Posteingangsdatum Gansel Rechtsanwälte: 14.12.2023

Oberlandesgericht Köln
-Geschäftsstelle-

-24- Oberlandesgericht Köln,
[redacted]

14.12.2023

Rechtsanwälte
Gansel
[redacted]

Aktenzeichen
24 U 202/21
bei Antwort bitte angeben

Bearbeiter
Frau [redacted]
Durchwahl
0221 - 7711-299

Ihr Zeichen: [redacted]

Sehr geehrte Damen und Herren,

in dem Rechtsstreit

[redacted] gegen Mercedes-Benz Group

AG

erhalten Sie die Anlage(n) zur Kenntnis.

Mit freundlichen Grüßen

[redacted]

Anschrift

[redacted]
Sprechzeiten
Mo., Di 08:30 - 15:00 Uhr; Mi.-Fr.
08:30-14:30 Uhr
Telefon
0221 - 7711 - 0
Telefax:
0221 - 7711 - 600

Nachtbriefkasten:

[redacted]
Konten der Zahlstelle des
Amtsgerichts Köln: Bundesbank
IBAN
DE87370000000037001512

Verkehrsanbindung: KVB-Linien:
16, 18 Bus: 140

her Daten in Rechtssachen durch die Justiz in Nordrhein-
schutz/rechtssachen.

24 U 202/21
10 O 176/20
Landgericht Köln

Oberlandesgericht Köln

IM NAMEN DES VOLKES

Urteil

In dem Rechtsstreit

des Herrn [redacted], [redacted],

Klägers und Berufungsklägers,

Prozessbevollmächtigte: Rechtsanwälte Gansel, [redacted],

gegen

die Mercedes-Benz Group AG, vertreten durch den Vorstand, dieser vertreten durch den Vorstandsvorsitzenden [redacted],

Beklagte und Berufungsbeklagte,

Prozessbevollmächtigte: [redacted]
(Germany)

GmbH & Co KG,

hat der 24. Zivilsenat Oberlandesgerichts Köln
auf die mündliche Verhandlung vom 23.11.2023
durch den Vorsitzenden Richter am Oberlandesgericht Dr. Hake, die Richterin am

Landgericht Simmeler sowie die Richterin am Oberlandesgericht Helfen

f ü r R e c h t e r k a n n t :

Das Versäumnisurteil des Senats vom 31.08.2023 wird teilweise aufgehoben und unter seiner Aufrechterhaltung im Übrigen insgesamt wie folgt neu gefasst:

Auf die Berufung des Klägers wird das am 03.09.2021 verkündete Urteil der Einzelrichterin der 10. Zivilkammer des Landgerichts Köln - 10 O 176/21 - teilweise abgeändert und die Beklagte verurteilt, an den Kläger 6.462,53 € nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem jeweiligen Basiszinssatz seit 18.12.2020 zu zahlen. Im Übrigen wird die Berufung zurückgewiesen.

Der Kläger trägt die durch seine Säumnis im Termin vom 31.08.2023 entstandenen Kosten. Im Übrigen tragen die Kosten des Rechtsstreits beider Rechtszüge der Kläger zu 92 % und die Beklagte zu 8 %.

Dieses Urteil ist vorläufig vollstreckbar.

Die Revision wird nicht zugelassen.

G r ü n d e :

I.

Von der Darstellung der tatsächlichen Feststellungen wird gemäß §§ 540 Abs. 2, 313a
Abs. 1 S. 1, 544 Abs. 2 ZPO abgesehen.

II.

Der Einspruch des Klägers gegen das Versäumnisurteil des Senats ist zulässig und hat auch in der Sache teilweise Erfolg. Die zulässige Berufung des Klägers ist nämlich
nach der erfolgten Teilrücknahme und Umstellung der Klageanträge teilweise begründet.

