

Beglaubigte Abschrift

I-13 U 503/21

I-4 O 473/20
Landgericht Arnsberg



Verkündet am 09.01.2025

Justizbeschäftigte
als Urkundsbeamtin der
Geschäftsstelle

Oberlandesgericht Hamm

IM NAMEN DES VOLKES

Urteil

In dem Rechtsstreit

[REDACTED],

Klägers und Berufungsklägers,

Prozessbevollmächtigte:

Rechtsanwälte Gansel Rechtsanwälte,
Wallstraße 59, 10179 Berlin,

gegen

die Volkswagen AG, vertreten durch den Vorstand, Berliner Ring 2, 38440 Wolfsburg,
Beklagte und Berufungsbeklagte,

Prozessbevollmächtigte:

Rechtsanwälte Baker Tilly
Rechtsanwaltsgesellschaft mbH,
Nymphenburger Straße 3 b, 80335
München,

hat der 13. Zivilsenat des Oberlandesgerichts Hamm
auf die mündliche Verhandlung vom 12.11.2024
durch die Vorsitzende Richterin am Oberlandesgericht Jöhren, die Richterin am
Oberlandesgericht Poguntke und die Richterin am Oberlandesgericht Wehrmann

für Recht erkannt:

Auf die Berufung des Klägers wird das am 8. Juli 2021 verkündete Urteil der
Einzelrichterin der 4. Zivilkammer des Landgerichts Arnsberg abgeändert.

Die Beklagte wird verurteilt, an den Kläger 7.165,50 EUR nebst Zinsen in Höhe von fünf Prozentpunkten über dem jeweiligen Basiszinssatz seit dem 11. Dezember 2020 zu zahlen.

Im Übrigen bleibt die Klage abgewiesen. Die weitergehende Berufung wird zurückgewiesen.

Die Kosten des Rechtsstreits in 1. Instanz tragen der Kläger zu 84 % und die Beklagte zu 16 %.

Die Kosten des Rechtsstreits in 2. Instanz tragen der Kläger zu 71 % und die Beklagte zu 29 %.

Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar.

Der Streitwert für das Berufungsverfahren wird bis zu zum 23. April 2024 auf bis zu 45.000,00 EUR und ab dem 24. April 2024 auf bis zu 9.000,00 EUR festgesetzt.

Gründe:

I.

Der Kläger macht gegen die Beklagte Ansprüche aufgrund des sog. Abgasskandals geltend.

Der Kläger erwarb bei der [REDACTED] GmbH in [REDACTED] mit Bestellung vom 4. Januar 2018 das Gebrauchtfahrzeug, Typ VW Passat Variant Highline 2.0 TDI 4-Motion, 176 kW, km-Stand: 12.617, zum Preis von 47.770,00 EUR (brutto). Das Fahrzeug wurde am 8. November 2016 erstzugelassen (Anl. K 1). Die Typgenehmigung datiert vom 24. Mai 2016 (Anl. K 7). Der Kläger finanzierte den Kaufpreis über ein Darlehen der Volkswagen Bank GmbH vom 4. Januar 2018. Mit Vertrag vom 29. Oktober 2021 veräußerte der Kläger das streitgegenständliche Fahrzeug bei einem Kilometerstand von 45.213 km an die [REDACTED] GmbH zu einem Preis von 27.552,61 EUR (Ablöse 26.815,00 EUR, Inz. 737,61 EUR) (Bl. 761 d. A.).

Das Fahrzeug ist mit einem von der Beklagten entwickelten Dieselmotor vom Typ EA288 mit Euro 6-Einstufung ausgestattet, bei dem zur Reduzierung der NOx-Roh-Emissionen neben der Verwendung eines Dieselpartikelfilters (DPF) eine Abgasrückführungstechnik (AGR) zum Einsatz kommt. Ferner findet eine Abgasnachbehandlung mittels selektiver katalytischer Reduktion (SCR) statt, für die eine Harnstofflösung (AdBlue) verwendet wird. Ob in dem Fahrzeug eine sog.

Fahrkurvenerkennung hinterlegt ist, ist streitig. Die AGR-Rate wird als Teil der allgemeinen Motorsteuerung in Abhängigkeit unterschiedlicher Parameter, wie z.B. Last, Drehzahl, Umgebungsdruck, Umgebungslufttemperatur, Motortemperatur u.a. eingestellt. Anhand weiterer Temperaturgrößen, die an im Motorraum bzw. Fahrzeugantriebssystem verbauten Temperatursensoren gemessen werden, kann es faktisch auch bei Umgebungstemperaturen oberhalb von -24 und unterhalb von +70 Grad Celsius mittelbar zu einer Korrektur der AGR-Rate kommen.

Die Motorsteuerung des vorliegenden Fahrzeugs entspricht nicht vollständig der Typgenehmigung, weshalb das Fahrzeug von der Aktion „23PA“ des Kraftfahrt-Bundesamtes (KBA) erfasst ist.

