

# Beglaubigte Abschrift

I-13 U 213/21

3 O 459/20

Landgericht Paderborn



Verkündet am 06.08.2024

Justizbeschäftigte  
als Urkundsbeamtin der Geschäftsstelle

**Oberlandesgericht Hamm**

**IM NAMEN DES VOLKES**

**Urteil**

In dem Rechtsstreit

Klägerin und Berufungsklägerin,

Prozessbevollmächtigte:

Rechtsanwälte Gansel Rechtsanwälte,  
Wallstraße 59, 10179 Berlin,

gegen

die Volkswagen AG, vertr. d. d. 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  
durch die Vorsitzende Richterin am Oberlandesgericht Jöhren, den Richter am  
Oberlandesgericht Dr. Kappel und die Richterin am Oberlandesgericht Wehrmann  
auf die mündliche Verhandlung vom 16.07.2024

für Recht erkannt:

Auf die Berufung der Klägerin wird das am 21. April 2021 verkündete Urteil des Einzelrichters der 3. Zivilkammer des Landgerichts Paderborn teilweise abgeändert und wie folgt neugefasst.

Die Beklagte wird verurteilt, an die Klägerin 1.135,00 EUR nebst Zinsen in Höhe von fünf Prozentpunkten über dem jeweiligen Basiszinssatz seit dem 8. Dezember 2020 zu zahlen.

Im Übrigen wird die Klage abgewiesen.

Die Kosten des Rechtsstreits tragen die Klägerin zu 94 % und die Beklagte zu 6 %.

Die weitergehende Berufung wird zurückgewiesen.

Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar.

### **Gründe:**

#### I.

Die Klägerin macht gegen die Beklagte Ansprüche aufgrund des sog. Abgasskandals geltend.

Die Klägerin erwarb aufgrund der Bestellung vom 8. Mai 2017 bei der Karl Thiel GmbH & Co. KG in Paderborn ein Gebrauchtfahrzeug vom Typ VW Golf 2.0 TDI Automatik, 110 kW, mit einer Laufleistung von 17.300 km, zu einem Preis von 22.700,00 EUR (brutto) (Anl. K 1). In dem Fahrzeug ist ein Motor mit der internen Bezeichnung EA288 verbaut. Zur Reduzierung der entstehenden Emissionen kommt neben dem Oxidationskatalysator und einem Dieselpartikelfilter (DPF) die Abgasrückführungstechnik (AGR) zum Einsatz. In dem Fahrzeug wird die AGR u.a. abhängig von der Umgebungstemperatur gesteuert („Thermofenster“). Das Fahrzeug ist für die Abgasnachbehandlung mit einem NSK-Katalysator ausgestattet und in die Schadstoffklasse Euro 6 eingestuft. In der Motorsteuerung des Fahrzeugs kommt eine „Fahrkurvenerkennung“ zum Einsatz. Im Juli 2020 übersandte das Kraftfahrt-Bundesamt (KBA) der Klägerin ein Schreiben der Beklagten, mit dem sie gebeten wurde, das Software-Update mit dem Aktionscode „23X4“ durchführen zu lassen, was die Klägerin nicht tat.

Nach erfolgloser vorgerichtlicher Aufforderung hat die Klägerin mit der Klage einen Anspruch auf „großen“ Schadensersatz geltend gemacht. Hilfsweise hat sie die Feststellung der Ersatzverpflichtung der Beklagten für künftige Schäden begehrt, die

aus dem Einbau einer unzulässigen Abschaltvorrichtung in das streitgegenständliche Fahrzeug resultieren. Weiter hat sie die Feststellung des Annahmeverzugs verlangt und dass der Anspruch gemäß Antrag zu 1) aus einer vorsätzlichen unerlaubten Handlung der Beklagten herrührt, sowie die Freistellung von Kosten der außergerichtlichen Rechtsverfolgung in Höhe von 1.899,24 EUR. Sie hat sich darauf berufen, dass in ihrem Fahrzeug unzulässige Abschaltvorrichtungen im Sinne von Art. 5. i.V.m. Art. 3 Nr. 10 der Verordnung (EG) Nr. 715/2007 zum Einsatz kämen, über deren Einsatz die Beklagte vorsätzlich sittenwidrig getäuscht habe.

Das Landgericht hat die Klage abgewiesen.

Wegen des 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).

Mit der Berufung hat die Klägerin zunächst den Anspruch auf „großen“ Schadensersatz weiterverfolgt. Mit Schriftsatz vom 28. Dezember hat sie ihre Anträge dahingehend angepasst, dass sie nur noch einen „Entschädigungsbetrag“ in Höhe von mindestens 4.540,00 EUR verlangt sowie die Freistellung von vorgerichtlichen Rechtsanwaltskosten; den „Entschädigungsbetrag“ hat sie mit Schriftsatz vom 9. Juli 2024 auf 3.405,00 EUR ermäßigt.

Die Klägerin rügt, das Landgericht habe die Substantiierungsanforderungen an ihren Vortrag überspannt. Sie habe eine Vielzahl von Anhaltspunkten für eine Abgasmanipulation seitens der Beklagten vorgetragen. Insbesondere habe sie zahlreiche neutral ermittelte Messergebnisse vorgelegt und damit nachgewiesen, dass die gesetzlichen Grenzwerte um ein Vielfaches überschritten würden. Hierfür gebe es keine andere Erklärung, als dass die Abgasrückführung außerhalb des Prüfstands abgeschaltet sei. Das „Thermofenster“ sei als unzulässige Abschaltvorrichtung zu qualifizieren, was der Europäische Gerichtshof bestätigt habe. Ein Rechtfertigungsgrund liege nicht vor. Die Klägerin hat darauf verwiesen, dass die Beklagte in Verfahren vor dem Oberlandesgericht Karlsruhe – 8 U 201/21 – wie auch dem Amtsgericht Breisach – 1 C 97/22 – vorgetragen habe, dass auch innerhalb des von der Beklagten behaupteten Temperaturbereichs, in dem die Abgasrückführung zu 100 % aktiv sein solle, -24 bis +70 Grad Celsius, Korrekturen der AGR erfolgten. Eine Zulassung der Fahrzeuge sei nur möglich gewesen, weil ihr Emissionsverhalten aufgrund der Fahrkurvenerkennung prüfstandsbezogen verbessert worden sei. Zudem sei das On-Board-Diagnose-System (OBD) derart manipuliert, dass es fälschlicherweise melde, dass das Abgassystem des Fahrzeugs ordnungsgemäß funktioniere. Den Restwert des streitgegenständlichen Fahrzeugs hat sie per 3. Juli 2024 mit 11.500,00 EUR beziffert.

