

43 U 6/23

1 O 275/22
Landgericht Arnsberg



**Oberlandesgericht Hamm
43. Zivilsenat**

Im Namen des Volkes

U r t e i l

In dem Rechtsstreit

[REDACTED],

Klägers und Berufungsklägers,

Prozessbevollmächtigte:

Gansel Rechtsanwälte Rechtsanwalts-Aktiengesellschaft, Wallstraße 59,
10179 Berlin,

g e g e n

die Volkswagen Aktiengesellschaft, gesetzlich vertreten durch ihren Vorstand,
dieser vertreten durch seinen Vorsitzenden, Herrn Dr. Oliver Blume, Berliner
Ring 2, 38440 Wolfsburg,

Beklagte und Berufungsbeklagte,

Prozessbevollmächtigte:

Baker Tilly Rechtsanwaltsgesellschaft mbH, Nymphenburger Straße 3b,
80335 München,

wegen: u n e r l a u b t e r H a n d l u n g („Dieselskandal“)

hat der 43. Zivilsenat des Oberlandesgerichts Hamm auf die mündliche Verhandlung vom 30.1.2025 durch den Vorsitzenden Richter am Oberlandesgericht Dr. Kentgens, den Richter am Oberlandesgericht Terp und den Richter am Oberlandesgericht Dr. Willmann

für Recht erkannt:

Auf die Berufung des Klägers wird das am 5.6.2023 verkündete Urteil der 1. Zivilkammer des Landgerichts Arnsberg wie folgt teilweise abgeändert:

Die Beklagte wird verurteilt, an den Kläger Schadensersatz in Höhe von € 1.150,00 nebst Zinsen in Höhe von fünf Prozentpunkten über dem jeweiligen Basiszinssatz seit dem 2.1.2023 zu zahlen.

Das weitergehende Rechtsmittel wird zurückgewiesen.

Von den Kosten des Rechtsstreits fallen diejenigen des ersten Rechtszugs dem Kläger insgesamt und diejenigen des zweiten Rechtszugs dem Kläger zu zwei Dritteln und der Beklagten zu einem Drittel zur Last.

Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar.

G r ü n d e

I.

Die Parteien streiten um Schadensersatz aus unerlaubter Handlung.

Aufgrund Kaufvertrags vom 18.12.2020 erwarb der Kläger von einem privaten Dritten den gebrauchten Personenkraftwagen Volkswagen Tiguan 2.0 TDI (135 kw) mit der Fahrzeug-Identifikationsnummer (FIN) [REDACTED] zu einem Kaufpreis von € 23.000,00. Das Fahrzeug ist mit einem Dieselmotor der Baureihe EA288 der Schadstoffnorm Euro 6 ausgestattet. Die Laufleistung des PKW betrug 21.058 km bei Abschluss des Kaufvertrags und 80.195 km am 23.1.2025 (Bl. 1815 d.A.).

Der PKW wurde von der Beklagten hergestellt und erstmals am 8.12.2015 zum Straßenverkehr zugelassen. Um den Schadstoffausstoß des Motors zu verringern, stattete die Beklagte die Fahrzeuge des hier fraglichen Typs u.a. mit einer Abgasrückführung in den Motor (AGR) und zur Abgasnachbehandlung mit einem SCR-Katalysator aus (sog. Emissionskontrollsystem). Bei der Abgasrückführung werden die Motorabgase ab bzw. bis zu einer bestimmten Außentemperatur (sog. Thermofenster) zunächst noch einmal in den Verbrennungskreislauf gegeben, wo die Menge der entstandenen Stickoxide (NOx) bereits im Verbrennungsvorgang vermindert wird. Danach wird den Abgasen ab einer bestimmten Betriebstemperatur im Katalysator eine wässrige Harnstofflösung (Handelsname: AdBlue) beigegeben, die sich mit den verbliebenen Stickoxiden verbindet und so den NOx-Ausstoß verringert.

Jedoch stellte die Beklagte jedenfalls die Abgasnachbehandlung so ein, dass dem Katalysator auch bei Erreichen der notwendigen Betriebstemperatur nur eine verringerte Menge an Harnstofflösung zugeführt wurde, die nach Darlegung des Klägers nicht genügen konnte, um die gesetzlichen Grenzwerte für den Schadstoffausstoß einzuhalten. Begrifflich verharrte das Fahrzeug dabei im sog.

NOx-high-Betrieb und wechselte nicht in den NOx-low-Betrieb. Weiter stattete die Beklagte die Fahrzeuge des hier fraglichen Typs mit einer Motorsoftware aus (sog. Fahrkurvenerkennung), die erkennen konnte, ob der Schadstoffausstoß unter den Bedingungen des „Neuen Europäischen Fahrzyklus“ (NEFZ) gemäß der RL 70/220/EWG gemessen wurde. In diesen Fällen führte die Software jedenfalls eine Erhöhung der zugeführten Menge an Harnstofflösung herbei; das Fahrzeug schaltete dann vom NOx-low-Betrieb in den NOx-high-Betrieb um.

Die Beklagte erwirkte für den hier fraglichen Fahrzeugtyp eine Typgenehmigung gemäß der VO (EG) 715/2007 beim Kraftfahrt-Bundesamt und stellte für die einzelnen Fahrzeuge des hier fraglichen Typs Übereinstimmungsbescheinigungen gem. §§ 6 Abs. 1; 27 Abs. 1 der EG-Fahrzeuggenehmigungsverordnung (EG-FGV) aus. Das Kraftfahrt-Bundesamt, dem die Beklagte die Verwendung der Fahrkurvenerkennung im Oktober 2015 und damit nach Erteilung der Typgenehmigung mitgeteilt hat, hält die Fahrkurvenerkennung für unbedenklich.

