Hanseatisches Oberlandesgericht in Bremen - Urteil vom 20.12.2023 - 1 U 12/22

Archivdruck des veröffentlichten amtlichen Entscheidungstextes

Dieser Archivdruck wurde am 31.10.2026 aus dem gespeicherten amtlichen Text erstellt. Er ist als redaktionell erstellte PDF-Fassung gekennzeichnet. Maßgeblich bleibt die angegebene amtliche Fundstelle.

Amtliche Fundstelle: https://www.oberlandesgericht.bremen.de/entscheidungen/detail.php?gsid=bremen88.c.24595.de&asl=bremen88.c.2335.de

Hanseatisches Oberlandesgericht in Bremen

Geschäftszeichen: 1 U 12/22 = 4 O 1003/20 Landgericht Bremen

[Verkündet am 20.12.2023]

Im Namen des Volkes

U r t e i l

In dem Rechtsstreit

...,

Kläger,

Prozessbevollmächtigte:
Rechtsanwältinnen und Rechtsanwälte ...

gegen

...,

Beklagte,

Prozessbevollmächtigte:
...

hat der 1. Zivilsenat des Hanseatischen Oberlandesgerichts in Bremen auf die mündliche Verhandlung vom 22.11.2023 durch den Vorsitzenden Richter am Oberlandesgericht Kelle, den Richter am Oberlandesgericht Dr. Böger und die Richterin am Amtsgericht Dr. Herzberg für Recht erkannt:

I. Auf die Berufung des Klägers gegen das Urteil der 4. Zivilkammer des Landgerichts Bremen vom 21.02.2022 (Az. 4 O 1003/20) wird das Urteil wie folgt abgeändert:

- 2 -

Seite 2 von 38

1. Die Beklagte wird verurteilt, an den Kläger EUR 3.340,68 nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem jeweiligen Basiszinssatz seit dem 29.07.2020 zu zahlen.
2. Es wird festgestellt, dass in Höhe eines Betrags von EUR 285,32 Erledigung eingetreten ist.
3. Im Übrigen wird die Klage abgewiesen.

II. Die weitergehende Berufung wird zurückgewiesen.
III. Die Kosten des Rechtsstreits tragen der Kläger zu 86% und die Beklagte zu 14%.
IV. Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar.
V. Die Revision wird nicht zugelassen.
VI. Der Gegenstandswert für die Berufung wird auf EUR 26.364,54 festgesetzt.

Gründe:
I.
Der Kläger nimmt die Beklagte auf Schadensersatz wegen eines vom Kläger im Jahr 2012 erworbenen Kraftfahrzeugs im Zusammenhang mit dem sogenannten Diesel-Abgasskandal in Anspruch.
Der streitgegenständliche Pkw Audi A5 mit Erstzulassung am 09.12.2011 wurde vom Kläger am 28.03.2012 zu einem Kaufpreis von EUR 54.390,- inkl. MwSt. von der … als Gebrauchtfahrzeug mit einem Kilometerstand von 40 km erworben. Das Fahrzeug ist mit einem Dieselmotor mit der internen Bezeichnung EA896 Gen2 ausgestattet und unterliegt der Abgasnorm EU5. Von einem Rückruf durch das Kraftfahrt-Bundesamt (KBA) ist der Pkw nicht betroffen. Das KBA teilte am 29.04.2021 mit, dass es bezüglich des streitgegenständlichen Fahrzeugs eine von der Beklagten vorgeschlagene „freiwillige Serviceaktion zur Emissionsverbesserung durch die Motorsteuerungssoftware“ akzeptiert und entschieden habe, „diese im Verlauf des § 25 Abs. 2 EG-FGV zu überwachen“. Die Beklagte bot ab 2019 für das streitgegenständliche Fahrzeug eine Software-Update für die Motorsteuerung an. Unstreitig ist der Pkw am 02.06.2022, d.h. nach dem Urteil 1. Instanz, vom Kläger mit einem Kilometerstand von 184.954 km für EUR 9.000,- weiterveräußert worden.
Der Kläger hat vor dem Landgericht geltend gemacht, dass das Fahrzeug vom Abgasskandal betroffen und bereits bei Übergabe manipuliert gewesen sei. Die Software des Motors sei so modifiziert gewesen, dass nur auf dem Prüfstand Abgaswerte gemessen worden seien, die die EU-Abgasnorm einhielten.
Dabei hat der Kläger in seiner Klageschrift vom 25.06.2020 zunächst namentlich geltend gemacht, dass das streitgegenständliche Fahrzeug im Realbetrieb außerhalb des Neuen Europäischen Fahrzyklus (NEFZ) die zulässigen Stickoxid- (NOx-) Werte drastisch überschritten habe. Hierzu hat sich der Kläger in seiner Klageschrift zunächst auf verschiedene Rückrufe des Kraftfahrtbundesamtes betreffend Fahrzeuge anderer Hersteller bzw. mit anderen Motortypen berufen.
Mit Schriftsatz vom 22.01.2021 hat der Kläger weiter behauptet, dass im streitgegenständlichen Fahrzeug eine unzulässige Abschalteinrichtung in Form einer Prüfstanderkennung verbaut sei, die über einen Servolenkungssensor erkannt werde. Die Steu-

erung aktiviere dann einen besonderen Reinigungsmodus, der die gesetzlichen Abgaswerte einhalte, was ansonsten nicht der Fall sei, und zudem würde über das AECD-Steuergerät (Auxiliary Emission Control Device) die Leistung des Motors reduziert,
Ferner sei, so die weiteren Behauptungen des Klägers im Schriftsatz vom 22.01.2021, in dem Fahrzeug ein Thermofenster eingebaut, durch das die Abgasreinigung bei Außentemperaturen unter 17 ° Celsius geringer ausfalle als oberhalb der einprogrammierten Schwelle und damit gegen die gesetzlichen Grenzwerte verstoße. Diese Temperaturschwelle sei auf den gesetzlich vorgegebenen Temperaturbereich in der Prüfkammer des NEFZ abgestimmt, der von 20 bis 30 ° Celsius reiche. Der Kläger hat sich hierzu auf Messungen aus dem Bericht der Untersuchungskommission „Volkswagen“ berufen, wonach ein Fahrzeug des Typs Audi A6 im Straßenbetrieb einen knapp 6,2-fach höheren NOx-Wert aufweise als im Prüfstandsbetrieb.
Mit Schriftsätzen vom 09.06.2021 sowie 25.10.2021 hat der Kläger sich weiter darauf bezogen, dass in einem vom KBA in Auftrag gegebenen „Gutachten zur Bewertung der AUDI-Akustik-Funktion als zulässigen oder unzulässigen Eingriff in das Emissionsverhalten eines Fahrzeuges/Motors" vom 25.06.2017 der Sachverständige … für zwei getestete Fahrzeuge der Beklagten mit 3.0TDl-Motor der Euro 4-Norm zu dem Ergebnis

gekommen sei, dass eine unerlaubte Abschalteinrichtung auf Grundlage der „Akustik-Funktion" bzw. „Aufheizstrategie" vorliege. Durch die Aktivierung der Aufheizstrategie würden über die Einspritzstrategie und die Abgasrückführungsrate die Stickoxidemissionen vermindert, die Aktivierung dieser Funktion erfolge jedoch nur bei bestimmten Sollwerten der virtuellen Ansauglufttemperatur, der Temperatur des Kühlwassers, des Motorschmieröls und des Kraftstoffes sowie des Umgebungsluftdruckes. Die Bedatung sei dabei derart eng gesetzt, dass die Aufheizstrategie praktisch nur unter den Prüfbedingungen des NEFZ aktiviert werde. Das Vorliegen dieser Aufheizstrategie sei vom KBA auch den Rückrufen von 3.0 TDI-Motoren des Volkswagen-Konzerns zugrunde gelegt worden. Nach der allgemeinen Lebenserfahrung sei es nahezu ausgeschlossen, dass ein Fahrzeughersteller zwar Fahrzeuge der Euro 4- und der Euro 6-Norm mit identischen Abschalteinrichtungen ausstatte, die Fahrzeuge der vorliegend streitgegenständlichen dazwischenliegenden Euro 5-Norm dagegen nicht.
Ferner verwende, so die weiteren Behauptungen des Klägers im Schriftsatz vom 19.11.2021, die Beklagte in der Getriebesteuerung des streitgegenständlichen Fahrzeugs zwei verschiedene Modi. Im normalen Fahrbetrieb komme das sogenannte Dy-

namische Schaltprogramm (DSP) zum Einsatz, auf dem Prüfstand dagegen ausschließlich ein Warmlaufschaltprogramm, welches auf einen möglichst niedrigen Schadstoffausstoß ausgelegt sei.
Die Beklagte hat vor dem Landgericht behauptet, dass das streitgegenständliche Fahrzeug über keine unzulässige Abschalteinrichtung verfüge. Zur Frage eines Thermofensters hat die Beklagte vor dem Landgericht bestritten, dass es sich um eine unzulässige Abschalteinrichtung handele. Das System der Abgasrückführung könne bei niedrigeren Temperaturen Schäden durch Ablagerungen erleiden und werde daher zurückgefahren, dies sei bei Dieselmotoren aller Hersteller notwendig und üblich. Das KBA habe generell Kenntnis von der Notwendigkeit einer solchen temperaturgestützten Abgasrückführung gehabt und nicht gefordert, die Einzelheiten der Systemleistung des Thermofensters offenzulegen.
Die Beklagte hat sich ferner ebenfalls auf den Bericht der Untersuchungskommission „Volkswagen“ berufen, wonach bei einem Fahrzeug mit dem gleichen Motortyp festgestellt worden sei, dass es keine Umschaltlogik aufweise wie bei dem EA189-Motor. Das KBA habe im September 2020 „allgemeingültig" für Fahrzeuge mit dem Motortyp V6-TDI Generation 2 Euro 5 festgestellt, dass keine unzulässige Abschalteinrichtung verbaut sei, und auch nach einer Vorstellung der Bedatung der Motorsteuerungssoftware bei dem im streitgegenständlichen Fahrzeug verwendeten Motortyp im Dezember 2020 festgestellt, dass hier keine unzulässige Abschalteinrichtung verbaut sei. Der Vortrag des Klägers zu einer Getriebemanipulation beziehe sich nicht auf das streitgegenständliche Fahrzeug.
Das Landgericht hat mit Urteil vom 21.01.2022, Az.: 4 O 1003/21, auf welches hinsichtlich des Tatbestandes und des weiteren Vorbringens der Parteien in erster Instanz einschließlich der dort gestellten Anträge im Übrigen Bezug genommen wird (§ 540 Abs. 1 Nr. 1 ZPO), die Klage abgewiesen. Dem Kläger stünden die geltend gemachten Ansprüche unter keinem rechtlichen Gesichtspunkt zu. Der Kläger habe nicht substantiiert zu bestimmten Abschalteinrichtungen vorgetragen, dies insbesondere in Anbetracht der von der Beklagten vorgelegten Auskünfte des Kraftfahrtbundesamtes zu nachträglichen Testungen von Motoren der streitgegenständlichen Baureihe. Auch die Verwendung eines gegebenenfalls unzulässigen Thermofensters begründe den Vorwurf der Sittenwidrigkeit für sich genommen nicht.
Gegen dieses Urteil wendet sich der Kläger mit seiner rechtzeitig eingelegten und begründeten Berufung, mit der er sein erstinstanzliches Klagebegehren weiterverfolgt.

Der Kläger hat mit seiner Berufungsschrift geltend gemacht, das Landgericht habe seinen Vortrag zum Vorliegen unzulässiger Abschalteinrichtungen zu Unrecht als unsubstantiiert angesehen. Insbesondere trägt der Kläger hierzu vor, dass das KBA bei einem Audi A6 mit einem identischen Motor beim Nachfahren des NEFZ-Zyklus auf der Straße um das 5-6 fache überhöhte Emissionswerte festgestellt habe. Ferner verweist der Kläger hierzu darauf, dass bereits erstinstanzlich vorgetragen worden sei, dass die Beklagte für den streitgegenständlichen Motor ein freiwilliges Software-Update angeboten habe. Das KBA habe auch in einem anderen Fall eines zunächst freiwilligen Software-Updates im Folgejahr einen amtlichen Rückruf in Bezug auf diejenigen Fahrzeuge erlassen, die das freiwillige Update nicht haben aufspielen lassen. Das KBA sehe die Anordnung eines Rückrufs nur als ultima ratio an und sehe hiervon ab, wenn Abschalteinrichtungen freiwillig entfernt würden, weswegen in Fällen eines freiwilligen Updates das Fehlen eines behördlichen Rückrufs nicht mit der behördlichen Feststellung des Nichtvorhandenseins von Abschalteinrichtungen gleichzusetzen sei. Zudem stütze sich sein Vortrag zur Getriebesteuerung auf eine unternehmensinterne Präsentation der Volkswagen AG und eigene Angaben der Audi AG, wonach Millionen von Fahrzeugen mit dieser Funktion ausgestattet seien.
Mit Schriftsatz vom 06.11.2023 hat der Kläger weiter zum behaupteten Thermofenster vorgetragen. Bei Umgebungstemperaturen von über 30 ° Celsius oder unter 17 ° Celsius werde die Abgasrückführungsrate durch die Motorsteuerungssoftware reduziert, bei Temperaturen von über 38 ° Celsius oder unter -12 ° Celsius komplett eingestellt. Der Kläger verweist darauf, dass diese Temperaturbereiche im Bericht der Untersuchungskommission Volkswagen genannt worden seien sowie in einer Untersuchung der Akustikfunktion in Euro 4-Fahrzeugen. Eine technische Notwendigkeit für den Einsatz des Thermofensters im streitgegenständlichen Fahrzeug habe nicht bestanden. Das KBA habe im Typgenehmigungsverfahren im Jahr 2011 keine Kenntnis von dem Einsatz von Abschalteinrichtungen in dem streitgegenständlichen Fahrzeug gehabt. Der Kläger meint weiter, dass sich die Beklagte nicht auf das Vorliegen eines unvermeidbaren Verbotsirrtums berufen könne, da sie bereits nicht dazu vorgetragen habe, dass die maßgeblichen technischen Aspekte zur Zulässigkeit eines Thermofensters von ihr untersucht worden wären. Die Beklagte könne sich auch nicht auf eine hypothetische Genehmigung berufen, da es vor Ende 2014 keine Kommunikation zwischen den Fahrzeugherstellern und dem KBA über die Zulässigkeit des Einsatzes von Abschalteinrichtungen gegeben habe, so dass vollkommen offen sei, wie sich das KBA zu den eingesetzten Abschalteinrichtungen positioniert hätte.

