
Datum: 16.01.2026
Gericht: Oberlandesgericht Hamm
Spruchkörper: 12. Zivilsenat
Entscheidungsart: Urteil
Aktenzeichen: 12 U 150/22
ECLI: ECLI:DE:OLGHAM:2026:0116.12U150.22.00

Vorinstanz: Landgericht Dortmund, 1 O 141/19

Schlagworte: Diesel; EA 896 Gen. 2; Euro 5; SCR-Katalysator; unzulässige Abschalteinrichtung; Thermofenster; Differenzschaden; Abgasrückführung; AGR; Software-Update; Rückausnahme; Übereinstimmungsbescheinigung; EG-Typgenehmigung; Verschulden; Verbotsirrtum; vorgerichtliche Rechtsanwaltskosten; Aktivlegitimation; Erbengemeinschaft; gegenständliche Teilauseinandersetzung; Klageänderung; Abtretung; dolo agit

Normen: BGB §§ 826, 31; BGB § 823 Abs. 2; BGB § 398; BGB § 242; BGB § 2042; EG-FGV §§ 6 Abs. 1, 27 Abs. 1; ZPO §§ 533, 263, 264; EGV 715/2007 Art. 3 Nr. 10; EGV 715/2007 Art. 5 Abs. 2

Leitsätze:

1. Bei einem sog. Thermofenster, welches die Abgasrückführung (AGR) bei Umgebungslufttemperaturen unterhalb von +3° C und oberhalb von +37° C reduziert, handelt es sich um eine Abschalteinrichtung i. S. v. Art. 3 Nr. 10 der Verordnung (EG) Nr. 715/2007, die nach Art. 5 Abs. 2 Satz 1 der Verordnung (EG) Nr. 715/2007 grundsätzlich unzulässig ist, weil es sich hierbei um Temperaturen handelt, die bei normalem Fahrzeugbetrieb vernünftigerweise zu erwarten sind (Anschluss an VG Schleswig, Urteil vom 20.02.2023 – 3 A 113/18 und OVG Schleswig, Urteil vom 25.09.2025 – 4 LB 36/23).
2. Ein solches Thermofenster ist nicht nach Art. 5 Abs. 2 Satz 2 lit. a) der Verordnung (EG) Nr. 715/2007 ausnahmsweise zulässig, weil dies dazu führen würde, dass die Abschalteinrichtung unter normalen Betriebsbedingungen den überwiegenden Teil des Jahres aktiviert wäre.a)

Maßgeblich ist hierfür in zeitlicher Hinsicht, dass die Abschaltvorrichtung statistisch in mehr als sechs Monaten innerhalb eines Jahres bei durchgängigem Fahrbetrieb aktiviert würde, was schon dann der Fall ist, wenn die Aktivierung in sechs Monaten zuzüglich eines Tages erfolgt (Abgrenzung zu OVG Schleswig, Urteil vom 25.09.2025 – 4 LB 36/23).b) In räumlicher Hinsicht genügt es, wenn in nicht unwesentlichen Teilen der Europäischen Union die Abschaltvorrichtung den überwiegenden Teil des Jahres aktiviert wäre. Die Orientierung an einem für das gesamte Unionsgebiet geltenden Durchschnittswert kommt nicht in Betracht, weil hierdurch der in Art. 5 Abs. 2 Satz 1 der Verordnung (EG) Nr. 715/2007 aufgestellte Grundsatz des Verbots solcher Abschaltvorrichtungen in nicht unerheblichem Ausmaß konterkariert würde und mit den mit der Verordnung verfolgten Zielen und dem Grundsatz der Begrenzung der NOx-Emissionen nicht kompatibel wäre (Anschluss an OVG Schleswig, Urteil vom 25.09.2025 – 4 LB 36/23).

3. Ständen zum Zeitpunkt der Typgenehmigung (hier im Jahr 2013) bereits andere technische Möglichkeiten zur Aufrechterhaltung einer hohen AGR-Rate oder zur anderweitigen Stickoxidreduzierung bei besonders niedrigen und hohen Umgebungslufttemperaturen zur Verfügung, ist die Abschaltvorrichtung darüber hinaus schon nicht „notwendig“ im Sinne von Art. 5 Abs. 2 Satz 2 lit. a) der Verordnung (EG) Nr. 715/2007 (Anschluss an EuGH, Urteil vom 14.07.2022 – C-128/20).
 4. Auf einen unvermeidbaren Verbotsirrtum kann sich der Fahrzeughersteller nicht berufen, weil Art. 5 Abs. 2 Satz 2 der Verordnung (EG) Nr. 715/2007 keinen Zweifel daran lässt, dass Abschaltvorrichtungen, die die Wirkung von Emissionskontrollsystemen verringern, grundsätzlich unzulässig sind und der Gesichtspunkt des Motorschutzes Ausnahmen hiervon nur unter engen Voraussetzungen zulässt. Dass ein derartiger Ausnahmetatbestand daher nicht herangezogen werden kann, um die Abgasreinigung für den überwiegenden Teil des Jahres abzuschalten, liegt auf der Hand.
 5. Ein auf Erstattung vorgerichtlicher Rechtsanwaltskosten gerichteter Schadensersatzanspruch kommt nur dann in Betracht, wenn und soweit dem für den Geschädigten tätigen Rechtsanwalt ein entsprechender Honoraranspruch gegen seinen Mandanten zusteht. Das ist nicht der Fall, wenn der Mandant dem Honoraranspruch des Rechtsanwalts bezogen auf dessen außergerichtliche Tätigkeit einen Schadensersatzanspruch in gleicher Höhe entgegenhalten kann, welcher der Durchsetzung des Honoraranspruchs gem. § 242 BGB (dolo agit) entgegensteht (Anschluss an OLG Düsseldorf, Beschluss vom 28.04.2025 – 24 U 166/23).
-

Tenor:

Auf die Berufung der Klägerin wird das am 29.09.2022 verkündete Urteil der 1. Zivilkammer des Landgerichts Dortmund (Az. 1 O 141/19) unter Zurückweisung des weitergehenden Berufungsbegehrens teilweise abgeändert und insgesamt wie folgt neu gefasst:

Die Beklagte wird verurteilt, an die Klägerin 5.569,37 € nebst Zinsen in Höhe von fünf Prozentpunkten über dem jeweiligem Basiszinssatz seit dem 26.10.2019 zu zahlen. Im Übrigen wird die Klage abgewiesen.

Die Kosten des Rechtsstreits erster Instanz hat die Klägerin zu tragen. Die Kosten des Berufungsverfahrens werden der Klägerin zu 88 % und der Beklagten zu 12 % auferlegt.

Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar. Der jeweilige Vollstreckungsschuldner kann die Vollstreckung durch Sicherheitsleistung oder Hinterlegung in Höhe von 110 % des aufgrund des Urteils vollstreckbaren Betrages abwenden, sofern nicht der jeweilige Vollstreckungsgläubiger vor der Vollstreckung Sicherheit in Höhe von 110 % des jeweils zu vollstreckenden Betrages leistet.

Die Revision wird zugelassen.

Gründe:

1

I.

2

Die Klägerin nimmt die Beklagte aus übergegangenem Recht ihres am 00.00.2017 verstorbenen und von ihr zu ½ sowie den beiden gemeinsamen Kindern zu je ¼ beerbten Ehemannes (im Folgenden: Erblasser) auf Schadensersatz wegen der (behaupteten) Verwendung unzulässiger Abschaltvorrichtungen in einem Kraftfahrzeug in Anspruch.

3

Mit Vertrag vom 27.11.2013 kaufte der Erblasser bei der Fa. Z. GmbH & Co. KG in L. einen von der Beklagten hergestellten, neuen Pkw VW Touareg V6 3.0 TDI BlueMotion, der mit einem von der Audi AG hergestellten Motor der Baureihe EA 896 Gen. 2 Monoturbo (180 kW bzw. 245 PS) ausgerüstet ist. Die EG-Typgenehmigung wurde für die Schadstoffklasse Euro 5 erteilt. Der – teilweise darlehensfinanzierte – Preis betrug 55.693,69 € brutto. Das erstmals am 05.12.2013 zugelassene Fahrzeug wies bei Übergabe an den Erblasser eine Laufleistung von 0 km auf. Zum Zeitpunkt des Senatstermins am 17.10.2025 betrug der Tachometerstand 79.294 km.

4

Das Fahrzeug ist nicht mit einem SCR-System mit AdBlue-Betrieb ausgerüstet. Die Abgasrückführung (AGR) erfolgt u. a. temperaturgesteuert (sog. „Thermofenster“) und wird beim Unter- bzw. Überschreiten einer Schwellentemperatur zunächst reduziert (sog. „Abrampung“) und letztlich deaktiviert, wobei die genaue Bedatung zwischen den Parteien jedenfalls ursprünglich streitig war.