Die Klägerin beantragt:

1. Die Beklagte wird verurteilt, an die Klägerin 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 EUR 3.405,00 EUR nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit Rechtshängigkeit betragen muss.
2. Die Beklagte wird verurteilt, die Klägerin von den durch die Beauftragung der Prozessbevollmächtigten der Klägerin entstandenen Kosten der außergerichtlichen Rechtsverfolgung in Höhe von 1.899,24 EUR freizustellen.

Für den Fall der nicht antragsgemäßen Verurteilung beantragt die Klägerin 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. Die „Fahrkurvenerkennung“ stelle keine unzulässige Abschalteneinrichtung dar, da sie zur Einhaltung des gesetzlichen NOx-Grenzwerts von 80 mg/km im Zeitpunkt der EG-Typgenehmigung nicht erforderlich gewesen sei. Dem KBA sei die „Fahrkurvenerkennung“ seit Oktober 2015 bekannt, es habe den EA288-Motor über Jahre geprüft, das NOx-Emissionsverhalten als „unauffällig“ angesehen. Was das „Thermofenster“ betreffe, erfolge zwischen - 24 und + 70 Grad Celsius keine Reduzierung der Abgasrückführungsrate in Abhängigkeit von den Umgebungstemperaturen. Außerhalb dieses Temperaturbereichs erfolge aus Motorschutzgründen und zur Gewährleistung eines sicheren Betriebs des Fahrzeugs keine Abgasrückführung. Die Servicemaßnahme „23X4“ könne, da freiwillig, zur Begründung des Vorliegens unzulässiger Abschalteneinrichtungen nicht herangezogen werden. Jedenfalls scheide ein Anspruch aus § 823 Abs. 2 BGB i.V.m. §§ 6 Abs. 1, 27 Abs. 1 EG-FGV aus, weil die Beklagte im Hinblick auf die „Fahrkurvenerkennung“ und das „Thermofenster“ einem unvermeidbaren Verbotsirrtum unterlegen sei; sie könne sich auf eine hypothetische Genehmigung durch das KBA berufen. Weiter sei der Schaden durch die Verfügbarkeit des Software-Updates, mit dem die Fahrkurve vollständig entfernt werde, entfallen. Jedenfalls sei der Schaden aufgezehrt, weil unter Zugrundlegung

einer Laufleistung des Fahrzeugs von 106.811 km von einem Restwert des Fahrzeugs in Höhe von 13.612,00 EUR und einer anzurechnenden Nutzungsentschädigung in Höhe von 14.386,00 EUR auszugehen sei, und diese Beträge den Kaufpreis überstiegen.

Im Senatstermin vom 16. Juli 2024 wurde der Kilometerstand des streitgegenständlichen Fahrzeugs am 13./14. Juli 2014 mit 124.518 km unstreitig gestellt.

## II.

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

### 1.

Die Klägerin kann von der Beklagten mit Erfolg die Zahlung eines Differenzschadens in Höhe von 1.135,00 EUR verlangen (§ 823 Abs. 2 BGB i.V.m. §§ 6 Abs. 1, 27 Abs. 1 EG-FGV).

#### a)

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 „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).

Soweit nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs die Berufung nur zulässig ist, wenn das in erster Instanz abgewiesene Begehren zumindest teilweise weiterverfolgt wird (vgl. etwa BGH, Beschluss vom 29. September 2011 - IX ZB 106/11, juris Rn. 7 mwN), ist diese Voraussetzung erfüllt, wenn der Berufungsführer – wie hier – gestützt auf denselben Lebenssachverhalt lediglich eine andere Schadensberechnung vornimmt und anstelle des großen Schadensersatzes den Differenzschaden geltend macht.

b)

aa)

Der Käufer eines mit einer unzulässigen Abschaltseinrichtung versehenen Kraftfahrzeugs fällt – unionsrechtlich vorgegeben – in den persönlichen Schutzbereich der § 6 Abs. 1 und § 27 Abs. 1 EG-FGV i.V.m. Art. 5 der Verordnung (EG) Nr. 715/2007 (vgl. BGH, Urteil vom 26. Juni 2023 - VIa ZR 335/21, juris Rn. 21). Das Unionsrecht verlangt indes 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 (Differenzschaden; vgl. BGH, Urteil vom 26. Juni 2023, aaO Rn. 22, 32, 40). Der Differenzschaden ist nach § 287 Abs. 1 ZPO unter Würdigung aller Umstände nach freier Überzeugung zu schätzen. Nach den Vorgaben des Unionsrechts ist das Schätzungsermessen innerhalb einer Bandbreite zwischen 5 Prozent und 15 Prozent des gezahlten Kaufpreises rechtlich begrenzt (vgl. BGH, Urteil vom 26. Juni 2023, aaO Rn. 72 f).

bb)

Die Beklagte hat eine unzutreffende Übereinstimmungsbescheinigung erteilt, weil das streitgegenständliche Fahrzeug mit einer „Fahrkurvenerkennung“ ausgestattet ist.

(1)

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 Abschaltseinrichtung nicht vorliegen (BGH, Urteil vom 26. Juni 2023, aaO Rn. 34).

(2)

Eine Abschaltseinrichtung 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 Abschaltseinrichtung. 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 Abschaltseinrichtung 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 Abschaltseinrichtung 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 Abschaltseinrichtung 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 sind die entsprechenden Voraussetzungen einer Haftung hinsichtlich der unstreitig werksseitig implementierten „Fahrkurvenerkennung“ gegeben. Für weitere unzulässige Abschaltseinrichtungen fehlt es indes an hinreichenden Anhaltspunkten.

(a)

Die „Fahrkurvenerkennung“ ist als unzulässige Abschaltseinrichtung einzustufen.

