



Beglaubigte Abschrift



Oberlandesgericht Dresden

Zivilsenat

Aktenzeichen: **11a U 2356/20**  
Landgericht Leipzig, 03 O 853/20

Verkündet am: 21.03.2024

[REDACTED]  
Urkundsbeamtin der Geschäftsstelle

## IM NAMEN DES VOLKES

### URTEIL

In dem Rechtsstreit

[REDACTED]  
- Kläger und Berufungskläger -

Prozessbevollmächtigte:

**Gansel Rechtsanwälte**, Wallstraße 59, 10179 Berlin, [REDACTED] 5

gegen

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

- Beklagte und Berufungsbeklagte -

Prozessbevollmächtigte:

**Luther Rechtsanwaltsgesellschaft mbH**, Anna-Schneider-Steig 22, 50678 Köln [REDACTED]  
[REDACTED]

wegen Schadensersatz

hat der 11a. Zivilsenat des Oberlandesgerichts Dresden durch

Vorsitzenden Richter am Oberlandesgericht Dieker,  
Richterin am Oberlandesgericht Berger und  
Richterin am Oberlandesgericht Schaaf

**für Recht erkannt:**

1. Soweit der Kläger die Berufung weiter verfolgt, wird - unter Zurückweisung der Berufung im Übrigen - das Urteil des Landgerichts Leipzig vom 10.11.2020, 03 O 853/20, teilweise abgeändert und insgesamt wie folgt neu gefasst:

Die Beklagte wird verurteilt, an den Kläger 1.342,50 € nebst Zinsen i.H.v. fünf Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 18.06.2020 zu zahlen.

2. Von den Kosten des Verfahrens beider Rechtszüge tragen der Kläger 91 Prozent und die Beklagte 9 Prozent.
3. Dieses Urteil ist vorläufig vollstreckbar.
4. Die Revision wird nicht zugelassen.

**Gründe**

**I.**

Von der Darstellung des Sachverhalts wird gemäß §§ 540 Abs. 2 i.V.m. § 313a Abs. 1 Satz 1 ZPO abgesehen.

**II.**

Die zulässige Berufung hat in dem im Tenor ersichtlichen Umfang Erfolg. Der Kläger, der in der Hauptsache zuletzt allein noch Differenzschadenersatz aus § 826 Abs. 2 BGB i.V.m. § 6 Abs. 1 und § 27 Abs. 1 EG-FGV i.H.v. mindestens 2.685,- € begehrt, hat Anspruch auf Zahlung von 1.342,50 €. Im Übrigen ist die Berufung zurückzuweisen (soweit in der nachträglichen Beschränkung des Berufungsbegehrens nicht ohnehin eine teilweise Berufungsrücknahme i.S.v. § 516 ZPO zu sehen ist).

Streitbefangen ist der vom Kläger ausweislich der als Anlage K 2 vorgelegten verbindlichen Bestellung vom 21.02.2019 der bei der Autohaus Burkard GmbH für 17.900,- € gekaufte, am 09.07.2015 erstzugelassene, mit einem Motor EA 288 der Euronorm 6 ausgestattete VW Golf VII Variant GTD 2.0 TDI, 135 kW, NSK, mit der FIN: [REDACTED]. Bei Kauf war das Fahrzeug 77.965 km gefahren. Am 07.06.2021 hat der Kläger das Fahrzeug bei einem Kilometerstand von 77.965 km für 12.000,- € weiterverkauft.

1.

In dem streitbefangenen Fahrzeug war zum Zeitpunkt des Erwerbs durch den Kläger jedenfalls eine unzulässige Abschaltvorrichtung verbaut.

Nach Art. 5 Abs. 1 VO (EG) Nr. 715/2007 hat der Hersteller von ihm gefertigte Neufahrzeuge dergestalt auszurüsten, dass die Bauteile, die das Emissionsverhalten voraussichtlich beeinflussen, so konstruiert, gefertigt und montiert sind, dass das Fahrzeug unter normalen Betriebsbedingungen den Vorgaben der Verordnung und ihren Durchführungsmaßnahmen entspricht. Damit soll sichergestellt werden, dass sich die vorgegebenen Emissionsgrenzwerte auf das tatsächliche Verhalten der Fahrzeuge bei ihrer Verwendung beziehen (vgl. Erwägungsgrund 12 der VO (EG) 715/2007), und dass die zur Verbesserung der Luftqualität und zur Einhaltung der Luftverschmutzungsgrenzwerte erforderliche Minderung der Stickoxidemissionen bei Dieselfahrzeugen (vgl. Erwägungsgrund 6 der VO (EG) 715/2007) erreicht wird (BGH, Beschl. v. 08.01.2019, VIII ZR 225/17, Rn. 10). Folgerichtig sieht die Verordnung die Verwendung von Abschaltvorrichtungen, die die Wirkung von Emissionskontrollsystemen verringern, strikt als unzulässig an (Art. 5 Abs. 2 Satz 1 VO (EG) 715/2007), sofern nicht die ausdrücklich normierten Ausnahmetatbestände (Art. 5 Abs. 2 Satz 2 VO (EG) 715/2007) greifen (vgl. auch Deutscher Bundestag, Wissenschaftliche Dienste, WD 7 - 3000 - 031/16, S. 12 ff.). Dabei ist eine Abschaltvorrichtung gemäß Art. 3 Nr. 10 VO (EG) 715/2007 definiert als jedes Konstruktionsteil, das die Temperatur, die Fahrzeuggeschwindigkeit, die Motordrehzahl, den eingeleiteten 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 (BGH, Beschl. v. 08.01.2019, a.a.O., Rn. 11). Zu einem solchen Konstruktionsteil zählt auch eine in den Rechner der Motorsteuerung integrierte oder auf ihn einwirkende Software, da sie auf die Funktion des Emissionskontrollsystems Einfluss nimmt und dessen Wirksamkeit verringert. Dabei sind nicht nur Technologien und die Strategie der Nachbehandlung von Abgasen erfasst, sondern auch solche, mit denen die Emissionen im Vorhinein, das heißt bei ihrer Entstehung, verringert werden (vgl. BGH, Beschl. v. 21.07.2021, VIII ZR 254/20, Rn. 28; EuGH, Urt. v. 17.12.2020, C-693/18; EuGH, Urt. v. 14.07.2022, C-134/20, Rn. 38f, juris; vgl. hierzu auch OLG Dresden, Urt. v. 06.04.2023, 11a U 1320/21, unveröffentlicht). Eine Abschaltvorrichtung liegt insbesondere dann vor, wenn die Abgassteuerung im normalen Fahrbetrieb gegenüber dem Prüfbetrieb verändert wird, ohne dass ein vollständiger Ausgleich der daraus entstehenden Emissionen erfolgt.