5

6

Der Pkw ist nicht von einem Rückrufbescheid des Kraftfahrt-Bundesamtes (KBA) betroffen. Ein von der Beklagten im Rahmen einer sog. freiwilligen Service-Maßnahme zur Verfügung gestelltes und vom KBA freigegebenes Software-Update wurde im Jahr 2024 aufgespielt. Seitdem findet innerhalb eines Temperaturfensters zwischen ca. 3° C und ca. 37° C in Abhängigkeit von der Umgebungslufttemperatur betriebspunktunabhängig keine aktive Veränderung der AGR-Rate durch das Thermofenster statt. Außerhalb dieses Temperaturbereichs erfolgt – nach dem Vorbringen der Beklagten aus Motorschutzgründen sowie zur Gewährleistung des sicheren Fahrzeugbetriebs – eine Verringerung der im ersten Schritt ermittelten AGR-Rate. Im Ergebnis liege – so die Beklagte – der Gesamtbereich, in dem die AGR tatsächlich aktiv sei, in einem repräsentativen Betriebspunkt zwischen mindestens -4° C und +44° C.

Mit anwaltlichem Schreiben vom 30.01.2019 forderte die Klägerin die Beklagte unter Fristsetzung bis zum 11.01.2019 (sic!) erfolglos zur Rückzahlung des Kaufpreises abzüglich Nutzungsersatz Zug um Zug gegen Fahrzeugrückgabe sowie zur Erstattung vorgerichtlich angefallener Rechtsanwaltskosten auf.

Mit ihrer am 23.09.2019 beim Landgericht Dortmund eingegangenen und der Beklagten am 25.10.2019 zugestellten Klage hat die Klägerin erstinstanzlich von der Beklagten im Wesentlichen verlangt, sie im Wege des „großen“ Schadensersatzes so zu stellen, als habe sie bzw. der Erblasser den das Fahrzeug betreffenden Kaufvertrag nicht abgeschlossen. In der Berufungsinstanz verlangt sie nach mit Schriftsatz vom 11.02.2025 erklärter Berufungsrücknahme im Übrigen sowie gestützt auf die Entscheidungen des Bundesgerichtshofs vom 26.06.2023 (Az. VIa ZR 335/21, VIa ZR 533/21 und VIa ZR 1031/22) ausschließlich den Ersatz des Differenzschadens, den sie der Höhe nach in das Ermessen des Senats stellt, jedoch mit mindestens 15 % des Kaufpreises (= 8.354,05 €) beziffert.

Die Klägerin hat mit näheren Ausführungen die Ansicht vertreten, bei dem implementierten Thermofenster handele es sich um eine unzulässige Abschalteinrichtung i. S. v. Art. 5 Abs. 2 Satz 1 der Verordnung (EG) Nr. 715/2007.

Hierneben seien – so hat sie behauptet – in dem Fahrzeug weitere unzulässige Abschalteinrichtungen verbaut, namentlich eine nicht näher bezeichnete Prüfstandserkennungssoftware (Umschaltlogik), eine Aufheizstrategie sowie eine Lenkwinkelerkennung. Außerdem sei das On-Board-Diagnosesystem (OBD) manipuliert.

Die Klägerin hat erstinstanzlich zuletzt beantragt,

1. die Beklagte zu verurteilen, an sie 48.526,52 € zuzüglich Finanzierungskosten in Höhe von 3.136,48 € sowie Kosten für Zubehör in Höhe von 534,00 € nebst Zinsen in Höhe von 4 % für die Zeit vom 28.11.2013 bis zum 12.01.2019 und seither in Höhe von fünf Prozentpunkten über dem Basiszinssatz Zug-um-Zug gegen Rückgabe und Übereignung des Fahrzeuges VW Touareg V6 3.0 TDI mit der Fahrgestellnummer N01 zu zahlen,
2. festzustellen, dass sich die Beklagte seit dem 11.01.2019 mit der Rücknahme des im Klageantrag zu 1. genannten Pkw in Annahmeverzug befindet und
3. die Beklagte zu verurteilen, an sie 2.994,04 € an vorgerichtlichen Rechtsanwaltskosten nebst Zinsen in Höhe von fünf Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 12.01.2019 zu zahlen.

Die Beklagte hat beantragt,	13
die Klage abzuweisen.	14
Sie hat mit näheren Ausführungen die Auffassung vertreten, in dem streitgegenständlichen Fahrzeug seien keine unzulässigen Abschaltseinrichtungen verbaut.	15
Wegen der weiteren Einzelheiten des erstinstanzlichen Sach- und Streitstandes wird auf die zwischen den Parteien gewechselten Schriftsätze nebst Anlagen sowie die Terminsprotokolle vom 14.05.2020 und 25.08.2022 Bezug genommen.	16
Das Landgericht hat nach Einholung einer amtlichen Auskunft des KBA (Bl. 534 f. d. A.) die Klage abgewiesen und zur Begründung im Wesentlichen ausgeführt, es bestehe weder ein vertraglicher noch ein deliktischer Schadensersatzanspruch. Namentlich bestehe kein Anspruch auf „großen“ Schadensersatz aus §§ 826, 31 BGB.	17
Das sog. Thermofenster als solches reiche nicht zur Begründung des Vorwurfs einer sittenwidrigen Schädigung. Gleiches gelte für die Aufheizstrategie, weil diese auch außerhalb des Prüfstands aktiviert werden könne. Bei der behaupteten Prüfstandserkennung handele es sich ebenfalls nicht per se um eine Abschaltseinrichtung, sondern nur dann, wenn sie das Emissionskontrollsystem verändere, um die Grenzwerte im Prüfzyklus einzuhalten. Im Übrigen sei der klägerische Vortrag hierzu vor dem Hintergrund der eingeholten KBA-Auskunft unsubstantiiert.	18
Ein Anspruch aus § 823 Abs. 2 BGB i. V. m. §§ 6, 27 EG-FGV bestehe mangels Schutzgesetzcharakter dieser Vorschriften nicht.	19
Wegen der weiteren Einzelheiten wird gem. § 540 Abs. 1 Nr. 1 ZPO auf die angefochtene Entscheidung Bezug genommen.	20
Hiergegen wendet sich die Klägerin mit ihrer Berufung. Sie beanstandet unter Wiederholung und Vertiefung ihres erstinstanzlichen Vorbringens im Wesentlichen, das Landgericht habe ihren – hinreichend substantiierten – Vortrag betreffend die verschiedenen Abschaltseinrichtungen übergangen bzw. hätte hierüber Beweis erheben müssen, namentlich zur Bedatung des Thermofensters sowie zur behaupteten Aufheizstrategie und Lenkwinkelerkennung.	21
Der Inhalt der eingeholten amtlichen Auskunft des KBA stehe dem nicht entgegen, denn diese bestätige gerade, dass Abschaltseinrichtungen vorhanden seien, gehe aber allein auf Grundlage der Angaben der Fahrzeug- bzw. Motorenhersteller davon aus, dass diese zum Motorschutz erforderlich seien.	22
Aus prozessökonomischen Gründen hat sich die Klägerin in der Berufungsinstanz vor dem Hintergrund des Senatsbeschlusses vom 17.10.2025 (Bl. 1257 f. d. eA. II), auf den Bezug genommen wird, zur Begründung ihres allein noch geltend gemachten Anspruchs auf Ersatz des Differenzschadens zuletzt ausschließlich auf den (unstreitigen) Einsatz des Thermofensters als unzulässiger Abschaltseinrichtung gestützt.	23
Die Klägerin beantragt nach Rücknahme ihrer Berufung im Übrigen,	24
das am 29.09.2022 verkündete Urteil der 1. Zivilkammer des Landgerichts Dortmund (Az. 1 O 141/19) abzuändern und die Beklagte zu verurteilen, an sie	25

