

I-13 U 152/22
I-1 O 189/21
Landgericht Bochum



Oberlandesgericht Hamm

IM NAMEN DES VOLKES

Urteil

In dem Rechtsstreit

[REDACTED]
Klägers und Berufungsklägers,

Prozessbevollmächtigte: Rechtsanwälte Gansel Rechtsanwälte,
Wallstraße 59, 10179 Berlin,

gegen

die Volkswagen AG, 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
auf die mündliche Verhandlung vom 04.06.2024
durch den Richter am Oberlandesgericht Dr. Kappel, die Richterin am
Oberlandesgericht Wehrmann und die Richterin am Oberlandesgericht Poguntke

für Recht erkannt:

Auf die Berufung des Klägers wird das am 16. Februar 2022 verkündete
Urteil der Einzelrichterin der 1. Zivilkammer des Landgerichts Bochum (1

O 189/21) unter Zurückweisung des Rechtsmittels im Übrigen teilweise abgeändert.

Die Beklagte wird verurteilt, an den Kläger 1.425,00 € nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem jeweiligen Basiszinssatz seit dem 27. Juli 2021 zu zahlen.

Im Übrigen wird die Klage abgewiesen.

Die Kosten des Rechtsstreits erster Instanz tragen der Kläger zu 14/15 und die Beklagte zu 1/15, diejenigen des Berufungsverfahrens der Kläger zu 11/12 und die Beklagte zu 1/12.

Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar.

Die Revision wird nicht zugelassen.

Der Streitwert des Berufungsverfahrens beträgt für die Zeit bis zum 4. März 2024 bis 22.000,00 € und ab diesem Zeitpunkt bis 6.000,00 €.

Gründe:

I.

Der Kläger begehrt Schadensersatz wegen eines am 7. September 2015 von einem in Dänemark ansässigen Händler als Neufahrzeug mit einem Kilometerstand von 0 km zum Preis von umgerechnet 28.500,00 € erworbenen, am 18. September 2015 erstmals zugelassenen VW Passat Variant Highline 2.0 TDI 110 kW (150 PS) Euro 6 (Rechnung Anlage K1, Erstinstanzliche Akten [im Folgenden: EA] 129) und behauptet hierzu, die Beklagte habe den Motor des Fahrzeugs (heimlich) mit unzulässigen Abschaltvorrichtungen im Sinne von Art. 5 Abs. 2 Satz 1 der Verordnung (EG) Nr. 715/2007 ausgestattet.

Das von der Beklagten hergestellte Fahrzeug ist mit einem von der Beklagten entwickelten und hergestellten Dieselmotor mit der Typbezeichnung EA 288 ausgestattet. Es verfügt zur Abgasreinigung neben einer Abgasrückführung (AGR) über einen Dieselpartikelfilter (DPF), einen Oxidationskatalysator und einen NOx-Speicherkatalysator. Die Abgasrückführungsrate erfolgt in Abhängigkeit von der Außenlufttemperatur (Thermofenster). In dem Fahrzeug ist zudem werksseitig eine Fahrkurvenerkennung implementiert worden, die einen Prüfstandlauf im NEFZ (kalt) erkennt. Für das streitgegenständliche Fahrzeug wird ein von der Beklagten im Rahmen des „Nationalen Forum Diesel“ entwickeltes Software-Update als freiwillige Service-Maßnahme angeboten, das auch zur Entfernung der Fahrkurvenerkennung dient. Das Update hat der Kläger bislang nicht aufspielen lassen.

Fahrzeuge mit dem Motortyp EA 288 sind nach Offenlegung der Verwendung einer Fahrkurvenerkennung in bestimmten EA 288-Aggregaten gegenüber dem Kraftfahrt-Bundesamt (im Folgenden: KBA) im Oktober 2015 umfangreich von diesem untersucht und insoweit nicht beanstandet worden. Ein Rückruf wegen einer unzulässigen Abschaltvorrichtung liegt – auch in Kenntnis des KBA von der Verwendung eines Thermofensters in EA 288-Aggregaten – für das Fahrzeug des Klägers nicht vor.

Mit seiner am 26. Juli 2021 zugestellten Klage (Zustellungsurkunde vom 26. Juli 2021, EA 149 f.) hat der Kläger zuletzt unter einseitig erklärter Erledigung in Höhe eines Betrages von 1.070,65 € die Erstattung des Kaufpreises unter Abzug einer Nutzungsentschädigung in Höhe von 19.591,85 € (20.662,50 € abzgl. weiterer 1.070,65 €) nebst Zinsen Zug um Zug gegen Übereignung und Herausgabe des Fahrzeugs, hilfsweise die Feststellung einer Ersatzpflicht für Schäden, die aus dem Einbau unzulässiger Abschaltvorrichtungen resultieren, sowie die Feststellung des Annahmeverzuges und des Herrührens des Anspruchs aus einer vorsätzlichen unerlaubten Handlung der Beklagten und die Freistellung von außergerichtlichen Rechtsanwaltskosten begehrt.

Das Landgericht hat die Klage abgewiesen. Wegen der Einzelheiten des Sach- und Streitstandes wird auf die angefochtene Entscheidung verwiesen (§ 540 Abs. 1 Nr. 1 ZPO).

Mit der Berufung hat der Kläger zunächst seine erstinstanzlich zuletzt gestellten Anträge weiterverfolgt.

Nachdem der Senat den Kläger mit Schreiben vom 14. Februar 2024 (Berufungsakten [im Folgenden: BA] 1396) darauf hingewiesen hat, dass die Voraussetzungen eines Schadensersatzanspruchs aus §§ 826, 32 BGB daran scheitern dürften, dass die Verwendung der beanstandeten Applikationen angesichts der behördlichen Billigung jedenfalls nicht den Vorwurf einer vorsätzlichen sittenwidrigen Schädigung begründe, macht der Kläger mit Schriftsatz vom 4. März 2024 in der Hauptsache nur noch einen auf § 823 Abs. 2 BGB iVm § 6 Abs. 1, § 27 Abs. 1 EG-FGV gestützten Differenzschaden in Höhe von mindestens 15 % des Kaufpreises geltend.