Nach erfolglosem vorgerichtlichen Anwaltsschreiben vom 24. September 2020 (Anl. K 4) hat der Kläger mit der am 10. Dezember 2020 zugestellten Klage im Rahmen des sog. großen Schadensersatzes die Rückabwicklung des Kaufvertrags verlangt, hilfsweise die Feststellung der Ersatzverpflichtung der Beklagten für Schäden, die aus dem Einbau einer unzulässigen Abschaltseinrichtung in sein Fahrzeug resultieren. Weiter hat er die Feststellung des Annahmeverzugs begehrt, und, dass der im Antrag zu 1) bezeichnete Anspruch aus einer vorsätzlich unerlaubten Handlung der Beklagten herrührt. Schließlich hat der Kläger die Freistellung von Kosten der außergerichtlichen Rechtsverfolgung in Höhe von 2.791,74 EUR verlangt.

Der Kläger hat behauptet, in seinem Fahrzeug kämen mehrere unzulässige Abschaltseinrichtungen im Sinne des Art. 5 i.V.m. Art. 3 Nr. 10 der Verordnung (EG) Nr. 715/2007 zum Einsatz.

Das Landgericht hat die Klage abgewiesen. Hinsichtlich des weiteren erstinstanzlichen Vortrags und der erstinstanzlichen Anträge der Parteien sowie der Begründung für die Klageabweisung wird auf den Tatbestand und die Entscheidungsgründe des angefochtenen Urteils Bezug genommen (§ 540 Abs. 1 Nr. 1 ZPO).

Gegen dieses Urteil richtet sich die Berufung des Klägers, mit der er nach teilweiser Berufungsrücknahme mit Schriftsatz vom 24. April 2024 die Zahlung eines Differenzschadens verlangt, der mindestens 7.165,50 EUR (15 % des Kaufpreises), betragen soll, sowie die Freistellung von außergerichtlichen Rechtsanwaltskosten.

Der Kläger hält daran fest, dass in dem streitgegenständlichen Fahrzeug mehrere unzulässige Abschaltseinrichtungen implementiert seien. Insbesondere eine sog. Fahrkurvenerkennung und ein sog. Thermofenster. Indiz hierfür seien die zahlreichen, neutral ermittelten Messergebnisse, u.a. von der Deutschen Umwelthilfe e.V. (DUH), die zeigten, dass die gesetzlichen Grenzwerte um ein Vielfaches überschritten würden.

Er meint, auch das On-Board-Diagnose-System (OBD) sei eine unzulässige Abschalteneinrichtung.

Der Kläger beantragt:

1. Die Beklagte wird verurteilt, an den Kläger einen Entschädigungsbetrag bezüglich des Fahrzeugs der Marke VW mit der Fahrzeugidentifikationsnummer [REDACTED] zu zahlen, dessen Höhe in das Ermessen des Gerichts gestellt wird, der jedoch mindestens 7.165,50 EUR nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit Rechtshängigkeit betragen muss.
2. Die Beklagte wird verurteilt, den Kläger von den durch die Beauftragung der Prozessbevollmächtigten des Klägers entstandenen Kosten der außergerichtlichen Rechtsverfolgung in Höhe von 2.791,74 EUR freizustellen.

Zudem beantragt der Kläger mit Schriftsatz vom 5. November 2024 hilfsweise,

das Verfahren gemäß § 148 ZPO analog auszusetzen und das Verfahren erst wiederaufzunehmen, nachdem die im Beschluss des Landgerichts Ravensburg vom 27. Oktober 2023 gestellten Fragen durch den Europäischen Gerichtshof (EuGH), Az. C-666/23 bis C-668/23 beantwortet worden sind.

Die Beklagte beantragt,

die Berufung zurückzuweisen.

Sie verteidigt das angefochtene Urteil mit näheren Ausführungen.

II.

Die Berufung ist zulässig und in dem aus dem Tenor ersichtlichen Umfang auch begründet.

1.

Dem Kläger steht gegen die Beklagte ein Anspruch auf den sog. Differenzschaden in Höhe von 7.165,50 EUR (15 % des Kaufpreises) zu (§ 823 Abs. 2 BGB i.V.m. §§ 6 Abs. 1, 27 Abs. 1 EG-FGV).

a)

Dem Erwerber eines – neuen oder gebrauchten – Kraftfahrzeugs kann nach der neueren Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs ein Schadensersatzanspruch

gemäß § 823 Abs. 2 BGB i.V.m. § 6 Abs. 1, § 27 Abs. 1 EG-FGV gegen den Fahrzeughersteller zustehen, wenn dieser zumindest in fahrlässiger Verkennung der Rechtslage eine unzulässige Abschaltseinrichtung verwendet und daher eine insoweit unzutreffende Übereinstimmungsbescheinigung ausgestellt hat (BGH, Urteil vom 26. Juni 2023 – VIa ZR 335/21, juris Rn. 28 ff.).

b)

Die erstmalige Geltendmachung des Differenzschadens im Berufungsverfahren ist zulässig.

