Oberlandesgericht Nürnberg - Endurteil vom 12.09.2024 - 16 U 64/22

Archivdruck des veröffentlichten amtlichen Entscheidungstextes

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

Amtliche Fundstelle: https://www.gesetze-bayern.de/Content/Document/Y-300-Z-BECKRS-B-2024-N-34034

Titel:
Anspruch des Erwerbers eines Diesel-Fahrzeugs mit AGR-Basiskennfeldbedatung auf Ersatz des Differenzschadens
Normenketten:
BGB § 31, 823 Abs. 2
EG-FGV § 6 Abs. 1, § 27 Abs. 1
Fahrzeugemissionen- VO Art. 3 Nr. 10, Art. 5 Abs. 2
Leitsatz:
Einem Fahrzeugerwerber steht ein Anspruch auf den sog. Differenzschaden aus § 823 Abs. 2 BGB iVm § 6 Abs. 1, § 27 Abs. 1 EG-FGV zu, wenn der Fahrzeughersteller eine unzutreffende Übereinstimmungsbescheinigung erteilt hat, weil das streitgegenständlicher Fahrzeug mit einer unzulässigen Abschalteinrichtung im Sinne des Art. 5 Abs. 2 der Verordnung (EG) Nr. 715/2007 ausgerüstet ist (hier bejaht im Hinblick auf eingesetzte AGR-Basiskennfeldbedatung). (Rn. 14 – 28) (redaktioneller Leitsatz)
Schlagworte:
Schadensersatz, Schutzgesetz, Dieselskandal, unzulässige Abschalteinrichtung, EA 288, Rate der Abgasrückführung, Basiskennfeldbedatung, EG-Typgenehmigung, Übereinstimmungsbescheinigung, Differenzschaden
Vorinstanz:
LG Weiden, Urteil vom 10.12.2021 – 11 O 313/21
Tenor
I. Auf die Berufung des Klägers wird das Urteil des Landgerichts Weiden i.d. OPf. vom 10. Dezember 2021, Az. 11 O 313/21, abgeändert:
1. Die Beklagte wird verurteilt, an die Klagepartei 3.082,29 € nebst Zinsen hieraus in Höhe von fünf Prozentpunkten über dem jeweiligen Basiszinssatz seit dem 19. August 2021 zu zahlen.
2. Im Übrigen wird die Klage abgewiesen.
II. Die weitergehende Berufung der Klagepartei wird zurückgewiesen.
III. Die Kosten des Berufungsverfahrens werden gegeneinander aufgehoben. Von den Kosten des Rechtsstreits erster Instanz tragen die Klagepartei 87 % und die Beklagte 13 %.
IV. Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar.
Beschluss
Der Streitwert wird für das Berufungsverfahren auf bis zu 7.000,00 € festgesetzt.
Entscheidungsgründe
I.
1
Von der Darstellung des Tatbestands wird gemäß § 540 Abs. 2, § 313 a Abs. 1 Satz 1 ZPO abgesehen.
II.
2
Auf die zulässige Berufung der Klagepartei war das erstinstanzliche Urteil abzuändern. Denn der Klagepartei steht ein Anspruch auf den zuletzt alleine noch geltend gemachten sog. „Differenzschaden“ aus § 823 Abs. 2 BGB i.V.m. § 6 Abs. 1, § 27 Abs. 1 EG-FGV zu. Die Beklagte hat eine unzutreffende Übereinstimmungsbescheinigung erteilt, weil das streitgegenständliche Fahrzeug mit einer unzulässigen Abschalteinrichtung im Sinne des Art. 5 Abs. 2 der Verordnung (EG) Nr. 715/2007 ausgerüstet ist. Aufgrund vorzunehmender Vorteilsanrechnung besteht der Anspruch allerdings nur (noch) in Höhe von 3.082,29 €. Die weitergehende Berufung war zurückzuweisen. Insbesondere sind auch Ansprüche auf Ersatz vorgerichtlicher Rechtsanwaltskosten vom „Differenzschaden“ nicht erfasst.

3
1. a) Wie der Bundesgerichtshof nach Erlass des landgerichtlichen Urteils auf der Grundlage der Vorgaben des Europäischen Gerichtshofs (vgl. Urteil vom 21. März 2023 – C-100/21, NJW 2023, 1111) entschieden hat, steht dem Käufer eines Kraftfahrzeugs, das mit einer unzulässigen Abschalteinrichtung im Sinne des Art. 5 der Verordnung (EG) Nr. 715/2007 versehen ist, nach § 823 Abs. 2 BGB i.V.m. § 6 Abs. 1, § 27 Abs. 1 EG-FGV zwar kein Anspruch auf Rückabwicklung des mit dem Verkäufer geschlossenen Vertrags zu (vgl. BGH, Urteil vom 26. Juni 2023 – VIa ZR 335/21, Rn. 19 ff. bei juris). Jedoch hat der Käufer einen Anspruch auf Ersatz des sog. „Differenzschadens“. Der Schadenersatzanspruch knüpft dabei an die Übereinstimmungsbescheinigung an, die unzutreffend ist, wenn das Kraftfahrzeug mit einer gemäß Art. 5 Abs. 2 der Verordnung (EG) Nr. 715/2007 unzulässigen Abschalteinrichtung ausgerüstet ist. Die Bescheinigung weist dann eine tatsächlich nicht gegebene Übereinstimmung des konkreten Kraftfahrzeugs mit Art. 5 Abs. 2 der Verordnung (EG) Nr. 715/2007 aus. § 6 Abs. 1, § 27 Abs. 1 EG-FGV i.V.m. Art. 5 der Verordnung (EG) Nr. 715/2007 schützen zwar das Vertrauen des Käufers auf die Übereinstimmung des Fahrzeugs mit allen maßgebenden Rechtsakten beim Fahrzeugkauf. Der Schutz erstreckt sich aber nicht auf das Interesse des Käufers, nicht an dem Vertrag festgehalten zu werden. Das Unionsrecht verlangt nicht, dass der Käufer so zu stellen ist, als habe er den Kaufvertrag nicht abgeschlossen. Gleichwohl ist dem Käufer nach Maßgabe der Differenzhypothese ein „Differenzschaden“ entstanden (vgl. BGH, a.a.O., Rn. 28). Auf Grund möglicher Maßnahmen durch die Zulassungsbehörde gemäß § 5 Abs. 1 FZV steht die zweckentsprechende Nutzung des erworbenen Fahrzeugs in Frage, was den objektiven Wert des Kaufgegenstands im Zeitpunkt des Vertragsschlusses mindert (vgl. BGH, a.a.O., Rn. 41). Dieser „Differenzschaden“ ist auf eine Bandbreite zwischen 5 % und 15 % des Kaufpreises rechtlich begrenzt (vgl. BGH, a.a.O., Rn. 73).
4
b) Die Beklagte hat eine unzutreffende Übereinstimmungsbescheinigung erteilt, da das streitgegenständliche Fahrzeug eine unzulässige Abschalteinrichtung im Bereich der Basiskennfeldbedatung der Rate der Abgasrückführung (AGR) und der implementierten Korrekturfunktionen aufweist.
5
aa) Wie ausgeführt, ist eine Übereinstimmungsbescheinigung dann unzutreffend, wenn das betreffende Kraftfahrzeug mit einer gemäß Art. 5 Abs. 2 der Verordnung (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 Verordnung (EG) Nr. 715/2007 ausweist. Auf den Inhalt der zugrundeliegenden EG-Typgenehmigung kommt es nicht an (BGH, a.a.O., Rn. 34).
6
bb) Unter welchen konkreten Umständen eine unzulässige Abschalteinrichtung vorliegt, richtet sich nach Art. 3 Nr. 10, Art. 5 Abs. 2 Satz 1 der Verordnung (EG) Nr. 715/2007.
7
Als „Abschalteinrichtung“ definiert Art. 3 Nr. 10 der Verordnung (EG) Nr. 715/2007 „ein Konstruktionsteil, das die Temperatur, die Fahrzeuggeschwindigkeit, die Motordrehzahl (UpM), den eingelegten Getriebegang, den Unterdruck im Einlasskrümmer oder sonstige Parameter ermittelt, um die Funktion eines beliebigen Teils des Emissionskontrollsystems zu aktivieren, zu verändern, zu verzögern oder zu deaktivieren, wodurch die Wirksamkeit des Emissionskontrollsystems unter Bedingungen, die bei normalem Fahrzeugbetrieb vernünftigerweise zu erwarten sind, verringert wird“.
8
(1) 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 Verordnung (EG) Nr. 715/2007“ ist der Klagepartei zugewiesen (BGH, a.a.O., Rn. 53). Sie umfasst insoweit – wie die ausdrückliche Inbezugnahme der einschlägigen Vorschriften zeigt – grundsätzlich auch schon den Vortrag, dass durch die Funktionsänderung überhaupt „die Wirksamkeit des Emissionskontrollsystems unter Bedingungen, die bei normalem Fahrzeugbetrieb vernünftigerweise zu erwarten sind, verringert wird“
9
Die schlichte Behauptung, die jeweils inkriminierte Funktionsänderung beeinflusse das