In diesem Zusammenhang bedarf es eines Vergleichs der Wirksamkeit des unverändert funktionierenden und derjenigen des verändert funktionierenden Gesamtsystems, und zwar jeweils unter den Bedingungen des normalen Fahrbetriebs im gesamten Unionsgebiet. Dabei kommt es nicht darauf an, ob diese Änderungen einen Umfang erreichen, der zu einem Nichteinhalten des Grenzwerts geführt hätte (vgl. BGH, Urt. v. 26.06.2023, VIa ZR 335/21, Rn. 51). Unter normalem Fahrbetrieb im vorgenannten Sinne ist die Verwendung des Fahrzeugs unter tatsächlichen Fahrbedingungen zu verstehen, wie sie im Unionsgebiet üblich sind (z.B.: EuGH, Urt. v. 14.07.2022, C-134/22, Rn. 46ff).

### 1.1

In dem streitbefangenen Fahrzeug war bei Erwerb durch den Kläger unstreitig eine Fahrkurvenerkennung implementiert und auch aktiviert. Die Fahrkurvenerkennung, d.h. der Umstand, dass das Fahrzeug erkennt, dass es sich auf dem Prüfstand befindet, stellt für sich keine illegale Abschaltvorrichtung im eingangs definierten Sinne dar.

Der Senat geht allerdings mit dem Kläger davon aus, dass die Fahrkurvenerkennung ein Indiz für daran geknüpfte, prüfstandsbezogene die Abgasreinigung manipulierende Funktionen bilden kann.

### 1.2

Die Beklagte hat mit der an die Fahrkurve geknüpften Bedatung des NSK eine unzulässige Abschaltvorrichtung im eingangs definierten Sinne zum Einsatz gebracht.

Es ist unstreitig, dass der im streitbefangenen Fahrzeug verbaute NSK in Anknüpfung an die vorgenannte Fahrkurvenerkennung auf dem Prüfstand bei Kauf durch den Kläger anders funktionierte als im realen Fahrbetrieb: Der NSK regenerierte im NEFZ, anders als im realen Fahrbetrieb, nämlich ausschließlich strecken-, nicht auch beladungsabhängig, wodurch während der Prüffahrt eine im realen Fahrverkehr mögliche dritte Regeneration vermieden wurde. Ausschließlich im NEFZ kam zudem im/für den NSK eine Heizmaßnahme zum Einsatz. Streitig ist zwischen den Parteien allein, ob (und gegebenenfalls wie) hierdurch die Emissionswerte beeinflusst werden, was der Kläger behauptet, wohingegen die Beklagte vorträgt, diese Bedatung sei bei einer Laufleistung zwischen 3.000 und 15.000 km nicht grenzwertrelevant (Schriftsatz vom 05.06.2023, dort S. 8 bis 10 [zu NO<sub>x</sub>], Schriftsatz vom 12.01.2024, dort S. 1f [betreffend CO, HC+NO<sub>x</sub>, Partikelemissionen PM und PN]) bzw. sogar behauptet, „... dass die Fahrkurvenerkennung überhaupt keinen außerhalb der üblichen Messstreuungen

liegenden Einfluss auf die NOx-Emissionen hat ...“ (Schriftsatz vom 05.06.2023, S. 11; Schriftsatz vom 09.11.2023, dort S. 2ff).

### 1.2.1

Zur Überzeugung des Senats hat diese Bedatung Auswirkungen auf die Wirksamkeit des Emissionskontrollsystems unter Bedingungen, die bei normalem Fahrzeugbetrieb vernünftigerweise zu erwarten sind.

Die Beklagte hat an die Fahrkurvenerkennung eine abweichende Emissionsstrategie geknüpft, ohne dies vollständig mit der Sicherstellung repräsentativer Ergebnisse begründen zu können. Insbesondere fehlt es an jeglichem nachvollziehbaren Vortrag dazu, warum die - allein im NEFZ wirkende - Heizmaßnahme des NSK zum Einsatz gebracht worden ist. Der Senat geht deshalb davon aus, dass die Beklagte mit der Implementierung das Ziel der Verringerung der (NOx-)Emissionen auf dem Prüfstand im Vergleich zu denen im realen Fahrbetrieb verfolgte. Wenn und soweit die Beklagte nunmehr bestreitet, dass dieses Ziel tatsächlich erreicht wurde, d.h. die abweichende Bedatung überhaupt keine Auswirkungen auf das Emissionsverhalten des streitbefangenen Fahrzeuges haben soll, wäre sie gehalten gewesen, hierzu konkret und vor allem nachvollziehbar vorzutragen, d.h. dies z.B. anhand konkreter Untersuchungen am konkret streitgegenständlichen Fahrzeugtyp zu belegen (so auch OLG München, Urt. v. 22.12.2023, 13 U 892/21, Rn. 68, juris). Die Ausführungen der Beklagten hierzu im vorliegenden Verfahren sind - trotz Erörterung in den mündlichen Verhandlungen und Hinweisen des Senats im Beschluss vom 23.11.2023 - ungenügend geblieben.

