

I-13 U 115/22
8 O 276/21
Landgericht Bielefeld



Oberlandesgericht Hamm

IM NAMEN DES VOLKES

Urteil

In dem Rechtsstreit

_____ Klägerin und Berufungsklägerin,

Prozessbevollmächtigte: Rechtsanwälte Gansel,
Wallstraße 59,
10179 Berlin,

gegen

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

Prozessbevollmächtigte: Rechtsanwälte Baker Tilly
Nymphenburger Straße 3 b,
80335 München,

hat der 13. Zivilsenat des Oberlandesgerichts Hamm
auf die mündliche Verhandlung vom 18.07.2024
durch die Vorsitzende Richterin am Oberlandesgericht Jöhren, die Richterin am
Oberlandesgericht Wehrmann und den Richter am Oberlandesgericht Dr. Kappel

für Recht erkannt:

Auf die Berufung der Klägerin wird das am 25. Januar 2022 verkündete Urteil der Einzelrichterin der 8. Zivilkammer des Landgerichts Bielefeld teilweise abgeändert.

Die Beklagte wird verurteilt, an die Klägerin 1.912,50 Euro zu zahlen nebst Zinsen in Höhe von 5 % Punkten über dem jeweiligen Basiszinssatz ab dem 2. November 2021.

Im Übrigen bleibt die Klage abgewiesen.

Die weitergehende Berufung wird zurückgewiesen.

Die Kosten des Rechtsstreits werden der Klägerin zu 93 % und der Beklagten zu 7 % auferlegt.

Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar.

Die Revision wird nicht zugelassen.

Gründe:

I.

Die Klägerin nimmt die Beklagte im Zusammenhang mit dem Dieselskandal auf Zahlung von Schadensersatz in Anspruch.

Die Klägerin ist Alleinerbin ihres im Jahre 2016 verstorbenen Ehemannes Joachim Bernard, der mit Rechnung vom 28. Mai 2015 bei dem Autohaus Meier in Petershagen ein Neufahrzeug vom Typ VW Passat Variant Highline 2.0 TDI (110 kW) mit Laufleistung von 0 km zum Preis von 38.250,00 EUR erwarb.

In dem Fahrzeug ist ein nach Euro 6 klassifizierter, von der Beklagten entwickelter und produzierter Dieselmotor mit der internen Bezeichnung EA288 verbaut. Zur Reduzierung der entstehenden Emissionen kommt neben einem Oxidationskatalysator und einem Dieselpartikelfilter (DPF) die Abgasrückführungstechnik (AGR) zum Einsatz, die auf einen bestimmten

Temperaturbereich begrenzt ist („Thermofenster“). Ferner findet bei dem Fahrzeug eine Abgasnachbehandlung mittels eines NOx-Speicherkatalysators (NSK) statt.

In der anfänglichen Produktionsphase war bei Fahrzeugen mit EA288-Motoren – wie auch bei dem hier in Rede stehenden Fahrzeug – eine Applikation hinterlegt, durch die anhand verschiedener Parameter die Durchführung einer Prüfung nach dem Neuen Europäischen Fahrzyklus (NEFZ) erkannt und in diesem Fall die Abgasnachbehandlung anders angesteuert werden konnte als im Straßenbetrieb. Die Beklagte informierte das Kraftfahrt-Bundesamt (KBA) im Herbst 2015 über diese Fahrkurvenerkennung, deren Funktionsweise nach behördlicher Einschätzung nicht als unzulässige Abschalteinrichtung bewertet wurde. Die Beklagte vereinbarte allerdings mit dem KBA, die Fahrkurvenerkennung für neu herzustellende Fahrzeuge nicht mehr zu verwenden bzw. für die bereits im Feld befindlichen Fahrzeuge ein freiwilliges Software-Update zur Ausbedatung der Fahrkurvenerkennung anzubieten. Ein solches Update wurde auch bei dem Fahrzeug der Klägerin am 1. Juli 2021 aufgespielt.

Die Klägerin ist in I. Instanz davon ausgegangen, dass bei ihrem Fahrzeug im Erwerbszeitpunkt unzulässige Abschalteinrichtungen im Sinne der Zykluserkennung und eines unzulässig eng bedateten Thermofensters vorhanden gewesen seien. Dadurch würden die gesetzlichen Emissionsgrenzwerte im Realbetrieb um ein Vielfaches überschritten. Damit das nicht auffalle, sei auch das On-board-Diagnosesystem (OBD) manipuliert. Das angebotene Software-Update stelle keine taugliche Maßnahme zur Mängelbeseitigung dar.

Die Klägerin hat mit ihrer am 1. November 2021 zugestellten Klageschrift einen auf die wirtschaftliche Rückabwicklung des Kaufvertrages abzielenden Anspruch auf „großen“ Schadensersatz geltend gemacht, den sie in erster Linie auf den Vorwurf der vorsätzlichen sittenwidrigen Schädigung gestützt hat (§§ 826, 31 BGB).

Die Klägerin hat zuletzt beantragt, wie folgt zu erkennen:

1. Die Beklagte wird verurteilt, an die Klägerin EUR 26.048,38 nebst Zinsen hieraus in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem jeweiligen Basiszinssatz seit dem 1. September 2021 zu zahlen. Die Verurteilung erfolgt Zug um Zug gegen Übereignung und Herausgabe des Fahrzeugs der Marke VW vom Typ Passat B8 2.0 TDI Variant mit der Fahrzeugidentifikationsnummer (FIN)

██████████ nebst zwei Fahrzeugschlüsseln, Kfz-Schein und Kfz-Brief.

Hilfsweise:

2. Es wird festgestellt, dass die Beklagte verpflichtet ist, der Klägerin Schadensersatz zu zahlen für Schäden, die aus dem Einbau einer unzulässigen Abschaltvorrichtung i.S.v. Art. 5 Abs. 2 EG-VO 715/2007 durch die Beklagte in das Fahrzeug der Marke VW vom Typ Passat B8 2.0 TDI Variant mit der Fahrzeugidentifikationsnummer (FIN) ██████████ resultieren.

Und weiter:

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

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

5. Die Beklagte wird verurteilt, die Klägerin von den durch die Beauftragung der Prozessbevollmächtigten der Klägerin entstandenen Kosten der außergerichtlichen Rechtsverfolgung in Höhe von EUR 2.434,74 freizustellen.

Die Beklagte hat beantragt,

die Klage abzuweisen.

Sie hat ihre Haftung in Abrede gestellt und dazu mit näheren Ausführungen betont, dass der EA288-Motor im streitgegenständlichen Fahrzeugtyp keineswegs mit einer unzulässigen Abschaltvorrichtung ausgestattet gewesen sei. Das hätten auch die umfangreichen behördlichen Überprüfungen bestätigt.

Das Landgericht hat die Klage abgewiesen und zur Begründung zusammengefasst Folgendes ausgeführt:

Der Klägerin stehe kein Schadensersatzanspruch aus §§ 826, 31 BGB zu. Die ursprünglich vorhandene Fahrkurvenerkennung habe zwar unstreitig bewirkt, dass im Falle der Prüfstanderkennung nach dem Durchlaufen des Precon ein Teil des Emissionskontrollsystems, nämlich die beladungsgesteuerte Regeneration des NSK, deaktiviert werde. Diese Funktionsweise sei aber nicht als unzulässige Abschaltvorrichtung zu bewerten, denn auch im Straßenbetrieb könne es vorkommen, dass auf einer vergleichbaren Wegstrecke nur zwei Regenerationsvorgänge stattfänden. Im Übrigen habe die Beklagte mit der Applikation die legitime Zielsetzung verfolgt, durch die vorherige Entleerung des NSK vergleichbare Messergebnisse zu erreichen.