Emissionskontrollsystem in einer Weise, durch die seine Wirksamkeit verringert wird, ist im klägerischen Vorbringen in den sog. „Diesel-Verfahren“ regelmäßig zumindest konkludent enthalten. Weitergehender eigener Vortrag zu konkreten Auswirkungen, insbesondere zum Vergleich der Wirksamkeit des unverändert funktionierenden und derjenigen des verändert funktionierenden „Gesamtsystems“, kann von den Klageparteien hingegen nicht erwartet werden.

10

Die Klagepartei hat vorliegend durch ihre Behauptung, das streitgegenständliche Fahrzeug verfüge über eine unzulässige temperaturabhängige Abschalteinrichtung (Thermofenster von 20 bis 30 Grad Celsius), da die Software zur Reduzierung der Abgasrückführung die Wirksamkeit des Emissionskontrollsystems unter Bedingungen, die bei normalem Fahrzeugbetrieb vernünftigerweise zu erwarten sind, einschränke, insoweit zunächst ausreichend vorgetragen, zumal die Beklagtenseite zunächst selbst den Verbau eines „weiten“ außentemperaturgesteuerten Thermofensters im Temperaturbereich zwischen -24 und +70 Grad Celsius unstreitig stellt. Weiter hat die Klagepartei mit Schriftsatz vom 25. Juli 2024 ergänzend zu jüngst in Parallelverfahren u.a. durch das OLG Karlsruhe und das OLG Köln ergangenen Entscheidungen vorgetragen, wonach es auch in dem von der Beklagten genannten Temperaturbereich zu einer unzulässigen Anpassung der Abgasrückführungsrate kommen könne.

11

Hinsichtlich der zugrundezulegenden Tatsachen sind zugunsten der Klagepartei auch die vom Senat in seinem vorterminlichen Hinweis im Termin vom 26. Juli 2024 als gerichtsbekannt (§ 291 ZPO) dargelegten Grundsätze zur Steuerung der AGR in EA 288-Motoren zugrundezulegen, die von der Beklagten zuletzt (mit Schriftsatz vom 30. Juli 2024) binnen nachgelassener Schriftsatzfrist inhaltlich bestätigt wurden. Die Klagepartei ist dem nicht entgegengetreten.

12

Nach dem Grundsatz der Gleichwertigkeit des Parteivorbringens kann sich die Klagepartei die von ihrem Sachvortrag abweichenden Behauptungen der Beklagtenseite hilfsweise zu eigen machen und ihre Klage darauf stützen (vgl. BGH, Urteil vom 23. Juni 1989 – V ZR 125/88, Rn. 16 bei juris m.w.N.). Dabei ist es nicht erforderlich, dass sich die Klagepartei dem Vorbringen der beklagten Partei ausdrücklich anschließt, weil nach allgemeinen Grundsätzen davon auszugehen ist, dass der Prozessgegner sich ein für ihn günstiges Vorbringen der Gegenseite zumindest hilfsweise zu eigen macht, insbesondere, wenn es nicht im Widerspruch zu seinen eigenen Ausführungen steht (vgl. BGH, Urteil vom 17. Januar 1995 – X ZR 88/93, Rn. 20; Beschluss vom 6. September 2022 – VIII ZR 352/21, Rn. 15, jeweils bei juris). Wenn die Klagepartei den Vortrag der beklagten Partei allerdings bestreitet, ist es nicht zulässig, ihr einen Erfolg aufzunötigen, den sie mit dieser tatsächlichen Begründung nicht haben will (vgl. BGH, Urteil vom 23. Juni 1989 – V ZR 125/88, Rn. 16, bei juris). Selbiges muss auch für als gerichtskundig dargelegte Tatsachen gelten.

13

Der Senat geht daher davon aus, dass sich die Klagepartei die vom Senat als offenkundig dargelegten Tatsachen und den nicht im Widerspruch zu ihrem Vorbringen stehenden Tatsachenvortrag der Beklagten zur Steuerung der Abgasrückführung zumindest hilfsweise – soweit für sie günstig – zu eigen macht.

14

(2) Hinsichtlich des beklagtenseits eingesetzten AGR-Systems wurde vom Gerichtshof der Europäischen Union bereits entschieden, dass auch diese sog. „motorinterne Strategie“, die darin besteht, die Entstehung von Schadstoffen im Motor selbst zu verringern, dem Begriff des „Emissionskontrollsystems“ unterfällt. Aus Art. 3 Nr. 10 der Verordnung (EG) Nr. 715/2007 könne nicht geschlossen werden, dass eine solche motorinterne Einrichtung technisch nicht zum Emissionskontrollsystem gehören könnte, weil sie es ermöglicht, die Menge der NOx-Emissionen anhand im Voraus festgelegter Parameter zu kontrollieren (EuGH, Urteil vom 17. Dezember 2020 – C-693/18, NJW 2021, 1216, Rn. 90). Anders ausgedrückt: Indem sich der Fahrzeughersteller entscheidet, den motorinternen Verbrennungsvorgang zur Abgasreinigung zu verwenden, unterstellt er den gesamten Vorgang auch dem Regime des Art. 3 Nr. 10 der Verordnung (EG) Nr. 715/2007.

15

Die Argumentation der Beklagten, es sei hier bereits im Vorhinein festgelegt, welche AGR-Rate (Verhältnis zwischen der dem Brennraum zugeführten Abgasmenge und der gleichzeitig zugeführten Frischluftmenge) wann zu Einsatz komme (sog. AGR-Basiskennfeldbedatung) und es erfolge daher keine

Korrektur der AGR-Rate, sondern es gehe um die Definition der einzustellenden AGR-Rate für eine bestimmte Betriebsart, die Korrektur der AGR-Rate erfolge erst später auf einer zweiten Stufe, ändert nichts daran, dass es sich – entsprechend der Rechtsprechung des EuGH – auch bei einer solch von vorneherein festgelegten AGR-Rate um einen Eingriff in das Emissionskontrollsystem handelt. Dieser motorinternen Strategie ist ein geregeltes „Abschalten“ inhärent. Anderenfalls könnte auch eine schlichte Basiskennfeldbedatung, die etwa bei einer unter 15 Grad Celsius sinkenden Außentemperatur eine andere AGR-Rate durch die Motorsteuerung festlegt, nicht als Abschalteinrichtung behandelt werden. Auch die AGR-Basiskennfeldbedatung unterfällt damit dem Begriff des Emissionskontrollsystems. Dies gilt erst recht für die seitens der Beklagten geschilderte zusätzliche Korrektur der AGR-Rate, die in einem zweiten Schritt, je nach Umgebungs- oder Betriebsbedingung, zu einer Verringerung oder Erhöhung der AGR-Rate führen kann.