Bei der Geltendmachung des Differenzschadens handelt es sich um eine auch in der Berufungsinstanz stets zulässige Klageänderung gemäß §§ 525 Satz 1, 264 Nr. 2 ZPO, weil dem ursprünglich in erster Linie auf §§ 826, 31 BGB gestützten Anspruch auf den sog. großen Schadensersatz einerseits und dem Anspruch auf Differenzschaden nach § 823 Abs. 2 BGB i.V.m. § 6 Abs. 1, 27 Abs. 1 EG-FGV andererseits lediglich unterschiedliche Methoden der Schadensberechnung zugrunde liegen, die im Kern an die Vertrauensinvestition des Käufers bei Abschluss des Kaufvertrags anknüpfen (BGH, Urteil vom 26. Juni 2023 – VIa ZR 335/21, juris Rn. 45). Wechselt ein Kläger nur die Art der Schadensberechnung, ohne seinen Antrag auf einen abgewandelten Lebenssachverhalt zu stützen, liegt keine Klageänderung im Sinne des § 263 ZPO vor (vgl. BGH, Urteil vom 23. Juni 2015 – XI ZR 536/14, juris Rn. 33; siehe auch OLG München, Urteil vom 22. Dezember 2023 – 13 U 892/21, juris Rn. 37).

c)

Dem Kläger steht gegen die Beklagte gemäß § 823 Abs. 2 BGB i.V.m. §§ 6 Abs. 1, 27 Abs. 1 EG-FGV ein Anspruch auf Ersatz eines Differenzschadens in Höhe von 7.165,50 EUR zu.

aa)

Voraussetzung einer Haftung nach § 823 Abs. 2 i.V.m. §§ 6 Abs. 1, 27 Abs. 1 EG-FGV ist, dass das Vertrauen des Käufers auf die Übereinstimmung des Fahrzeugs mit allen maßgebenden Rechtsakten beim Fahrzeugkauf (vgl. BGH, Urteil vom 26. Juni 2023 – VIa ZR 335/21, juris Rn. 19, 24) mit Blick auf eine in zumindest fahrlässiger Verkennung der Rechtslage verwendete unzulässige Abschaltseinrichtung und daher unzutreffende Übereinstimmungsbescheinigung enttäuscht wurde (vgl. BGH, Urteil vom 26. Juni 2023 – VIa ZR 335/21, juris Rn. 34).

Eine Übereinstimmungsbescheinigung ist unzutreffend, wenn das betreffende Kraftfahrzeug mit einer gemäß Art. 5 Abs. 2 der Verordnung (EG) Nr. 715/2007 unzulässigen Abschaltseinrichtung ausgerüstet ist, weil die Bescheinigung dann eine tatsächlich nicht gegebene Übereinstimmung des konkreten Fahrzeugs mit Art. 5 Abs. 2 der Verordnung (EG) Nr. 715/2007 aufweist. Auf den Inhalt der

zugrundeliegenden Typgenehmigung kommt es dabei nicht an. Die Übereinstimmungsbescheinigung weist nach der verbindlichen Auslegung des Unionsrechts durch den Europäischen Gerichtshof nicht nur die Übereinstimmung des konkreten Fahrzeugs mit dem genehmigten Typ aus, sondern auch die Übereinstimmung des konkreten Kraftfahrzeugs mit allen Rechtsakten, also auch mit Art. 5 Abs. 2 Satz 1 der Verordnung (EG) Nr. 715/2007. Die Übereinstimmungsbescheinigung verweist nach ihrem gesetzlichen Inhalt auch auf materielle Voraussetzungen, die im Fall einer unzulässigen Abschalteneinrichtung nicht vorliegen (BGH, Urteil vom 26. Juni 2023, aaO Rn. 34).

bb)

Die Beklagte hat eine unzutreffende Übereinstimmungsbescheinigung erteilt, indem sie das Fahrzeug mit einer gemäß Art. 5 Abs. 2 der Verordnung (EG) Nr. 715/2007 unzulässigen Abschalteneinrichtung ausgestattet hat.

(1)

Eine Abschalteneinrichtung im Sinne des Art. 3 Nr. 10 der Verordnung (EG) Nr. 715/2007 liegt dann vor, wenn die betreffende Technik die Funktion eines beliebigen Teils des Emissionskontrollsystems so beeinflusst, dass die Wirksamkeit des Emissionskontrollsystems unter Bedingungen verringert wird, die bei normalem Fahrzeugbetrieb vernünftigerweise zu erwarten sind. Mithin ist die Verringerung der Wirksamkeit des Emissionskontrollsystems bei üblichen Bedingungen Voraussetzung einer Abschalteneinrichtung. Der Begriff des „normalen Fahrzeugbetriebs“ verweist dabei nicht auf Prüfstandsbedingungen, sondern auf die Verwendung dieses Fahrzeugs unter tatsächlichen Fahrbedingungen, wie sie im Unionsgebiet üblich sind (EuGH, Urteil vom 14. Juli 2022 – C-128/20, juris Rn. 40 mwN). Ob die Grenzwerte unter den Bedingungen des Neuen Europäischen Fahrzyklus (NEFZ) auch bei veränderter Funktion eingehalten würden, was die Beklagte unter dem Gesichtspunkt der mangelnden Grenzwertkausalität geltend macht, ist hingegen mit Rücksicht auf den Wortlaut des Art. 3 Nr. 10 der Verordnung (EG) Nr. 715/2007 nicht von Bedeutung (BGH, Urteil vom 26. Juni 2023 – VIa ZR 335/21, juris Rn. 51).