Zumindest lägen in subjektiver Hinsicht die Voraussetzungen einer gegen die guten Sitten verstoßenden Vorgehensweise nicht vor. Das gelte auch hinsichtlich der Verwendung des Thermofensters.

Für die von Klägerseite behauptete „Fehlconditionierung“ des OBD fehlten objektive Anhaltspunkte. Außerdem liege die Aufgabe des OBD lediglich darin, bei Ausfall eines emissionsrelevanten Bauteils oder Systems die Überschreitung von Emissionsgrenzwerten anzuzeigen.

Auch aus § 823 Abs. 2 BGB i.V.m. §§ 6, 27 EG-FGV ergebe sich mangels Schutzgesetzcharakters kein Schadensersatzanspruch. Ein Anspruch aus § 823 Abs. 2 BGB i.V.m. § 263 StGB scheitere zumindest an der fehlenden Stoffgleichheit.

Gegen dieses Urteil richtet sich die Berufung der Klägerin, mit der sie zunächst den auf wirtschaftliche Rückabwicklung des Kaufvertrages gerichteten Anspruch auf „großen“ Schadensersatz weiterverfolgt und später hilfsweise den Ersatz eines Differenzschadens von mindestens 15% des Kaufpreises verlangt hat. Mit Schriftsatz vom 11. Juli 2024 verlangt sie unter Rücknahme der zuvor gestellten weitergehenden Berufungsanträge nur noch den „kleinen bzw. mittleren Schadensersatz“ in Höhe von 15% des Kaufpreises und die Freistellung von vorgerichtlichen Rechtsanwaltskosten.

Die Klägerin betont, dass die mit der Zykluserkennung verbundene künstliche Hinauszögerung von NSK-Regenerationen zwangsläufig zu besseren Abgaswerten führe und damit als unzulässige Abschalteneinrichtung zu bewerten sei. Da die NOx-Grenzwerte im Realbetrieb um ein Vielfaches überschritten würden, sei auch von einer Manipulation des OBD auszugehen. Aufgrund der hohen Emissionswerte im Straßenbetrieb könne der Vortrag der Beklagten, die Fahrkurvenerkennung habe angeblich keine grenzwertkausalen Auswirkungen und das Thermofenster rampe nur in Temperaturbereichen unter -24 und über + 70 Grad Celsius ab, nicht zutreffend sein.

Nach den Erörterungen im ersten Senatstermin am 4. Januar 2024, in dem die Laufleistung des Fahrzeugs mit 123.130 km unstreitig gestellt worden ist, trägt die Klägerin weiter vor, die Beklagte räume inzwischen selbst ein, dass auch innerhalb des angegebenen Temperaturbereichs von -24 bis +70 Grad Celsius eine Abrampung der Abgasrückführungsrate aufgrund verschiedener Parameter erfolge. Die Klägerin verweist insofern auf einen von Prozessbevollmächtigten der Beklagten bei dem Amtsgericht Breisach am Rhein (1 C 97/22) eingereichten Schriftsatz vom 20. Oktober 2023.

Sie behauptet, die Laufleistung ihres Fahrzeugs habe am 11. Juli 2024 130.870 km betragen.

Die Klägerin beantragt zuletzt, unter Abänderung des angefochtenen Urteils wie folgt zu erkennen:

1. Die Beklagte wird verurteilt, an die Klägerin einen Entschädigungsbetrag bezüglich des Fahrzeugs der Marke VW mit der Fahrzeugidentifikationsnummer WVVZZZ3CZFP406778 zu zahlen, dessen Höhe in das Ermessen des Gerichts gestellt wird, der jedoch mindestens EUR 5.737,50 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 EUR 2.434,74 freizustellen.

Die Beklagte beantragt,

die Berufung zurückzuweisen.

Sie verteidigt das angefochtene Urteil mit näheren Ausführungen. Die Fahrkurvenerkennung sei nicht als unzulässige Abschalteneinrichtung zu bewerten. Das ergebe sich auch aus zahlreichen Auskünften des KBA. Sie selbst habe die Auswirkungen der Fahrkurvenerkennung anhand von A-/B-Messungen überprüft. Beim streitgegenständlichen Fahrzeugtyp hätten die Messungen an zwei vergleichbaren Repräsentantenfahrzeugen keinen messbaren Emissionseinfluss ergeben. Ein etwaiger Anspruch aus § 823 Abs. 2 BGB i.V.m. §§ 6, 27 EG-FGV sei im Übrigen auf den Differenzschaden beschränkt; hier könnten allenfalls 5% des Kaufpreises verlangt werden. Auf den Anspruch seien aber die Nutzungsentschädigung (nach einer zu erwartenden Gesamtleistung von 250.000 km) und der Restwert des Fahrzeugs anzurechnen. Ferner sei ein eventueller Schaden durch Aufspielen des Software-Updates entfallen.

Wegen der weiteren Einzelheiten des Sach- und Streitstandes wird auf den Inhalt des angefochtenen Urteils sowie auf die gewechselten Schriftsätze nebst Anlagen Bezug genommen (§ 540 Abs. 1 Nr. 1 ZPO).

II.

Die zulässige Berufung der Klägerin ist im tenorierten Umfang begründet.

1. Der Klägerin steht ein Anspruch auf Ersatz des Differenzschadens aus § 823 Abs. 2 BGB i.V.m. §§ 6, 27 EG-FGV zu, der mit 5% des gezahlten Kaufpreises – also einem Betrag von 1.912,50 EUR – zu bemessen ist. Entgegen den Einwendungen der Beklagten ist dieser im Kaufzeitpunkt entstandene Vermögensschaden nicht durch die Anrechnung von Vorteilen (teilweise) aufgezehrt.

a) Soweit die Klägerin mittlerweile einen zwar als „kleinen bzw. mittleren Schadensersatz“ bezeichneten Anspruch geltend macht, der allerdings der Sache nach aus der neueren Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs zum Differenzschaden hergeleitet wird, ist die entsprechende Umstellung des Klagebegehrens in der Berufungsinstanz prozessual 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 (BGH, Urteil vom 23. Juni 2015 – XI ZR 536/14, juris Rn. 33).

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 ein Berufungsführer – wie hier – gestützt auf denselben Lebenssachverhalt lediglich eine andere Schadensberechnung vornimmt und anstelle des großen Schadensersatzes den Differenzschaden geltend macht.

b) Der Bundesgerichtshof hat inzwischen – nach dem angefochtenen Urteil – entschieden, dass der Käufer eines mit einer unzulässigen Abschaltvorrichtung versehenen Kraftfahrzeugs unionsrechtlich vorgegeben in den persönlichen Schutzbereich der § 6 Abs. 1 und § 27 Abs. 1 EG-FGV in Verbindung mit Art. 5 der Verordnung (EG) Nr. 715/2007 fällt (vgl. BGH, Urteil vom 26. Juni 2023 – VIa ZR 335/21, juris Rn. 21).

Aus dem Umstand, dass beim Kauf und der Zulassung eines Kraftfahrzeugs eine vom Hersteller ausgestellte Übereinstimmungsbescheinigung beizufügen ist (§§ 6, 27 EG-FGV), ist ein besonderes Schutzinteresse des Fahrzeugkäufers im Verhältnis zum Hersteller herzuleiten, dass dieser die Regelungen des europäischen Abgasrechts eingehalten hat. Dabei weist die Übereinstimmungsbescheinigung nach der verbindlichen Auslegung des Unionsrechts durch den Gerichtshof der Europäischen Union nicht nur die Übereinstimmung des konkreten Kraftfahrzeugs mit dem genehmigten Typ aus, sondern auch die Übereinstimmung des konkreten Kraftfahrzeugs mit den materiellen Voraussetzungen der einzelnen Rechtsakte. Das

Vertrauen des Käufers in die Richtigkeit der ausgestellten Übereinstimmungsbescheinigung wird enttäuscht, wenn das erworbene Fahrzeug unter Verstoß gegen Art. 5 VO (EG) Nr. 715/2007 mit einer unzulässigen Abschaltvorrichtung ausgestattet ist (BGH, Urteil vom 26. Juni 2023 – VIa ZR 335/21, juris Rn. 28 ff.).