1.
Insoweit ist zunächst festzuhalten, dass der Kläger seinen ursprünglichen Antrag

ohne
Rücksicht auf die - letztlich aber ohnehin gegebenen - Voraussetzungen des § 533

ZPO auf den nunmehr geltend gemachten Differenzschaden umstellen konnte. Denn dem zunächst unter Berufung auf § 826 BGB eingeklagten Schadensersatz einerseits und dem nunmehr geltend gemachten Differenzschaden im Sinne von § 823 Abs. 2 BGB, §§ 6 Abs. 1, 27 Abs. 1 EG-FGV andererseits liegen lediglich unterschiedliche Methoden der Schadensberechnung zugrunde, die im Kern an die Vertrauensinvestition des Käufers bei Abschluss des Kaufvertrags anknüpfen (BGH, NJW 2023, 2259 Rn. 45; BGH, BeckRS 2023, 14774 Rn. 25). Die Umstellung der Anträge unter Teilrücknahme der Berufung stellt deshalb eine bloße Beschränkung im Sinne des § 264 Nr.
2 ZPO dar, die kraft ausdrücklicher gesetzlicher Anordnung nicht als Klageänderung anzusehen und unabhängig von den Voraussetzungen des § 533 ZPO zulässig ist (vgl. hierzu allgemein BGH, NJW 2004, 2152, 2154; Musielak/Voit/Ball, ZPO, 20. Aufl. 2023, § 533 Rn. 3 m.w.Nachw. sowie konkret zur vorliegenden Konstellation OLG Karlsruhe, BeckRS 2023, 21335 Rn. 95).
2.

Dem Kläger steht gegen die Beklagte ein Schadenersatzanspruch in Höhe von 6.462,53 € aus § 823 Abs. 2 BGB, §§ 6 Abs. 1, 27 Abs. 1 EG-FGV zu. Die hierzu in der jüngsten Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes aufgestellten Haftungsvoraus-
setzungen sind vorliegend erfüllt.

a) Nach der nunmehr maßgeblichen, durch entsprechende Vorgaben des Europäischen Gerichtshofs (vgl. EuGH, NJW 2023, 1111 ff.) determinierten Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs stellen die §§ 6 Abs. 1, 27 Abs. 1 EG-FGV Schutzgesetze im Sinne des § 823 Abs. 2 BGB dar. Geschützt ist insoweit das Interesse des Fahrzeugkäufers, durch den Abschluss eines Kaufvertrags über ein Kraftfahrzeug nicht wegen eines Verstoßes des Fahrzeugherstellers gegen das europäische Abgasrecht eine Vermögenseinbuße im Sinne der Differenzhypothese zu erleiden (BGH, NJW 2023, 2259 Rn. 32; BGH, NJW 2023, 2270 Rn. 27; BGH, BeckRS 2023, 14774 Rn. 24). Der Fahrzeughersteller ist dem Käufer deshalb zum Schadensersatz verpflichtet, wenn er zumindest fahrlässig (vgl. §§ 823 Abs. 2, 276 Abs. 1 BGB) eine unzutreffende Übereinstimmungsbescheinigung erteilt hat.

b) Die Beklagte hat eine falsche Übereinstimmungsbescheinigung ausgestellt.

c) aa) Unzutreffend ist eine Übereinstimmungsbescheinigung - ohne Rücksicht auf den
Inhalt der zugrundeliegenden EG-Typgenehmigung - immer dann, wenn das betreffende Kraftfahrzeug mit einer gemäß Art. 5 Abs. 2 VO (EG) 715/2007 unzulässigen Abschalteinrichtung ausgerüstet ist. Denn auch dann, wenn das betreffende Fahrzeug
mit der erteilten Typengenehmigung übereinstimmt, ist die Bescheinigung nach der unionsrechtlich gebotenen Auslegung insoweit unrichtig, als sie eine tatsächlich nicht gegebene Übereinstimmung des konkreten Kraftfahrzeugs mit Art. 5 Abs. 2 VO (EG) 715/2007 ausweist (BGH, NJW 2023, 2259 Rn. 34). Soweit die Beklagte dieses Verständnis als unzutreffend beanstandet, nimmt der Senat dies zur Kenntnis, sieht indessen keinen Anlass, von der jüngsten Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes abzuweichen. Die vom BGH aufgestellten Grundsätze beruhen auch insoweit auf der - die nationalen Gerichte bindenden - Auslegung der entsprechenden unionsrechtlichen Vorgaben durch den EuGH. [redacted] als die Beklagte sieht der Senat weder An-
lass noch Möglichkeit, sich hierüber hinwegzusetzen.
bb) Maßgeblich ist damit, ob das von der Beklagten hergestellte und von ihr mit einer Übereinstimmungsbescheinigung ausgestattete Fahrzeug über eine oder mehrere unzulässige Abschalteinrichtungen verfügt. Dies ist der Fall.