Der Kläger beantragt im Übrigen die Aussetzung des Verfahrens und die Vorlage an den Europäischen Gerichtshof im Hinblick auf die Ausgestaltung eines Schadensersatzanspruchs nach deutschem Recht bei einer zugrunde liegenden Verletzung europäischer Abgasnormen.
Der Kläger meint, dass der Restwert des Fahrzeugs maximal in der Höhe des ursprünglichen Kaufpreises abzüglich des Differenzschadens und der Nutzungsentschädigung bestehen könne, damit nicht – z.B. in Zeiten hoher Gebrauchtwagenpreise – der Schadensersatzanspruch inhaltlich ausgehöhlt werde. Gebrauchtwagen-Fahrzeugwertlisten spiegelten nicht den tatsächlichen Restwert wieder und könnten dies angesichts der gewählten Methodik auch nicht, da sie teils Verkäufe zwischen Privaten nicht berücksichtigten und teils lediglich auf Inserate gestützt seien, ohne Kenntnis von tatsächlichen Verkaufsvorgängen zu haben. Verbraucher könnten regelmäßig nur um bis zu 20% einen geringeren Wert realisieren, da bei gewerblichen Händlern eine höhere Ge-

währleistung eingepreist sei und zudem etwaige Mängel des Fahrzeugs dessen Wert minderten. Vorliegend sei wegen des Stilllegungsrisikos ohnehin allenfalls von einem Schrottwert des Fahrzeugs auszugehen bzw. es bedürfe alternativ eines Sachverständigengutachtens bezogen auf das konkrete Fahrzeug.
Der Kläger meint, es sei zur Berechnung der anzurechnenden Nutzungsentschädigung eine durchschnittliche Gesamtlaufleistung von 350.000 km zugrunde zu legen.
Nachdem der Kläger mit seinem Berufungsantrag zu 1. zunächst eine Zug-um-Zug-Verurteilung der Beklagten zur Zahlung von EUR 26.364,54 nebst Zinsen beantragt hatte, beantragt er nunmehr noch, unter Abänderung des angefochtenen Urteils
1. die Beklagte zu verurteilen, an den Kläger EUR 11.860,63 zu zahlen, nebst Zinsen in Höhe von fünf Prozentpunkten über dem jeweiligen Basiszinssatz
a. hieraus seit dem 02.06.2023 sowie
b. aus einem Betrag von EUR 26.364,54 vom Zeitpunkt der Rechtshängigkeit bis zum 01.06.2022.
2. die Beklagte zu verurteilen, den Kläger von vorgerichtlichen Rechtsverfolgungskosten in Höhe von EUR 2.591,23 freizustellen.
Hinsichtlich des ursprünglichen weitergehenden Berufungsantrags hat der Kläger den Rechtsstreit für erledigt erklärt.
Die Beklagte, die sich der Erledigungserklärung nicht angeschlossen hat, beantragt,

die Berufung zurückzuweisen.
Die Beklagte verteidigt das erstinstanzliche Urteil und wiederholt und bekräftigt ihren Vortrag aus erster Instanz. Sie verweist auf weitere amtliche Auskünfte des KBA (Anlagen BE1, BE2), wonach der streitgegenständliche Motortyp untersucht worden sei, ohne dass unzulässige Abschalteinrichtungen festgestellt worden seien.
Zur Frage des Thermofensters trägt die Beklagte vor, dass solche in sämtlichen in der Europäischen Union produzierten Dieselfahrzeugen enthalten seien und dem Motorschutz dienten. Auch dem KBA sei bekannt gewesen, dass jedes Dieselfahrzeug mit einem Abgasrückführungssystem über ein Thermofenster verfügte. Das KBA habe die Softwarebedatung des Thermofensters nach nachträglicher freiwilliger Zurverfügungstellung durch die Beklagte im Rahmen des Nationalen Forums Diesel (sogenannter „Dieselgipfel“) geprüft und festgestellt, dass keine unzulässige Abschalteinrichtung verbaut sei. Die Freigabe von Software-Updates durch das KBA im Rahmen des Nationalen Forums Diesel setze voraus, dass zuvor festgestellt worden sei, dass in dem Fahrzeug keine unzulässige Abschalteinrichtung verbaute sei. Auch in einem weiteren im Jahr 2020 abgeschlossenen Anhörungsverfahren des KBA zur Überprüfung der ursprünglichen Thermofensterbedatung von Fahrzeugen mit dem hier streitgegenständlichen Motortyp habe das KBA keine Verwendung einer unzulässigen Abschalteinrichtung festgestellt. Das KBA prüfe derzeit zwar erneut das Thermofenster des streitgegenständlichen Fahrzeugs, dies stelle aber nicht die Notwendigkeit der ursprünglichen Bedatung des Thermofensters zum Zweck des Motorschutzes in Frage, sondern betreffe lediglich die Frage, ob das Thermofenster während des überwiegenden Teils des Jahres aktiv sein dürfe, welche erst mit den Entscheidungen des Europäischen Gerichtshofs vom 14.07.2022 aufgeworfen worden sei.
Die Beklagte trägt weiter vor, dass sie sich in Bezug auf die Verwendung von Thermofenstern jedenfalls in einem unvermeidbaren Verbotsirrtum befunden habe, da sie den jeweils geltenden Stand der Technik berücksichtigt habe und bei der Verwaltungspraxis des KBA nicht habe erwägen müssen, dass es sich bei dem eingebauten Thermofenster um eine unzulässige Abschalteinrichtung gehandelt habe. Eine Erkundigung beim KBA vor Ausstellung der Übereinstimmungsbescheinigung hätte keine bessere Erkenntnis gebracht und die Beklagte hätte sich auf dessen Auskunft als zuständige Er-

laubnisbehörde grundsätzlich verlassen dürfen.
Mit Schriftsatz vom 13.11.2023 hat die Beklagte zur Frage der Verwendung des Ther-

mofensters wie folgt weiter vorgetragen: Das Thermofenster sei im Zeitpunkt der Erteilung der Typengenehmigung notwendig gewesen, um unmittelbare Risiken für den Motor in Form von Beschädigungen oder Unfall zu vermeiden, die zudem derart schwerwiegend gewesen seien, dass sie eine konkrete Gefahr beim Betrieb des Fahrzeugs darstellten. Bei dem streitgegenständlichen Fahrzeug sei ein Thermofenster verwendet worden, das in Abhängigkeit von der Umgebungslufttemperatur eine Veränderung der Abgasrückführungs- (AGR-) Rate bereits bei einer Temperatur vorgenommen habe, die oberhalb von 12°C gelegen habe. Die Beklagte habe bereits im Jahr 2010 konkrete Untersuchungen zur Notwendigkeit des Thermofensters aus Gründen des Motorschutzes durchgeführt, welche die Erforderlichkeit ebenso bestätigt hätten wie jüngere wissenschaftliche Untersuchungen aus dem Jahr 2023. Insbesondere drohten ohne Temperaturabhängigkeit der Abgasrückführung bei einer Umgebungslufttemperatur von 17 ° Celsius bereits 73 % mehr Ablagerungen nach einer Fahrstrecke von 3.200 km im Vergleich zur Ausgangsbedatung. Bei einem durch Versottung funktionsunfähigen AGR-Ventil drohe der unkontrollierte und unbedingt zu vermeidende Durchbrand des Partikelfilters. Die Anforderung aus den Entscheidungen des Europäischen Gerichtshofs vom 14.07.2022, dass eine wegen Motorschutz zulässige Abschalteinrichtung unter den im Unionsgebiet herrschenden tatsächlichen Fahrbedingungen nicht während des überwiegenden Teils eines Jahres aktiv sein dürfe (als verkehrstechnisches Kriterium bezeichnet), sei weder zum Zeitpunkt der Typgenehmigung noch der Ausstellung der Übereinstimmungsbescheinigung noch des Abschlusses des Kaufvertrages für die Bewertung der Zulässigkeit des streitgegenständlichen Thermofensters maßgeblich gewesen. Der Einsatz eines Thermofensters sei bei Dieselmotoren aller Hersteller üblich gewesen. Er sei vom KBA bis zu den Entscheidungen des Europäischen Gerichtshofs vom 14.07.2022 nicht beanstandet worden und das KBA hätte auch bei Offenlegung der konkreten Bedatung des Thermofensters die Typgenehmigung erteilt, wie es noch im Jahr 2020 bestätigt habe, so dass sich die Beklagte in einem unvermeidbaren Verbotsirrtum befunden habe. Zudem sei bis zum Jahr 2016 auch nicht eine Darstellung der konkreten Ausgestaltung des Thermofensters im Typgenehmigungsverfahren verlangt worden.
Mit der Genehmigung des Software-Updates für das streitgegenständliche Fahrzeug durch das KBA im Jahre 2019 durch Erteilung einer Allgemeinen Betriebserlaubnis habe das KBA bestätigt, dass die ursprüngliche Bedatung der umgebungslufttemperaturabhängigen Abgasrückführung zum Zeitpunkt der Typgenehmigung notwendig war, um den Motor vor Beschädigung zu schützen und den sicheren Betrieb des Fahrzeuges

zu gewährleisten. Dieses Update sei beim klägerischen Fahrzeug bereits am 21.11.2019 aufgespielt worden. Lediglich bei Fahrzeugen, bei denen das Software-Update noch nicht durchgeführt wurde, habe das KBA am 19.10.2023 die (noch nicht rechtskräftige) Feststellung einer im Hinblick auf die Nichterfüllung des verkehrstechnischen Kriteriums des Europäischen Gerichtshofs unzulässigen Abschalteinrichtung getroffen.
Jedenfalls sei mit der Vornahme des Software-Updates ein vermeintliches Stilllegungsrisiko komplett ausgeschlossen, da durch das Update nunmehr innerhalb des Temperaturfensters von ca. +3°C und ca. +37°C in Abhängigkeit von der Umgebungslufttemperatur keine aktive Veränderung der AGR-Rate durch das Thermofenster stattfinde,

so dass der Kläger auch keinen Differenzschaden mehr verlangen könne. Ein merkantiler Minderwert liege nicht vor.
Die Beklagte meint, dass überdies bei einer Berechnung des Schadensersatzanspruchs als Differenzschaden dieser jedenfalls nahezu vollständig aufgezehrt sei durch den Abzug wegen der Nutzungsentschädigung und des Restwerts. Die Beklagte behauptet, dass der Restwert im Verkaufszeitpunkt anstelle der vom Kläger erlösten EUR 9.000,- bei EUR 14.010,00 gelegen habe.
Hinsichtlich des weiteren Vorbringens der Parteien in der Berufungsinstanz wird auf die gewechselten Schriftsätze verwiesen.
II.
Die Berufung des Klägers ist zulässig und auch teilweise begründet und führt insoweit zur Abänderung des erstinstanzlichen Urteils im tenorierten Umfang, da dem Kläger in diesem Umfang Ansprüche gegen die Beklagte wegen des Inverkehrbringens des streitgegenständlichen Dieselfahrzeugs zustehen. Eine Haftung der Beklagten im weitergehend geltend gemachten Umfang besteht dagegen nicht und insoweit ist daher die Berufung im Übrigen unbegründet.
1. Ansprüche des Klägers gegen die Beklagte sind nicht aus § 826 BGB begründet, da eine vorsätzliche sittenwidrige Schädigung nicht festzustellen ist.
Nach den Grundsätzen aus der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs kann ein Fahrzeughersteller dem Käufer eines Gebraucht-Pkw gegenüber aus vorsätzlicher sittenwidriger Schädigung nach § 826 BGB haften, wenn der Hersteller auf der Grundlage einer strategischen Entscheidung bei der Motorenentwicklung im eigenen Kosten- und

damit auch Gewinninteresse durch bewusste und gewollte Täuschung des Kraftfahrtbundesamts systematisch Fahrzeuge in Verkehr bringt, deren Motorsteuerungssoftware bewusst und gewollt so programmiert ist, dass die gesetzlichen Abgasgrenzwerte mittels einer unzulässigen Abschalteinrichtung nur auf dem Prüfstand eingehalten wurden, womit einerseits eine erhöhte Belastung der Umwelt mit Stickoxiden und andererseits die Gefahr einhergeht, dass bei einer Aufdeckung dieses Sachverhalts eine Betriebsbeschränkung oder -untersagung hinsichtlich der betroffenen Fahrzeuge erfolgen könnte (st. Rspr. seit BGH, Urteil vom 25.05.2020 – VI ZR 252/19, juris Rn. 16, BGHZ 225, 316; siehe hierzu auch die Rspr. des Senats, siehe u.a. Hanseatisches OLG in Bremen, Beschluss vom 14.10.2020 – 1 U 4/20, juris Rn. 44).
Mit dem Vortrag des Klägers in erster und zweiter Instanz zu geltend gemachten unzulässigen Abschalteinrichtungen im streitgegenständlichen Fahrzeug sind die Voraussetzungen einer solchen Haftung aber bereits nicht hinreichend substantiiert dargelegt.
Hierzu im Einzelnen:
a. Soweit der Kläger die Verwendung eines unzulässigen Thermofensters behauptet, ist dies für sich nicht genügend für den Vorwurf einer vorsätzlichen sittenwidrigen Schädigung durch den Hersteller, da es hierfür über die bloße Gesetzesverletzung hinaus auch einer besonderen Verwerflichkeit des Verhaltens des Handelnden bedürfte: Bei Abschalteinrichtungen, die vom Grundsatz her im normalen Fahrbetrieb in gleicher Weise arbeiten wie auf dem Prüfstand kann nicht ohne weiteres das Handeln des Herstellers einer arglistigen Täuschung gleichgestellt werden (st. Rspr. des Bundesgerichtshofs seit BGH, Beschluss vom 19.01.2021 – VI ZR 433/19, juris Rn. 18, NJW 2021, 921; siehe hierzu auch die Rspr. des Senats, siehe u.a. Hanseatisches OLG in Bremen, Beschluss vom 14.10.2020 – 1 U 4/20, juris Rn. 61).
b. Die Voraussetzungen einer Haftung der Beklagten aus einer vorsätzlichen sittenwidrigen Schädigung sind auch nicht im Hinblick auf die vom Kläger geltend gemachte Verwendung anderer Arten von unzulässigen Abschalteinrichtungen begründet. Allgemein gilt, dass auch die Verwendung einer anderen Abschalteinrichtung, insbesondere

einer Vorrichtung, durch die im Ergebnis das Emissionskontrollsystem des Fahrzeugs so gesteuert wird, dass eine Emissionsreduzierung lediglich unter Prüfstandbedingungen stattfindet, nicht dagegen im Normalbetrieb, nach den oben dargelegten Grundsätzen eine Haftung des Herstellers aus § 826 BGB begründen könnte. Mit dem diesbezüglichen Vorbringen des Klägers in erster und zweiter Instanz ist die Verwendung einer derartigen den Vorwurf einer vorsätzlichen und sittenwidrigen Schädigung tragenden