Die Beklagte bietet an, im Rahmen einer „freiwilligen Serviceaktion“ ein Update der Motorsoftware aufzuspielen, das die Fahrkurvenerkennung entfallen lässt. Mit Schreiben aus April 2023 (Bl. 1122 d.A.) hat die Beklagte ausgeführt, dass ein Software-Update den Schadstoffausstoß um „in der Summe... 25% bis 30%“ verringern könne. Der Kläger lässt ein Update bisher nicht aufspielen.

Der Kläger hat behauptet, auch die Abgasrückführung sei im gewöhnlichen Motorbetrieb vermindert und werde während eines NEFZ von der Fahrkurvenerkennung gesteigert. Der Kläger ist der Ansicht gewesen, (auch) die sein Fahrzeug betreffende Übereinstimmungsbescheinigung sei unrichtig, weil das Fahrzeug eine Fahrkurvenerkennung aufweise, von deren Vorhandensein die Typgenehmigung „abstrakt“ nicht ausgehe. Die Fahrkurvenerkennung mit ihren Einflussnahmen auf Abgasrückführung und SCR-Katalysator stelle eine unzulässige Abschaltvorrichtung i.S.d. Art. 5 Abs. 2 S. 1 VO (EG) 715/2007 dar. Entsprechen-

des gelte für mehrere weitere im einzelnen beschriebene Vorrichtungen seines Fahrzeugs.

Der Kläger hat begehrt, im Wege des Schadensersatzes gestellt zu werden, als habe er den Kaufvertrag über den PKW nicht geschlossen, nämlich durch Rückzahlung des Kaufpreises abzgl. gezogener Nutzungen Zug um Zug gegen Übereignung des Fahrzeugs. Vergeblich ließ er die Beklagte dazu durch vorgerichtliches Schreiben seiner Prozessbevollmächtigten auffordern.

Der Kläger hat beantragt,

1. die Beklagte zu verurteilen, an ihn € 19.881,74 nebst Zinsen Zug um Zug gegen Übereignung des streitgegenständlichen Fahrzeugs zu zahlen,

hilfsweise hierzu festzustellen, dass die Beklagte dem Kläger zum Ersatz der Schäden verpflichtet ist, die aus dem Einbau einer unzulässigen Abschaltvorrichtung i.S.d. Art. 5 Abs. 2 VO (EG) 715/2007 in das streitgegenständliche Fahrzeug entstehen;

2. festzustellen, dass sich die Beklagte mit der Annahme des streitgegenständlichen Fahrzeugs in Verzug befindet;

3. die Beklagte weiter zu verurteilen, den Kläger von vorgerichtlichen Vergütungsansprüchen seiner Prozessbevollmächtigten in Höhe von € 1.980,16 freizustellen.

Die Beklagte hat beantragt,

die Klage abzuweisen.

Die Klage ist der Beklagten am 2.1.2023 zugestellt worden.

Durch das angefochtene Urteil vom 5.6.2023 hat das Landgericht die Klage abgewiesen. Schadensersatzansprüche des Klägers gegen die Beklagte bestünden nicht, §§ 826; 31 BGB; §§ 823 Abs. 2; 31 BGB i.V.m. § 263 StGB; § 823 Abs. 2 BGB i.V.m. Artt. 18 Abs. 1; 26 Abs. 1; 46 RL 2007/46 (EG) und Art. 5 Abs. 2 VO (EG) 715/2007. Zur Begründung hat das Landgericht insbesondere ausgeführt: Aus der Einschätzung des Kraftfahrt-Bundesamts, dass die Fahrkurvenerkennung keine unzulässige Abschalteneinrichtung i.S.d. Art. 5 Abs. 2 S. 1 VO (EG) 715/2007 darstelle, folge im vorliegenden Fall bereits, dass das Verhalten der Beklagten nicht gegen die guten Sitten verstoßen haben könne (§ 826 BGB), keine Täuschung bedeutet habe (§ 263 StGB) und auch kein unionsrechtliches Schutzgesetz verletzt habe (§ 823 Abs. 2 BGB).

Im Übrigen nimmt der Senat wegen des Sach- und Streitstands in ersten Rechtszug, der beiderseitigen Anträge und der weiteren Einzelheiten der Urteilsbegründung auf die angefochtene Entscheidung Bezug, § 540 Abs. 1 S. 1 Ziff. 1 ZPO.

Gegen das Urteil vom 5.6.2023 richtet der Kläger seine zulässige Berufung, mit der er sein Hauptbegehren auf den Ersatz des Minderwerts beschränkt, den das Fahrzeug gegenüber dem gezahlten Kaufpreis aufweise, weil die Beklagte es mit einer Fahrkurvenerkennung ausgestattet hatte. Die Bemessung des Minderwerts stellt der Kläger in das Ermessen des Senats, hält aber mindestens 15%

des Kaufpreises (€ 3.450,00) für angemessen. Darauf will sich der Kläger etwaige überschießende Vermögensvorteile u.a. aus dem (tatsächlichen) Restwert des Fahrzeugs anrechnen lassen. Den Restwert bei einer (Gesamt-) Laufleistung von 80.195 km am 23.1.2025 beziffert der Kläger auf € 13.300,00 (Händler-Einkaufswert).

Zur Begründung seines Rechtsmittels wiederholt, ergänzt und vertieft der Kläger sein Vorbringen aus dem ersten Rechtszug. Die Übereinstimmungsbescheinigung für sein Fahrzeug sei unrichtig, weil sie nicht allein die Übereinstimmung des Fahrzeugs mit der formell zugrundeliegenden Typenbescheinigung als solcher ergeben solle, sondern darüber hinaus die Übereinstimmung mit den materiell zugrundeliegenden Vorschriften der VO (EG) 715/2007. Die Ansicht des Landgerichts, dass die Fahrkurvenerkennung keine unzulässige Abschalteinrichtung i.S.d. Art. 5 Abs. 2 S. 1 VO (EG) 715/2007 darstelle, sei aus Rechtsgründen unzutreffend. Das Vorstehende ergebe sich aus der - näher erörterten - jüngeren Rechtsprechung insbesondere des *Gerichtshofs der Europäischen Union* (EuGH) und des *Bundesgerichtshofs*.