Unter welchen konkreten Umständen eine unzulässige Abschaltvorrichtung vorliegt, richtet sich nach Art. 3 Nr. 10, Art. 5 Abs. 2 Satz 1 VO (EG) Nr. 715/2007. Dabei trifft die Darlegungs- und Beweislast für das Vorliegen einer Abschaltvorrichtung im Sinne des Art. 3 Nr. 10 VO (EG) Nr. 715/2007 nach allgemeinen Regeln den jeweiligen Kläger als Anspruchsteller. Dagegen obliegt der Beklagten als Anspruchsgegnerin die Darlegungs- und Beweislast dafür, dass eine festgestellte Abschaltvorrichtung zulässig ist (vgl. BGH, Urteil vom 26. Juni 2023 – VIa ZR 335/21, juris Rn. 53 f).

Bei Anlegung dieser Maßstäbe ist auf der Grundlage des Sach- und Streitstands des vorliegenden Verfahrens davon auszugehen, dass bei dem Fahrzeug der Klägerin im maßgeblichen Zeitpunkt des Vertragsschlusses eine unzulässige Abschaltvorrichtung im Sinne der Fahrkurvenerkennung vorhanden war (dazu aa)). Dagegen lassen sich weitere für die Bemessung des Differenzschadens maßgebliche Abschaltvorrichtungen nicht feststellen (dazu bb)).

aa) Die im Kaufzeitpunkt hinterlegte Fahrkurvenerkennung war nach der Erkenntnislage des vorliegenden Rechtsstreits entgegen der Einschätzung des Landgerichts als Abschaltvorrichtung anzusehen, die auch nicht ausnahmsweise zulässig war.

(1) Nach Art. 3 Nr. 10 VO (EG) Nr. 715/2007 liegt eine „Abschaltvorrichtung“ vor, wenn durch ein Konstruktionsteil, das die Temperatur, die Fahrzeuggeschwindigkeit, die Motordrehzahl, 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.

Der Europäische Gerichtshof hat mittlerweile entschieden, dass der Tatbestand der Abschalteneinrichtung über den Wortlaut des Art. 3 Nr. 10 VO (EG) Nr. 715/2007 hinaus nicht nur bei einer entsprechenden Verringerung der Wirksamkeit des Emissionskontrollsystems erfüllt sein kann, sondern auch dann, wenn nur unter Prüfstandsbedingungen eine Verbesserung der Wirksamkeit des Emissionskontrollsystems bewirkt wird und zwar selbst dann, wenn eine solche Verbesserung punktuell auch unter normalen Nutzungsbedingungen des Fahrzeugs beobachtet werden kann (EuGH, Urteil vom 17. Dezember 2020 – C-693/18, juris Rn.102).

Eine solche Funktionsweise wies auch die ursprünglich implementierte Fahrkurvenerkennung auf. Die in der Motorsteuerungssoftware hinterlegte Funktion bewirkte unstreitig, dass beim Erkennen einer dem NEFZ stets vorgeschalteten Vorkonditionierungsfahrt (Preconditioning oder „Precon“) bei deren Beendigung eine vollständige Regeneration des NSK ausgelöst wurde. Außerdem führte die Bedatung dazu, dass beim anschließenden Durchfahren des auf 11 km angelegten Prüfzyklus in jedem Fall nur (streckengesteuert) zwei Regenerationen des NSK ausgelöst wurden, während im Straßenbetrieb auf einer gleich langen Strecke je nach dem vorherigen Beladungszustand des NSK entweder zwei oder drei 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 Abschlussberichts der Untersuchungskommission „Volkswagen“), bedeutet eine Reduzierung der Anzahl der Regenerationen eine Verbesserung der Wirksamkeit des Emissionskontrollsystems, die hier allein unter Prüfstandsbedingungen stattfindet.

Im vorliegenden Fall räumt die Beklagte zudem ein, dass die im streitgegenständlichen Fahrzeug hinterlegte Fahrkurvenerkennung dazu führte, dass in Abhängigkeit von der Abgastemperatur und der Alterung des NSK eine Heizmaßnahme im NEFZ aktiviert werden konnte. Dies führte dazu, dass die Temperatur des NSK im NEFZ unmittelbar vor dem ersten NSK-Regenerationsevent erhöht wurde. Da die Funktion des NSK vom Erreichen einer bestimmten Betriebstemperatur abhängt, wird somit durch das Aufheizen allein unter Prüfstandsbedingungen eine Verbesserung der Wirksamkeit des Emissionskontrollsystems bewirkt.

Der damit anzunehmende Verstoß gegen Art. 3 Nr. 10 VO (EG) Nr. 715/2007 wird auch nicht durch den ergänzenden Vortrag der Beklagten widerlegt.

Soweit sie etwa unter Berufung auf verschiedene Auskünfte des KBA ausführt, die Auswirkungen der Fahrkurvenerkennung hätten keine Relevanz für die Einhaltung des NO_x-Grenzwertes von 80 mg/km, kommt es darauf für die Beurteilung einer Abschaltseinrichtung i.S.d. Art. 3 Nr. 10 VO (EG) Nr. 715/2007 nicht an (BGH, Urteil vom 26. Juni 2023 – VIa ZR 335/21, juris Rn. 51).

Zwar trägt die Beklagte im vorliegenden Verfahren darüber hinaus vor, von ihr veranlasste A-/B-Messungen an Feldfahrzeugen hätten ergeben, dass die hinterlegte Fahrkurvenerkennung überhaupt keinen außerhalb der üblichen Messtoleranzen liegenden Einfluss auf die NO_x-Emissionen gehabt habe.

Dieser im Senatstermin näher erläuterte Vortrag der Beklagten steht aber im vorliegenden Verfahren einer Bewertung der an die Fahrkurvenerkennung geknüpften Funktionsweise als Abschaltseinrichtung nicht entgegen:

Die Beklagte räumt selbst ein, dass bei den A-/B-Messungen die gezielte Platzierung des Regenerationsevents im Precon beibehalten worden sei. Dabei handelt es sich aus Sicht des Senates aber gerade um die mit Art. 3 Nr. 10 VO (EG) Nr. 715/2007 nicht zu vereinbarende Umschaltung im Prüfstandsbetrieb, die im Straßenbetrieb nicht stattfindet. Wenn diese Umschaltung bei den A-/B-Messungen jeweils aktiviert geblieben ist, ist es zwar nachvollziehbar, dass die Emissionswerte keinen nennenswerten Unterschied aufwiesen. Zugleich ist dann aber die angewandte Überprüfungsmethode nicht geeignet, den Tatbestand der Abschaltseinrichtung zu widerlegen, zumal ungeklärt bleibt, ob nicht gerade die kumulative Aktivierung von Regeneration und Aufheizung des NSK zu besseren Emissionswerten auf dem Prüfstand als im Straßenbetrieb führt.

Dem Vortrag der Beklagten steht auch der Inhalt der von ihr vorgelegten Auskunft des KBA gegenüber dem Landgericht Lübeck (4 O 144/21) vom 30. Mai 2022 entgegen (Bl. 1529 f E-Akte II. Instanz), die ebenfalls einen nach Euro 6 klassifizierten VW Passat mit dem EA288-Motor in der Variante mit 110 kW betrifft. Daraus ergibt sich, dass im KBA – anders als offenbar bei der Beklagten – Prüfungen mit Deaktivierung der Fahrkurvenerkennung als solcher stattgefunden haben, bei

denen nach dem Wortlaut der Auskunft (lediglich) festgestellt wurde, dass die Grenzwerte in den Prüfverfahren zur Untersuchung der Auspuffemissionen nicht überschritten worden seien. Ein solcher auf die bloße Grenzwerteinhaltung beschränkter Auskunftsinhalt ist dem Senat im Übrigen auch aus zahlreichen anderen KBA-Auskünften bekannt.