Zu beachten ist zudem, dass die Beklagte selbst die Wirkung der Heizmaßnahme des NSK „... in Abhängigkeit von der Abgastemperatur und der Alterung des NSK ...“ (Schriftsatz vom 05.06.2023, dort S. 9) gebracht hat. Die Auswirkungen dieser Parameter auf die NOx-Emissionen sind allerdings nach dem Vortrag der Beklagten völlig offen geblieben. Die Beklagte hat ihre Behauptung, die Bedatung des NSK habe keinerlei Auswirkungen auf die Abgasemissionen, zudem ausdrücklich auf Neufahrzeuge mit einer Laufleistung zwischen 3.000 km und 15.000 km beschränkt (ebenda, S. 10). Daraus ist zu schlussfolgern, dass die Beklagte eine Auswirkung der Bedatung des NSK auf NOx-Emissionen für Fahrzeuge mit einer Laufleistung von mehr als 15.000 km selbst nicht ausschließt.

Darüber hinaus ist festzuhalten, dass die Beklagte nach ihrem vorgenannten Vortrag Auswirkungen der Bedatung des NSK auf andere als die NOx-Emissionen (CO, HC+NOx, Partikelemissionen PM und PN) selbst nicht in Abrede gestellt, sondern insoweit lediglich eine - nicht

näher dargestellte - Grenzwertkausalität bestritten hat. In Bezug auf die sonstigen Emissionen sind die Auswirkungen der prüfstandsbezogenen Bedatung des NSK mithin zugestanden i.S.v. § 138 Abs. 3 ZPO.

Wenn die an die Fahrkurvenerkennung geknüpfte Bedatung des NSK keine Auswirkungen auf die Emissionen des Fahrzeuges (gehabt) hätte, wäre im Übrigen auch die Teilnahme an der freiwilligen Service-Maßnahme im Rahmen des Nationalen Forum Diesel überflüssig gewesen. Diese Service-Maßnahme dient nach dem Bekunden der Beklagten selbst der Verbesserung der Luftqualität in deutschen Innenstädten. Mit der Maßnahme wird auch die im streitgegenständlichen Fahrzeug hinterlegte Fahrkurvenerkennung entfernt.

### 1.2.2

Der Senat ist bei einer Gesamtschau der sich darstellenden Umstände allerdings davon überzeugt, dass die Bedatung nicht grenzwertrelevant ist. Das Kraftfahrt-Bundesamt (im Folgenden: KBA) hat in mittlerweile einer Vielzahl von Auskünften erklärt, dass aus seiner Sicht Fahrzeuge des Typs VW Golf mit EA 288 Motor keine unzulässige Abschaltvorrichtung aufweisen. Diese Angabe fußt zwar auf der unzutreffenden Annahme, die Grenzwertkausalität sei Voraussetzung der Einordnung einer unzulässigen Abschaltvorrichtung als solche, enthält aber die gleichwohl verwertbare Information, dass das Fahrzeug auch ohne die unzulässige Bedatung im NEFZ die Grenzwerte einhält, es der unzulässigen Abschaltvorrichtung also nicht bedurfte. Es ist dem Senat - wie auch den mittlerweile an einer Vielzahl von vergleichbaren Verfahren beteiligten Prozessbevollmächtigten der hiesigen Parteien - hinlänglich bekannt, dass das KBA die Grenzwertrelevanz einer Bedatung regelmäßig zum Maßstab für sein behördliches Einschreiten machte und macht. Hierfür hat es vorliegend keinen Anlass gesehen. Angesichts der umfangreichen Prüfungen, denen das KBA die Fahrzeuge mit den Motoren EA 288 mittlerweile unterzogen hat, sowie des Zeitablaufs steht ein Rückruf durch das KBA wegen (vom Senat ausdrücklich nicht gesehener) Grenzwertkausalität auch nicht mehr zu befürchten.

Greifbare Anhaltspunkte, die gegen die Richtigkeit der Annahme der fehlenden Grenzwertkausalität der Bedatung des NSK streiten könnten, hat der Kläger nicht vorgetragen und erkennt der Senat auch sonst nicht. Mit dem Vortrag, die Beklagte habe bislang unterschiedlich, nie vollständig und umfassend vorgetragen (Schriftsatz vom 09.11.2023, dort S. 3), genügt der im Ansatz darlegungs- und beweisbelastete Kläger jedenfalls nicht seiner ihm obliegenden Darlegungslast.

### 1.2.3

Die Beklagte, insoweit darlegungs- und beweisbelastet, hat auch nicht dargestellt, warum die Bedattung des NSK ausnahmsweise zulässig i.S.v. Art. 5 Abs. 2 Satz 2 der VO (EG) 715/2007 sein sollte (s.o.: BGH, Urt. v. 26.06.2023, VIa ZR 335/21, Rn. 51). Es ist für den Senat insbesondere nicht nachvollziehbar geworden, warum die nur im Prüfstand wirkende Heizmaßnahme im NSK implementiert worden ist. Der Umstand, dass die Fahrkurve und mit ihr die prüfstandsbezogene Bedattung des NSK mittlerweile durch das Software-Update entfernt wurden, lässt die Annahme einer ausnahmsweisen Zulässigkeit auch fernliegend erscheinen.