(aa)

Nach dem eigenen Vortrag der Beklagten bewirkt die im streitgegenständlichen Fahrzeug vorhandene „Fahrkurvenerkennung“ insbesondere, dass der NSK am Ende der einem NEFZ stets vorgeschalteten Vorkonditionierungsfahrt („Precon“) vollständig regeneriert wird, damit er zu Beginn der NEFZ-Prüffahrt nahezu leer ist. Innerhalb des NEFZ regeneriert er an zeitlich genau definierten Punkten nach jeweils ca. 5 km und zwar im ersten Drittel des außerstädtischen Teils (bei ca. 70 km/h) und zum zweiten Mal kurz vor dem Ende des außerstädtischen Teils (bei ca. 100 km/h). Zudem führt die im streitgegenständlichen Fahrzeug hinterlegte „Fahrkurvenerkennung“ dazu, dass in Abhängigkeit von der Abgastemperatur und der Alterung des NSK eine Heizmaßnahme im NEFZ aktiviert wird, wodurch die Temperatur des NSK unmittelbar vor dem ersten NSK-Regenerationsevent erhöht wird.

Weiter hat die Beklagte mitgeteilt, dass bis zum Modelljahreswechsel in der Kalenderwoche 22 des Jahres 2016 die NSK-Regeneration im realen Straßenbetrieb je nach Fahrprofil bei den EA288 EU6-Motoren strecken- und beladungsgesteuert ca. alle 5 gefahrenen km bzw. nach voller Beladung erfolgt ist, je nachdem, welches Ereignis vorher eingetreten sei (gefahrte Strecke oder volle Beladung). Aufgrund dieser ca. alle 5 km erfolgenden Regenerationsintervalle habe die Anzahl der Regenerationen, die während des gesetzlichen Prüfzyklus NEFZ (11 km) erfolgt seien, davon abgehängt, in welchem Beladungszustand der NSK sich zu Beginn des Prüfzyklus befunden habe. Sei der NSK leer oder fast leer, könne es während des NEFZ-Prüfzyklus nach Erreichen der jeweiligen ca. 5 km Strecke zu zwei Regenerationen kommen. Sei der NSK voll oder fast voll, könne dies während des NEFZ-Zyklus zu drei Regenerationen führen. Die Messergebnisse zwischen diesen beiden Fällen eines anfänglich nahezu leeren und vollen NSK seien nicht vergleichbar, da sich zum einen die Anzahl der Regenerationen auf CO<sub>2</sub>- und Schadstoffemissionen auswirkten. Zum anderen stelle nur ein Test mit anfänglich leerem NSK sicher, dass der Test tatsächlich diejenigen NO<sub>x</sub>-Emissionen widerspiegele und repräsentativ abbilde, die von Beginn bis zum Ende des Zyklus entstehen, während im zweiten Fall noch NO<sub>x</sub>-Emissionen aus einem vorangegangenen Fremd-Zyklus regeneriert würden. Um dieses Problem zu vermeiden und zur Gewährleistung einer sowohl repräsentativen wie reproduzierbaren NEFZ-Messung sei es deshalb in den Fällen eines ca. alle 5 km regenerierenden NSK erforderlich, darauf zu achten, dass der NEFZ-Prüfzyklus mit einem leeren oder fast leeren NSK beginne, sodass in der NEFZ-Prüffahrt tatsächlich diejenigen NO<sub>x</sub>-Emissionen aufgefangen und repräsentativ abgebildet würden, die von Beginn bis zum Ende des Zyklus entstünden.



(bb)

Nach dieser als unstreitig zu Grunde zu legenden Beschreibung stellt die Fahrkurvenerkennung eine Abschalteneinrichtung im Sinne von Art. 3 Nr. 10 VO (EG) Nr. 715/2007 dar. Denn sie dient zur Erkennung von Parametern, um auf das Emissionskontrollsystem einzuwirken und dieses auf dem Prüfstand abweichend vom normalen Fahrzeugbetrieb zu steuern. Bei Erkennen des „Precon“ und anschließend des NEFZ führte die „Fahrkurvenerkennung“ beladungsunabhängig zu einer Leerung des NSK am Ende des „Precon“, so dass die NEFZ-Messung in jedem Fall mit einem leeren oder nahezu leeren NSK starten konnte, und einer ausschließlich streckengesteuerten – immer (nur) – zweimaligen Regeneration des NSK im NEFZ sowie einer von Abgastemperatur und Alterung abhängigen Aufheizung des NSK unmittelbar vor Beginn des ersten Regenerationsevents im NEFZ, während im Straßenbetrieb auf einer gleich langen Strecke von 11 km je nach dem vorherigen und aktuellen Beladungszustand des NSK – immer ohne vorherige Aufheizung – entweder zwei oder mehr Regenerationen ausgelöst werden können.

Da prinzipiell jede Regeneration des NSK aufgrund des auftretenden Luftmangels zu einer hohen Partikelbildung führt (vgl. dazu etwa S. 6 des bereits genannten Ersten Berichts der Untersuchungskommission „Volkswagen“), bedeuten eine Entleerung des NSK am Ende des „Precon“ mit der Folge einer anschließend verbesserten Aufnahmefähigkeit im NEFZ und eine Reduzierung der Anzahl der Regenerationen im NEFZ eine Verbesserung der Wirksamkeit des Emissionskontrollsystems, die allein unter Prüfstandbedingungen stattfindet. Auch durch ein Aufheizen des NSK allein unter Prüfstandbedingungen wird eine Verbesserung des Emissionskontrollsystems erreicht, weil die Funktion des NSK vom Erreichen einer bestimmten Betriebstemperatur abhängt.

Auf eine fehlende Grenzwertrelevanz der „Fahrkurvenerkennung“, die die Beklagte auch ins Feld führt, kommt es nicht an (vgl. BGH, Urteil vom 26. Juni 2023 – VIa ZR 335/21, juris Rn. 51).

(cc)

Gründe dafür, dass die „Fahrkurvenerkennung“ im Sinne von Art. 5 Abs. 2 der Verordnung (EG) Nr. 715/2007 ausnahmsweise zulässig ist, führt die Beklagte nicht ins Feld.

