Hanseatisches Oberlandesgericht in Bremen - Urteil vom 11.10.2024 - 2 U 155/21

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.25215.de&asl=bremen88.c.2335.de

Hanseatisches Oberlandesgericht in Bremen

Geschäftszeichen: 2 U 155/21 = 8 O 71/21 Landgericht Bremen

Im Namen des Volkes

U r t e i l

In dem Rechtsstreit

[...],

Kläger,

Prozessbevollmächtigte:
Rechtsanwältinnen und Rechtsanwälte [...]

gegen

[...]

Beklagte,

Prozessbevollmächtigte:
Rechtsanwältinnen und Rechtsanwälte [...],

hat der 2. Zivilsenat des Hanseatischen Oberlandesgerichts in Bremen auf die mündliche Verhandlung vom 23.08.2024 durch den Vorsitzenden Richter am Oberlandesgericht Dr. Pellegrino, die Richterin am Oberlandesgericht Martin und den Richter am Oberlandesgericht Dr. Kramer für Recht erkannt:
1. Auf die Berufung des Klägers hin wird das Urteil des Landgerichts Bremen vom 22.10.2021 – Az. 8 O 71/21 – unter Zurückweisung der weitergehenden Berufung im Übrigen abgeändert und wie folgt neu gefasst:

- 2 -

Seite 2 von 23

Die Beklagte wird verurteilt, an den Kläger 2.047,12 € nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 27.02.2021 zu zahlen. Im Übrigen wird die Klage abgewiesen.
2. Die Kosten des Rechtsstreits tragen der Kläger zu 80% und die Beklagte zu 20%.
3. Das Urteil ist ohne Sicherheitsleistung vorläufig vollstreckbar.
4. Die Revision wird nicht zugelassen.
5. Der Streitwert der Berufung wird auf 23.236,07 € festgesetzt.

Gründe:
A.
Der Kläger begehrt Schadensersatz von der beklagten Fahrzeugherstellerin wegen der behaupteten Verwendung unzulässiger Abschalteinrichtungen.
Der Kläger erwarb am 12.03.2020 einen Pkw der Marke VW, Typ Passat Variant 2.0 TDI, bei einer Laufleistung von 24.896 km zu einem Kaufpreis in Höhe von 25.700 €.
Das Fahrzeug ist mit einem von der Beklagten entwickelten und hergestellten Motor der

Baureihe EA 288, Euro 6, ausgestattet. Die Abgasreinigung von Stickoxiden erfolgt durch Abgasrückführung und dem Einsatz eines SCR-Katalysators. Der Kläger gibt das Baujahr des Fahrzeuges mit dem Jahr 2018 an.
In I. Instanz begehrte der Kläger Erstattung seiner Aufwendungen zum Erwerb des streitgegenständlichen Pkw Zug-um-Zug gegen Überlassung des Fahrzeuges und stützte sein Vorbringen auf die Behauptung, dass in der Motorsteuerung des Fahrzeuges eine Prüfstandserkennung unter anderem durch eine Fahrkurvenerkennung zum Einsatz komme, anhand derer das Zusammenspiel von Abgasrückführungsrate und SCR-Katalysator im Prüfstand abweichend geregelt werde. Außerdem werde nur im Prüfstandsbetrieb ausreichend AdBlue zum Betrieb des SCR-Katalysators eingesetzt. Schließlich werde die Abgasrückführungsrate die Abgasrückführung und die AdBlue-Einspritzung zur Abgasreinigung bei Außentemperaturen unterhalb von 20 C und oberhalb von 30 C eingeschränkt.
Die Beklagte ist dem in 1. Instanz entgegengetreten und hat bestritten, dass die ursprünglich in Motoren der Baureihe EA 288 eingesetzte Fahrkurvenerkennung in dem Fahrzeug des Klägers zur Steuerung der Abgasreinigung verwendet worden sei. Die

Abgasrückführung werde in Abhängigkeit von der Außentemperatur erst abgesenkt, wenn die Außentemperatur unter -24 ºC sänke oder wenn sie höher als +70 ºC steige.
Hinsichtlich des Tatbestandes und des weiteren Vorbringens der Parteien in erster Instanz im Übrigen einschließlich der dort gestellten Anträge wird auf die Feststellungen im angefochtenen Urteil des Landgerichts Bremen vom 22.10.2021 sowie ergänzend auf den Beschluss des Senats vom 27.05.2024 Bezug genommen, § 540 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 ZPO.
Das Landgericht hat die Klage als unbegründet abgewiesen. Das Verhalten der Beklagten sei nicht sittenwidrig. Auch aus anderen Vorschriften, insbesondere aus § 823 Abs. 2 BGB in Verbindung mit §§ 6 Abs. 1, 27 Abs. 1 EG-FGV folge der geltend gemachte Anspruch nicht. Für die weiteren Einzelheiten der Begründung wird auf das angefochtene Urteil sowie wiederum ergänzend auf den Beschluss des Senats vom 27.05.2024 Bezug genommen.
Hiergegen wendet sich der Kläger mit seiner Berufung und verfolgt sein ursprüngliches Prozessziel, nachdem er die Berufung im Verlauf des Berufungsverfahrens teilweise zurückgenommen hat, zum Teil weiter und macht nunmehr den kleinen Schadensersatz wegen der Verwendung der behaupteten Abschalteinrichtungen geltend.
Im Verlauf der 2. Instanz wurde zudem unstreitig, dass die Motorsteuerung des streitgegenständlichen Fahrzeuges die Abgasrückführungsrate bei sinkendem Luftdruck der Umgebung bereits bei einem Umgebungsdruck, der regelmäßig in 1.000 Metern über NN herrscht, absenkt und ab einem Umgebungsdruck, wie er in etwa 2.450 Metern über NN regelmäßig besteht, deaktiviert. Ferner wurde unstreitig, dass die Motorsteuerung die Abgasrückführungsrate abhängig von Last und Drehzahl steuert. Schließlich wird die Abgasrückführungsrate auch in Abhängigkeit von im Motorraum gemessenen Temperaturen gesteuert. Diese innermotorischen Temperaturen können je nach Lage des Sensors mittelbar zum Teil von der Umgebungstemperatur bereits dann beeinflusst sein, wenn Außentemperaturen über -24 ºC liegen; bereits bei Außentemperaturen über 0 ºC kann es zu einer Beeinflussung der innermotorisch gemessenen Temperaturen und in der Folge zu einer Beeinflussung der Abgasrückführungsrate kommen.
Die Laufleistung des Fahrzeuges betrug im Zeitpunkt der letzten mündlichen Verhandlung 106.817 Km.
Nachdem der Kläger die Berufung hinsichtlich des Zahlungsantrages beschränkt und die Berufung im Übrigen zurückgenommen hat, beantragt der Kläger nunmehr,

das Urteil des Landgerichts Bremen abzuändern und der Klägerpartei einen Betrag bezüglich des Fahrzeugs VW Passat, FIN: […], dessen Höhe in das Ermessen des Gerichts gestellt wird, jedoch mindestens € 3.855,00 betragen muss, zu bezahlen nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit Rechtshängigkeit.
Die Beklagte beantragt,
die Berufung zurückzuweisen.

