

Az.: 5 U 149/21
2 O 150/20 LG Cottbus



Brandenburgisches Oberlandesgericht

Im Namen des Volkes

Urteil

In dem Rechtsstreit



- Kläger und Berufungskläger -

Prozessbevollmächtigte:
Rechtsanwälte Gansel Rechtsanwälte Rechtsanwalts-Aktiengesellschaft, Wallstraße 59,
10179 Berlin

gegen

Volkswagen AG, vertreten durch den Vorstand, dieser vertreten durch den
Vorstandsvorsitzenden, Berliner Ring 2, 38440 Wolfsburg

- Beklagte und Berufungsbeklagte -

Prozessbevollmächtigte:
Rechtsanwälte GIW Rechtsanwälte Graßhoff v. Wrangell Burwitz, Partnerschaft mit
beschränkter Berufshaftung, Alexandrinenstraße 31, 19055 Schwerin

hat das Brandenburgische Oberlandesgericht - 5. Zivilsenat - durch

die Richterin am Oberlandesgericht Schulze als Einzelrichterin
aufgrund der mündlichen Verhandlung vom 07.11.2024

für Recht erkannt:

1. Auf die Berufung des Klägers wird das Urteil des Landgerichts Cottbus vom 16. September 2021, Az. 2 O 150/20, unter Zurückweisung seiner weitergehenden Berufung teilweise abgeändert und die Beklagte verurteilt, an den Kläger 1.246,97 € nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem jeweiligen Basiszinssatz seit dem 19. Mai 2020 zu zahlen.
2. Die Kosten des Rechtsstreits in erster Instanz trägt der Kläger. Von den Kosten der Berufungsinstanz tragen der Kläger 90 % und die Beklagte 10 %.
3. Dieses Urteil und das in Ziffer 1 genannte Urteil sind ohne Sicherheitsleistung vorläufig vollstreckbar.
4. Gebührenstreitwert für die Berufungsinstanz: 50.007,40 €.

Gründe:

I.

Der Kläger nimmt die Beklagte als Herstellerin seines Fahrzeugs und des darin verbauten Motors auf Schadensersatz wegen des Einbaus unzulässiger Abschaltvorrichtungen in Anspruch.

Der Kläger erwarb von einem Vertragsautohändler aufgrund Kaufvertrags vom 28. Juli 2017 einen neuen VW T6 Multivan 2.0 TDI mit einer Leistung von 150 kW zu einem Kaufpreis von 57.870,01 € brutto. Das Fahrzeug ist mit einem von der Beklagten entwickelten Dieselmotor 2.0 TDI des Typs EA288 der Schadstoffklasse Euro 6 ausgestattet, verfügt zur Abgasreinigung über eine Abgasrückführung (AGR) und über einen mit AdBlue betriebenen SCR-Katalysator. Für das Fahrzeug gab es einen verbindlichen Rückruf durch das Kraftfahrtbundesamt (im Folgenden: KBA) wegen einer festgestellten „Konformitätsabweichung“. Mit vorgerichtlichem anwaltlichem Schreiben vom 8. November 2019 forderte der Kläger die Beklagte erfolglos zur Erstattung des Kaufpreises gegen Rückgabe des Fahrzeugs auf. Dafür hat er Erstattung vorgerichtlicher Rechtsanwaltskosten iHv 2.994,04 € (Berechnung: Bl. 124 GA) verlangt.

Die Beklagte hatte im Rahmen selbst durchgeführter Nachprüfungen festgestellt, dass bei einigen Fahrzeugen des Typs T6 während der alle ca. 400 bis 600 km stattfindenden Regeneration des Dieselpartikelfilters (DPK) höhere Emissionen stattfinden können, als zum Genehmigungszeitpunkt angenommen (sog. Konformitätsabweichung) und informierte das KBA, entwickelte ein korrigierendes Software-Update, stellte dieses dem KBA zur Prüfung vor und setzte es nach Erhalt der Freigabe um (Serviceaktion 23Z7).

Der Kläger hat behauptet, in seinem Fahrzeug seien diverse unzulässige Abschaltseinrichtungen verbaut:

1. Entgegen der internen Anweisung (sog. Applikationsrichtlinie) von November 2016, in ab der 22. KW 2016 gebauten Fahrzeugen keine Fahrkurvenerkennung zur Regulierung der AdBlue-Einspritzung auf dem Prüfstand mehr zu verwenden, habe die Beklagte eine solche den Prüfstand erkennende Funktion im Klägerfahrzeug impliziert.
2. Die Wirksamkeit des SCR-Katalysators werde durch Veränderung der Einspritzmenge AdBlue außerhalb des Rollenprüfstandes beeinflusst und damit die Abgasreinigung im Normalbetrieb deutlich reduziert. Dies ergebe sich auch aus der Applikationsrichtlinie von 2015.
3. Ein Thermofenster, welches bewirke, dass die Abgasreinigung nur bei Außentemperaturen zwischen +20 °C und +30 °C optimal funktioniere. Ab einer Außentemperatur von unter +17 °C und über +30 °C schalte sich das Thermofenster regelmäßig ganz ab, so dass in der Folge vermehrt Stickoxide ausgestoßen würden.