(b)

Hinsichtlich des Thermofensters hat die Beklagte eine Bedatung von - 24 bis + 70 Grad Celsius vorgetragen. Eine solch weite Bedatung verlässt die üblichen Bedingungen im normalen Fahrzeugbetrieb jedoch nicht (siehe Schleswig-Holsteinisches Verwaltungsgericht, Urteil vom 20. Februar 2023 – 3 A 113/18, juris Rn. 274 ff.), so dass bereits eine Abschalteneinrichtung zu verneinen ist.

(aa)

Greifbare Anhaltspunkte dafür, dass das Thermofenster in erster Linie dafür entwickelt wurde, um bei den im NEFZ-Zyklus herrschenden Temperaturen von 20 bis 30 Grad Celsius die Abgaswerte zu optimieren, hat die Klägerin nicht vorgebracht. Dies gilt auch für ihren weiteren Vortrag, dass ab einer Außentemperatur von unter + 17 und über + 30 Grad Celsius das Thermofenster regelmäßig ganz abschalte.

Dem Senat ist zwar – wie auch die Klägerin geltend macht – bekannt, dass die Beklagte bei Motoren des Typs EA288 bisweilen einen engeren Temperaturbereich von - 15 bis + 42 Grad Celsius vorgetragen hat. Dies allerdings ausschließlich bei Fahrzeugen des Typs VW T6, die erheblich größer sind als das Fahrzeug der Klägerin und mit diesem nicht vergleichbar.

Der Hinweis auf eine von der Klägerin als auffällig eingestufte Messung des JCA eines Audi A3 2.0 TDI, bei dem im Bericht der Untersuchungskommission Volkswagen (dort Seiten 20 ff.) keine Messung im NEFZ bei 10 Grad vermerkt ist, verhilft der Klägerin ebenfalls nicht zum Erfolg. Es ist nicht erkennbar, warum die gegebenenfalls unzureichende Prüfung eines anderen Fahrzeugs seitens des KBA ein Anhaltspunkt dafür sein könnte, dass konkret im Fahrzeug der Klägerin das Thermofenster den von ihr angegebenen Temperaturbereich hätte. Hiervon unabhängig geht aus dem vom ihr insoweit in Bezug genommenen Presseartikel (Anlage K 13) auch hervor, dass die Testergebnisse noch geprüft würden, um festzustellen, ob sie technisch valide seien.

Hinzu kommt, dass das KBA ausweislich des genannten Berichts zumindest durchaus auch bei Motoren des Typs EA288 Untersuchungen bei niedrigen Temperaturen sowohl im NEFZ als auch im Straßenbetrieb vorgenommen hat, ohne Auffälligkeiten festzustellen. Aus dem Ersten Bericht der Untersuchungskommission „Volkswagen“ geht hervor, dass die oben dargestellten vom NEFZ-Prüflauf abweichenden Messungen der Fahrzeuge mit den EA288-Motoren bei unterschiedlichen Temperaturen durchgeführt wurden:

- Audi A3 2.0 TDI (Abschlussbericht S. 20)	15,1 bis 22,0 °C
- Audi A6 2.0 TDI (Abschlussbericht S. 22)	6,4 bis 14,3 °C
- VW Golf 1.6 TDI EU6 (Abschlussbericht S. 61)	3,0 bis 19,8 °C
- VW Golf 2.0 TDI (Abschlussbericht S. 62)	5,2 bis 16,2 °C
- VW Passat 2.0 TDI	15,8 bis 18,4 °C

(Abschlussbericht S. 63)	
- VW Golf Sportsvan 2.0 TDI	16,8 bis 20,1 ° C
(Abschlussbericht S. 64)	
- VW Touran 2.0 TDI	7,0 bis 10,8 ° C
(Abschlussbericht S. 65)	
- VW Golf 1.6 TDI EU5	9,4 bis 17,7 ° C
(Abschlussbericht S. 66)	

Aus den im Abschlussbericht dargestellten Messergebnissen lässt sich entnehmen, dass die unter RDE-Bedingungen ermittelten NOx-Emissionen der verschiedenen Fahrzeuge mit EA288-Motor anstiegen, wenn sie bei niedrigeren Temperaturen gemessen wurden:

- VW Golf Sportsvan 2.0 TDI	Umgebungstemperatur (°C):	20,1
(Abschlussbericht, S. 64)	NOx-Emission (mg/km):	126,55
- VW Golf VII 1.6 TDI	Umgebungstemperatur (°C):	16,4
(Abschlussbericht, S. 60 f.)	NOx-Emission (mg/km):	196,68
- VW Golf VII 2.0 TDI	Umgebungstemperatur (°C):	5,2
(Abschlussbericht, S. 62)	NOx-Emission (mg/km):	291,91

Diese Verschlechterungstendenz stellt aber für sich betrachtet – entgegen der Darstellung der Klägerin – noch kein Indiz für das Vorhandensein einer unzulässigen Abschaltvorrichtung dar, sondern bringt zum Ausdruck, dass veränderte Prüfbedingungen – etwa hinsichtlich der Geschwindigkeit oder der Temperatur – zu einer erheblich veränderten physikalischen Antwort des Motorsystems führen können. Dies ergibt sich etwa aus Ziff. 3.2 der „Leitlinien für die Bewertung zusätzlicher Emissionsstrategien und des Vorhandenseins von Abschaltvorrichtungen“, die am 26. Januar 2017 von der Europäischen Kommission unter C (2017) 352 veröffentlicht wurden.

Auch in dem Ersten Bericht der Untersuchungskommission „Volkswagen“ heißt es, dass wegen der jahreszeitbedingten häufigen Wetteränderungen und Temperaturschwankungen der alleinige Vergleich der ermittelten NOx-Werte der Fahrzeuge untereinander nur bedingt aussagefähig sei. Die erhöhten NOx-Werte bei den Straßenmessungen zeigten keine gesetzliche Nichtkonformität, da der NOx-Grenzwert nur für die gesetzliche Prüfung Typ 1 inklusive aller Randbedingungen gelte (Abschlussbericht, S. 18).

Insbesondere blendet die Klägerin aber aus, dass die Messungen des KBA im Realbetrieb – mit Ausnahme der RDE-Fahrt – bei 15,1 bis 15,4 Grad und damit in einem Temperaturbereich stattgefunden haben, bei dem es nach dem Vortrag der Klägerin zu einer Abrampung hätte kommen müssen. Der Grenzwert für den Prüfstand wurde jedoch auch unter Realbedingungen eingehalten.