B.
Die Berufung ist zulässig; insoweit wird auf den Hinweisbeschluss des Senats vom 27.05.2024 verwiesen.
Die Berufung hat auch teilweise Erfolg, da die Klage auch in ihrer geänderten Form zulässig und zum Teil begründet ist.
I.
Die Klage ist auch in ihrer geänderten Form zulässig.
1. Die Klage ist zum einen in ihrer ermäßigten Form zulässig, da es sich bei der hier im Wege der teilweisen Berufungsrücknahme erfolgten Reduzierung des Zahlungsantrages um eine gemäß § 264 Nr. 2 ZPO stets zulässige Antragsänderung in Form der Klageermäßigung bei gleichbleibendem Klagegrund handelt, die nicht den Voraussetzungen des § 533 ZPO unterliegt.
Eine Antragsänderung, die unter die Bestimmung des § 264 ZPO fällt, ist kraft ausdrücklicher gesetzlicher Anordnung nicht als eine Klageänderung anzusehen, mit der Folge, dass auf eine solche Modifizierung des Klageantrags diejenigen Vorschriften, die die Zulässigkeit einer Klageänderung regeln, keine Anwendung finden; dies gilt auch für § 533 ZPO (vgl. BGH, Urteil vom 19. März 2004 – V ZR 104/03 –, BGHZ 158, 295-310, Rn. 25).
Eine Klageermäßigung im Sinne des § 264 Nr. 2 ZPO liegt vor, wenn der mit einer Zahlungsklage geltend gemachte Betrag bei gleichbleibendem Klagegrund ermäßigt wird. So liegt es regelmäßig, wenn der Kläger im Laufe des Rechtsstreites vom „großen“ zum „kleinen“ Schadensersatz übergeht. Ob die eine oder die andere Art des Schadenersatzes geltend gemacht wird, ist lediglich eine Frage der Schadensberechnung. Wechselt der Kläger die Art der Schadensberechnung, ohne seinen Antrag auf einen

- 5 -

abgewandelten Lebenssachverhalt zu stützen, liegt keine Klageänderung vor (vgl. BGH, Urteil vom 5. August 2014 – XI ZR 172/13 –, Rn. 11, juris; Urteil vom 22. Februar 2018 – VII ZR 46/17 –, BGHZ 218, 1-22, Rn. 53). Nichts Anderes gilt hier; der Übergang von einem auf §§ 826, 31 BGB gestützten Antrag auf "großen" Schadensersatz zu einem auf § 823 Abs. 2 BGB in Verbindung mit § 6 Abs. 1, § 27 Abs. 1 EG-FGV gestützten Antrag auf Ersatz des Differenzschadens führt nicht zur Änderung des Klagegrunds. Dem nach §§ 826, 31 BGB ersatzfähigen "großen" Schadensersatz und dem nach § 823 Abs. 2 BGB in Verbindung mit § 6 Abs. 1, § 27 Abs. 1 EG-FGV zu ersetzenden Differenzschaden liegen lediglich unterschiedliche Methoden der Schadensberechnung zugrunde, die im Kern an die gescheiterte Vertrauensinvestition des Käufers bei Abschluss des Kaufvertrags anknüpfen (vgl. BGH, Urteil vom 26. Juni 2023 – VIa ZR 335/21 –, BGHZ 237, 245-280, Rn. 45, juris; Urteil vom 23. April 2024 – VIa ZR 1132/22 –, Rn. 14, juris; vgl. auch Hanseatisches Oberlandesgericht in Bremen, Urteil vom 16. Februar 2024 – 2 U 21/21 –, Rn. 19, juris).
2. Zulässig ist die Klage zum anderen auch, soweit der Kläger den geltend gemachten Anspruch nunmehr in 2. Instanz auch auf weitere Abschalteinrichtungen in Form der Steuerung der Abgasrückführungsrate in Abhängigkeit von Umgebungsdruck, Last und Drehzahl sowie innermotorischer Temperaturen stützt. Auch insoweit liegt bereits keine

Klageänderung im Sinne des § 263 ZPO vor. Soweit ein Kläger auf deliktischer Grundlage Schadensersatz mit der Begründung verlangt, in dem Motor des von ihm erworbenen Fahrzeugs seien mehrere Abschalteinrichtungen eingebaut, handelt es sich um einen einheitlichen Lebenssachverhalt. Denn bei natürlicher Betrachtungsweise stellt die Implementierung diverser Abschalteinrichtungen bezogen auf eine Übereinstimmungsbescheinigung einen einheitlichen Lebensvorgang dar (vgl. BGH, Urteil vom 26. Juni 2023 – VIa ZR 533/21 –, Rn. 34, juris).

II.
Die Klage ist auch zum Teil begründet. Der Kläger hat einen Anspruch gegen die Beklagte auf Zahlung von 2.047,12 € gemäß § 823 Abs. 2 BGB in Verbindung mit §§ 6 Abs. 1, 27 Abs. 1 EGV.
Nach neuerer Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes stellen die § 6 Abs. 1, § 27 Abs. 1 EG-FGV Schutzgesetze im Sinne des § 823 Abs. 2 BGB dar, die das individuelle Interesse des Fahrzeugkäufers gegenüber dem Fahrzeughersteller schützen, nicht auf-

grund des Kaufvertragsabschlusses eine Vermögenseinbuße im Sinne der Differenzhypothese dadurch zu erleiden, dass das Fahrzeug entgegen der Übereinstimmungsbescheinigung eine unzulässige Abschalteinrichtung gemäß Art. 5 Abs. 2 Satz 1 der Verordnung (EG) Nr. 715/2007 aufweist (BGH, Urteil vom 26. Juni 2023 – VIa ZR 335/21 –, BGHZ 237, 245-280, Rn. 28; Urteil vom 20. Juli 2023 – III ZR 303/20 –, Rn. 16 ff., juris; Urteil vom 20. Juli 2023 – III ZR 267/20 –, Rn. 21, juris; Urteil vom 25. September 2023 – VIa ZR 1/23 –, Rn. 10, juris; Urteil vom 27. November 2023 – VIa ZR 159/22 –, Rn. 10, juris; Urteil vom 27. November 2023 – VIa ZR 1425/22 –, Rn. 19, juris).
Dem Käufer eines mit einer unzulässigen Abschalteinrichtung im Sinne des Art. 5 Abs. 2 der Verordnung (EG) Nr. 715/2007 versehenen Kraftfahrzeugs steht demnach unter den Voraussetzungen des § 823 Abs. 2 BGB in Verbindung mit § 6 Abs. 1, § 27 Abs. 1 EG-FGV ein Anspruch gegen den Fahrzeughersteller zu, soweit ihm aufgrund des Vertragsabschlusses ein Vermögensschaden im Sinne der Differenzhypothese entstanden ist (vgl. BGH, Urteil vom 26. Juni 2023 - VIa ZR 335/21, BGHZ 237, 245, Rn. 28 ff., juris; Urteil vom 10. Juli 2023 – VIa ZR 1119/22 –, Rn. 20, juris; Urteil vom 20. Juli 2023 – III ZR 267/20 –, Rn. 21 f., juris). Ein solcher Anspruch setzt voraus, dass der Hersteller schuldhaft eine unzutreffende Übereinstimmungsbescheinigung erteilt und der Käufer deshalb einen Vermögensschaden erlitten hat (vgl. BGH, Urteil vom 26. Juni 2023 – VIa ZR 335/21 –, BGHZ 237, 245, Rn. 33 ff.).
Diese Voraussetzungen liegen hier vor.
1. Die Beklagte hat eine unrichtige Übereinstimmungsbescheinigung für das streitgegenständliche Fahrzeug erteilt.
a) Eine Übereinstimmungsbescheinigung ist unzutreffend, wenn das betreffende Kraftfahrzeug mit einer gemäß Art. 5 Abs. 2 VO (EG) Nr. 715/2007 unzulässigen Abschalteinrichtung ausgerüstet ist, weil die Bescheinigung dann eine tatsächlich nicht gegebene Übereinstimmung des konkreten Kraftfahrzeugs mit Art. 5 Abs. 2 der VO (EG) Nr. 715/2007 ausweist. Auf den Inhalt der zugrundeliegenden EG-Typgenehmigung kommt es dabei nicht an (vgl. BGH, Urteil vom 26. Juni 2023 – VIa ZR 335/21 –, BGHZ 237, 245, Rn. 34, juris; Urteil vom 20. Juli 2023 – III ZR 267/20 –, Rn. 26 ff., juris; Urteil vom 20. Juli 2023 – III ZR 303/20 –, Rn. 20 f., juris). Maßgebend ist der Zeitpunkt des Abschlusses des Kaufvertrages (vgl. BGH, Urteil vom 10. Juli 2023 – VIa ZR 1119/22 –, Rn. 13, juris).