(1) Nach Art. 3 Nr. 10 der Verordnung (EG) Nr. 715/2007 kann eine Abschalteinrichtung schon dann vorliegen, wenn die Funktion nur eines beliebigen Teils des Emissionskontrollsystems in Abhängigkeit von bestimmten Parametern verändert und die Wirksamkeit des Emissionskontrollsystems unter den Bedingungen des normalen Fahrbetriebs verringert wird. Während in Bezug auf die Funktionsänderung auf Teile des Emissionskontrollsystems abgestellt werden kann, kommt es für die Wirkung der Funktionsänderung auf das Emissionskontrollsystem in seiner Gesamtheit an, etwa auf die kombinierte Wirkung von Abgasrückführung und -reinigung. Maßstab für die Frage der Zulässigkeit einer Funktionsveränderung in Abhängigkeit von bestimmten Parametern ist nach Art. 3 Nr. 10 der Verordnung (EG) Nr. 715/2007 nicht die Einhaltung des Grenzwerts, sondern die Wirksamkeit des unverändert funktionierenden Emissionskontrollsystems unter den Bedingungen des normalen Fahrbetriebs. In diesem Zusammenhang bedarf es eines Vergleichs der Wirksamkeit des unverändert funktionierenden und derjenigen des verändert funktionierenden Gesamtsystems, und

(2) zwar jeweils unter den Bedingungen des normalen Fahrbetriebs im gesamten Unions-
gebiet (BGH, NJW 2023, 2259 Rn. 51).
(3) Nach diesem Maßstab ist die im streitgegenständlichen Fahrzeug zum Einsatz kommende und vom Kraftfahrt-Bundesamt (KBA) beanstandete Dosierstrategie als unzulässige Abschalteinrichtung zu werten. Nach den erstmals von der Beklagten mit Schriftsatz vom 15.11.2023 näher darlegten Umständen beanstandet das KBA in Bezug auf das streitgegenständliche Fahrzeug die Nutzung einer sogenannten „Strategie
A in vergleichbarer Ausprägung“ bei der Eindosierung von AdBlue in den SCR-Katalysator. Auch wenn die Beklagte den entsprechenden Ausgangsbescheid vom 23.05.2018 und den Ergänzungsbescheid vom 03.08.2018 nur in einer erheblich geschwärzten Version vorgelegt hat, ergibt sich, dass beim Betrieb des SCR-Katalysators im streitgegenständlichen Fahrzeugs zwei unterschiedliche Betriebsarten zur Eindüsung von Reagens (Füllstands- und Online-Modus) verwendet werden, wobei der Wechsel der Dosiermodi in Abhängigkeit von der SCR-Temperatur und Roh-NOx-Massenstrom erfolgt. Konkret beanstandet das KBA einen spezifischen Aspekt der Schaltbedingungen für den Wechsel zwischen dem Füllstands- und Online-Modus, wonach der Online-Modus länger verwendet und nur unter engeren Voraussetzungen in den Füllstands-Modus zurückgeschaltet wird, als dies nach Ansicht der Behörde möglich wäre. Aus all dem folgt, dass in Abhängigkeit von bestimmten Parametern Einfluss auf die SCR-Dosierung und damit auf die Wirksamkeit des Emissionskontrollsystems genommen wird. Denn es liegt auf der Hand, dass die Menge des im Katalysator vorhandenen Reagens die Wirksamkeit des Emissionskontrollsystems beeinflusst. Während im Füllstands-Modus im SCR-Katalysator stets ausreichend AdBlue zur Reaktion mit den NOx-Emissionen zur Verfügung steht, ist dies im Online-Modus keineswegs immer gewährleistet. Da im Online-Modus das Abgasaufkommen nicht gemessen, sondern (mit entsprechenden Unbekannten und Toleranzen) errechnet wird und (um einen Ammoniak-Schlupf zu vermeiden) regelmäßig weniger AdBlue als zur Umwandlung der anfallenden NOx-Emissionen notwendig ist, zur Verfügung gestellt wird, wird die Reinigungswirkung des SCR-Katalysators in diesem Modus nicht mehr optimal genutzt. Auch den umfangreichen Ausführungen der Beklagten zur Steu-
erung der SCR-Dosierung im Schriftsatz vom 15.11.2023 kann der Senat letztlich nichts entnehmen, was dieser Einschätzung entgegenstünde.