16

(3) Es liegt hier sowohl hinsichtlich der innermotorischen Messdatenerfassung als auch durch die Verwertung dieser Daten in der Motorsteuerung ein Konstruktionsteil im Sinne der Bestimmung vor. Wie vom EuGH entschieden, geht aus Art. 3 Nr. 10 der Verordnung (EG) Nr. 715/2007 hervor, dass unter den Begriff der Abschalteinrichtung im Sinne dieser Bestimmung „ein“, das heißt jedes Konstruktionsteil fällt. Eine solche Definition der Abschalteinrichtung verleihe dem Begriff „Konstruktionsteil“ eine große Tragweite, die sich sowohl auf die mechanischen Teile als auch auf die ihre Aktivierung steuernden elektronischen Teile erstreckt, soweit sie auf die Funktion des Emissionskontrollsystems einwirken und dessen Wirksamkeit verringern. (EuGH, Urteil vom 17. Dezember 2020 – C-693/18, NJW 2021, 1216, Rn. 64). Auch eine in den Rechner zur Motorsteuerung integrierte oder auf ihn einwirkende Software ist daher ein „Konstruktionsteil“ im Sinne dieser Bestimmung, da sie auf die Funktion des Emissionskontrollsystems einwirkt und dessen Wirksamkeit verringert (EuGH, a.a.O., Rn. 68).

17

Der Begriff des Konstruktionsteils ist demnach weder auf eine Temperaturmessung außerhalb des Fahrzeugs, noch überhaupt auf eine Messung der Temperatur beschränkt, sondern erfasst im Grundsatz auch innermotorische Messungen, also die Messung und Erfassung sämtlicher weiteren Parameter (u.a. auch Temperatur- und Druckmessungen) und deren Verwertung in der Motorsteuerungssoftware, wenn sie von ihrer Funktion her darauf ausgerichtet sind, ein beliebiges Teil des Emissionskontrollsystems (hier die AGR-Rate) zu aktivieren, zu verändern, zu verzögern oder zu deaktivieren. Insbesondere durch die beklagtenseits dargelegte Bedatung und stetige Anpassung der AGR-Rate in Abhängigkeit von innermotorischen Temperaturgrößen (interne Faktoren wie: Temperatur des Kühlmittels, des Motoröls, des rückgeführten Abgases) und auch von sich verändernden Umweltbedingungen (externe Faktoren wie: Umgebungstemperatur, Temperatur der angesaugten Frischluft) und die unter Bezugnahme auf einen Sachverständigen in einem österreichischen Zivilverfahren gemachten Ausführungen, wonach viele Funktionen innerhalb der Motorsteuerungssoftware an Eingangsparameter wie Temperaturen, Fahrzeuggeschwindigkeit, Motordrehzahl, Getriebeparameter, Leistungsanforderungen und dergleichen geknüpft sind, erfüllen die Voraussetzungen eines Konstruktionsteils im Sinne der Bestimmung, da sie im Grundsatz die AGR-Rate mitbestimmen und diese (also das Emissionskontrollsystem) verändern. Ob die AGR-Rate letztlich durch eine Temperaturmessung mittels eines außen am Fahrzeug liegenden Sensors oder durch Messungen im Motorinneren gesteuert wird, ist für die rechtliche Bewertung unerheblich (so auch OLG Karlsruhe, Urteil vom 7. Mai 2024 – 8 U 8/22, BeckRS 2024, 10381, Rn. 50). Dass die eingesetzten Konstruktionsteile darauf ausgerichtet sind, ein beliebiges Teil des Emissionskontrollsystems (also hier die AGR-Rate) zu aktivieren, zu verändern, zu verzögern oder zu deaktivieren, wird von der Beklagten gerade nicht in Abrede gestellt, da sie selbst vorträgt, dass sowohl jede Basiskennfeldbedatung, als auch die im zweiten Schritt durchgeführte Anpassung der AGR-Rate deren Veränderung beinhaltet.

18

(4) Die erforderliche Verringerung der Wirksamkeit des Emissionskontrollsystems unter Bedingungen, die bei normalem Fahrzeugbetrieb vernünftigerweise zu erwarten sind, wird von der Beklagten nicht substantiiert in Abrede gestellt, wobei dahinstehen kann, ob es hierbei auf die sog. „End-of-pipe“-Emissionen ankommt, also beispielsweise eine – durch eine Verringerung der AGR-Rate bedingte – Erhöhung von NOx-Roh-Emissionen, eine Kompensation durch das System der Abgasnachbehandlung zu berücksichtigen wäre (so BGH, Urteil vom 26. Juni 2023 – VIa ZR 335/21, Rn. 51

bei juris; Schröder, NZV 2023, 441 Rn. 48; offengelassen von VG Schleswig, Urteil vom 20. Februar 2023 – VG 3 A 113/18, BeckRS 2023, 2863, Rn. 208).

19

Nach dem Wortlaut der Vorschrift wird jede Verringerung der Wirksamkeit des Emissionskontrollsystems erfasst, d.h. jede relative Veränderung im Vergleich zweier Werte. Auf den Grad der Veränderung kommt es demnach nicht an (VG Schleswig, a.a.O., Rn. 219). Maßstab für die Frage der Zulässigkeit einer solchen Funktionsänderung ist „nicht die Einhaltung des Grenzwerts“ (im Prüfstandsbetrieb), sondern die „Wirksamkeit des unverändert funktionierenden Emissionskontrollsystems unter den Bedingungen des normalen Fahrbetriebs“, zu deren Beurteilung es eines „Vergleichs der Wirksamkeit des unverändert funktionierenden und derjenigen des verändert funktionierenden Gesamtsystems“ bedarf (BGH, Urteil vom 26. Juni 2023 – VIa ZR 335/21, Rn. 51 bei juris). Mit anderen Worten: Nach der Entscheidung des Bundesgerichtshofs ist eine Funktionsänderung nicht erst dann als (grundsätzlich) unzulässig einzustufen, wenn sie kausal dafür ist, dass geltende Grenzwerte nicht überschritten werden (in absoluter Hinsicht), sondern immer schon dann, wenn sie im Rahmen einer Gesamtbetrachtung des Emissionskontrollsystems zu einer relativen (und sei es auch nur einer geringfügigen) Herabsetzung von dessen Wirksamkeit führt.

20

Die Beklagte führt ausdrücklich aus, dass, soweit die aufgrund innermotorischer Temperaturgrößen veranlasste Anpassung der AGR-Rate überhaupt zu einer Erhöhung der NOx-Emissionen im normalen Fahrbetrieb führe, dies aus Gründen, die nach der Rechtsprechung des EuGH unter den Ausnahmetatbestand des Motorschutzes fielen, erfolge. Sie stellt damit im Grundsatz nicht in Abrede, dass es zu solchen Erhöhungen kommen kann, stellt damit eine mögliche Erhöhung unstreitig.

21

Soweit die Beklagte in Abrede stellt, dass die Basiskennfeldbedatung aufgrund zahlreicher zu bewältigender Zielkonflikte eine Beeinträchtigung der Wirksamkeit des Emissionskontrollsystems beinhalte, kann dem weder bei der Basiskennfeldbedatung, noch bei der technisch jeweils erforderliche Anpassung bzw. Korrektur der AGR-Rate an die konkreten Gegebenheiten gefolgt werden. Denn anderenfalls wäre der Fahrzeughersteller in deren Ausgestaltung völlig frei, könnte damit den Anwendungsbereich des Art. 3 Nr. 10 der Verordnung (EG) Nr. 715/2007 selbst bestimmen. Dass dies nicht dem Hersteller überlassen werden soll, ergibt sich unabhängig von der Frage der Anwendbarkeit auf das streitgegenständliche Fahrzeug mittelbar auch aus den Regelungen des Unionsrechts zu Standardemissionsstrategien und zusätzlichen Emissionsstrategien (vgl. Art. 2 Nrn. 43, 44 und Art. 5 Abs. 11 der Verordnung (EU) 2017/1151 der Kommission vom 1. Juni 2017 i.d.F. der Verordnung (EU) 2017/1154 der Kommission vom 7. Juni 2017 und bereits entsprechend in der Verordnung (EG) Nr. 692/2008 i.d.F. vom 16. Mai 2016 – RDE2-Verordnung). Diese Regelungen, die ausweislich der Erwägungen im Zusammenhang mit dem Verbot von Abschalteinrichtungen stehen (vgl. dort insbesondere Erwägungsgrund 24), verlangen herstellerseits in Art. 5 Abs. 11 der Verordnung (EU) 2017/1151 die Informationen über den Betrieb aller zusätzlichen Emissionsstrategien (AES) und Standard-Emissionsstrategien (BES), einschließlich einer Beschreibung der von jeder AES veränderten Parameter und der Grenzen, innerhalb deren die AES arbeiten, sowie Angaben darüber, welche AES und BES unter den Bedingungen des Prüfverfahrens gemäß dieser Verordnung voraussichtlich aktiv sind. Sie verdeutlichen, dass es hier einer Überprüfung des konkreten Einzelfalls durch die zuständige Behörde vor Erteilung der Typengenehmigung bedarf (laut Erwägungsgrund 24 soll der Behörde gerade ermöglicht werden, die Auswirkungen von zusätzlichen Emissionsstrategien auf Gesundheit und Umwelt zu beurteilen), diese Bedatungen also nicht alleine dem Hersteller überlassen bleiben. Dies steht der Annahme entgegen, dass AES und BES schon tatbestandlich keine Abschalteinrichtungen beinhalten können.