Strategie zur Steuerung des Emissionskontrollsystems des streitgegenständlichen Fahrzeugs aber nicht hinreichend substantiiert dargelegt worden.
aa. Dies betrifft zunächst das Vorbringen des Klägers dazu, dass im streitgegenständlichen Fahrzeug eine unzulässige Abschalteinrichtung in Form einer Prüfstandserkennung verbaut sei, die über einen Servolenkungssensor erkannt werde. Die Steuerung aktiviere dann einen besonderen Reinigungsmodus, der die gesetzlichen Abgaswerte einhalte, was ansonsten nicht der Fall sei, und zudem würde über das AECD-Steuergerät (Auxiliary Emission Control Device) die Leistung des Motors reduziert.
(1) Dieses Vorbringen ist zu messen an den Maßstäben aus der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs zur Substantiiertheit von Parteivorbringen, spezifisch im Hinblick auf Ansprüche im Rahmen des sogenannten Dieselskandals. Generell gilt dabei nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs, dass ein Sachvortrag zur Begründung eines Anspruchs grundsätzlich bereits dann schlüssig und erheblich ist, wenn die Partei Tatsachen vorträgt, die in Verbindung mit einem Rechtssatz geeignet und erforderlich sind, das geltend gemachte Recht als in der Person der Partei entstanden erscheinen zu lassen, und die Angabe näherer Einzelheiten ist nicht erforderlich, soweit diese für die Rechtsfolgen nicht von Bedeutung sind (siehe BGH, Beschluss vom 28.02.2012 – VIII ZR 124/11, juris Rn. 6, WuM 2012, 311; Urteil vom 17.12.2014 – VIII ZR 88/13, juris Rn. 43, NJW 2015, 934; Beschluss vom 26.03.2019 – VI ZR 163/17, juris Rn. 11, VersR 2019, 835; Beschluss vom 28.01.2020 – VIII ZR 57/19, juris Rn. 7, NJW 2020, 1740; Urteil vom 13.07.2021 – VI ZR 128/20, juris Rn. 20, WM 2021, 1609; Beschluss vom 21.09.2022 – VII ZR 471/21, juris Rn. 12, MDR 2022, 1340; Beschluss vom 21.09.2022 – VII ZR 767/21, juris Rn. 12, MDR 2022, 1341; Beschluss vom 10.01.2023 – VIII ZR 9/21, juris Rn. 14, MDR 2023, 495; Beschluss vom 09.05.2023 – VIII ZR 160/21, juris Rn. 18). Diese Grundsätze gelten insbesondere auch dann, wenn die Partei keine unmittelbare Kenntnis von den Vorgängen hat, und das Gericht muss nur in die Lage versetzt werden, aufgrund des tatsächlichen Vorbringens der Partei zu entscheiden, ob die gesetzlichen Voraussetzungen für das Bestehen des geltend gemachten Rechts vorliegen (vgl. etwa BGH, Urteil vom 27.05.2003 – IX ZR 283/99, juris Rn. 13, NJW-RR 2004, 337; Beschluss vom 28.02.2012 – VIII ZR 124/11, juris Rn. 6, WuM 2012, 311; Beschluss vom 26.03.2019 – VI ZR 163/17, juris Rn. 11, VersR 2019, 835; Beschluss vom 28.01.2020 – VIII ZR 57/19, juris Rn. 7, NJW 2020, 1740; Urteil vom 13.07.2021 – VI ZR 128/20, juris Rn. 20, WM 2021, 1609; Beschluss vom 21.09.2022 – VII ZR 471/21, juris Rn. 12, MDR 2022, 1340; Beschluss vom 21.09.2022 – VII ZR 767/21, juris Rn. 12, MDR 2022, 1341; Beschluss vom 10.01.2023 – VIII ZR 9/21, juris Rn. 14, MDR 2023,

495; Beschluss vom 09.05.2023 – VIII ZR 160/21, juris Rn. 18). Dabei ist es einer Partei grundsätzlich nicht verwehrt, eine tatsächliche Aufklärung auch hinsichtlich solcher Umstände zu verlangen, über die sie selbst kein zuverlässiges Wissen besitzt und auch nicht erlangen kann, die sie aber nach Lage der Verhältnisse für wahrscheinlich oder möglich hält (vgl. BGH, Urteil vom 27.05.2003 – IX ZR 283/99, juris Rn. 13, NJW-RR 2004, 337; Beschluss vom 09.11.2010 – VIII ZR 209/08, juris Rn. 15; Beschluss vom

28.01.2020 – VIII ZR 57/19, juris Rn. 8, NJW 2020, 1740; Urteil vom 13.07.2021 – VI ZR 128/20, juris Rn. 21, WM 2021, 1609; Beschluss vom 21.09.2022 – VII ZR 471/21, juris Rn. 13, MDR 2022, 1340; Beschluss vom 21.09.2022 – VII ZR 767/21, juris Rn. 13, MDR 2022, 1341; Beschluss vom 10.01.2023 – VIII ZR 9/21, juris Rn. 14, MDR 2023, 495; Beschluss vom 09.05.2023 – VIII ZR 160/21, juris Rn. 19).
Dies gilt nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs insbesondere auch in solchen Situationen, in denen die betreffende Partei sich nur auf vermutete Tatsachen stützen kann, weil sie etwa – wie in Konstellationen der Inanspruchnahme des Fahrzeugherstellers im Rahmen des sogenannten Dieselskandals typisch – mangels Sachkunde und Einblick in die Produktion des von der Gegenseite hergestellten und verwendeten Fahrzeugmotors einschließlich des Systems der Abgasrückführung oder -verminderung keine sichere Kenntnis von Einzeltatsachen haben kann (vgl. BGH, Beschluss vom 28.01.2020 – VIII ZR 57/19, juris Rn. 8, NJW 2020, 1740; Urteil vom 13.07.2021 – VI ZR 128/20, juris Rn. 21, WM 2021, 1609; Beschluss vom 21.09.2022 – VII ZR 471/21, juris Rn. 13, MDR 2022, 1340; Beschluss vom 21.09.2022 – VII ZR 767/21, juris Rn. 13, MDR 2022, 1341; Beschluss vom 10.01.2023 – VIII ZR 9/21, juris Rn. 14, MDR 2023, 495; Beschluss vom 09.05.2023 – VIII ZR 160/21, juris Rn. 19). Allerdings bleibt auch insoweit ein Mindestmaß an Substantiiertheit erforderlich und eine Behauptung wird unbeachtlich, wenn sie ohne greifbare Anhaltspunkte für das Vorliegen eines bestimmten Sachverhalts willkürlich „aufs Geratewohl" oder „ins Blaue hinein" aufgestellt worden ist (vgl. etwa BGH, Urteil vom 04.03.1991 – II ZR 90/90, juris Rn. 18, WM 1991, 942; Urteil vom 27.05.2003 – IX ZR 283/99, juris Rn. 13, NJW-RR 2004, 337; Beschluss vom 09.11.2010 – VIII ZR 209/08, juris Rn. 15; Urteil vom 26.01.2016 – II ZR 394/13, juris Rn. 20, WM 2016, 974; Beschluss vom 26.03.2019 – VI ZR 163/17, juris Rn. 11, VersR 2019, 835; Beschluss vom 28.01.2020 – VIII ZR 57/19, juris Rn. 8, NJW 2020, 1740; Urteil vom 13.07.2021 – VI ZR 128/20, juris Rn. 22, WM 2021, 1609; Beschluss vom 21.09.2022 – VII ZR 471/21, juris Rn. 13, MDR 2022, 1340; Beschluss vom 21.09.2022 – VII ZR 767/21, juris Rn. 13, MDR 2022, 1341; Beschluss vom 10.01.2023 – VIII ZR 9/21, juris Rn. 15, MDR 2023, 495; Beschluss vom 09.05.2023 –

VIII ZR 160/21, juris Rn. 19). Eine solche Annahme von Willkür in diesem Sinne ist nur zurückhaltend vorzunehmen und kann in der Regel nur beim Fehlen jeglicher tatsächlichen Anhaltspunkte gerechtfertigt werden (siehe BGH, Urteil vom 27.05.2003 – IX ZR 283/99, juris Rn. 13, NJW-RR 2004, 337; Beschluss vom 28.01.2020 – VIII ZR 57/19, juris Rn. 8, NJW 2020, 1740; Urteil vom 13.07.2021 – VI ZR 128/20, juris Rn. 20, WM 2021, 1609; Beschluss vom 21.09.2022 – VII ZR 471/21, juris Rn. 13, MDR 2022, 1340; Beschluss vom 21.09.2022 – VII ZR 767/21, juris Rn. 13, MDR 2022, 1341; Beschluss vom 10.01.2023 – VIII ZR 9/21, juris Rn. 15, MDR 2023, 495; Beschluss vom 09.05.2023 – VIII ZR 160/21, juris Rn. 19).
Der Sachvortrag einer Partei, auch wenn er sich auf Umstände außerhalb ihrer eigenen Kenntnis bezieht, ist aber dann nicht als unbeachtlicher Vortrag ins Blaue hinein zu bezeichnen, wenn er sich auf behördliche Ermittlungen oder Verlautbarungen stützen kann, denen entsprechende Anhaltspunkte für eine Richtigkeit dieser Behauptungen zu entnehmen sind (siehe u.a. BGH, Beschluss vom 28.01.2020 – VIII ZR 57/19, juris Rn. 8, NJW 2020, 1740; Urteil vom 13.07.2021 – VI ZR 128/20, juris Rn. 24, WM 2021, 1609; Beschluss vom 21.09.2022 – VII ZR 471/21, juris Rn. 15 f., MDR 2022, 1340; Beschluss vom 21.09.2022 – VII ZR 767/21, juris Rn. 15 f., MDR 2022, 1341; Beschluss vom 09.05.2023 – VIII ZR 160/21, juris Rn. 20). In Bezug auf Fälle des sogenannten Dieselskandals ist dabei in der Rechtsprechung anerkannt, dass solche Erkenntnisse nicht nur dann eine ausreichende Indizwirkung entfalten, wenn sie genau den gleichen Fahrzeugtyp mit dem gleichen Motortyp betreffen bzw. wenn ein Rückruf gerade be-

züglich des gleichen Fahrzeugs vorliegt: Vielmehr soll es genügen, wenn sich behördliche Erkenntnisse hinsichtlich unzulässiger Abschalteinrichtungen auf vergleichbare Fahrzeugtypen beziehen, was dann zu bejahen ist, wenn das streitgegenständliche Fahrzeug über denselben Motor oder Motortyp verfügt und in dieselbe Schadstoffklasse fällt (Euro 5 oder Euro 6) (vgl. BGH, Beschluss vom 28.01.2020 – VIII ZR 57/19, juris Rn. 11 ff., NJW 2020, 1740; Beschluss vom 09.05.2023 – VIII ZR 160/21, juris Rn. 21), generell nicht dagegen etwa bei Motoren anderer Hersteller (siehe BGH, Beschluss vom 12.01.2022 – VII ZR 424/21, juris Rn. 40). Diese allgemeinen Maßstäbe hat der Senat auch bereits seiner bisherigen Rechtsprechung zugrunde gelegt (siehe Hanseatisches OLG in Bremen, Beschluss vom 14.10.2020 – 1 U 4/20, juris Rn. 45 f.).
Ebenso in Bezug auf Fälle des sogenannten Dieselskandals ist dabei im Einklang mit den tragenden Erwägungen des Bundesgerichtshofs zur sogenannten Symptomtheorie, wonach zur Substantiiertheit der Behauptung eines Baumangels eine Beschreibung der Symptome genügt, die typischerweise durch einen solchen Mangel hervorgerufen

werden, und es nicht der Darlegung der Einzelheiten der Verursachung dieses Mangels durch einen geltend gemachten Fehler in der Herstellung des Werkes bedarf (vgl. BGH, Beschluss vom 14.12.2017 – VII ZR 217/15, juris Rn. 14, BauR 2018, 669), anzunehmen, dass der Umstand, dass bei Messungen der Emissionen eines Fahrzeugs außerhalb der Bedingungen des NEFZ-Prüfstands die Grenzwerte nicht eingehalten werden und vielmehr ein Mehrfaches der zulässigen Emissionen gemessen wird, ein Indiz für die Verwendung einer unzulässigen Abschalteinrichtung darstellen kann, mit der faktisch zwischen Situationen der Messung am Prüfstand und dem realen Fahrbetrieb unterschieden wird. Ein hierauf gestütztes Parteivorbringen der Verwendung einer solchen Abschalteinrichtung wäre nicht länger als gänzlich unsubstantiiert anzusehen und hierüber vielmehr Beweis einzuholen. Allerdings kann die vorstehend begründete Indizwirkung nicht bereits durch bloße Diskrepanzen im Sinne einer einfachen Überschreitung der Emissionsgrenzwerte im Realbetrieb angenommen werden (so wohl auch BGH, Urteil vom 13.07.2021 – VI ZR 128/20, juris Rn. 23, WM 2021, 1609), dagegen kann sie nach Auffassung des Senats aber bei einer Überschreitung um ein Mehrfaches durchaus in Betracht kommen (siehe auch BGH, Beschluss vom 25.11.2021 – III ZR 202/20, juris Rn. 17). Dabei ist zu berücksichtigen, dass zwar nach der hier relevanten Regelung des Art. 5 Abs. 1 der Verordnung (EG) Nr. 715/2007 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 20.06.2007 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 (VO Nr. 715/2007) die maßgeblichen Verpflichtungen des Herstellers darauf gerichtet sind, dass das Fahrzeug unter normalen Betriebsbedingungen den gesetzlichen Vorgaben entspricht und nicht lediglich unter bestimmten Prüfstandbedingungen. Die in der Verordnung festgelegten Emissionsgrenzwerte waren allerdings notwendigerweise zu standardisieren und beziehen sich auf den Emissionsausstoß im Rahmen eines definierten Prüfungszyklus, während im Realbetrieb andere Beschleunigungen etc. vorkommen können, so dass auch nicht bereits aus jeglicher Überschreitung dieser Emissionsgrenzwerte im realen Fahrverhalten bei gleichzeitiger Einhaltung der Grenzwerte auf dem Prüfstand ohne weiteres darauf zu schließen wäre, dass in dem betreffenden Fahrzeug eine unzulässige Abschalteinrichtung verwendet werde. Vielmehr ist wegen der insoweit bestehenden Unwägbarkeiten, inwieweit vergleichbare Motorleistungen abgefragt werden, jedenfalls eine Überschreitung der gesetzlichen Grenzwerte im realen Fahrbetrieb bis zu über dem Doppelten der für Prüfstandmessun-

gen geltenden Werte noch nicht als Indiz für die Verwendung einer unzulässigen Abschalteinrichtung anzusehen; diese Größenordnung entspricht dem Faktor, der auch im Bericht der Untersuchungskommission „Volkswagen“ des Bundesministeriums für Verkehr und digitale Infrastruktur vom April 2016 noch nicht als auffällige Überschreitung der gesetzlichen Grenzwerte durch die Ergebnisse der Messungen im Realbetrieb angesehen wurde, und er entspricht auch der Größenordnung der von der Europäischer Kommission ursprünglich angesetzten Berichtigungskoeffizienten für die Umrechnung von Euro 6-Emissionen im NEFZ-Prüfstand zu solchen im realen Fahrbetrieb (siehe zu alldem bereits Hanseatisches OLG in Bremen, Beschluss vom 14.10.2020 – 1 U 4/20, juris Rn. 55 f.).
(2) Nach diesen Maßstäben genügt das Vorbringen des Klägers zum Vorliegen einer Prüfstandserkennung über einen Servolenkungssensor nicht den Anforderungen an die Substantiiertheit von Parteivortrag.
Es sind keinerlei tatsächliche Anhaltspunkt für die Richtigkeit dieses Vortrags ersichtlich und es erscheint diese Behauptung als völlig willkürlich und ins Blaue hinein aufgestellt. Der Kläger lässt keine eigene Kenntnis dieses Sachverhalts erkennen und benennt auch keinerlei anderweitige Ergebnisse von behördlichen Ermittlungen oder sonstigen Verlautbarungen, denen entsprechende Anhaltspunkte für eine Richtigkeit seiner Behauptungen zu entnehmen sein könnten.
Die behördlichen Rückrufe sind bereits nicht auf den konkreten vorliegend streitgegenständlichen Motortyp bezogen; bezüglich der behaupteten Feststellung um das 5-6 fache überhöhter Emissionswerte durch das KBA bei einem Audi A6 mit einem identischen Motor beim Nachfahren des NEFZ-Zyklus auf der Straße ist angesichts der beklagtenseits zugestandenen Verwendung eines Thermofensters nicht erkennbar, dass dieser Umstand einen Anhaltspunkt gerade für eine sittenwidrige Verwendung der behaupteten Prüfstandserkennung über einen Servolenkungssensor darstellen würde (vgl. auch BGH, Urteil vom 26.04.2022 – VI ZR 435/20, juris Rn. 15, VersR 2022, 1122) und nicht lediglich für diese Verwendung eines nicht den Vorwurf der Sittenwidrigkeit begründenden Thermofensters.
bb. Ebenso ist als unsubstantiiert anzusehen das Vorbringen des Klägers aus dessen Schriftsätzen vom 09.06.2021 sowie 25.10.2021, wonach beim streitgegenständlichen Fahrzeuge eine unerlaubte Abschalteinrichtung auf Grundlage der „Akustik-Funktion" bzw. „Aufheizstrategie“ zur Anwendung komme.