Die Beklagte hat dem entgegengehalten, dass die bei bestimmten Motoraggregaten der Reihe EA288 vorhandene Fahrkurve hier nie hinterlegt gewesen sei. Unzulässige Abschaltseinrichtungen seien in dem Fahrzeug des Klägers nicht verbaut, was das KBA anhand intensiver Prüfungen vielfach bestätigt habe. Das Thermofenster arbeite so, dass innerhalb des Bereichs von -15 °C und +42 °C keine Veränderung der AGR-Rate in Abhängigkeit von der Umgebungslufttemperatur stattfinde. Bei niedrigeren bzw. höheren Temperaturen sei eine Abrampung zum Schutz des Motors erforderlich und zulässig.

Wegen der weiteren Einzelheiten des Sachverhalts und der von den Parteien in erster Instanz zuletzt gestellten Anträge wird auf den Tatbestand des angefochtenen Urteils Bezug genommen.

Das Landgericht hat die Klage abgewiesen und zur Begründung ausgeführt, der Kläger habe gegen die Beklagte keinen Anspruch gemäß § 826 BGB. Es könne dahinstehen, ob das Thermofenster eine unzulässige Abschaltseinrichtung sei. Es fehle an einem vorsätzlichen sittenwidrigen Verhalten der Beklagten. Konkrete Anhaltspunkte dafür, dass die Verantwortlichen der Beklagten in dem Bewusstsein gehandelt hätten, eine unzulässige Abschaltseinrichtung zu verwenden oder das KBA bei Erlangen der Typgenehmigung getäuscht zu haben, seien nicht hinreichend schlüssig vorgetragen. Den Vorwurf einer unzulässigen Abschaltseinrichtung in Form der Einspritzung von AdBlue auf dem Prüfstand habe die Beklagte hinreichend entkräftet, indem sie deutlich gemacht habe, dass die SCR-Dosierstrategie zu hinterlegen sei, weil das SCR-System eine bestimmte Betriebstemperatur benötige und daher eine Umschaltung des Betriebszustandes statfinde. Außerdem fehle es an einem Schaden des Klägers, weil er ein vollständig funktionsfähiges Fahrzeug erworben habe.

Dagegen wendet sich der Kläger mit seiner Berufung, mit der er seine zuletzt erstinstanzlich gestellten Anträge, gerichtet auf den sog. großen Schadensersatz, zunächst weiterverfolgt und schließlich auf den Ersatz des Differenzschadens sowie Erstattung vorgerichtlicher Rechtsanwaltskosten beschränkt hat. Er rügt die Verletzung materiellen Rechts. Ihm stehe nach seinem Dafürhalten ein Anspruch auf Ersatz des Differenzschadens in Höhe von 15 % des Kaufpreises wegen einer in seinem Fahrzeug implementierten Fahrkurvenerkennung und des Thermofensters als unzulässige Abschaltseinrichtungen zu.

Der Kläger beantragt nach Berufungsrücknahme im Übrigen zuletzt sinngemäß,

das Urteil des Landgerichts Cottbus vom 16. September 2021, Az. 2 O 150/20, abzuändern und

1. die Beklagte zu verurteilen, an den Kläger einen in das Ermessen des Gerichts gestellten Schadensersatz zu zahlen, welcher jedoch mindestens 8.680,50 € (15 % des Kaufpreises) nebst Zinsen hieraus in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem jeweiligen Basiszinssatz seit Rechtshängigkeit betragen muss,
2. die Beklagte zu verurteilen, den Kläger von den durch die Beauftragung seiner Prozessbevollmächtigten entstandenen Kosten der außergerichtlichen Rechtsverfolgung in Höhe von 2.994,04 € freizustellen.

Die Beklagte beantragt,

die Berufung zurückzuweisen.

Sie verteidigt das landgerichtliche Urteil. Nunmehr behauptet sie zum Thermofenster, dass die Spanne, innerhalb derer keine aktive Veränderung der AGR-Rate in Abhängigkeit von der Umgebungstemperatur erfolge, bei ca. +12 °C bis über +75 °C liege. Aus Gründen des Motorschutzes und des sicheren Fahrzeugbetriebs komme es bei Umgebungstemperaturen unter +12 °C zu einer graduellen Reduzierung der AGR-Rate. Jedenfalls habe sich die Beklagte, wenn das Thermofenster eine unzulässige Abschaltvorrichtung darstellen sollte, in einem unvermeidbaren Verbotsirrtum befunden. Das KBA hätte das Thermofenster hypothetisch genehmigt. Es habe sich nach den Urteilen des EuGH vom 14. Juli 2022 erneut mit der Ausgestaltung des Thermofensters im streitgegenständlichen EA288 befasst und sei zu dem Ergebnis gelangt, dass dieses zulässig sei. Auf eine amtliche Auskunft des KBA gegenüber dem Landgericht Freiburg vom 30. August 2022 (betreffend einen Audi Q3 2.0 135 kW; Anlage BB9, Bl. 719 GA) und gegenüber dem Landgericht Lübeck vom 1. September 2022 (betreffend einen VW Touran 2.0 110 kW; Anlage BB9, Bl. 720 GA) sei verwiesen. Eine Fahrkurve sei in dem streitgegenständlichen Fahrzeug aufgrund des späten Produktionsstartes des Modelltyps nie hinterlegt gewesen. Die Beklagte habe Ende 2015 entschieden, die Fahrkurvenerkennung in der Motorsteuerungssoftware für neu in Produktion gehende Fahrzeuge mit EA288-Aggregaten nicht mehr zu verbauen. Dies sei für Fahrzeugmodelle mit SCR-Technologie wie dem streitgegenständlichen Fahrzeug ab November 2015 geschehen, also lange vor Kauf des Klägers. Für das Fahrzeug des Klägers sei von einem Restwert in Höhe von 37.427,00 € zum 30. April 2024 auszugehen. Bei geschätzter Laufleistung von mehr als 70.144 km zum 30. April 2024 seien Nutzungsvorteile von 26.363,00 € (45 % des Kaufpreises) zu berücksichtigen. Die Addition von Restwert und Nutzungsvorteilen übersteige den Kaufpreis, so dass jedenfalls kein Schaden verbleibe.