Nach allgemeinen Regeln trifft die Darlegungs- und Beweislast für das Vorliegen einer Abschalteneinrichtung als solcher im Sinne der Art. 3 Nr. 10, Art. 5 Abs. 2 Satz 1 der Verordnung (EG) Nr. 715/2007 den jeweiligen Kläger als Anspruchsteller, weil es sich um einen anspruchsbegründenden Umstand handelt. Der Kläger muss Tatsachen vortragen, die in Verbindung mit Art. 5 Abs. 2 Satz 1 der Verordnung (EG) Nr. 715/2007 geeignet und erforderlich sind, den geltend gemachten Schadensersatzanspruch zu rechtfertigen, ohne allerdings seinen Tatsachenvortrag durch die Angaben weiterer Einzelheiten substantiieren zu müssen. Die Anforderungen an den Tatsachenvortrag dürfen dabei nicht überspannt werden. Der Kläger darf aber nicht willkürlich, aufs Geratewohl und ohne greifbare Anhaltspunkte

Behauptungen aufstellen (BGH, Urteil vom 26. Juni 2023 – VIa ZR 335/21, aaO Rn. 53 mwN).

Der Beklagten als Anspruchsgegnerin obliegt dagegen die Darlegungs- und Beweislast dafür, dass eine festgestellte Abschalteneinrichtung zulässig ist. Das ergibt sich aus dem Regel-Ausnahme-Verhältnis des Art. 5 Abs. 2 der Verordnung (EG) Nr. 715/2007, weil die Verwendung einer Abschalteneinrichtung nach Art. 5 Abs. 2 Satz 1 der Verordnung (EG) Nr. 715/2007 grundsätzlich unzulässig ist und nur unter den besonderen Voraussetzungen des Art. 5 Abs. 2 Satz 2 der Verordnung (EG) Nr. 715/2007 ausnahmsweise zulässig ist (BGH, Urteil vom 26. Juni 2023 – VIa ZR 335/21, aaO Rn. 54).

(2)

Gemessen hieran ist die unstreitig werkseitig implementierte allgemeine Motorsteuerung zur Regelung – Reduzierung – der Abgasrückführungsrate (AGR-Rate) in Abhängigkeit von mehreren Parametern – vorliegend insbesondere der Umgebungstemperatur (als sog. Thermofenster bezeichnet) – als unzulässige Abschalteneinrichtung einzustufen. Eine ausnahmsweise Zulässigkeit ist nicht dargetan.

Die Beklagte hat zwischenzeitlich ihren Vortrag zur Funktionsweise der Abgasrückführung im Rahmen der allgemeinen Motorsteuerung ergänzt. Dazu trägt sie nunmehr insbesondere vor, die Funktionsweise der Abgasrückführung sei insgesamt hochkomplex, weil die AGR-Rate als Teil der allgemeinen Motorsteuerung in einem mehrdimensionalen Vorgang in Abhängigkeit von unterschiedlichen Parametern, wie z.B. Last, Drehzahl, Umgebungsdruck, Umgebungslufttemperatur, Motortemperatur u.a. in Anpassung an die konkrete Fahrsituation eingestellt werde.

(a)

Die hier im Fahrzeug aktive Software für die allgemeine Motorsteuerung stellt jedenfalls insoweit nach Maßgabe des Vorstehenden eine unzulässige Abschalteneinrichtung im Sinne des Art. 3 Nr. 10 der Verordnung (EG) Nr. 715/2007 dar, als sie in Abhängigkeit von der Lufttemperatur auf die Funktion des Emissionskontrollsystems einwirkt und dessen Wirksamkeit verringert.

Die Wirksamkeit des Emissionskontrollsystems wird auch unter Bedingungen, die bei normalem Fahrzeugbetrieb zu erwarten sind, verringert.

Zwar hat die Beklagte sich bereits in 1. Instanz darauf berufen, dass die umgebungstemperaturabhängige Reduzierung der AGR-Rate schon tatbestandlich keine Abschalteneinrichtung darstelle, weil die Abgasrückführung bei einer Außentemperatur zwischen -24 und +70 Grad Celsius zu 100 % aktiv sei. In 2. Instanz ist aber nunmehr unstreitig, dass Korrekturen der AGR-Rate auch innerhalb

dieses Temperaturbereichs und zwar mittelbar erfolgen können, so u.a. in Abhängigkeit von der Kühlmitteltemperatur und/oder anhand weiterer Temperaturgrößen, die an im Motorraum bzw. Fahrzeugantriebssystem verbauten Temperaturgrößen gemessen werden. Einen bestimmten Temperaturbereich, in dem unter Berücksichtigung der vorbeschriebenen mittelbaren Korrektur der Abgasrückführungsrate diese immer noch uneingeschränkt 100 % beträgt, hat die Beklagte nicht dargelegt. Dabei wird nicht verkannt, dass die Steuerung der AGR-Rate hochkomplex sein mag, von einer Vielzahl von Parametern abhängig und bei der Parametrierung unterschiedliche Betriebssituationen des Fahrzeugs zu berücksichtigen sein mögen. Dies schließt es aber nicht aus festzustellen, bei welcher Umgebungstemperatur konkret eine Abrampung der AGR-Rate stattfindet und dies im vorliegenden Rechtsstreit auch vorzutragen. In Ermangelung dieses konkreten Vortrags der Beklagten ist davon auszugehen, dass eine Abrampung auch unter Bedingungen erfolgt, die bei normalem Fahrzeugbetrieb zu erwarten sind.