1. einen in das Ermessen des Senats gestellten Ersatz des Differenzschadens, mindestens jedoch 8.354,05 € nebst Zinsen in Höhe von fünf Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 12.01.2019 sowie	26
2. 2.994,04 € an vorgerichtlichen Rechtsanwaltskosten nebst Zinsen in Höhe von fünf Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 12.01.2019 zu zahlen.	
3. Hilfsweise beantragt sie ferner, die angefochtene Entscheidung aufzuheben und die Sache zur erneuten Verhandlung und Entscheidung an das Landgericht zurückzuverweisen.	
Die Beklagte beantragt,	27
die Berufung zurückzuweisen.	28
Die Beklagte verteidigt die angefochtene Entscheidung ebenfalls unter Wiederholung und Vertiefung ihres erstinstanzlichen Vorbringens.	29
Ein Anspruch aus § 823 Abs. 2 BGB i. V. m. §§ 6 Abs. 1, 27 Abs. 1 EG-FGV bestehe auch unter Berücksichtigung der Rechtsprechung des EuGH sowie der Entscheidungen des BGH vom 26.06.2023 nicht. Sie ist der Ansicht, bei dem Thermofenster des streitgegenständlichen Fahrzeugs in seiner konkreten Ausgestaltung handele es sich um eine ausnahmsweise zulässige Abschalteneinrichtung, die – so die Behauptung der Beklagten – nach wie vor erforderlich sei, um plötzliche und außergewöhnliche Schäden des Motors zu vermeiden und einen sicheren Fahrzeugbetrieb zu gewährleisten, was die Beklagte mit näheren Ausführungen begründet. Zudem habe es dem damaligen bestverfügbaren Stand der Technik entsprochen.	30
Außerdem fehle es am Verschulden. Jedenfalls liege ein unvermeidbarer Verbotsirrtum vor.	31
Der Klägerin sei auch kein Schaden entstanden. Das Fahrzeug weise keinen merkantilen Minderwert auf. Eine Stilllegungsgefahr bestehe nicht.	32
Ein etwaiger Schaden sei durch das Software-Update zudem jedenfalls entfallen bzw. infolge der durch die Nutzung des Fahrzeugs gezogenen Gebrauchsvorteile aufgezehrt. Der Restwert betrage mindestens 17.663,00 €, auf dem freien Markt sogar 22.756,00 €.	33
Wegen der weiteren Einzelheiten des zweitinstanzlichen Sach- und Streitstandes wird ebenfalls auf die zwischen den Parteien gewechselten Schriftsätze nebst Anlagen sowie ferner das Protokoll des Senatstermins vom 17.10.2025 nebst Berichterstattevermerk Bezug genommen.	34
II.	35
Die zulässige Berufung der Klägerin hat in der Sache in dem aus dem Tenor ersichtlichen Umfang Erfolg. Der Klägerin steht gegen die Beklagte aus übergegangenem Recht ihres verstorbenen Ehemannes sowie der beiden gemeinsamen Kinder, die neben ihr Miterben geworden sind, ein Anspruch auf Ersatz des Differenzschadens in Höhe von 5.569,37 € zu, was 10 % des Kaufpreises entspricht.	36
1. Einen im Kern auf Rückabwicklung des Kaufvertrages über das streitgegenständliche Fahrzeug gerichteten Anspruch auf „großen“ Schadensersatz aus §§ 826, 31 BGB hat die	37

Klägerin in der Berufungsinstanz zuletzt nicht mehr geltend gemacht. Vielmehr hat sie ihre Berufung mit Schriftsatz vom 11.02.2025 insoweit sogar ausdrücklich zurückgenommen. Die gleichwohl nach wie vor erfolgte diesbezügliche Rechtsverteidigung der Beklagten namentlich zu der Frage, ob ihr Vorgehen als sittenwidrig zu bewerten ist, geht danach ins Leere.

2. 38

Der Anspruch der Klägerin auf Ersatz des Differenzschadens ergibt sich nach Maßgabe des Urteils des Bundesgerichtshofs vom 26.06.2023 – VIa ZR 335/21 aus § 823 Abs. 2 BGB i. V. m. §§ 6 Abs. 1, 27 Abs. 1 EG-FGV.

a) 39

Die Klägerin ist aktivlegitimiert.

Allerdings gehörte der Anspruch nach dem Tod des ursprünglich berechtigten Erblassers zu seinem Nachlass. Erben des Ehemanns der Klägerin sind ausweislich des in Kopie zur Akte gereichten Erbscheins des Amtsgerichts Castrop-Rauxel vom 21.11.2017 neben der Klägerin auch die beiden gemeinsamen Kinder, mithin eine Erbengemeinschaft. 40

Diese hat sich durch den „Abtretungsvertrag“ vom 25./26.08.2019 (Bl. 327 d. A.) mit dem Ziel der Herausnahme der streitgegenständlichen Ansprüche aus der gesamthänderischen Bindung und deren Übertragung allein auf die Klägerin teilweise auseinandergesetzt, was mit dem – hier in Form des „Abtretungsvertrages“ vorliegenden – Einverständnis aller Miterben stets möglich ist (sog. gegenständliche Teilauseinandersetzung der Erbengemeinschaft, vgl. Grüneberg/Weidlich, 84. Aufl. 2025, § 2042 BGB, Rn. 11). 41

b) 42

Die erstmalige Geltendmachung des Differenzschadens in Form eines Zahlungsantrags ohne Zug-um-Zug-Vorbehalt in der Berufungsinstanz ist zulässig.

Der Übergang von einem auf §§ 826, 31 BGB gestützten Antrag auf „großen“ Schadensersatz zu einem auf § 823 Abs. 2 BGB i. V. m. § 6 Abs. 1, § 27 Abs. 1 EG-FGV gestützten Antrag auf Ersatz des Differenzschadens führt nicht zur Änderung des Klagegrundes und stellt dementsprechend keine Klageänderung i. S. v. §§ 533, 263 ZPO dar. Vielmehr handelt es sich um einen Fall von § 264 Nr. 2 ZPO. Denn dem nach §§ 826, 31 BGB ersatzfähigen „großen“ Schadensersatz und dem nach § 823 Abs. 2 BGB i. V. m. § 6 Abs. 1, § 27 Abs. 1 EG-FGV zu ersetzenden Differenzschaden liegen lediglich unterschiedliche Methoden der Schadensberechnung zugrunde, die im Kern aber beide an die gescheiterte Vertrauensinvestition des Käufers bei Abschluss des Kaufvertrags anknüpfen (BGH, Urteil vom 23.04.2024 – VIa ZR 1132/22, juris Rn. 13 f.; so auch OLG Hamm, Urteil vom 15.09.2025 – 18 U 90/25, juris Rn. 9 m.w.N.). 43

c) 44

Bei dem streitgegenständlichen VW Touareg V6 3.0 TDI BlueMotion handelt es sich unstreitig um ein mit einem Dieselmotor des Typs EA 896 Gen. 2 Monoturbo ausgestattetes Fahrzeug, dessen Herstellerin die Beklagte ist. Die EG-Typgenehmigung wurde für die Schadstoffklasse Euro 5 erteilt.

Herstellerin des Motors ist allerdings unstreitig die Audi AG. Dieses „Auseinanderfallen“ von Motorenhersteller einerseits und Fahrzeughersteller andererseits steht der Haftung der Beklagten aus § 823 Abs. 2 BGB i. V. m. §§ 6 Abs. 1, 27 Abs. 1 EG-FGV in der hier vorliegenden Konstellation aber nicht entgegen, denn die Sonderpflicht, eine mit den (unions-)gesetzlichen Vorgaben konvergierende Übereinstimmungsbescheinigung auszugeben, trifft 45

gerade (nur) die Beklagte als Fahrzeugherstellerin, nicht hingegen die Audi AG als Herstellerin des Motors (vgl. BGH, Urteil vom 10.07.2023 – VIa ZR 1119/22, juris Rn. 20 m.w.N.).

d)

46

Die Beklagte hat objektiv gegen ihre Verpflichtungen aus § 6 Abs. 1, § 27 Abs. 1 EG-FGV verstoßen, indem sie eine Übereinstimmungsbescheinigung für das Fahrzeug der Klägerin erteilt hat, obwohl in diesem eine unzulässige Abschalteneinrichtung in Form des Thermofensters implementiert ist. Die Erteilung war pflichtwidrig, weil die Übereinstimmungsbescheinigung eine tatsächlich nicht gegebene Einhaltung der Vorgaben des Art. 5 Abs. 2 der Verordnung (EG) Nr. 715/2007 ausweist. Auf den Inhalt der zugrundeliegenden EG-Typgenehmigung kommt es dabei nicht an (vgl. BGH, Urteil vom 26.06.2023 – VIa ZR 335/21, juris Rn. 34). Diese entfaltet auch keine legalisierende Tatbestandswirkung (vgl. BGH, a.a.O., juris Rn. 10 ff. sowie zum Ganzen OLG Hamm, Urteil vom 15.09.2025 – 18 U 90/25, juris Rn. 26 m.w.N.).

aa)

47

Bei der im streitgegenständlichen Fahrzeug implementierten Einrichtung, die dafür sorgt, dass die AGR außerhalb eines bestimmten Temperaturbereichs reduziert wird (Thermofenster), handelt es sich um eine Abschalteneinrichtung i. S. v. Art. 3 Nr. 10 der Verordnung (EG) Nr. 715/2007, die nach Art. 5 Abs. 2 Satz 1 der Verordnung (EG) Nr. 715/2007 grundsätzlich unzulässig ist (so auch u. a. OLG Karlsruhe, Urteil vom 12.11.2025 – 6 U 35/22, juris Rn. 106; OLG Hamm, Urteil vom 15.09.2025 – 18 U 90/25, juris Rn. 16 sowie zuletzt OVG Schleswig, Urteil vom 25.09.2025 – 4 LB 36/23, juris Rn. 82 ff.).

(1)

48

Nach dem eigenen Vorbringen der Beklagten wurde die AGR-Rate vor dem Aufspielen des Software-Updates bereits bei Umgebungslufttemperaturen unterhalb von +12 °C und oberhalb von +30 °C reduziert. Nach Durchführung des Software-Updates ist dies nunmehr bei Umgebungslufttemperaturen unterhalb von +3 °C und oberhalb von +37 °C der Fall.