Der Kläger hat in der mündlichen Verhandlung vor dem Senat mitgeteilt, dass er das Fahrzeug bereits am 17. März 2022 zu einem Preis von 46.000,00 € mit einer Laufleistung von 45.900 km verkauft hat.

II.

Die zulässige, insbesondere fristgerecht eingelegte und nach bewilligter Fristverlängerung rechtzeitig begründete Berufung (§§ 517, 520 Abs. 2 ZPO) hat in der Sache nur teilweise Erfolg. Der Kläger kann von der Beklagten Ersatz des sog. Differenzschadens in Höhe von noch 1.246,97 € nebst Prozesszinsen verlangen.

1.

Der Kläger hat gegen die Beklagte keinen Anspruch auf den sog. kleinen Schadensersatz gemäß § 826 BGB i.V.m. § 31 BGB analog, soweit sein zuletzt gestellter Antrag auch als auf einen solchen gerichtet auszulegen ist.

Zu Recht hat das Landgericht eine Haftung der Beklagten wegen vorsätzlicher sittenwidriger Schädigung nach § 826 BGB i.V.m. § 31 BGB analog abgelehnt. Eine dem Urteil insoweit zugrunde liegende Verletzung sachlichen Rechts (§ 513 Abs. 1 Alt. 1, § 546 ZPO) zeigt die Berufung nicht auf und ist auch sonst nicht ersichtlich.

Der Kläger hat bereits ein Verhalten der Beklagten, mit dem sie ihn vorsätzlich sittenwidrig geschädigt habe, nicht hinreichend schlüssig vorgetragen. Zutreffend hat es das Landgericht als nicht zu berücksichtigenden Vortrag ins Blaue angesehen, dass die Beklagte im Fahrzeug des Klägers eine unzulässige Abschalteneinrichtung mit Prüfstanderkennung verbaut habe.

a)

Soweit sich der Kläger darauf stützt, die Beklagte habe nach eigenen Angaben gegenüber dem KBA Ende des Jahres 2015 mit Bekanntgabe ihrer Applikationsrichtlinie die Verwendung einer sog. Fahrkurve oder Akustikfunktion (auch Lenkwinkelerkennung genannt) mit Prüfstanderkennung in Fahrzeugen mit dem Motortyp EA288 zugegeben, hilft dies dem Kläger selbst bei Unterstellung dieser Behauptung als wahr nicht. Mit der Applikationsrichtlinie hatte die Beklagte bereits 2015 gegenüber dem KBA zugesichert, bei EA288-Modellen mit SCR-Katalysator ab November 2015 die Fahrkurve zu entfernen und bei Modellwechseln ab der Kalenderwoche 22 in 2016 bei allen EA288-Fahrzeugen (SCR- und NSK-Technologie) diese Funktionen nicht mehr zu verwenden. Das Fahrzeug des Klägers ist erst 2017 gebaut und zugelassen worden, also lange nach dem Zeitpunkt, ab dem die Funktionen in seinem Fahrzeugtyp nicht mehr impliziert werden sollten. Dafür, dass die Beklagte entgegen ihrer Ankündigung die Fahrkurve oder die Akustikfunktion auch bei später produzierten Fahrzeugen verwendet hat, fehlen jegliche Anhaltspunkte. Unbehilflich ist dazu auch, dass der Kläger bestreitet, die Beklagte habe die Fahrkurve entsprechend ihrer Applikationsrichtlinie nicht mehr verbaut. Er verkennt, dass er die Beweislast für das Vorliegen einer Abschalteneinrichtung in seinem Fahrzeug zum Zeitpunkt des Kaufs hat und nicht die Beklagte darzulegen und ggf. zu beweisen hätte, sie verwende eine solche Einrichtung nicht. Insoweit kommt es auch auf den

vom Kläger in Bezug genommenen Inhalt der Kommunikation der Beklagten mit dem KBA im Jahr 2015 nicht an, weil er im Hinblick auf das Klägerfahrzeug überholt ist.

Darauf, ob die ursprünglich in vor November 2015 produzierten Fahrzeugen mit dem Motortyp EA288 EU6 verbaute Fahrkurve grenzwertkausal war oder nicht, kommt es damit hier auch nicht an.