### 1.3

Soweit der Kläger im Verlaufe des Verfahrens vorgetragen hat, sein Fahrzeug sei mit einer unzulässigen Abschaltvorrichtung in Form einer Akustikfunktion ausgestattet, fehlt es an hinreichend substantiiertem Vortrag hierzu: In seinem Schriftsatz vom 13.10.2020 hat er (dort S. 13f) das Vorhandensein einer Akustikfunktion zwar behauptet, allerdings zur Begründung dieser Behauptung allein auf ein auszugsweise vorgelegtes Schreiben der Beklagten vom 29.12.2015 an das KBA Bezug genommen. Insoweit fehlt es bereits an jeglichem Vortrag dazu, in welchem Zusammenhang und zu welchem Thema dieses Schreiben von wem konkret verfasst wurde. Im Übrigen hat hiernach die „... vorstehend beschriebene Applikation mit der sogenannten Akustikfunktion inklusiv Fahrkurve [...] - wie bereits mehrfach dargelegt und nachgewiesen - in der Aggregate-Baureihe EA 288 keinen Einfluss auf die Emissionen des Aggregats ...“.

### 1.4

Im Ergebnis der mündlichen Verhandlung vom 07.03.2024 geht der Senat nicht (mehr) davon aus, dass das streitbefangene Fahrzeug von einer Konformitätsabweichung betroffen ist. Während die Beklagte ursprünglich vortrug, das Fahrzeug gehöre zu den Fahrzeugen, bei denen sich im realen Fahrbetrieb gezeigt habe, dass der NSK dort - anders als dies nach Dauertests unter Laborbedingungen zu erwarten gewesen sei - in Abhängigkeit vom Alter schlechtere NOx-Werte gezeigt habe, ein entsprechender Bescheid des KBA auf ihren Widerspruch mit Bescheid vom 01.09.2020 aber aufgehoben worden sei, hat sie in der mündlichen Verhandlung vorgetragen, das Fahrzeug sei fälschlicherweise für ein betroffenes Fahrzeug gehalten worden. Tatsächlich sei es von dieser Problematik nicht betroffen gewesen. Der Kläger ist diesem Vortrag in der mündlichen Verhandlung nicht entgegen getreten, weshalb er gemäß § 138 Abs. 3 ZPO als zugestanden gilt.

## 1.5

Es kommt entscheidungserheblich nicht mehr darauf an, ob in dem Fahrzeug tatsächlich ein Thermofenster implementiert ist, was der Kläger behauptet, oder die Abgasrückführung, wie die Beklagte vorträgt, tatsächlich im Bereich der Außentemperatur von  $-24^{\circ}\text{C}$  bis  $+70^{\circ}\text{C}$  (mittelbar und unmittelbar) unabhängig von dieser funktioniert.

## 1.6

Soweit der Kläger eine unzulässige Bedatung des On-Board-Diagnosesystems (im Folgenden: OBD) geltend macht, trägt dies sein Begehren ebenfalls nicht.

Beim OBD handelt es sich nach Art. 3 Nr. 9 VO (EG) 715/2007 um ein System für die Emissionsüberwachung, das in der Lage ist, mit Hilfe rechnergespeicherter Fehlercodes den Bereich von Fehlfunktionen anzuzeigen. Der Begriff der „Fehlfunktion“ bezeichnet nach Art. 2 Nr. 20 der VO (EG) 692/2008 der Kommission vom 18.07.2008 zur Durchführung und Änderung der VO (EG) 715/2007 (ABl. L 199 vom 28.07.2008) den Ausfall oder das fehlerhafte Arbeiten eines emissionsrelevanten Bauteils oder Systems, der beziehungsweise das ein Überschreiten der in Anhang XI Abs. 3.3.2 genannten Emissionsgrenzwerte zur Folge hätte, oder den Fall, dass das OBD nicht in der Lage ist, die grundlegenden Anforderungen von Anhang XI an die Überwachungsfunktionen zu erfüllen. Nach dieser Maßgabe ist es ersichtlich nicht Aufgabe des OBD, zwischen einer rechtlich zulässigen und einer rechtlich unzulässigen Abschalteneinrichtung zu unterscheiden. Arbeitet eine Abschalteneinrichtung - sei sie rechtlich zulässig oder unzulässig - mithin technisch so, wie sie programmiert ist, liegt eine Fehlfunktion nicht vor, so dass die Anzeige einer Fehlfunktion nicht veranlasst ist (ausdrücklich: BGH, Urt. v. 08.12.2021, VIII ZR 190/19, Rn. 90f.).

## 2.

Die Verwendung der vorgenannten Abschalteneinrichtung (jedenfalls: prüfstandsbezogen bedatete, emissionsrelevante Bedatung NSK) rechtfertigt den vom Kläger, wie dieser in der mündlichen Verhandlung vom 07.03.2024 klargestellt hat, zuletzt allein noch geltend gemachten Anspruch auf Differenzschadenersatz aus § 823 Abs. 2 BGB i.V.m. § 6 Abs. 1 und § 27 Abs. 1 EG-FGV i.H.v. 7,5 %.

Nach § 823 Abs. 2 BGB ist zum Schadenersatz verpflichtet, wer gegen ein den Schutz eines anderen bezweckendes Gesetz verstößt. Die Ersatzpflicht tritt, sofern nicht gesetzlich im Einzelfall anderes bestimmt ist, nur im Falle des Verschuldens ein. Gemäß § 6 Abs. 1 EG-FGV hat der Inhaber der EG-Typgenehmigung eine Übereinstimmungsbescheinigung („CoC-Pa-

„...“) nach Artikel 18 in Verbindung mit Anhang IX der RL (EG) 2007/46 auszustellen und dem Fahrzeug beizufügen. Neue Fahrzeuge dürfen gemäß § 27 Abs. 1 EG-FGV nur mit dieser Übereinstimmungsbescheinigung in den (Rechts-)Verkehr (Zulassung, Verkauf und/oder Inbetriebnahme) gebracht werden.