22

Dahinstehen kann, ob dann, wenn es sich um Einstellungen handelt, die sicherstellen, dass Motor und Abgasrückführung überhaupt funktionieren, bereits tatbestandlich nicht mehr von einer Verringerung der Wirksamkeit des Emissionskontrollsystems gesprochen werden kann (so wohl VG Schleswig; a.a.O., Rn. 416; OLG Hamm, Urteil vom 21. November 2023 – I-19 U 281/21, BeckRS 2023, 36035, Rn. 36) oder ob diese Frage auf der Rechtfertigungsebene aus Motorschutzgründen (Art. 5 Abs. 2 Satz 2 Buchst. a der Verordnung (EG) Nr. 715/2007) zu verorten ist und ob dies nur insoweit gilt, als es zu keiner Veränderung der Wirksamkeit des Emissionskontrollsystems (in seiner Gesamtheit) kommt. Denn in jedem Fall wäre

hierzu ein Sachvortrag erforderlich, der dem Gericht eine umfassende Beurteilung ermöglicht. Dies gilt auch, wenn dem KBA die entsprechenden Daten offengelegt und gegebenenfalls geprüft wurden, denn, wie der Bundesgerichtshof im Urteil vom 26. Juni 2023 – VIa ZR 335/21, Rn. 34 bei juris entschieden hat, kann die Tatbestandswirkung einer EG-Typgenehmigung einem Anspruch des Fahrzeugkäufers auf Ersatz des Differenzschadens nach § 823 Abs. 2 BGB i.V.m. § 6 Abs. 1, § 27 Abs. 1 EG-FGV jedenfalls auf Tatbestandsebene nicht entgegengehalten werden. Folglich ist im Zivilprozess – unabhängig von einer erteilten Typengenehmigung und dem dieser zugrundeliegenden Prüfungsumfang – die Frage einer unzulässigen Abschalteinrichtung eigenständig zu prüfen.

23

In der vorliegenden Konstellation greifen nach Auffassung des Senats unter den gegebenen Umständen die Grundsätze der sog. sekundären Darlegungslast ein (vgl. hierzu Zöller/Greger, ZPO, 35. Aufl. 2024, § 138 Rn. 8 b m.w.N.). Eine sekundäre Darlegungslast kann den Prozessgegner der primär darlegungsbelasteten Partei treffen, wenn diese keine nähere Kenntnis der maßgeblichen Umstände und auch keine Möglichkeit zur weiteren Sachaufklärung hat, während der Gegner alle wesentlichen Tatsachen kennt und es ihm unschwer möglich und zumutbar ist, nähere Angaben zu machen. Genügt der Anspruchsgegner seiner sekundären Darlegungslast nicht, gilt die Behauptung des Anspruchstellers nach § 138 Abs. 3 ZPO als zugestanden (BGH, Urteil vom 24. März 2022 – VII ZR 266/20, Rn. 24 bei juris; Urteil vom 16. September 2021 – VII ZR 192/20, NJW 2022, 321, Rn. 26; Urteil vom 8. März 2021 – VI ZR 505/19, NJW 2021, 1669, Rn. 25 ff. m.w.N.; Urteil vom 17. November 2022 – VII ZR 623/21, BeckRS 2022, 35297, Rn. 20). Es obliegt dem beklagten Fahrzeughersteller hiernach, seinerseits konkret zu den Auswirkungen einer konkret implementierten Funktionsänderung vorzutragen:

24

Die Klagepartei hat mit dem hier als unstreitig zugrundezulegenden Parteivorbringen über die zuvor beschriebene AGR-Basisbedatung und Korrektur der AGR-Rate die maßgebliche Hürde genommen, die darin besteht, dass sie ihrerseits zunächst wenigstens „greifbare Anhaltspunkte“ für die Richtigkeit ihrer Behauptung liefern muss (Zöller/Greger, a.a.O., vor § 284 Rn. 34 m.w.N.).

25

Nachdem die Beklagte eine mit der Basiskennfeldbedatung und anschließenden Korrektur einhergehende Verringerung der AGR-Rate und eine hiermit verbundene Erhöhung der NOx-Emissionen bereits nicht (substantiiert) in Abrede stellt und diesbezüglich nur allgemein und (dies auch nur auf innermotorische Temperaturgrößen bezogen) mit Motorschutzgründen argumentiert, wird sie mit ihrem Vortrag der sie treffenden sekundären Darlegungslast nicht gerecht. Was die vom BGH verlangte Gesamtbetrachtung (im Sinne einer Vergleichsbetrachtung) angeht, müsste sie umfassend zur Funktionsweise der „innermotorischen Messungen“ (insbesondere Temperaturmessungen aber auch andere Messungen) sowie den hieraus in der Motorsteuerung veranlassten Veränderungen bei der AGR-Rate in allen für die Beurteilung maßgebenden Einzelheiten vortragen. Der gebotene umfassende Vortrag müsste sowohl die isolierten Auswirkungen der „Messungen“ auf die Abgasreinigung als auch dessen Einfluss „unter dem Strich“ (d.h. unter Berücksichtigung sonstiger verbauter Komponenten) für die Wirksamkeit des Gesamtsystems der Emissionskontrolle behandeln. Der Vortrag müsste darüber hinaus auch eine Differenzierung nach den bei normaler Fahrzeugnutzung zu erwartenden, durchaus unterschiedlichen Betriebssituationen vornehmen, wie beispielsweise bei der am Anfang jeder Fahrt stehenden Warmlaufphase des Fahrzeugs nach dem Motorstart.

26

Sollte nämlich zumindest eine üblicherweise auftretende Fahrsituation verbleiben, für die unter irgendwelchen normalerweise möglichen Begleitumständen bei dem gebotenen „Vergleich der Wirksamkeit des unverändert funktionierenden und derjenigen des verändert funktionierenden Gesamtsystems“ eine tatsächliche Verringerung der Wirksamkeit des unveränderten Gesamtsystems nicht auszuschließen ist, dann würde die Behauptung, dass es sich beim dem/den verbauten „Konstruktionsteil(en)“ um eine unzulässige Abschalteinrichtung im Sinne der Art. 3 Nr. 10, Art. 5 Abs. 2 Satz 1 der Verordnung (EG) Nr. 715/2007 handelt, schon deshalb als unstreitig zu behandeln sein. Da die Beklagte ihrer sekundären Darlegungslast gar nicht erst (ausreichend) nachkommen ist, gilt die entsprechende Behauptung als zugestanden (§ 138 Abs. 3 ZPO).