Das im streitgegenständlichen Fahrzeugtyp ursprünglich verbaute und zum Zeitpunkt des Kaufs vorhandene sog. Thermofenster mag zwar nach der zuletzt von der Beklagten vorgetragenen engen Bedatung mit der vollen Funktion der AGR-Rate im Temperaturbereich zwischen +12 °C und +75 °C nicht den gesamten Bereich der normalen Fahrbedingungen im Unionsgebiet abdecken, so dass das Vorliegen einer Abschaltseinrichtung im Sinne des Art. 3 Nr. 10 der Verordnung (EG) Nr. 715/2007 hier zugunsten des Klägers unterstellt werden kann. Das Thermofenster wirkt aber weder ausschließlich (so die Umschaltlogik im Motorentyp EA189 von Volkswagen) noch fast ausschließlich (so die sog. Aufheizstrategie „A“ in einigen TDI-V6-Motoren der Beklagten) auf dem Prüfstand, sondern innerhalb des funktionierenden Temperaturbereichs auch im Straßenbetrieb. Die Software erkennt damit auch nach den Ausführungen des Klägers den Betrieb auf dem Prüfstand nicht.

b)

Selbst wenn es sich bei dem hier verwendeten Thermofenster um eine unzulässige Abschaltseinrichtung handeln sollte, was für die Prüfung des Anspruchs nach § 826 BGB noch offen gelassen werden und zugunsten des Klägers unterstellt werden kann, genügt dies nicht, um den Vorwurf vorsätzlicher sittenwidriger Schädigung zu begründen. Der Gesetzesverstoß für sich genommen ist nicht geeignet, den Einsatz dieser Steuerungssoftware durch die für die Beklagte handelnden Personen als besonders verwerflich erscheinen zu lassen. Hierfür bedürfte es vielmehr weiterer Umstände. So setzt die Annahme von Sittenwidrigkeit in diesen Fällen jedenfalls voraus, dass diese Personen bei der Entwicklung und/oder Verwendung dieser Steuerung des Emissionskontrollsystems in dem Bewusstsein handelten, eine unzulässige Abschaltseinrichtung zu verwenden, und den darin liegenden Gesetzesverstoß billigend in Kauf nahmen. Fehlt es hieran, ist bereits der objektive Tatbestand der Sittenwidrigkeit nicht erfüllt (zum vergleichbaren sog. Thermofenster: BGH, Urteil vom 16. September 2021 – VII ZR 190/20 –, Rn. 16 m.w.N., juris). Derartige zeigt der Kläger indes nicht auf. Er verweist allein darauf, dass sich aus einer nach seiner Meinung bestehenden Prüfstanderkennung die Verwerflichkeit ergäbe.

2.

Der Kläger hat gegen die Beklagte wegen der Implementierung des sog. Thermofensters in seinem Fahrzeug einen Anspruch auf Ersatz des Differenzschadens gemäß § 823 Abs. 2 BGB in Verbindung mit §§ 6 Abs. 1, 27 Abs. 1 EG-FGV in Höhe von 1.246,97 €.

a)

Das nach Art. 3 Nr. 36, Art. 18 Abs. 1, Art. 26 Abs. 1 und Art. 46 der Richtlinie 2007/46/EG unionsrechtlich geschützte Interesse, durch den Abschluss eines Kaufvertrags über ein Kraftfahrzeug nicht wegen eines Verstoßes des Fahrzeugherstellers gegen das europäische Abgasrecht eine Vermögenseinbuße im Sinne der Differenzhypothese zu erleiden, weil das Fahrzeug entgegen der Übereinstimmungsbescheinigung eine unzulässige Abschalteneinrichtung im Sinne des Art. 5 Abs. 2 Satz 1 der Verordnung (EG) Nr. 715/2007 aufweist, ist von § 823 Abs. 2 BGB in Verbindung mit § 6 Abs. 1, § 27 Abs. 1 EG-FGV nach der gebotenen unionsrechtlichen Lesart geschützt (grdl. BGH, Urteil vom 26. Juni 2023 – VIa ZR 335/21 –, Rn. 32, juris).

b)

Die Beklagte hat eine unzutreffende Übereinstimmungsbescheinigung erteilt. 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. Die Übereinstimmungsbescheinigung weist danach nicht nur die Übereinstimmung des konkreten Kraftfahrzeugs 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 und somit auf materielle Voraussetzungen, die im Falle einer unzulässigen Abschalteneinrichtung nicht vorliegen (BGH, Urteil vom 26. Juni 2023 – VIa ZR 335/21 –, Rn. 34, juris).

aa)

Das zum maßgeblichen Zeitpunkt des Kaufes im Juli 2017 implementierte sog. Thermofenster ist als unzulässige Abschalteneinrichtung im Sinne von Art. 5 Abs. 2 Satz 1 der Verordnung (EG) Nr. 715/2007 anzusehen.

„Abschalteinrichtung“ wird in Art. 3 Nr. 10 der Verordnung (EG) Nr. 715/2007 definiert als „ein Konstruktionsteil, das die Temperatur, die Fahrzeuggeschwindigkeit, die Motordrehzahl (UpM), den eingelegten Getriebegang, den Unterdruck im Einlasskrümmer oder sonstige Parameter ermittelt, um die Funktion eines beliebigen Teils des Emissionskontrollsystems zu aktivieren, zu verändern, zu verzögern oder zu deaktivieren, wodurch die Wirksamkeit des Emissionskontrollsystems unter Bedingungen, die bei normalem Fahrzeugbetrieb vernünftigerweise zu erwarten sind, verringert wird“. Gemäß Art. 5 Abs. 2 Satz 1 der Verordnung (EG) Nr. 715/2007 ist die Verwendung von Abschalteinrichtungen, die die Wirkung von Emissionskontrollsystemen verringern, unzulässig. Bei der Subsumtion unter Art. 3 Nr. 10 der Verordnung (EG) Nr. 715/2007 ist auf die Verwendung des Fahrzeugs unter Fahrbedingungen abzustellen, wie sie im gesamten Unionsgebiet üblich sind (BGH, Urteil vom 26. Juni 2023 – VIa ZR 335/21 –, Rn. 50, juris, mit Verweis auf EuGH, Urteil vom 14. Juli 2022 - C-128/20 -, Rn. 40).