## 2.1

Wie mittlerweile höchstrichterlich geklärt ist, sind die §§ 6 Abs. 1 und 27 Abs. 1 EG-FGV Schutzgesetze i.S.v. § 823 Abs. 2 BGB, die auch dem Schutz der Einzelinteressen der Fahrzeugkäufer zu dienen bestimmt sind (EuGH, Urt. v. 21.03.2023, C-100/21; BGH, Urt. v. 26.06.2023, VIa ZR 335/21, Rn. 21).

## 2.2

Die Verwendung unzulässiger Abschaltvorrichtungen wie der vorgenannten erfüllt den sachlichen Anwendungsbereich der genannten Normen: Die von der Beklagten unstreitig ausgestellte Übereinstimmungsbescheinigung beurkundet neben der (formellen) Übereinstimmung mit der EG-Typgenehmigung auch die Einhaltung aller im Zusammenhang mit der Erlangung dieser Typgenehmigung einzuhaltenden Rechtsakte, d.h. bestätigt die materiell-rechtliche Richtigkeit der EG-Typgenehmigung. Entgegen der erteilten Typgenehmigung allerdings ist, wie ausgeführt, das streitbefangene Fahrzeug mit einer unzulässigen Abschaltvorrichtung i.S.v. Art. 3 Nr. 10, Art. 5 Abs. 2 VO (EG) 715/2007 ausgestattet. Die Übereinstimmungsbescheinigung ist also inhaltlich falsch. Der Senat macht sich insoweit die ausführliche Begründung des Bundesgerichtshofs im Urteil vom 26.06.2023, VIa ZR 335/21, Rn. 29, unter Bezugnahme auf EuGH, Urt. v. 21.03.2023, C-100/21, Rn. 80, zu eigen, auf die Bezug genommen wird.

## 2.3

Die Beklagte hat bei der Implementierung dieser Abschaltvorrichtung fahrlässig gehandelt.

Zwar trifft hinsichtlich des Verschuldens als anspruchsbegründender Voraussetzung gewöhnlich den Anspruchsteller die Darlegungs- und Beweislast. Jedoch muss derjenige, der - wie hier - gemäß § 823 Abs. 2 BGB objektiv ein Schutzgesetz verletzt hat, die Umstände darlegen und erforderlichenfalls beweisen, die geeignet sind, die daraus folgende Annahme seines Verschuldens in Form einer Fahrlässigkeit auszuräumen. Insofern besteht eine von der objektiven Schutzgesetzverletzung ausgehende Verschuldensvermutung (BGH, Urt. v. 26.06.2023, VIa ZR 335/21, Rn. 44, 59 m.w.N.). 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, Umstände dar-

legen und beweisen, die sein Verhalten ausnahmsweise nicht als fahrlässig erscheinen lassen. Zu messen ist das Verhalten der Beklagten an Systematik und Normverständnis des Art. 5 Abs. 2 VO (EG) Nr. 715/2007, wonach Abschaltvorrichtungen grundsätzlich unzulässig und nur unter engen Voraussetzungen ausnahmsweise zulässig sein können (BGH, Urt. v. 26.06.2023, VIa ZR 335/21 Rn. 60 m.w.N.).

Diese Verschuldensvermutung hat die Beklagten nicht zu widerlegen und insbesondere einen unvermeidbaren Verbotsirrtum bzw. eine hypothetische Genehmigung nicht zu belegen vermocht.

Die Beklagte hat bereits nicht hinreichend vorgetragen, welche konkret entscheidungsverantwortlich handelnden Mitarbeiter bei Typgenehmigung bzw. Erstzulassung des streitbefangenen Fahrzeuges auf der Grundlage welcher Erwägungen und gegebenenfalls auf der Grundlage welcher rechtlichen Bestätigung/Rückversicherung zu der Einschätzung gelangt sein könnten, die prüfstandsbezogen abweichende Bedatung des NSK im Verhältnis zum realen Fahrbetrieb könnte zulässig (gewesen) sein.

Eine solche Annahme verbietet sich auch bei einer Gesamtbetrachtung der sich darstellenden Umstände. Die Beklagte hat den Motor in einer Weise bedatet, dass er im realen Fahrbetrieb unter Anwendung einer unzulässigen Abschaltvorrichtung in einem anderen Modus betrieben wird als im NEFZ. Es liegt auf der Hand, dass dies Systematik und Normverständnis des Art. 5 Abs. 2 VO (EG) Nr. 715/2007, wonach Abschaltvorrichtungen grundsätzlich unzulässig und nur unter engen Voraussetzungen ausnahmsweise zulässig sein können, zuwiderläuft. Die Beklagte hat auch in diesem Verfahren keinen nachvollziehbaren Grund insbesondere für die beim NSK im NEFZ eingesetzte Heizmaßnahme vortragen können. Der Umstand, dass die Beklagte die Fahrkurve und damit auch die hieran geknüpfte Bedatung des NSK entfernt hat, streitet im Übrigen deutlich gegen die Annahme einer Zulässigkeit derselben. Mit der nachträglichen Verhaltensänderung der Beklagten (hier: Entwicklung Software-Update zur Ausbedatung der Fahrkurve) ist der Verschuldensvorwurf nicht entfallen (zu den hier nicht vorliegenden Voraussetzungen für eine solche Annahme BGH, Urt. v. 21.06.2023, VIa ZR 335/21, Rn. 61).