- 17 -

Auch insoweit sind keinerlei tatsächliche Anhaltspunkt für die Richtigkeit dieses Vortrags ersichtlich. Das Vorbringen des Klägers, dass daraus, dass eine solche Abschalteinrichtung für verschiedene Fahrzeugen der Beklagten mit der Euro 4- und der Euro 6-Norm behauptete werde, auch auf die Verwendung dieser Abschalteinrichtung für Fahrzeuge der vorliegend streitgegenständlichen dazwischenliegenden Euro 5-Norm zu schließen sei, ist ersichtlich aufs Geratewohl aufgestellt. Es ist bereits nicht ersichtlich dargetan, dass diese Abschalteinrichtung in sämtlichen Motorentypen der Beklagten mit der Euro 4- und der Euro 6-Norm verwendet worden wäre und dass im Übrigen die Funktionsweise der relevanten Motorenteile unter der EU5-Norm identisch wäre, so dass hieraus keine hinreichend konkreten Anhaltspunkte für die Verwendung dieser Einrichtung im streitgegenständlichen Fahrzeug zu entnehmen sind.
cc. Unsubstantiiert ist auch das Vorbringen des Klägers im Schriftsatz vom 19.11.2021, dass die Beklagte in der Getriebesteuerung des streitgegenständlichen Fahrzeugs zwei verschiedene Modi verwende und dass im normalen Fahrbetrieb das sogenannte Dynamische Schaltprogramm (DSP) zum Einsatz komme, auf dem Prüfstand dagegen ausschließlich ein Warmlaufschaltprogramm, welches auf einen möglichst niedrigen Schadstoffausstoß ausgelegt sei. Der Kläger hat auch auf die diesbezüglichen Einwen-

dungen der Beklagten hin keinerlei Anhaltspunkt dafür vorgetragen, dass dieser Vortrag sich auf Erkenntnisse oder behördliche Verlautbarungen oder ähnliches in Bezug auf den streitgegenständlichen oder jedenfalls einen vergleichbaren Fahrzeugtyp stützen könnte.
2. Dagegen haftet die Beklagte dem Kläger aus § 823 Abs. 2 BGB i.V.m. § 6 Abs. 1 und § 27 Abs. 1 der Verordnung über die EG-Genehmigung für Kraftfahrzeuge (EG-FGV), dies allerdings nur im tenorierten Umfang und die geltend gemachten weitergehenden Ansprüche des Klägers sind auch aus dieser Anspruchsgrundlage nicht begründet.
a. Nach der jüngeren Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs kann ein Fahrzeughersteller auch bei nur fahrlässigem Verhalten aufgrund des Inverkehrbringens eines Fahrzeugs mit einer der Übereinstimmungsbescheinigung nicht entsprechenden Abschalteinrichtung i.S.d. Art. 5 Abs. 2 S. 1 VO Nr. 715/2007 auf den Ersatz der vom Käufer durch den Kaufvertragsabschluss erlittenen Vermögenseinbuße im Sinne der Differenzhypothese haften. Die Regelungen der § 6 Abs. 1 und § 27 Abs. 1 EG-FGV i.V.m. Art. 5 Abs. 2 S. 1 VO Nr. 715/2007 stellen individualschützende Normen dar (so bereits BGH, Urteil vom 25.05.2020 – VI ZR 252/19, juris Rn. 74, BGHZ 225, 316), die gerade auch den Schutz des Käufers eines mit einer unzulässigen Abschalteinrichtung versehenen

Kraftfahrzeugs im Verhältnis zum Hersteller bezwecken (siehe BGH, Urteil vom 26.06.2023 – VIa ZR 335/21, juris Rn. 28, NJW 2023, 2259; anders noch BGH, Urteil vom 25.05.2020 – VI ZR 252/19, juris Rn. 76, BGHZ 225, 316): Wie der Europäische Gerichtshof klargestellt hat, dient die Verpflichtung des Herstellers eines Fahrzeugs aus Artt. 18 Abs. 1 und 26 Abs. 1 der Richtlinie 2007/46/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 05.09.2007 zur Schaffung eines Rahmens für die Genehmigung von Kraftfahrzeugen und Kraftfahrzeuganhängern sowie von Systemen, Bauteilen und selbstständigen technischen Einheiten für diese Fahrzeuge (Rahmenrichtlinie), dem individuellen Käufer eines Fahrzeugs eine Übereinstimmungsbescheinigung auszuhändigen, wobei der Hersteller die sich aus Art. 5 VO Nr. 715/2007 ergebenden Anforderungen beachten muss, dem Schutz des Käufers davor, dass der Hersteller seine Pflicht nicht einhält, im Einklang mit dieser Bestimmung stehende Fahrzeuge auf den Markt zu bringen (siehe EuGH, Urteil vom 21.03.2023 – C-100/21, juris Rn. 82, NJW 2023, 1111). Die betreffenden Vorschriften der EG-FGV dienen in ihrer Gesamtheit der Umsetzung dieser Vorgaben der Rahmenrichtlinie und das unionsrechtlich geschützte Interesse, durch den Abschluss eines Kaufvertrags über ein Kraftfahrzeug nicht wegen eines Verstoßes des Fahrzeugherstellers gegen das europäische Abgasrecht eine Vermögenseinbuße im Sinne der Differenzhypothese zu erleiden, wird nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs nach der gebotenen unionsrechtlichen Lesart daher auch durch die Anordnung einer Schadensersatzhaftung nach § 823 Abs. 2 BGB i.V.m. § 6 Abs. 1 und § 27 Abs. 1 EG-FGV geschützt (siehe BGH, Urteil vom 26.06.2023 – VIa ZR 335/21, juris Rn. 32, NJW 2023, 2259).
b. Die Verwendung eines Thermofensters im streitgegenständlichen Fahrzeug ist unstreitig. Nach allgemeinen Regeln trifft die Darlegungs- und Beweislast für das Vorliegen einer Abschalteinrichtung im Sinne der VO Nr. 715/2007 den Kläger als Anspruchsteller, weil es sich hierbei um einen anspruchsbegründenden Umstand handelt (siehe BGH, Urteil vom 25.05.2020 – VI ZR 252/19, juris Rn. 35, BGHZ 225, 316; Urteil vom 28.09.2021 – VI ZR 29/20, juris Rn. 15, VersR 2022, 63; Urteil vom 26.06.2023 – VIa ZR 335/21, juris Rn. 53, NJW 2023, 2259). Nach den Behauptungen des Klägers im Schriftsatz vom 22.01.2021 sei in dem Fahrzeug ein Thermofenster eingebaut, durch das die Abgasreinigung bei Außentemperaturen unter 17 ° Celsius geringer ausfalle als oberhalb der einprogrammierten Schwelle. Mit Schriftsatz vom 06.11.2023 hat der Kläger weiter vorgetragen, dass bei Umgebungstemperaturen von über 30 ° Celsius oder

unter 17 ° Celsius die Abgasrückführungsrate durch die Motorsteuerungssoftware re-

duziert, bei Temperaturen von über 38 ° Celsius oder unter -12 ° Celsius komplett eingestellt werde. Die Beklagte hat mit Schriftsatz vom 13.11.2023 die Verwendung eines Thermofensters bestätigt und zu dessen Bedatung vorgetragen, dass in Abhängigkeit von der Umgebungslufttemperatur eine Veränderung der AGR-Rate bereits bei einer Temperatur vorgenommen worden sei, die oberhalb von 12°C gelegen habe. Bei einem solchen Thermofenster handelt es sich um eine die Wirkung des Emissionskontrollsystems verringernde Abschalteinrichtung i.S.d. Art. 3 Nr. 10 i.V.m. 5 Abs. 2 S. 1 VO Nr. 715/2007 (siehe EuGH, Urteil vom 14.07.2022 – C-128/20, juris Rn. 47, NJW 2022, 2605; Urteil vom 14.07.2022 – C-134/20, juris Rn. 54, EuZW 2022, 1073), dessen Verwendung daher grundsätzlich nur unter den Bedingungen des S. 2 dieser Vorschrift zulässig ist. Mit der Herstellung und dem Inverkehrbringen des streitgegenständlichen Fahrzeugs hat die Beklagte daher im Hinblick auf den späteren Erwerb des Fahrzeugs durch den Kläger – vorbehaltlich einer ausnahmsweisen Zulässigkeit der Verwendung dieses Thermofensters, welche vorliegend aber nicht festzustellen ist, dazu sogleich unter c. – ihre Pflicht nach § 6 Abs. 1 und § 27 Abs. 1 EG-FGV verletzt, dem Fahrzeug eine gültige Übereinstimmungsbescheinigung nach Art. 18 i.V.m. Anhang IX Rahmenrichtlinie über die Übereinstimmung mit dem genehmigten Typ beizufügen, wobei nach dem geänderten Anhang der Rahmenrichtlinie auch die Anforderungen an das Emissionsverhalten des Fahrzeugs nach der VO Nr. 715/2007 einzuhalten sind.
c. Die Verwendung des Thermofensters im streitgegenständlichen Fahrzeug ist auch nicht ausnahmsweise zulässig nach der Ausnahmevorschrift des Art. 5 Abs. 2 S. 2 VO Nr. 715/2007. Zwar macht die Beklagte geltend, dass die Verwendung des Thermofensters aus Motor- oder Bauteilschutzerwägungen nach Art. 5 Abs. 2 S. 2 VO Buchst. a VO Nr. 715/2007 zulässig sei. Zu den Voraussetzungen dieser Ausnahmetatbestände hat die Beklagte aber bereits nicht hinreichend vorgetragen.
aa. Die Darlegungs- und Beweislast dafür, dass eine in dem betreffenden Fahrzeug verwendete Abschalteinrichtung nach dieser Vorschrift zulässig ist, trägt – wie sich aus dem Regel-Ausnahme-Verhältnis des Art. 5 Abs. 2 VO Nr. 715/2007 ergibt – die Beklagte als Anspruchsgegnerin, da die Verwendung einer Abschalteinrichtung nach Art. 5 Abs. 2 S. 1 VO Nr. 715/2007 grundsätzlich unzulässig und nur unter den besonderen Voraussetzungen des Art. 5 Abs. 2 S. 2 Buchst. a bis c VO Nr. 715/2007 ausnahmsweise zulässig ist (siehe BGH, Urteil vom 26.06.2023 – VIa ZR 335/21, juris Rn. 54, NJW 2023, 2259).
bb. Die Regelung zur Zulässigkeit eines Thermofensters insbesondere aus Motor- oder

Bauteilschutzerwägungen nach Art. 5 Abs. 2 Buchst. a VO Nr. 715/2007 ist nach der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs wie folgt auszulegen: Zunächst kann eine Abschalteinrichtung, die insbesondere die Einhaltung der in dieser Verordnung vorgesehenen Emissionsgrenzwerte nur innerhalb des Thermofensters gewährleistet, nach dieser Bestimmung allein unter der Voraussetzung zulässig sein, dass 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, Risiken, die so schwer wiegen, dass sie eine konkrete Gefahr beim Betrieb des mit dieser Einrichtung ausgestatteten Fahrzeugs darstellen (siehe EuGH, Urteil vom 14.07.2022 – C-128/20, juris Rn. 70, NJW 2022, 2605; Urteil vom 14.07.2022 – C-134/20, juris Rn. 82, EuZW 2022, 1073; Urteil vom 14.07.2022 – C-145/20, juris Rn. 81, MDR 2022, 1018).