Etwas anderes ergibt sich auch nicht aus der von der Beklagten zitierten Auskunft des KBA vom 16. August 2024 an das Amtsgericht Ravensburg, wonach die Betrachtung der Korrekturfunktion der Abgasrückführung im Zusammenhang mit innermotorischen Größen der Ladelufttemperatur und Ansauglufttemperatur am Luftmassenmesser an Fahrzeugen, welche einen Entwicklungsauftrag (EA)288 und den Motorkennbuchstaben (MKB) DETA aufwiesen, abgeschlossen seien und keine Auffälligkeiten ergeben hätten (Bl. 865 d. A.). Denn zum einen hat das streitgegenständliche Fahrzeug einen anderen Motorkennbuchstaben, nämlich CUAA. Zum anderen ergibt sich aus der Auskunft nicht mit der erforderlichen Deutlichkeit, was das KBA genau untersucht hat.

(b)

Die verwendete Abschalteneinrichtung ist auch nicht ausnahmsweise zulässig. Zu einer Rechtfertigung der Abschalteneinrichtung nach Art. 5 Abs. 2 Satz 2 lit. a) der Verordnung (EG) Nr. 715/2007 hat die Beklagte nicht hinreichend vorgetragen. Eine Abschalteneinrichtung ist danach zwar zulässig, wenn sie notwendig ist, um den Motor vor Beschädigung oder Unfall zu schützen und um den sicheren Betrieb des Fahrzeugs zu gewährleisten.

Nach der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs ist eine solche Regelung indes als Ausnahmeregelung eng auszulegen. Nur die unmittelbaren Risiken für den Motor in Form von Beschädigung oder Unfall, die beim Fahren eines Fahrzeugs eine konkrete Gefahr hervorrufen, können die Verwendung einer Abschalteneinrichtung nach Art. 5 Abs. 2 lit. a) der Verordnung (EG) Nr. 715/2007 rechtfertigen (EuGH, Urteil vom 14. Juli 2022 – C 134/20, juris, Rn. 63 ff.). Die Beklagte hat zwar dazu vorgetragen, warum außerhalb des weiten Temperaturbereichs von -24 bis +70 Grad Celsius eine Deaktivierung der Abgasrückführung erforderlich ist. Sie trägt indes

nicht dazu vor, weshalb es auch innerhalb des Temperaturbereichs notwendig ist, die Abgasrückführungsrate zu vermindern.

(3)

Da – wie nachfolgend unter lit. ee) näher dargestellt wird – die Implementierung dieser Abschaltvorrichtung in das streitgegenständliche Fahrzeug die Zuerkennung eines Anspruchs auf Ersatz eines Differenzschadens in Höhe von 15 % des Kaufpreises rechtfertigt, kann dahinstehen, ob in dem Fahrzeug eine sog. Fahrkurvenerkennung/Akustikfunktion zum Einsatz kommt bzw. das OBD manipuliert ist.

cc)

Zur Erwerbskausalität kann sich der Kläger als Anspruchsteller bei der Inanspruchnahme der Beklagten nach § 823 Abs. 2 BGB in Verbindung mit § 6 Abs. 1, § 27 Abs. 1 EG-FGV auf den Erfahrungssatz stützen, dass er den Kaufvertrag zu diesem Kaufpreis nicht geschlossen hätte (BGH, Urteil vom 26. Juni 2023 – VIa ZR 335/21, juris Rn. 55; vgl. zum sog. kleinen Schadensersatz BGH, Urteil vom 6. Juli 2021 – VI ZR 40/20, juris Rn. 21).

dd)

Der Verstoß der Beklagten gegen § 6 Abs. 1, § 27 Abs. 1 EG-FGV durch die Erteilung einer unzutreffenden Übereinstimmungsbescheinigung ist schuldhaft erfolgt.

Ein Schadensersatzanspruch nach § 823 Abs. 2 BGB setzt ein Verschulden des Schädigers voraus. Für die Haftung nach § 823 Abs. 2 BGB in Verbindung mit § 6 Abs. 1, § 27 Abs. 1 EG-FGV genügt ein fahrlässiger Verstoß (vgl. BGH, Urteil vom 26. Juni 2023 – VIa ZR 335/21, juris Rn. 37 f). Zwar trifft hinsichtlich des Verschuldens als anspruchsbegründender Voraussetzung gemäß § 823 Abs. 2 BGB gewöhnlich den Anspruchsteller die Darlegungs- und Beweislast. Jedoch muss derjenige, der objektiv ein Schutzgesetz verletzt hat, Umstände darlegen und erforderlichenfalls beweisen, die geeignet sind, die daraus folgende Annahme seines Verschuldens in Form einer Fahrlässigkeit auszuräumen. Insofern besteht eine von der objektiven Schutzgesetzverletzung ausgehende Verschuldensvermutung (vgl. BGH, Urteil vom 26. Juni 2023, aaO Rn. 59).