(2)

49

Da es sich hierbei um Temperaturen handelt, die bei normalem Fahrzeugbetrieb vernünftigerweise zu erwarten sind (vgl. VG Schleswig, Urteil vom 20.02.2023 – 3 A 113/18, juris Rn. 274 ff. sowie im Nachgang OVG Schleswig, Urteil vom 25.09.2025 – 4 LB 36/23, juris Rn. 87, wonach es angezeigt ist, einen Temperaturbereich von -7° C bis +35° C als Orientierung im Sinne von Mindestanforderungen heranzuziehen), und die Reduzierung der AGR-Rate mit einer Erhöhung der Stickoxidemissionen einhergeht, ist das Thermofenster als Abschalteneinrichtung i. S. v. Art. 3 Nr. 10 der Verordnung (EG) Nr. 715/2007 zu qualifizieren (vgl. EuGH, Urteil vom 14.07.2022 – C-128/20, juris Rn. 31 ff.; Urteil vom 08.11.2022 – C-873/19, juris Rn. 83 ff. sowie OLG Hamm, Urteil vom 15.09.2025 – 18 U 90/25, juris Rn. 17 für ein Thermofenster, bei dem die AGR-Rate bei Umgebungslufttemperaturen unterhalb von 0 °C und oberhalb von +35 °C reduziert wurde).

bb)

50

Das Thermofenster ist nicht nach Art. 5 Abs. 2 Satz 2 lit. a) der Verordnung (EG) Nr. 715/2007 ausnahmsweise zulässig.

(1)

51

Voraussetzung hierfür ist, dass die Einrichtung notwendig ist, um den Motor vor Beschädigung oder Unfall zu schützen und um den sicheren Betrieb des Fahrzeugs zu gewährleisten.

Die Bestimmung ist als Ausnahmenvorschrift eng auszulegen (u. a. EuGH, Urteil vom 14.07.2022 – C-128/20, juris Rn. 50; Urteil vom 01.08.2025 – C-666/23, juris Rn. 73, jew. m.w.N.). Die genannten Voraussetzungen sind kumulativ (vgl. EuGH, Urteil vom 14.07.2022 – C-128/20, juris Rn. 61). Eine Abschaltseinrichtung ist danach gem. Art. 5 Abs. 2 Satz 2 lit. a) der Verordnung (EG) Nr. 715/2007 zulässig, wenn sie es ermöglicht, den Motor vor plötzlichen und außergewöhnlichen Schäden zu schützen (EuGH, Urteil vom 17.12.2020 – C-693/18, NJW 2021, 1216, Rn. 108 f.; OLG Karlsruhe, Urteil vom 12.11.2025 – 6 U 35/22, juris Rn. 113 m.w.N.).

Zu ihrer Rechtfertigung genügt es nicht, wenn die Einrichtung dazu beiträgt, den Verschleiß oder die Verschmutzung des Motors zu verhindern, die im Prinzip vorhersehbar und der normalen Funktionsweise des Fahrzeugs inhärent und somit weder „Beschädigung“ noch „Unfall“ im Sinn der genannten Bestimmung sind (vgl. bspw. EuGH, Urteil vom 17.12.2020 – C-693/18, NJW 2021, 1216, Rn. 110, 113, 115; Urteil vom 14.07.2022 – C-128/20, juris Rn. 53 ff.). Nur unmittelbare Beschädigungsrisiken, die zu einer konkreten Gefahr während des Betriebs des Fahrzeugs führen, sind geeignet, die Nutzung einer Abschaltseinrichtung zu rechtfertigen (EuGH, Urteil vom 17.12.2020 – C-693/18, NJW 2021, 1216, Rn. 113 f.; Urteil vom 14.07.2022 – C-128/20, juris Rn. 56, 70). Eine Abschaltseinrichtung ist nur dann „notwendig“ im Sinn von Art. 5 Abs. 2 Satz 2 lit. a) der Verordnung (EG) Nr. 715/2007, 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. Nach dem mit der Verordnung verfolgten Ziel kann eine Abschaltseinrichtung nämlich auch nicht allein deshalb zugelassen werden, 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 (EuGH, Urteil vom 14.07.2022 – C-128/20, juris Rn. 68 f.). Von dem Motor, zu dessen (letztendlichem) Schutz eine Abschaltseinrichtung danach zulässig sein kann, sind außerdem davon getrennte Bauteile wie das AGR-Ventil, der AGR-Kühler und der Dieselpartikelfilter zu unterscheiden (vgl. EuGH, Urteil vom 14.07.2022 – C-128/20, juris Rn. 51 f.). Mit der Begründung, dass sie zur Schonung solcher lediglich zum Abgasrückführungssystem gehörender Anbauteile beiträgt, kann eine Abschaltseinrichtung – wie insbesondere die hier in Rede stehende temperaturabhängige Reduzierung der Abgasrückführungsrate – nach alledem 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, mithin Risiken, die so schwer wiegen, dass sie eine konkrete Gefahr beim Betrieb des mit dieser Einrichtung ausgestatteten Fahrzeugs darstellen (vgl. nur EuGH, Urteil vom 14.07.2022 – C-128/20, juris Rn. 62, 70; OLG Karlsruhe, a.a.O., juris Rn. 114 m.w.N.).

Abgesehen von alledem entnimmt der EuGH dem Ziel der Verordnung einen ungeschriebenen Ausschlussgrund („Rückausnahme“) für die Anwendung der Ausnahme in Art. 5 Abs. 2 lit. a) der Verordnung (EG) Nr. 715/2007. Eine Abschaltseinrichtung, die unter normalen Betriebsbedingungen den überwiegenden Teil des Jahres funktionieren müsste, damit der Motor vor Beschädigung oder Unfall geschützt ist und der sichere Betrieb des Fahrzeugs gewährleistet ist, kann darunter jedenfalls nicht fallen (u. a. EuGH, Urteil vom 14.07.2022 – C-128/20, juris Rn. 63 ff., 70; Urteil vom 21.03.2023 – C-100/21, juris Rn. 65 f.). Danach ist die Rechtfertigung jedenfalls dann ausgeschlossen, wenn die Abschaltseinrichtung unter Bedingungen aktiviert ist, die innerhalb eines Jahres üblicherweise während in ihrer Summe längerer Zeitintervalle herrschen, als dass dies nicht der Fall wäre (OLG Karlsruhe, a.a.O., juris Rn. 114 m.w.N.).

(2) 55
Danach kann sich die Beklagte nicht mit Erfolg auf die Ausnahmegvorschrift des Art. 5 Abs. 2 lit. a) der Verordnung (EG) Nr. 715/2007 berufen.

(a) 56
Die Ausnahmegvorschrift des Art. 5 Abs. 2 lit. a) der Verordnung (EG) Nr. 715/2007 greift zunächst bereits deshalb nicht zugunsten der Beklagten ein, weil es sich bei dem Thermofenster, welches im klägerischen Fahrzeug implementiert ist und das bis zum Software-Update bereits unterhalb von +12 °C sowie oberhalb von +30 °C Umgebungslufttemperatur die AGR-Rate reduziert hat, um eine solche Abschalteneinrichtung handelt, die nicht unter diesen Tatbestand fällt, weil dies dazu führen würde, dass diese Ausnahme dann während des überwiegenden Teils eines Jahres unter den im Unionsgebiet herrschenden tatsächlichen Fahrbedingungen anwendbar wäre, so dass der in Art. 5 Abs. 2 der Verordnung aufgestellte Grundsatz des Verbots solcher Abschalteneinrichtungen praktisch leer liefe (EuGH, Urteil vom 14.07.2022 – C-128/20, juris Rn. 65; so auch OVG Schleswig, Urteil vom 25.09.2025 – 4 LB 36/23, juris Rn. 92 ff. für ein Thermofenster, bei dem die AGR-Rate außerhalb eines Temperaturbereichs von +10 °C bis +37 °C bzw. +49 °C reduziert wurde).

(b) 57
Nichts anderes gilt, soweit die Beklagte das Thermofenster durch das Software-Update dahingehend „ausgeweitet“ hat, dass nunmehr die Reduzierung der AGR-Rate erst außerhalb eines Umgebungslufttemperaturbereichs von +3 °C bis +37 °C erfolgt.

(aa) 58
Der überwiegende Teil des Jahres ist in zeitlicher Hinsicht jedenfalls dann betroffen, wenn die Abschalteneinrichtung gemessen an der Durchschnittstemperatur in der Mehrzahl der Monate eines Jahres aktiv wäre, mithin wenn die Abschalteneinrichtung statistisch in mindestens sieben von zwölf Monaten bei durchgängigem Fahrbetrieb innerhalb eines Jahres aktiviert würde. Das Abstellen auf eine jährliche Durchschnittstemperatur ist hingegen nicht zielführend. Dies könnte im Einzelfall nämlich z. B. dazu führen, dass von einem überwiegenden Teil des Jahres auszugehen wäre, obwohl in der Mehrzahl der Monate die Bedingungen für die Aktivierung der Abschalteneinrichtung statistisch nicht vorliegen und umgekehrt (so u. a. OVG Schleswig, a.a.O., juris Rn. 93 m.w.N.).