Eine Abschalteinrichtung ist gemäß Art. 3 Nr. 10 der VO (EG) Nr. 715/2007 ein Konstruktionsteil, das die Temperatur, die Fahrzeuggeschwindigkeit, die Motordrehzahl oder sonstige Parameter ermittelt, um die Funktion eines beliebigen Teils des Emissionskontrollsystems zu aktivieren, zu verändern, zu verzögern oder zu deaktivieren, wodurch die Wirksamkeit des Emissionskontrollsystems unter Bedingungen, die bei normalem Fahrzeugbetrieb vernünftigerweise zu erwarten sind, verringert wird.
Bei der Subsumtion unter Art. 3 Nr. 10 der Verordnung (EG) Nr. 715/2007 ist auf die Verwendung des Fahrzeugs unter Fahrbedingungen abzustellen, wie sie im gesamten Unionsgebiet und nicht nur in einzelnen Mitgliedstaaten üblich sind (BGH, Urteil vom 26. Juni 2023 – VIa ZR 335/21 –, BGHZ 237, 245-280, Rn. 50).
Nach Art. 3 Nr. 10 der Verordnung (EG) Nr. 715/2007 kann eine Abschalteinrichtung schon dann vorliegen, wenn die Funktion nur eines beliebigen Teils des Emissionskontrollsystems in Abhängigkeit von bestimmten Parametern verändert und die Wirksamkeit des Emissionskontrollsystems unter den Bedingungen des normalen Fahrbetriebs verringert wird. Während in Bezug auf die Funktionsänderung auf Teile des Emissionskontrollsystems abgestellt werden kann, kommt es für die Wirkung der Funktionsänderung auf das Emissionskontrollsystem in seiner Gesamtheit an, etwa auf die kombinierte Wirkung von Abgasrückführung und -reinigung. Maßstab für die Frage der Zulässigkeit einer Funktionsveränderung in Abhängigkeit von bestimmten Parametern ist nach Art. 3 Nr. 10 der Verordnung (EG) Nr. 715/2007 nicht die Einhaltung des Grenzwerts, sondern die Wirksamkeit des unverändert funktionierenden Emissionskontrollsystems unter den Bedingungen des normalen Fahrbetriebs. In diesem Zusammenhang bedarf es eines Vergleichs der Wirksamkeit des unverändert funktionierenden und derjenigen des verändert funktionierenden Gesamtsystems, und zwar jeweils unter den Bedingungen des normalen Fahrbetriebs im gesamten Unionsgebiet. Ob die Grenzwerte unter den Bedingungen des Neuen Europäischen Fahrzyklus (NEFZ) auch bei veränderter Funktion eingehalten würden, ist hingegen mit Rücksicht auf den Wortlaut des Art. 3 Nr. 10 der Verordnung (EG) Nr. 715/2007 nicht von Bedeutung. Die Prüfung im NEFZ lässt nur in Bezug auf die dabei wirksamen Emissionskontrollsysteme Prognosen für den gewöhnlichen Fahrbetrieb zu und auch das nur dann, wenn die Wirksamkeit der betreffenden Systeme im gewöhnlichen Fahrbetrieb nicht verringert wird. Art. 3 Nr. 10 der Verordnung (EG) Nr. 715/2007 knüpft an die Verringerung der Wirksamkeit des Emissionskontrollsystems in seiner Gesamtheit an und nicht an die Einhaltung der Grenzwerte im NEFZ (vgl. BGH, Urteil vom 26. Juni 2023 – VIa ZR 335/21 –, BGHZ 237, 245-280, Rn. 51).

Nach allgemeinen Regeln trifft die Darlegungs- und Beweislast für das Vorliegen einer Abschalteinrichtung als solcher im Sinne der Art. 3 Nr. 10, Art. 5 Abs. 2 Satz 1 der VO (EG) Nr. 715/2007 den Kläger als Anspruchsteller (BGH, Urteil vom 26. Juni 2023 – VIa ZR 335/21 –, BGHZ 237, 245-280, Rn. 53).
b) Zumindest die Absenkung der Abgasrückführungsrate in Abhängigkeit zum Umgebungsdruck stellt eine Abschalteinrichtung im Sinne des Art. 3 Nr. 10 der VO (EG) Nr. 715/2007 dar.
aa) Unsubstantiiert ist allerdings die Behauptung des Klägers, dass die Motorsteuerung des von ihm erworbenen Fahrzeuges anhand diverser Parameter – u.a. einer Fahrkurvenerkennung – den Prüfstandsbetrieb gegenüber dem Straßenbetrieb erkenne und dass an diese Erkennung eine prüfstandsbezogene Steuerung und Verbesserung der Abgasreinigung nur im Prüfstandsbetrieb anknüpfe. Insoweit wird auf den Beschluss des Senats vom 27.05.2024 verwiesen, an dessen Wertungen der Senat weiterhin festhält. Dasselbe gilt, soweit der Kläger in 1. Instanz behauptet hat, dass ein auf die Bedingungen des NEFZ zugeschnittenes Thermofenster zur Anwendung komme, wonach die Abgasrückführung bei Außentemperaturen unterhalb von 20 ºC und oberhalb von

30 ºC gemindert werde. Wiederum wird insoweit auf den Beschluss des Senats vom 27.05.2024 verwiesen.
bb) Soweit die Beklagte zugestanden hat, dass die Abgasrückführung bei Außentemperaturen unterhalb von -24 ºC und oberhalb von 70 ºC deaktiviert wird, handelt es sich bei dieser Steuerung nicht um eine Abschalteinrichtung im Sinne des Art. 3 Nr. 10 der VO (EG) Nr. 715/2007, weil ein solches Thermofenster alle Temperaturzonen umfasst, wie sie im Gebiet der Europäischen Union üblich sind, in denen eine Nutzung des Fahrzeugs normalerweise stattfindet (vgl. OLG Dresden, Beschluss vom 7. Juli 2023 – 3 U 1889/22 –, Rn. 31, juris; Urteil vom 29. August 2023 – 3 U 852/23 –, Rn. 35, juris; OLG Braunschweig, Beschluss vom 13. Juli 2023 – 7 U 4/21 –, Rn. 3, juris; OLG Hamm, Beschluss vom 13. Juli 2023 – I-13 U 527/21 –, Rn. 115 f., juris; OLG Stuttgart, Urteil vom 18. Dezember 2023 – 16a U 1115/22 –, Rn. 15, juris; OLG Celle, Urteil vom 18. Oktober 2023 – 7 U 67/23 –, Rn. 77, juris; Brandenburgisches Oberlandesgericht, Urteil vom 5. April 2023 – 4 U 185/21 –, Rn. 43, juris; Hanseatisches Oberlandesgericht in Bremen, Urteil vom 24. Mai 2024 – 2 U 127/21 –, Rn. 41, juris).
cc) Ebenso lassen sich dem Vorbringen des Klägers zur unstreitigen last- und drehzahlabhängigen Steuerung der Abgasrückführung keine hinreichenden Anhaltspunkte dafür entnehmen, dass es sich hierbei um eine Abschalteinrichtung handelte.