Außerdem genügt es für die Erfüllung des Tatbestands der Abschaltelinrichtung, wenn durch die geänderte Ansteuerung der Abgasnachbehandlung im Prüfstandsbetrieb irgendein Emissionswert im Vergleich zum Straßenbetrieb verbessert wird. Dass die ursprünglich verwendete Fahrkurvenerkennung hingegen für sämtliche Emissionen ohne Auswirkungen blieb, behauptet selbst die Beklagte nicht, sondern ihre Angaben beschränken sich darauf, dass die NO_x-Emissionen bei den A-/B-Messungen innerhalb der üblichen Messtoleranzen gleichgeblieben sein sollen.

(2) Der Vortrag der Beklagten gibt auch nichts dafür her, dass die hinterlegte Fahrkurvenerkennung i.S.d. Art. 5 Abs. 2 Satz 2 VO (EG) Nr. 715/2007 als eine ausnahmsweise zulässige Abschaltelinrichtung angesehen werden könnte.

Da Art. 5 Abs. 2 Satz 2 VO (EG) Nr. 715/2007 eine Ausnahme vom Verbot der Verwendung von Abschaltelinrichtungen enthält, die die Wirkung von Emissionskontrollsystemen verringern, ist diese Bestimmung eng auszulegen (vgl. EuGH, Urteile vom 14. Juli 2022 – C-145/20, juris Rn. 61; vom 21. März 2023 – C-100/21, juris Rn. 61). Die Abschaltelinrichtung muss nicht nur notwendig sein, um den Motor vor Beschädigung oder Unfall zu schützen, sondern kumulativ auch, um den sicheren Betrieb des Fahrzeugs zu gewährleisten, wobei die Verschmutzung und der Verschleiß des Motors nicht als Beschädigung oder Unfall im Sinne der Vorschrift angesehen werden kann (vgl. EuGH, Urteile vom 14. Juli 2022, aaO Rn. 65; vom 21. März 2023, aaO Rn. 62 f).

Eine Abschaltelinrichtung kann daher nur dann ausnahmsweise zulässig sein, wenn nachgewiesen ist, 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, und diese Risiken derart schwer wiegen, dass sie eine konkrete Gefahr

beim Betrieb des mit dieser Einrichtung ausgestatteten Fahrzeugs darstellen (vgl. EuGH, Urteil vom 21. März 2023, aaO Rn. 64).

Die von der Beklagten beschriebene Intention, durch die Fahrkurvenerkennung Messergebnisse zu erreichen, die wegen der gleichen Anzahl von Regenerationsvorgängen vergleichbar sind, fällt hingegen nicht unter den Ausnahmetatbestand des Art. 5 Abs. 2 S. 2 VO (EG) Nr. 715/2007.

bb) Dagegen lassen sich weitere für die Bemessung des Differenzschadens maßgebliche (unzulässige) Abschaltseinrichtungen nicht feststellen.

(1) Die Klägerin kann einen Anspruch aus § 823 Abs. 2 BGB nicht auf ein unzulässig bedatetes Thermofenster stützen.

Die Klägervertreter haben in der Berufungsbegründung auf S. 9 noch ausgeführt, der Vortrag bezüglich des Thermofensters solle nicht aufrecht erhalten bleiben, während dann in der Senatssitzung am 4. Januar 2024 die abweichende Erklärung abgegeben wurde, an dem entsprechenden Vorwurf solle doch festgehalten werden.

(a) Es liegen aber keine greifbaren Anhaltspunkte dafür vor, dass beim streitgegenständlichen Fahrzeugtyp die Reduzierung der Abgasrückführungsrate in Abhängigkeit von bestimmten Umgebungstemperaturen dergestalt bedatet ist, dass sie sich als Verletzung des Verbots unzulässiger Abschaltseinrichtungen in Art. 3 Nr. 10 und Art. 5 VO (EG) Nr. 715/2007 darstellt und damit zu einer Unrichtigkeit der von der Beklagten ausgestellten EG-Übereinstimmungsbescheinigung führt.

Den Klägervertretern ist zwar darin zu folgen, dass die von ihnen in der Klageschrift behauptete Abrampung der Abgasrückführung bereits ab einer Temperatur unterhalb von +17 Grad Celsius bzw. oberhalb von +30 Grad Celsius eine Abschaltseinrichtung darstellen könnte (EuGH, Urteil vom 14. Juli 2022 – C-128/20, juris Rn. 40 ff.). Denn Emissionskontrollsysteme sind so auszulegen, dass sie in einem deutlich weiteren Temperaturbereich funktionsfähig sind, nämlich unter Bedingungen, wie sie im gesamten Unionsgebiet – nicht nur in bestimmten Regionen – üblich sind (BGH, Urteil vom 26. Juni 2023 – VIa ZR 335/21, juris Rn. 50).

Eine solche uneingeschränkte Wirksamkeit des Emissionskontrollsystems unter den im Unionsgebiet üblichen Fahrbedingungen ist aber nach dem Vortrag der Beklagten gegeben, denn bei den EA288-Motoren, wie sie im streitgegenständlichen Fahrzeugtyp zum Einsatz kommen, sollen technische Verbesserungen dazu geführt haben, dass die Abgasrückführungsrate in einem sehr weiten Temperaturbereich zwischen -24 Grad Celsius und +70 Grad Celsius zu 100% aktiv bleiben kann, d.h. keine Veränderung der Abgasrückführungsrate in Abhängigkeit von der Umgebungslufttemperatur stattfindet.

Entsprechende Extremtemperaturen herrschen bezogen auf das gesamte Unionsgebiet – wie allgemein bekannt ist – üblicherweise nicht vor, so dass das von der Beklagten für den streitgegenständlichen Fahrzeugtyp dargelegte Thermofenster keine Abschaltvorrichtung i.S.d. Art. 3 Nr. 10 VO (EG) Nr. 715/2007 darstellt.

(b) Für die abweichend davon von den Klägervertretern behauptete enge Bedatung des Thermofensters fehlen greifbare tatsächlichen Anhaltspunkte. Die entsprechende Behauptung wird von der Klägerin ohne greifbare Anhaltspunkte lediglich ins Blaue hinein aufgestellt und kann der Entscheidung des Senats nicht zugrunde gelegt werden.

Dass das Thermofenster im streitgegenständlichen Fahrzeugtyp unzulässig bedatet ist, kann entgegen der Darstellung der Klägervertreter nicht aus der inzwischen ergangenen Rechtsprechung hergeleitet werden, denn weder die dem Senat bekannten Urteile des Europäischen Gerichtshofs vom 21. März 2023 (C-100/21), vom 14. Juli 2022 (C-128/20) und vom 17. Dezember 2020 (C-693/18) noch das Urteil des Verwaltungsgerichts Schleswig vom 20. Februar 2023 (3 A 113/18) beziehen sich auf den hier in Rede stehenden Motortyp EA288.

Eine Beschränkung der ordnungsgemäßen Emissionsbehandlung auf den im NEFZ vorgesehenen Temperaturbereich lässt sich auch nicht aus dem Umstand schlussfolgern, dass die Emissionswerte in normalen Straßenbetrieb nach Darstellung der Klägervertreter deutlich höher ausfallen sollen als unter den NEFZ-Bedingungen.