Dieses Erfordernis hat der Europäische Gerichtshof nachfolgend noch dahingehend konkretisiert, dass eine Abschalteinrichtung nur dann „notwendig“ im Sinne dieser Bestimmung ist, wenn zum Zeitpunkt der EG-Typgenehmigung dieser Einrichtung oder des mit ihr ausgestatteten Fahrzeugs keine andere technische Lösung unmittelbare Risiken für den Motor in Form von Beschädigung oder Unfall, die beim Fahren eines Fahrzeugs eine konkrete Gefahr hervorrufen, abwenden kann (siehe EuGH, Urteil vom 08.11.2022 – C-873/19, juris Ls., NJW 2022, 3769). Darüber hinausgehend hat der Europäische Gerichtshof festgestellt, dass zwar der Wortlaut des Art. 5 Abs. 2 Buchst. a VO Nr. 715/2007 formell keine weiteren Voraussetzungen vorschreibt, gleichzeitig aber eine Abschalteinrichtung, die unter normalen Betriebsbedingungen den überwiegenden Teil des Jahres funktionieren müsste, damit der Motor vor Beschädigung oder Unfall geschützt und der sichere Betrieb des Fahrzeugs gewährleistet ist, jedenfalls nicht unter die in Art. 5 Abs. 2 Buchst. a VO Nr. 715/2007 vorgesehene Ausnahme fallen kann (siehe EuGH, Urteile vom 14.07.2022, a.a.O.). Dies würde vielmehr offensichtlich dem mit der VO Nr. 715/2007 verfolgten Ziel, von dem diese Bestimmung nur unter ganz besonderen Umständen eine Abweichung zulässt, zuwiderlaufen und zu einer unverhältnismäßigen Beeinträchtigung des Grundsatzes der Begrenzung der Stickstoffoxid (NOx)-Emissionen von Fahrzeugen führen, insbesondere wenn diese Ausnahme während des überwiegenden Teils eines Jahres unter den im Unionsgebiet herrschenden tatsächlichen Fahrbedingungen anwendbar wäre, so dass der in Art. 5 Abs. 2 S. 1 VO Nr. 715/2007 aufgestellte Grundsatz des Verbots solcher Abschalteinrichtungen in der Praxis weniger häufig zur Anwendung kommen könnte als diese Ausnahme (so EuGH, Urteil vom 14.07.2022 – C-128/20, juris Rn. 63 ff., NJW 2022, 2605; Urteil vom

14.07.2022 – C-134/20, juris Rn. 75 ff., EuZW 2022, 1073; Urteil vom 14.07.2022 – C-145/20, juris Rn. 74 ff., MDR 2022, 1018.).
cc. Diesen Voraussetzungen genügt das Vorbringen der Beklagten nicht. Die Beklagte selbst bestreitet nicht, dass die ursprüngliche Bedatung des Thermofensters nicht dem zweiten Kriterium aus der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs entspricht. Hierbei handelt es sich entgegen der Auffassung der Beklagten auch nicht um eine richterliche Rechtsneuschöpfung, sondern vielmehr – wie sich aus der vorstehend dargelegten Argumentation des Europäischen Gerichtshofs ergibt – um ein der Regelung des Art. 5 Abs. 2 VO Nr. 715/2007 im Wege der systematischen Auslegung aufgrund des Regel-Ausnahmeverhältnisses dieser Norm zu entnehmendes Erfordernis. Vor diesem Hintergrund kommt es für die Frage der ausnahmsweisen Zulässigkeit des von der Beklagten verwendeten Thermofensters auch nicht darauf an, dass auch die Erforderlichkeit desselben aus Motorschutzgesichtspunkten nicht hinreichend dargetan sein dürfte. Zwar handelt es sich bei dem Inbrandgeraten des Motors um ein plötzliches Ereignis, da aber die Versottung über einen gewissen Zeitraum aufgebaut wird, liegt es nahe, dass auch durch andere Überprüfungsmöglichkeiten diese rechtzeitig festzustellen gewesen wäre und damit ein Brand zu verhindern wäre. Zu dieser Frage des Nichtbestehens anderer technischer Lösungen zur Abwendung unmittelbarer Risiken für den Motor lässt die Beklagte entgegen den Anforderungen aus der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs genügend substantiierten Vortrag vermissen. Soweit sich die Beklagte darauf beruft, dass das streitgegenständliche Fahrzeug (bisher) nicht von einem Rückruf des KBA betroffen ist, ist dies bereits deswegen für die Frage der Feststellung der Verwendung einer unzulässigen Abschalteinrichtung unerheblich, weil die hierauf gestützte Haftung des Herstellers den Erwerber auch gegen das Risiko zukünftiger Einschränkungen der Nutzbarkeit schützen soll, also gerade keinen bereits erfolgten Rückruf voraussetzt (siehe BGH, Urteil vom 25.05.2020 – VI ZR 252/19, juris Rn. 48, BGHZ 225, 316; Urteil vom 26.06.2023 – VIa ZR 335/21, juris Rn. 42, NJW

2023, 2259). Ebenso ist es nicht erheblich, dass sowohl die ursprüngliche EG-Typgenehmigung wie auch das KBA in früheren Erklärungen nicht von der Verwendung unzulässiger Abschalteinrichtungen in dem Fahrzeug ausgegangen ist, da beidem weder eine Tatbestandswirkung hinsichtlich der Zulässigkeit des von der Beklagten verwendeten Thermofensters noch eine sonstige Bindungswirkung für die Tatsachenfeststellungen des Senats zukommt (siehe auch BGH, Urteil vom 26.06.2023, a.a.O., juris Rn. 14 ff.).
d. Das Inverkehrbringen des Fahrzeugs mit einer der Übereinstimmungsbescheinigung

nicht entsprechenden Abschalteinrichtung i.S.d. Art. 5 Abs. 2 S. 1 VO Nr. 715/2007 ist auch als für dessen Erwerb durch den Käufer kausal anzusehen. Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs kann sich der Erwerber eines mit einer unzulässigen Abschalteinrichtung ausgestatteten Fahrzeugs zur Frage der Erwerbskausalität bei der Inanspruchnahme des Herstellers nach § 823 Abs. 2 BGB i.V.m. § 6 Abs. 1 und § 27 Abs. 1 EG-FGV auf den Erfahrungssatz stützen, dass er den Kaufvertrag zu diesem Kaufpreis nicht geschlossen hätte, wobei hierfür nicht von Bedeutung ist, ob dem Käufer bei dem Erwerb des Kraftfahrzeugs die vom Fahrzeughersteller ausgegebene unzutreffende Übereinstimmungsbescheinigung vorgelegen und ob er von deren Inhalt Kenntnis genommen hat (siehe BGH, Urteil vom 26.06.2023 – VIa ZR 335/21, juris Rn. 56, NJW 2023, 2259). Dem liegt zugrunde, dass ein Käufer, der ein zugelassenes oder zulassungsfähiges Fahrzeug auch zur Nutzung im Straßenverkehr erwirbt, regelmäßig darauf vertrauen wird, dass die Zulassungsvoraussetzungen, zu denen nach § 6 Abs. 3 S. 1 der Verordnung über die Zulassung von Fahrzeugen zum Straßenverkehr (FZV) die Übereinstimmungsbescheinigung gehört, vorliegen und dass außerdem keine ihn einschränkenden Maßnahmen nach § 5 Abs. 1 FZV mit Rücksicht auf unzulässige Abschalteinrichtungen erfolgen können. Zudem wird der Käufer auch ohne Kenntnisnahme der vom Fahrzeughersteller ausgegebenen Übereinstimmungsbescheinigung typischerweise davon ausgehen, dass der Hersteller für das erworbene Fahrzeug eine Übereinstimmungsbescheinigung ausgegeben hat und dass diese die gesetzlich vorgesehene Übereinstimmung mit allen maßgebenden Rechtsakten richtig ausweist (siehe BGH, a.a.O.). Vorliegend ist die Beklagte der Anwendung dieses Erfahrungssatzes nicht erheblich entgegengetreten.
e. Der Beklagten fällt auch der für eine Haftung nach § 823 Abs. 2 BGB erforderliche Verschuldensvorwurf zur Last, wobei vorliegend in Anwendung des § 31 BGB der Beklagten das Verschulden ihrer verfassungsmäßigen Vertreter zuzurechnen ist. Grundsätzlich gilt nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs, dass zwar generell der Geschädigte die Darlegungs- und Beweislast hinsichtlich des Verschuldens als anspruchsbegründender Voraussetzung gemäß § 823 Abs. 2 BGB trägt (siehe BGH, Urteil vom 13.12.1984 – III ZR 20/83, juris Ls., NJW 1985, 1774), bei objektivem Vorliegen einer Schutzgesetzverletzung aber eine hiervon ausgehende Verschuldensvermutung besteht, wonach derjenige, dem die Schutzgesetzverletzung zur Last fällt, Umstände darlegen und erforderlichenfalls beweisen muss, die geeignet sind, die daraus folgende Annahme seines Verschuldens in Form einer Fahrlässigkeit auszuräumen (siehe BGH, Urteil vom 26.11.1968 – VI ZR 212/66, juris Rn. 36, BGHZ 51, 91; Urteil vom 19.11.1991

– VI ZR 171/91, juris Rn. 17, BGHZ 116, 104; Urteil vom 03.05.2016 – II ZR 311/14, juris Rn. 16, NJW 2017, 886). Diese Grundsätze sind auch bei einem objektiven Verstoß gegen die § 6 Abs. 1 und § 27 Abs. 1 EG-FGV anzuwenden, so dass dementsprechend der Fahrzeughersteller, wenn er eine Übereinstimmungsbescheinigung trotz der

Verwendung einer unzulässigen Abschalteinrichtung ausgegeben und dadurch die § 6 Abs. 1 und § 27 Abs. 1 EG-FGV verletzt hat, im Fall der Inanspruchnahme nach § 823 Abs. 2 BGB Umstände darzulegen und zu beweisen hat, die sein Verhalten zum maßgeblichen Zeitpunkt des Kaufs des Fahrzeugs durch den jeweiligen Erwerber ausnahmsweise nicht als fahrlässig erscheinen lassen (vgl. BGH, Urteil vom 26.06.2023 – VIa ZR 335/21, juris Rn. 59, NJW 2023, 2259).
Derartige Umstände, die einem Fahrlässigkeitsvorwurf gegenüber der Beklagten bzw. deren verfassungsmäßigen Organen, deren Verschulden der Beklagten in Anwendung des § 31 BGB zuzurechnen entgegenstehen würden, sind von der Beklagten bereits nicht substantiiert vorgetragen worden. Die Berufung darauf, dass die Beklagte bereits deswegen nicht fahrlässig gehandelt habe, weil es im Zeitpunkt der Erteilung der EG-Typengenehmigung allgemeiner Auffassung der maßgeblichen Verkehrskreise entsprochen habe, dass die Verwendung von Thermofenstern nicht als unzulässige Abschalteinrichtung anzusehen gewesen sei, nimmt bereits nicht auf konkrete Sorgfaltsbemühungen Bezug und ist im Übrigen allenfalls unter dem Aspekt des geltend gemachten Vorliegens eines unvermeidbaren Verbotsirrtums von Bedeutung (dazu sogleich unter f.). Soweit sich die Beklagte weiter darauf berufen hat, konkrete Untersuchungen zur Notwendigkeit des Thermofensters aus Gründen des Motorschutzes durchgeführt zu haben, welche dessen Erforderlichkeit bestätigt hätten, genügt auch dies nicht, um die Beklagte hinsichtlich des Fahrlässigkeitsvorwurfs zu entlasten, da insoweit die Beklagte mit dem von ihr verwendeten Thermofenster nicht in tatsächlicher Hinsicht über dessen Eignung bzw. Erforderlichkeit zum Motorschutz irrte, sondern sich die Unzulässigkeit der Verwendung dieses Thermofenster aus dem weiteren Kriterium ergibt, dass es unter den im Unionsgebiet herrschenden tatsächlichen Fahrbedingungen nicht während des überwiegenden Teils eines Jahres aktiv sein durfte. Dass in den § 6 Abs. 1 und § 27 Abs. 1 EG-FGV das insoweit geforderte Verhalten nicht konkret umschrieben wird, sondern diese Normen sich auf das Verbot eines bestimmten Verletzungserfolgs beschränken, steht dabei weder der Anwendung der Verschuldensvermutung noch der konkreten Annahme eines Verschuldens auf Seiten der Beklagten entgegen; der Bundesgerichtshof hat insoweit das letztlich auf Art. 5 Abs. 2 S. 1 VO Nr. 715/2007 beruhende allgemeine Verbot von Abschalteinrichtungen als hinreichend

konkret zu verstehen angesehen (siehe BGH, Urteil vom 26.06.2023 – VIa ZR 335/21, juris Rn. 60, NJW 2023, 2259). Im Übrigen kann es – insbesondere in einem Fall vermuteten Verschuldens wie vorliegend – die Beklagte nicht entlasten, wenn im Rahmen des Unternehmensaufbaus Konstruktions- und Entwicklungsverantwortlichkeiten dezentralisiert bzw. gegebenenfalls sogar ausgelagert worden sind, da die Beklagte als Geschäftsherrin ihre eigenen Organisationspflichten nicht mit haftungsbefreiender Wirkung delegieren kann und diese Organisationspflichten vielmehr einer Person obliegen müssen, für deren Verschulden die Beklagte gemäß § 31 BGB unbedingt einzustehen hat (siehe BGH, Urteil vom 23.10.1973 – VI ZR 162/72, juris Rn. 15, VersR 1974, 243; Urteil vom 30.05.1978 – VI ZR 113/77, juris Rn. 9, VersR 1978, 722; vgl. MünchKomm-Wagner, 8. Aufl., § 823 BGB Rn. 109).
f. Die Beklagte kann sich auch nicht auf das Vorliegen eines den Verschuldensvorwurf ausschließenden unvermeidbaren Verbotsirrtums berufen.
aa. 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 (siehe BGH, Urteil vom 26.06.2023 – VIa ZR 335/21, juris Rn. 63, NJW 2023, 2259; Urteil vom 25.09.2023 – VIa ZR 1/23, juris Rn. 13, WM 2023, 2064). Der Bundesgerichtshof hat die hierzu maßgeblichen Grundsätze wie folgt zusammengefasst (siehe BGH, Urteil vom 26.06.2023 – VIa ZR

335/21, juris Rn. 63 ff., NJW 2023, 2259):
„aa) Der Fahrzeughersteller, der sich unter Berufung auf einen unvermeidbaren Verbotsirrtum entlasten will, muss sowohl den Verbotsirrtum als solchen als auch die Unvermeidbarkeit des Verbotsirrtums konkret darlegen und beweisen. Nur ein auch bei Anwendung der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt unvermeidbarer Verbotsirrtum kann entlastend wirken (BGH, Urteil vom 11. Januar 1984 - VIII ZR 255/82, BGHZ 89, 296, 302 f.; Urteil vom 12. Mai 1992 - VI ZR 257/91, BGHZ 118, 201, 208; Urteil vom 3. Juni 2014 - XI ZR 147/12, BGHZ 201, 310 Rn. 24; Urteil vom 16. Mai 2017 - VI ZR 266/16, NJW 2017, 2463 Rn. 18; Beschluss vom 29. Juni 2010 - XI ZR 308/09, NJW 2010, 2339 Rn. 3; Beschluss vom 19. Juli 2011 - XI ZR 191/10, NJW 2011, 3229 Rn. 12). 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 brauchte (BGH, Urteil vom 12. Juli 2006 - X ZR 157/05, NJW 2006, 3271 Rn. 19; Urteil vom 11. April 2012 - XII ZR 48/10, WuM 2012, 323 Rn. 31; Urteil vom 30. April 2014 - VIII ZR 103/13, NJW 2014, 2720 Rn. 23).
bb) Den Nachweis der Unvermeidbarkeit eines konkret dargelegten und im Falle des Bestreitens des Geschädigten nachgewiesenen Verbotsirrtums kann der Fahrzeughersteller zum einen mittels einer tatsächlich erteilten EG-Typgenehmigung führen, wenn diese EG-Typgenehmigung die