27

(5) Mangels näheren Sachvortrags ist vorliegend auch zugrunde zu legen, dass die Änderungen –

zumindest teilweise – auch unter Fahrbedingungen stattfinden, wie sie im Unionsgebiet üblich sind. So sind nach dem EuGH, Urteil vom 14. Juli 2022 – C-128/20, NJW 2022, 2605, Rn. 41 ff. etwa Umgebungstemperaturen von weniger als 15 Grad Celsius sowie das Fahren auf Straßen über 1.000 Höhenmetern im Unionsgebiet üblich.

28

Nachdem hier keinerlei Angaben zu einzelnen Veränderungen, insbesondere in Bereichen, die nicht vom Prüfverfahren erfasst, aber im Unionsgebiet üblich sind, von der Beklagten gemacht werden, genügt sie wiederum ihrer sekundären Darlegungslast nicht, so dass die klägerische Behauptung, dass dies bereits bei Temperaturen außerhalb der Vorgabe für eine „Rollenmessung“ von 20 bis 30 Grad Celsius stattfinde, wiederum als zugestanden gilt.

29

(6) Die vorliegende Abschalteinrichtung ist nicht gemäß Art. 5 Abs. 2 der Verordnung (EG) Nr. 715/2007 ausnahmsweise zulässig.

30

(a) Die aufgrund des Beklagtenvorbringens hier allein in Betracht kommende Ausnahme nach Art. 5 Abs. 2 Satz 2 Buchst. a der Verordnung (EG) Nr. 715/2007 setzt voraus, dass die Einrichtung notwendig ist, um den Motor vor Beschädigung oder Unfall zu schützen und um den sicheren Betrieb des Fahrzeugs zu gewährleisten. Sie ist eng auszulegen. Die Voraussetzungen müssen zunächst kumulativ vorliegen (vgl. EuGH, Urteil vom 14. Juli 2022 – C-128/20, NJW 2022, 2605, Rn. 61; Urteil vom 8. November 2022 – C-873/19, NJW 2022, 3769, Rn. 88 m.w.N.; Urteil vom 21. März 2023 – C-100/21, NJW 2023, 1111, Rn. 62).

31

Eine Abschalteinrichtung kann hiernach nur dann ausnahmsweise zulässig sein, wenn nachgewiesen ist, dass diese Einrichtung ausschließlich notwendig ist, um die durch eine Fehlfunktion eines Bauteils verursachten unmittelbaren Risiken für den Motor zu vermeiden, wobei die Risiken so schwer wiegen müssen, dass sie eine konkrete Gefahr beim Betrieb des mit dieser Einrichtung ausgestatteten Fahrzeugs darstellen (vgl. EuGH, Urteil vom 14. Juli 2022 – C-128/20, NJW 2022, 2605, Rn. 62).

32

Eine Abschalteinrichtung ist ferner nur dann „notwendig“ im Sinne des Art. 5 Abs. 2 Satz 2 Buchst. a der Verordnung (EG) Nr. 715/2007, wenn zum Zeitpunkt der EG-Typgenehmigung keine andere technische Lösung die vorgenannten unmittelbaren Risiken abwenden kann (EuGH, a.a.O., Rn. 69).

33

Abgesehen von alledem entnimmt der EuGH dem Ziel der Verordnung einen ungeschriebenen Ausschlussgrund für die Anwendung der Ausnahme in Art. 5 Abs. 2 Satz 2 Buchst. a der Verordnung (EG) Nr. 715/2007, wonach 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, dem mit der Verordnung (EG) Nr. 715/2007 verfolgten Ziel, von dem diese Bestimmung nur unter ganz besonderen Umständen eine Abweichung zulässt, zuwiderliefe, da es hiermit zu einer unverhältnismäßigen Beeinträchtigung des Grundsatzes der Begrenzung der NOx-Emissionen von Fahrzeugen käme (vgl. EuGH, a.a.O. Rn. 63). Eine solche Abschalteinrichtung kann nicht notwendig sein (vgl. EuGH, a.a.O., Rn. 64).

34

(b) Die Beklagte, die die Darlegungs- und Beweislast dafür trägt, dass eine festgestellte Abschalteinrichtung zulässig ist (vgl. BGH, Urteil vom 26. Juni 2023 – VIa ZR 335/21, Rn. 54 bei juris), hat nicht dargelegt, dass die jeweils konkret gewählte Steuerung und Veränderung der AGR-Rate notwendig ist, um den Motor vor der dargelegten Beschädigung oder Unfall zu schützen und den sicheren Betrieb des Fahrzeugs zu gewährleisten. Zunächst beschränkt sie die Rechtfertigung rein auf Anpassungen der AGR-Rate, die auf innermotorische Temperaturgrößen beruhen, so dass aufgrund anderer Parameter veranlasste Anpassungen nicht gerechtfertigt wären. Indem sie vorträgt, dass es etwa zu Schmelzschäden am Ladeluftrohr, Rissen aufgrund thermischer Überbelastung der Kühlkassette des Ladeluftkühlers oder Schäden am Turbolader kommen könne, hat sie vielmehr nur allgemein Ausführungen dazu gemacht, welche Risiken bei dem Betrieb der Abgasrückführung bestehen. Ob diese Risiken vorliegen und unter die Ausnahmevorschrift fallen, kann aber letztlich dahinstehen. Entscheidend ist – und hierauf kommt es letztlich an – dass auch im konkreten Einzelfall keine andere technische Möglichkeit offensteht. Die Beklagte trägt noch nicht einmal ansatzweise vor, dass zum Zeitpunkt der

EG-Typgenehmigung keine andere technische Lösung zur Verfügung stand, die die von ihr behaupteten unmittelbaren Risiken hätte abwenden können.
35
Letztlich lässt sich mangels Substantiierung auch nicht erkennen und wird wiederum nicht dargelegt, ob die Bereiche in denen die AGR-Rate aus Motorschutzgründen unter normalen Betriebsbedingungen verringert ist, den überwiegenden Teil des Jahres funktionieren muss, damit der Motor vor Beschädigung oder Unfall geschützt und der sichere Betrieb des Fahrzeugs gewährleistet ist.
36
c) Für die Kausalität kann sich die Klagepartei auf den Erfahrungssatz berufen, dass sie den Kaufvertrag zu diesem Preis nicht geschlossen hätte (vgl. BGH, a.a.O., Rn. 55). Ein Käufer wird regelmäßig darauf vertrauen, dass die Zulassungsvoraussetzungen vorliegen und keine einschränkenden Maßnahmen mit Rücksicht auf unzulässige Abschalteinrichtungen erfolgen können (vgl. BGH, a.a.O., Rn. 56).
37
d) Die Beklagte handelte schuldhaft. Da sie ein Schutzgesetz objektiv verletzt hat, besteht eine Verschuldensvermutung, die die Beklagte ausräumen muss (vgl. BGH, a.a.O., Rn. 59). Maßgeblich hinsichtlich des Verschuldens ist der Zeitpunkt des Abschlusses des Kaufvertrags.
38
aa) Die Beklagte hat den Vorwurf einer zumindest fahrlässigen Inverkehrgabe einer unzutreffenden Übereinstimmungsbescheinigung zum Zeitpunkt des Fahrzeugerwerbs nicht durch die Berufung auf eine Verhaltensänderung widerlegt.
39
Dem Fahrzeughersteller kann unter Umständen der Vorwurf einer fahrlässigen Schädigung solcher Käufer nicht mehr gemacht werden, die ein Fahrzeug nach der Verhaltensänderung des Herstellers gekauft haben, wenn der Fahrzeughersteller die Verwendung einer unzulässigen Abschalteinrichtung in einer Art und Weise bekanntgegeben hat, die eine allgemeine Kenntnisnahme erwarten lässt, und er eine Beseitigung der betreffenden Abschalteinrichtung allgemein, d.h. insbesondere nicht nur für neue, sondern auch für gebrauchte Kraftfahrzeuge veranlasst hat (BGH, a.a.O., Rn. 61).
40
Soweit sich die Beklagte auf eine Änderung ihres Verhaltens durch die Information des Kraftfahrt-Bundesamts (KBA) über die Fahrkurvenerkennung im Oktober 2015 und das Angebot freiwilliger Software-Updates zur Entfernung der Fahrkurvenerkennung (soweit vorhanden) stützt, widerlegt dies ein Verschulden in Bezug auf die hier im AGR-Bereich verortete Abschalteinrichtung nicht. Die Beklagte trägt schon nicht vor, dass ein für das gegenständliche Fahrzeug entwickeltes und angebotenes Software-Update (auch) zu einer Beseitigung der Korrektur der AGR-Rate aufgrund innermotorischer Messungen führen würde.
41
Auch die vorgetragene Übermittlung der BES/AES-Dokumentation an die Typengenehmigungsbehörde beinhaltet keine Bekanntgabe, die eine allgemeine Kenntnisnahme erwarten lässt.
42
bb) Der von der Beklagten geltend gemachte unvermeidbare Verbotsirrtum ist nicht hinreichend dargelegt. Erforderlich wäre, dass sowohl der Irrtum als solcher wie auch die Unvermeidbarkeit konkret dargelegt und bewiesen wird (vgl. BGH a.a.O., Rn. 63). Auf die Frage, ob der Irrtum unvermeidbar war, kommt es erst dann an, wenn der Irrtum konkret dargelegt ist. 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 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 bei juris). Auf die Frage, ob eine Abschalteinrichtung durch das KBA genehmigt war oder genehmigt worden wäre, kommt es erst nach der Feststellung des Irrtums an (vgl. BGH, a.a.O., Rn. 15). Die Beklagte hat schon keinen konkreten Verbotsirrtum dargelegt. Sie hat keine Ausführungen zum Bewusstsein ihrer verfassungsmäßigen Vertreter in Bezug auf die Bedatung und Korrektur der AGR-Rate aufgrund innermotorischer Messungen gemacht. Im Übrigen kann sich ein Hersteller nicht ohne Weiteres und gestützt auf eine zu einem bestimmten Zeitpunkt mehr oder weniger verbreitete Auffassung von der