Zwar stellt die Motorsteuerungssoftware, die eine Reduzierung der Abgasrückführung bei bestimmten Drehzahlen oder Motorlasten bewirkt, ein Konstruktionsteil im Sinne des Art. 3 Nr. 10 der VO Nr. 715/2007 dar. Diese Vorschrift ist weit und dahin auszulegen, dass auch eine in einen Rechner zur Motorsteuerung integrierte oder auf ihn einwirkende Software ein „Konstruktionsteil“ im Sinne dieser Bestimmung darstellt, soweit sie auf die Funktion des Emissionskontrollsystems einwirkt und dessen Wirksamkeit verringert (vgl. EuGH, Urteil vom 17.12.2020 – C-693/18 – (CLCV u.a.), NJW 2021, S. 1216 Rn. 61 ff., 68, beck-online; Urteil vom 14. Juli 2022 – C-128/20 –, Rn. 36, juris; OLG Rostock, Urteil vom 31. Mai 2024 – 8 U 27/22 –, Rn. 75, juris; Schleswig-Holsteinisches Verwaltungsgericht, Urteil vom 23. Mai 2023 – 3 A 3/20 –, Rn. 232, juris).
Der Kläger hat aber vorliegend nicht hinreichend dargelegt, dass diese Steuerungsfunktion die Wirksamkeit des Emissionskontrollsystems unter Bedingungen, die bei normalem Fahrzeugbetrieb vernünftigerweise zu erwarten sind, einschränkte. Der Kläger hat insbesondere keine konkreten Steuerungszusammenhänge dargelegt, also nicht vorgetragen, bei welchen Drehzahlen und Lastzuständen und ggf. in welchem Umfang die Abgasrückführungsrate verändert werde. Ausgehend von dem Vortrag des Klägers muss aber unterstellt werden, dass die angeführte last- und drehzahlabhängige Steuerung der Abgasrückführungsrate in jeder Phase des Fahrzeugbetriebes und mithin auch während der Messung der Stickoxidemissionen im Prüfstand (hier im WLTP) zum Einsatz kommt. Der Verordnung (EG) Nr. 715/2007 lässt sich aber nicht entnehmen, dass bereits eine solche Steuerung, soweit sie auch vorübergehende Absenkungen der Abgasrückführung umfasst, von vornherein unzulässig wäre, mithin also ausschließlich eine statische Abgasrückführung zulässig wäre. Die regulatorische Vorgabe, dass in einem Prüfzyklus ein bestimmter Durchschnittswert nicht überschritten werden darf, bringt es vielmehr mit sich, dass einzelne Emissionsspitzen einer Zulassung nicht im Wege stehen. Soweit also während des Prüfzyklus eine Abgasrückführungsrate situationsbedingt abgesenkt wird, gleichwohl aber im Ergebnis die durchschnittlichen Emissionsgrenzwerte eingehalten werden, steht diese temporäre Absenkung der AGR-Rate weder der Zulassung entgegen noch kann sie, soweit diese Steuerung auch im Realbetrieb zur Anwendung kommt, als Abschalteinrichtung angesehen werden.
Daneben soll das korrespondierende Verbot von Abschalteinrichtungen sicherstellen, dass diejenige Emissionsreduktionstechnik, die im Prüfzyklus zur Einhaltung des

Grenzwertes für die durchschnittlichen Emissionen pro Kilometer führt, auch im Realbetrieb uneingeschränkt fortgesetzt wird. Dass gegen diese Vorgabe verstoßen worden

wäre, also eine Emissionsreduktionstechnik unter im Unionsgebiet üblichen Fahrbedingungen zur Anwendung käme, die in ihrer Wirksamkeit hinter derjenigen, die Gegenstand der Zulassungsprüfung war, zurückbliebe, ist aber trotz des Hinweises des Senats nicht dargelegt worden. Der bloße Umstand, dass eine dynamische Steuerungstechnik, der situative Absenkungen der Abgasrückführung inhärent sind, auch im Realbetrieb fortgesetzt wird, stellt aber noch keine Abschalteinrichtung dar (so wohl auch Schleswig-Holsteinisches Verwaltungsgericht, Urteil vom 20. Februar 2023 – 3 A 113/18 –, Rn. 416 f., juris; OLG Hamm, Urteil vom 21. November 2023 – I-19 U 281/21 –, Rn. 44, juris; anders dagegen; OLG Düsseldorf, Urteil vom 12. März 2024 – I-13 U 113/21 –, Rn. 25, juris; offen gelassen von OLG Karlsruhe, Urteil vom 30. April 2024 – 8 U 377/22 –, Rn. 15, juris).
dd) Dagegen stellt die Absenkung der Abgasrückführung abhängig vom Umgebungsdruck eine Abschalteinrichtung dar.
Die Beklagte hat das Vorbringen des Klägers, dass die Abgasrückführung ab einer Höhe von 1.000m jedenfalls gemindert werde, nicht in Abrede gestellt. Sie hat auf diesen Vortrag und den Hinweis des Senats hin klargestellt, dass die Motorsteuerung zwar nicht die Höhenmeter, in denen das Fahrzeug betrieben wird, erfasse, wohl aber den Umgebungsdruck und damit die Dichte der Außenluft. Sie hat im Übrigen vorgetragen, dass unter Umgebungsdruckbedingungen, wie sie in 1.000m Höhe regelmäßig herrschen, noch keine vollständige „Abrampung“, d.h. Deaktivierung der Abgasrückführung, stattfinde. Damit hat die Beklagte aber eine Minderung der Abgasrückführung bei Umgebungsdruckbedingungen, wie sie bereits ab 1.000 m Höhe herrschen, nicht in Abrede gestellt.
Dieses unstreitige Vorbringen hat der Senat der Berufungsentscheidung ungeachtet der Frage, ob es sich um neues Vorbringen handelt, zu Grunde zu legen (vgl. BGH, Beschluss vom 23. Juni 2008 – GSZ 1/08 –, BGHZ 177, 212-217, Rn. 10). Auch für eine Präklusion ist in diesem Fall kein Raum.
In diesem Steuerungselement liegt aber entgegen der Auffassung der Beklagten eine Abschalteinrichtung im Sinne des Art. 3 Nr. 10 der VO (EG) Nr. 715/2007.
(1) Wiederum stellt die Motorsteuerungssoftware, die eine Reduzierung der Abgasrückführung bei einem bestimmten Umgebungsdruck bewirkt, ein Konstruktionsteil im Sinne des Art. 3 Nr. 10 der VO Nr. 715/2007 dar.

(2) Diese Steuerungsfunktion schränkt die Wirksamkeit des Emissionskontrollsystems unter Bedingungen, die bei normalem Fahrzeugbetrieb vernünftigerweise zu erwarten sind, auch ein.
Der Begriff des Emissionskontrollsystems im Sinne des Art. 3 Nr. 10 der VO Nr. 715/2007 umfasst sowohl die Technologien und die Strategie der Nachbehandlung von Abgasen, mit denen die Emissionen nach ihrer Entstehung verringert werden, als auch diejenigen, mit denen – wie mit dem AGR-System – die Emissionen im Vorhinein, das heißt bei ihrer Entstehung, verringert werden (vgl. EuGH, Urteil vom 17.12.2020 – Rs. C-693/18 (CLCV u.a.), NJW 2021, S. 1216 Rn. 69 ff., 90, beck-online; OLG Rostock, Urteil vom 31. Mai 2024 – 8 U 27/22 –, Rn. 76, juris; Schles-wig-Holsteinisches Verwaltungsgericht, Urteil vom 23. Mai 2023 – 3 A 3/20 –, Rn. 233, juris).
Auch eine Verringerung der Wirksamkeit dieses Emissionskontrollsystems liegt vor. Hierbei kommt es auf die Wirksamkeit des Emissionskontrollsystems „unter Bedingun-

gen, die bei normalem Fahrzeugbetrieb vernünftigerweise zu erwarten sind“ an (vgl. EuGH, Urteil vom 14. Juli 2022 – C-128/20 –, Rn. 37, juris). Die Nutzung von Fahrzeugen in Höhen von über 1.000 m über dem Meeresspiegel gehört zu den im Unionsgebiet üblichen Bedingungen (vgl. EuGH, Urteil vom 14. Juli 2022 – C-128/20 –, Rn. 44, juris; OLG Karlsruhe, Urteil vom 7. Mai 2024 – 8 U 8/22 –, Rn. 62, juris).
Dass die Reduzierung oder Abschaltung der Abgasrückführung zu einer Minderung der Wirksamkeit des Emissionskontrollsystems führt, ist zunächst zu vermuten. Unstreitig stellt die Abgasrückführung eine Technik dar, um eine Entstehung von Stickoxiden bei der Verbrennung von Dieselkraftstoff zu verhindern. Es drängt sich daher ohne Weiteres auf, dass eine Absenkung der Abgasrückführung dazu führt, dass mehr Stickoxide entstehen, mithin also die Wirksamkeit des Gesamtsystems verringert wird (so auch OLG Karlsruhe, Urteil vom 7. Mai 2024 – 8 U 8/22 –, Rn. 62, juris). Dass diese Verringerung der Abgasrückführung keinerlei Einfluss auf die Wirksamkeit des Emissionskontrollsystems insgesamt hätte oder dass ein solcher Einfluss auf andere Weise kompensiert werden würde, hat die Beklagte nicht dargelegt. Den Hersteller trifft aber eine sekundäre Darlegungslast, wenn er geltend machen will, dass ein auf das Emissionskontrollsystem einwirkendes Konstruktionsteil nicht zu einer Verringerung der Wirksamkeit des Gesamtsystems führt (vgl. OLG Karlsruhe, Urteil vom 7. Mai 2024 – 8 U 8/22 –, Rn. 44, juris; so wohl auch OLG München, Urteil vom 22. Dezember 2023 – 13 U 892/21 – , Rn. 68, juris).