(1)

Die Beklagte kann sich nicht mit Erfolg darauf berufen, dass einem Fahrzeughersteller im Einzelfall der Vorwurf einer fahrlässigen Schädigung nach § 823 Abs. 2 BGB dann nicht mehr gemacht werden kann, wenn es zwischen dem Zeitpunkt der Ausstellung der Übereinstimmungsbescheinigung und dem Kaufvertragsschluss zu einer Verhaltensänderung gekommen ist, durch die sich seine Vorgehensweise nicht mehr als sorgfaltswidrig darstellt.

Eine entsprechende Entlastung des Fahrzeugherstellers setzt voraus, dass er die Verwendung einer unzulässigen Abschaltvorrichtung in einer Art und Weise bekanntgegeben hat, die eine allgemeine Kenntnisnahme erwarten lässt, und dass er eine Beseitigung der betreffenden Abschaltvorrichtung allgemein, d.h. insbesondere nicht nur für neue, sondern auch für gebrauchte Kraftfahrzeuge veranlasst hat (BGH, Urteil vom 26. Juni 2023 – VIa ZR 335/21, juris Rn. 61).

Eine solche Verhaltensänderung sieht der Bundesgerichtshof bei den mit einer manipulativen Umschaltfunktion versehenen älteren EA189-Motoren aufgrund der diesbezüglichen Ad-hoc-Mitteilung der Beklagten vom 22. September 2015 als gegeben an, weil diese Maßnahme objektiv geeignet gewesen sei, das Vertrauen potenzieller Käufer von Fahrzeugen mit VW-Dieselmotoren in eine vorschriftsmäßige Abgastechnik zu zerstören, mithin ihre diesbezügliche Arglosigkeit zu beseitigen (BGH, Urteil vom 30. Juli 2020 – VI ZR 5/20, juris Rn. 37). Hier musste der Kläger beim Kauf seines Fahrzeugs im Januar 2018 allerdings nicht davon ausgehen, dass die Übereinstimmungsbescheinigung unzutreffend war. Entsprechende an die Allgemeinheit gerichtete öffentliche Verlautbarungen der Beklagten zur allgemeinen Motorsteuerung, insbesondere zu der hier vorliegenden, auch mittelbaren Steuerung in Abhängigkeit von der Umgebungslufttemperatur, gibt es nicht.

(2)

Die Beklagte kann die Verschuldensvermutung hier auch nicht durch Verweis auf einen unvermeidbaren Verbotsirrtum widerlegen.

Die Darlegung und erforderlichenfalls der Nachweis eines entsprechenden Rechtsirrtums seitens des Fahrzeugherstellers setzt voraus, dass sich sämtliche seiner verfassungsmäßig berufenen Vertreter im Sinne des § 31 BGB über die Rechtmäßigkeit der vom Käufer dargelegten und erforderlichenfalls nachgewiesenen Abschaltvorrichtung mit allen für die Prüfung nach Art. 5 Abs. 2 der VO (EG) Nr. 715/2007 bedeutsamen Einzelheiten im maßgeblichen Zeitpunkt des Kaufs im Irrtum befanden oder im Falle einer Ressortaufteilung den damit verbundenen Pflichten genügten. Der Irrtum muss außerdem die Rechtmäßigkeit der konkreten, in Rede stehenden Abschaltvorrichtung mit allen für die Prüfung nach Art. 5 Abs. 2 der VO (EG) Nr. 715/2007 bedeutsamen Einzelheiten betreffen. Nur in Bezug auf einen in diesen Einzelheiten konkret festgestellten Irrtum der maßgebenden Personen kann der Sorgfaltsmaßstab der Fahrlässigkeit sachgerecht geprüft und kann die Unvermeidbarkeit festgestellt werden (BGH, Urteile vom 26. Juni 2023 – VIa ZR 335/21, juris Rn. 63 ff.; vom 20. Februar 2024 – VIa ZR 1283/22, juris Rn. 17; vom 12. März 2024 – VIa ZR 635/23, juris Rn. 15).

Diesen strengen Substantiierungsanforderungen genügt das Vorbringen der Beklagten nicht. Sie äußert sich nicht dazu, ob einzelnen oder allen ihren

Verantwortungsträgern die hier in Rede stehende Funktion bekannt war und von ihnen für zulässig gehalten wurde.

ee)

In der Rechtsfolge steht dem Kläger ein Anspruch auf Ersatz des Differenzschadens in Höhe von 15 % des Kaufpreises zu.