Soweit die Beklagte gleichwohl meint, die „Strategie A“ bzw. die „Strategie A in vergleichbarer Ausprägung“ seien keine unzulässigen Abschalteinrichtungen, weil sie keine Reduktion der Wirksamkeit des Emissionskontrollsystems, sondern nur eine „nicht optimale Steuerung“ bewirkten, teilt der Senat diese Einschätzung nicht. Die Beklagte stellt letztlich nicht in Abrede, dass sich der Wechsel in den Online-Modus negativ auf die Wirksamkeit des SCR-Katalysators auswirkt. Ihrem Sachvortrag ist zwar zu entnehmen, dass „die absolute Reinigungsleistung des SCR-Systems im realen [redacted]nbetrieb auch nach Erreichen der Menge an Stickoxid-Rohemissionen, ab der im jeweiligen Fahrzeug eine Anpassung der Schwellwerte für einen Wechsel zwischen den Dosiermodi stattfinde, generell nicht unter dem Niveau (liegt), das bei der Prüfung Typ 1 im NEFZ gezeigt wird“ (Seite 35 des Schriftsatzes vom 15.11.2023, Bl. 655 d.A.).

Auch soll „im Realbetrieb ist die absolute Reinigungsleistung des SCR-Systems tatsächlich regelmäßig deutlich höher als in der gesetzlichen Prüfung“ liegen (Seite 38 des genannten Schriftsatzes, Bl. 658 d.A.). Zur Untermauerung dieser Einschätzung wird sodann auf die Notwendigkeit verwiesen, „auf unterschiedliche Betriebszustände angemessen zu reagieren“. Zudem sei die Wirksamkeit des Emissionskontrollsystems richtigerweise anhand der absoluten Reinigungsleistung zu beurteilen, der „Vorwurf der Verminderung der Wirksamkeit des Emissionskontrollsystems (könne) nur erhoben werden, wenn im Betrieb auf der [redacted] diese absolute Reinigungsleistung vermindert“ werde. Mit all diesen - offenbar mit besonderem Bedacht gewählten - Formulierungen versucht die Beklagte zwar, ihre Auffassung zur Zulässigkeit der SCR-Dosierstrategie zu plausibilisieren, gleichzeitig stellt sie aber nicht in Abrede, dass der Wechsel der Dosierstrategie mit einer Verringerung des Wirkungsgrades des SCR-Katalysators verbunden ist. Gerade aus der wiederholten und auffälligen Betonung, maßgeblich sei die „absolute Reinigungsleistung“ wird deutlich, dass sich durch den Wechsel der Dosiermodi die „relative Reinigungsleistung“ - also der Wirkungsgrad des SCR-Katalysators – durchaus verringert.

Der Senat teilt auch nicht die Auffassung der Beklagten, dass es für die Frage des

Vorliegens einer Abschalteinrichtung darauf ankomme, dass das zum Einsatz kommende Abgasreinigungssystem absolut gesehen eine geringere Reinigungsleistung erbringe. Eine solche Interpretation von Art. 3 Nr. 10 der Verordnung (EG) Nr. 715/2007 ergibt sich weder aus dem Wort der Regelung noch aus dem Sinn und Zweck

der Verordnung. Wie bereits dargelegt, ist Maßstab für die Frage der Zulässigkeit einer

Funktionsveränderung in Abhängigkeit von bestimmten Parametern nach Art. 3 Nr. 10 der Verordnung (EG) Nr. 715/2007 nicht die Einhaltung des Grenzwerts, sondern die Wirksamkeit des unverändert funktionierenden Emissionskontrollsystems unter den Bedingungen des normalen Fahrbetriebs. Die gleichbleibende Wirksamkeit ist mithin das entscheidende Kriterium. Hierzu steht eine Strategie, die unterschiedlich effektiv arbeitende SCR-Dosiermodi vorsieht, in erkennbarem Widerspruch.