(bb)

Daraus, dass die Abgasrückführungsrate – wie die Klägervertreter im Schriftsatz vom 9. Juli 2024 unter Verweis auf den Vortrag der Beklagten in dem Verfahren Oberlandesgericht Karlsruhe – 8 U 201/21- und Amtsgericht Breisach – 1 C 97/22 - ausführen – anderen limitierenden Faktoren wie u.a. Last, Drehzahl, Umgebungsdruck, im Motorraum gemessene Temperaturen unterliegt, kann nach dem Sach- und Streitstand des vorliegenden Verfahrens keine haftungsbegründende Abschalteinrichtung hergeleitet werden. Der Strategie der Abgasrückführung ist ein geregeltes „Abschalten“ inhärent. Jedenfalls solange es um die normalen Bedingungen geht, unter denen Motor und Abgasrückführung überhaupt nur funktionieren können, kann von einer Verringerung der Wirksamkeit des Emissionskontrollsystems nicht die Rede sein (vgl. VG Schleswig, Urteil vom 20.02.2023 – 3 A 113/18, juris Rn. 416 f; OLG Hamm, Urteil vom 21. November 2023 – 19 U 281/21, juris Rn. 44).

(c)

Die Annahme einer Abschalteinrichtung kann auch nicht auf eine Manipulation des On-board-Diagnosesystems (OBD) gestützt werden kann. Abgesehen davon, dass es bereits an tatsächlichen Anhaltspunkten für eine entsprechende Manipulation beim streitgegenständlichen Fahrzeugtyp fehlt, handelt es sich bei einem OBD nach der gesetzlichen Regelung in Art. 3 Nr. 9 der Verordnung (EG) Nr. 715/2007 um eine Vorrichtung zur bloßen Emissionsüberwachung, die in der Lage ist, mithilfe rechnergespeicherter Fehlercodes den Bereich von Fehlfunktionen anzuzeigen. Ein entsprechendes Kontrollgerät kann bereits begrifflich keine Abschalteinrichtung i.S.d. Art. 3 Nr. 10 der Verordnung (EG) Nr. 715/2007 darstellen, weil es nicht die Funktion eines beliebigen Teils des Emissionskontrollsystems aktiviert, verändert, verzögert oder deaktiviert und dadurch die Wirksamkeit des Emissionskontrollsystems verringert.

(d)

Im Übrigen hat die Klägerin keine greifbaren Anhaltspunkte für die Verwendung einer Technik in ihrem Fahrzeug vorgetragen, bei der im Grundsatz in Frage kommen kann, dass diese als Abschalteinrichtung im Sinne des Art. 3 Nr. 10 der Verordnung (EG) Nr. 715/2007 zu qualifizieren ist.

(aa)

Eine Überschreitung der für den NEFZ geltenden Grenzwerte bei Messungen im Realbetrieb ist für sich genommen kein Gesetzesverstoß und allein auch kein Anhaltspunkt für die Verwendung einer unzulässigen Abschalteinrichtung (vgl. BGH, Beschlüsse vom 15. September 2021 – VII ZR 2/21, juris Rn. 30 und VII ZR 3/21, juris Rn. 14 sowie VII ZR 101/21, Rn. 17; Urteil vom 13. Juli 2021 – VI ZR 128/20, juris Rn. 23). Wie etwa aus Erwägungsgrund 3 der Verordnung (EU) 2016/646 der

Kommission vom 20. April 2016 zur Änderung der Verordnung (EG) Nr. 692/2008 hinsichtlich der Emissionen von leichten Personenkraftwagen und Nutzfahrzeugen (Euro 6) hervorgeht, überschreiten die in der Betriebspraxis mit Fahrzeugen des Typs Euro 5/6 tatsächlich entstehenden Emissionen, insbesondere die NO<sub>x</sub>-Emissionen von Dieselfahrzeugen, die im NEFZ gemessenen Emissionen erheblich und haben daher gerade Anlass zur Änderung des Messverfahrens, nämlich Einführung einer Messung im Realbetrieb gegeben (vgl. auch EuG, Urteil vom 13. Dezember 2018 – T-339/16, T-352/16 und T-391/16, juris Rn. 123). Dies allerdings wegen der zu erwartenden höheren Messwerte mit einem Übereinstimmungsfaktor (CF<sub>pollutant</sub>), der zunächst mit 2,1 angesetzt war (vgl. Erwägungsgrund 10 der Verordnung (EU) 2016/646), also mit mehr als dem doppelten des bisherigen Grenzwertes, dies aber bezogen auf den seinerseits eingehend normierten WLTP-Prüfzyklus (siehe hierzu Anhang IIIA der Verordnung (EU) 2017/1151 der Kommission vom 1. Juni 2017 zur Ergänzung der Verordnung (EG) Nr. 715/2007 des Europäischen Parlaments und des Rates über die Typgenehmigung von Kraftfahrzeugen hinsichtlich der Emissionen von leichten Personenkraftwagen und Nutzfahrzeugen (Euro 5 und Euro 6) und über den Zugang zu Fahrzeugreparatur- und -wartungsinformationen, zur Änderung der Richtlinie 2007/46/EG des Europäischen Parlaments und des Rates, der Verordnung (EG) Nr. 692/2008 der Kommission sowie der Verordnung (EU) Nr. 1230/2012 der Kommission und zur Aufhebung der Verordnung (EG) Nr. 692/2008 der Kommission; ABl. 2017, L 175, Seite 1).

Auch aus dem Ersten Bericht der Untersuchungskommission „Volkswagen“ (Anlagenband zum Schriftsatz vom 7. Juli 2020 Bl. 273 ff.) geht hervor, dass die Grenzwertüberschreitung im Realbetrieb allein „noch keine gesetzliche Nichtkonformität“ zeigt, „da der NO<sub>x</sub>-Grenzwert nur für die gesetzliche Prüfung Typ 1 inklusive aller Randbedingungen gilt“ (Seite 18). Zudem liegen die Ergebnisse der Straßenmessungen durch den Einfluss höherer Lasten (Fahrwiderstand, Masse durch zwei Personen Testbesatzung, PEMS-Anlage, Testgerät und Masse der optionalen Zusatzausstattung) durchweg oberhalb der Messergebnisse auf dem Rollenprüfstand (Erster Bericht der Untersuchungskommission „Volkswagen“ Seite 18).