verwendete unzulässige Abschalteinrichtung in allen ihren nach Art. 5 Abs. 2 der Verordnung (EG) Nr. 715/2007 maßgebenden Einzelheiten umfasst. Die EG-Typgenehmigung muss sich dann allerdings auf die Abschalteinrichtung in ihrer konkreten Ausführung und auch unter Berücksichtigung festgestellter Kombinationen von Abschalteinrichtungen erstrecken.
cc) Gelingt der Nachweis auf diesem Wege nicht, kann der Fahrzeughersteller zu seiner Entlastung zum anderen darlegen und erforderlichenfalls nachweisen, seine Rechtsauffassung von Art. 5 Abs. 2 der Verordnung (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 (BGH, Urteil vom 27. Juni 2017 - VI ZR 424/16, NJW-RR 2017, 1004 Rn. 16).
Eine Entlastung auf dieser Grundlage setzt allerdings voraus, dass der Fahrzeughersteller nicht nur allgemein darlegt, dass die Behörde Abschalteinrichtungen der verwendeten Art genehmigt hätte, sondern dass ihm dies auch unter Berücksichtigung der konkret verwendeten Abschalteinrichtung in allen für die Beurteilung nach Art. 5 Abs. 2 der Verordnung (EG) Nr. 715/2007 maßgebenden Einzelheiten gelingt. Haben mehrere Abschalteinrichtungen Verwendung gefunden, muss der Tatrichter die Einzelheiten der konkret verwendeten Kombination für die Frage einer hypothetischen Genehmigung in den Blick nehmen.
Auf das Bestehen einer entsprechenden Verwaltungspraxis kommt es dabei nicht maßgeblich an (anders Gsell/Mehring, NJW 2023, 1099 Rn. 8). Die Grundsätze der hypothetischen Genehmigung gelten mit Rücksicht auf ihren Sinn und Zweck auch, wenn der Fahrzeughersteller eine hypothetische Genehmigung bezogen auf den konkreten Motor einer bestimmten Baureihe nachweist. Neben anderen Indizien kann allerdings aufgrund einer bestimmten, hinreichend konkreten Verwaltungspraxis gemäß § 286 Abs. 1 ZPO auf eine hypothetische Genehmigung geschlossen werden.
dd) Stützt sich der in Anspruch genommene Hersteller für die Unvermeidbarkeit seines Verbotsirrtums dagegen nicht auf eine tatsächliche oder hypothetische Genehmigung der für die EG-Typgenehmigung oder für anschließende Maßnahmen zuständigen Behörde, sondern auf den eingeholten Rechtsrat eines unabhängigen, für die hier zu klärenden Fragen fachlich qualifizierten Berufsträgers (vgl. BGH, Urteil vom 14. Mai 2007 - II ZR 48/06, NJW 2007, 2118 Rn. 16), setzt

die Entlastung über die genannten persönlichen Voraussetzungen des Hinzugezogenen hinaus voraus, dass dem Berater der relevante Sachverhalt umfassend mitgeteilt worden ist und die erteilte Auskunft einer Plausibilitätskontrolle standhält (vgl. BGH, Urteil vom 14. Mai 2007, aaO, Rn. 18; Beschluss vom 29. Juli 2014 - II ZB 1/12, WM 2014, 2040 Rn. 77 mwN).
ee) Beruft sich der Fahrzeughersteller weder auf eine tatsächliche oder hypothetische Genehmigung der zuständigen Behörde noch auf einen externen qualifizierten Rechtsrat, sondern auf selbst angestellte Erwägungen, ist ihm eine Entlastung verwehrt, wenn mit Rücksicht auf die konkret verwendete Abschalteinrichtung eine nicht im Sinne des Fahrzeugherstellers geklärte Rechtslage hinreichend Anlass zur Einholung eines Rechtsrats bot (vgl. BGH, Urteil vom 28. April 2015

- II ZR 63/14, NJW-RR 2015, 988 Rn. 28; Beschluss vom 29. Juli 2014 - II ZB 1/12, WM 2014, 2040 Rn. 77; Gsell/Mehring, NJW 2023, 1099 Rn. 7). Ebenso scheitert eine Entlastung, wenn sich der Hersteller mit Rücksicht auf eine nicht in seinem Sinn geklärte Rechtslage erkennbar in einem rechtlichen Grenzbereich bewegte, schon deshalb eine abweichende rechtliche Beurteilung seines Vorgehens in Betracht ziehen und von der eventuell rechtswidrigen Verwendung der Abschalteinrichtung absehen musste (BGH, Urteil vom 30. April 2014 - VIII ZR 103/13, NJW 2014, 2720 Rn. 24; Urteil vom 11. Juni 2014 - VIII ZR 349/13, NJW 2014, 2717 Rn. 36).
ff) Eine Entlastung ohne Rücksicht auf die aus den vorstehenden Erwägungen folgenden Sorgfaltspflichten, etwa mit Rücksicht auf den Umstand, dass der Verwendung von Thermofenstern ein allgemeiner Industriestandard zugrunde lag (so Schleswig-Holsteinisches Oberlandesgericht, Urteil vom 29. März 2023 - 12 U 119/22, juris Rn. 100 ff.) oder dass nach den vom Berufungsgericht zitierten Angaben des KBA jedes Kraftfahrzeug mit einem Dieselmotor mit einer Abgasrückführung über ein Thermofenster verfügt, kommt dagegen nach dem gesetzlichen Fahrlässigkeitsmaßstab nicht in Betracht.“
bb. Nach diesen Maßstäben genügt das Vorbringen der Beklagten nicht, um die Voraussetzungen des Vorliegens eines unvermeidbaren Verbotsirrtums darzutun.
Soweit sich die Beklagte auf einen zur maßgeblichen Zeit geltenden Stand der Technik und eine Üblichkeit der Verwendung von Thermofenstern beruft, genügt dies nach den vorzitierten Ausführungen aus der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs für die Annahme eines unvermeidbaren Verbotsirrtums ebenso wenig wie die Berufung auf eine Kenntnis des KBA von der Verwendung von Thermofenstern im Allgemeinen (siehe BGH, Urteil vom 26.06.2023 – VIa ZR 335/21, juris Rn. 70, NJW 2023, 2259).
Ein unvermeidbarer Rechtsirrtum der Beklagten ergibt sich auch nicht aus ihrem Vorbringen, dass sie bereits im Jahr 2010 konkrete Untersuchungen zur Notwendigkeit des Thermofensters aus Gründen des Motorschutzes durchgeführt habe, welche dessen Erforderlichkeit bestätigt hätten. Mit diesen eigenen Untersuchungen hat sich die Beklagte nicht erkennbar auch mit der Frage auseinandergesetzt, ob die Anwendung der Abschalteinrichtung auf Ausnahmefälle beschränkt zu bleiben hat. Die Beklagte kann insoweit die Annahme eines unvermeidbaren Rechtsirrtums nicht darauf stützen, dass das von ihr als verkehrstechnisches Kriterium bezeichnete Erfordernis aus den Entscheidungen des Europäischen Gerichtshofs vom 14.07.2022, dass eine wegen Motorschutz zulässige Abschalteinrichtung unter den im Unionsgebiet herrschenden tatsächlichen Fahrbedingungen nicht während des überwiegenden Teils eines Jahres aktiv sein dürfe, weder zum Zeitpunkt der Typgenehmigung noch der Ausstellung der Übereinstimmungsbescheinigung noch des Abschlusses des Kaufvertrages für die Bewertung der Zulässigkeit des streitgegenständlichen Thermofensters maßgeblich gewesen

sei. Vielmehr handelte es sich insoweit um eine höchstrichterlich nicht geklärte Rechtsfrage und auch wenn es an einer expliziten und spezifischen Regelung dieser Ein-

schränkung in der Norm mangelte, folgt es doch bereits aus dem an der Systematik des Art. 5 Abs. 2 VO Nr. 715/2007 orientierten Normverständnis, nach dem Abschalteinrichtungen nur ausnahmsweise und unter engen Voraussetzungen zulässig sein können (siehe BGH, Urteil vom 26.06.2023 – VIa ZR 335/21, juris Rn. 60, NJW 2023, 2259 unter Bezugnahme auf EuGH, Urteil vom 14.07.2022 – C-128/20, juris Rn. 70, NJW 2022, 2605; Urteil vom 14.07.2022 – C-134/20, juris Rn. 82, EuZW 2022, 1073; Urteil vom 14.07.2022 – C-145/20, juris Rn. 81, EuZW 2022, 1080).
Soweit sich die Beklagte auf einen zur maßgeblichen Zeit geltenden Stand der Technik und eine Üblichkeit der Verwendung von Thermofenstern beruft, genügt dies nach den vorzitierten Ausführungen aus der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs für die Annahme eines unvermeidbaren Verbotsirrtums ebenso wenig wie die Berufung auf eine Kenntnis des KBA von der Verwendung von Thermofenstern im Allgemeinen (siehe BGH, Urteil vom 26.06.2023 – VIa ZR 335/21, juris Rn. 70, NJW 2023, 2259). Dasselbe gilt für den Umstand, dass das KBA noch bis 2022 rechtlich von ihm so bewertete unzulässige Abschalteinrichtungen auch nach umfangreichen Untersuchungen nicht festgestellt habe (siehe BGH, Urteil vom 25.09.2023 – VIa ZR 1/23, juris Rn. 14, WM 2023, 2064).
Die Beklagte kann sich für die Annahme eines unvermeidbaren Verbotsirrtums schließlich auch nicht darauf berufen, dass bei einer hypothetischen Anfrage beim KBA das von der Beklagten im streitgegenständlichen Fahrzeug verwendete Thermofenster als zulässig bewertet worden wäre. Hierfür genügt es nach den vorstehend zitierten Grundsätzen nicht bereits, dass der Fahrzeughersteller allgemein darlegt, dass die Behörde Abschalteinrichtungen der verwendeten Art genehmigt hätte, es muss ihm der Nachweis einer hypothetischen Genehmigung auch unter Berücksichtigung der konkret verwendeten Abschalteinrichtung in allen für die Beurteilung nach Art. 5 Abs. 2 VO Nr. 715/2007 maßgebenden Einzelheiten gelingen (siehe BGH, Urteil vom 26.06.2023 – VIa ZR 335/21, juris Rn. 66, NJW 2023, 2259). Hier fehlt es bereits an konkretem Vortrag zur exakten Bedatung des im streitgegenständlichen Fahrzeug verwendeten Thermofensters, welcher eine solche Überprüfung ermöglichen würde. Die Berufung der Beklagten darauf, dass bis zum Jahr 2016 auch nicht eine Darstellung der konkreten Ausgestaltung des Thermofensters im Typgenehmigungsverfahren verlangt worden sei, betrifft nur den Ablauf des Genehmigungsverfahrens, nicht aber die inhaltliche Beurteilung der Zulässigkeit des Thermofensters.

g. Die Haftung der Beklagten gegenüber dem Kläger aus § 823 Abs. 2 BGB i.V.m. § 6 Abs. 1 und § 27 Abs. 1 EG-FGV besteht allerdings nur im tenorierten Umfang und die geltend gemachten weitergehenden Ansprüche des Klägers sind auch aus dieser Anspruchsgrundlage nicht begründet.
aa. Nach der gefestigten Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs kann der Käufer eines mit einer unzulässigen Abschalteinrichtung ausgestatteten Kraftfahrzeugs gestützt auf § 823 Abs. 2 BGB in Verbindung mit den Normen des europäischen Abgasrechts vom Hersteller nicht die Rückabwicklung des mit dem Verkäufer abgeschlossenen Vertrags verlangen (vgl. BGH, Urteil vom 25.05.2020 – VI ZR 252/19, juris Rn. 73 ff., BGHZ 225, 316; Urteil vom 30.07.2020 – VI ZR 5/20, juris Rn. 10 ff., NJW 2020, 2798; Urteil vom 20.07.2021 – VI ZR 1154/20, juris Rn. 21, VersR 2021, 1575; Urteil vom 23.09.2021 – III ZR 200/20, juris Rn. 14, NJW 2021, 3725; Urteil vom 26.04.2022 – VI ZR 435/20, juris Rn. 25, VersR 2022, 1122; Urteil vom 13.06.2022 – VIa ZR 680/21, juris Rn. 23 f., NJW-RR 2022, 1251). An dieser Rechtsprechung hat der Bundesgerichtshof auch im Lichte der jüngeren Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs zur individualschützenden Natur der Vorschriften der VO Nr. 715/2007 und der Rahmenrichtlinie im Verhältnis zwischen Käufer und Hersteller (siehe EuGH, Urteil vom

21.03.2023 – C-100/21, juris Rn. 85, NJW 2023, 1111) festgehalten (siehe BGH, Urteil vom 26.06.2023 – VIa ZR 335/21, juris Rn. 23, NJW 2023, 2259). Der Bundesgerichtshof hat angenommen, dass aus der Verpflichtung des Herstellers zur Einhaltung des europäischen Abgasrechts und einer auch darauf bezogenen, dem Käufer ausgehändigten Bescheinigung sich nicht automatisch ein neben die kaufrechtliche Sachmängelgewährleistung des Verkäufers und die deliktische Haftung des Herstellers für Vermögensschäden nach der Differenzhypothese tretender Anspruch des Käufers auf eine vom Vorliegen eines Vermögensschadens nach der Differenzhypothese unabhängige, wirtschaftliche Rückabwicklung des Kaufvertrags im Verhältnis zum Hersteller ergebe, da die europäischen Abgasnormen – auch in Verbindung mit der Übereinstimmungsbescheinigung – nach seiner Auffassung nicht auch die allgemeine Handlungsfreiheit und als deren Ausfluss das wirtschaftliche Selbstbestimmungsrecht des Käufers schützten, d.h. das Interesse, nicht zur Eingehung einer ungewollten Verbindlichkeit veranlasst zu werden (siehe BGH, a.a.O.). Stattdessen gebiete das Unionsrecht und auch die Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs lediglich den Ersatz eines dem Käufer tatsächlich entstandenen (Differenz-) Schadens im Sinne einer nachteiligen Vermögensdifferenz bzw. einer Vermögenseinbuße im Sinne der Differenzhypothese (siehe BGH, a.a.O., juris Rn. 28 und 32).

bb. Die Höhe des für diese erlittene nachteilige Vermögensdifferenz zu gewährenden (Differenz-) Schadens ist nach der hierzu ergangenen jüngeren Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs in Anwendung des § 287 ZPO durch den Tatrichter unter Würdigung aller Umstände nach freier Überzeugung zu schätzen (siehe BGH, Urteil vom 26.06.2023 – VIa ZR 335/21, juris Rn. 71 f., NJW 2023, 2259). Der Bundesgerichtshof nimmt dabei zur Schadensschätzung nach § 287 ZPO allgemein an, dass das Gesetz mit der Einräumung der Befugnis der Schadensschätzung in Kauf nimmt, dass das Ergebnis der Schätzung die Wirklichkeit nicht vollständig abbildet, solange sie nur möglichst nahe an diese heranführt (siehe BGH, a.a.O.). Der Tatrichter hat die Schadensschätzung nach freiem Ermessen vorzunehmen, wobei er nicht die Rechtsgrundsätze der Schadensbemessung verkennen, wesentliche Bemessungsfaktoren außer Acht lassen oder seiner Schätzung unrichtige Maßstäbe zugrunde legen darf und er bei der Ausübung seines Ermessens alle wesentlichen Gesichtspunkte, die Erfahrungssätze und die Denkgesetze beachten muss (siehe BGH, Urteil vom 10.07.1984 – VI ZR 262/82, juris Rn. 6, BGHZ 92, 85; Urteil vom 18.02.1993 – III ZR 23/92, juris Rn. 12, NJW-RR 1993, 795).
Im Einzelnen sind der Schätzung des Differenzschadens bei Geltendmachung eines Schadensersatzanspruchs des Fahrzeugkäufers gegen den Hersteller nach § 823 Abs. 2 BGB i.V.m. § 6 Abs. 1 und 27 Abs. 1 EG-FGV nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs die nachstehenden Grundsätze zugrunde zu legen (siehe BGH, Urteil vom 26.06.2023 – VIa ZR 335/21, juris Rn. 73 ff., NJW 2023, 2259):
„b) Die Schätzung des Differenzschadens unterliegt in den Fällen des Vertrauens eines Käufers auf die Richtigkeit der Übereinstimmungsbescheinigung bei Erwerb eines mit einer unzulässigen Abschalteinrichtung versehenen Kraftfahrzeugs unionsrechtlichen Vorgaben. Denn der Gerichtshof hat festgehalten, dass die vorzusehenden Sanktionen nach Art. 46 der Richtlinie 2007/46/EG und Art. 13 Abs. 1 der Verordnung (EG) Nr. 715/2007 wirksam, verhältnismäßig und abschreckend sein müssen und dass nationale Vorschriften dem Käufer die Erlangung eines angemessenen Schadensersatzes nicht praktisch unmöglich machen oder übermäßig erschweren dürfen (EuGH, Urteil vom 21. März 2023 - C-100/21, NJW 2023, 1111 Rn. 90 und 93). Daraus ergeben sich Vorgaben des Unionsrechts für die Anwendung des nationalen Rechts sowohl in Bezug auf die Untergrenze als auch auf die Obergrenze des nach § 823 Abs. 2 BGB in Verbindung mit § 6 Abs. 1, § 27 Abs. 1 EG-FGV zu gewährenden Schadensersatzes, die das Schätzungsermessen

innerhalb einer Bandbreite zwischen 5% und 15% des gezahlten Kaufpreises rechtlich begrenzen. Der geschätzte Schaden kann aus Gründen unionsrechtlicher Effektivität nicht geringer sein als 5% des gezahlten Kaufpreises. Anderenfalls wäre die Sanktionierung eines auch bloß fahrlässigen Verstoßes gegen Art. 5 Abs. 2 Satz 1 der Verordnung (EG) Nr. 715/2007 im Hinblick auf die Förderung der unionsrechtlichen Ziele wegen ihrer Geringfügigkeit nicht hinreichend wirksam. Die