Der Kilometerstand des Fahrzeugs betrug am 27. Mai 2024 123.583 km.

Der Kläger beantragt in der mündlichen Verhandlung vor dem Senat unter Rücknahme der Berufung im Übrigen:

1. Die Beklagte wird verurteilt, an den Kläger einen Entschädigungsbetrag bezüglich des Fahrzeugs der Marke VW mit der Fahrzeugidentifikationsnummer [REDACTED] zu zahlen, dessen Höhe in das Ermessen des Gerichts gestellt wird, der jedoch mindestens

4.275,00 € nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit Rechtshängigkeit betragen muss.

2. Die Beklagte wird verurteilt, den Kläger von den durch die Beauftragung der Prozessbevollmächtigten des Klägers entstandenen Kosten der außergerichtlichen Rechtsverfolgung in Höhe von 2.077,74 € freizustellen.

Die Beklagte beantragt,

die Berufung zurückzuweisen.

Im Übrigen wird von einer Darstellung des Tatbestandes abgesehen (§ 313a Abs. 1 Satz 1, § 540 Abs. 2 iVm § 544 Abs. 2 Nr. 1 ZPO) und auf die Schriftsätze nebst Anlagen sowie das Protokoll der mündlichen Verhandlung vor dem Senat Bezug genommen.

II.

Die Berufung des Klägers hat teilweise Erfolg. Die Klage ist mit dem zuletzt gestellten Antrag zu 1. in Höhe eines Betrages von 1.425,00 € nebst Zinsen begründet; im Übrigen ist sie unbegründet.

1. Die erstmalige Geltendmachung des Differenzschadens im Berufungsverfahren ist zulässig.

a) 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 von dem Kläger 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 der 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).

b) 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.

2. Dem Kläger steht gegen die Beklagte gemäß § 823 Abs. 2 iVm § 6 Abs. 1, § 27 Abs. 1 EG-FGV ein Anspruch auf Ersatz eines Differenzschadens in Höhe von 1.425,00 € zu.

a) Gemäß Art. 40 Abs. 2 EGBGB findet vorliegend deutsches Deliktsrecht Anwendung, nachdem die Rom II-VO in Dänemark nicht gilt.

b) Voraussetzung einer Haftung nach § 823 Abs. 2 iVm § 6 Abs. 1, § 27 Abs. 1 EG-FGV ist, dass das Vertrauen des Käufers auf die Übereinstimmung des Fahrzeugs mit allen maßgebenden Rechtsakten beim Fahrzeugkauf (vgl. BGH, Urteil vom 26. Juni 2023 – VIa ZR 335/21, juris Rn. 19, 42) mit Blick auf eine in zumindest fahrlässiger Verkennung der Rechtslage verwendete unzulässige Abschaltanlage und daher unzutreffende Übereinstimmungsbescheinigung enttäuscht wurde (vgl. BGH, Urteil vom 26. Juni 2023 – VIa ZR 335/21, juris Rn. 34).

aa) Die Beklagte hat eine unzutreffende Übereinstimmungsbescheinigung erteilt, indem sie das Fahrzeug mit einer gemäß Art. 5 Abs. 2 VO (EG) 715/2007 unzulässigen Abschaltanlage ausgerüstet hat.

(1) Eine Abschaltanlage 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 Abschaltanlage. 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 Abschaltanlage als solcher im Sinne der Art. 3 Nr. 10, Art. 5 Abs. 2 Satz 1 der Verordnung (EG) Nr. 715/2007 den 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 3351/21, juris 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 3351/21, juris Rn. 54).

(2) Gemessen hieran sind die entsprechenden Voraussetzungen einer Haftung hinsichtlich der unstreitig werksseitig implementierten Fahrkurvenerkennung gegeben. Im Übrigen hat der Kläger für die Verwendung einer (unzulässigen) Abschaltseinrichtung nicht hinreichend vorgetragen.

(a) Die Fahrkurvenerkennung ist als unzulässige Abschaltseinrichtung einzustufen.

(aa) Die Beklagte trägt vor, die im streitgegenständlichen Fahrzeug vorhandene Fahrkurvenerkennung bewirke insbesondere, dass der NSK an einem zeitlich genau definierten Punkt kurz vor dem Ende der einem NEFZ-Test vorgeschalteten Vorkonditionierungsfahrt, sog. Preconditioning oder „Precon“, vollständig regeneriert werde, damit er zu Beginn nahezu leer sei, zum anderen, dass der NSK innerhalb des NEFZ an zeitlich genau definierten Punkten regeneriere. Das bedeute eine Regeneration nach jeweils ca. 5 km; zum einen 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 führe die im streitgegenständlichen Fahrzeug hinterlegte Fahrkurvenerkennung dazu, dass in Abhängigkeit von der Abgastemperatur und der Alterung des NSK eine Heizmaßnahme im NEFZ aktiviert werden konnte. In diesem Fall habe dies dazu geführt, dass die Temperatur des NSK unmittelbar vor dem ersten NSK-Regenerationsevent erhöht worden sei.

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 EA 288 EU6-Motoren strecken- und beladungsgesteuert ca. alle 5 gefahrene km bzw. nach voller Beladung erfolgt sei, je nachdem, welches Ereignis vorher eingetreten sei (gefahrte Strecke oder volle Beladung). Aufgrund dieser ca. alle 5 km erfolgenden Regenerationsintervalle würde die Anzahl der Regenerationen, die während des gesetzlichen Prüfzyklus NEFZ (11 km) gefahren

würden, davon abhängen, in welchem Beladungszustand der NSK sich zu Beginn des Prüfzyklus befinde. 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 CO₂- und Schadstoffemissionen auswirkten. Zum anderen stelle nur ein Test mit anfänglich leerem NSK sicher, dass der Test tatsächlich diejenigen NO_x-Emissionen widerspiegele und repräsentativ abbilde, die von Beginn bis zum Ende des Zyklus entstehen, während im zweiten Fall noch NO_x-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_x-Emissionen aufgefangen und repräsentativ abgebildet würden, die von Beginn bis zum Ende des Zyklus entstünden.