Zulässigkeit bestimmter Abschalteinrichtungen entlasten (vgl. BGH, Urteil vom 26. Juni 2023 – VIa ZR 335/21, Rn. 69 bei juris). Auf die Frage einer tatsächlichen oder hypothetischen Genehmigung durch das KBA kommt es damit schon nicht mehr an.

43

e) Bezüglich der Schätzung des „Differenzschadens“ in den Fällen des Vertrauens eines Käufers auf die Richtigkeit der Übereinstimmungsbescheinigung bei Erwerb eines mit einer unzulässigen Abschalteinrichtung versehenen Kraftfahrzeugs hat der BGH Vorgaben des Unionsrechts (vgl. EuGH, Urteil vom 21. März 2023 – C-100/21, NJW 2023, 1111) für die Anwendung des nationalen Rechts sowohl in Bezug auf die Untergrenze als auch auf die Obergrenze des nach § 823 Abs. 2 BGB i.V.m. §§ 6 Abs. 1, 27 Abs. 1 EG-FGV zu gewährenden Schadensersatzes gesehen, die das Schätzungsermessen des Senats innerhalb einer Bandbreite zwischen 5 % und 15 % des gezahlten Kaufpreises rechtlich begrenzen. Maßgebliche Faktoren für die Bestimmung des objektiven Werts des Fahrzeugs im Zeitpunkt des Vertragsschlusses sind unter anderem die mit der Verwendung einer unzulässigen Abschalteinrichtung verbundenen Nachteile, insbesondere das Risiko behördlicher Anordnungen, der Umfang in Betracht kommender Betriebsbeschränkungen und die Eintrittswahrscheinlichkeit solcher Beschränkungen mit Rücksicht auf die Einzelfallumstände, das Gewicht des der Haftung zugrundeliegenden konkreten Rechtsverstoßes für das unionsrechtliche Ziel der Einhaltung gewisser Emissionsgrenzwerte sowie der Grad des Verschuldens nach Maßgabe der Umstände des zu beurteilenden Einzelfalls, wobei eine auf den Zeitpunkt des Vertragsschlusses bezogene Betrachtung maßgebend ist (vgl. BGH, Urteil vom 26. Juni 2023 – VIa ZR 335/21, Rn. 73 ff. bei juris; Urteil vom 20. Juli 2023 – III ZR 267/20, Rn. 34 bei juris; vgl. auch OLG München, Urteil vom 9. Oktober 2023 – 36 U 7055/22, BeckRS 2023, 28301 Rn. 48). Zur Einholung eines Sachverständigengutachtens ist der Tatrichter bei seiner Schätzung innerhalb des Rahmens nicht gehalten (vgl. BGH, Urteil vom 26. Juni 2023 – VIa ZR 335/21, Rn. 78 bei juris).

44

Der Senat schätzt den Schaden der Klagepartei unter Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalles auf 10 % des gezahlten (Brutto-)Kaufpreises (vgl. auch OLG Karlsruhe, Urteil vom 9. April 2024 – 8 U 201/21 und Urteil vom 30. April 2024 – 8 U 48/23, jeweils bei juris). Dabei hat der Senat die Ausgestaltung der gegenständlichen Abschalteinrichtung sowie insbesondere die Gefahr in Betracht kommender Betriebsbeschränkungen, ihrer Eintrittswahrscheinlichkeit im Zeitpunkt des Erwerbs und das Gewicht des der Haftung zugrundeliegenden konkreten Rechtsverstoßes für das unionsrechtliche Ziel der Einhaltung gewisser Emissionsgrenzwerte sowie den Grad des Verschuldens berücksichtigt. Der Beklagten kann nach dem Gesagten lediglich fahrlässiges Verhalten zu Last gelegt werden.

45

Soweit die Klagepartei rügt, im streitgegenständlichen Fahrzeug kämen neben dem Thermofenster weitere Maßnahmen zur Beeinflussung der Emissionskontrollstrategie zum Einsatz (u.a. bezogen auf die Drehzahl), folgt hieraus vorliegend kein über 10 % hinausgehender „Differenzschaden“, weil diese Parameter und ggf. an sie geknüpften Korrekturfunktionen der AGR-Rate bereits im Rahmen der oben geschilderten haftungsbegründenden Funktionsweise der AGR zum Tragen kommen und bei der Schadensbemessung bereits im Rahmen der Stilllegungsgefahr Berücksichtigung gefunden haben.

46

Daran ändert auch die von der Klagepartei behauptete Manipulation des On-Board-Diagnosesystems (OBD) nichts, weil das OBD tatsächlich und rechtlich nicht selbstständig betrachtet werden kann, sondern stets im Zusammenhang mit dem im Fahrzeug eingerichteten Emissionskontrollsystem zu sehen ist. Die Warnfunktion des OBD kann sich immer nur auf die Betriebsabläufe des konkret im Fahrzeug eingerichteten Abgassystems beziehen (sog. „Annexfunktion“).

47

Wegen des zeitlich nach dem in den „Applikationsrichtlinien“ der Beklagten genannten Modellwechsel 2016 (KW 22/2016) liegenden Erstzulassungsdatums des klägerischen Fahrzeugs (18. Dezember 2017), vermag der Senat schon im Ansatz nicht zu erkennen, dass dieses mit einer mit bestimmten Steuerungen der Abgasnachbehandlung durch den NSK verknüpften „Fahrkurvenerkennung“ ausgestattet war.

48

Der „Differenzschaden“ von – im Ausgangspunkt – 3.090,00 € (30.900,00 € × 0,10) ist vorliegend geringfügig bis zum zugesprochenen Restbetrag von 3.082,29 € „aufgezehrt“. Die Anrechnung von Nutzungsvorteilen und des Restwerts des Fahrzeugs hat den Schaden teilweise entfallen lassen.