#### 2.4

Der dem Kläger entstandene Differenzschaden beziffert sich, betrachtet zum Zeitpunkt der mündlichen Verhandlung vor dem Senat am 07.03.2024, auf 1.342,50 €.

Der vom Kläger begehrte Differenzschadenersatz ermittelt sich nach § 823 Abs. 2 BGB i.V.m. § 6 Abs. 1 und § 27 Abs. 1 EG-FGV anhand eines Vergleichs der infolge des haftungsbegründenden Ereignisses eingetretenen Vermögenslage mit der Vermögenslage, die ohne jenes Ereignis eingetreten wäre bzw. daran, inwieweit der objektive Wert des erworbenen Fahrzeugs hinter dem Kaufpreis zurückbleibt. Der Geschädigte wird durch Gewährung des Differenzschadens wegen der Enttäuschung des Käufervertrauens so behandelt, als wäre es ihm in Kenntnis der wahren Sachlage und der damit verbundenen Risiken gelungen, den Vertrag zu einem niedrigeren Preis abzuschließen. Der Schaden des Klägers liegt daher in dem Betrag, um den er den Kaufgegenstand mit Rücksicht auf die mit den (hier zu seinen Gunsten ohne Weiteres angenommenen) unzulässigen Abschaltvorrichtungen verbundenen Risiken zu teuer erworben hat. Insofern unterscheidet sich der Anspruch auf Ersatz eines Differenzschadens gemäß § 823 Abs. 2 BGB in Verbindung mit § 6 Abs. 1, § 27 Abs. 1 EG-FGV nicht von dem unter den Voraussetzungen der §§ 826, 31 BGB auch zu gewährenden kleinen Schadensersatz (im Einzelnen: BGH, Urt. v. 06.07.2021, VI ZR 40/20, Rn. 16ff; BGH, Urt. v. 26.06.2023, VIa ZR 335/21, Rn 40ff, jeweils m.w.N.).

#### 2.4.1

Bei der Berechnung der konkreten Höhe des Differenzschadens hat sich der Senat von dem Folgenden leiten lassen:

Die Schadensschätzung erfolgt nach § 287 Abs. 1 Satz 1 ZPO unter Würdigung aller Umstände nach freier Überzeugung des Senats. Mit der Einräumung der Befugnis der Schadensschätzung nimmt das Gesetz in Kauf, dass das Ergebnis der Schätzung die Wirklichkeit nicht vollständig abbildet, solange sie nur möglichst nahe an diese heranführt. Zu berücksichtigen sind bei Schadensschätzung alle wesentlichen Gesichtspunkte, die Erfahrungssätze und die Denkgesetze (BGH, Urt. v. 10.07.1984, VI ZR 262/82, Rn. 85f).

Die Schätzung des Differenzschadens unterliegt in den Fällen des Vertrauens eines Käufers auf die Richtigkeit der Übereinstimmungsbescheinigung bei Erwerb eines mit einer unzulässigen Abschaltvorrichtung versehenen Kraftfahrzeugs unionsrechtlichen Vorgaben. Der Europäische Gerichtshof hat festgehalten, dass die vorzusehenden Sanktionen nach Art. 46 RL 2007/46/EG und Art. 13 Abs. 1 VO (EG) Nr. 715/2007 wirksam, verhältnismäßig und abschreckend sein müssen und dass nationale Vorschriften dem Käufer die Erlangung eines angemessenen Schadensersatzes nicht praktisch unmöglich machen oder übermäßig erschweren dürfen. Daraus ergeben sich Vorgaben des Unionsrechts für die Anwendung des nationalen Rechts sowohl in Bezug auf die Untergrenze als auch auf die Obergrenze des

nach § 823 Abs. 2 BGB i.V.m. § 6 Abs. 1, § 27 Abs. 1 EG-FGV zu gewährenden Schadensersatzes, die das Schätzungsermessen des Tatsachengerichts innerhalb einer Bandbreite zwischen 5 % und 15 % des gezahlten Kaufpreises rechtlich begrenzen (BGH, Urt. v. 26.06.2023, VI ZR 335/21, Rn. 73 m.w.N.).

Der Senat schätzt in Anwendung dieser Grundsätze den dem Kläger mit dem Kauf des streitbefangenen Fahrzeuges im vorliegenden Fall bei Kauf entstandenen Schaden gemäß § 287 Abs. 1 Satz 1 ZPO auf 7,5 % des Betrages, den der Kläger für dieses Fahrzeug aufgewendet hat, also auf 1.342,50 €.

Dabei hat sich der Senat von den folgenden Erwägungen leiten lassen: Der prüfstandsbezogen abweichenden Bedatung des NSK mit ihren unstreitig vorhandenen (wenn auch nicht grenzwertrelevanten) Folgen für das NOx-Emissionsverhalten des Fahrzeuges wohnt ein nicht unerheblicher Unrechtsgehalt inne. Wenn die hierdurch erreichten Emissionsverbesserungen grenzwertkausal gewesen wären, hätte dem Kläger ein behördliches Einschreiten bis hin zur Stilllegung seines Fahrzeuges gedroht. Andererseits kann nicht unberücksichtigt bleiben, dass das Fahrzeug in Ansehung der konkreten Auswirkungen der Bedatung des NSK auf das tatsächlich gezeigte Emissionsverhalten nicht ernsthaft von einem behördlichen Einschreiten bedroht war.

Bei der Schadensschätzung hätte das Vorhandensein eines vom Kläger behaupteten, von der Beklagten bestrittenen - jedenfalls ein behördliches Einschreiten des KBA nicht erwarten lassendes - Thermofensters keinen Einfluss mehr auf die vom Senat auf 7,5 % geschätzte Schadenshöhe.