(1)

Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs verlangt das Unionsrecht nicht, den Käufer eines mit einer unzulässigen Abschaltseinrichtung versehenen Kraftfahrzeugs so zu stellen, als habe er den Kaufvertrag nicht abgeschlossen, also das Interesse auf Rückabwicklung des Kaufvertrags in den sachlichen Schutzbereich der §§ 6 Abs. 1, 27 Abs. 1 EG-FGV einzubeziehen, sondern nur den Ersatz des Schadens in Höhe des Betrages, um den der Käufer das Fahrzeug mit Rücksicht auf die mit der unzulässigen Abschaltseinrichtung verbundenen Risiken zu teuer erworben hat (BGH, Urteil vom 26. Juni 2023 – VIa ZR 335/21, juris Rn. 22 ff.). Der Differenzschaden ist nach § 287 Abs. 1 ZPO unter Würdigung aller Umstände nach freier Überzeugung zu schätzen. Dabei ist das Schätzungsermessen allerdings nach den Vorgaben des Unionsrechts auf eine Bandbreite zwischen 5 und 15% des gezahlten Kaufpreises rechtlich begrenzt (BGH, Urteil vom 26. Juni 2023 – VIa ZR 335/21, juris Rn. 72 ff.).

(2)

Bei der nach § 287 ZPO gebotenen Schätzung des Schadens innerhalb des Rahmens zwischen 5 und 15 % des Kaufpreises sind für die Bestimmung des objektiven Werts des Fahrzeugs im Zeitpunkt des Vertragsschlusses die mit der Verwendung einer unzulässigen Abschaltseinrichtung verbundenen Nachteile, insbesondere das Risiko behördlicher Anordnungen, zu berücksichtigen. Weiter ist der Umfang in Betracht kommender Betriebsbeschränkungen und die Eintrittswahrscheinlichkeit solcher Beschränkungen mit Rücksicht auf die Einzelfallumstände in den Blick zu nehmen. Maßgebend ist dabei eine auf den Zeitpunkt des Vertragsschlusses bezogene Betrachtung (BGH, Urteil vom 26. Juni 2023 – VIa ZR 335/21, juris Rn. 76). Über diese originär schadensrechtlichen Gesichtspunkte hinaus sind das Gewicht des der Haftung zugrundeliegenden konkreten Rechtsverstoßes für das unionsrechtliche Ziel der Einhaltung gewisser Emissionsgrenzwerte sowie der Grad des Verschuldens nach Maßgabe der Umstände des zu beurteilenden Einzelfalls zu bewerten, um so dem Gebot einer verhältnismäßigen Sanktionierung auch bezogen auf den zu würdigenden Einzelfall Rechnung zu tragen (BGH, Urteil vom 26. Juni 2023, aaO Rn. 77).

Unter Berücksichtigung dieser Umstände schätzt der Senat den dem Kläger entstandenen Schaden auf 15 % des Betrags, den der Kläger für das Fahrzeug aufgewendet hat. Zwar ist zu berücksichtigen, dass die allgemeine Motorsteuerung

im Zeitpunkt des Vertragsschlusses vom KBA nicht beanstandet wurde und das Risiko behördlicher Anordnungen und der Umfang der in Betracht kommenden Betriebsbeschränkungen vor diesem Hintergrund gering waren. Die Beklagte trägt selbst vor, dass die Motorsteuerung des streitgegenständlichen Fahrzeugs nicht vollständig der Typgenehmigung entspricht und sie in Abstimmung mit dem KBA eine aktualisierte Motorsteuergeräte-Software anbieten wird. Damit steht die Software der Motorsteuerung bereits im Fokus des KBA. Mangels näheren Vortrags der Beklagten zu der Aktion „23PA“ ist davon auszugehen, dass entweder die Beklagte jegliche unzulässige Bedatung mit diesem Software-Update, das der Kläger aufzuspielen haben wird, entfernen wird, oder es verbleibt für den Kläger die erhebliche Unsicherheit, welche Maßnahmen der Genehmigungsbehörden diese Funktion zukünftig noch nach sich ziehen wird.

(3)

Der Anspruch auf Ersatz des Differenzschadens aus § 823 Abs. 2 BGB i. V. m. §§ 6 Abs. 1, 27 Abs. 1 EG-FGV unterliegt im Ausgangspunkt der Vorteilsausgleichung (BGH, Urteil vom 24. Juli 2023 – VIa ZR 752/22, juris Rn. 12). Nutzungsvorteil und Restwert sind vorteilsausgleichend zu berücksichtigen, soweit sie in der Summe den Kaufpreis abzüglich des Differenzschadens – mithin den tatsächlichen Fahrzeugwert – übersteigen (vgl. BGH, Urteil vom 24. Januar 2022 – VIa ZR 100/21, juris Rn. 22). Ein Fall der (teilweisen) Aufzehrung des Schadens liegt hier nicht vor.

(a)

Die Nutzungsentschädigung kann im Wege der Schätzung gemäß § 287 ZPO ermittelt werden, indem der gezahlte Bruttokaufpreis für das Fahrzeug durch die voraussichtliche Restlaufleistung im Erwerbszeitpunkt geteilt und dieser Wert mit den gefahrenen Kilometern multipliziert wird (vgl. BGH, Urteil vom 25. Mai 2020 – VI ZR 252/19, juris Rn. 80).