Schadensschätzung muss zu einer auch der Höhe nach für den Fahrzeughersteller fühlbaren Sanktion führen. Fühlbar in diesem Sinne ist die Sanktion allerdings nicht erst dann, wenn der zuerkannte Schadensersatz für sich betrachtet geeignet ist, eine Verhaltensänderung zu bewirken. Das wäre mit Blick auf den Umfang der Geschäftstätigkeit der Hersteller einerseits und den in einem einzelnen Fall maximal in Frage kommenden Schadensbetrag andererseits kaum zu erreichen. Vielmehr genügt es, wenn einerseits jede Sanktion für sich betrachtet gemessen an dem mit dem Rechtsgeschäft verbundenen Ertrag des Herstellers mit einer nicht ganz unerheblichen Einbuße verbunden ist und andererseits die Sanktionen wegen einer Vielzahl von Rechtsverstößen in ihrer Gesamtheit eine Verhaltensänderung im Sinne der Einhaltung aller Rechtsakte bewirken können. Das ist bei einer unteren Bemessungsgrenze des Schadensersatzes auf 5% des gezahlten Kaufpreises der Fall.
Ein allein nach § 823 Abs. 2 BGB in Verbindung mit § 6 Abs. 1, § 27 Abs. 1 EG-FGV und nicht auch nach §§ 826, 31 BGB geschuldeter Schadensersatz kann umgekehrt aus Gründen der Verhältnismäßigkeit nicht höher sein als 15% des gezahlten Kaufpreises. Die Haftung nach § 823 Abs. 2 BGB in Verbindung mit § 6 Abs. 1, § 27 Abs. 1 EG-FGV umfasst Fälle objektiv vergleichsweise geringfügiger Rechtsverstöße, die der Gesetzgeber lediglich als Ordnungswidrigkeit eingeordnet hat. Hinzu kommt, dass die Haftung gemäß § 823 Abs. 2 BGB in Verbindung mit § 6 Abs. 1, § 27 Abs. 1 EG-FGV den Fahrzeughersteller bezogen auf ein einzelnes Kraftfahrzeug im Falle der mehrfachen Veräußerung mehrfach trifft, so dass ein Kumulierungseffekt eintreten kann. Denn die Haftung nach § 823 Abs. 2 BGB trifft den Fahrzeughersteller auch in anderen Fällen als denjenigen einer sittenwidrigen vorsätzlichen Schädigung nicht nur im Verhältnis zum Neuwagenkäufer, sondern im Verhältnis zu jedem späteren Käufer des Kraftfahrzeugs als Gebrauchtwagen.
c) Bei der Schätzung des Schadens innerhalb eines Rahmens zwischen 5% und 15% hat der Tatrichter bei der Bestimmung des objektiven Werts des Fahrzeugs im Zeitpunkt des Vertragsschlusses die mit der Verwendung einer unzulässigen Abschalteinrichtung verbundenen Nachteile, insbesondere das Risiko behördlicher Anordnungen, zu berücksichtigen (vgl. BGH, Urteil vom 6. Juli 2021 - VI ZR 40/20, BGHZ 230, 224 Rn. 24). Weiter hat er den 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.
Über diese originär schadensrechtlichen Gesichtspunkte hinaus hat der Tatrichter das Gewicht des der Haftung zugrundeliegenden konkreten Rechtsverstoßes für das unionsrechtliche Ziel der Einhaltung gewisser Emissionsgrenzwerte sowie den 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.
Zur Einholung eines Sachverständigengutachtens ist der Tatrichter bei seiner Schätzung innerhalb des genannten Rahmens nicht gehalten (vgl. BGH, Urteil vom 23. März 2021 - VI ZR 3/20, NJW-RR 2021, 1534 Rn. 11; Urteil vom 27. April 2021 - VI ZR 812/20, NJW-RR 2021, 1388 Rn. 18).
d) Für die Schätzung des Tatrichters ist Vortrag der Parteien dazu ohne Relevanz, die Verkaufs-

preise von Kraftfahrzeugen der betroffenen Baureihen seien entweder tatsächlich nicht mit Rücksicht auf die Verwendung unzulässiger Abschalteinrichtungen gesunken oder der Schaden be-

laufe sich im konkreten Fall auf weniger als 5% oder mehr als 15% des gezahlten Kaufpreises. Entsprechende Behauptungen sind, weil die Grundsätze der Effektivität auf der einen und der Verhältnismäßigkeit auf der anderen Seite den Ausgleich eines Differenzschadens aus Rechtsgründen begrenzen, unerheblich und können eine Beweisaufnahme durch Einholung eines Sachverständigengutachtens nicht rechtfertigen.
e) Dass für die Schätzung des Differenzschadens auf den Zeitpunkt des Vertragsschlusses abzustellen ist, schließt eine schadensmindernde Berücksichtigung später eintretender Umstände im Wege der Vorteilsausgleichung, deren Voraussetzungen der Fahrzeughersteller darzulegen und zu beweisen hat, allerdings nicht aus. Insofern gelten die in der höchstrichterlichen Rechtsprechung entwickelten Maßstäbe zum "kleinen" Schadensersatz nach § 826 BGB sinngemäß (vgl. BGH, Urteil vom 6. Juli 2021 - VI ZR 40/20, BGHZ 230, 224 Rn. 23 f.; Urteil vom 24. Januar 2022 - VIa ZR 100/21, NJW-RR 2022, 1033 Rn. 17). Nutzungsvorteile und der Restwert des Fahrzeugs sind erst dann und nur insoweit schadensmindernd anzurechnen, als sie den Wert des Fahrzeugs bei Abschluss des Kaufvertrags (gezahlter Kaufpreis abzüglich Differenzschaden) übersteigen (vgl. BGH, Urteil vom 24. Januar 2022, aaO, Rn. 22). Beruft sich der Fahrzeughersteller auf die nachträgliche Verbesserung des Fahrzeugs durch ein Software-Update, kann damit eine Schadensminderung indessen nur verbunden sein, wenn und soweit das Software-Update die Gefahr von Betriebsbeschränkungen signifikant reduziert. Das wiederum kann nur dann der Fall sein, wenn es nicht seinerseits eine unzulässige Abschalteinrichtung beinhaltet. Die Vorteilausgleichung kann der Gewährung auch eines Schadensersatzes aus § 823 Abs. 2 BGB entgegenstehen, wenn der Differenzschaden vollständig ausgeglichen ist.“
cc. Entgegen der Auffassung des Klägers ist im Hinblick auf die Anwendung dieser Grundsätze auch keine erneute Vorlage zum Vorabentscheidungsverfahren an den Europäischen Gerichtshof geboten.
Soweit der Kläger geltend macht, dass die Begrenzung des Schadensersatzes nach den § 823 Abs. 2 BGB i.V.m. § 6 Abs. 1 und § 27 Abs. 1 EG-FGV auf den Differenzschaden gegen den Grundsatz des effet utile verstoßen würde, hat der Europäische Gerichtshof bereits ausdrücklich klargestellt, dass es in Ermangelung einschlägiger unionsrechtlicher Vorschriften Sache des Rechts des betreffenden Mitgliedstaats ist, die Vorschriften über den Ersatz des Schadens festzulegen, der dem Käufer eines mit einer unzulässigen Abschalteinrichtung im Sinne von Art. 5 Abs. 2 VO Nr. 715/2007 ausgestatteten Fahrzeug tatsächlich entstanden ist, vorausgesetzt, dass dieser Ersatz in einem angemessenen Verhältnis zum entstandenen Schaden steht (siehe EuGH, Urteil vom 21.03.2023 – C-100/21, juris Ls., NJW 2023, 1111; hierauf abstellend auch BGH, Urteil vom 26.06.2023 – VIa ZR 335/21, juris Rn. 25, NJW 2023, 2259). Die vorstehend

dargelegten Grundsätze aus der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs zur Bestimmung des ihm als Schadensersatz zu erstattenden Differenzbetrag sind damit mit europarechtlichen Vorgaben vereinbar.
Soweit der Kläger einen weiteren Verstoß gegen den Grundsatz des effet utile darin erkennt, dass der nach den § 823 Abs. 2 BGB i.V.m. § 6 Abs. 1 und § 27 Abs. 1 EG-FGV zu ersetzende Differenzschaden das Risiko der Stilllegung nicht erfasse, ist dem entgegenzuhalten, dass die Bewertung dieses Risikos nach den vorstehend dargelegten Grundsätzen aus der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs in die Bemessung des ihm als Schadensersatz zu erstattenden Differenzbetrages einfließt.
Das Erfordernis einer Vorlage an den Europäischen Gerichtshof besteht schließlich auch nicht im Hinblick auf die geltend gemachte Verletzung des unionsrechtlichen Äquivalenzgrundsatzes durch den Umstand, dass nach den vorstehenden Grundsätzen hier der Schadensersatz wegen einer Verletzung europarechtlicher Vorschriften nach § 823 Abs. 2 BGB i.V.m. dem jeweiligen Schutzgesetz auf den Differenzschaden begrenzt ist, während anderweitige Schadensersatzansprüche nach nationalem Recht, insbeson-

dere der Anspruch aus § 826 BGB, eine Vertragsrückabwicklung ermöglichen. Der europarechtliche Grundsatz der Äquivalenz besagt, dass in Ermangelung einer einschlägigen Unionsregelung die Bestimmung der zuständigen Gerichte und die Ausgestaltung von Verfahren, die den Schutz der dem Bürger aus dem Unionsrecht erwachsenden Rechte gewährleisten sollen, Sache der innerstaatlichen Rechtsordnung der einzelnen Mitgliedstaaten ist, wobei diese Verfahren nicht weniger günstig gestaltet sein dürfen als bei entsprechenden Klagen, die nur innerstaatliches Recht betreffen (siehe EuGH, Urteil vom 08.09.2011 – C-89/10 und C-96/10, juris Rn. 32, Slg 2011, I-78919). Dieser Grundsatz ist vorliegend bereits deswegen nicht verletzt, da die Unterscheidung zwischen den Ansprüchen auf den Differenzschaden nach § 823 Abs. 2 BGB i.V.m. dem jeweiligen Schutzgesetz und solchen aus § 826 BGB nicht in einer unterschiedlichen Natur der verletzten unionsrechtlichen oder nationalen Rechtsposition begründet ist, sondern maßgeblich vor allem in dem zusätzlichen Erfordernis der vorsätzlichen sittenwidrigen Schädigung nach § 826 BGB (siehe BGH, Urteil vom 26.06.2023 – VIa ZR 335/21, juris Rn. 24, NJW 2023, 2259). Anders als das deutsche Recht zur nationalen Regelung nach § 826 BGB hat der Europäische Gerichtshof hinsichtlich der verletzten unionsrechtlichen Rechtsposition den Schutz auch des von einem Schaden nach Maßgabe der Differenzhypothese gelösten Interesses des Käufers, nicht an einen ungewollten, unvernünftigen Vertrag gebunden zu sein, nicht in den Blick genommen (siehe

BGH, a.a.O., juris Rn. 25), sondern über das Vorliegen einer unzutreffenden Übereinstimmungsbescheinigung hinaus einen Schaden im Sinne einer nachteiligen Vermögensdifferenz als Voraussetzung einer Herstellerhaftung unterstellt (siehe EuGH, Urteil vom 21.03.2023 – C-100/21, juris Rn. 95, NJW 2023, 1111; hierauf abstellend auch BGH, a.a.O. juris Rn. 25).

dd. In Anwendung der vorstehend dargelegten Grundsätze schätzt der Senat den zu ersetzenden Differenzschaden des Klägers auf einen Betrag von EUR 3.340,68. Dem liegen die folgenden Erwägungen zugrunde:

(1) Im Ausgangspunkt kann nach den Grundsätzen aus der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs zur Schätzung des Differenzschadens im Bereich von 5 bis 15% des Kaufpreises ein solcher Schaden in Höhe eines Betrags von 10,0% des Kaufpreises geschätzt werden, entsprechend hier EUR 5.439,-, da dieser Fall nach den vorstehenden Kriterien als ein Fall mittlerer Höhe des vom Erwerber erlittenen Schadens anzusehen ist. Eine Vorsteuerabzugsberechtigung des Klägers, die dazu führen würde, dass nur der Nettobetrag ohne Mehrwertsteuer als Schadensbetrag zu berücksichtigen wäre (siehe BGH, Beschluss vom 25.07.2022 – VIa ZR 622/21, juris Rn. 9, HFR 2022, 1179), wird vorliegend nicht geltend gemacht.

(2) Von diesem Betrag ist vorliegend ein weiterer Abzug zu machen im Hinblick auf das nachträgliche Software-Update.

Nach den Grundsätzen aus der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs kann im Wege der Vorteilsausgleichung ein nachträgliches Software-Update schadensmindernd bis hin zum vollständigen Ausgleich des Differenzschadens berücksichtigt werden, wenn sich der Fahrzeughersteller auf die nachträgliche Verbesserung des Fahrzeugs durch ein Software-Update beruft und das Software-Update die Gefahr von Betriebsbeschränkungen signifikant reduziert, was wiederum nur dann der Fall sein kann, wenn es nicht seinerseits eine unzulässige Abschalteinrichtung beinhaltet (siehe BGH, Urteil vom 26.06.2023 – VIa ZR 335/21, juris Rn. 80, NJW 2023, 2259).