Weiter gehen auch die Leitlinien der Europäischen Kommission für die Bewertung zusätzlicher Emissionsstrategien und des Vorhandenseins von Abschaltvorrichtungen im Hinblick auf die Anwendung der Verordnung (EG) Nr. 715/2007 über die Typgenehmigung von Kraftfahrzeugen hinsichtlich der Emissionen von leichten Personenkraftwagen und Nutzfahrzeugen (Euro 5 und Euro 6) vom 27. Januar 2017 (im Folgenden: Leitlinien der Kommission) auf Seite 13 davon aus, dass es im Realbetrieb zu einer 2 bis 5-fachen Überschreitung der NO<sub>x</sub>-Werte kommen kann.

(bb)

Die Klägerin hat konkret für ihr Fahrzeug auch keine Grenzwertüberschreitung im Realbetrieb in einer solchen Höhe dargelegt, dass diese vor dem zuvor geschilderten Hintergrund sowie den etwa auch nach dem Ersten Bericht der Untersuchungskommission „Volkswagen“ großen Unterschiede zwischen den einzelnen Messverfahren ein Anhaltspunkt für eine unzulässige Abschalteneinrichtung wäre.

Die Klägerin legt konkret für ihre Modellvariante schon keine Messergebnisse vor. Die Messungen der Deutschen Umwelthilfe (DUH, Bl. 30 ff. und 38 d. A.) betreffen sämtlich andere Fahrzeugmodelle oder eine andere Motorisierung, die in der Leistung und/oder dem Hubraum von der Motorisierung des vorliegenden Fahrzeugs abweicht. Gleiches gilt für die im Ersten Bericht der Untersuchungskommission „Volkswagen“ wiedergegebene Messung eines VW Golf 2.0 TDI (Bl. 237 d. A.), denn hierbei handelt es sich um eine Motorvariante mit 135 kW. Wird der Motor eines bestimmten Typs bei einer Vielzahl von Modellen mit unterschiedlichsten Motorkonfigurationen, unterschiedlicher Zylinderanzahl (3 oder 4 Zylinder), verschiedenen Leistungsstufen (mit etlichen weiteren Abstufungen mit 1,4 Litern beziehungsweise 1,6 Litern Hubraum und 77 kW einerseits und 2,0 Litern Hubraum Biturbo und 176 kW andererseits) und unterschiedlichen Abgasnormen (hier Euro 5 und Euro 6) und Abgasnachbehandlungssystemen (SCR, NSK, ohne) in Fahrzeugen verschiedener (Gewichts-)Klassen (beispielsweise VW Polo einerseits und VW T6 andererseits, PKW und Nutzfahrzeuge) unterschiedlicher Hersteller (VW, Audi, Seat, Skoda) mit unterschiedlichen Getriebevarianten (Handschaltung oder Automatikgetriebe, Front- oder Allradantrieb) eingesetzt, stellt eine bei einer bestimmten Konfiguration verwendete Technik oder erzielter Messwert – anders als die Klägerin meint – nicht ohne Weiteres einen Anhaltspunkt dafür dar, dass es sich anderen Konfigurationen gleichermaßen verhalten muss (vgl. BGH, Beschluss vom 18. Mai 2022 – VII ZR 239/21, juris Rn. 18). Vielmehr liegt gerade bei der Schadstoffmessung auf der Hand, dass wegen der genannten Unterschiede nicht stets vergleichbare Ergebnisse erzielt werden.

Die Tests der EAL hatten ein anderes Fahrzeug des Baujahrs 2016 zum Gegenstand (Audi A4), über dessen Abgasnachbehandlungsmethode und übrige Ausstattung nichts bekannt ist und die einen Motor mit 148 PS betreffen, während das Fahrzeug der Klägerin über 150 PS verfügt. Den im Realbetrieb gewonnenen Messergebnissen des ICCT sind, soweit die Klägerin sie vorgetragen hat, ebenfalls keine einzelnen Messergebnisse zu entnehmen, die einen Rückschluss auf das konkrete Fahrzeug der Klägerin zulassen. Auch die von der Klägerin wiedergegebenen Messungen des KBA beziehen sich nicht auf ein Fahrzeug gleichen Typs und sind auch deshalb nicht geeignet, einen Anhaltspunkt für eine unzulässige und manipulative Abschalteneinrichtung zu geben, weil das KBA die Messungen gerade als unauffällig eingestuft hat.

bb)

Die Beklagte hat schuldhaft gegen die Vorschriften der § 823 Abs. 2 BGB i.V.m. §§ 6 Abs. 1, 27 Abs. 1 EG-FGV verstoßen.

(1)

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 Abschaltvorrichtung 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 jeweiligen Kläger ausnahmsweise nicht als zumindest fahrlässig erscheinen lassen (vgl. BGH, Urteil vom 26. Juni 2023 – VIa ZR 335/21, juris Rn. 59, 61 mwN). 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 (BGH, Urteil vom 25. September 2023 – VIa ZR 1/23, juris Rn. 13). 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 Abschaltvorrichtung mit allen für die Prüfung nach Art. 5 Abs. 2 der Verordnung (EG) Nr. 715/2007 bedeutsamen Einzelheiten im maßgeblichen Zeitpunkt im Irrtum befanden oder im Falle einer Ressortaufteilung den damit verbundenen Pflichten genügten (BGH, Urteil vom 25. September 2023 – VIa ZR 1/23, juris Rn. 14 mwN).

Erst im Anschluss an die Darlegung und den Nachweis dieser Umstände kann Bedeutung gewinnen, ob eine festgestellte Abschaltvorrichtung entweder in all ihren für die Bewertung nach Art. 5 Abs. 2 der Verordnung (EG) Nr. 715/2007 maßgebenden Einzelheiten von der damit befassten nationalen Behörde genehmigt war oder genehmigt worden wäre (BGH, a.a.O Rn. 15).

(2)

Einen Verbotsirrtum hat die Beklagte nicht hinreichend dargelegt.