Bei dieser linearen Berechnungsmethode kommt es für die zu erwartende Gesamtlauflistung auf die unter gewöhnlichen Umständen durchschnittlich zu erwartende Gesamtnutzungsdauer des Fahrzeugs an, die nicht nur unter Einbeziehung von Motorisierung, Qualität und Preisklasse des Fahrzeugs, sondern auch unter Berücksichtigung wirtschaftlicher Erwägungen zu bestimmen ist und daher nicht mit der im konkreten Fall aufgrund der Fahrweise zu erwartenden Restlaufzeit übereinstimmen muss (BGH, Beschluss vom 22. Februar 2022 – VIII ZR 434/21, juris Rn. 24; Senatsurteil vom 13. Dezember 2022 - 13 U 573/21, BeckRS 2022, 38272 Rn. 23). Vor diesem Hintergrund kommt die von der Beklagten angeführte Bemessung der Gesamtlauflistung des streitgegenständlichen Fahrzeugs anhand des Umfangs der bislang erfolgten Nutzung des Fahrzeugs nicht in Betracht.

Der Senat legt im Rahmen des nach § 287 ZPO eröffneten Schätzungsermessens bei dem im streitgegenständlichen Fahrzeug verbauten „2.0 TDI“-Motor in ständiger Rechtsprechung eine voraussichtliche Gesamtleistung von 300.000 km zugrunde. Der Kläger hat das Fahrzeug mit einer Laufleistung von 12.617 km zu einem Kaufpreis von 47.770,00 EUR erworben. Veräußert wurde es bei einem Kilometerstand von 45.213 km zu einem Preis von 27.552,61 EUR.

Hieraus errechnet sich eine Nutzungsentschädigung in Höhe von 5.418,24 EUR.

$$\frac{47.770,00 \text{ EUR} \times (45.213 \text{ km} - 12.617 \text{ km})}{(300.000 \text{ km} - 12.617 \text{ km})} = 5.418,24 \text{ EUR}$$

(b)

Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs ist auch der verbliebene Restwert des Fahrzeugs als Vorteil anzurechnen. Das gilt selbst dann, wenn der Kläger das Fahrzeug weiterhin in Besitz hat (BGH, Urteil vom 27. November 2023 – VIa ZR 159/22, juris Rn. 13). Als Restwert kann hier der erzielte Kaufpreis in Höhe von 27.552,61 EUR angenommen werden, dessen Angemessenheit auch die Beklagte nicht in Zweifel zieht. Die Beträge Restwert und Nutzungsentschädigung addiert ergeben 32.970,85 EUR, sie erreichen den tatsächlichen Fahrzeugwert in Höhe von 40.604,50 EUR (85 % des Kaufpreises) nicht annähernd.

ff)

Der Kläger kann gemäß §§ 291, 288 Abs. 1 BGB Rechtshängigkeitszinsen ab dem 11. Dezember 2020 verlangen. Insofern umfasste der mit der Klageschrift geltend gemachte prozessuale Anspruch bereits den erst im Verlauf des Berufungsverfahrens geltend gemachten Differenzschaden als andere Art der Schadensberechnung. Anders als bei einer Klageänderung (§ 263 ZPO) oder einer Klageerweiterung (§ 264 Nr. 2 ZPO) liegt damit kein Fall einer erst nachträglich eingetretenen Rechtshängigkeit im Sinne des § 261 Abs. 2 ZPO vor.

2.

Ein Anspruch auf Freistellung von vorgerichtlichen Rechtsanwaltskosten besteht nicht. Weil ein Differenzschaden nur bis zur Höhe von 15 % des Kaufpreises zu ersetzen ist, kann auf der Grundlage des § 823 Abs. 2 BGB i.V.m. § 6 Abs. 1, § 27 Abs. 1 EG-FGV neben dem Anspruch auf Ersatz des Differenzschadens eine Erstattung vorgerichtlicher Rechtsanwaltskosten nicht verlangt werden (BGH, Urteil vom 16. Oktober 2022 – VIa ZR 14/22, juris Rn. 13). Die Voraussetzungen einer Haftung nach §§ 826, 31 BGB wegen einer vorsätzlichen (sittenwidrigen) Schädigung liegen, wovon auch der Kläger letztlich ausgeht, nicht vor. Auch die Voraussetzungen einer Haftung wegen Verzuges der Beklagten mit dem Ersatz des Differenzschadens (§ 280 Abs. 1 und 2, § 286 BGB) sind nicht dargetan (vgl. BGH, Urteil vom 16. Oktober 2023 – VIa ZR 14/22, juris Rn. 13).

III.

Auf den hilfsweise gestellten Aussetzungsantrag vom 5. November 2024 kommt es nicht an, da dieser allein für den Fall gestellt wurde, dass der Senat auf Seiten der Beklagten einen unvermeidbaren Verbotsirrtum annimmt.

IV.

Die Kostenentscheidung ergibt sich aus §§ 92 Abs. 1, 97 Abs. 1, 516 Abs. 3 ZPO.

Der Ausspruch über die vorläufige Vollstreckbarkeit folgt aus §§ 708 Nr. 10, 711, 713 ZPO.

Ein Grund für die Zulassung der Revision (§ 543 Abs. 2 ZPO) besteht nicht, weil die im vorliegenden Fall maßgeblichen Haftungsgrundsätze durch die höchstrichterliche Rechtsprechung geklärt sind.

Jöhren

Poguntke

Wehrmann

Beglaubigt

Urkundsbeamter/in der Geschäftsstelle

Oberlandesgericht Hamm