#### 2.4.2

Auf den so festgestellten Schaden sind Nutzungsvorteile und der Restwert des Fahrzeugs - nur dann und insoweit - schadensmindernd anzurechnen, als sie den tatsächlichen, d.h. den um den Differenzschaden geminderten Wert des Fahrzeugs bei Abschluss des Kaufvertrags übersteigen (BGH, Urt. v. 26.06.2023, VIa ZR 335/21, Rn. 80; Urt. v. 24.01.2022, VIa ZR 100/21, Rn. 22).

Der Kläger hat das Fahrzeug bei einem Kilometerstand von 77.965 km für 17.900,- € gekauft und bei einem Kilometerstand von 119.600 km für 12.000,- € weiterveräußert. Der hierfür zu berechnenden Nutzungsvorteil berechnet sich nach der allgemein anerkannten Formel:

$$\frac{\text{Brutto-Kaufpreis} \times \text{gefahrne Strecke (seit Erwerb)}}{\text{Restlaufleistung im Erwerbszeitraum}} = \text{Nutzungsvorteil}$$

(vgl. BGH, Urt. v. 26.09.2022, VIa ZR 614/21). Auch bei der Bestimmung der Restlaufleistung (d.h. der Gesamtlauflistung abzüglich der bei Kauf bereits gefahrenen Strecke) steht dem Senat gemäß § 287 ZPO ein Ermessen zu (BGH, Urt. v. 23.03.2021, VI ZR 3/20). Der Senat schätzt bei PKW regelmäßig die Gesamtlauflistung von Dieselfahrzeugen auf 250.000 km. Die auf einer Prognose beruhende Schätzung einer Gesamtfahrleistung von 250.000 km ist vor dem Hintergrund, dass allgemein zugänglichen Quellen zu entnehmen ist, dass Kraftfahrzeuge im Jahr 2019 in Deutschland ein durchschnittliches Alter von 9,5 Jahren hatten, die durchschnittliche „Lebensdauer“ von Diesel-Kraftfahrzeugen ca. 12 Jahre beträgt, und die durchschnittliche Jahresfahrleistung für Dieselfahrzeuge (PKW) 20.000 km jährlich betragen hat, realistisch, da sich hieraus bei der Schätzung von 250.000 km bereits ein erreichbares Fahrzeugalter von 12,5 Jahren errechnet (vgl. hierzu z.B. auch: OLG Naumburg, Urt. v. 09.04.2021, 8 U 68/20). Anlass, von dieser betreffenden Schätzung abzuweichen und eine höhere Gesamtlauflistung anzunehmen, bieten Sachverhalt und Vortrag des Klägers nicht.

Der Nutzungsvorteil durch gefahrene Kilometer, den sich der Kläger anrechnen lassen muss, beträgt hiernach 4.332,06 €.

Der Restwert des Fahrzeuges ist mit 12.000,- € zu bemessen. Diesen Wert hat der Beklagte beim Weiterverkauf des Fahrzeuges erzielt am 07.06.2021 (vgl. GA 515). Nur diesen Vorteil hat der Kläger neben der Nutzung in Form des Erlöses aus dem Weiterverkauf erlangt.

Der vom Kläger als Anlage zum Schriftsatz vom 18.10.2023 in Kopie vorgelegte Weiterverkaufsvertrag vom 07.06.2021 ist zur Überzeugung des Senats hinreichend lesbar und dem streitbefangenen Fahrzeug zuzuordnen. Soweit die Beklagte hierzu zunächst - vom Senat nicht geteilte - Bedenken geltend gemacht hat, sind diese in der mündlichen Verhandlung vom 26.10.2023 ausführlich erörtert worden und hat die Beklagte hieran nicht mehr festgehalten.

Dem Kläger ist nicht vorzuhalten, dass er in einer zu Gunsten der Beklagten zu berücksichtigenden Weise einen zu geringen Erlös aus der Weiterveräußerung erzielt hätte. Vielmehr indiziert bereits der erlangte Kaufpreis den tatsächlichen Wert der Sache zum Zeitpunkt der Veräußerung (vgl. BGH, Urt. v. 22.02.2018, VII ZR 46/17, Rn. 28; Urt. v. 25.09.2023, VIa ZR 1/23, Rn. 17; OLG Oldenburg, Urt. v. 20.11.2018, 2 U 37/17, Rn. 68, juris). Diese Indizwirkung hat

die Beklagte nicht erschüttert. Insbesondere ist hier auch zu berücksichtigen, dass das Fahrzeug ausweislich verbindlichen Bestellung vom 21.02.2019 - bereits bei Kauf - vorgeschädigt war (die Anlage mit der Beschreibung dieser in der verbindlichen Bestellung erwähnten Vorschäden liegt nicht vor). Jedenfalls dürfte sich eine Vorschädigung - auch - auf den Weiterverkaufspreis ausgewirkt haben. Diesen Umstand hat die Beklagte erkennbar in ihre Erwägungen nicht einbezogen. Im Übrigen handelt es sich bei dem von der Beklagten vorgetragenen Restwert i.H.v. 13.232,- € (Schriftsatz von 23.10.2023, dort S. 9) um den FIN-bezogenen (Schriftsatz vom 12.01.2024, dort S. 3) DAT-Händlerverkaufspreis. Der Senat setzt als Restwert indes den vom Kläger erzielbaren Preis, d.h. den Händlereinkaufspreis an, der nach dem von der Beklagten selbst genannten Händlerverkaufspreis bei Beachtung einer Händlermarge nicht unter den vom Kläger erzielten 12.000,- € gelegen haben kann.