Der Kläger ist der Ansicht, sein Feststellungsantrag sei zulässig gem. § 256 Abs. 1 ZPO, weil zukünftige weitere Schäden aus weiteren, noch nicht offenbarten unzulässigen Abschalteinrichtungen nicht eben fernlägen. Für das Bestehen solcher weiterer unzulässiger Abschalteinrichtungen spreche die Angabe der Beklagten, dass ein Software-Update den Schadstoffausstoß um „in der Summe... 25% bis 30%“ verringern könne. Da die Beklagte gleichzeitig behaupte, dass die verringerte Zuführung von Harnstofflösung im gewöhnlichen Betrieb den Schadstoffausstoß kaum nennenswert erhöhe, und sogar bestreite, dass die Abgasrückführung im gewöhnlichen Betrieb überhaupt vermindert sei, könne die in Aussicht gestellte erhebliche Verminderung des Schadstoffausstoßes nur darauf beruhen, dass die Beklagte weitere unzulässige Abschalteinrichtungen noch nicht offenbart habe und anlässlich eines Software-Updates heimlich beseitigen wolle.

Der Kläger beantragt,

das am 5.6.2023 verkündete Urteil der 1. Zivilkammer des Landgerichts Arnsberg teilweise abzuändern und insgesamt wie folgt neu zu fassen:

Die Beklagte wird verurteilt, an ihn Schadensersatz i.H.v. mindestens € 3.450,00 nebst Zinsen in Höhe von fünf Prozentpunkten über dem jeweiligen Basiszinssatz seit Eintritt der Rechtshängigkeit zu zahlen.

Es wird festgestellt, dass die Beklagte dem Kläger zum Ersatz aller zukünftigen Schäden verpflichtet ist, die durch den Einbau einer unzulässigen Abschalt Einrichtung im Sinne des Art. 5 Abs. 2 der VO (EG) 715/2007 in den Personenkraftwagen Volkswagen Tiguan 2.0 TDI SCR mit der Fahrzeug-Identifikationsnummer [REDACTED] wegen Verstoßes gegen §§ 6 Abs. 1; 27 Abs. 1 der EG-FGV in Verbindung mit Art. 18 der RL 2007/46/EG entstehen.

Die Beklagte wird verurteilt, den Kläger von vorgerichtlichen Vergütungsansprüchen seiner Prozessbevollmächtigten i.H.v. € 1.980,16 freizustellen.

Die Beklagte beantragt,

die Berufung zurückzuweisen.

Sie verteidigt das angefochtene Urteil und wiederholt, ergänzt und vertieft hierzu ebenfalls ihr Vorbringen aus dem ersten Rechtszug.

Die erteilte Übereinstimmungserklärung sei nicht unzutreffend, weil die Fahrkurvenerkennung keine unzulässige Abschalteneinrichtung darstelle. Jedenfalls habe die Beklagte die Fahrkurvenerkennung für zulässig halten dürfen, nachdem auch das Kraftfahrt-Bundesamt Bedenken nicht erhoben habe. Außerdem überschreite das Fahrzeug des Klägers die gesetzlichen Grenzwerte für den Schadstoffausstoß auch im NOx-low-Betrieb nicht.

Hilfsweise komme es hinsichtlich eines etwaigen Verschuldens auf den Zeitpunkt an, zu dem der Kläger das Fahrzeug erworben habe. Zu dieser Zeit habe sie - die Beklagte - nicht einmal fahrlässig gehandelt, da sie nach den Bekundungen des Kraftfahrt-Bundesamts darauf habe vertrauen dürfen, dass die Fahrkurvenerkennung zulässig sei. Zumindest hätten die Bekundungen des Kraftfahrt-Bundesamts bei ihr einen unvermeidbaren Verbotsirrtum erregt. Ein etwaiges Verschulden sei auch deshalb zu verneinen, weil sie ihr Verhalten schon grundlegend geändert gehabt habe, als der Kläger das Fahrzeug erworben habe. Denn sie habe dem Kraftfahrt-Bundesamt schon im Oktober 2015 die Verwendung der Fahrkurvenerkennung mitgeteilt und biete seither in Abstimmung mit dem Kraftfahrt-Bundesamt ein Software-Update an, das die Fahrkurvenerkennung entfallen lasse. Das Update habe im Rahmen der sonstigen Fahrzeugwartung aufgespielt werden sollen. Das vom Kläger dargelegte Software-Update als „freiwillige Serviceleistung“ werde im Rahmen des „Nationalen Forums Diesel“ angeboten (Bl. 1180 d.A.).

Die Verwendung einer Fahrkurvenerkennung habe keinen Minderwert des Fahrzeugs verursacht. Hilfsweise sei bei der Feststellung des Schadens oder spätestens eines Vorteilsausgleichs zu berücksichtigen, dass der Kläger gegen seine Schadensminderungspflicht verstoße, indem er das angebotene Software-Update nicht aufspielen lasse. Weiter hilfsweise bestehe wegen ihres veränderten Verhaltens auch kein Ursachenzusammenhang zwischen der vermeintlichen Rechtsverletzung und dem geltend gemachten Schaden.

Die Beklagte behauptet, die zu erwartende Gesamtleistung eines Motors EA 288 betrage 250.000 km, und der Restwert des hier fraglichen Fahrzeugs betrage € 15.303,00 (Händler-Verkaufswert).

Wegen der weiteren Einzelheiten des Sach- und Streitstands wird auf die vorbereitenden Schriftsätze der Parteien und die Niederschriften der mündlichen Verhandlung jeweils in beiden Rechtszügen sowie den Inhalt des angefochtenen Urteils verwiesen.

II.

Die Berufung ist im erkannten Umfang begründet und im Übrigen unbegründet.