59
Vor dem Hintergrund der grundsätzlich gebotenen engen Auslegung der Ausnahmegvorschrift des Art. 5 Abs. 2 lit. a) der Verordnung (EG) Nr. 715/2007, und zwar auch und nicht zuletzt mit Blick auf das mit der Verordnung verfolgte Ziel, ein hohes Umweltschutzniveau sicherzustellen (hierzu u. a. EuGH, Urteil vom 17.12.2020 – C-693/18, NJW 2021, 1216, Rn. 86 f. sowie 111 ff.; Urteil vom 14.07.2022 – C-128/20, juris Rn. 50), kann sogar davon ausgegangen werden, dass der überwiegende Teil des Jahres in zeitlicher Hinsicht bereits dann betroffen ist, wenn die Abschalteneinrichtung statistisch in mehr als sechs Monaten innerhalb eines Jahres bei durchgängigem Fahrbetrieb aktiviert würde, was schon dann der Fall ist, wenn die Aktivierung in sechs Monaten zuzüglich eines Tages erfolgt (a. A. wohl in erster Linie unter Praktikabilitätsgründen OVG Schleswig, a.a.O., juris Rn. 93). Dies sieht die Beklagte im Übrigen nicht anders, wenn sie im Schriftsatz vom 07.04.2025 auf Seite 85, wenn auch an dieser Stelle bezogen auf das gesamte Unionsgebiet, ausführt: „*Da das Jahr 365 Tage zählt und der ‚überwiegende Teil eines Jahres‘ sich schon nach Wortlaut auf mehr als 50 % der 365 Tage bezieht, kommt es also darauf an, bei welcher Durchschnittstemperatur die Fahrzeugnutzung im Unionsgebiet bei > 183 Tagen erfolgt.*“

Praktikabilitätsabwägungen sprechen hiergegen nur dann, wenn ausschließlich eine monatsweise Betrachtung möglich ist, weil bspw. die entsprechenden Wetterdaten nicht taggenau zur Verfügung stehen. Dies ist indes nicht der Fall (hierzu nachstehend unter (bb)).

In räumlicher Hinsicht genügt es, wenn in nicht unwesentlichen Teilen der Europäischen Union die Abschaltvorrichtung den überwiegenden Teil des Jahres aktiviert wäre. Die Orientierung an einem für das gesamte Unionsgebiet geltenden Durchschnittswert kommt hingegen nicht in Betracht, weil hierdurch der in Art. 5 Abs. 2 Satz 1 der Verordnung (EG) Nr. 715/2007 aufgestellte Grundsatz des Verbots solcher Abschaltvorrichtungen in nicht unerheblichem Ausmaß konterkariert würde und mit den mit der Verordnung verfolgten Zielen und dem Grundsatz der Begrenzung der NO_x-Emissionen nicht kompatibel wäre (OVG Schleswig, a.a.O., juris Rn. 94 ff. m.w.N.). 61

(bb) Gemessen hieran kann sich die Beklagte auch nach Durchführung des Software-Updates nicht mit Erfolg auf den Ausnahmetatbestand des Art. 5 Abs. 2 lit. a) der Verordnung (EG) Nr. 715/2007 berufen. 62

Schon bezogen auf das gesamte Unionsgebiet sind im Herbst, Winter und Frühling und damit im überwiegenden Teil eines Jahres Temperaturen unter +5° C üblich (OLG München, Urteil vom 26.06.2024 – 7 U 5502/22, juris Rn. 41). 63

In den Jahren 1999 bis 2019 lagen zudem bspw. in relevanten Teilen Finnlands, und zwar lediglich mit Ausnahme der Region Helsinki, die durchschnittlichen Temperaturen in der Zeit vom 18.10. bis zum 24.04. des Folgejahres und mithin in mehr als sechs Monaten jeweils unter +3° C. In der Region Helsinki war dies vom 14.11. bis zum 11.04. des Folgejahres und damit für immerhin 149 Tage der Fall (Quelle: <https://de.climate-data.org/europa/finnland-171/>). 64

Es kommt dabei auch nicht auf die bspw. in ganz Finnland vorherrschende Durchschnittstemperatur bzw. die Mediantemperatur an, die höher sein mag. Denn dies würde dazu führen, dass die AGR bei ansonsten identischen Fahrtumständen wegen der allgemein bekannt in Nordfinnland (z. B. in Kiruna, wo ausweislich Wikipedia die mittlere Tagestemperatur von Oktober bis einschließlich April unter dem Gefrierpunkt liegt) im Vergleich zu Südfinnland (z. B. Turku) vorherrschenden niedrigeren Temperaturen in Nordfinnland über einen auf das ganze Jahr betrachtet überwiegenden Zeitraum nicht oder nur eingeschränkt aktiv wäre. Das wiederum würde in Nordfinnland gegenüber Südfinnland erhöhten Stickstoffausstoß bedeuten. Es ist aber nicht zu erkennen, warum der mit Art. 5 der Verordnung (EG) Nr. 715/2007 beabsichtigte Schutz der Umwelt in Nordfinnland geringer ausfallen sollte als im restlichen Finnland bzw. dem übrigen Unionsgebiet (OLG München, Urteil vom 26.06.2024 – 7 U 5502/22, juris Rn. 41 f.). 65

Schließlich stellt die Beklagte selbst tatsächlich gar nicht in Frage, dass die mit dem Thermofenster installierte Abschaltvorrichtung mit der nunmehrigen Bedatung in nicht unwesentlichen Teilen der Europäischen Union den überwiegenden Teil des Jahres aktiviert ist, wenn sie auch in Anbetracht der Entscheidung des OVG Schleswig, Urteil vom 25.09.2025 – 4 LB 36/23, juris, noch im jüngsten Schriftsatz vom 14.11.2025 (allein) den Standpunkt wiederholt, es käme auf das Unionsgebiet und (eben) nicht auf das Ergebnis für (irgend)einen Mitgliedsstaat an. 66

(c) Darüber hinaus ist auch nicht feststellbar, dass zum maßgeblichen Zeitpunkt der EG- 67

Typgenehmigung (vgl. EuGH, Urteil vom 14.07.2022 – C-128/20, juris Rn. 69; VG Schleswig, Urteil vom 20.02.2023 – 3 A 113/18, juris Rn. 370) – und erst recht zum Zeitpunkt des Fahrzeugkaufs im November 2013 sowie zum Zeitpunkt der Durchführung des Software-Updates im Jahr 2024 – keine andere technische Möglichkeit zur Aufrechterhaltung einer hohen AGR-Rate oder zur anderweitigen Stickoxidreduzierung bei besonders niedrigen und hohen Umgebungslufttemperaturen bestand. Insoweit sind auch Hardware-Lösungen in Betracht zu ziehen, selbst wenn diese mit hohen Kosten für Forschung oder Ausrüstung verbunden gewesen wären (OLG Hamm, Urteil vom 15.09.2025 – 18 U 90/25, juris Rn. 20 unter Bezugnahme auf die vorstehend unter (1) dargestellte Rechtsprechung des EuGH, vgl. insbesondere Urteil vom 14.07.2022 – C-128/20, juris Rn. 68 f.). Denn der Unionsgesetzgeber hat bei der Festlegung der Grenzwerte für Schadstoffemissionen die Interessen der Automobilhersteller und insbesondere die Kosten, die den Unternehmen durch die erforderliche Einhaltung dieser Werte auferlegt werden, bereits berücksichtigt. Es ist somit Sache der Hersteller, die technischen Vorrichtungen anzupassen und anzuwenden, damit diese Grenzwerte eingehalten werden (EuGH, Urteil vom 14.07.2022 – C-128/20, juris Rn. 67).

(aa)

68

Die Typgenehmigung für den streitgegenständlichen Fahrzeugtyp wurde ausweislich der in Kopie bei der Gerichtsakte (Bl. 468 d. A.) befindlichen Zulassungsbescheinigung Teil I (dort Ziff. 6 zu Feld „K“) am 16.04.2013 erteilt.

(bb)

69

Darauf, ob seinerzeit bereits einzelne Hersteller eine Technik bis zur Serienreife entwickelt oder sich dafür entschieden hatten, diese zunächst nur auf bestimmten Märkten zu verwenden, kommt es dabei nicht an. Denn eine Verfügbarkeit besteht nicht erst dann, wenn die Anwendung einem Hersteller unter Berücksichtigung eines Kosten-/Nutzen-Verhältnisses bereits wirtschaftlich vertretbar erscheint. Andernfalls bliebe es letztlich dem Hersteller überlassen, über die Voraussetzungen einer Ausnahme zu entscheiden. Dies schließt die Erforderlichkeit einer Weiterentwicklung der technischen Möglichkeiten ein, um Abschalteinrichtungen zu vermeiden. Eine frühzeitige Festlegung der Hersteller auf die bloße Entwicklung einer einzelnen Technik, etwa aufgrund von Kosten, Bauraumbedarf oder niedrigerem Kraftstoffverbrauch, soll nicht erfolgen. Nach der Rechtsprechung des EuGH (Urteil vom 14.07.2022 – C-128/20, juris Rn. 68) kann eine Ausnahme gerade nicht allein deshalb zugelassen werden, 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 (VG Schleswig, Urteil vom 20.02.2023 – 3 A 113/18, juris Rn. 372).