Der von der Beklagten angeführte Umstand, dass es eine physikalische Notwendigkeit darstelle, die Abgasrückführung bei sinkendem Luftdruck zu mindern, vermag nichts daran zu ändern, dass es sich um eine Abschalteinrichtung handelt. Es mag zutreffen, dass bei abnehmendem Luftdruck die Sauerstoffkonzentration abnimmt und damit mehr Luft in den Brennraum einzubringen ist, um eine gleichbleibende Verbrennung zu ermöglichen. Selbst wenn dieser Umstand es erforderte, die Abgasrückführung abzusenken, um ein höheres Luftvolumen zuführen zu können, ändert dies nichts daran, dass eine solche Steuerung als Abschalteinrichtung anzusehen ist.
Auch soweit die Beklagte anführt, dass eine Fahrt in unterschiedlicher Höhe unterschiedliche „Betriebspunkte“ darstellte und eine Abschalteinrichtung nur dort vorliege, wo eine Verringerung der Wirksamkeit des Emissionskontrollsystems bei demselben Betriebspunkt erfolge, vermag dies die Wertung nicht zu beeinflussen. Die Regelung des Art. 3 Nr. 10 der VO (EG) Nr. 715/2007 sowie das korrespondierende Verbot der Abschalteinrichtungen in Art. 5 Abs. 2 der VO (EG) Nr. 715/2007 sehen eine solche Unterscheidung nach „Betriebspunkten“ nicht vor. Auch sonst ist den Vorschriften der Verordnung ein solches Verständnis nicht zu entnehmen. Vielmehr ist die Wirksamkeit des Emissionskontrollsystems durchgängig bei den im Unionsgebiet üblichen Fahrbedingungen zu gewährleisten. Sollte dies physikalisch nicht möglich sein, führt dies keineswegs zum Dispens von der Einhaltung der in der Verordnung enthaltenen Umweltschutzvorschriften.
Im Übrigen schließt sich der Senat der Auffassung an, dass die Argumentation der Beklagten auch aus anderem Grund nicht überzeugend ist. Folgte man ihr, läge die Definition, ob eine Abschalteinrichtung vorliegt oder nicht, stets in der Hand des Fahrzeugherstellers. Es entspricht aber dem Wesen und Kerngehalt des Verbots von Abschalteinrichtungen aus Art. 5 Abs. 2 Satz 1 VO (EG) 715/2007, dass die Wirksamkeit des Emissionskontrollsystems unter Bedingungen, die bei normalem Fahrzeugbetrieb zu erwarten sind, und damit bei anderen Bedingungen als solchen des Prüfstands, nicht verringert wird. Das Verbot von Abschalteinrichtungen soll gerade sicherstellen, dass die Emissionskontrollsysteme bei anderen Betriebsbedingungen, wie sie außerhalb des Prüfstands im normalen Fahrzeugbetrieb anzutreffen sind, genauso wirksam sind wie

auf dem Prüfstand. Damit ist die Auffassung der Beklagten nicht vereinbar (vgl. OLG Karlsruhe, Urteil vom 30. April 2024 – 8 U 377/22 –, Rn. 13, juris).
ee) Soweit der Kläger darüber hinaus anführt, dass auch eine Steuerung der Abgasrückführung anhand innermotorischer Temperarturwerte erfolge und deren Messung

zumindest mittelbar von der Außentemperatur abhängig sei, so ist damit aber für sich genommen noch keine Abschalteinrichtung schlüssig dargelegt. Die bloße Steuerung der Abgasrückführung anhand der Temperatur innermotorischer Bauteile oder Gasströme führt noch nicht ohne Weiteres dazu, dass eine Abschalteinrichtung anzunehmen ist. Wiederum hat der Kläger nicht hinreichend dargelegt, dass eine solche Steuerung nur außerhalb des Prüfzyklusses griffe oder aber dass diese Steuerung im Realbetrieb gegenüber dem Prüfstandsbetrieb verändert werde. Zwar käme eine Abschalteinrichtung in Betracht, wenn feststünde, dass bei bestimmten Außentemperaturen außerhalb des Temperaturbereiches des Prüfstandes eine Minderung der Abgasrückführung typischerweise über die mittelbare Beeinflussung innermotorisch gemessener Temperaturen erfolgte. Dass dies hier der Fall wäre, ist aber nicht substantiiert vorgetragen. Soweit der Kläger auf Vortrag der Beklagten in anderen Verfahren Bezug nimmt, so wird darin nur die Möglichkeit eines solchen Zusammenhangs vorgetragen. Soweit der Kläger zudem Entscheidungen des OLG Karlsruhe in Bezug nimmt, so ergibt sich daraus nicht, welche Fahrzeuge in Rede standen. Außerdem sind die dortigen Ausführungen zu den Rückschlüssen aus vorgelegten Messungen auf Motoren der Emissionsklasse 5 bezogen, so dass die dortigen Erkenntnisse nicht ohne Weiteres auf das hier in Rede stehende Fahrzeug übertragen werden können. Im Übrigen käme einer solchen Minderung der Abgasrückführung in mittelbarer Abhängigkeit zur Außentemperatur gegenüber der unstreitigen Höhenabschaltung auch kein solches Gewicht zu, dass ihrem Vorliegen ein signifikanter Einfluss auf die Höhe eines Schadensersatzanspruches zukäme.
c) Die Minderung der Abgasrückführung in Abhängigkeit zum Umgebungsdruck ist auch nicht ausnahmsweise zulässig.
aa) Gemäß Art. 5 Abs. 2 lit. a) der VO (EG) Nr. 715/2007 ist eine Abschalteinrichtung ausnahmsweise zulässig, wenn sie notwendig ist, um den Motor vor Beschädigung oder Unfall zu schützen und um den sicheren Betrieb des Fahrzeugs zu gewährleisten. Dieser Ausnahmetatbestand ist eng auszulegen (vgl. EuGH, Urteil vom 14. Juli 2022 – C-128/20 –, Rn. 50, juris; Urteil vom 21. März 2023 – C-100/21 –, Rn. 61, juris). Verschmutzung und Verschleiß des Motors können auch mit Rücksicht auf die Ziele der Verordnung nicht als „Beschädigung“ oder „Unfall“ im Sinne der genannten Bestimmung angesehen werden, denn sie sind vorhersehbar und der normalen Funktionsweise des Fahrzeugs inhärent (vgl. EuGH, Urteil vom 14. Juli 2022 – C-128/20 –, Rn. 54 f., juris; Urteil vom 21. März 2023 – C-100/21 –, Rn. 63, juris). Mit den Zielen der

Verordnung unvereinbar wäre es auch, eine Abschalteinrichtung allein deshalb zuzulassen, weil z. B. die Kosten für die Forschung hoch sind, die technische Ausrüstung teuer ist oder für den Nutzer häufigere und kostspieligere Wartungsarbeiten am Fahrzeug anfallen (vgl. EuGH, Urteil vom 14. Juli 2022 – C-128/20 –, Rn. 68, juris).
Daher kann eine Abschalteinrichtung nur dann ausnahmsweise zulässig sein, wenn nachgewiesen ist, dass diese Einrichtung ausschließlich notwendig ist, um die durch eine Fehlfunktion eines Bauteils des Abgasrückführungssystems verursachten unmittelbaren Risiken für den Motor in Form von Beschädigung oder Unfall zu vermeiden, und diese Risiken derart schwer wiegen, dass sie eine konkrete Gefahr beim Betrieb