Mit seiner Funktionsweise, wonach nach dem zuletzt unbestrittenen Vortrag der Beklagten die Abgasrückführung in dem Temperaturbereich zwischen ca. +12 °C und +75 °C vollständig arbeitet, steht fest, dass außerhalb dieses Temperaturfensters seine Wirkungsweise reduziert ist. Schon Außentemperaturen unterhalb von +12 °C sind jedoch beim normalen Fahrbetrieb nicht ungewöhnlich und treten in unionsweiten Breiten über das Jahr gerechnet sogar eher auf als solche darüber. Das heißt, die Abgasrückführung arbeitet aufgrund des sog. Thermofensters die meiste Zeit nicht vollständig. Dies ist nach Art. 5 Abs. 1 Satz 1 der Verordnung (EG) Nr. 715/2007 unzulässig.

bb)

Die Beklagte kann sich nicht darauf berufen, dieses sog. Thermofenster sei keine unzulässige Abschalteinrichtung, weil ein Ausnahmetatbestand nach Art. 5 Abs. 2 Satz 2 lit. a) der Verordnung (EG) Nr. 715/2007 vorliege. Die Einrichtung sei nach ihrem Dafürhalten notwendig, um den Motor vor Beschädigung oder Unfall zu schützen und um den sicheren Betrieb des Fahrzeugs zu gewährleisten. Das Unionsrecht verlangt für die Zulässigkeit einer Abschalteinrichtung nach dieser Bestimmung den Nachweis, dass diese Einrichtung ausschließlich notwendig ist, um die durch eine Fehlfunktion eines Bauteils des Abgasrückführungssystems verursachten unmittelbaren Risiken für den Motor in Form von Beschädigung oder Unfall zu vermeiden, Risiken, die so schwer wiegen, dass sie eine konkrete Gefahr beim Betrieb des mit dieser Einrichtung ausgestatteten Fahrzeugs darstellen. Außerdem ist eine Abschalteinrichtung nur

dann „notwendig“ im Sinne dieser Bestimmung, wenn zum Zeitpunkt der EG-Typgenehmigung dieser Einrichtung oder des mit ihr ausgestatteten Fahrzeugs keine andere technische Lösung unmittelbare Risiken für den Motor in Form von Beschädigung oder Unfall, die beim Fahren eines Fahrzeugs eine konkrete Gefahr hervorrufen, abwenden kann (EuGH, Urteil vom 8. November 2022 - C-857/22 -, Rn. 95). Derartiges hat die Beklagte aber nicht vorgetragen, noch sind Anhaltspunkte dafür sonst ersichtlich. Der allgemeine Zweck des Motorschutzes allein genügt für die Annahme eines Ausnahmetatbestandes nicht, insbesondere vor dem Hintergrund, dass hier wegen des Temperaturbereichs für die vollständige Funktion der Abgasrückführung während des normalen Fahrbetriebes überwiegend eine Abrampung (nämlich bei Außentemperaturen unter +12 °C) erfolgt und dies dem Sinn und Zweck der Ausnahmeregelung in Art. 5 Abs. 2 Satz 2 der Verordnung (EG) Nr. 715/2007 zuwiderläuft.

c)

Die Beklagte handelte auch schuldhaft, zumindest vorwerfbar fahrlässig.

aa)

Das Verschulden des Fahrzeugherstellers wird innerhalb des § 823 Abs. 2 BGB im Fall des objektiven Verstoßes gegen § 6 Abs. 1, § 27 Abs. 1 EG-FGV vermutet. Dementsprechend muss der Fahrzeughersteller, wenn er eine Übereinstimmungsbescheinigung trotz der Verwendung einer unzulässigen Abschalteinrichtung ausgegeben und dadurch § 6 Abs. 1, § 27 Abs. 1 EG-FGV verletzt hat, im Fall der Inanspruchnahme nach § 823 Abs. 2 BGB Umstände darlegen und beweisen, die sein Verhalten zum maßgeblichen Zeitpunkt des Kaufs des Fahrzeugs durch den Kläger ausnahmsweise nicht als fahrlässig erscheinen lassen (vgl. BGH, Urteil vom 26. Juni 2023 - VIa ZR 335/21, Rn. 59, 61 m.w.N., juris). Beruft sich der Fahrzeughersteller auf einen unvermeidbaren Verbotsirrtum, muss er sowohl den Verbotsirrtum als solchen als auch die Unvermeidbarkeit des Verbotsirrtums darlegen und erforderlichenfalls beweisen. Das setzt zunächst die Darlegung und erforderlichenfalls den Nachweis eines Rechtsirrtums seitens des Fahrzeugherstellers voraus. Der Fahrzeughersteller muss darlegen und beweisen, dass sich sämtliche seiner verfassungsmäßig berufenen Vertreter im Sinne des § 31 BGB über die Rechtmäßigkeit der vom Käufer dargelegten und erforderlichenfalls nachgewiesenen Abschalteinrichtung mit allen für die Prüfung nach Art. 5 Abs. 2 der Verordnung (EG) Nr. 715/2007 bedeutsamen Einzelheiten im maßgeblichen Zeitpunkt im Irrtum befanden oder im Falle einer Ressortaufteilung den damit verbundenen Pflichten genügten. Beruft sich der Fahrzeughersteller