Aus den umfangreichen Darlegungen der Beklagten ergibt sich schließlich auch nicht, dass die gewählte SCR-Dosierstrategie aus Gründen des Motorschutzes erforderlich ist (Art. 5 Abs. 2 S. 2 lit. a) der VO (EG) 715/2007). Zwar mag es für die Nutzung des Online-Modus technische Gründe geben, dass der Wechsel vom Online-Modus in den
Füllstand-Modus aber gerade anhand der von der Beklagten gewählten Parameter erforderlich ist, ist nicht dargetan. Selbst wenn man den Einsatz unterschiedlicher Strategien also für zulässig erachten sollte, müssten aber - wie vom KBA gefordert - auch die Rückschaltbedingungen so gewählt werden, dass möglichst frühzeitig ein erneuter Wechsel in den Füllstand-Modus gewährleistet ist.

(4) Darüber hinaus ist die von der Beklagten ausgestellte Übereinstimmungserklärung
aber auch deshalb unzutreffend, weil bereits nach dem Vortrag der Beklagten (vgl. S. 23 der Berufungserwiderung vom 30.1.2021, Bl. 245 d.A.) im streitgegenständlichen Fahrzeug ein sogenanntes Thermofenster zum Einsatz kam, welches aufgrund seiner konkreten Bedatung ebenfalls als unzulässige Abschalteinrichtung zu werten ist. Die Beklagte hat selbst eingeräumt, dass die Abgasrückführung im streitgegenständlichen Fahrzeug bei betriebswarmen Motor unterhalb von etwa 10º C Umgebungslufttemperatur schrittweise reduziert werde. Mit Temperaturen unter 10 ºC ist aber auch unter üblichen Betriebsbedingungen zu rechnen, so dass sich die Beklagte nicht auf eine ausnahmsweise Zulässigkeit zum Motorschutz nach Art. 5 Abs. 2 lit. a) der VO Nr. 715/2007 berufen kann. Diese Regelung ist dahin auszulegen, dass eine Abschalteinrichtung, die die Einhaltung der dort vorgesehenen Emissionsgrenzwerte nur innerhalb
des Thermofensters gewährleistet, nicht allein deshalb unter die dort vorgesehene Ausnahme fällt, weil sie zur Schonung von Anbauteilen wie AGR-Ventil, AGR-Kühler und Dieselpartikelfilter beiträgt. Der Ausnahmetatbestand ist nur dann erfüllt, wenn

die

Einrichtung notwendig ist, um die durch eine Fehlfunktion eines Bauteils des AGR-Systems verursachten unmittelbaren Risiken für den Motor in Form von Beschädigun-

(5) gen oder Unfall zu vermeiden. Eine Abschalteinrichtung, die unter normalen Betriebs-
bedingungen den überwiegenden Teil des Jahres funktionieren müsste, damit der Mo-
tor vor Beschädigung oder Unfall geschützt und der sichere Betrieb des Fahrzeugs gewährleistet ist, fällt nicht unter die in Art. 5 Abs. 2 lit. a der VO Nr. 715/2007 vorgesehene Ausnahme (vgl. EuGH, NJW 2022, 2605 Rn. 70; ebenso schon Senat, Urt. v. 03.02. 2022 - 24 U 410/19 -, juris-Rn. 25 ff.)

d) Der Senat ist auch davon überzeugt, dass der Kläger das Fahrzeug in Kenntnis der

unzulässigen Abschalteinrichtungen nicht zu dem tatsächlich gezahlten Kaufpreis erworben hätte. Zu der damit angesprochenen „Erwerbskausalität“ kann der Kläger sich auf einen entsprechenden Erfahrungssatz stützen, der von dem in Anspruch genommenen Fahrzeughersteller zu widerlegen ist (BGH, NJW 2023, 2259, Rn. 55). Erwirbt ein Käufer ein zugelassenes oder zulassungsfähiges Fahrzeug auch zur Nutzung im Straßenverkehr, wird er nämlich regelmäßig darauf vertrauen, dass die Zulassungsvoraussetzungen, zu denen nach § 6 Abs. 3 Satz 1 FZV die Übereinstimmungsbescheinigung gehört, vorliegen und dass außerdem keine ihn einschränkenden Maßnahmen nach § 5 Abs. 1 FZV mit Rücksicht auf unzulässige Abschalteinrichtungen erfolgen können (BGH, NJW 2023, 2259, Rn. 56).