(cc)

70

Neben der hier in Rede stehenden AGR wäre der Beklagten die zusätzliche Verwendung einer Abgasnachbehandlung durch NO_x-Speicherkatalysatoren oder SCR-Katalysatoren zur Reduktion der Stickoxide in den Roh-Emissionen nach der (erneuten) Verbrennung möglich und auch verfügbar gewesen. Der Verband der Automobilhersteller hat hierzu im Jahr 2013 erklärt: „Zur Reduktion von Stickoxiden bei zudem optimierten Dieselmotoren bewähren sich – abhängig vom Fahrzeuggewicht und von der Motorisierung – schon seit fast einem Jahrzehnt (also bereits etwa seit 2003, Hervorhebung durch den Senat) zwei Systeme: der NO_x-Speicherkatalysator (NSC) und die Selektive Katalytische Reduktion, kurz: SCR“ (VG Schleswig, Urteil vom 20.02.2023 – 3 A 113/18, juris Rn. 380 m.w.N.).

71

Danach ist es unerheblich, wenn sich die Beklagte zur Begründung, dass es sich bei dem verwendeten Thermofenster um den jeweils bestverfügbaren Stand der Technik gehandelt habe, weswegen schon denklogisch keine andere technische Möglichkeit zur Verfügung gestanden habe, noch im jüngsten Schriftsatz vom 14.11.2025 auf Seite 12 auf ein Zitat aus dem als Anlage B 18 zu den Akten gereichten Gutachten bezieht, wonach die Abgasrückführung bis zur Einführung von NO_x-Speicherkatalysatoren und SCR-System „die einzige serientaugliche Maßnahme“ zur Reduktion von Stickoxid- Emissionen (NO_x) gewesen sei.

e)

72

Nach den vorstehenden Ausführungen und dem eigenen Vorbringen der Beklagten zur aktuellen Bedatung des Thermofensters ist diese unzulässige Abschalteinrichtung durch das im Jahr 2024 durchgeführte Software-Update nicht beseitigt und der Differenzschaden dementsprechend hierdurch nicht kompensiert worden (vgl. BGH, Urteil vom 26.06.2023 – VIa ZR 335/21, juris Rn. 80; Urteil vom 20.07.2023 – III ZR 267/20, juris Rn. 33; Urteil vom 23.10.2023 – VIa ZR 468/21, juris Rn. 14).

f)

73

Das für den Eintritt der Ersatzpflicht der Beklagten erforderliche Verschulden ist ebenfalls zu bejahen.

aa)

74

Das Verschulden des Fahrzeugherstellers wird innerhalb des § 823 Abs. 2 BGB im Fall eines – hier gegebenen – objektiven Verstoßes gegen § 6 Abs. 1, § 27 Abs. 1 EG-FGV vermutet, wobei auch einfache Fahrlässigkeit genügt (vgl. BGH, Urteil vom 26.06.2023 – VIa ZR 335/21, juris Rn. 38). 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, im Fall der Inanspruchnahme nach § 823 Abs. 2 BGB Umstände darlegen und beweisen, die sein Verhalten zum maßgeblichen Zeitpunkt des Kaufs des Fahrzeugs durch den Kläger ausnahmsweise nicht als fahrlässig erscheinen lassen. Beruft sich der Fahrzeughersteller auf einen unvermeidbaren Verbotsirrtum, muss er sowohl den Verbotsirrtum als solchen als auch die Unvermeidbarkeit des Verbotsirrtums darlegen und erforderlichenfalls beweisen (BGH, Urteil vom 25.09.2023 – VIa ZR 1/23, juris Rn. 13).

Das setzt zunächst die Darlegung und erforderlichenfalls den Nachweis eines Rechtsirrtums seitens des Fahrzeugherstellers voraus. Der Fahrzeughersteller muss darlegen und beweisen, dass sich sämtliche seiner verfassungsmäßig berufenen Vertreter im Sinne des § 31 BGB über die Rechtmäßigkeit der vom Käufer dargelegten und erforderlichenfalls nachgewiesenen Abschalteinrichtung mit allen für die Prüfung nach Art. 5 Abs. 2 der Verordnung (EG) Nr. 715/2007 bedeutsamen Einzelheiten im maßgeblichen Zeitpunkt des Vertragsschlusses (vgl. BGH, Urteil vom 26.06.2023 – VIa ZR 335/21, juris Rn. 62), hier also im November 2013, im Irrtum befanden oder im Falle einer Ressortaufteilung den damit verbundenen Pflichten genügten (BGH, Urteil vom 25.09.2023 – VIa ZR 1/23, juris Rn. 14; vgl. auch BGH, Urteil vom 03.09.2025 – VIa ZR 26/24, juris Rn. 10, jew. m.w.N.).

75

Der Irrtum muss außerdem die Rechtmäßigkeit der konkreten in Rede stehenden Abschalteinrichtung mit allen für die Prüfung nach Art. 5 Abs. 2 der Verordnung (EG) Nr. 715/2007 bedeutsamen Einzelheiten betreffen. Nur in Bezug auf einen in diesen Einzelheiten konkret festgestellten Irrtum der maßgebenden Personen kann der Sorgfaltsmaßstab der Fahrlässigkeit sinnvoll geprüft und kann die Unvermeidbarkeit festgestellt werden. Eine Entlastung ohne Rücksicht auf die aus den vorstehenden Erwägungen folgenden

76

Sorgfaltspflichten, etwa mit Rücksicht darauf, dass der Verwendung von Thermofenstern ein allgemeiner Industriestandard zugrunde lag oder dass nach den Angaben des KBA rechtlich von ihm so bewertete unzulässige Abschalteinrichtungen auch nach umfangreichen Untersuchungen nicht festgestellt worden seien, kommt dagegen nach dem gesetzlichen Fahrlässigkeitsmaßstab nicht in Betracht (BGH, Urteil vom 30.01.2024 – VIa ZR 1291/22, juris Rn. 14 m.w.N.; OLG Hamm, Urteil vom 15.09.2025 – 18 U 90/25, juris Rn. 28).

bb) 77
Gemessen an diesen Maßstäben hat die Beklagte den ihr obliegenden Entlastungsnachweis nicht geführt. Insbesondere hat sie einen unvermeidbaren Verbotsirrtum schon nicht dargelegt.

(1) 78
Der pauschale Vortrag der Beklagten wird den vorgenannten Anforderungen nicht gerecht. Denn die Beklagte trägt schon nicht konkret zu den rechtlichen Überlegungen der maßgeblichen Personen hinsichtlich des Thermofensters vor, sondern verweist hauptsächlich auf die seinerzeitige Verwaltungspraxis. Insoweit wird allenfalls rudimentär auf das Vorstellungsbild „der Beklagten“ oder der für die Einhaltung der regulatorischen Vorgaben zuständigen „Organisationseinheiten“ der Beklagten bzw. der Audi AG abgestellt. Aus diesem Vortrag lässt sich kein Rückschluss darauf ziehen, ob und ggf. welche Vorstellungen sich die (sämtlichen) haftungsrechtlichen Organe im Zeitpunkt des Kaufvertragsschlusses über die Rechtmäßigkeit des konkreten Thermofensters gemacht haben (vgl. OLG München, Urteil vom 26.06.2024 – 7 U 5502/22, juris Rn. 45; OLG Hamm, Urteil vom 15.09.2025 – 18 U 90/25, juris Rn. 29).

Ungeachtet dessen kommt ein unvermeidbarer Verbotsirrtum aber schon deshalb nicht in Betracht, weil Art. 5 Abs. 2 Satz 2 der Verordnung (EG) Nr. 715/2007 keinen Zweifel daran lässt, dass Abschalteinrichtungen, die die Wirkung von Emissionskontrollsystemen verringern, grundsätzlich unzulässig sind und der Gesichtspunkt des Motorschutzes Ausnahmen hiervon nur unter engen Voraussetzungen zulässt. Dass ein derartiger Ausnahmetatbestand daher nicht herangezogen werden kann, um die Abgasreinigung für den überwiegenden Teil des Jahres abzuschalten, liegt auf der Hand. 79

(2) 80
Nichts anderes gilt, soweit es nach Durchführung des Software-Updates im Jahr 2024 auf diesen Zeitpunkt ankommen könnte.

g) 81
Der notwendige ursächliche Zusammenhang zwischen der – unstreitigen – Unkenntnis der Klägerin bzw. des Erblassers von der konkreten Existenz der unzulässigen Abschalteinrichtung bzw. der daraus resultierenden Unrichtigkeit der Übereinstimmungsbescheinigung und dem Fahrzeugerwerb (Erwerbskausalität) wird aufgrund eines entsprechenden Erfahrungssatzes grundsätzlich vermutet. Anhaltspunkte, die zur Entkräftung dieser Vermutung führen könnten, sind weder vorgetragen noch ersichtlich (vgl. OLG Hamm, Urteil vom 15.09.2025 – 18 U 90/25, juris Rn. 32 unter Verweis auf BGH, Urteil vom 26.06.2023 – VIa ZR 335/21, juris Rn. 55-57).

h) 82
Der Höhe nach bemisst der Senat den Differenzschaden unter Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalls mit 10 % des Kaufpreises.