49
Nutzungsvorteile und Restwert des Fahrzeugs sind erst dann und nur insoweit schadensmindernd anzurechnen, als sie den Wert des Fahrzeugs bei Abschluss des Kaufvertrags (gezahlter Kaufpreis abzüglich „Differenzschaden“) übersteigen (vgl. BGH, Urteil vom 26. Juni 2023 – VIa ZR 335/21, Rn. 80 bei juris).
50
Der Senat stellt für die Ermittlung des Nutzungsvorteils auf die vom BGH gebilligte lineare Berechnungsmethode ab (vgl. hierzu OLG München, Urteil vom 21. Februar 2022 – 21 U 3704/21, Rn. 83; BGH, Beschluss vom 22. Februar 2022 – VIII ZR 434/21, Rn. 19, jeweils bei juris).
51
Mithin hat der Senat die Höhe des anzurechnenden Nutzungsvorteils nach folgender Formel ermittelt: Nutzungsvorteil = [Bruttokaufpreis × gefahrene Strecke (seit Erwerb)] / erwartete Restlaufleistung im Erwerbszeitpunkt.
52
Der Senat schätzt (§ 287 ZPO) die Gesamtlaufleistung des streitgegenständlichen Fahrzeugs auf Grund des vorliegenden Fahrzeugtyps, im Hinblick auf Haltbarkeit, Qualität und die Größe des Motors auf 250.000 km (vgl. zur Schätzung BGH, Urteil vom 23. März 2021 – VI ZR 3/20, Rn. 11 bei juris).
53
Unter Zugrundelegung der vorliegenden Parameter zu Kaufpreis (30.900,00 €), Kilometerstand zum Zeitpunkt des Kaufs (18.560 km) sowie einer Fahrleistung zum Zeitpunkt der Weiterveräußerung am 8. Oktober 2021 von 88.986 km ergibt sich unter Ansatz der anzunehmenden Gesamtlaufleistung von 250.000 km eine anzusetzende Nutzungsentschädigung von 9.402,71 €.
54
Der nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs (a.a.O.) zusätzlich noch in den Blick zu nehmende Restwert des Fahrzeugs ist mit dem erzielten Veräußerungserlös anzusetzen (18.415,00 €). Soweit die Beklagte den marktgerechten Verkaufserlös geringfügig höher mit 18.687,00 € beziffert, beruft sie sich auf einen von der Deutschen Automobil ... GmbH (DAT) ermittelten Händlerverkaufswert, der hier schon deshalb nicht maßgeblich sein kann, weil es sich nicht um den PKW-Verkauf durch einen KFZ-Händler am Endverbrauchermarkt handelt.
55
Damit betragen Nutzungen und der Restwert zusammen 27.817,71 € (9.402,71 € + 18.415,00 €) und übersteigen den (um 10 % geminderten) Wert des Fahrzeugs im Zeitpunkt des Kaufs (27.810,00 €) um 7,71 €. Der „Differenzschaden“ ist folglich in dieser Höhe bereits „aufgezehrt“.
56
Im Ergebnis kann die Klagepartei von der Beklagten in der Hauptsache einen Betrag in Höhe von 3.082,29 € (3.090,00 € – 7,71 €) als „Differenzschaden“ verlangen.
57
f) Die Beklagte schuldet Rechtshängigkeitszinsen gemäß § 291, § 288 BGB.
58
Da der Streitgegenstand beim „großen“ und „kleinen“ Schadensersatz und beim „Differenzschaden“ bei unverändertem Lebenssachverhalt identisch ist und jeweils im Kern an die Vertrauensinvestition des Käufers bei Abschluss des Kaufvertrags anknüpft (vgl. BGH, Urteil vom 30. April 2024 – VIa ZR 1279/22, Rn. 5 bei juris), kann die Klagepartei (zumindest) Rechtshängigkeitszinsen aus dem in der Hauptsache zugesprochenen, niedrigeren Betrag ab dem auf die Zustellung der Klage (18. August 2021) folgenden Tag (§ 187 Abs. 1 BGB analog), hier also ab 19. August 2021, beanspruchen (vgl. OLG Karlsruhe, Urteil vom 7. Mai 2024 – 8 U 8/22, BeckRS 2024, 10381).
59
2. Weitergehenden Schadensersatz kann die Klagepartei nicht beanspruchen.
60
Ein über den zugesprochenen „Differenzschaden“ hinausgehender Ersatz von weiteren Vermögensschäden wie Finanzierungskosten oder vorgerichtliche Anwaltskosten kann auf Grundlage von § 823 Abs. 2 BGB i.V.m. § 6 Abs. 1, § 27 Abs. 1 EG-FGV nicht verlangt werden. Ein Zahlungsverzug hinsichtlich der Kosten für die anwaltliche vorgerichtliche Tätigkeit der Klägervertreter ist nicht dargelegt.

Der Klagepartei steht gegen die Beklagte auch kein Anspruch aus §§ 826, 31 BGB unter dem Gesichtspunkt einer vorsätzlichen sittenwidrigen Schädigung zu. Das Landgericht hat ein vorsätzlich sittenwidriges Verhalten der Beklagten zutreffend verneint:
61
a) Die grundsätzlichen Voraussetzungen einer Haftung aus §§ 826, 31 BGB ergeben sich aus einer gefestigten Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs. Sittenwidrig ist demnach – in stehender Formulierung – ein Verhalten, das nach seinem Gesamtcharakter, der durch umfassende Würdigung von Inhalt, Beweggrund und Zweck zu ermitteln ist, gegen das Anstandsgefühl aller billig und gerecht Denkenden verstößt. Dafür genügt es im Allgemeinen nicht, dass der Handelnde eine Pflicht verletzt und einen Vermögensschaden hervorruft. Vielmehr muss eine besondere Verwerflichkeit seines Verhaltens hinzutreten, die sich aus dem verfolgten Ziel, den eingesetzten Mitteln, der zutage getretenen Gesinnung oder den eingetretenen Folgen ergeben kann. Schon zur Feststellung der objektiven Sittenwidrigkeit kann es daher auf Kenntnisse, Absichten und Beweggründe des Handelnden ankommen, die die Bewertung seines Verhaltens als verwerflich rechtfertigen. Die Verwerflichkeit kann sich auch aus einer bewussten Täuschung ergeben. Insbesondere bei mittelbaren Schädigungen kommt es ferner darauf an, dass den Schädiger das Unwerturteil, sittenwidrig gehandelt zu haben, gerade auch in Bezug auf die Schäden desjenigen trifft, der Ansprüche aus § 826 BGB geltend macht (vgl. BGH, Urteil vom 13. Juli 2021 – VI ZR 128/20, Rn. 11; Beschluss vom 19. Januar 2021 – VI ZR 433/19, Rn. 14; Beschluss vom 25. Mai 2020 – VI ZR 252/19, Rn. 15, jeweils bei juris).
62
Vor diesem Hintergrund kann, bezogen auf den hier interessierenden Motor in seiner konkreten Ausführung, ein der Beklagten zuzurechnendes sittenwidriges Geschehen nicht festgestellt werden.
63
Nach ständiger höchstrichterlicher Rechtsprechung, welcher auch der Senat folgt, begründet weder der Einsatz eines „Thermofensters“ noch die Verwendung einer „Fahrkurve“ eine Sittenwidrigkeit des Handelns der Verantwortlichen. Die Annahme einer Sittenwidrigkeit ist unter den gegebenen Umständen nicht gerechtfertigt. Das Vorgehen der Beklagten wäre nur dann als sittenwidrig einzustufen, wenn der (unterstellt: unzulässige) Einsatz von „weiteren Umständen“ flankiert wäre, die das Handeln der Verantwortlichen als besonders verwerflich erscheinen lassen. Daran mangelt es (vgl. BGH, Beschluss vom 19. Januar 2021 – VI ZR 433/19, Rn. 16; Beschluss vom 9. März 2021 – VI ZR 889/20, Rn. 27; Urteil vom 13. Juli 2021 – VI ZR 128/20, Rn. 13; Urteil vom 16. September 2021 – VII ZR 190/20, Rn. 16; Beschluss vom 25. November 2021 – III ZR 202/20, Rn. 14, jeweils bei juris). Der entscheidende strukturelle Unterschied zur Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs zum Motortyp EA 189 besteht darin, dass die hier in Rede stehende Funktion die Steuerung der Abgasrückführung gerade nicht an das Erkennen eines Prüfstandbetriebs koppelt („Umschaltlogik“), sondern an Parameter, die die Steuerung unter den gegebenen Umständen auf dem Prüfstand und im normalen Fahrbetrieb in gleicher Weise beeinflussen. Denn der Einsatz einer temperaturabhängigen Steuerung des Emissionskontrollsystems – worunter nach Auffassung des Senats auch die Korrektur der AGR-Rate aufgrund innermotorischer Messungen zu fassen ist – reicht für sich genommen nicht aus, um dem Verhalten der für die Beklagte handelnden Personen ein sittenwidriges Gepräge zu geben. Es fehlt an einem vergleichbaren arglistigen Vorgehen des Automobilherstellers, welches die Einstufung seines Verhaltens als objektiv sittenwidrig rechtfertigt. Die in Rede stehende temperaturbeeinflusste Steuerung der Abgasrückführung unterscheidet gerade nicht danach, ob sich das Fahrzeug auf dem Prüfstand oder im normalen Fahrbetrieb befindet. Sie weist keine Funktion auf, die bei Erkennen eines Prüfstandbetriebs eine verstärkte Abgasrückführung aktiviert und den Stickoxidausstoß gegenüber dem normalen Fahrbetrieb reduziert, sondern arbeitet in beiden Situationen im Grundsatz in gleicher Weise (vgl. BGH, Beschluss vom 19. Januar 2021 – VI ZR 433/19, Rn. 18 bei juris).
64
Ungeachtet dessen hat die Klagepartei eine für die sittenwidrige Haftung erforderliche „Grenzwertkausalität“ der genannten Funktionen nicht ausreichend dargelegt, was bedeutet, dass es an einem substantiierten Sachvortrag dazu fehlt, inwieweit die Eingriffe in die Abgasnachbehandlung gegebenenfalls notwendig sind, um die gesetzlichen Abgasgrenzwerte auf dem Prüfstand einhalten zu können (vgl. hierzu BGH, Urteil vom 6. November 2023 – VIa ZR 535/21).
65