Nicht ausreichend ist der Vortrag der Beklagten, dass sie das KBA bereits im Herbst 2015 darüber informiert habe, dass bestimmte Fahrzeuge mit EA288-Motor über eine Fahrkurvenerkennung verfügten, an die indes nicht die aus den EA 189-Fahrzeugen bekannte Umschaltlogik geknüpft sei und durch die auch nicht die NOx-Emissionen in grenzwertrelevanter Weise auf dem Prüfstand reduziert würden. Das KBA habe die in EA288-Fahrzeugen zum Einsatz kommende Fahrkurvenerkennung auch nach

Durchführung eigener Messungen zu keinem Zeitpunkt beanstandet, weil es die Grenzwertkausalität als unverzichtbaren Bestandteil des Verbotstatbestandes einer unzulässigen Abschalteneinrichtung im Sinne des Art. 5 Abs. 2 Satz 2 lit c) der Verordnung (EG) Nr. 715/2007 angesehen habe. Auf diese Einschätzung des KBA als zuständige Typgenehmigungsbehörde habe die Beklagte vertrauen dürfen. Dieser Vortrag betrifft indes allein die Frage einer (hypothetischen) Genehmigung der Fahrkurvenerkennung. Zu einem Irrtum ihrer verfassungsmäßig berufenen Vertreter – was im Rahmen der mündlichen Verhandlung vor dem Senat erörtert wurde – hat die Beklagte keinen Vortrag gehalten. Die Ermittlung einer hypothetischen Genehmigung betrifft indes nicht den Verbotsirrtum als solchen, sondern allein dessen Unvermeidbarkeit (vgl. BGH, Urteil vom 27. November 2023 – VIa ZR 1425/22, juris Rn. 32).

c)

Zur Erwerbskausalität kann sich die Klägerin bei der Inanspruchnahme der Beklagten auf Erstattung des Differenzschadens auf den Erfahrungssatz stützen, dass sie den Kaufvertrag zu diesem Kaufpreis nicht geschlossen hätte (vgl. BGH, Urteil vom 26. Juni 2023 – VIa ZR 335/21, juris Rn. 25).

d)

Der Höhe nach kann die Klägerin von der Beklagten aus § 823 Abs. 2 BGB i.V.m §§ 6 Abs. 1, 27 Abs. 1 EG-FGV die Zahlung von 1.135,00 EUR (5 % des Kaufpreises) beanspruchen.

aa)

Der Differenzschaden ist auf eine Bandbreite zwischen 5 % und 15 % des Kaufpreises begrenzt (BGH, Urteil vom 26. Juni 2023 – VIa ZR 335/21, juris Rn. 73). Der Tatrichter hat nach § 287 Abs. 1 Satz 1 ZPO die Höhe des Schadens unter Würdigung aller Umstände des Einzelfalls nach freier Überzeugung zu schätzen (BGH, a.a.O., Rn. 72). Zur Einholung eines Sachverständigengutachtens ist der Tatrichter bei seiner Schätzung innerhalb des genannten Rahmens nicht gehalten (BGH, a.a.O., Rn. 78). Vortrag der Parteien dazu, die Verkaufspreise von Kraftfahrzeugen der betroffenen Baureihen seien entweder tatsächlich nicht mit Rücksicht auf die Verwendung unzulässiger Abschalteneinrichtungen gesunken oder der Schaden belaufe sich im konkreten Fall auf weniger als 5 % oder mehr als 15 % des gezahlten Kaufpreises, ist ohne Relevanz (a.a.O. Rn. 79).

Bei der Schätzung des Schadens innerhalb einer Bandbreite 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 Abschalteneinrichtung 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 der Klägerin entstandenen Schaden auf 5 % des Betrages, den er für das Fahrzeug aufgewendet hat und damit einen Schadensbetrag von 1.135,00 EUR.

Dabei hat der Senat berücksichtigt, dass die Emissionsgrenzwerte auch bei Deaktivierung der Fahrkurvenerkennung, d.h. im Normalbetrieb, eingehalten werden und im Zeitpunkt des Vertragsschlusses das Risiko behördlicher Anordnungen und der Umfang der in Betracht kommenden Betriebsbeschränkungen sowie die Eintrittswahrscheinlichkeit solcher Beschränkungen vor diesem Hintergrund gering waren.

bb)

Entgegen der Auffassung der Beklagten führt allein die Verfügbarkeit eines Software-Updates nicht dazu, dass der Schaden entfällt. Denn der Schaden ist bereits im Zeitpunkt des Kaufvertragsabschlusses eingetreten. Spätere Wertverbesserungen sind nur im Rahmen des Vorteilsausgleichs berücksichtigungsfähig (vgl. BGH, Urteil vom 26. Juni 2023 - VIa ZR 335/21, juris Rn. 80).

cc)

Der Anspruch auf Ersatz des Differenzschadens aus § 823 Abs. 2 BGB i. V. m. §§ 6 Abs. 1, 27 Abs. 1 EG-FGV unterliegt der Vorteilsausgleichung (vgl. BGH, Urteil vom 24. Juli 2023 - VIa ZR 752/22, juris Rn. 12). Bei der Bemessung des Schadensersatzes sind die vom Geschädigten gezogenen Nutzungen und der Restwert des Fahrzeugs nur dann und nur insofern schadensmindernd anzurechnen, als sie den tatsächlichen Wert des Fahrzeugs bei Abschluss des Kaufvertrags übersteigen (vgl. BGH, Urteil vom 24. Januar 2022 - VIa ZR 100/21, juris Rn. 22).

(1)

Bei der Schätzung des Werts der gezogenen Nutzungen legt der Senat in ständiger Rechtsprechung die Methode der linearen Wertminderung zugrunde. Die Formel zur Berechnung der Nutzungsentschädigung – Bruttokaufpreis, geteilt durch die voraussichtliche Restlaufleistung im Erwerbszeitpunkt, multipliziert mit den gefahrenen Kilometern – ist in den Fällen der vorliegenden Art sachgerecht und nicht

zu beanstanden (vgl. nur BGH, Urteile vom 27. April 2021 – VI ZR 812/20, NJW-RR 2021, 1388 Rn. 11; vom 23. März 2021 – VI ZR 3/20, NJW-RR 2021, 1534 Rn. 11; vom 25. Mai 2020 – VI ZR 252/19, NJW 2020, 1962 Rn. 78 ff.).

