023 - VIa ZR 335/21, NJW 2023, 2259 Rn. 61; vom 10. Juli 2023 – VIa ZR 1119/22, MDR 2023, 1042 Rn. 20ff; vom 20. Juli 2023 – III ZR 267/20, ZIP 2023, 1903 Rn. 22). Um dieser Verpflichtung zu genügen, musste die Musterbeklagte ihre innerbetrieblichen Abläufe etwa durch interne Weisungen, Meldekettens und Überwachungs- sowie Kontrollmechanismen so organisieren, dass bei regelgerechtem Ablauf nur zutreffende Übereinstimmungsbescheinigungen in Verkehr gelangen konnten. Dies erforderte insbesondere eine Weisungslage, nach welcher technisch kritische Punkte von den für die technische Entwicklung verantwortlichen Personen an die Rechtsabteilung zur Überprüfung weiterzuleiten waren und die Weiterentwicklung und der spätere Einsatz der Technik erst nach positiver rechtlicher Bewertung und Freigabe durch hierfür qualifizierte Personen erfolgen durfte. Zudem

war das rechtliche Umfeld und dessen für die Zulässigkeit der eingesetzten Technik relevante Entwicklungen weiter durch die Rechtsabteilung oder sonstiges juristisch qualifiziertes Personal zu beobachten, um erforderlichenfalls entsprechend reagieren und Abläufe stoppen zu können (vgl. BGH, Urteil vom 25.09.2023 – VIa ZR 1/23, juris Rn. 14; Senatsurteil vom 28.09.2023 – 24 U 2504/22, juris Rn. 41 m.w.N.). Danach musste die Musterbeklagte sicherstellen, dass die erforderlichen Informationen auch bis zum Aussteller der Übereinstimmungsbescheinigung weitergeleitet würden. Allein der Umstand, dass dieser keine Kenntnis von möglichen Bedenken bezüglich der Unzulässigkeit von Abschaltvorrichtungen hatte, wird daher, anders als die Musterbeklagte meint, im Regelfall nicht genügen, um einen Rechtsirrtum darzulegen.

(2) Angesichts der konkreten Ausgestaltung der KSR, wonach deren Wirkungsbereich technisch auf die Warmlaufphase begrenzt ist, innerhalb dieses begrenzten Anwendungsbereichs nur unter – kumulativ vorliegenden Aktivierungsbedingungen – funktioniert und mit ihr – nach der Darstellung der Musterbeklagten – der Zweck einer Verbesserung des Emissionsverhaltens verfolgt wird, hätten angesichts der Definition der Abschaltvorrichtung in Art. 3 Nr. 10 Verordnung (EG) Nr. 715/2007 bei einer juristischen Bewertung zumindest Bedenken an der Zulässigkeit der KSR aufkommen müssen. Selbst wenn die von der Musterbeklagten auch jetzt noch eingenommene Rechtsansicht, es handele sich bei der KSR nicht um ein Teil des Emissionskontrollsystems, sondern um ein solches des Kühlkreislaufes als vertretbar angesehen würde, hätte mit Blick auf den mit der KSR verfolgten Zweck weiter abgeklärt werden müssen, ob es sich funktional zumindest (auch) um ein Teil des Emissionskontrollsystems handelt. Aufgrund der engen Aktivierungsbedingungen der KSR ist zudem der rechtliche Schluss nicht fernliegend, diese negativ im Übrigen als Abschaltung anzusehen. Hinzu kommt, dass der technisch auf die Warmlaufphase begrenzte Anwendungsbereich der KSR auch kein Art. 5 Abs. 1 Verordnung (EG) Nr. 715/2007 genügendes Emissionskontrollsystem darstellt (siehe dazu vorstehend unter B.).

(3) Aus diesen Gründen hatte für die Rechtsabteilung der Musterbeklagten hinsichtlich der KSR ein externer Abklärungsbedarf hinsichtlich ihrer Zulässigkeit bestanden. Dies hat die Musterbeklagte nach ihrem eigenen Vortrag nicht getan. Nach der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt hätte die Musterbeklagte die eigene Rechtsansicht durch mit der Rechtsmaterie vertraute anerkannte Personen in zuverlässiger Weise

überprüfen lassen müssen, wobei sich die Einholung einer Stellungnahme des KBA als der für sie maßgeblichen Genehmigungsbehörde geradezu aufgedrängt hätte. Dies hat die Musterbeklagte nicht getan, mit der Folge, dass ein Irrtum für die Mitarbeiter der Musterbeklagten zumindest nicht unvermeidbar gewesen war. Auch für eine hypothetische Genehmigung ist nichts ersichtlich; das KBA hat die KSR in den streitgegenständlichen Fahrzeugmodellen als unzulässige Abschaltvorrichtung beanstandet.