1. Der Beschränkung des Klagebegehrens von einer Rückabwicklung des Erwerbsgeschäfts zum Ersatz des Minderwerts (Differenzschaden) liegt im Kern eine lediglich veränderte Berechnung desselben Schadens aus demselben Lebenssachverhalt zugrunde. Sie ist deshalb gem. §§ 525 S. 1; 264 Ziff. 2 ZPO nicht als Klageänderung anzusehen und auch im zweiten Rechtszug zulässig (vgl. *BGH*, Urteil vom 26. Juni 2023, VIa ZR 335/21, juris-Rz. 45). Auch Bedenken gegen die Zulässigkeit der Berufung (vgl. etwa *BGH*, Beschluss vom 29. September 2011, IX ZB 106/11, juris-Rz. 7, m.w.N.) bestehen danach nicht, weil der Kläger sein Begehren aus dem ersten Rechtszug zumindest teilweise weiterverfolgt.

2. a) Zahlungsantrag. Der Anspruch des Klägers gegen die Beklagte auf Ersatz eines Differenzschadens i.H.v. € 1.150,00 folgt aus § 823 Abs. 2 BGB i.V.m. §§ 6 Abs. 1; 27 Abs. 1 EG-FGV i.V.m. Art. 5 Abs. 2 S. 1 VO (EG) 715/2007.

aa) §§ 6 Abs. 1; 27 Abs. 1 EG-FGV i.V.m. Art. 5 Abs. 2 S. 1 VO (EG) 715/2007 stellen Schutzgesetze i.S.d. § 823 Abs. 2 BGB dar, weil sie (auch) das Vertrauen des Einzelnen schützen, ein Kraftfahrzeug in jedem Mitgliedsstaat der Europäischen Union in Übereinstimmung mit dem Fahrzeugzulasungsrecht erwerben, betreiben und veräußern zu können (vgl. *BGH*, Urteil vom 26. Juni 2023, VIa ZR 335/21, juris-Rz. 21; 29 ff.).

Gegen dieses Schutzgesetz hat die Beklagte gegenüber dem Kläger verstoßen, indem sie für das Fahrzeug des Klägers eine unrichtige Übereinstimmungsbescheinigung erteilt hat. §§ 6 Abs. 1; 27 Abs. 1 EG-FGV schützen nicht nur das Vertrauen des Einzelnen, dass die Übereinstimmungserklärung formell der zugrundeliegenden Typengenehmigung entspricht, sondern weiter auch, dass die Übereinstimmungserklärung materiell dem Abgasrecht der Europäischen Union entspricht (vgl. *BGH*, Urteil vom 26. Juni 2023, VIa ZR 335/21, juris-Rz. 21; 29 ff.). Die von der Beklagten ausgestellte Übereinstimmungserklärung ist unrichtig, weil die Fahrkurvenerkennung des Fahrzeugs eine unzulässige Abschalteneinrichtung i.S.d. Art. 5 Abs. 2 S. 1 VO (EG) 715/2007 darstellt, m.a.W. das Fahrzeug nicht dem geltenden Abgasrecht der Europäischen Union entspricht. Die Fahrkurvenerkennung ist eine unzulässige Abschalteneinrichtung, weil sie - was unbestritten ist - jedenfalls hinsichtlich ihrer Einflussnahme auf den Katalysator die Wirkung des Emissionskontrollsystems im gewöhnlichen Betrieb verringert und anlässlich eines NEFZ erhöht (vgl. *EuGH*, Urteil vom 17. Dezember 2020, C-693/18, Rz. 99 ff. [juris]). Auf die Einhaltung der gesetzlichen Grenzwerte kommt es dabei ebenso wenig an (vgl. *BGH*, Urteil vom 26. Juni 2023, VIa ZR 335/21, juris-Rz. 51) wie auf die Bewertung durch das Kraftfahrt-Bundesamt. Besondere Umstände, nach denen die Fahrkurvenerkennung gem. Art. 5 Abs. 2 S. 2 VO (EG) 715/2007 ausnahmsweise zulässig sein könnte, legt die Beklagte nicht dar (zur Darlegungslast vgl. *BGH*, Urteil vom 26. Juni 2023, VIa ZR 335/21, juris-Rz. 54). Ob die Fahrkurvenerkennung außerdem auch Einfluss auf die Abgasrückführung nimmt, ist nach der Begriffsbestimmung in Art. 3 Ziff. 10 VO (EG) 715/2007 unerheblich, weil schon die Beeinflussung „eines beliebigen Teils des Emissionskontrollsystems“

- hier des Katalysators - eine Abschaltvorrichtung darstellt (vgl. *BGH*, Urteil vom 26. Juni 2023, VIa ZR 335/21, juris-Rz. 51).

bb) Die Beklagte hat zur hier maßgeblichen Zeit des Kaufvertragsschlusses durch den Kläger (zum Beurteilungszeitpunkt vgl. *BGH*, Urteil vom 26. Juni 2023, VIa ZR 335/21, juris-Rz. 61) mindestens fahrlässig und damit schuldhaft gehandelt (§ 276 Abs. 1 BGB).

(1) Wer ein Schutzgesetz verletzt, von dem wird vermutet, dass er schuldhaft handelt (vgl. *BGH*, Urteil vom 26. Juni 2023, VIa ZR 335/21, juris-Rz. 59). Für die Vermutung eines Verschuldens spricht im vorliegenden Fall außerdem, dass die Fahrkurvenerkennung nur den Zweck gehabt haben kann, die Messergebnisse im NEFZ zu beeinflussen. Die ließ Beklagte danach jedenfalls die im Verkehr erforderliche Sorgfalt außer Acht (§ 276 Abs. 2 BGB), als sie die hier fragliche Übereinstimmungsbescheinigung erteilte, obwohl die Annahme einer Abschaltvorrichtung mindestens nahelag.