Die Gesamtleistung des streitgegenständlichen Fahrzeugs mit 2.0 Liter-Motor veranschlagt der auf Ansprüche aus Fahrzeugkäufen spezialisierte Senat mit 300.000 Kilometer (ebenso etwa OLG Celle, Urteil vom 10. Mai 2023 - 16 U 420/22, juris Rn. 139; OLG Naumburg, Urteil vom 28. Oktober 2022 - 7 U 47/22, juris Rn. 86; OLG Köln, Urteil vom 4. November 2021 - 12 U 28/20, juris Rn. 61). Eine Hochrechnung der bislang mit dem streitgegenständlichen Fahrzeug pro Jahr durchschnittlich gefahrenen Kilometer auf eine realistische Gesamtfahrleistung kommt - entgegen der Auffassung der Beklagten - nicht in Betracht. Denn nach der höchstrichterlichen Rechtsprechung haftet der Schätzung der in die Bemessung der gezogenen Gebrauchsvorteile einfließenden durchschnittlichen Gesamtleistung des Fahrzeugs nach § 287 Abs. 1 ZPO eine typisierte und pauschalierende Betrachtung an, die je nach Fahrverhalten von den im konkreten Fall grundsätzlich zu erwartenden Werten abweichen kann. Dabei wird in der Regel in Kauf genommen, dass das Ergebnis unter Umständen nicht mit der Wirklichkeit übereinstimmt (BGH, Beschluss vom 22. Februar 2022 – VIII ZR 434/21, juris Rn. 24; BGH, Urteil vom 29. September 2021 – VIII ZR 111/20, NJW 2022, 463, Rn. 59 f.; BGH, Urteil vom 6. Dezember 2012 – VII ZR 84/10, NJW 2013, 525, Rn. 23; Senat, Urteil vom 23. Mai 2024 – I-13 U 73/23; Senat, Urteil v. 13. Dezember 2022 – 13 U 573/21, juris).

Die Nutzungsentschädigung beträgt, wie nachfolgend dargestellt, 8.609,30 EUR:

$$\frac{22.700,00 \text{ EUR} \times (124.518 \text{ km} - 17.300 \text{ km})}{(300.000 \text{ km} - 17.300 \text{ km})}$$

(2)

Den Restwert des streitgegenständlichen Fahrzeugs schätzt der Senat mit 11.500,00 EUR.

Die für den Restwert des Fahrzeugs darlegungs- und beweisbelastete Beklagte beruft sich auf eine DAT-Bewertung, Stichtag 8. Juli 2024, die einen Restwert von 13.612,00 EUR belegen soll. Diese bezieht sich allerdings auf einen Kilometerstand von nur 106.811 km und hat somit nur eingeschränkte Aussagekraft. Der Senat hat selbst über die Webseite des ADAC einen durchschnittlichen Händlerverkaufspreis von 12.150,00 EUR bei einem Kilometerstand von 124.327 km recherchiert. Es ist aber zu bedenken, dass die Klägerin keine Händlerin, sondern Privatverkäuferin ist. Dies rechtfertigt ohnehin einen Abschlag für eine Gewinnmarge des Händlers. Die Klägerin selbst hat bei einer Datenabfrage einen Restwert von 11.500,00 EUR ermittelt. Dieser Betrag kann angesichts der erforderlichen Kürzung des vom Senat

recherchierten Restwert um eine Gewinnmarge im Rahmen der Schätzung als Restwert ohne Weiteres zugrunde gelegt werden.

(3)

Im Hinblick auf das vom KBA freigegebene und bei dem Fahrzeug der Klägerin noch nicht aufgespielte Software-Update ist nach den Umständen des Streitfalls ebenfalls keine Vorteilsanrechnung – ggf. unter dem Gesichtspunkt eines etwaigen Verstoßes gegen eine Schadensminderungspflicht (vgl. BGH, Urteil vom 23. Oktober 2023 – VIa ZR 468/21, juris Rn. 14) – vorzunehmen. Dabei kann dahinstehen, ob das Update bereits in dem für das Fahrzeug vom Senat zugrunde gelegten Restwert „eingepreist“ ist (vgl. OLG Hamm, Urteil vom 20. November 2023 – I-18 U 225/22 –, juris Rn. 203). Eine etwaige Aufwertung des Fahrzeugs durch das Software-Update könnte der Höhe nach jedenfalls keine höhere Wertsteigerung als den Betrag bewirken, der als Differenzschaden für die Verwendung der Fahrkurvenerkennung – hier in Höhe von 1.135,00 EUR - anzunehmen ist.

(4)

Bei Addition von Nutzungsvorteilen, Restwert und Vorteil des Software-Updates ergibt sich ein Betrag von 21.228,96 EUR und damit ein Betrag, der den tatsächlichen Wert des Fahrzeugs im Zeitpunkt des Erwerbs in Höhe von 21.565,00 EUR (95 % des Kaufpreises) nicht übersteigt.

3.

Die Klägerin kann gemäß §§ 291, 288 Abs. 1 BGB Rechtshängigkeitszinsen ab dem 8. 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 i.S.d. § 261 Abs. 2 ZPO vor.

4.

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 die Klägerin 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.

Die Kostenentscheidung folgt aus §§ 91, 92 Abs. 1, 516 Abs. 3 ZPO.

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

Die Revision ist nicht zuzulassen. Der Rechtssache kommt weder eine grundsätzliche Bedeutung zu, noch ist eine Entscheidung des Revisionsgerichts wegen der Fortbildung des Rechts oder der Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung erforderlich (§ 543 Abs. 2 ZPO).

## IV.

Die hilfsweise beantragte Aussetzung des vorliegenden Verfahrens gemäß § 148 ZPO analog kam schon deshalb nicht in Betracht, da die dem Europäischen Gerichtshof vorgelegten Fragen für den vorliegenden Rechtsstreit keine Relevanz haben.

Jöhren

Dr. Kappel

Wehrmann

Beglaubigt

Urkundsbeamter/in der Geschäftsstelle

Oberlandesgericht Hamm