Für die künftige Steuerung der NSK-Regeneration bei EA 288-Fahrzeugen ohne Fahrkurvenerkennung (SOP ab 22/16) sei in technischer Hinsicht eine Umstellung auf eine neue Technologie erfolgt, mit der die NSK-Regeneration grundlegend umgestellt worden sei, nämlich auf das sog. „Günstigkeitsprinzip“. D.h. die Regeneration des NSK erfolge jeweils dann, wenn ein dafür günstiges Fahrprofil gefahren werde, unabhängig von der Beladung. Ein günstiges Fahrprofil liege beispielsweise bei einer Konstantfahrt bei mittlerer Volllast vor, etwa wenn das Fahrzeug auf 70 km/h oder auf 100 km/h beschleunige. Solche Konstantfahrten erfolgten im außerstädtischen Teil 2 des NEFZ (EUDC). Da der vor einer Prüffahrt liegende Precon aus drei EUDCs bestehe, sei damit auch nach dem neuen Modell sichergestellt, dass der NSK am Ende des Precon regeneriere und der NEFZ mit einer nahezu leeren Anfangsbeladung gefahren werde. Zugleich erfolge auf diese Weise am Ende der NEFZ-Prüffahrt eine Regeneration, sodass sämtliche im NEFZ entstandenen Emissionen in die Messungen einfließen würden. Auf diese Weise könnten auch ohne eine fahrkurvenerkennungsabhängige streckengesteuerte NSK-Entladung vor Beginn und am Ende des NEFZ repräsentative wie reproduzierbare Ergebnisse erreicht werden.

(bb) Nach dieser als unstreitig zu Grunde zu legenden Beschreibung stellt die Fahrkurvenerkennung eine Abschalt Einrichtung 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 Untersuchungsbericht der Kommission „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).

Soweit sich die Beklagte in der Berufung darauf stützen will, dass die Fahrkurvenerkennung nach den von ihr vorgenommenen Vergleichsmessungen keine (über die üblichen Messtoleranzen hinausgehenden) Emissionsauswirkungen in dem streitgegenständlichen Fahrzeug habe, kann dahinstehen, ob dieser Vortrag verspätet ist.

Die Beklagte trägt hierzu in der Berufung erstmals vor, sie habe umfangreiche Messungen bei EA 288-Fahrzeugen, u.a. bei dem streitgegenständlichen Fahrzeugkonzept, durchgeführt. Sie habe zunächst sog. A-Messungen an den Feldfahrzeugen durchgeführt, bei denen sämtliche an die Fahrkurvenerkennung geknüpften Funktionen aktiviert gewesen seien. Sodann habe sie sog. B-Messungen durchgeführt, bei denen mit der Deaktivierung der Fahrkurvenerkennung im NEFZ die an die Fahrkurvenerkennung geknüpften Funktionen deaktiviert gewesen seien. Die an die Fahrkurvenerkennung geknüpften, gezielte Platzierung des Regenerationsevents im Precon sei hingegen sowohl in der A- als auch der B-Messung aktiv gewesen, um sicherzustellen, dass beide NEFZ-Messungen unter denselben Bedingungen durchgeführt und nur diejenigen NOx-Emissionen abgebildet würden, die auch tatsächlich im NEFZ entstehen. Eine Deaktivierung auch dieser Funktion hätte zudem zur Folge gehabt, dass es aufgrund der

unterschiedlichen Startbeladungen des NSK nicht möglich gewesen wäre, festzustellen, welche Auswirkungen die Deaktivierung der Fahrkurvenerkennung im NEFZ habe. Diese Messungen belegten, dass das streitgegenständliche Fahrzeug auch ohne Fahrkurvenerkennung den gesetzlichen NOx-Emissionsgrenzwert im Zeitpunkt der Typgenehmigung eingehalten hätte. Die Messungen hätten sogar ergeben, dass die Fahrkurvenerkennung überhaupt keinen (außerhalb der üblichen Messstreuungen liegenden) Einfluss auf die NOx-Emissionen habe.

Vor diesem Hintergrund bestreite sie, dass die in dem streitgegenständlichen Fahrzeug hinterlegte Fahrkurvenerkennung überhaupt einen messbaren Einfluss auf NOx-Emissionen habe. Jedenfalls sei die die im streitgegenständlichen Fahrzeug hinterlegte Fahrkurvenerkennung nicht erforderlich gewesen, um den gesetzlichen NOx-Grenzwert im Zeitpunkt der Typgenehmigung einzuhalten.

Dieser Vortrag ist nicht geeignet, die Annahme einer Abschalteneinrichtung in Frage zu stellen.

Die Verwendung einer Funktionsweise in der Motorsteuerung, die - wie hier unstreitig ist - zu einer unterschiedlichen Steuerung der abgasmindernden Funktionen auf dem Prüfstand bzw. im Rahmen der Vorkonditionierung im Vergleich zu dem realen Betrieb auf der Straße führt, ist ein hinreichender Anhalt für die Annahme, dass dadurch Einfluss auf limitierte Schadstoffe, hinsichtlich derer neben NOx weitere bestimmte Grenzwerte einzuhalten sind (vgl. den bereits genannten Untersuchungsbericht Volkswagen, dort S. 10 f.), genommen wird.