Auf eine Verhaltensänderung vor Abschluss des Kaufvertrags (vgl. *BGH*, Urteil vom 26. Juni 2023, VIa ZR 335/21, juris-Rz. 61) kann sich die Beklagte nicht berufen. Denn wenn sie auch schon seit längerem ein Software-Update anbietet, das die Fahrkurvenerkennung entfallen lassen soll, so bestreitet sie doch selbst im vorliegenden Rechtsstreit noch, dass die Fahrkurvenerkennung überhaupt unzulässig ist, und dies sogar angesichts der anderslautenden jüngsten Rechtsprechung des *Gerichtshofs der Europäischen Union* und des *Bundesgerichtshofs*. Ein so offen widersprüchliches und beharrlich rechtsirriges Verhalten kann den Schuldvorwurf nicht entfallen lassen.

(2) Der Einwand, die Beklagte habe die Fahrkurvenerkennung für zulässig halten dürfen, nachdem das Kraftfahrt-Bundesamt keine Bedenken erhoben hatte,

betrifft erst die Frage, ob die Beklagte ihr Handeln als unerlaubt erkennen konnte, m.a.W. die Unvermeidbarkeit eines etwaigen Verbotsirrtums. Die Beklagte hat jedoch - worauf der Kläger zurecht hinweist - bereits einen Verbotsirrtum nicht nachvollziehbar dargelegt, so dass sich die Frage einer Vermeidbarkeit gar nicht mehr stellt. Beruft sich der Fahrzeughersteller auf einen unvermeidbaren Verbotsirrtum, muss er sowohl den Verbotsirrtum als solchen als auch dessen Unvermeidbarkeit darlegen und beweisen (*BGH*, Urteil vom 25. September 2023, VIa ZR 1/23, juris-Rz. 13). Das setzt zunächst die Darlegung eines Rechtsirrtums seitens des Fahrzeugherstellers voraus. Der Fahrzeughersteller muss darlegen, dass sich sämtliche seiner verfassungsmäßig berufenen Vertreter im Sinne des § 31 BGB über die Rechtmäßigkeit der Abschalteinrichtung mit allen für die Prüfung nach Art. 5 Abs. 2 VO (EG) 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, juris-Rz. 14, m.w.N.). Daran fehlt es im vorliegenden Fall, da die Beklagte lediglich allgemein vorbringt, „sie“ habe sich in einem Verbotsirrtum befunden, Einzelheiten aber nicht darlegt. Auf die vom Kläger aufgeworfene Frage, ob bei Bejahung eines unvermeidbaren Verbotsirrtums ein unionsrechtlich unzulässiger Haftungsausschluss vorläge, kommt es danach nicht an, und der Antrag des Klägers, den vorliegenden Rechtsstreit bis zu einer Entscheidung des EuGH über diese Frage auszusetzen, ist somit gegenstandslos.

cc) Der Verstoß gegen §§ 6 Abs. 1; 27 Abs. 1 EG-FGV i.V.m. Art. 5 Abs. 2 S. 1 VO (EG) 715/2007 hat einen Differenzschaden des Klägers i.H.v. € 1.150,00 verursacht.

(1) Der Kläger hat einen Vermögensschaden i.S.d. der Differenzhypothese erlitten, weil seine tatsächliche Vermögenslage nach Verletzung der Schutzgesetze im Vergleich mit seiner unterstellten Vermögenslage ohne Verletzung der Schutzgesetze ein rechnerisches Minus ergibt. Das Minus ergibt sich aus dem

Minderwert, den das Fahrzeug aufgrund der verwendeten Fahrkurvenerkennung aufweist, und der Schaden beziffert sich auf den Betrag, um den der Kläger das Fahrzeug deshalb zu teuer erworben hat (vgl. *BGH*, Urteil vom 26. Juni 2023, VIa ZR 335/21, juris-Rz. 40).

Bei Abschluss des Kaufvertrags bestand die Gefahr, dass die Zulassungsbehörde den Betrieb des Fahrzeugs beschränkt oder untersagt, weil die Übereinstimmungserklärung für das Fahrzeug des Klägers unrichtig ist. Diese zeitlich nicht absehbare Unsicherheit über die Gebrauchsfähigkeit setzt den objektiven Wert des Fahrzeugs herab, da schon in der Gebrauchsmöglichkeit eines Fahrzeugs als solcher ein geldwerter Vorteil liegt (vgl. *BGH*, Urteil vom 26. Juni 2023, VIa ZR 335/21, juris-Rz. 41). Dass das Kraftfahrt-Bundesamt den Betrieb des Fahrzeugs bisher nicht beschränkt oder untersagt hat, ist insoweit unerheblich, weil bereits die rechtliche Möglichkeit solcher Maßnahmen den geldwerten Vorteil vermindert. Erst recht ist das zukünftige Verhalten des Kraftfahrt-Bundesamts hier aus Rechtsgründen unerheblich, denn weil die Beklagte für das enttäuschte Vertrauen des Klägers in die Richtigkeit der Übereinstimmungserklärung haftet, kommt es allein auf die Umstände bei Abschluss des Kaufvertrags an (vgl. *BGH*, Urteil vom 26. Juni 2023, VIa ZR 335/21, juris-Rz. 42).

Dass der Kläger den Kaufvertrag nicht zum Preis von € 23.000,00 geschlossen hätte, falls er von der Unsicherheit der Gebrauchsfähigkeit gewusst hätte, ist nach dem Erfahrungssatz anzunehmen, dass der Käufer eines zugelassenen Kraftfahrzeugs regelmäßig darauf vertraut, dass die Zulassungsvoraussetzungen vorliegen und keine einschränkenden Maßnahmen möglich sind (vgl. *BGH*, Urteil vom 26. Juni 2023, VIa ZR 335/21, juris-Rz. 55 f.). Zu den Zulassungsvoraussetzungen gehört gem. § 6 Abs. 4 S. 1 Ziff. 1 FZV die Vorlage der Übereinstimmungsbescheinigung, und deren Fehlen kann gem. § 5 Abs. 1 FZV zu Beschränkungen oder zur Untersagung des Fahrzeugbetriebs führen. Zwar könnte eine Entkräftung des fraglichen Erfahrungssatzes zu erwägen sein, wenn die Beklagte die Verwendung der Fahrkurvenerkennung als unzulässiger Abschalteneinrichtung in einer Art und Weise bekannt gemacht hätte, die einem unvoreingenommenen Dritten die

mit dem Kauf des Fahrzeugs verbundenen Gefahren verdeutlicht hätte (vgl. *BGH*, Urteil vom 26. Juni 2023, VIa ZR 335/21, juris-Rz. 57). Davon kann vorliegend jedoch schon deshalb nicht ausgegangen werden, weil die Beklagte - wie erörtert - selbst im vorliegenden Rechtsstreit noch bestreitet, dass die Fahrkurvenerkennung überhaupt eine unzulässige Abschalteneinrichtung darstellt.