Die Beklagte hat vorliegend konkret dazu vorgetragen, dass durch das Update nunmehr innerhalb des Temperaturfensters von zwischen ca. +3°C und ca. +37°C in Abhängigkeit von der Umgebungslufttemperatur keine aktive Veränderung der AGR-Rate durch das Thermofenster mehr stattfindet und dass dieses Update vom KBA genehmigt

wurde, während der Kläger dem nicht mit der Behauptung eines verbleibenden Betriebsbeschränkungsrisikos substantiiert entgegengetreten ist. Im Wege der Schaden-

schätzung nach § 287 ZPO kann daher hier eine Minderung des eingetretenen Schadens um 1/3 angenommen werden, wobei einer weitergehenden Schadensminderung bereits im Hinblick auf den Zeitablauf zwischen Kauf und Angebot des Software-Update auch der Grundsatz des effet utile entgegenzuhalten wäre, so dass hier ein zu ersetzender Minderwert von EUR 3.626,- verbleibt.
(3) Entgegen der Auffassung der Beklagten bedarf es keiner Einholung eines Sachverständigengutachtens zur Frage des Minderwerts. Die Schätzung des Differenzschadens wird auf den bereits zum Kaufzeitpunkt vorliegenden Umstand gestützt, dass das Fahrzeug mit einer unzulässigen Abschalteinrichtung ausgestattet war, die gegebenenfalls zu einem Widerruf der Betriebserlaubnis führen konnte. Auch die Ausführungen der Beklagten zur Werteentwicklung solcher betroffenen Fahrzeuge am Markt und ihr Verweis auf ein in einem Parallelverfahren eingeholte Gutachten, welche einen fehlenden Minderwert der betroffenen Fahrzeuge bestätigt hätten, stehen dieser Schadensschätzung nicht entgegen. Zum einen ist vorliegend nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs zu berücksichtigen, dass die Zuerkennung eines Anspruchs auf Ersatz eines Differenzschadens bereits durch den Grundsatz der Effektivität des Unionsrechts geboten ist, um Verstöße gegen die unionsrechtlichen Bestimmungen nicht sanktionslos bleiben zu lassen, und zugleich der Schadensersatzanspruch auch durch den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit begrenzt ist (vgl. BGH, Urteil vom 26.06.2023 – VIa ZR 335/21, juris Rn. 79, NJW 2023, 2259). Auf die Vergangenheit bezogene Marktuntersuchungen ohne Berücksichtigung dieses normativen Elements sind daher nur von begrenzter Aussagekraft und zudem wurde der vorliegend geschätzte Schaden nicht mit einem etwaigen verminderten Weiterverkaufserlös begründet, sondern mit dem Eingehen eines wegen des drohenden Widerrufs der Betriebserlaubnis wirtschaftlich nachteiligen Vertrages und der Bewertung dieses Nachteils aus der Perspektive des Zeitpunkts des Vertragsschlusses.
(4) Auf den so berechneten verbliebenden Differenzschaden sind sodann im Wege der Vorteilsausgleichung die vom Erwerber erlangten Vorteile abzuziehen.
Grundsätzlich findet eine solche Anrechnung der vom Erwerber eines mit einer unzulässigen Abschalteinrichtung ausgestatteten Fahrzeugs gezogenen Nutzungsvorteile und des Restwerts des Fahrzeugs auf den dem Erwerber zu ersetzenden Differenzschaden nur dann statt, wenn die Nutzungsvorteile und der Restwert des Fahrzeugs den tatsächlichen Wert des Fahrzeugs bei Abschluss des Kaufvertrags übersteigen (vgl. BGH, Urteil vom 24.01.2022 – VIa ZR 100/21, juris Rn. 22, WM 2022, 543; Urteil

vom 26.06.2023 – VIa ZR 335/21, juris Rn. 80, NJW 2023, 2259).
Dies ist vorliegend der Fall. Der Wert des Fahrzeugs bei Abschluss des Kaufvertrags i.H.v. EUR 48.951,- (siehe nachstehend unter (a)) liegt unterhalb des Betrags der Nutzungsvorteile i.H.v. EUR 40.236,32 (siehe unter (b)) zuzüglich des Restwerts i.H.v. EUR 9.000,- (siehe unter (c)). Es findet mithin um den Differenzbetrag von EUR 285,32 eine Anrechnung statt, so dass ein Schadensersatzanspruch i.H.v. EUR 3.340,68 verbleibt. Hinsichtlich des Differenzbetrags von EUR 285,32 ist Erledigung eingetreten.
Die maßgeblichen Beträge des Fahrzeugwerts bei Abschluss des Kaufvertrags, der Nutzungsvorteile und des Restwerts bestimmen sich im Einzelnen wie folgt:
(a) Der Wert des Fahrzeugs bei Abschluss des Kaufvertrags ist mit EUR 48.951,- anzusetzen, entsprechend dem Kaufpreis von EUR 54.390,- inklusive Mehrwertsteuer

und abzüglich des Minderwerts von EUR 5.439,-. Eine Vorsteuerabzugsberechtigung des Klägers, die zur Maßgeblichkeit des Netto-Kaufpreises geführt hätte, wird nicht geltend gemacht.
(b) Die gezogenen Nutzungsvorteile sind wie folgt zu schätzen: Der Bundesgerichtshof hat die Schätzung der vom Geschädigten gezogenen Vorteile aus der Nutzung eines vom Dieselskandal betroffenen Fahrzeugs, die im Wege des Vorteilsausgleichs vom Schadensersatzanspruch des Geschädigten in Abzug zu bringen sind, nach der nachstehenden linearen Berechnungsmethode als revisionsrechtlich nicht zu beanstanden anerkannt (siehe BGH, Urteil vom 30.07.2020 – VI ZR 354/19, juris Rn. 12, BGHZ 226, 322; Urteil vom 24.01.2022 – VIa ZR 100/21, juris Rn. 24, WM 2022, 543):
„Nutzungsvorteil gleich Bruttokaufpreis multipliziert mit der seit Erwerb gefahrenen Strecke geteilt durch die erwartete Restlaufleistung im Erwerbszeitpunkt“.
Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs ist es anerkannt, dass Nutzungsvorteile, sofern deren Anrechnung stattfindet, auch gegenüber einem Anspruch auf Differenzschadensersatz nach dieser linearen Berechnungsmethode geschätzt werden können (siehe BGH, Urteil vom 24.01.2022 – VIa ZR 100/21, juris Rn. 24, WM 2022, 543; Urteil vom 26.06.2023 – VIa ZR 335/21, juris Rn. 80, NJW 2023, 2259).
Wie bereits ausgeführt wurde, wird eine Vorsteuerabzugsberechtigung des Klägers, die nach Auffassung des Senats dazu führen würde, dass auch der Wert der Nutzungsvorteile ausgehend von dem Nettobetrag des Kaufpreises ohne Mehrwertsteuer zu berechnen wäre (dem tatrichterlichen Ermessen überlassen in BGH, Urteil vom 24.07.2023 – VIa ZR 752/22, juris Rn. 20, NJW 2023, 3010), hier bereits nicht geltend gemacht.

Entgegen der Auffassung des Klägers, der vorliegend von einer Gesamtlaufleistung von 350.000 km ausgeht, legt der Senat dieser Schätzung grundsätzlich eine anzunehmende Gesamtlaufleistung von 250.000 km zugrunde (siehe die Entscheidung des Senats in Hanseatisches OLG in Bremen, Urteil vom 20.09.2023 – 1 U 96/22, juris Rn. 21). Gründe für ein Abweichen von dieser Gesamtlaufleistungsannahme sind vorliegend nicht hinreichend substantiiert vorgetragen, insbesondere begründet die allgemeine Behauptung einer höheren Wertigkeit des streitgegenständlichen Fahrzeugs keine Annahme einer höheren zu erwartenden Gesamtlaufleistung, da dies regelmäßig auch mit höheren Erhaltungskosten einherginge, so dass bei wirtschaftlicher Betrachtung bei einer Gesamtlaufleistung von 250.000 km ohne erhebliche Zusatzinvestitionen die Substanz des Fahrzeugs als aufgebraucht angesehen werden kann.
Daraus errechnen sich damit für den vorliegenden Fall die vom Kläger gezogenen Nutzungsvorteile wie folgt:
Nutzungsvorteile: EUR 40.236,32 = EUR 54.390,- * (184.954 – 40) / (250.000 – 40)).
(c) Der Restwert des Fahrzeugs ist vorliegend mit EUR 9.000,- zu schätzen, d.h. in der Höhe des vom Kläger tatsächlich erlösten Verkaufspreises.
Insbesondere ist im vorliegenden Fall nicht ein Restwert i.H.v. EUR 14.010,- zu schätzen, d.h. wie er sich nach den Angaben der Beklagten aus den einschlägigen Listen von Gebrauchtwagen-Verkaufspreisen (hier DAT-Liste) ergibt. Zwar werden derartige Listen von Gebrauchtwagen-Verkaufspreisen in der Rechtsprechung der Oberlandesgerichte verbreitet als zur Schätzung des Restwerts im Rahmen des § 287 ZPO anerkannt (siehe u.a. OLG Braunschweig, Beschluss vom 06.07.2023 – 2 U 36/22, juris Rn. 22; OLG Celle, Beschluss vom 30.03.2023 – 16 U 300/22, juris Rn. 24; OLG München, Urteil vom 21.12.2022 – 7 U 6463/21, juris Rn. 54; Beschluss vom 09.08.2023 – 27 U 699/23 e, juris Rn. 32; OLG Saarbrücken, Urteil vom 29.09.2023 – 3 U 20/22, juris Rn. 20; OLG Schleswig, Urteil vom 10.10.2023 – 7 U 100/22, juris Rn. 93). Soweit sich der Kläger allgemein dagegen wendet, derartige Listen zur Bestimmung des Restwerts des streitgegenständlichen Fahrzeugs heranzuziehen, da Verbraucher regelmäßig nur

geringere Werte realisieren könnten und die Listen teils lediglich auf Inserate gestützt seien, ohne Kenntnis von tatsächlichen Verkaufsvorgängen zu haben, ist diesen Argumenten nicht zu folgen, da schon keine praxistaugliche Schätzmethode ersichtlich ist, die eine Bemessung aus diesen Umständen resultierender Preisunterschiede zuließe. Zutreffend wendet der Kläger dagegen ein, dass diese Listen unberücksichtigt lassen,

dass etwaige Mängel des Fahrzeugs dessen Wert minderten: Dies ist auch für den vorliegenden Fall einschlägig, da das streitgegenständliche Fahrzeug ausweislich des Kaufvertrags vom 02.06.2022 mit einem Heckschaden verkauft wurde. Unter diesen Umständen konnte der Kläger nicht ohne weiteres als gehalten angesehen werden, zur Schadensminderung vor einem Weiterverkauf des Fahrzeugs den angesichts dieser Beschädigungen noch marktgerechten Veräußerungserlös zu ermitteln, und er durfte auf den tatsächlich erzielten Preis insbesondere auch deswegen vertrauen, weil er dem Ankaufangebot eines Vertragshändlers der Beklagten entstammte (vgl. so auch OLG Karlsruhe, Urteil vom 22.08.2023 – 8 U 271/21, juris Rn. 85).
Soweit der Kläger einwendet, dass der Restwert des Fahrzeugs maximal in der Höhe des ursprünglichen Kaufpreises abzüglich des Differenzschadens und der Nutzungsentschädigung bestehen könne, damit nicht – z.B. in Zeiten hoher Gebrauchtwagenpreise – der Schadensersatzanspruch inhaltlich ausgehöhlt werde, ist dem nicht zu folgen. Wenn es einem Geschädigten durch einen günstigen Weiterverkauf gelingt, seinen Schaden auszugleichen, dann ist vielmehr der in der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs anerkannte Grundsatz zu beachten, dass die nationalen Gerichte befugt sind, dafür Sorge zu tragen, dass der Schutz der unionsrechtlich gewährleisteten Rechte nicht zu einer ungerechtfertigten Bereicherung der Anspruchsberechtigten führt (siehe EuGH, Urteil vom 21.03.2023 – C-100/21, juris Rn. 94, NJW 2023, 1111).
Soweit der Kläger weitergehend einwendet, es sei wegen des Stilllegungsrisikos ohnehin allenfalls von einem Schrottwert des Fahrzeugs auszugehen bzw. es bedürfe alternativ eines Sachverständigengutachtens bezogen auf das konkrete Fahrzeug, steht dem im vorliegenden Fall ohnehin bereits entgegen, dass der Kläger das Fahrzeug verkauft und daraus den Kaufpreis von EUR 9.000,- tatsächlich realisiert hat.
3. Zinsansprüche sind begründet als Prozesszinsen auf den zuerkannten Betrag nach den §§ 288, 291 BGB seit Rechtshängigkeit. Vorgerichtliche Zinsen werden nicht geltend gemacht, soweit im Antrag des Klägers aus dem Schriftsatz vom 16.08.2023 ein Verzinsungsbeginn für die letzte Zinsperiode mit dem 02.06.2023 angenommen wird, ist dies bei sach- und interessengerechtem Verständnis als Antrag auf eine durchgehende Verzinsung seit Rechtshängigkeit auszulegen.
4. Ein Anspruch auf Freistellung des Klägers von seinen vorgerichtlichen Anwaltskosten besteht nicht. Allein auf der Grundlage des § 823 Abs. 2 BGB i.V.m. § 6 Abs. 1 und § 27 Abs. 1 EG-FGV kann neben dem Anspruch auf Ersatz des Differenzschadens eine Er-

stattung vorgerichtlicher Rechtsanwaltskosten nicht verlangt werden, sofern nicht insoweit etwa die Voraussetzungen einer Verzugshaftung gegeben sein sollten (siehe BGH, Urteil vom 16.10.2023 – VIa ZR 14/22, juris Rn. 13, WM 2023, 2193). Das Vorliegen dieser Voraussetzungen ist nicht ersichtlich.
5. Der Eintritt der Erledigung war festzustellen im Hinblick auf die Vorteilsanrechnung wegen nach Rechtshängigkeit gezogener Nutzungen i.H.v. EUR 285,32. Im Übrigen war die Klage hinsichtlich der weitergehenden Ansprüche von Anfang an unbegründet.
6. Die Kostenentscheidung folgt aus § 92 Abs. 1 ZPO; die Entscheidung über die vorläufige Vollstreckbarkeit beruht auf den §§ 708 Nr. 10, 711, 713 ZPO.

7. Die Revision war nicht zuzulassen, da weder die Rechtssache grundsätzliche Bedeutung hat, noch die Fortbildung des Rechts oder die Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung eine Entscheidung des Revisionsgerichts erfordern (§ 543 Abs. 2 ZPO). Entgegen der Auffassung der Beklagten gebietet auch die Verneinung des Vorliegens eines unvermeidbaren Verbotsirrtums keine Revisionszulassung im Hinblick darauf, dass von anderen Oberlandesgerichten in Verfahren gegen die Beklagte als Herstellerin mit unzulässigen Abschalteinrichtungen ausgestatteter Fahrzeuge das Vorliegen eines unvermeidbaren Verbotsirrtums bejaht wurde. Hierbei handelt es sich vielmehr um eine Tatsachenfrage, die maßgeblichen Rechtsgrundsätze sind in den vorstehend hierzu zitierten Entscheidungen des Bundesgerichtshofs bereits geklärt worden.

Kelle

Dr. Böger

Dr. Herzberg