83

aa)

Die gem. § 287 ZPO vorzunehmende Schätzung des Differenzschadens ist im Ausgangspunkt aus Gründen unionsrechtlicher Effektivität und der Verhältnismäßigkeit auf eine Bandbreite zwischen 5 % und 15 % des gezahlten Kaufpreises begrenzt. Innerhalb dieser Bandbreite sind bei der Bestimmung des objektiven Wertes des Fahrzeugs im Zeitpunkt des Vertragsschlusses die mit der Verwendung einer unzulässigen Abschaltseinrichtung verbundenen Nachteile, insbesondere das Risiko behördlicher Anordnungen, zu berücksichtigen. Dabei sind der Umfang in Betracht kommender Betriebsbeschränkungen und die Eintrittswahrscheinlichkeit solcher Beschränkungen mit Rücksicht auf die Einzelfallumstände zu beachten. Maßgebend ist dabei eine auf den Zeitpunkt des Vertragsschlusses bezogene Betrachtung. Zusätzlich zu bedenken sind das Gewicht des der Haftung zugrundeliegenden konkreten Rechtsverstoßes für das unionsrechtliche Ziel der Einhaltung gewisser Emissionsgrenzwerte sowie der Grad des Verschuldens. Die Einholung eines Sachverständigengutachtens zur Frage des objektiven Wertes ist nicht geboten (so OLG Hamm, Urteil vom 15.09.2025 – 18 U 90/25, juris Rn. 37 unter Verweis auf BGH, Urteil vom 26.06.2023 – VIa ZR 335/21, juris Rn. 73 ff.).

bb)

84

Gemessen an diesen Grundsätzen bemisst der Senat im vorliegenden Fall den Differenzschaden unter Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalls mit 10 % des Kaufpreises, was 5.569,37 € entspricht.

Dabei hat der Senat bedacht, dass zwar lediglich eine unzulässige Abschaltseinrichtung, nämlich das Thermofenster, im Fahrzeug der Klägerin implementiert ist. Diese hatte aber nach der von der Beklagten selbst behaupteten Bedatung zur Folge, dass die AGR vor dem Software-Update lediglich innerhalb des Temperaturbereichs zwischen +12° C und +30° C zu 100 % aktiv war mit der Konsequenz, dass unter den in Deutschland vorherrschenden klimatischen Bedingungen während eines Großteils des Jahres keine oder nur eine eingeschränkte Abgasreinigung stattfand. Infolge des Software-Updates und der damit verbundenen Ausweitung des Thermofensters ist die AGR zwar nunmehr während eines signifikant längeren Zeitraums innerhalb eines Jahres uneingeschränkt aktiv. Dies ändert aber nichts daran, dass die Abschaltseinrichtung unzulässig bleibt.

85

Das wiederum hat zur Folge, dass aus dem Thermofenster ein durchaus ernstzunehmendes Risiko behördlicher Betriebsbeschränkungen bis hin zu einer Betriebsuntersagung resultierte und in Ansehung der vorstehenden Erwägungen unter d) sowie der Entscheidung des OVG Schleswig vom 25.09.2025 – 4 LB 36/23 – bis heute resultiert. Ob etwaige behördliche Maßnahmen durch technische Eingriffe, bspw. ein weiteres Software-Update, abgewendet werden können und wenn ja, mit welchem Aufwand, ist unklar, zumal die Beklagte selbst behauptet, das Thermofenster sei mit seiner jetzigen Bedatung weiterhin aus Motorschutzgründen und zur Gewährleistung eines sicheren Fahrbetriebs erforderlich.

86

Andererseits ist zugunsten der Beklagten zu berücksichtigen, dass ein vorsätzlicher Gesetzesverstoß nicht festgestellt werden kann und dass die Implementierung eines Thermofensters zur fraglichen Zeit weit verbreitet war (vgl. zum Ganzen auch OLG Hamm, Urteil vom 15.09.2025 – 18 U 90/25, juris Rn. 38).

87

Insgesamt ist der Differenzschaden daher als durchschnittlich und dementsprechend der Höhe nach mit dem Mittelwert von 10 % zu bemessen. Anhaltspunkte, die eine Abweichung nach unten (5 %) oder oben (15 %) rechtfertigen könnten, sind nicht ersichtlich.

88

89

i)

Der Differenzschaden ist selbst unter Zugrundelegung des Vorbringens der Beklagten zur voraussichtlichen Gesamtleistung und zum Restwert des streitgegenständlichen Fahrzeugs weder ganz noch teilweise im Wege der Vorteilsausgleichung wirtschaftlich aufgezehrt.

aa) 90

Bei der Geltendmachung des Differenzschadens muss sich die Klägerin neben den gezogenen Nutzungsvorteilen (hierzu nachfolgend unter (1)) auch den Restwert des Fahrzeugs insoweit schadensmindernd anrechnen lassen, als diese (addierten) Werte den Wert des Fahrzeugs bei Abschluss des Kaufvertrags (gezahlter Kaufpreis abzüglich Differenzschaden) übersteigen (vgl. BGH, Urteil vom 26.06.2023 – VIa ZR 335/21, Rn. 80 m.w.N.).

(1) 91

Die Klägerin hat bislang Nutzungsvorteile in Höhe von 17.664,70 € gezogen.

(a) 92

Unstreitig betrug der Tachometerstand bei Erwerb des Fahrzeugs 0 km und zum Zeitpunkt des Senatstermins am 17.10.2025 79.294 km. Die Klägerin bzw. der Erblasser haben mithin 79.294 km mit dem Fahrzeug zurückgelegt.

(b) 93

Für die Berechnung der Nutzungsvorteile schätzt der Senat gem. § 287 ZPO in ständiger Rechtsprechung die voraussichtliche Gesamtleistung des hier in Rede stehenden, großen und immerhin 245 PS starken Sechszylindermotors auf 300.000 km. Setzt man gleichwohl – und insofern zu Gunsten der Beklagten – eine voraussichtliche Gesamtleistung von „nur“ 250.000 km an, betrug die zu erwartende Restlaufleistung im Erwerbszeitpunkt (250.000 km - 0 km =) 250.000 km.

(c) 94

Nach der Formel

$$\begin{array}{rcl} & \text{Bruttokaufpreis x} & 96 \quad 95 \\ & \text{gefahrte Strecke (seit} & \\ \text{Nutzungsvorteil} & \text{Erwerb)} & \\ = & \text{erwartete} & \\ & \text{Restlaufleistung im} & \\ & \text{Erwerbszeitpunkt} & \end{array}$$

(st. Rspr., vgl. nur BGH, Urteil vom 30.07.2020 – VI ZR 354/19, juris Rn. 12 f.; Urteil vom 30.07.2020 – VI ZR 397/19, juris Rn. 35 f. und Urteil vom 20.07.2021 – VI ZR 575/20, juris Rn. 33 m.w.N.) errechnet sich so unter Zugrundelegung des maßgeblichen Bruttokaufpreises von 55.693,69 € ein Nutzungsvorteil von 17.664,70 €.

(2) 98

Der Wert des streitgegenständlichen Fahrzeugs betrug unter Zugrundelegung eines nach den vorstehenden Erwägungen unter h) mit 10 % bemessenen Differenzschadens zum Zeitpunkt des Abschlusses des Kaufvertrags (55.693,69 € - 5.569,37 € =) 50.124,32 €.