Die Ersatzpflicht der Beklagten entfällt auch nicht schon dem Grunde nach, weil der Kläger gegen seine Schadensminderungspflicht aus § 254 Abs. 2 S. 1 Fall 2 BGB verstieße, indem er das Aufspielen eines Software-Updates verweigert. Da es für die Feststellung der Ersatzpflicht dem Grunde nach auf die Verhältnisse bei Abschluss des Kaufvertrags ankommt (vgl. *BGH*, Urteil vom 26. Juni 2023, VIa ZR 335/21, juris-Rz. 80), kann ein späterer Verstoß gegen die Schadensminderungspflicht erst im Rahmen eines etwaigen Vorteilsausgleichs zu berücksichtigen sein (vgl. *OLG Hamm*, Urteil vom 19. September 2024, 13 U 580/21 [n.v.]).

(2) Der Höhe nach bemisst der Senat den Minderwert des Fahrzeugs und damit den Differenzschaden des Klägers auf € 1.150,00 (5% des Kaufpreises).

(a) Der aus § 823 Abs. 2 BGB i.V.m. §§ 6 Abs. 1; 27 Abs. 1 EG-FGV i.V.m. Art. 5 Abs. 2 S. 1 VO (EG) 715/2007 zu ersetzende Differenzschaden ist auf eine Bandbreite zwischen 5% und 15% des Kaufpreises begrenzt (vgl. *BGH*, Urteil vom 26. Juni 2023, VIa ZR 335/21, juris-Rz. 73). Der Tatrichter hat nach § 287 Abs. 1 S. 1 ZPO die Höhe des Schadens unter Würdigung aller Umstände des Einzelfalls nach freier Überzeugung zu schätzen (*BGH*, Urteil vom 26. Juni 2023, VIa ZR 335/21, juris-Rz. 72). Zur Einholung eines Sachverständigengutachtens ist der Tatrichter bei seiner Schätzung innerhalb des genannten Rahmens nicht gehalten (*BGH*, Urteil vom 26. Juni 2023, VIa ZR 335/21, juris-Rz. 78). Vorbringen der Parteien, dass die Verwendung unzulässiger Abschalteneinrichtungen die Verkaufspreise von Kraftfahrzeugen der betroffenen Baureihen tatsächlich nicht habe

sinken lassen oder dass sich der Schaden im streitgegenständlichen Fall auf weniger als 5% oder mehr als 15% des gezahlten Kaufpreises belaufe, ist für eine Entscheidung unerheblich (vgl. *BGH*, Urteil vom 26. Juni 2023, VIa ZR 335/21, juris-Rz. 79).

Bei der Schätzung des Schadens innerhalb einer Bandbreite zwischen 5% und 15% des Kaufpreises sind für die Bestimmung des tatsächlichen Marktwerts des Fahrzeugs bei Abschluss des Kaufvertrags die mit der Verwendung einer unzulässigen Abschalteinrichtung verbundenen Nachteile, insbesondere die Gefahr behördlicher Anordnungen zu berücksichtigen. Weiter ist der Umfang möglicher Betriebsbeschränkungen und die Wahrscheinlichkeit solcher Beschränkungen mit Rücksicht auf die Umstände des Einzelfalls zu beachten. Maßgebend ist dabei eine auf den Zeitpunkt des Vertragsschlusses bezogene Betrachtung (*BGH*, Urteil vom 26. Juni 2023, VIa ZR 335/21, juris-Rz. 76). Über diese eigentlichen schadensrechtlichen Gesichtspunkte hinaus ist nicht nur zu bewerten, welches Gewicht der Verstoß gegen §§ 6 Abs. 1; 27 Abs. 1 EG-FGV i.V.m. Art. 5 Abs. 2 S. 1 VO (EG) 715/2007 für das unionsrechtliche Ziel der Einhaltung gewisser Schadstoffgrenzwerte hat, sondern auch, welcher Grad des Verschuldens der Beklagten im jeweils zu entscheidenden Einzelfall zur Last fällt, um so dem unionsrechtlichen Gebot einer wirksamen, verhältnismäßigen und abschreckenden Ahndung (vgl. *EuGH*, Urteil vom 21. März 2023, C-100/21, Rz. 90 [juris]; *BGH*, Urteil vom 26. Juni 2023, VIa ZR 335/21, juris-Rz. 77) zu genügen.

Unter Berücksichtigung dieser Umstände schätzt der Senat den dem Kläger entstandenen Schaden auf 5% des Betrags, den er für das Fahrzeug aufgewendet hat, und damit einen Schadensbetrag von € 1.150,00. Dabei hat der Senat berücksichtigt, dass die gesetzlichen Schadstoffgrenzwerte gerichtsbekannt auch bei Abschaltung der Fahrkurvenerkennung eingehalten werden und dass bei Abschluss des Kaufvertrags die Gefahr behördlicher Anordnungen und der Umfang möglicher Betriebsbeschränkungen gering waren.