des mit dieser Einrichtung ausgestatteten Fahrzeugs darstellen (EuGH, a. a. O., Rn. 64). Auch würde 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 wäre, offensichtlich dem mit dieser Verordnung 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 NOx-Emissionen von Fahrzeugen führen (vgl. EuGH, Urteil vom 14. Juli 2022 – C-128/20 –, Rn. 63, juris; Urteil vom 21. März 2023 – C-100/21 –, Rn. 65, juris).
Eine Abschalteinrichtung ist im Übrigen nur dann „notwendig“ im Sinne der Verordnung, 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 (EuGH, Urteil vom 14. Juli 2022 – C-128/20 –, Rn. 69, juris).
Dem Hersteller obliegt die Darlegungs- und Beweislast dafür, dass eine festgestellte Abschalteinrichtung zulässig ist. Das ergibt sich aus dem Regel-Ausnahme-Verhältnis des Art. 5 Abs. 2 der VO (EG) Nr. 715/2007 (vgl. BGH, Urteil vom 26. Juni 2023 – VIa ZR 335/21 –, BGHZ 237, 245-280, Rn. 54).
bb) Ausgehend von diesen Maßstäben hat die Beklagte nicht schlüssig dargelegt, dass die Minderung der Abgasrückführung bei Fahrten ab einer bestimmten Höhe über dem Meeresspiegel ausnahmsweise zulässig ist.
Hierzu trägt die Beklagte vor, dass im Fall gleichbleibender Abgasrückführungsrate bei sinkendem Umgebungsdruck der Turbolader ein höheres Druckverhältnis erzeugen müsse, um die für die Verbrennung benötigte Frischluft bereitzustellen. Dies verlange,

dass der Turbolader mit immer höheren Drehzahlen arbeite. Bei zu hohen Drehzahlen könne er aber seine Funktion verlieren oder aber wegen Materialüberlastung einen Defekt erleiden, der den gesamten Motor in Mitleidenschaft ziehen könne. Auch dieses Vorbringen vermag eine Zulässigkeit der Abschalteinrichtung nicht zu belegen. Dasselbe gilt für das Vorbringen, dass eine Verbrennung bei gleichbleibender AGR-Rate bei sinkendem Luftdruck (und geringerer Frischluftmasse) zu einem höheren Rußausstoß mit Risiken für den Partikelfilter in Form eines Brandes führe.
Soweit die Beklagte vorträgt, der Turbolader könne nur bis zu einer bestimmten Drehzahl zuverlässig seine Funktion erfüllen, zeigt dies allenfalls eine Untauglichkeit des Bauteiles auf, nicht aber die Notwendigkeit, die Abgasrückführung zum Motorschutz und zum sicheren Betrieb des Fahrzeuges zu mindern.
Soweit die Beklagte vorträgt, dass der Turbolader bei zu hoher Leistungsanforderung einen Defekt erleiden könnte und dieser auch den Motor in Mitleidenschaft ziehen könne, ist ebenfalls bereits zweifelhaft, ob damit bereits auch die Erforderlichkeit der Abschalteinrichtung zum sicheren Betrieb des Fahrzeuges dargetan ist. Jedenfalls fehlt es aber an einer plausiblen Darstellung, weshalb bei Erteilung der Typengenehmigung keine andere technische Lösung geeignet war, die behaupteten Risiken für den Motor in Form von Beschädigung oder Unfall, die beim Fahren eines Fahrzeugs eine konkrete Gefahr hervorrufen, abzuwenden. So zeigt die Beklagte bereits nicht auf, inwieweit es nicht möglich sein sollte, den Turbolader oder auch den Motor mit begrenzter Leistung zu betreiben (vgl. OLG Karlsruhe, Urteil vom 12. März 2024 – 8 U 397/22 –, Rn. 40, juris; Urteil vom 30. April 2024 – 8 U 377/22 –, Rn. 20, juris). Allein das Argument, dass Überholvorgänge eine hohe Leistung verlangten, vermag die Einhaltung von Umweltschutzvorschriften jedenfalls nicht entbehrlich zu machen.
Auch trägt die Beklagte nichts dazu vor, dass die von ihr beschriebenen Bauteile nicht

so konstruiert werden können, dass es bei verändertem Umgebungsdruck zu ihrem Schutz schon keiner Reduzierung der Abgasrückführung bedarf (vgl. OLG Karlsruhe, Urteil vom 30. April 2024 – 8 U 377/22 –, Rn. 20, juris). Ebenso fehlt jede Darstellung, weshalb kein verstärkter Einsatz des SCR-Katalysators zum Ausgleich der reduzierten Abgasrückführungsrate erfolgt (vgl. OLG Karlsruhe, Urteil vom 12. März 2024 – 8 U 397/22 –, Rn. 40, juris).
Schließlich führt die von der Beklagten gewählte Ausgestaltung dazu, dass die Abgasrückführung in einer Höhe über dem Meeresspiegel, die in einigen Regionen der Euro-

päischen Union die typischen Bedingungen darstellen, durchgängig in ihrer Wirksamkeit gemindert ist. Eine solche Ausgestaltung ist aber von vornherein nicht rechtfertigungsfähig.
2. Die Erwerbskausalität liegt vor. Regelmäßig kann sich der Erwerber eines Fahrzeuges bei der Inanspruchnahme des Herstellers nach § 823 Abs. 2 BGB in Verbindung mit § 6 Abs. 1, § 27 Abs. 1 EG-FGV auf den Erfahrungssatz stützen, dass er den Kaufvertrag zu diesem Kaufpreis nicht geschlossen hätte, wenn er Kenntnis von der dem Fahrzeug anhaftenden Stilllegungsgefahr gehabt hätte. Dabei kommt es auch nicht auf eine Kenntnis von der konkreten Übereinstimmungsbescheinigung an. Der Käufer eines Fahrzeuges geht typischerweise davon aus, dass der Hersteller für das erworbene Fahrzeug eine Übereinstimmungsbescheinigung ausgegeben hat und dass diese die gesetzlich vorgesehene Übereinstimmung mit allen maßgebenden Rechtsakten richtig ausweist (BGH, Urteil vom 26. Juni 2023 – VIa ZR 335/21 –, BGHZ 237, 245-280, Rn. 55 f.).
Die Anwendung dieses Erfahrungssatzes kann aber dann in Frage stehen, wenn der Fahrzeughersteller vor Abschluss des Kaufvertrages sein Verhalten geändert und die Ausrüstung der in Rede stehenden Fahrzeuge mit einer unzulässigen Abschalteinrichtung in einer Art und Weise bekannt gegeben hat, die einem objektiven Dritten die mit dem Kauf eines solchen Kraftfahrzeugs verbundenen Risiken verdeutlichen muss. Dies darzulegen und zu beweisen ist wiederum Sache des Fahrzeugherstellers (BGH, Urteil vom 26. Juni 2023 – VIa ZR 335/21 –, BGHZ 237, 245-280, Rn. 57).
Eine solche Verhaltensänderung hat die Beklagte nicht dargelegt. Sie liegt auch nicht darin, dass die Beklagte die umgebungsdruckabhängige Steuerung gegenüber der Typengenehmigungsbehörde in den Erläuterungen ihrer Emissionsminderungsstrategien offengelegt haben will. Denn damit geht keineswegs einher, dass Dritte in der Rolle als mögliche Erwerber des Fahrzeuges über die rechtlichen Risiken, die mit dem Erwerb eines Fahrzeuges mit einem Motor der Baureihe EA 288 verbunden sind, aufgeklärt worden wären. Erklärungen gegenüber der Typengenehmigungsbehörde, die ihrerseits zum Stillschweigen verpflichtet ist, sind nicht geeignet, die Erwerbskausalität in Frage zu stellen. Dies kommt nur dann in Betracht, wenn ein Verhalten des Herstellers in Rede steht, das von einem objektiven Dritten in der Rolle des Fahrzeugerwerbers wahrgenommen werden kann (so im Ergebnis auch OLG München, Urteil vom 22. Dezember 2023 – 13 U 892/21 –, Rn. 84, juris).
3. Dass die Beklagte fahrlässig gehandelt hat, wird vermutet.