e) Bei Ausstellung der unrichtigen Übereinstimmungsbescheinigung hat die Beklagte auch schuldhaft gehandelt. Zwar trifft hinsichtlich des Verschuldens als anspruchsbegründender Voraussetzung gemäß § 823 Abs. 2 BGB gewöhnlich den Anspruchsteller
die Darlegungs- und Beweislast. Jedoch muss derjenige, der objektiv ein Schutzgesetz
verletzt hat, Umstände darlegen und erforderlichenfalls beweisen, die geeignet sind, die daraus folgende Annahme seines Verschuldens in Form einer Fahrlässigkeit auszuräumen. Insofern besteht eine von der objektiven Schutzgesetzverletzung ausgehende Verschuldensvermutung, sodass ein Fahrzeughersteller, der trotz der Verwendung einer unzulässigen Abschalteinrichtung eine Übereinstimmungsbescheinigung ausgegeben und dadurch §§ 6 Abs. 1, 27 Abs. 1 EG-FGV verletzt hat, Umstände darlegen und beweisen muss, die sein Verhalten ausnahmsweise nicht als fahrlässig erscheinen lassen (BGH, NJW 2023, 2259 Rn. 59 ff.).

Solche Umstände hat die Beklagte aber auch in ihrem Schriftsatz vom 16.08.2023 (Bl. 539 ff. d.A.) nicht vorgetragen. Der Fahrzeughersteller, der sich unter Berufung auf

1
2
einen unvermeidbaren Verbotsirrtum entlasten will, muss sowohl den Verbotsirrtum als
solchen als auch die Unvermeidbarkeit des Verbotsirrtums konkret darlegen und beweisen (BGH, NJW 2023, 2259 Rn. 63). Das setzt zunächst die Darlegung und erforderlichenfalls den Nachweis eines Rechtsirrtums voraus. Hierzu muss der Hersteller 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 (BGH, BeckRS 2023, 29219, Rn. 14). Aus dem
Sachvortrag der Beklagten ergibt sich jedoch nicht, welche für sie handelnde Person sich konkret worüber geirrt haben soll. Auf die Frage, ob eine Erkundigung zu dem Ergebnis geführt hätte, dass das KBA die Verwendung des Thermofensters als unproblematisch angesehen hätte, kommt es vor diesem Hintergrund nicht an. Sie betrifft erst die nachrangige Frage nach Unvermeidbarkeit des Verbotsirrtums, die sich indes aus den dargelegten Gründen nicht stellt.

f) Der danach ersatzfähige Schaden des Klägers beträgt 6.462,53 €.

(aa) Gemäß § 287 Abs. 1 S. 1 ZPO ist die Höhe des Schadens, den der Käufer durch sein Vertrauen auf die Richtigkeit der Übereinstimmungsbescheinigung bei Erwerb eines mit einer unzulässigen Abschalteinrichtung versehenen Kraftfahrzeugs erleidet, unter Würdigung aller Umstände nach freier Überzeugung zu schätzen. Dabei unterliegt die Schätzung unionsrechtlichen Vorgaben, die 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 das Schätzungsermessen innerhalb einer Bandbreite zwischen 5 % und 15%
des gezahlten Kaufpreises rechtlich begrenzen (BGH, NJW 2023, 2259 Rn. 72 f.). Bei der Schätzung des Schadens innerhalb dieses Rahmens sind bei der Bestimmung des
objektiven Werts des Fahrzeugs im Zeitpunkt des Vertragsschlusses die mit der Verwendung einer unzulässigen Abschalteinrichtung verbundenen Nachteile, insbesondere das Risiko behördlicher Anordnungen, sowie der Umfang der in Betracht kommenden Betriebsbeschränkungen und die Eintrittswahrscheinlichkeit solcher Beschränkungen in den Blick zu nehmen. Maßgebend ist dabei eine auf den Zeitpunkt

des Vertragsschlusses bezogene Betrachtung. Über diese originär schadensrechtlichen Gesichtspunkte hinaus hat der Tatrichter das Gewicht des der Haftung zugrundeliegenden konkreten Rechtsverstoßes für das unionsrechtliche Ziel der Einhaltung gewisser Emissionsgrenzwerte sowie den Grad des Verschuldens nach Maßgabe der Umstände des zu beurteilenden Einzelfalls zu bewerten. Der Einholung eines Sachverständigengutachtens bedarf es insoweit nicht (BGH, NJW 2023, 2259, Rn. 76 ff.).
In Anwendung der vorstehenden Grundsätze schätzt der Senat den durch das Vorhandensein unzulässiger Abschalteinrichtungen begründeten Schaden des Klägers im
Rahmen einer Gesamtbetrachtung aller relevanten Faktoren auf 7,5 % des Kaufpreises.