(b) Der ersatzfähige Schaden i.H.v. € 1.150,00 wird im Ergebnis nicht durch auszugleichende Vorteile (vgl. *BGH*, Urteil vom 24. Juli 2023, VIa ZR 752/22, juris-Rz. 12) des Klägers vermindert. Der Kläger hat aufgrund des Kaufvertrags ein Fahrzeug mit einem tatsächlichen Marktwert von € 21.850,00 (€ 23.000,00 ./. € 1.150,00) erlangt, und die ihm aus dem Kaufvertrag verbleibenden Vorteile an (α) gezogenen Nutzungen und (β) Restwert des Fahrzeugs erreichen diesen Betrag nicht (vgl. hierzu *BGH*, Urteil vom 24. Januar 2022, VIa ZR 100/21, juris-Rz. 22).

(α) Auch in Fällen des „Dieselskandals“ ist es sachgerecht, den durch die Nutzung des Fahrzeugs erlangten geldwerten Vorteil (vgl. *BGH*, Urteil vom 30. Juli 2020, VI ZR 354/19, juris-Rz. 14) nach der für das Kaufrecht anerkannten Methode des linearen Wertschwunds zu bestimmen (vgl. zum Kaufrecht *BGH*, Beschluss vom 9. Dezember 2014, VIII ZR 196/14, juris-Rz. 3, m.w.N.) und gemäß § 287 Abs. 2 ZPO nach folgender Formel zu schätzen (vgl. etwa *BGH*, Urteil vom 13. April 2021, VI ZR 274/20, juris-Rz. 19; Urteil vom 23. März 2021, VI ZR 3/20, juris-Rz. 9 ff.; Urteile vom 30. Juli 2020, VI ZR 397/19, juris-Rz. 36, und VI ZR 354/19, juris-Rz. 13; Urteil vom 25. Mai 2020, VI ZR 252/19, juris-Rz. 78 ff.):

$$\frac{\text{Kaufpreis} \times (\text{bisherige Gesamtlauflistung} \text{ ./. } \text{Lauflistung bei Kauf})}{(\text{erwartbare Gesamtlauflistung} \text{ ./. } \text{Lauflistung bei Kauf})}$$

Der jeweilige Abzug der „Lauflistung bei Kauf“ berücksichtigt, dass das streitgegenständliche Fahrzeug als Gebrauchtwagen erworben wurde.

Die erwartbare Gesamtlauflistung des erstmals im Dezember 2015 zum Straßenverkehr zugelassenen Volkswagen Tiguan 2.0 TDI mit 135 kW schätzt der Senat auf 300.000 km. Dies beruht auf der Erwägung, dass die Beklagte für die Herstellung vergleichsweise langlebiger Dieselmotoren bekannt ist und vorliegend ein robuster und etwas hubraumstärkerer Motor in Rede steht, und es bewegt sich auch innerhalb der Bandbreite, die andere Gerichte als erwartbare Gesamtlauflistung vergleichbarer Fahrzeuge annehmen (vgl. etwa *OLG Frankfurt am Main*, Urteil

vom 17. März 2021, 13 U 338/19, juris-Rz. 23; *OLG Rostock*, Urteil vom 11. Februar 2021, 5 U 130/18, juris-Rz. 54, m.w.N.; *OLG Koblenz*, Urteil vom 12. Juni 2019, 5 U 1318/18, juris-Rz. 109; zust. *BGH*, Urteil vom 27. Juli 2021, VI ZR 480/19, juris-Rz. 26; Urteil vom 27. April 2021, VI ZR 812/20, juris-Rz. 16). Auch in Fällen der vorliegenden Art ist der Senat bei der Schätzung der erwartbaren Gesamtleistung gem. § 287 Abs. 2 ZPO grundsätzlich nicht gehalten, ein Sachverständigengutachten einzuholen (siehe nur *BGH*, Urteil vom 27. Juli 2021, VI ZR 480/19, juris-Rz. 27; Urteil vom 18. Mai 2021, VI ZR 720/20, juris-Rz. 13 a.E.; jeweils m.w.N.).

Im Ergebnis sind die vom Kläger gezogenen Nutzungen (Stand: 23.1.2025) auf dem Rechenweg

$$\frac{\text{€ 23.000,00} \times (80.195\text{km} \text{ ./} 21.058\text{km})}{(300.000\text{km} \text{ ./} 21.058\text{km})}$$

auf insgesamt € 4.876,11 zu beziffern.

(β) Den Restwert des Fahrzeugs (Stand: 23.1.2025) setzt der Senat entsprechend der Einräumung des Klägers mit € 13.300,00 (Händler-Einkaufswert) an. Die Behauptung der insoweit darlegungsbelasteten Beklagten (vgl. *BGH*, Urteil vom 26. Juni 2023, VIa ZR 335/21, juris-Rz. 80), der Restwert betrage € 15.303,00 (Händler-Verkaufswert), ist aus Rechtsgründen unbeachtlich. Im Rahmen des Vorteilsausgleichs bemisst sich der Restwert eines Fahrzeugs - worauf der Kläger hingewiesen hat - nicht nach dem Händler-Verkaufswert, sondern nach dem Händler-Einkaufswert, den der Geschädigte bei Inzahlunggabe des Fahrzeugs bei einem Gebrauchtwagenhändler erzielen kann (vgl. *BGH*, Urteil vom 21. Januar 1992, VI ZR 142/91, juris-Rz. 13; Urteil vom 6. April 1993, VI ZR 181/92, juris-Rz. 10; *OLG München*, Urteil vom 22.12.2023, 13 U 892/21, juris-Rz. 103). Denn der Geschädigte - sofern er nicht selbst mit Gebrauchtwagen handelt - kann und muss einen Händler-Verkaufspreis mit dem darin liegenden Gewinn- und Wagnisanteil nicht erzielen.

(γ) Damit belaufen sich die Vorteile, die dem Kläger aus dem Kaufvertrag verbleiben, auf insgesamt € 18.176,00 (€ 4.876,11 + € 13.300,00). Da dieser Betrag unter dem tatsächlichen Marktwert des Fahrzeugs bei Abschluss des Kaufvertrags i.H.v. € 21.850,00 liegt, bestehen auszugleichende „überschießende“ Vorteile des Klägers nicht.