a) Zwar trifft hinsichtlich des Verschuldens als anspruchsbegründender Voraussetzung gemäß § 823 Abs. 2 BGB gewöhnlich den Anspruchsteller die Darlegungs- und Beweislast. Jedoch muss derjenige, der objektiv ein Schutzgesetz verletzt hat, Umstände darlegen und erforderlichenfalls beweisen, die geeignet sind, die daraus folgende Annahme seines Verschuldens in Form einer Fahrlässigkeit auszuräumen. Insofern be-

steht eine von der objektiven Schutzgesetzverletzung ausgehende Verschuldensvermutung. Dementsprechend muss der Fahrzeughersteller, wenn er eine Übereinstimmungsbescheinigung trotz der Verwendung einer unzulässigen Abschalteinrichtung ausgegeben und dadurch § 6 Abs. 1, § 27 Abs. 1 EG-FGV verletzt hat, Umstände darlegen und beweisen, die sein Verhalten ausnahmsweise nicht als fahrlässig erscheinen lassen (vgl. BGH, Urteil vom 26. Juni 2023 – VIa ZR 335/21 –, BGHZ 237, 245-280, Rn. 59).
b) Ausgehend hiervon ist das Verschulden der Beklagten zu vermuten. Vorliegend ist die Vermutung auch nicht widerlegt, weil die Beklagte im maßgeblichen Zeitpunkt des Abschlusses des Kaufvertrages die umgebungsdruckabhängige Steuerung der Abgasrückführung potentiellen Käufern bekannt gemacht und Maßnahmen zur Beseitigung der darin liegenden Abschalteinrichtung ergriffen hätte (vgl. dazu BGH, Urteil vom 26. Juni 2023 – VIa ZR 335/21 –, BGHZ 237, 245-280, Rn. 61).
c) Die Beklagte hat auch nicht vorgetragen, dass sie einem unvermeidbaren Verbotsirrtum unterlegen wäre.
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. 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 (vgl. BGH, Urteil vom 26. Juni 2023 – VIa ZR 335/21 –, BGHZ 237, 245-280, Rn. 63 m.w.N.).
Das setzt zunächst die Darlegung und erforderlichenfalls den Nachweis eines Rechtsirrtums seitens des Fahrzeugherstellers voraus (vgl. BGH, Urteil vom 25. September 2023 – VIa ZR 1/23 –, Rn. 14, juris; Urteil vom 27. November 2023 – VIa ZR 1425/22 –, Rn. 32, juris). Der Fahrzeughersteller muss darlegen und beweisen, dass sich sämtliche

seiner verfassungsmäßig berufenen Vertreter im Sinne des § 31 BGB über die Rechtmäßigkeit der festgestellten Abschalteinrichtung mit allen für die Prüfung nach Art. 5 Abs. 2 der VO (EG) Nr. 715/2007 bedeutsamen Einzelheiten im maßgeblichen Zeitpunkt im Irrtum befanden oder im Falle einer Ressortaufteilung den damit verbundenen Pflichten genügten (vgl. BGH, Urteil vom 25. September 2023 – VIa ZR 1/23 –, Rn. 14, juris). Das Vorhandensein einer EG-Typgenehmigung oder die Ermittlung einer hypothetischen Genehmigung der zuständigen Typgenehmigungsbehörde betrifft dagegen nicht den Verbotsirrtum als solchen, sondern dessen Unvermeidbarkeit. Die Verneinung eines Verschuldens unter dem Gesichtspunkt eines unvermeidbaren Verbotsirrtums und gestützt auf Äußerungen der zuständigen Typgenehmigungsbehörde setzt zunächst einen Irrtum der Beklagten voraus (vgl. BGH, Urteil vom 27. November 2023 – VIa ZR 1425/22 –, Rn. 32, juris; vgl. auch BGH, Urteil vom 12. März 2024 – VIa ZR 635/23 –, Rn. 15, juris; Urteil vom 16. April 2024 – VIa ZR 1080/22 –, Rn. 12, juris).
bb) Dass sich die verfassungsmäßig berufenen Vertreter der Beklagten im Zeitpunkt des Kaufvertragsabschlusses mit allen für die Prüfung nach Art. 5 Abs. 2 der VO (EG) Nr. 715/2007 bedeutsamen Einzelheiten im Irrtum befanden oder im Falle einer Ressortaufteilung den damit verbundenen Pflichten genügt hätten, behauptet die Beklagte mit Blick auf die Höhenabschaltung nicht.
4. Der Kläger hat auch einen Vermögensschaden erlitten.
a) Ein Vermögensschaden des Käufers im Sinne der Differenzhypothese liegt in dem Betrag, um den er den Kaufgegenstand mit Rücksicht auf die mit der unzulässigen Abschalteinrichtung verbundenen Risiken zu teuer erworben hat (vgl. BGH, Urteil vom 26.

Juni 2023 – VIa ZR 335/21 –, BGHZ 237, 245-280, Rn. 40).
Da dem Erwerber wegen der unzulässigen Abschalteinrichtungen Maßnahmen bis hin zu einer Betriebsbeschränkung oder -untersagung durch die Zulassungsbehörde gemäß § 5 Abs. 1 FZV drohen, steht die zweckentsprechende Nutzung des erworbenen Fahrzeugs in Frage. Die damit einhergehende, zeitlich nicht absehbare Unsicherheit, das erworbene Kraftfahrzeug jederzeit seinem Zweck entsprechend nutzen zu dürfen, setzt den objektiven Wert des Kaufgegenstands im maßgeblichen Zeitpunkt der Vertrauensinvestition des Klägers bei Abschluss des Kaufvertrags herab, weil schon in der Gebrauchsmöglichkeit als solcher ein geldwerter Vorteil liegt (vgl. BGH, Urteil vom 26. Juni 2023 – VIa ZR 335/21 –, BGHZ 237, 245-280, Rn. 41). An einem solchen Schaden fehlt es auch nicht deshalb, weil es bisher noch nicht zu Einschränkungen der Nutzbarkeit gekommen ist und weil das Kraftfahrtbundesamt Motoren der Baureihe EA 288

zwar geprüft, aber bisher von der Veranlassung eines Rückrufs oder anderen einschränkenden Maßnahmen abgesehen hat. Denn mit Rücksicht auf den geldwerten Vorteil der jederzeitigen Verfügbarkeit eines Kraftfahrzeugs genügt schon die rechtliche Möglichkeit einer Nutzungsbeschränkung, die mit der Verwendung einer unzulässigen Abschalteinrichtung gegeben ist. Für die Schadensentstehung ist der Zeitpunkt des Vertragsschlusses maßgebend, so dass späteren Maßnahmen des Kraftfahrtbundesamtes schon deshalb keine Bedeutung mehr zukommen kann (BGH, Urteil vom 26. Juni 2023 – VIa ZR 335/21 –, BGHZ 237, 245-280, Rn. 42).
Bei der gebotenen Schätzung des Schadens, der sich innerhalb eines Rahmens von 5% bis 15% des gezahlten Kaufpreises bewegt (vgl. BGH, Urteil vom 26. Juni 2023 – VIa ZR 335/21 –, BGHZ 237, 245-280, Rn. 73 ff.), 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. 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. Darüber 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 (vgl. BGH, Urteil vom 26. Juni 2023 – VIa ZR 335/21 –, BGHZ 237, 245-280, Rn. 76 - 77).
b) Ausgehend hiervon ist der Schaden des Klägers auf 2.570 € zu schätzen. Auch wenn das Kraftfahrtbundesamt bisher keine Maßnahmen ergriffen hat, sind Betriebsbeschränkungen nicht ausgeschlossen. Es ist bisher auch nicht ersichtlich, dass diese Gefahr mit einfachen Mitteln abgewendet werden könnte. Vorliegend steht zwar nur ein fahrlässiger Verstoß gegen das Verbot der Verwendung von Abschalteinrichtungen in Rede. Jedoch offenbart sich auch die Haltung der Beklagten, die Einhaltung von Umweltschutzvorschriften und das unionsrechtliche Ziel der Minderung der Stickoxidemissionen als nachrangig gegenüber technischen Schwierigkeiten anzusehen und technische Unzulänglichkeiten und Grenzen der von ihr entwickelten Fahrzeuge als Recht-

fertigung für die Nichtbeachtung von Umweltschutzvorschriften heranzuziehen. Insgesamt erscheint daher eine Bemessung des Schadens mit 10% des Kaufpreises als an-