Die höheren Emissionswerte außerhalb des Prüfstands lassen sich keineswegs nur mit dem Vorhandensein einer (unzulässigen) Abschaltvorrichtung begründen,

sondern die Unterschiede ergeben sich bei älteren Fahrzeugen mit einer – wie hier – vor September 2017 erteilten Typgenehmigung bereits daraus, dass die Prüfstandswerte noch unter den „Laborbedingungen“ des Neuen Europäischen Fahrzyklus (NEFZ) ermittelt wurden, die viele reale Bedingungen im Straßenverkehr wie u.a. Drehzahl, Beladung, Außentemperatur, Höhenunterschiede nicht abbildeten (vgl. etwa Reinking/Eggert *Der Autokauf*, 14. Aufl. 2020, Rn. 624a).

Angesichts der unstreitigen gravierenden Unterschiede der Prüfstandsbedingungen von denen im Realbetrieb sind die abweichenden Messwerte deshalb nicht ohne Weiteres als Indiz für eine vorhandene Abschaltseinrichtung i.S.d. Art. 5 VO (EG) Nr. 715/2007 geeignet (vgl. BGH, Urteil vom 21. April 2022 – VII ZR 70/21, juris Rn. 20; 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, juris Rn. 17; Urteil vom 13. Juli 2021 – VI ZR 128/20, juris Rn. 23; sowie OLG Schleswig, Urteil vom 11. Januar 2022 – 7 U 84/21, juris Rn. 38; OLG Stuttgart, Urteil vom 19. Januar 2021 – 16a U 196/19, juris Rn. 59 ff.; OLG Frankfurt, Urteil vom 7. Oktober 2020 – 4 U 171/18, juris Rn. 44; Senatsurteil vom 29. Juni 2021 – 13 U 434/20, juris Rn. 75).

Zwar mag sich im Einzelfall aus der konkreten Höhe der im realen Fahrbetrieb gemessenen Schadstoffwerte ein Anhaltspunkt für die Verwendung einer unzulässigen Abschaltseinrichtung ergeben, wenn die Grenzwertüberschreitung derart auffällig hoch ist, dass eine andere Abgas(nach-)behandlung auf dem Prüfstand als auf der Straße als naheliegend erscheint.

Davon gehen auch die Leitlinien der Europäischen Kommission vom 26. Januar 2017 – C (2017) 352 – für die Bewertung zusätzlicher Emissionsstrategien und des Vorhandenseins von Abschaltseinrichtungen aus. Darin wird unter Ziff. 3.2.2. empfohlen, die zu genehmigenden Fahrzeuge unter abgewandelten Standardbedingungen, den sogenannten modifizierten Prüfbedingungen, zu prüfen, um etwaige Abschaltseinrichtungen zu entdecken. Insbesondere werden Prüfungen auf der Straße empfohlen, wobei davon ausgegangen wird, dass die veränderten Prüfbedingungen (z. B. die Fahrzeuggeschwindigkeit in Abhängigkeit vom Verkehr, die Temperatur) zu einer erheblich veränderten physikalischen Antwort des Motorsystems führen. Nach den Leitlinien der Europäischen Kommission soll deshalb erst bei Überschreitung bestimmter Prüfschwellen ein „Verdachtsfall“ für das Vorhandensein einer unzulässigen Abschaltseinrichtung anzunehmen sein, wobei in

den Leitlinien für die Überprüfungen im Straßenbetrieb ein Faktor 2 bis 5 vorgeschlagen wird.

Dass bei der streitgegenständlichen Fahrzeug-/Motorvariante entsprechende evident auffällige Emissionswerte gemessen wurden, die auf die Verwendung einer unzulässigen Abschaltvorrichtung hindeuten, ergibt sich aus dem Vorbringen der Klägervertreter nicht. Insbesondere werden keine konkreten Messergebnisse vorgetragen, die Rückschlüsse auf das Emissionsverhalten der streitgegenständlichen Fahrzeug-/Motorkombination erlauben.

Umgekehrt ist in den Blick zu nehmen, dass auch das KBA die in den Leitlinien der Europäischen Kommission vorgeschlagenen modifizierten Prüfbedingungen zum Nachweis unzulässiger Abschaltvorrichtungen angewandt hat, als die Behörde im Zuge der vom damaligen Bundesverkehrsminister am 22. September 2015 eingesetzten Untersuchungskommission „Volkswagen“ mit Überprüfungen beauftragt wurde, ob neben den EA189-Motoren auch andere Dieselmotoren der Emissionsklassen Euro 5 und Euro 6 von den Unregelmäßigkeiten bei der Abgasbehandlung betroffen waren.

Nach dem gerichtsbekannten und auch im vorliegenden Verfahren mit Schriftsatz vom 17. September 2021 zur Akte gereichten Abschlussbericht der Untersuchungskommission „Volkswagen“ dienten die entsprechenden Überprüfungen gerade dazu, die Angaben der Beklagten, die in der Produktion befindlichen Fahrzeuge mit den EA288-Motoren enthielten keine unzulässigen Abschaltvorrichtungen, mit höchster Priorität durch Felduntersuchungen zu verifizieren (Abschlussbericht, S. 4 und 60).

Die behördlichen Maßnahmen waren insofern nach Bekanntwerden der implementierten Prüfstandserkennung in den EA189-Motoren – anders als in den ursprünglichen Typgenehmigungsverfahren – nunmehr gerade darauf ausgerichtet, etwaige bei den EA288-Motoren vorhandene unzulässige Abschaltvorrichtungen ausfindig zu machen. So wurden nach der näheren Darstellung in dem Abschlussbericht auf S. 14 ff. an verschiedenen mit dem EA288-Motor ausgestatteten Fahrzeugen Testverfahren durchgeführt, bei dem der auf eine Dauer von 1180s angelegte eigentliche Prüflauf „NEFZ kalt“ im direkten Anschluss erneut durchlaufen wurde („NEFZ warm“), um eine zeitliche Begrenzung der Emissionsreduktionsmaßnahmen auf die Dauer des Prüflaufs zu erkennen. Dann

wurde in einem 3. Prüfzyklus eine geringere Umgebungstemperatur von 10°C gewählt, um eine etwaige temperaturabhängige Beeinflussung der Emissionsbehandlung zu erkennen. In einem 4. Prüfzyklus wurden die Prüfstandsbedingungen mittels *Portable Emissions Measurement System* (PEMS) auf der Straße wiederholt. In einem 5. Prüfzyklus wurde der vorherige Test in umgekehrter Reihenfolge durchgeführt. In einem 6. und 7. Prüfzyklus wurde der NEFZ-Prüflauf auf der Straße mit 10% höherer bzw. anschließend 10% geringerer Geschwindigkeit wiederholt. Zusätzlich wurde in einem 8. Prüfzyklus zu Vergleichszwecken eine realitätsnahe Straßenmessung nach künftiger RDE-Vorschrift durchgeführt, um unzulässige Applikationen mit einer „zyklusnahen Bedatung“ feststellen zu können. Diese realitätsnahe RDE-Prüfung ist auf eine Fahrdauer zwischen 90 und 120 Minuten angelegt, wobei ein Stadtbetrieb, ein Landstraßen- sowie ein Autobahnbetrieb über eine Strecke von jeweils mindestens 16 km erfolgt (vgl. Ziff. 6.10 und 6.12 der Anl. IIIa der VO (EU) 2016/427 der Europäischen Kommission).