Die Beklagte bezieht sich allein auf eigene – trotz entsprechender Hinweise des Senats zum Erfordernis weiterer Substantiierung nicht im Einzelnen vorgetragene – Messungen, die unter Beibehaltung einer Funktion, nämlich der Entleerung des NSK durch eine gezielte Regeneration am Ende des Precon, durchgeführt wurden. Der angeblich fehlende messbare Einfluss wurde also nach der eigenen Darlegung der Beklagten nur durch Herausnahme eines Teils der Wirkungen festgestellt. Eigene Messungen, die einen Vergleich zwischen dem Zustand mit vollem Einfluss der Fahrkurvenerkennung und ohne jeden Einfluss der Fahrkurvenerkennung erlauben, hat die Beklagte hingegen auch nach ihrem eigenem Vorbringen (schon) nicht durchgeführt. Damit sind die durchgeführten Messungen von vornherein ungeeignet, die mit einem zu Beginn des NSK nahezu oder vollständig geleerten NSK und einer potentiell unterschiedlichen Anzahl an Regenerationsvorgängen im nachfolgenden NEFZ anzunehmenden unterschiedlichen Emissionsauswirkungen zu widerlegen.

Unabhängig davon verhalten sich die Ausführungen der Beklagten allein über die NOx-Emissionen, nicht aber über sonstige limitierte Schadstoffe.

Anderes ergibt sich auch nicht aus den Erörterungen im Senatstermin vom 4. Juni 2024. Denn diese standen – Gegenteiliges hat die Beklagte nicht zum Ausdruck

gebracht – ausschließlich im Zusammenhang mit den von der Beklagten hinsichtlich der NOx-Emissionen durchgeführten A- und B-Messungen.

Bezüglich der Untersuchungen des KBA führt die Beklagte im Kern ins Feld, dass das KBA jedenfalls keine grenzwertrelevanten Auswirkungen der Fahrkurvenerkennung festgestellt habe. Das ist auch den im vorliegenden Verfahren vorgelegten amtlichen Auskünften des KBA gegenüber verschiedenen Gerichten in anderen Verfahren mit einem EA 288 der Euro 6-Norm nur so zu entnehmen.

(cc) Ausnahmegründe bzw. eine Rechtfertigung dieser Technik im Sinne von Art. 5 Abs. 2 Satz 1 der Verordnung (EG) Nr. 715/2007 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. Greifbare Anhaltspunkte für eine anderweitige Bedatung hat der Kläger nicht vorgetragen, weshalb der von der Beklagten mitgeteilte Temperaturbereich zugrunde zu legen ist.

Dem Senat ist zwar bekannt, dass die Beklagte bei Motoren des Typs EA288 bisweilen einen engeren Temperaturbereich vorgetragen hat. Dies allerdings ausschließlich bei Fahrzeugen des Typs T6 („Bulli“), die erheblich größer sind als das Fahrzeug des Klägers. Inwieweit dies auf konkret sein Fahrzeug übertragbar wäre, legt der Kläger nicht dar.

Der Hinweis auf eine vom Kläger als auffällig eingestufte Messung des JRC 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 dem Kläger insoweit 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 des Klägers das Thermofenster den von ihm angegebenen Temperaturbereich hätte. Hiervon unabhängig geht aus dem vom ihm insoweit in Bezug genommenen Presseartikel (Anlage K 11, EA 573 ff.) 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.

Soweit der Kläger darauf abstellt, das BMVI habe bei einem Golf VII 2.0 I bereits ab 10 Grad einen NOx-Wert in Höhe des dreifachen Grenzwertes ermittelt (EA 38), ist

dies dem als Beleg herangezogenen Untersuchungsbericht Volkswagen S. 62 so schon nicht zu entnehmen. Im Übrigen betrifft dies, ebenso wie die weiter herangezogenen Messungen der DUH an einem Audi A3 Sportback 2.0 TDI Euro 6 NSK im realen Fahrbetrieb (EA 30 ff.), jeweils Fahrzeuge mit einer anderen Motorisierung (135 kW statt – wie hier – 110 kW).

Auch der Hinweis des Klägers auf Vortrag der Beklagten in einem „Parallelverfahren vor dem Amtsgericht Breisach“ unter Inbezugnahme auf deren dortigen Schriftsatz vom 18. Oktober 2023 (BA 1413), in denen diese „ergänzend“ zu einem „mittelbaren“ Thermofenster in EA 288-Aggregaten Ausführungen getätigt habe, verhilft ihm in Bezug auf sein Fahrzeug nicht zum Erfolg. Schon nach seinem eigenen Vorbringen bezieht sich der neue Vortrag der Beklagten auf ein anderes Fahrzeugmodell (VW Polo statt VW Golf Variant) mit einer anderen Motorisierung (55 kW statt 110 kW). Anders als in dem Verfahren vor dem AG Breisach hat die Beklagte im vorliegenden Verfahren eine solche Korrektur auch nicht eingeräumt.

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

Ohne Erfolg macht der Kläger insoweit letztlich noch geltend, unterstellt, der Vortrag der Beklagten hinsichtlich der temperaturgesteuerten Abschaltseinrichtung und der Fahrkurvenerkennung sei wahr, müsse das Fahrzeug in allen Betriebszuständen den zulässigen Emissionsgrenzwert einhalten (BA 1414).

(aa) Für das erstmals im Jahr 2015 zugelassene Fahrzeug des Klägers war für die Erlangung der Typgenehmigung die Prüfung im NEFZ maßgeblich (Anhang III Ziffer 2.1 der Verordnung [EG] Nr. 692/2008 der Kommission vom 18. Juli 2008 zur Durchführung und Änderung 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 Reparatur- und Wartungsinformationen für Fahrzeuge iVm Ziffer 5.3.1.1 der Regelung Nr. 83 der Wirtschaftskommission der Vereinten Nationen für Europa [UNECE] — Einheitliche Bedingungen für die Genehmigung der Fahrzeuge hinsichtlich der Emission von Schadstoffen aus dem Motor entsprechend den Kraftstoffanforderungen des Motors [2015/1038], die nach Anhang 4 für die maßgebliche Prüfung Typ I den Neue Europäische Normfahrzyklus im Kaltstart [NEFZ kalt] vorsieht).