gemessen.
cc) Dieser Schaden ist auch nicht vollständig aufgezehrt. 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. 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 (BGH, Urteil vom 26. Juni 2023 – VIa ZR 335/21 –, BGHZ 237, 245-280, Rn. 80).
(1) Der tatsächliche Wert des Fahrzeuges betrug bei Vertragsabschluss 23.130 €.
(2) Die Summe aus dem Wert der gezogenen Nutzungen und dem Restwert des Fahrzeuges beträgt 23.652,88 €.
Der Wert gezogener Nutzungen bemisst sich bei Anwendung der linearen Berechnungsmethode nach der Formel „Nutzungsvorteil gleich Bruttokaufpreis multipliziert mit der seit Erwerb gefahrenen Strecke geteilt durch die erwartete Restlaufleistung im Erwerbszeitpunkt“ (vgl. auch Hanseatisches Oberlandesgericht in Bremen, Beschluss vom 24. April 2024 – 1 U 69/22 –, Rn. 46, juris; der BGH hat eine solche Berechnung gebilligt, vgl. BGH, Urteil vom 30. Juli 2020 – VI ZR 354/19 –, BGHZ 226, 322-329, Rn. 13; Urteil vom 24. Januar 2022 – VIa ZR 100/21 –, Rn. 24, juris). Der Senat schätzt die zu erwartende Gesamtlaufleistung von Pkw mit Dieselmotoren, soweit wie hier nicht besondere Umstände vorliegen, auf 250.000 Km. Bei Anwendung dieser Formel ist der Wert der gezogenen Nutzungen auf 9.352,88 € zu schätzen.
Der Restwert des Fahrzeuges im Zeitpunkt der letzten mündlichen Verhandlung ist auf 14.300 € zu schätzen. Als maßgebliche Schätzgrundlage kommt derjenige Wert in Betracht, den der Fahrzeugeigentümer durch Inzahlunggabe bei einem seriösen Fahrzeughändler zu erlösen vermag (vgl. OLG Karlsruhe, Urteil vom 24. Juli 2024 – 4 U 98/22 –, Rn. 49, juris) und der sich etwa anhand einschlägiger Händlereinkaufspreisdatenbanken – wie die der DAT Deutsche Automobil Treuhand GmbH (DAT) – ermitteln

lässt. Soweit besondere Umstände (wie Sonderausstattungen oder Mängel des Fahrzeuges) wie hier nicht dargelegt werden, stellt die Schätzung des Händlereinkaufspreises der DAT eine tragfähige Schätzgrundlage dar.
Die unmittelbar vor der letzten mündlichen Verhandlung abgerufene Einschätzung des Händlereinkaufspreises des streitgegenständlichen Fahrzeuges der Deutsche Automobil Treuhand GmbH hat bei einem nur geringfügig niedrigeren Km-Stand von 106.567 einen Wert von 14.300 € ergeben.
Die Summe aus gezogenen Nutzungen und Restwert beträgt 23.652,88 €. Sie übersteigt den tatsächlichen Wert des Fahrzeuges um 522,88 €; dieser Wert ist anzurechnen auf den Schaden, so dass ein Anspruch in Höhe von 2.047,12 € verbleibt.
5. Der Anspruch auf Zahlung von Rechtshängigkeitszinsen ergibt sich aus §§ 291, 288 Abs. 1 S. 2 BGB.
In diesem Umfang ist die Klage begründet, so dass auf die Berufung des Klägers hin das angefochtene Urteil abzuändern und der Klage im tenorierten Umfang stattzugeben war. Im weitergehenden Umfang war die Klage unter Zurückweisung der weitergehenden Berufung abzuweisen.
III.
1. Die Kostenentscheidung beruht auf §§ 92 Abs. 1, 97 Abs. 1, 269 Abs. 3 S. 2 ZPO.
Die einheitlich zutreffende Kostenentscheidung war allerdings nicht im Wege der Quotierung zu treffen, da der Kläger in der Berufungsinstanz die Klage vor der mündlichen

Verhandlung beschränkt hat. In einem solchen Fall ist zu berücksichtigen, dass die teilweise Rücknahme der Klage (hier im Wege der teilweisen Rücknahme der Berufung gegen die Klageabweisung) vor Beginn der mündlichen Verhandlung zwar die Gerichtsgebühren unberührt lässt, dass aber die Terminsgebühren der Prozessbevollmächtigten nur noch auf den reduzierten Streitwert anfallen. Dieser Kostenvorteil ist dem Kläger zu erhalten. Die Kostenquote ist in einem solchen Fall dadurch zu ermitteln, dass die Mehrkosten, die auf den zurückgenommenen Teil entfallen, errechnet und diese in das Verhältnis zu den tatsächlich entstandenen Kosten gesetzt werden (vgl. Schleswig-Holsteinisches Oberlandesgericht, Beschluss vom 4. April 2022 – 7 W 10/22 –, Rn. 6, juris). Dabei sind zunächst die tatsächlich entstandenen Prozesskosten zu ermitteln. Diese sind denjenigen Kosten gegenüberzustellen, die der Kläger zu tragen gehabt hätte, wenn er den Rechtsstreit von vornherein nur in der Höhe geführt hätte, auf den er den Betrag im Verlauf des Verfahrens reduziert hat.

Dies ergibt vorliegend folgende Berechnung:
a) Tatsächlich sind Gesamtkosten entstanden in Höhe von 12.294,66 €.
aa) In der 1. Instanz sind bei einem Streitwert von 24.279,65 € gerichtliche und außergerichtliche Kosten in Höhe von insgesamt 6.480,90 € entstanden. Die in 1. Instanz einseitig erklärte teilweise Erledigung in Höhe von 1.043,58 € hat sich kostenmäßig nicht ausgewirkt, da eine niedrigere Gebührenstufe noch nicht erreicht wurde.
bb) In 2. Instanz sind Gerichtsgebühren für einen Streitwert in Höhe von 23.236,07 €, mithin 1.644 € entstanden.
Als außergerichtliche Kosten für jeden Rechtsanwalt sind zunächst eine 1,6 Verfahrensgebühr auf einen Streitwert von 23.236,07 € in Höhe von je 1.398,40 € entstanden. Die 1,2 Terminsgebühr nebst Umsatzsteuer ist aber nur auf einen Streitwert von 3.855 € entstanden, mithin in Höhe von je 333,60 €. Setzt man Kostenpauschale und Umsatzsteuer (19%) hinzu, sind jeder Partei außergerichtliche Kosten in Höhe von 2.084,88 € in 2. Instanz entstanden. Die Prozesskosten in 2. Instanz betragen daher insgesamt 5.813,76 €.
Die Kosten des Rechtsstreits betragen tatsächlich daher 12.294,66 €.
b) Hätte der Kläger den Prozess sogleich in der reduzierten Höhe von 3.855 € geführt, wären insgesamt Kosten für 2 Instanzen in Höhe von 4.581,90 € entstanden. Die Mehrkosten nach Reduzierung der Klage betragen daher 7.712,76 €. Diese Mehrkosten hat der Kläger nach dem Veranlassungsprinzip gemäß § 269 Abs. 3 S. 2 ZPO (rechnerisch) allein zu tragen.
Hinzu kommen die Kosten wegen des Teilunterliegens bei reduziertem Streitwert (vgl. zu dieser Berechnung bei zusätzlichem Teilunterliegen nach Teilrücknahme Schleswig-Holsteinisches Oberlandesgericht, Beschluss vom 4. April 2022 – 7 W 10/22 –, Rn. 13, juris). Da der Kläger nur 2.047,12 € und mithin 53% von dem reduzierten Streitwert erstritten hat, entfallen 47% der Kosten aus reduziertem Streitwert auf ihn, mithin trägt der Kläger insoweit Kosten in Höhe von (rechnerisch) 2.153,49 €.
Die nach dieser Betrachtung vom Kläger zu tragenden Kosten betragen insgesamt 9.866,25 €. Von den Gesamtkosten in Höhe von 12.294,66 € entfallen daher 80% auf den Kläger. Ausgehend hiervon waren die Kosten auf die Parteien wie tenoriert zu verteilen.

2. Die Entscheidungen zur vorläufigen Vollstreckbarkeit beruhen auf §§ 708 Nr. 10, 711, 713, 544 Abs. 2 Nr. 1 ZPO.
Die Revision war nicht zuzulassen, da die Rechtssache keine grundsätzliche Bedeu-

tung hat und auch die Fortbildung des Rechts oder die Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung eine Entscheidung des Revisionsgerichts nicht erfordern (§ 543 Abs. 2 ZPO).
Die Streitwertfestsetzung folgt aus § 3 ZPO.

Dr. Pellegrino
Martin
Dr. Kramer