b) Unabhängig davon hat die Klagepartei einen Anspruch auf vorgerichtliche Rechtsanwaltskosten nicht hinreichend begründet, denn sie hat nicht dargelegt, dass sie ihrem Anwalt einen Auftrag zu einer zunächst nur vorgerichtlichen Vertretung oder einen entsprechend bedingten Klageauftrag erteilt hat.
66
Bei der Beurteilung der Frage, ob und ggf. in welchem Umfang der einem Geschädigten zustehende Schadensersatzanspruch auch die Erstattung von Rechtsanwaltskosten umfasst, ist zwischen dem Innenverhältnis des Geschädigten zu dem für ihn tätigen Rechtsanwalt und dem Außenverhältnis des Geschädigten zum Schädiger zu unterscheiden. Voraussetzung für einen Erstattungsanspruch ist grundsätzlich, dass der Geschädigte im Innenverhältnis zur Zahlung der in Rechnung gestellten Kosten verpflichtet ist und die konkrete anwaltliche Tätigkeit im Außenverhältnis (aus der maßgeblichen Sicht des Geschädigten) mit Rücksicht auf seine spezielle Situation zur Wahrnehmung seiner Rechte erforderlich und zweckmäßig war. Ob eine vorprozessuale anwaltliche Zahlungsaufforderung eine Geschäftsgebühr nach Nr. 2300 VV RVG auslöst oder als der Vorbereitung der Klage dienende Tätigkeit nach § 19 Abs. 1 Satz 2 Nr. 1 RVG zum Rechtszug gehört (und daher mit der Verfahrensgebühr nach Nr. 3100 VV RVG abgegolten wird), ist eine Frage des Innenverhältnisses, nämlich eine Frage von Art und Umfang des im Einzelfall erteilten Mandats. Erteilt der Mandant den unbedingten Auftrag, im gerichtlichen Verfahren tätig zu werden (vgl. Vorbemerkung 3 Abs. 1 Satz 1 VV RVG), lösen bereits Vorbereitungshandlungen die Gebühren für das gerichtliche Verfahren aus, und zwar auch dann, wenn der Anwalt zunächst nur außergerichtlich tätig wird. Für das Entstehen der Geschäftsgebühr nach Nr. 2300 VV RVG ist dann kein Raum mehr. Anders liegt es, wenn sich der Auftrag nur auf die außergerichtliche Tätigkeit des Anwalts beschränkt oder ein Prozessauftrag zumindest nur unter der aufschiebenden Bedingung erteilt wird, dass zunächst vorzunehmende außergerichtliche Einigungsversuche erfolglos bleiben. Ein lediglich (aufschiebend) bedingt für den Fall des Scheiterns des vorgerichtlichen Mandats erteilter Prozessauftrag steht dem Entstehen der Gebühr aus Nr. 2300 VV RVG nicht entgegen. Es obliegt insoweit der Klagepartei, darzulegen und ggf. zu beweisen, dass sie ihrem Anwalt einen Auftrag zu einer zunächst nur vorgerichtlichen Vertretung oder eben einen entsprechend bedingten Klageauftrag erteilt hat (vgl. BGH, Urteil vom 22. Juni 2021 – VI ZR 353/20, Rn. 6 ff. bei juris). Eines gesonderten Hinweises auch des Senats bedurfte es nicht, da es sich nur um eine Nebenforderung handelt (§ 139 Abs. 2 Satz 1 ZPO).
III.
67
Ein Aussetzung des Verfahrens im Hinblick auf die Vorlage des Landgerichts Ravensburg vom 27. Oktober 2023 (2 O 229/20, bei juris) zur Vorabentscheidung durch den Gerichtshof der Europäischen Union insbesondere im Hinblick auf die konkrete Bemessung des Schadensersatzes ist nicht veranlasst. Denn dieser hat bereits entschieden, dass die Sanktionen nach Art. 46 der RL 2007/46/EG und Art. 13 Abs. 1 der Verordnung (EG) Nr. 715/2007 in Ermangelung unionsrechtlicher Vorschriften über die Modalitäten des Schadensersatzes von den Mitgliedsstaaten festzulegen sind und dass die nationalen Gerichte befugt sind, dafür Sorge zu tragen, dass der Schutz der unionsrechtlich gewährleisteten Rechte nicht zu einer ungerechtfertigten Bereicherung der Anspruchsberechtigten führt (EuGH, Urteil vom 21. März 2023 – C 100/21, Rn. 92 und 94, bei juris). Der Bundesgerichtshof hat diese Modalitäten bereits ausgeformt und hierbei den Vorgaben europäischen Rechts Rechnung getragen. Eine Aussetzung ist nicht angezeigt, weil der nationale Gestaltungsspielraum in diesem Zusammenhang nach Überzeugung des Senats gewahrt wurde (so auch OLG Frankfurt a.M. Hinweisbeschluss v. 25.3.2024 – 9 U 68/22, BeckRS 2024, 8345 Rn. 21, beck-online; OLG Düsseldorf Urt. v. 21.6.2024 – 7 U 266/22, BeckRS 2024, 14794 Rn. 25).
IV.
68
Die Kostenentscheidung folgt aus § 97 Abs. 1, § 92 Abs. 1 ZPO. Das Obsiegen der Klagepartei mit dem erstmals in der Berufungsinstanz begehrten „Differenzschadensersatz“ wirkt sich auch auf die Kostenverteilung in erster Instanz aus (vgl. BGH, Urteil vom 29. Januar 1957 – VIII ZR 204/56, NJW 1957, 543; OLG Stuttgart, Urteil vom 4. Juli 2024 – 24 U 2868/22, BeckRS 2024, 15816, Rn. 148).
69
Die Entscheidung über die vorläufige Vollstreckbarkeit beruht auf § 708 Nr. 10, § 713 ZPO.
70

Die Voraussetzungen für die Zulassung der Revision liegen nicht vor. Die Rechtssache hat weder grundsätzliche Bedeutung noch erfordert die Fortbildung des Rechts oder die Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung eine Entscheidung des Revisionsgerichts (§ 543 Abs. 2 Satz 1 ZPO).