weder auf eine tatsächliche oder hypothetische Genehmigung der zuständigen Behörde noch auf einen externen qualifizierten Rechtsrat, sondern auf selbst angestellte Erwägungen, ist ihm eine Entlastung verwehrt, wenn mit Rücksicht auf die konkret verwendete Abschaltseinrichtung eine nicht im Sinne des Fahrzeugherstellers geklärte Rechtslage hinreichend Anlass zur Einholung eines Rechtsrats bot. Ebenso scheitert eine Entlastung, wenn sich der Hersteller mit Rücksicht auf eine nicht in seinem Sinn geklärte Rechtslage erkennbar in einem rechtlichen Grenzbereich bewegte, schon deshalb eine abweichende rechtliche Beurteilung seines Vorgehens in Betracht ziehen und von der eventuell rechtswidrigen Verwendung der Abschaltseinrichtung absehen musste. Eine Entlastung ohne Rücksicht auf die aus den vorstehenden Erwägungen folgenden Sorgfaltspflichten, etwa mit Rücksicht auf den Umstand, dass der Verwendung von Thermofenstern ein allgemeiner Industriestandard zugrunde lag oder dass nach Angaben des KBA rechtlich von ihm so bewertete unzulässige Abschaltseinrichtungen auch nach umfangreichen Untersuchungen nicht festgestellt worden seien, kommt dagegen nach dem gesetzlichen Fahrlässigkeitsmaßstab nicht in Betracht (BGH, Urteil vom 25. September 2023 – VIa ZR 1/23 –, Rn. 14 m.w.N., juris).

Gemessen an diesen Voraussetzungen hat die Beklagte schuldhaft gehandelt. Die Beklagte hat die von der objektiven Schutzgesetzverletzung ausgehende Verschuldensvermutung nicht ausgeräumt. Sie kann sich auch nicht auf einen unvermeidbaren Verbotsirrtum berufen.

bb)

Die Beklagte hat schon einen Verbotsirrtum als solchen zum maßgeblichen Zeitpunkt des Kaufvertragsschlusses im Juli 2017 nicht dargelegt. Sie trägt nichts dazu vor, welche konkreten Vorstellungen sich der Vorstand oder andere zuständige und maßgebliche Entscheidungsträger der Beklagten im Sinne des § 31 BGB analog über die Zulässigkeit des Thermofensters gemacht haben, die Grundlage für einen Irrtum sein könnten. Vielmehr beruft sie sich darauf, dass das KBA nach durch die Beklagte erfolgter Erläuterung der Entwicklung und neuesten technischen Ausgestaltung der Abgasrückführung ihrer Diesel-Modelle EA189 und EA288 im Rahmen eines „Technischen Workshops“ vom 22. Januar 2016 keine Beanstandungen, vielmehr die zum Einsatz kommende AGR-Technologie einschließlich des Thermofensters als zulässig erklärt habe. Aufgrund der Einhaltung des jeweiligen Stands der Technik bei der Verwendung von Thermofenstern und der Verwaltungspraxis des KBA hätte die Beklagte nicht erwägen müssen, dass es sich bei dem eingebauten Thermofenster um eine unzulässige Abschaltseinrichtung

handeln könnte. Selbst eine Erkundigung beim KBA vor Ausstellung der Übereinstimmungsbescheinigung hätte keine bessere Erkenntnis erbracht. Die Beklagte habe sich daher jedenfalls in einem unvermeidbaren Verbotsirrtum befunden. Dies reicht weder für die Annahme einer hypothetischen Genehmigung noch dafür, dass sich ihre Organe im Sinne des § 31 BGB in einem Irrtum befunden hätten. Es fehlt schon an einem konkreten Bezug zu dem hier streitgegenständlichen Motor und Fahrzeugtyp sowie zur genauen Ausgestaltung des hier verbauten Thermofensters, das von denen anderer Fahrzeugmodelle mit des Motortyp EA288 EU6 (z.B. Urteil des Senats vom 28. März 2024, Az. 5 U 72/22, betreffend einen VW Golf VIII; Beschluss vom 1. August 2024, Az. 5 U 99/22, betreffend einen VW Golf VII) mit einem Thermofenster von gerichtsbekannt zwischen -24 °C und +70 °C erheblich abweicht. Schließlich bezieht sie sich augenscheinlich für die unklare Rechtslage und die allgemeine Verwaltungspraxis des KBA, Thermofenster als zulässig anzusehen, auf den Zeitpunkt der Erstellung der Übereinstimmungsbescheinigung. Auf den Zeitpunkt des Kaufvertragsschlusses hier geht sie nicht erkennbar ein.

d)

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

Für die Anwendung eines solchen Erfahrungssatzes ist nicht von Bedeutung, ob dem Käufer bei dem Erwerb des Kraftfahrzeugs die vom Fahrzeughersteller ausgegebene unzutreffende Übereinstimmungsbescheinigung vorgelegen und ob er von deren Inhalt Kenntnis genommen hat. Denn erwirbt ein Käufer ein zugelassenes oder zulassungsfähiges Fahrzeug auch zur Nutzung im Straßenverkehr, wird er regelmäßig darauf vertrauen, dass die Zulassungsvoraussetzungen, zu denen nach § 6 Abs. 3 Satz 1 FZV die Übereinstimmungsbescheinigung gehört, vorliegen und dass außerdem keine ihn einschränkenden Maßnahmen nach § 5 Abs. 1 FZV mit Rücksicht auf unzulässige Abschaltvorrichtungen erfolgen können. 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, a.a.O., Rn. 55 -