Erst durch Verordnung (EU) 2017/1151 der Kommission vom 1. Juni 2017 zur Ergänzung der Verordnung Nr. 715/2007, zur Änderung der Richtlinie 2007/46, der Verordnung Nr. 692/2008 der Kommission sowie der Verordnung (EU) Nr. 1230/2012 der Kommission und zur Aufhebung der Verordnung Nr. 692/2008 (ABl. 2017, L 175,

S. 1) ist diese NEFZ-Prüfung mit Wirkung zum 1. September 2017 (siehe Art. 15) durch die WLTP-Prüfung und damit eine Messung im Realbetrieb ersetzt worden.

(bb) Dass die auf dem Prüfstand gemessenen Abgaswerte von den im Realbetrieb gemessenen Werten abweichen, wie der Kläger unter Hinweis auf verschiedene Messungen unterschiedlicher Fahrzeuge mit EA288-Dieselmotor im Realbetrieb geltend macht, ist wegen der gravierenden Unterschiede der Bedingungen, unter denen die Messung erfolgt, kein Indiz für eine nicht nur unzulässige, sondern noch dazu manipulative Abschalteneinrichtung (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, juris 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_x-Emissionen von Dieselfahrzeugen, die im NEFZ gemessenen Emissionen erheblich und haben daher 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 ($CF_{\text{pollutant}}$), der zunächst mit 2,1 angesetzt war (vgl. Erwägungsgrund 10 der Verordnung (EU) 2016/646)), also mit mehr als dem doppelten des bisherigen Grenzwertes, das 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).

Zudem geht aus dem Bericht der Untersuchungskommission „Volkswagen“ hervor, dass die Grenzwertüberschreitung im Realbetrieb allein „noch keine gesetzliche Nichtkonformität“ zeigt, „da der NO_x-Grenzwert nur für die gesetzliche Prüfung Typ 1 inklusive aller Randbedingungen gilt“ (dort 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 (dort Seite 18).

Auch die Leitlinien 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) gehen auf Seite 13 davon aus, dass es im Realbetrieb zu einer 2 bis 5-fachen Überschreitung der NO_x-Werte kommen kann (abrufbar unter https://www.europarl.europa.eu/meetdocs/2014_2019/plmrep/COMMITTEES/EMIS/DV/2017/02-09/C_2017_352_DE.pdf; gepr. 27. Oktober 2023).

Zwar kann eine Grenzwertüberschreitung um ein Vielfaches, die technisch anders nicht hinreichend erklärt werden kann, einen Hinweis auf eine unzulässige Abschaltvorrichtung geben (siehe etwa Seite 18 des Ersten Berichts der Untersuchungskommission „Volkswagen“).

Der Kläger hat indes nicht dargelegt, dass die Emissionen konkret seines Fahrzeugs im Realbetrieb so hoch wären, dass sie das nach Vorstehendem zu erwartende Maß so überschreiten, dass sie als Hinweis auf die Verwendung einer unzulässigen Abschaltvorrichtung gewertet werden können.

Die Messungen der Deutschen Umwelthilfe (DUH) (EA 30 ff.) betreffen ein anderes Fahrzeugmodell (Audi A3 Sportback) mit einer anderen Motorisierung (135 kW). Die weiter ins Feld geführten – nicht vorgelegten – Messungen der DUH im Realbetrieb (EA 37 ff.) mit – so der Kläger – einer Überschreitung des Grenzwertes bis um das Dreifache (EA 38), weisen betreffend einen VW Passat 2.0 TDI einen Grenzwertüberschreitungsfaktor von 2,3 aus und sind vor dem Hintergrund der obigen Ausführungen in dieser Höhe noch nicht als suspekt einzustufen.

Bei den weiter getesteten VW-Fahrzeugen handelt es sich nicht um solche des hier streitgegenständlichen Typs.

Die Tests der EAL (EA 34 f.) hatten gleichfalls keinen VW Passat zum Gegenstand, sondern einen Audi A4, über dessen Abgasnachbehandlungsmethode und übrige Ausstattung zudem nichts bekannt ist und der – soweit dies der nahezu unleserlichen Grafik in der Klageschrift (EA 35) zu entnehmen ist – einen Motor mit 148 PS betreffen, während das Fahrzeug des Klägers über 150 PS verfügt.

Den im Realbetrieb gewonnenen Messergebnissen des ICCT (GA 36) sind gleichfalls keine einzelnen Messergebnisse zu entnehmen, die einen Rückschluss auf das konkrete Fahrzeug des Klägers zulassen.

Die Messungen des KBA (EA 36 ff.), soweit der Kläger sie konkret vorträgt, beziehen sich ebensowenig auf den streitgegenständlichen Fahrzeugtyp, sondern auf einen Golf 1.6 I 81 kW Euro 6 (EA 37) bzw. einen Golf VII 2.0 I mit 135 kW mit im Übrigen einer Erstzulassung aus 2013 (EA 38, vgl. Untersuchungsbericht „Volkswagen“ S. 62). Unabhängig davon sind sie auch deshalb nicht geeignet, einen Anhaltspunkt für

eine unzulässige und manipulative Abschaltvorrichtung zu geben, weil das KBA die Messungen gerade als unauffällig eingestuft hat.

Wird der Motor eines bestimmten Typs – wie vorliegend für Motoren der Bezeichnung EA288 aus zahlreichen gleichgelagerten Verfahren gerichtsbekannt ist – 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 ein hierbei erzielter Messwert 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.

Im Gegenteil blendet der Kläger aus, dass das KBA bezüglich eines VW-Fahrzeuges mit dem Motor EA 288 der Euro 6-Norm mit NSK mit – wie hier – einem Hubraum von 2.0 l und einer Motorleistung von 110 kW bei Messungen in einer RDE-Fahrt einen Wert für den Stickoxidausstoß von 126,5 mg/km und damit eine Überschreitung des Grenzwertes lediglich um den Faktor 1,6 ermittelt hat (Volkswagen Golf Sportsvan; vgl. Untersuchungsbericht „Volkswagen“ S. 64).