Aufgrund dieser Überprüfungen wurden zwar bei den Fahrzeugen mit den EA189-Motoren aufgrund der vorhandenen unzulässigen Abschaltvorrichtung deutlich schlechtere NO_x-Werte gemessen, sobald die Fahrzeuge sich aus dem Weg-/ Zeitkorridor des NEFZ-Prüflaufs entfernen (Abschlussbericht, S. 114). Dagegen ist in dem Abschlussbericht im Hinblick auf die laufende Produktion der Fahrzeuge mit Motoren der Baureihe EA288 als Ergebnis der Überprüfungen ausdrücklich festgehalten, dass sich Hinweise, diese Motoren seien ebenfalls von Abgasmanipulationen betroffen, als unbegründet erwiesen hätten (Abschlussbericht, S. 12).

Aus dem Abschlussbericht der Untersuchungskommission „Volkswagen“ ergibt sich, dass auch ein mit dem streitgegenständlichen Aggregat vergleichbarer nach Euro 6 klassifizierter EA288-Dieselmotor mit 2.0l Hubraum in der Leistungsstufe mit 110kW und NSK-Technik bei einem VW Sportsvan überprüft worden ist (Abschlussbericht, S. 64). Dabei wurde festgestellt, dass das Fahrzeug den NO_x-Grenzwert von 80 mg/km unter fast allen modifizierten Prüfbedingungen deutlich unterschritten hat; lediglich unter RDE-Bedingungen wurden NO_x-Emissionen von 126,55 mg/km gemessen, die allerdings deutlich unter den o.g. Prüfschwellen lagen. Die modifizierten Prüfbedingungen wurden bei dem 110kW-Aggregat zudem in einem VW Touran bei niedrigeren Umgebungstemperaturen zwischen 7 und 10,8 Grad

Celsius angewandt (Abschlussbericht, S. 65). Auch dabei wurden keine signifikant auffälligen Emissionswerte festgestellt, die auf ein unzulässiges Thermofenster hingedeutet haben.

Vor diesem Hintergrund ist auch die von der Beklagten vorgelegte Auskunft des KBA gegenüber dem Landgericht Lübeck (4 O 144/21) vom 30. Mai 2022 zu sehen, in der zu der hier streitgegenständlichen Fahrzeug-/Motorkombination eines VW Passat 2.0 TDI 110 kW bestätigt wird, dass weder anhand von Softwareanalysen noch anhand von PEMS-Emissionsmessungen zwischen 7 und 19 Grad Celsius Anhaltspunkte für unzulässige Abschaltvorrichtungen gefunden wurden (Bl. 1529 f E-Akte II. Instanz).

(c) Die Klägervertreter tragen auch ansonsten keine greifbaren Anhaltspunkte dafür vor, dass bei dem Fahrzeug der Klägerin ein unzulässig enges Thermofenster zum Einsatz kommt.

(aa) Soweit in I. Instanz Ermittlungen der Staatsanwaltschaft Braunschweig angesprochen worden sind, fehlt es an näheren Ausführungen, ob sich daraus Erkenntnisse ergeben haben, die für den Streitfall von Bedeutung sind.

(bb) Der in I. Instanz erwähnte Rückruf von verschiedenen Fahrzeugen des Typs VW T6 stand nach dem Kenntnisstand des Senats in Zusammenhang mit einem falsch berechneten KI-Faktor, ohne dass dies Rückschlüsse auf eine unzulässige Bedatung des Thermofensters erlauben würde.

Zwar ist dem Senat der von den Klägervertretern im Schriftsatz vom 5. Februar 2024 angesprochene Umstand bekannt, dass das Thermofenster bei den VW T6 („Bulli“) enger bedatet ist als bei den PKW-Fahrzeugen mit EA288-Motoren. Das erlaubt aber gerade wegen des anderen Fahrzeuggewichts und Aufbaus sowie der anderen Auslegung des vornehmlich als Nutzfahrzeug genutzten VW T6 keinen Rückschluss auf eine unzulässige Bedatung des Thermofensters bei dem hier in Rede stehenden Fahrzeugtyp.

(cc) Dass die Abgasrückführungsrate – wie die Klägervertreter ebenfalls in dem Schriftsatz vom 5. Februar 2024 unter Verweis auf einen Vortrag der Prozessbevollmächtigten der Beklagten in einem Rechtsstreit vor dem Amtsgericht Breisach ausführen – anderen limitierenden Faktoren wie u.a. Last, Drehzahl,

Umgebungsdruck, im Motorraum gemessene Temperaturen unterliegt, kann auch daraus nach dem Sach- und Streitstand des vorliegenden Verfahrens keine haftungsbegründende Abschalteneinrichtung 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).

(2) Die Voraussetzungen einer Haftung der Beklagten werden auch nicht mit der Begründung schlüssig dargetan, das im streitgegenständlichen Fahrzeug verwendete On-board-Diagnosesystem (OBD) sei „manipuliert“, so dass Grenzwertüberschreitungen nicht angezeigt würden.

Die Klägervertreter tragen bereits in tatsächlicher Hinsicht keine greifbaren Anhaltspunkte vor, die auf eine entsprechende Manipulation bei dem hier in Rede stehenden Fahrzeug hindeuten.

Überdies handelt es sich nach der gesetzlichen Regelung in Art. 3 Nr. 9 der VO (EG) Nr. 715/2007 bei dem OBD um eine Vorrichtung für die Emissionsüberwachung, die in der Lage ist, mithilfe rechnergespeicherter Fehlercodes den Bereich von Fehlfunktionen anzuzeigen. Ein entsprechendes Kontrollgerät kann bereits begrifflich keine Abschalteneinrichtung i.S.d. Art. 3 Nr. 10 VO (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. Insbesondere findet bei der von den Klägervertretern behaupteten OBD-Manipulation keine unterschiedliche Emissionsbehandlung auf dem Prüfstand im Vergleich zu der im Straßenbetrieb statt.

Im Übrigen mag es aus Sicht der handelnden Ingenieure angesichts der vom KBA überprüften unauffälligen Emissionsmesswerte sowie der für zulässig erachteten Applikationen (Fahrkurvenerkennung, Thermofenster) nur konsequent gewesen sein, das OBD-System so einzustellen, dass in dem behördlich überprüften und freigegebenen Zustand keine Fehlermeldungen generiert werden (vgl. OLG Hamm, Urteil vom 8. Juni 2021 – 19 U 1567/19, juris Rn. 46; OLG Brandenburg, Urteil vom

7. Juni 2021 – 1 U 104/19, juris Rn. 39; OLG Karlsruhe, Urteil vom 14. Mai 2021 – 8 U 14/20, juris Rn. 77; OLG Düsseldorf, Urteil vom 12. Mai 2021 – 18 U 526/19, juris Rn. 40).

c) Zur Erwerbskausalität kann sich die Klägerin als Anspruchstellerin 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 sie den Kaufvertrag zu diesem Kaufpreis nicht geschlossen hätte (vgl. BGH, Urteile vom 26. Juni 2023 – VIa ZR 335/21, juris Rn. 55; vom 6. Juli 2021 – VI ZR 40/20, juris Rn. 21).

d) Soweit die Beklagte wegen der vorhandenen Fahrkurvenerkennung eine unzutreffende Übereinstimmungsbescheinigung ausgestellt hat, ist dieser Verstoß gegen § 6 Abs. 1, § 27 Abs. 1 EG-FGV auch schuldhaft erfolgt.