Die Summe des Restwertes und des Wertes der gezogenen Nutzungen beträgt 16.332,06 € und erreicht damit nicht den „tatsächlichen Wert“ im Sinne der oben genannten Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs (Kaufpreis abzüglich Differenzschaden) i.H.v. 16.557,50 €, so dass keine Abzüge vom Differenzschaden vorzunehmen sind.

## 2.5

Der dem Kläger entstandene Differenzschaden ist nicht durch später eingetretene schadensmindernde Umstände - hier insbesondere durch das von der Beklagten im Rahmen des Nationalen Forum Diesel entwickelte Software-Update - im Wege der Vorteilsausgleichung gemindert worden oder gar weggefallen. Auch insoweit obliegt der Beklagten die Darlegungs- und Beweislast (vgl. im Einzelnen hierzu: BGH, Urt. v. 26.06.2023, VIa ZR 335/21, Rn. 80; Urt. v. 20.07.2023, III ZR 267/20, Rn. 33), der sie nicht genügt hat.

Die Beklagte hat bereits keinen hinreichenden Vortrag dazu gehalten welche messbare Wertsteigerung - die nicht bereits bei der Bemessung des Restwertes Berücksichtigung gefunden hätte - durch das Software-Update am Fahrzeug bewirkt würde (vgl. hierzu BGH, Urt. v. 24.01.2022, VIa ZR 100/21, Rn. 18; diese Entscheidung wird vom BGH auch in seinem Urteil vom 26.06.2023, VIa ZR 335/21 unter Rn. 80 in Bezug genommen).

Darüber hinaus sei - ohne dass es entscheidungserheblich hierauf ankommt - darauf hingewiesen, dass die Beklagte auch keinen Vortrag dazu gehalten hat, ab wann sie das Software-Update auch für das hier streitbefangene Fahrzeug zur Verfügung gestellt hat, d.h. ob der Kläger dieses vor der Weiterveräußerung am 07.06.2021 überhaupt schon auf sein Fahrzeug hätte aufspielen können. Entgegen der Auffassung der Beklagten enthalten die allgemei-

nen Ausführungen des Klägers zur Untauglichkeit der Schadensbeseitigung durch ein - nicht näher bezeichnetes - Software-Update in der Klagebegründung vom 12.04.2020 (dort S. 59f) nicht auch das Zugeständnis, ihm sei ein solches Software-Update konkret angeboten worden bzw. habe ihm bis zum 07.06.2021 zur Verfügung gestanden.

2.6

In Bezug auf die Kausalität von schädigendem Verhalten der Beklagten und ihm hierdurch entstandenem Schaden kann sich der Kläger bei der Inanspruchnahme der Beklagten nach § 823 Abs. 2 BGB in Verbindung mit § 6 Abs. 1, § 27 Abs. 1 EG-FGV auf den Erfahrungssatz stützen, dass er in Kenntnis der unzulässigen Abschalteneinrichtung den Kaufvertrag zu diesem Kaufpreis nicht geschlossen hätte (BGH, Urt. v. 26.06.2023, VIa ZR 335/21, Rn. 57). Diesen Erfahrungssatz hat die Beklagte nicht erschüttert.

3.

Neben dem Ersatz von Differenzschaden kommt eine Erstattung vorgerichtlich aufgewandeter Rechtsanwaltskosten hier nicht in Betracht (BGH, Urt. v. 18.12.2023, VIa ZR 1083/22, Rn. 16 m.w.N.).

Im Übrigen sei darauf hingewiesen, dass der Kläger zwar wortreichen Vortrag dazu gehalten hat, von welcher Schwierigkeit die Verfahren im Zusammenhang mit dem sogenannten Dieselskandal geprägt seien, allerdings nicht aufgezeigt hat, welche vorgerichtliche Tätigkeit in diesem Verfahren überhaupt erbracht worden sein soll.

4.

Der Zinsanspruch folgt aus § 291 BGB.

Rechtshängigkeitszins kann der Kläger ab Zustellung der erstinstanzlichen, ursprünglich noch auf großen Schadenersatz gerichteten Klageschrift an die Beklagte verlangen, da es sich bei der Umstellung vom großen bzw. kleinen Schadenersatz auf Differenzschadenersatz nicht um einen neuen Anspruch im Sinne einer Klageänderung oder -erweiterung handelt (so auch OLG Schleswig, Urt. v. 02.01.2024, 7 U 57/23, Rn. 57, juris; OLG Hamm, Urt. v. 20.11.2023, 18 U 225/22, Rn. 205, juris; OLG Karlsruhe, Urt. v. 13.12.2023, 6 U 198/20, Rn. 282, juris; OLG München, Urt. v. 10.11.2023, 36 U 2864/22, Rn. 77, juris; OLG Köln, Urt. v. 26.10.2023, 24 U 205/21, Rn. 61, juris).

### III.

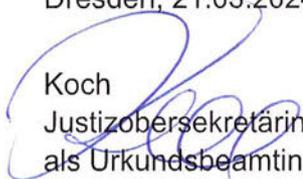
Soweit der Kläger (mit der Umstellung des Berufungsbegehrens) die Berufung zurückgenommen hat, trägt er gemäß § 516 Abs. 3 Satz 1 ZPO die Kosten des Verfahrens. Die Kostenentscheidung im Übrigen beruht auf § 92 Abs. 1 ZPO. Die Entscheidung über die vorläufige Vollstreckbarkeit ergibt sich aus §§ 708 Nr. 10, 713 ZPO. Die Revision ist nicht zuzulassen (§ 543 Abs. 2 Nr. 2 ZPO).

Dieker

Berger

Schaaf

Für die Richtigkeit der Abschrift:  
Dresden, 21.03.2024

  
Koch  
Justizobersekretärin  
als Urkundsbeamtin der Geschäftsstelle