56, juris).

e)

Nach dem maßgeblichen Vorbringen der Beklagten lässt sich auch eine signifikante nachträgliche Reduzierung oder gar der Wegfall des Schadens nicht feststellen. Sie trägt zwar vor, das KBA habe auch nach den Entscheidungen des EuGH vom 14. Juli 2022 das in den Aggregaten des EA288-EU6-Motors verwendete Thermofenster in gerichtlichen Auskunftersuchen ausdrücklich als zulässig erklärt und verweist insoweit auf Erklärungen des KBA in Prozessen beim Landgericht Freiburg bzw. Lübeck. Jedoch sind diese Auskünfte für das hier streitgegenständliche Fahrzeug, einen VW T6 Multivan, nicht einschlägig. Die von der Beklagten eingereichten Auskünfte des KBA (Bl. 719 und 729 GA) beziehen sich auf andere Fahrzeugtypen, einen Audi Q3 2.0 TDI bzw. einen VW Touran 2.0 TDI, für die es schon an einer Erklärung der Beklagten dazu fehlt, dass die Funktionsweise des dortigen Thermofensters der im klägerischen Fahrzeug entsprechen würde.

f)

Die Beklagte hat nach § 823 Abs. 2 BGB, §§ 6 Abs. 1, 27 Abs. 1 EG-FGV den dem Kläger entstandenen Vermögensschaden zu ersetzen, der allerdings hier durch die ihm anzurechnenden Vorteile teilweise ausgeglichen ist.

aa)

Der Vermögensschaden ist letztlich der Betrag, um den der Kläger das Fahrzeug mit Rücksicht auf die mit der unzulässigen Abschalteinrichtung verbundenen Risiken zu teuer erworben hat. Der Senat kann diesen Schaden gemäß § 287 ZPO schätzen. Die Schätzung unterliegt in den Fällen des Vertrauens eines Käufers auf die Richtigkeit der Übereinstimmungsbescheinigung bei Erwerb eines mit einer unzulässigen Abschalteinrichtung versehenen Kraftfahrzeugs unionsrechtlichen Vorgaben. Denn der Europäische Gerichtshof hat festgehalten, dass die vorzusehenden Sanktionen nach Art. 46 der Richtlinie 2007/46/EG und Art. 13 Abs. 1 der Verordnung (EG) Nr. 715/2007 wirksam, verhältnismäßig und abschreckend sein müssen und dass nationale Vorschriften dem Käufer die Erlangung eines angemessenen Schadensersatzes nicht praktisch unmöglich machen oder übermäßig erschweren dürfen (EuGH, Urteil vom 21. März 2023 - C-100/21, NJW 2023, 1111 Rn. 90 und 93). Daraus ergeben sich Vorgaben des Unionsrechts für die Anwendung des nationalen Rechts sowohl in Bezug auf die Untergrenze als

auch auf die Obergrenze des nach § 823 Abs. 2 BGB in Verbindung mit § 6 Abs. 1, § 27 Abs. 1 EG-FGV zu gewährenden Schadensersatzes, die das Schätzungsermessen innerhalb einer Bandbreite zwischen 5 % und 15 % des gezahlten Kaufpreises rechtlich begrenzen (BGH, Urteil vom 26. Juni 2023 – VIa ZR 335/21 –, Rn. 73, juris).

bb)

Im Rahmen der Schätzung berücksichtigt der Senat für die Bestimmung des objektiven Werts des Fahrzeugs im Zeitpunkt des Vertragsschlusses grundsätzlich die mit der Verwendung einer unzulässigen Abschaltanlage verbundenen Nachteile, insbesondere das Risiko behördlicher Anordnungen sowie den Umfang in Betracht kommender Betriebsbeschränkungen und deren Eintrittswahrscheinlichkeit zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses (vgl. BGH, a.a.O., Rn. 76, juris). Darüber hinaus berücksichtigt er das Gewicht des der Haftung zugrundeliegenden konkreten Rechtsverstoßes für das unionsrechtliche Ziel der Einhaltung gewisser Emissionsgrenzwerte sowie der Grad des Verschuldens, um so dem Gebot einer verhältnismäßigen Sanktionierung auch bezogen auf den zu würdigenden Einzelfall Rechnung zu tragen (BGH, a.a.O., Rn. 77, juris). Im vorliegenden Fall bedarf es letztlich keiner Entscheidung, ob der Differenzschaden mit mehr als 5 % zu bewerten ist. Durch die im Folgenden vorzunehmende Vorteilsanrechnung verbleiben dem Kläger hier jedenfalls weniger als die nach gefestigter Rechtsprechung grundsätzlich mindestens vorgesehenen 5 % des Kaufpreises (s.u.).

cc)

Auf diesen Schaden sind im Wege des Vorteilsausgleichs die Nutzungsvorteile und der Restwert des Fahrzeugs nach den Grundsätzen für die Berechnung des sogenannten kleinen Schadensersatzanspruchs anzurechnen, jedoch erst dann und nur insoweit, als sie den tatsächlichen Wert des Fahrzeugs bei Abschluss des Kaufvertrags übersteigen (vgl. BGH, a.a.O., Rn. 80, juris, mit Verweis auf BGH, Urteil vom 24. Januar 2022 - Az. VIa ZR 100/21 -). Mit dem Verkauf des Fahrzeugs im Lauf des Berufungsverfahrens tritt an die Stelle des (aktuellen) Restwertes der zum Verkaufszeitpunkt erzielte marktgerechte Erlös (BGH, Urteil vom 25. September 2023 – VIa ZR 1687/22 –, Rn. 12, juris).