Eine Schadensersatzhaftung nach § 823 Abs. 2 BGB in Verbindung mit § 6 Abs. 1, § 27 Abs. 1 EG-FGV setzt ein Verschulden des in Anspruch genommenen Fahrzeugherstellers voraus (vgl. BGH, Urteil vom 26. Juni 2023 – VIa ZR 335/21, juris Rn. 36 f). Insoweit genügt ein fahrlässiger Verstoß für die Haftung (BGH, Urteil vom 26. Juni 2023, aaO Rn. 38). Maßstab für die Bestimmung der Fahrlässigkeit im Rahmen von § 823 Abs. 2 BGB ist § 276 Abs. 2 BGB (vgl. BGH, Urteil vom 16. Januar 1968 – VI ZR 134/66, juris Rn. 15). Nach § 276 Abs. 2 BGB handelt fahrlässig, wer die im Verkehr erforderliche Sorgfalt außer Acht lässt. Fahrlässigkeit setzt unter anderem die Erkennbarkeit der Rechtswidrigkeit voraus. Ein Irrtum des Schuldners über die Rechtmäßigkeit seines Tuns schließt Fahrlässigkeit nur aus, wenn er unvermeidbar war. An die Unvermeidbarkeit sind strenge Anforderungen zu stellen (vgl. bereits BGH, Urteil vom 27. September 1989 – IVa ZR 156/88, juris Rn. 8; siehe auch OLG Hamm, Beschluss vom 13. Juli 2023 – 13 U 527/21, juris Rn. 70; OLG Celle, Urteil vom 18. Oktober 2023 – 7 U 67/23, juris Rn. 82).

Der Fahrzeughersteller muss, wenn er eine Übereinstimmungsbescheinigung trotz der Verwendung einer unzulässigen Abschaltvorrichtung ausgeben und dadurch § 6 Abs. 1, § 27 Abs. 1 EG-FGV verletzt hat, Umstände darlegen und beweisen, die sein Verhalten ausnahmsweise nicht als fahrlässig erscheinen lassen (vgl. BGH, Urteil vom 26. Juni 2023 – VIa ZR 335/21, juris Rn. 59). Dabei kommt es nicht auf das Vorstellungsbild des Herstellers bei der Entwicklung der Emissionsstrategien

oder bei Beantragung der Typgenehmigung an. Maßgeblich ist stattdessen der Zeitpunkt, zu dem das streitgegenständliche Fahrzeug erworben wurde, weil erst dann durch das schädigende Ereignis das gesetzliche Schuldverhältnis gemäß § 823 Abs. 2 BGB entstanden ist (vgl. BGH, Urteil vom 26. Juni 2023, aaO Rn. 61).

Ein Fahrzeughersteller, der sich unter Berufung auf einen unvermeidbaren Verbotsirrtum entlasten will, muss – zweistufig – erstens den Verbotsirrtum als solchen und zweitens die Unvermeidbarkeit des Verbotsirrtums konkret darlegen und beweisen. Nur ein auch bei Anwendung der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt unvermeidbarer Verbotsirrtum kann entlastend wirken. Ein entlastend wirkender Verbotsirrtum kann vorliegen, wenn der Schädiger die Rechtslage unter Einbeziehung der höchstrichterlichen Rechtsprechung sorgfältig geprüft hat und er bei Anwendung der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt mit einer anderen Beurteilung durch die Gerichte nicht zu rechnen braucht (vgl. BGH, Urteil vom 26. Juni 2023, aaO Rn. 63). Dabei kann der Fahrzeughersteller zu seiner Entlastung darlegen und erforderlichenfalls nachweisen, seine Rechtsauffassung von Art. 5 Abs. 2 VO (EG) Nr. 715/2007 wäre bei entsprechender Nachfrage von der für die EG-Typgenehmigung oder für anschließende Maßnahmen zuständigen Behörde bestätigt worden (hypothetische Genehmigung). Steht fest, dass eine ausreichende Erkundigung des einem Verbotsirrtum unterliegenden Schädigers dessen Fehlvorstellung bestätigt hätte, scheidet eine Haftung nach § 823 Abs. 2 BGB infolge eines unvermeidbaren Verbotsirrtums auch dann aus, wenn der Schädiger eine entsprechende Erkundigung nicht eingeholt hat (vgl. BGH, Urteil vom 26. Juni 2023, aaO Rn. 65).

Die Beklagte trägt hier nicht schlüssig zu den Voraussetzungen eines Irrtums ihrer Vorstandsmitglieder vor. Insbesondere ist nicht erkennbar, ob die maßgeblichen Verantwortungsträger der Beklagten bereits im maßgeblichen Zeitpunkt des Kaufvertragsabschlusses im Mai 2015 von der Verwendung der Fahrkurvenerkennung (auch) bei den EA288-Motoren wussten und von der Zulässigkeit dieser Applikation ausgegangen sind.

e) In der Rechtsfolge steht der Klägerin aufgrund der Schutzgesetzverletzung ein Anspruch auf Ersatz des Differenzschadens zu.

Das Unionsrecht verlangt 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% und 15% des gezahlten Kaufpreises rechtlich begrenzt (vgl. BGH, Urteil vom 26. Juni 2023, aaO Rn. 72 f).

Davon ausgehend kann die Klägerin hier einen – nicht aufgezehrten – Differenzschaden in Höhe von 5% des Kaufpreises, also einen Betrag von 1.912,50 EUR, ersetzt verlangen.

aa) Die Höhe des entstandenen Differenzschadens ist einer tatrichterlichen Schätzung nach § 287 ZPO zugänglich. Bei der Schätzung des Schadens innerhalb des Rahmens zwischen 5 und 15 % 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).

Bei der gebotenen Gesamtwürdigung dieser Umstände handelt es sich vorliegend in jeder Hinsicht, sowohl was die Art als auch was die möglichen Folgen des Verstoßes und das Verschulden der Beklagten angeht, um einen geringgradigen Fall, der die Anwendung des unteren Prozentsatzes von 5 % rechtfertigt.

bb) Entgegen der Auffassung der Beklagten führt allein das Software-Update nicht dazu, dass der Schaden entfällt. Denn der Schaden ist bereits im Zeitpunkt des Kaufvertragsabschlusses eingetreten. Wurde das Software-Update nach Erwerb des Fahrzeugs aufgespielt, sind damit gegebenenfalls verbundene Wertverbesserungen nur im Rahmen des Vorteilsausgleichs berücksichtigungsfähig (vgl. BGH, Urteile vom 26. Juni 2023 - VIa ZR 335/21, juris Rn. 80; vom 20. Juli 2023 – III ZR 267/20, juris Rn. 33; vom 6. Juli 2021 – VI ZR 40/20, juris Rn. 23 f).

cc) Der Anspruch auf Ersatz des Differenzschadens aus § 823 Abs. 2 BGB i. V. m. §§ 6 Abs. 1, 27 Abs. 1 EG-FGV unterliegt zwar im Ausgangspunkt der Vorteilsausgleichung (vgl. BGH, Urteil vom 24. Juli 2023 – VIa ZR 752/22, juris Rn. 12). Im Streitfall sind allerdings Nutzungsvorteil und Restwert nicht vorteilsausgleichend zu berücksichtigen, weil sie in der Summe den Kaufpreis abzüglich des Differenzschadens – mithin den tatsächlichen Fahrzeugwert – nicht übersteigen (vgl. BGH, Urteil vom 24. Januar 2022 - VIa ZR 100/21, juris Rn. 22). Das Software-Update führt nach den Umständen des Streitfalls zu keiner anderen Bewertung.

(1) 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 Gesamtlaufleistung 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).

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, weil es sich um einen auf lange Fahrtstrecken ausgelegten Dieselmotor mit dem etwas größeren und tendentiell belastbareren 2-Liter-Hubraum handelt. Die vom Senat angesetzte Gesamtleistung entspricht zudem einer gängigen obergerichtlichen Rechtsprechung (Schleswig-Holsteinisches Oberlandesgericht, Urteil vom 08. Juli 2021 – 11 U 143/20, juris Rn. 31; OLG Hamm, Urteil vom 08. Juni 2021 – 4 U 153/19, juris Rn. 13; Brandenburgisches Oberlandesgericht, Urteil vom 08. Juni 2021 – 3 U 124/20, juris Rn. 41; OLG München, Urteil vom 20. April 2021 – 5 U 6625/20, juris Rn. 15; OLG Frankfurt, Urteil vom 17. März 2021 – 13 U 338/19, juris Rn. 23; OLG Hamm, Urteil vom 18. August 2020 – 34 U 150/19, juris Rn. 71; OLG Koblenz, Urteil vom 25. Juni 2020 – 1 U 1719/19, juris Rn. 77; OLG Brandenburg, Urteil vom 25. Februar 2020 – 3 U 64/19, juris Rn. 69; OLG Stuttgart, Urteil vom 28. November 2019 – 14 U 89/19, juris Rn. 65; OLG Köln, Urteil vom 3. Januar 2019 – 18 U 70/18, juris Rn. 49).