Unter diesen Umständen kann es auch dahinstehen, ob ein rechnerischer Zuschlag zu den auszugleichenden Vorteilen zu machen ist, weil der Kläger das von der Beklagten angebotene Software-Update nicht aufspielen lässt, mit dem die Fahrkurvenerkennung beseitigt werden soll. Selbst wenn darin ein Verstoß des Klägers gegen seine Schadensminderungspflicht aus § 254 Abs. 2 S. 1 Fall 2 BGB liegen sollte, so könnte eine etwaige Wertsteigerung des Fahrzeugs durch die Beseitigung der Fahrkurvenerkennung doch nicht höher ausfallen als die Wertminderung (€ 1.150,00), die das Fahrzeug durch die Verwendung der Fahrkurvenerkennung erlitten hat (vgl. *OLG Hamm*, Urteil vom 19. September 2024, 13 U 580/21 [n.v.]). Selbst ein Gesamtbetrag von € 19.326,11 (€ 4.876,11 + € 13.300,00 + € 1.150,00) läge damit noch unter dem tatsächlichen Marktwert des Fahrzeugs bei Abschluss des Kaufvertrags, so dass weiterhin keine auszugleichenden Vorteile des Klägers bestünden.

dd) Weitergehende Zahlungsansprüche des Klägers gegen die Beklagte bestehen auch aus §§ 826, 31 BGB oder § 823 Abs. 2 BGB i.V.m. § 263 StGB nicht. Es lässt sich nicht feststellen, dass die Beklagte mögliche Fahrzeugerwerber zurzeit des hier fraglichen Vertragsschlusses sittenwidrig schädigen oder täuschen wollte. Dagegen spricht, dass die Beklagte die Fahrkurvenerkennung schon Ende 2015 gegenüber dem Kraftfahrt-Bundesamt offenbarte und dass das Kraftfahrt-Bundesamt die Fahrkurvenerkennung nicht als unzulässige Abschalteneinrichtung erkannte (vgl. zu § 826 BGB: *BGH*, Urteil vom 6. November 2023, VIa ZR 535/21, juris-Rz. 11; Urteil vom 12. Oktober 2023, VII ZR 412/21, juris-Rz. 17; Beschluss

vom 21. März 2022, VIa ZR 334/21, juris-Rz. 22; ferner zu § 263 StGB: *OLG Hamm*, Urteil vom 19. September 2024, 13 U 580/21 [n.v.]).

b) Feststellungsantrag. Der Feststellungsantrag des Klägers ist unzulässig, weil es dem Kläger am Feststellungsinteresse fehlt, § 256 Abs. 1 ZPO.

Auch unter Berücksichtigung der geringen Anforderungen, die die höchstrichterliche Rechtsprechung in vergleichbaren Fällen an die „primäre“ Darlegung schadensbegründender Umstände stellt (vgl. *BGH*, Beschluss vom 28. Januar 2020, VIII ZR 57/19, juris-Rz. 7 ff.; Beschluss vom 29. September 2021, VIII ZR 226/19, juris-Rz. 15 ff.), geht die Behauptung des Klägers, in seinem Fahrzeug könnten noch nicht offenbarte weitere Abschaltseinrichtungen verwendet worden sein, nicht über eine Mutmaßung hinaus. Die hierzu allein herangezogene Ankündigung der Beklagten, durch ein Software-Update könne der Schadstoffausstoß um „in der Summe... 25% bis 30%“ verringert werden, bietet keinen greifbaren tatsächlichen Anhalt für weitere Abschaltseinrichtungen.

Im Übrigen würde selbst die Verwendung weiterer Abschaltseinrichtungen nicht zu einer Erhöhung des hier bereits ausgeurteilten Differenzschadens führen. Auch unter Berücksichtigung der unionsrechtlich gebotenen wertenden Bemessung des Differenzschadens würde sich insbesondere die Gefahr von Maßnahmen gem. § 5 Abs. 1 FZV nicht wesentlich erhöhen, so dass eine höhere Wertminderung des Fahrzeugs als 5% des Kaufpreises nicht in Betracht käme.

c) Freistellungsantrag. Ein Anspruch des Klägers gegen die Beklagte auf Freistellung von vorgerichtlichen Rechtsanwaltsvergütungen besteht nicht. Da der Differenzschaden i.S.d. § 823 Abs. 2 BGB i.V.m. §§ 6 Abs. 1; 27 Abs. 1 EG-FGV i.V.m. Art. 5 Abs. 2 S. 1 VO (EG) 715/2007 nur bis zur Höhe von 15% des Kaufpreises zu ersetzen ist, kann daneben eine Erstattung vorgerichtlicher Rechtsanwaltsvergütungen nicht erlangt werden (vgl. *BGH*, Urteil vom 16. Oktober 2022,

Vla ZR 14/22, juris-Rz. 13). Wegen etwaiger Ansprüche aus §§ 826, 31 BGB oder § 823 Abs. 2 BGB i.V.m. § 263 StGB gilt das zuvor Gesagte. Schließlich besteht auch kein Anspruch aus §§ 280 Abs. 1 und 2, § 286 BGB wegen Schuldnerverzugs. Der Kläger hat vorgerichtlich - wie auch noch im ersten Rechtszug - Erstattung des Kaufpreises gegen Übereignung des Fahrzeugs geltend gemacht. Mit dieser Leistung ist die Beklagte nicht in Verzug geraten, weil sie nur aus §§ 826, 31 BGB oder § 823 Abs. 2 BGB i.V.m. § 263 StGB hätte geschuldet sein können.

3. Die Entscheidungen über Rechtshängigkeitszinsen, Kostenlast und Verfahrenswert folgen aus §§ 291; 288 Abs. 1 BGB; §§ 91 Abs. 1; 92 Abs. 1 S. 1 ZPO; §§ 47 Abs. 1 S. 1; 48 Abs. 1 S. 1 GKG; §§ 3; 4 Abs. 1 ZPO.

Dr. Kentgens

Terp

Dr. Willmann