(a)

Die Nutzungsentschädigung kann der Senat nach § 287 ZPO schätzen. Hierbei geht er regelmäßig von einer linearen Betrachtung anhand der seit dem Erwerb bis zum Verkauf

gefahrenen Kilometer aus. Maßgeblich ist zu dem die bei Erwerb zu erwartenden Gesamtleistung des Fahrzeugs, die der Senat grundsätzlich regelmäßig mit 250.000 km bemisst. Die Laufleistung des Fahrzeugs zum Zeitpunkt des Erwerbs betrug bei Übergabe 10 km. Zum Zeitpunkt des Verkaufs hatte das Fahrzeug eine Laufleistung von 45.900 km. Die vom Kläger mit dem Fahrzeug gefahrene Strecke betrug demnach 45.890 km, die Restlaufleistung zum Zeitpunkt des Erwerbs 249.990 km. Hieraus ergibt sich nach der o.g. Formel ein Betrag für die gezogenen Nutzungen von 10.623,04 €.

(b)

Der Verkaufspreis von 46.000,00 € ist - wie bereits ausgeführt - anstelle des aktuellen Restwertes zu berücksichtigen. Anhaltspunkte dafür, dass der Verkaufspreis nicht der marktgerechte Erlös zum Zeitpunkt des Verkaufs am 17. März 2022 war, bestehen nicht.

(c)

Die Summe aus Nutzungsentschädigung und Restwert ($10.623,04 \text{ €} + 46.000,00 \text{ €} = 56.623,04 \text{ €}$) liegt um 1.246,97 € unter dem vom Kläger bei Erwerb geleisteten Kaufpreis von 57.870,01 €, übersteigt diesen aber nicht. Die Differenz in Höhe von 1.246,97 € stellt den verbliebenen Differenzschaden dar, den die Beklagte dem Kläger zu ersetzen hat. Die darüber hinausgehende Klage ist in der Hauptsache unbegründet.

3.

Auf die begründete Forderung schuldet die Beklagte dem Kläger Prozesszinsen gemäß §§ 291, 288 BGB. Da sich der Streitgegenstand beim Übergang vom großen Schadensersatz zum Differenzschaden bei unverändertem Lebenssachverhalt nicht ändert, kann der Kläger Rechtshängigkeitszinsen aus dem in der Hauptsache zugesprochenen Betrag, der den mit der Klageerhebung geltend gemachten Betrag nicht übersteigt, ab dem auf die Zustellung der Klage folgenden Tag, dem 19. Mai 2020, und nicht erst ab dem auf die Zustellung des Schriftsatzes mit dem geänderten Klageantrag folgenden Tag beanspruchen.

4.

Der Kläger hat keinen Anspruch auf Freistellung von vorgerichtlichen Rechtsanwaltskosten. Die Voraussetzungen dafür hat er nicht hinreichend schlüssig dargelegt.

Der Anspruch ergibt sich nicht nach § 823 Abs. 2 BGB in Verbindung mit § 6 Abs. 1, § 27 Abs. 1

EG-FGV, weil eine Erstattung vorgerichtlicher Rechtsanwaltskosten neben dem Differenzschaden nicht verlangt werden kann (vgl. BGH, Urteil vom 16. Oktober 2023 – VIa ZR 14/22 –, Rn. 13, juris).

Auch als Verzugsschaden sind die vorgerichtlichen Rechtsanwaltskosten nicht nach §§ 280 Abs. 2, 286 Abs. 1, 2 BGB erstattungsfähig. Für das Vorliegen der Voraussetzungen des Verzugs zum Zeitpunkt der außergerichtlichen Beauftragung seiner jetzigen Prozessbevollmächtigten hat der Kläger nichts vorgetragen, noch sind sonst Anhaltspunkte dafür ersichtlich.

III.

Die prozessualen Nebenentscheidungen folgen aus §§ 92 Abs. 1, Abs. 2 Nr. 1, 516 Abs. 3 S. 1, 708 Nr. 10, 711, 713 ZPO.

Die Festsetzung des Streitwerts beruht auf §§ 47 Abs. 1 S. 1, 48 Abs. 1 GKG, 3 ff. ZPO und bemisst sich nach der Zahlungsforderung von 50.007,40 € in dem vom Kläger ursprünglich in seiner Berufungsbegründung gestellten Hauptantrag zu 1.

Gründe für die Zulassung der Revision gemäß § 543 Abs. 2 ZPO liegen nicht vor.

Schulze
Richterin am Oberlandesgericht

Verkündet am 28.11.2024

Justizbeschäftigte
als Urkundsbeamtin der Geschäftsstelle

Beglaubigt

Justizbeschäftigte

Dokument unterschrieben
von:
am: 29.11.2024 11:04