(4) Auf die Einholung des von der Musterbeklagten angebotenen Sachverständigen-gutachtens zum ingenieurtechnischen und rechtlichen Verständnis kommt es danach nicht streitentscheidend an. Denn selbst wenn man bei der Musterbeklagten tatsächlich von der rechtlichen Zulässigkeit der KSR ausgegangen war, begründen die vorstehenden – auf dem eigenen Vortrag der Musterbeklagten beruhenden tatsächlichen Umstände – für diese die Pflicht, sich von der Richtigkeit der eigenen Rechtsansicht zu vergewissern.

c.

Hinsichtlich der vom KBA beanstandeten „Strategie in vergleichbarer Ausprägung“ trägt die Musterbeklagte speziell zu einem unvermeidbaren Verbotsirrtum nichts vor. Sie trägt aber vor, ihre Mitarbeiter seien im Grundsatz davon ausgegangen, dass sich die streitgegenständlichen Fahrzeugtypen im realen Straßenbetrieb unter den entsprechenden Bedingungen im Grundsatz in gleicher Weise zu verhalten haben wie im NEFZ. Dieses fehlerhafte Rechtsverständnis war – entsprechend den Ausführungen zur KSR – zumindest nicht unvermeidbar gewesen.

2.

Hinsichtlich der streitgegenständlichen Euro 6-Fahrzeugmodelle ist allerdings zu beachten, dass den Verbrauchern auch ein Anspruch aus § 831 BGB in Verbindung mit § 826 BGB zustehen kann. Ist dies der Fall, scheidet ein solcher aus § 823 Abs. 2 BGB in Verbindung mit § 6 Abs. 1, § 27 Abs. 1 EG-FGV auf Ersatz des Differenzschadens aus (a.). Dies macht das vorliegende Feststellungsziel insoweit aber nicht gegenstandslos (b.).

a.

Denn soweit dem Verbraucher bereits ein Anspruch aus § 826 BGB gegen den Hersteller zusteht, besteht unter Berücksichtigung des Gebots wirksamer und abschreckender Sanktionen nach Art. 46 der Richtlinie 2007/46/EG und Art. 13 Abs. 1 der Verordnung (EG) Nr. 715/2007 (EuGH, Urteil vom 21. März 2023 - C-100/21, juris Rn. 90) kein Bedarf für den Ersatz des Differenzschadens als eine unionsrechtskonforme Haftungsfolge für einen Verstoß gegen Art. 5 Abs. 2 Satz 1 der Verordnung (EG) Nr. 715/2007. Daher greift § 823 Abs. 2 BGB in Verbindung mit § 6 Abs. 1, § 27 Abs. 1 EG-FGB nur, wenn die Voraussetzungen der §§ 826, 31 BGB nicht vorliegen, also insbesondere in den Fällen bloßer Fahrlässigkeit (BGH, Urteil vom 26.06.2023 – VIa ZR 335/21, juris Rn. 44 mwN). Nichts Anderes gilt für einen Anspruch aus § 831 BGB in Verbindung mit § 826 BGB.

b.

Aufgrund der vorangegangenen Feststellungsziele ist das vorliegende Feststellungsziel hinsichtlich der streitgegenständlichen Euro 6-Fahrzeugmodelle gleichwohl nicht gegenstandslos. Denn das Feststellungsziel Ziff. 4 b) bb) – Vorsatz – ist auf den Zeitpunkt der Inverkehrgabe begrenzt, sodass in Fällen, in denen der Kaufvertragsabschluss als das den Schaden im Sinne von § 826 BGB begründende Ereignis im Sinne eines ungewollten Vertragsabschlusses der Inverkehrgabe nachgelagert ist, Raum für eine Verhaltensänderung auf Seiten der Musterbeklagten besteht, die eine Bewertung ihres Verhaltens als vorsätzlich sittenwidrig entfallen lassen kann (siehe dazu vorstehende Ausführungen zur Zulässigkeit der Musterfeststellungsklage unter I. 3. a.). Aus diesem Grund steht ein vorrangiger Anspruch aus § 826 BGB noch nicht fest.

Q.

Die im **Feststellungsziel Ziff. 7 d)** begehrte Feststellung ist zu treffen (I. Ziffer 12. des Urteilstenors); die Musterfeststellungsklage ist insoweit begründet.