Zudem hat die Beklagte eine den streitgegenständlichen Fahrzeugtyp betreffende amtliche Auskunft des KBA an das LG Lüneburg vom 30. Mai 2022 zu 4 O 144/21 vorgelegt (Anlage B 3, BA 1077 f.), die die Vorgehensweise im Rahmen der Verifizierung von Software-Updates zum Nationalen Forum Diesel beschreibt und u.a. beinhaltet, dass das KBA Prüfungen auf Abgasrollenprüfständen bei verschiedenen Temperaturen sowie RDE-Messungen bei Temperaturen zwischen 7 und 19 Grad Celsius durchgeführt habe und darüber hinaus im Rahmen einer Software-Analyse das Vorhandensein einer unzulässigen Abschaltvorrichtung abgeprüft werde. In dieser amtlichen Auskunft hat das KBA auch explizit erklärt, dass das betreffende Fahrzeug nach den dortigen Untersuchungen keine unzulässige Abschaltvorrichtung oder Konformitätsabweichung aufweise.

Vor diesem Hintergrund kann der Kläger auch nichts daraus herleiten, dass – insoweit unstreitig – nach den Zielvorgaben in dem internen Papier der Beklagten „Entscheidungsvorlage: Applikationsrichtlinien und Freigabevorgaben EA288“ vom

18. November 2015 eine Einhaltung der Stickoxidgrenzwerte nur im NEFZ kalt, nicht aber bei anderen Prüfverfahren vorgesehen war (dort Seite 3).

bb) Die Beklagte hat schuldhaft gegen die Vorschriften der § 823 Abs. 2 BGB iVm § 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 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) Gemessen hieran hat die Beklagte schon einen Verbotsirrtum als solchen nicht konkret dargelegt.

(a) Die Beklagte beruft sich im Kern darauf, dass die an die Fahrkurvenerkennung geknüpften Funktionen zulässig seien. Sie habe an dem streitgegenständlichen Fahrzeugkonzept mit EA 288-NSK-Aggregat Messungen im maßgeblichen NEFZ durchgeführt. Diese Messungen belegten, dass das streitgegenständliche Fahrzeug auch ohne die Fahrkurvenerkennung den gesetzlichen NOx-Emissionsgrenzwert im Zeitpunkt der EG-Typgenehmigung einhalten hätte. Die Messungen hätten sogar

ergeben, dass die Fahrkurvenerkennung keinen außerhalb der üblichen Messstreuungen liegenden Einfluss auf die NOx-Emissionen habe. Ihr sei jedenfalls kein Fahrlässigkeitsvorwurf zu machen, da sie einem unvermeidbaren Verbotsirrtum auf Grundlage einer hypothetischen Genehmigung unterlegen wäre. Sie habe das KBA bereits im Herbst 2015 darüber informiert, dass bestimmte Fahrzeuge mit EA 288-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 (BA 1488 f.). Das KBA habe Fahrzeuge mit dem Motor des Typs EA 288, einschließlich des hiesigen Fahrzeugtyps, umfangreich untersucht und ständig überprüft, ob der NOx-Grenzwert auch ohne die Funktion, also bei Deaktivierung der Fahrkurvenerkennung, eingehalten worden wäre. Dies habe sich im Rahmen der KBA-Untersuchungen stets bestätigt. Das KBA habe die in EA 288-Fahrzeugen zum Einsatz kommende Fahrkurvenerkennung zu keinem Zeitpunkt beanstandet, weil es die Grenzwertkausalität als unverzichtbaren Bestandteil des Verbotstatbestandes einer unzulässigen Abschaltvorrichtung i.S.d. Art. 5 Abs. 2 Satz 2 lit c) der VO (EG) 715/2007 ansehe, was es in zahlreichen amtlichen Auskünften gegenüber Gerichten bestätigt habe (BA 1489 f.). Auf diese Einschätzung des KBA als zuständige Typgenehmigungsbehörde habe die Beklagte vertrauen dürfen, zumal das KBA seit seinen ersten Untersuchungen im Oktober 2015 stets wiederholt habe, bei der Fahrkurvenerkennung handele es sich um keine unzulässige Abschaltvorrichtung. Das Erfordernis der Grenzwertkausalität stelle für das KBA einen seit dem Jahr 2007 unverändert anerkannten Bestandteil des Verbotstatbestandes einer unzulässigen Abschaltvorrichtung i.S.d. Art. 5 Abs. 2 Satz 2 lit c) der VO (EG) 715/2007 dar. Das KBA hätte auch bei einer unterstellten früheren Mitteilung über die Existenz der Fahrkurvenerkennung in bestimmten EA 288-Fahrzeugen die Erteilung der Typgenehmigung nicht aufgrund der Verwendung einer vermeintlich unzulässigen Abschaltvorrichtung verweigert, was es in einer amtlichen Auskunft vom 10. Mai 2022 an die Rechtsanwaltskanzlei pswp (vgl. BA 1492) in einem Parallelverfahren für ein EA 288-Fahrzeug bestätigt habe.

(b) Dieser Vortrag genügt für die konkrete Darlegung eines Verbotsirrtums nicht. Die Beklagte hat zu einem Irrtum ihrer verfassungsmäßig berufenen Vertreter – was im Rahmen der mündlichen Verhandlung vor dem Senat erörtert wurde – keinen Vortrag gehalten. Ihr Vorbringen erschöpft sich im Kern darin, schlagwortartig einen Verbotsirrtum zu behaupten und in diesem Zusammenhang auf eine hypothetische Genehmigung des KBA abzustellen. 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).