Der verstorbene Ehemann der Klägerin hat das Fahrzeug mit einer Laufleistung von 0 Kilometern zu einem Kaufpreis von 38.250,00 EUR erworben. Die Parteien haben die Laufleistung des Fahrzeugs im ersten Senatstermin am 4. Januar 2024 mit 123.130 km unstreitig gestellt.

Die im zweiten Senatstermin am 18. Juli 2024 von der Klägerin vorgetragene höhere Laufleistung von 130.870 km wurde zwar mangels Lichtbildvorlage nicht unstreitig gestellt, liegt aber im Vergleich zu den früher mitgeteilten Kilometerständen in einem erwartbaren Rahmen der üblichen Fahrzeugnutzung. Für den zwischen dem 11. Juli 2024 und der mündlichen Verhandlung vor dem Senat liegenden Zeitraum hat der Senat unter Berücksichtigung der Durchschnittswerte weitere 40 km geschätzt.

Nach der vom Senat herangezogenen Berechnungsmethode ergibt sich damit eine Nutzungsentschädigung von

38.250,00 EUR x 130.910 km

----- = 16.691,03 EUR.

300.000 km

(2) Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs ist auch der verbliebene Restwert des Fahrzeugs als Vorteil anzurechnen. Das gilt selbst dann, wenn ein Kläger das Fahrzeug weiterhin in seinem Besitz hat (BGH, Urteil vom 27. November 2023 – VIa ZR 159/22, juris Rn. 13).

Die insoweit darlegungs- und beweisbelastete Beklagte (vgl. BGH, Urteil vom 26. Juni 2023 - VIa ZR 335/21, juris Rn. 80) trägt in ihrem Schriftsatz vom 5. Februar 2024 ausgehend von der seinerzeit bekannten Laufleistung unter Verweis auf zwei Privatannoncen in der Verkaufsplattform mobile.de einen Restwert in der Größenordnung zwischen 17.000,00 und 19.200,00 EUR vor (Bl. 1715 E-Akte II. Instanz).

Wie im Senatstermin erörtert, lagen aktuelle Verkaufsangebote von Privatpersonen für vergleichbare VW Passat mit einer Laufleistung in einer Größenordnung von 125.000 km nach den terminsvorbereitend durchgeführten Recherchen des Senats zwischen 12.450,00 und 14.800,00 EUR. Dies deckt sich im Wesentlichen mit dem in der ADAC-Restwertdatenbank angegebenen (Händler-)Verkaufspreis von 14.000,00 EUR.

Der Senat geht zur Ermittlung des Restwertes von dem Durchschnitt aller fünf ermittelten Verkaufspreise aus, der bei einem Betrag von 15.490,00 EUR liegt.

(c) Mit Blick auf die vorstehenden Ausführungen findet eine Vorteilsanrechnung nicht statt, weil die Summe der Vorteile von (16.691,03 EUR + 15.490,00 EUR =) 32.181,03 EUR nicht den tatsächlichen Wert des Fahrzeugs im Zeitpunkt des Erwerbs in Höhe von (38.250,00 EUR - 1.912,50 EUR =) 36.337,50 EUR erreicht.

(d) Insofern kommt es hier auch nicht darauf an, ob mit dem aufgespielten Software-Update zur Entfernung der Fahrkurvenerkennung eine zusätzliche Aufwertung des Fahrzeugs verbunden ist. Eine solche Aufwertung ist höchstens mit dem Betrag des Differenzschadens anzusetzen. Selbst bei dessen Hinzurechnung liegt die Gesamtsumme von dann 34.093,53 EUR immer noch unter dem tatsächlichen Fahrzeugwert.

2. Der Klägerin stehen die beantragten Prozesszinsen zu (§§ 291, 288 Abs. 1 BGB).

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.

3. Dagegen steht der Klägerin der mit dem Berufungsantrag zu Ziff. 2 weiterverfolgte Anspruch auf Freistellung von vorgerichtlichen Rechtsanwaltskosten nicht zu.

a) Aus dem Gesichtspunkt der Schutzgesetzverletzung kann neben dem Ersatz des Differenzschadens keine Freistellung von vorgerichtlichen Rechtsanwaltskosten verlangt werden (BGH, Urteil vom 16. Oktober 2022 – VIa ZR 14/22, juris Rn. 13).

b) Die Beklagte befand sich zum Zeitpunkt der anwaltlichen Aufforderung auch nicht mit der Zahlung des Differenzschadens in Verzug.

c) Die Klägerin kann eine Freistellung von vorgerichtlichen Rechtsanwaltskosten auch nicht aus dem Gesichtspunkt der vorsätzlichen sittenwidrigen Schädigung (§§ 826, 31 BGB) herleiten.

Da selbst das KBA als zuständige Behörde die bei den EA288-Motoren verwendete Fahrkurvenerkennung für rechtlich unbedenklich hält, kann bei den für die Beklagte tätigen Personen kein Bewusstsein einer evidenten Unzulässigkeit ihres Vorgehens festgestellt werden (BGH, Urteil vom 12. Oktober 2023 – VII ZR 412/21, juris Rn. 17; vgl. dazu auch OLG Naumburg, Urteil vom 16. Dezember 2021 – 8 U 42/21, juris Rn. 55 ff.). Jedenfalls ist aufgrund der behördlichen Billigung nicht dargetan, dass sich den für die Beklagte tätigen Personen die Gefahr einer Schädigung des Anspruchstellers hätte aufdrängen müssen (BGH, Urteile vom 16. September 2021 – VII ZR 190/20, juris Rn. 32 und VII ZR 286/20, juris Rn. 31; vgl. auch Brandenburgisches Oberlandesgericht, Urteil vom 22. Dezember 2021 – 4 U 19/21, juris Rn. 52).

III.

Die Kostenentscheidung beruht auf §§ 516 Abs. 3, 97 Abs. 1, 92 ZPO. Über die vorläufige Vollstreckbarkeit wurde gem. §§ 708 Nr. 10, 713 ZPO entschieden.

Die in § 543 Abs. 2 ZPO vorgesehenen Voraussetzungen für eine Zulassung der Revision liegen nicht vor.

IV.

Auch die Voraussetzungen der hilfsweise beantragten Aussetzung des Verfahrens gem. § 148 ZPO bis zur abschließenden Entscheidung des Europäischen Gerichtshofs über den Vorlagebeschluss des Landgerichts Ravensburg vom 27. Oktober 2023 sind nicht gegeben.

Es ist bereits unklar, ob der Hilfsantrag auch für den Fall gestellt werden soll, dass die Klägerin mit ihrem geänderten Klagebegehren teilweise durchdringt. Jedenfalls bedürfen die Vorlagefragen nach Auffassung des Senats keiner (erneuten) Beantwortung durch den Europäischen Gerichtshof, weil sich der Gerichtshof mit den unionsrechtlichen Grundsätzen der Haftung eines Fahrzeugherstellers in vorliegender Konstellation bereits befasst und die Bestimmung eines angemessenen Ersatzes dem nationalen Recht überlassen hat (vgl. EuGH, Urteil vom 21. März 2023 – C-100/21, juris Rn. 91 ff.).