99

bb)	
Selbst unter Zugrundelegung des Vorbringens der Beklagten zum aktuellen, auf dem freien Markt erzielbaren Restwert des Fahrzeugs (22.756,00 €) ist der Differenzschaden der Klägerin bei weitem nicht aufgezehrt.	
Denn nach den vorstehend unter aa) dargestellten Grundsätzen ist die Summe aus Nutzungsvorteilen und Restwert (17.664,70 € + 22.756,00 € = 40.420,70 €) dem um den Differenzschaden geminderten Wert des Fahrzeugs bei Abschluss des Kaufvertrags (50.124,32 €) gegenüberzustellen. Dieser Vergleich ergibt, dass die Summe aus Nutzungsvorteilen und Restwert den geminderten Kaufpreis <u>nicht</u> übersteigt oder auch nur annähernd erreicht und eine schadensmindernde Anrechnung auf den Differenzschaden daher nicht in Betracht kommt.	100
3.	101
Der Zinsanspruch ergibt sich aus §§ 291, 288 Abs. 1 Satz 2 BGB i. V. m. §§ 253 Abs. 1, 261 Abs. 1 ZPO.	
a)	102
Die Klage ist der Beklagten ausweislich der Postzustellungsurkunde Bl. 164 d. A. am 25.10.2019 zugestellt worden. Der Zinslauf beginnt analog § 187 Abs. 1 BGB einen Tag später (vgl. BGH, Urteil vom 24.01.1990 – VIII ZR 296/88, juris Rn. 25).	
b)	103
Der Umstand, dass die Klägerin ursprünglich „großen“ Schadensersatz begehrt hat, nunmehr aber nur noch den Ersatz des Differenzschadens verlangt, steht der Verzinsung des zuerkannten Betrages bereits ab dem Zeitpunkt der Klagezustellung nicht entgegen.	
Der Übergang von einem auf §§ 826, 31 BGB gestützten Antrag auf „großen“ Schadensersatz zu einem auf § 823 Abs. 2 BGB i. V. m. § 6 Abs. 1, § 27 Abs. 1 EG-FGV gestützten Antrag auf Ersatz des Differenzschadens führt nicht zur Änderung des Klagegrundes und stellt – wie bereits vorstehend unter 2. b) ausgeführt – dementsprechend keine Klageänderung i. S. v. §§ 533, 263 ZPO dar. Vielmehr handelt es sich um einen Fall von § 264 Nr. 2 ZPO (BGH, Urteil vom 23.04.2024 – VIa ZR 1132/22, juris Rn. 13 f.; so auch OLG Hamm, Urteil vom 15.09.2025 – 18 U 90/25, juris Rn. 9 m.w.N.).	104
c)	105
Zinsen für die Zeit vor dem 26.10.2019 kann die Klägerin nicht verlangen.	
Durch das anwaltliche Schreiben vom 30.01.2019 ist kein Verzug begründet worden. Zu diesem Zeitpunkt war die Klägerin nicht <u>allein</u> aktivlegitimiert. Der Anspruch auf Ersatz des Differenzschadens gehörte – wie bereits vorstehend unter 2. a) ausgeführt – vielmehr zum Nachlass ihres verstorbenen Ehemannes. Dessen Erben sind ausweislich des Erbscheins des Amtsgerichts Castrop-Rauxel vom 21.11.2017 neben der Klägerin auch die gemeinsamen Kinder, mithin eine Erbengemeinschaft.	106
Gem. § 2039 Satz 1 BGB war die Klägerin als Mitglied dieser Erbengemeinschaft zwar befugt, die Beklagte zu mahnen und hierdurch in Verzug zu setzen (Grüneberg/Weidlich, a.a.O., § 2039 BGB, Rn. 1; Löhnig in Staudinger (2020), § 2039 BGB, juris Rn. 21).	107
Der einzelne Miterbe kann regelmäßig aber nur Leistung an <u>alle</u> Miterben fordern und nicht an sich allein, wie es die Klägerin im anwaltlichen Schreiben vom 30.01.2019 aber getan hat, und zwar auch nicht in Höhe des seinem Anteil entsprechenden Teils der Forderung (Löhnig	108

in Staudinger, a.a.O., § 2039 BGB, juris Rn. 22). Zum Zeitpunkt des anwaltlichen Schreibens war der Anspruch auch noch nicht an die Klägerin „abgetreten“ bzw. durch Teilauseinandersetzung aus der gesamthänderischen Bindung der Erbengemeinschaft herausgelöst (hierzu vorstehend unter 2. a)). Die „Abtretung“ erfolgte erst mehrere Monate später Ende August 2019. Danach erweist sich die Mahnung im Ergebnis als unwirksam.

4. 109

Ein auf Erstattung vorgerichtlicher Rechtsanwaltskosten gerichteter Schadensersatzanspruch nebst Zinsen steht der Klägerin nicht zu, weil ein solcher Erstattungsanspruch nur bestehen kann, wenn und soweit den klägerischen Prozessbevollmächtigten überhaupt ein entsprechender Honoraranspruch gegen ihre Mandantin, die Klägerin, zusteht.

Dies ist im Ergebnis nicht der Fall, weil die Klägerin dem Honoraranspruch ihrer Prozessbevollmächtigten bezogen auf deren außergerichtliche Tätigkeit einen Schadensersatzanspruch in gleicher Höhe entgegenhalten kann, welcher der Durchsetzung des Honoraranspruchs gem. § 242 BGB (dolo agit) entgegensteht (vgl. OLG Düsseldorf, Beschluss vom 28.04.2025 – 24 U 166/23, juris Rn. 15 ff.). 110

Wie bereits vorstehend unter 3. c) ausgeführt, hat die außergerichtliche Tätigkeit der klägerischen Prozessbevollmächtigten nicht einmal dazu geführt, dass die Beklagte in Verzug geraten ist und war mithin nutzlos. Ursache hierfür ist, dass die klägerischen Prozessbevollmächtigten lediglich ein im Wesentlichen aus vorgefertigten Textbausteinen bestehendes Formschreiben an die Beklagte versandt haben, ohne zuvor ihrer Pflicht zur Klärung des Sachverhalts nachzukommen. 111

a) 112

Es gehört zu den grundlegenden Pflichten eines Anwalts, zu Beginn eines Mandats den Sachverhalt möglichst genau zu klären, zu dem er beratend tätig werden soll. Dabei darf er zwar den tatsächlichen Angaben des Mandanten vertrauen und braucht, solange er deren Unrichtigkeit nicht kennt, keine eigenen Nachforschungen anzustellen. Erscheint jedoch nach den Umständen für eine zutreffende rechtliche Einordnung die Kenntnis weiterer Tatsachen erforderlich und ist deren rechtliche Bedeutsamkeit für den Mandanten nicht ohne Weiteres ersichtlich, darf sich der Anwalt nicht mit dem begnügen, was sein Auftraggeber berichtet, sondern hat sich durch zusätzliche Fragen um eine ergänzende Aufklärung zu bemühen (BGH, Urteil vom 19.01.2006 – IX ZR 232/01, juris Rn. 22).

b) 113

Gemessen an diesen Grundsätzen hätten die klägerischen Prozessbevollmächtigten anhand der ihnen ausweislich des Schreibens vom 30.01.2019 (dort S. 1) zu diesem Zeitpunkt bereits vorliegenden Kaufunterlagen bei gewissenhafter Prüfung ohne Weiteres erkennen können und müssen, dass ursprünglicher Käufer des streitgegenständlichen Fahrzeugs nicht die Klägerin („unsere Mandantschaft“), sondern ihr – zum Zeitpunkt der Beauftragung längst verstorbener – Ehemann war, so dass sich eine Berechtigung der Klägerin zur Geltendmachung von Schadensersatzansprüchen aus eigenem Recht nicht ohne Weiteres ergab.

In der Folge hätten sie daher nachfragen und namentlich die Erbfolge klären müssen. Dabei wäre ihnen dann bei pflichtgemäßem Verhalten aufgefallen, dass die Erbengemeinschaft noch gar nicht auseinandergesetzt war mit der Folge, dass die Klägerin zwar – wie bereits vorstehend ausgeführt – gem. § 2039 Satz 1 BGB im Grundsatz allein tätig werden, Leistung aber gerade nicht an sich allein verlangen durfte. 114

115

Dementsprechend hätten sie einen oder mehrere Textbausteine individuell auf den Sachverhalt anpassen müssen, um die Beklagte wirksam in Verzug zu setzen. Eben dies haben sie nicht getan, sondern in der Sache nur ein im Ergebnis wirkungsloses Schreiben an die Beklagte erstellt und hierdurch die Klägerin mit einem Honoraranspruch belastet, der zugleich ihren Schaden darstellt.

III.

116

Die Kostenentscheidung beruht auf §§ 92 Abs. 1 Satz 1, Abs. 2 Nr. 1 (analog), 97 Abs. 1, 516 Abs. 3 Satz 1 ZPO; die Entscheidung über die vorläufige Vollstreckbarkeit folgt aus §§ 708 Nr. 10, 709 Satz 2, 711 Satz 1 und 2 ZPO. 117

Die Zulassung der Revision beruht auf § 543 Abs. 2 ZPO. Die Rechtssache hat grundsätzliche Bedeutung. Außerdem erfordert die Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung eine Entscheidung des Revisionsgerichts. Die Frage, wie die Rechtsprechung des EuGH, namentlich die Entscheidung vom 14.07.2022 – C-128/20, im Hinblick auf die Auslegung des Art. 5 Abs. 2 Satz 2 der Verordnung (EG) Nr. 715/2007 konkret zu verstehen ist, ist weiterhin nicht abschließend geklärt, insbesondere, auf welche Kriterien in räumlicher und zeitlicher Hinsicht abzustellen ist, um die Voraussetzungen der ungeschriebenen „Rückausnahme“ (hierzu vorstehend unter II. 2. d) bb)) zu bejahen und ob hierneben das Fehlen anderweitiger technischer Möglichkeiten zum Motorschutz kumulativ erforderlich ist. 118