Zur Erwerbskausalität kann sich ein Käufer, der einen Anspruch nach § 823 Abs. 2 BGB in Verbindung mit § 6 Abs. 1, § 27 Abs. 1 EG-FGV geltend macht, auf den Erfahrungssatz stützen, dass er den Kaufvertrag zu diesem Kaufpreis nicht geschlossen

hätte. Für die Anwendung eines solchen Erfahrungssatzes ist nicht von Bedeutung, ob ihm beim Erwerb des Fahrzeugs die von der Beklagten ausgegebene unzutreffende Übereinstimmungsbescheinigung vorgelegen und ob er von deren Inhalt Kenntnis genommen hat. Auch ohne Kenntnisnahme der vom Fahrzeughersteller ausgegebenen Übereinstimmungsbescheinigung geht der Käufer typischerweise davon aus, dass der Hersteller für das erworbene Fahrzeug eine Übereinstimmungsbescheinigung ausgegeben hat und dass diese die gesetzlich vorgesehene Übereinstimmung mit allen maßgebenden Rechtsakten richtig ausweist (BGH, Urteil vom 26.06.2023 – VIa ZR 335/21, juris Rn. 55 f.; Senatsurteile vom 29.11.2024 – 24 U 1424/22, juris Rn 89; vom 22.02.2024 – 24 U 254/21, juris Rn. 122; OLG Stuttgart, Urteil vom 29.11.2023 – 22 U 261/21, juris Rn. 103; OLG Karlsruhe, Urteil vom 12.03.2024 – 8 U 397/22, juris Rn. 46).

Feststellungen zu der im Rahmen eines Anspruchs aus § 823 Abs. 2 BGB in Verbindung mit § 6 Abs. 1, § 27 Abs. 1 EG-FGV zu beachtenden Grundsätze der Vorteilsausgleichung (vgl. ua BGH, Urteil vom 26.06.2023 – VIa ZR 335/21, juris Rn. 80 mwN) waren mangels zu berücksichtigender Anträge nicht zu treffen.

III.

Die Kostenentscheidung folgt aus § 92 Abs. 1, § 269 Abs. 3 Satz 2 ZPO (zurückgenommenes Feststellungsziel Ziff. 1 a) bb)), unter einer Gewichtung der Feststellungsziele bei der Bemessung des Unterliegens im Sinn von § 92 Abs. 1 ZPO.

Der Ausspruch zur vorläufigen Vollstreckbarkeit hinsichtlich der Kostenentscheidung beruht auf § 709 Satz 2 ZPO.

Da die Revision gegen ein Musterfeststellungsurteil eines Oberlandesgerichts kraft Gesetzes zugelassen ist (§ 614 ZPO), war eine Entscheidung über die Zulassung der Revision nicht zu treffen (BGH, Urteil vom 30.03.2023 – VII ZR 10/22, juris Rn. 15ff).

Bei der Streitwertfestsetzung hat sich der Senat an der in der Klageschrift von den Feststellungszielen nach Ansicht des Musterklägers betroffenen angegebenen Anzahl

von 136.500 Fahrzeugen weltweit (vgl. Seite 7 der Klage) orientiert und den auf Basis der begehrten Feststellungen zu erwartenden Schadensersatzforderungen, begrenzt durch den in § 48 Abs. 1 Satz 2 GKG festgeschriebenen Höchstwert von 250.000,00 €.

IV.

Die nachgelassenen und fristgerecht eingegangenen Schriftsätze sowohl des Musterklägers vom 15.02.2024 als auch der Musterbeklagten vom 15.02.2024 hat der Senat berücksichtigt. Der darin jeweils enthaltene Vortrag vermochte eine andere Entscheidung nicht zu rechtfertigen, so dass er – jeweils – keine Gegenerklärung erforderlich machte und folglich eine Wiedereröffnung der mündlichen Verhandlung nach § 610 Abs. 5, § 283, § 156 Abs. 1 ZPO nicht geboten war.

Der nicht nachgelassene Schriftsatz des Musterklägers vom 20.03.2024, mit dem nach § 610 Abs. 5, § 296a Satz 1 ZPO keine Angriffs- und Verteidigungsmittel mehr vorgebracht werden können, gibt ebenfalls keinen Anlass für eine Wiedereröffnung der mündlichen Verhandlung.

Über die im Schriftsatz der Musterbeklagten vom 15.02.2024 enthaltenen Widerklageanträge war nicht zu entscheiden, weil die dortigen Anträge nicht erhoben wurden; neue Sachanträge fallen nicht unter §§ 296a, 282 ZPO (in Verbindung mit § 610 Abs. 5 ZPO), sondern hätten spätestens in der letzten mündlichen Verhandlung gestellt werden müssen. Dies folgt aus § 261 Abs. 2, § 297 ZPO in Verbindung mit § 610 Abs. 5 ZPO (vgl. Greger in Zöllner, Zivilprozessordnung, 35. Auflage 2024, § 296a ZPO Rn. 2a; BGH, Beschluss vom 12.05.1992 – XI ZR 251/91, juris Rn. 2). Die Widerklage war daher als unzulässig abzuweisen (vgl. BGH aaO).

■■■■■■■■■■
Vorsitzender Richter
am Oberlandesgericht

■■■■■■■■■■
Richter
am Oberlandesgericht

■■■■■■■■■■
Richter
am Oberlandesgericht