Abgesehen davon lassen die Ausführungen der Beklagten zu den von ihr vorgenommenen Messungen an Feldfahrzeugen nicht erkennen, ob diese Überprüfungen bereits vor dem Abschluss des streitgegenständlichen Kaufvertrages (7. September 2015) stattgefunden haben. Die Untersuchungen der EA 288-Aggregate durch das KBA haben erst ab Oktober 2015 begonnen. Ist danach schon weder dargetan noch ersichtlich, dass der Beklagten die Wirkungen der Fahrkurvenerkennung im streitgegenständlichen Fahrzeug im Einzelnen schon im Zeitpunkt des Vertragsschlusses überhaupt bekannt waren, spricht erst recht nichts für die Annahme, es habe seinerzeit ein Irrtum über die Zulässigkeit einer solchen Funktion vorgelegen.

c) Zur Erwerbskausalität kann sich der Kläger bei der Inanspruchnahme der Beklagten auf Erstattung des Differenzschadens auf den Erfahrungssatz stützen, dass er 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 der Kläger von der Beklagten aus § 823 Abs. 2 BGB iVm § 6 Abs. 1, § 27 Abs. 1 EG-FGV die Zahlung von 1.425,00 € (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 Abschaltseinrichtungen 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 Abschaltseinrichtung verbundenen Nachteile, insbesondere das Risiko behördlicher Anordnungen, zu berücksichtigen. Weiter ist der Umfang in Betracht kommender Betriebsbeschränkungen und die Eintrittswahrscheinlichkeit solcher Beschränkungen mit Rücksicht auf die Einzelfallumstände in den Blick zu nehmen. Maßgebend ist dabei eine auf den Zeitpunkt des Vertragsschlusses bezogene Betrachtung (BGH, Urteil vom 26. Juni 2023 – VIa ZR 335/21, juris Rn. 76). Über diese originär schadensrechtlichen Gesichtspunkte hinaus sind das Gewicht des der Haftung zugrundeliegenden konkreten Rechtsverstoßes für das unionsrechtliche Ziel der Einhaltung gewisser Emissionsgrenzwerte sowie der Grad des Verschuldens nach

Maßgabe der Umstände des zu beurteilenden Einzelfalls zu bewerten, um so dem Gebot einer verhältnismäßigen Sanktionierung auch bezogen auf den zu würdigenden Einzelfall Rechnung zu tragen (BGH, Urteil vom 26. Juni 2023, aaO Rn. 77).

Unter Berücksichtigung dieser Umstände schätzt der Senat den dem Kläger entstandenen Schaden auf 5 % des Betrages, den er für das Fahrzeug aufgewendet hat und damit einen Schadensbetrag von 1.425,00 €.

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 das Software-Update 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 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). Ein Vorteilsausgleich mit Blick auf das Software-Update findet nach den Umständen des Streitfalls ebenfalls nicht statt.

(1) Auch in Fällen des „Dieselskandals“ ist es sachgerecht, den durch die Nutzung des Fahrzeugs erlangten geldwerten Vorteil (vgl. BGH, Urteil vom 30. Juli 2020 – VIZR 354/19, juris Rn. 14) nach der für das Kaufrecht anerkannten Methode des linearen Wertschwundes zu bestimmen (vgl. zum Kaufrecht BGH, Beschluss vom 9. Dezember 2014 – VIII ZR 196/14, juris Rn. 3 mwN) und gemäß § 287 ZPO nach folgender Formel zu schätzen (vgl. etwa BGH, Urteile vom 13. April 2021 – VI ZR 274/20, juris Rn. 19; vom 23. März 2021 – VI ZR 3/20, juris Rn. 9 ff.; vom 30. Juli 2020 – VI ZR 397/19, juris Rn. 36 und VI ZR 354/19, juris Rn. 13; vom 25. Mai 2020 – VI ZR 252/19, juris Rn. 78 ff.):

$$\frac{\text{Kaufpreis} \quad \times \quad \text{gefahrte Kilometer}}{\text{zu erwartende Gesamtlaufleistung}}$$

Die zu erwartende Laufleistung des erstmals im September 2015 zum Straßenverkehr zugelassenen VW Passat Variant 2.0 TDI mit 110 kW schätzt der auf Ansprüche aus Fahrzeugkäufen spezialisierte Senat bei Fahrzeugen aus dem entsprechenden Preissegment mit einem Dieselmotor der für vergleichsweise langlebige Dieselmotoren bekannten Beklagten, die – wie vorliegend – mit einem robusten und etwas hubraumstärkeren 2,0-Liter-Motor ausgestattet sind, auf 300.000 km (siehe auch OLG Frankfurt, Urteil vom 17. März 2021 – 13 U 338/19, juris Rn. 23; OLG Rostock, Urteil vom 11. Februar 2021 – 5 U 130/18, Rn. 54 mwN; OLG Koblenz, Urteil vom 12. Juni 2019 – 5 U 1318/18, juris Rn. 109; vgl. auch die Nachweise bei Reinking/Eggert, Der Autokauf, 14. Aufl., Rn. 3574). Mit dieser Schätzung bewegt sich der Senat zudem innerhalb der Bandbreite der von anderen Gerichten jeweils vorgenommenen Schätzung der gesamten Laufleistung (BGH, Urteile vom 27. Juli 2021 – VI ZR 480/19, juris Rn. 26; vom 27. April 2021 – VI ZR 812/20, juris Rn. 16). Zusätzliche Umstände, mit denen sich das Gericht im Rahmen der Schätzung auseinandersetzen müsste (vgl. BGH, Urteil vom 27. April 2021 – VI ZR 812/20, juris Rn. 18; siehe auch BGH, Urteil vom 23. März 2021 – VI ZR 3/20, juris Rn. 11), haben die Parteien nicht vorgetragen.

Auch in Fällen der vorliegenden Art ist der Senat bei der Ermittlung der prognostizierten Gesamtlaufleistung nach § 287 ZPO grundsätzlich nicht gehalten, ein Sachverständigengutachten einzuholen (siehe nur BGH, Urteile vom 27. Juli 2021 – VI ZR 480/19, juris Rn. 27 vom 18. Mai 2021 – VI ZR 720/20, juris Rn. 13 aE, jeweils mwN).

Danach beträgt die Nutzungsentschädigung ausgehend vom Kilometerstand beim Erwerb von 0 km und von 123.583 km am 27. Mai 2024 und dem vom Kläger im Jahr 2015 gezahlten Kaufpreis von 28.500,00 € (brutto) 11.740,39 €.

(2) Für den Restwert des Fahrzeugs, für den die Beklagte darlegungs- und beweisbelastet ist (vgl. BGH, Urteil vom 26. Juni 2023 - VIa ZR 335/21, juris Rn. 80), kann vorliegend zur Überzeugung des Senats kein höherer Betrag als 13.500,00 € angesetzt werden (§ 287 ZPO). Soweit die Beklagte unter Verweis auf drei beispielhaft aufgeführte Verkaufsangebote privater Anbieter (vgl. BA 1510 f.) ausführt, der Kläger könne von privat am Gebrauchtwagenmarkt jedenfalls auch mindestens einen Restwert in Höhe von 17.400,00 € realisieren (BA 1510), ist anzumerken, dass die Beklagte lediglich ein Angebot in dieser Höhe vorgelegt hat. Die beiden weiteren Angebote lauten jeweils auf 15.300,00 €, wobei eines dieser Angebote sich auf ein Fahrzeug mit einem deutlichen höheren Kilometerstand von 143.907 km bezieht. In den Blick zu nehmen ist weiter, dass die Beklagte zuvor eine DAT-Gebrauchtfahrzeugbewertung (Händlerverkaufswert) über 15.581,00 € vorgelegt hatte, der – bei einem Stichtag zum 26. Januar 2022 – sogar nur ein Kilometerstand von 93.770 km zugrundelag (BA 1088). Der Senat hat im Rahmen seiner Recherchen anlässlich der Terminsvorbereitung hinsichtlich eines VW Passat

Variant Highline 2.0 I 110 kW mit einer Laufleistung von 120.000 km einen Händlerverkaufspreis von nur 14.400,00 € ermittelt (ADAC-Gebrauchtwagenbewertung). Bei sämtlichen Bewertungen ist zu berücksichtigen, dass es sich zum einen lediglich um Angebote handelt, von denen schon nicht feststellbar ist, dass sie sich überhaupt in dieser Größenordnung realisieren lassen. Zum anderen ist, soweit es Händlerverkaufspreise betrifft, zu bedenken, dass der Kläger kein Händler, sondern ein Privatverkäufer ist. Dies rechtfertigt ohnehin einen Abschlag für eine Gewinnmarge des Händlers, die der Senat mit mindestens 10 % ansetzt. Überdies vermag der Senat sich auch nicht mit der nötigen Gewissheit davon zu überzeugen, dass es grundsätzlich gelingen würde, im Rahmen einer realen Bandbreite stets einen Verkaufspreis im oberen Bereich zu erzielen.

(3) Den tatsächlichen Wert des Fahrzeugs im Zeitpunkt des Erwerbs durch den Kläger veranschlagt der Senat gemäß § 287 ZPO mit der Differenz aus dem von dem Kläger gezahlten Kaufpreis von 28.500,00 € und dem oben ermittelten Differenzschaden von 1.425,00 €, die sich auf 27.075,00 € beläuft.

(4) Daraus ergibt sich, dass die Summe aus den von dem Kläger erlangten Nutzungsvorteilen in Höhe von 11.740,39 € und dem Restwert des Fahrzeugs von 13.500,00 € – insgesamt 25.240,39 € – den tatsächlichen Wert des Fahrzeugs im Zeitpunkt des Erwerbs durch den Kläger in Höhe von 27.075,00 € nicht übersteigt, so dass eine Vorteilanrechnung nicht stattfindet.

(5) Im Hinblick auf das vom KBA freigegebene und bei dem Fahrzeug des Klägers 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 zugrundegelegten Restwert von höchstens 13.500,00 € „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 1.425,00 € – anzunehmen ist. Auch bei Hinzurechnung dessen ergibt sich mit (25.240,39 € + 1.425,00 € =) 26.580,39 € noch kein Betrag, der den tatsächlichen Wert des Fahrzeugs im Zeitpunkt des Erwerbs in Höhe von 27.075,00 € übersteigt.

3. Die Zinsentscheidung folgt aus §§ 291 Abs. 1, 288 BGB.

4. Ein Anspruch auf Erstattung 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 iVm § 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 oder § 823 Abs. 2 BGB iVm § 263 StGB wegen einer vorsätzlichen (sittenwidrigen) Schädigung liegen, wovon auch der Kläger letztlich ausgeht, nicht vor. Auch die Voraussetzungen einer Haftung wegen Verzuges der Beklagten mit dem Ersatz des Differenzschadens (§ 280 Abs. 1 und 2, § 286 BGB) sind nicht dargetan (vgl. BGH, Urteil vom 16. Oktober 2023 – VIa ZR 14/22, juris Rn. 13).

5. Die prozessualen Nebenentscheidungen beruhen auf § 92 Abs. 1, § 97 Abs. 1, § 516 Abs. 3, § 708 Nr. 10, §§ 711, 713 ZPO.

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

7. Der Schriftsatz der Beklagten vom 8. Juli 2024 lag dem Senat vor. Er gab zu einer Wiedereröffnung der mündlichen Verhandlung oder abweichenden Beurteilung keinen Anlass.

Dr. Kappel

Wehrmann

Poguntke

**Nichtöffentliche Sitzung
des 13. Zivilsenats des Oberlandesgerichts**

Hamm, 09.07.2024

Geschäfts-Nr.:
I-13 U 152/22

Gegenwärtig:

Richter am Oberlandesgericht Dr. Kappel
als Vorsitzender
- Ohne Protokollführer gem. § 159 ZPO -

In dem Rechtsstreit
Stasik gegen Volkswagen AG

erschieden bei Aufruf

für den Kläger und den Berufungskläger niemand,

für die Beklagte und die Berufungsbeklagte niemand.

Es wurde das aus der E-Akte ersichtliche Urteil unter Bezugnahme auf die Urteilsformel verkündet.

Dr. Kappel

Verkündet am 09.07.2024

■■■■■ Justizbeschäftigte
als Urkundsbeamtin der Geschäftsstelle