bb) Nach dem eigenen Vortrag der Beklagten wurde die AGR-Rate ursprünglich unterhalb einer Außentemperatur von 10° C reduziert; das ursprüngliche Thermofenster war damit zwar nicht prüfstandbezogen, jedoch vergleichsweise eng bedatet. Hinzu kommt, dass in dem Fahrzeug im Hinblick auf den Wechsel zwischen den Online- und dem Füllstands-Modus eine weitere unzulässige Abschalteinrichtung implementiert war, aufgrund dessen seitens des KBA ein verpflichtender Rückruf angeordnet wurde.

cc) Schadensmindernd ist jedoch das von der Beklagten zur Verfügung gestellte Software-Update zu berücksichtigen.

Der Umstand, dass für die Schätzung des Differenzschadens auf den Zeitpunkt des Vertragsschlusses abzustellen ist, schließt nämlich eine schadensmindernde Berücksichtigung später eintretender Umstände im Wege der Vorteilsausgleichung nicht aus. Insofern gelten die in der höchstrichterlichen Rechtsprechung entwickelten Maßstäbe zum „kleinen“ Schadensersatz nach § 826 BGB sinngemäß, wobei die Vorteilausgleichung auch der Gewährung eines Schadensersatzes aus § 823 Abs. 2 BGB insgesamt
entgegenstehen kann, wenn der Differenzschaden vollständig ausgeglichen ist. Dementsprechend sind bei der Bezifferung des Differenzschadens einerseits Nutzungsvor-
teile und der Restwert des Fahrzeugs insoweit schadensmindernd anzurechnen, als sie den Wert des Fahrzeugs bei Abschluss des Kaufvertrags (gezahlter Kaufpreis abzüglich Differenzschaden) übersteigen. Der Fahrzeughersteller kann sich aber auch auf die nachträgliche Verbesserung des Fahrzeugs durch ein Softwareupdate berufen.

Eine Schadensminderung kann damit allerdings nur verbunden sein, wenn und soweit das Update die Gefahr von Betriebsbeschränkungen signifikant reduziert; das wiederum kann nur dann der Fall sein, wenn es nicht seinerseits eine unzulässige Abschalteinrichtung beinhaltet (vgl. zum Ganzen BGH, NJW 2023, 2259 Rn. 80).

Zwar ist der Temperaturbereich des Thermofensters nach Angaben der Beklagten im Termin zur mündlichen Verhandlung mit einem Softwareupdate auf einen Temperatur-
bereich von -15 ºC bis +40 ºC erweitert wurde, allerdings gilt dies nur bei betriebswarmen Motor. Zudem ist bei der Neubedatung der SCR-Dosierung zu berücksichtigen, dass es weiterhin einen Wechsel zwischen dem Füllstands-Modus und dem Online-Modus gibt und die Umschaltung zwischen diesen Modi weiterhin bei unterschiedlichen Schwellenwerten erfolgt. Es verbleibt deshalb auch nach den Erläuterungen im Termin vom 24.11.2023 dabei, dass früher in den Online-Modus umgeschaltet wird, als es zu einer Rückschaltung in den Füllstands-Modus kommt. Vor diesem Hintergrund erachtet der Senat die Gefahr einer Betriebsbeschränkung zwar als signifikant reduziert, jedoch nicht vollständig gebannt. Dem ist dadurch Rechnung getragen worden, dass der Differenzschaden, den der Senat ohne Update an der oberen Grenze der vom BGH aufgezeigten Spanne gesehen hätte, sich auf 7,5 % des Kaufpreises reduziert.

dd) Weitergehende Abzüge vom Differenzschaden im Hinblick auf Nutzungsvorteile und der Restwert des Fahrzeugs sind hingegen nicht angezeigt.

Dem vom Kläger geleisteten Kaufpreis in Höhe von 86.167,13 € steht zum einen ein Fahrzeug mit einem Restwert von 22.200,00 € - insoweit der unbestritten gebliebene Klägervortrag - entgegen.

Bei der Berechnung der Nutzungsvorteile wendet der Senat die vom BGH in mehreren
Entscheidungen gebilligte Berechnungsmethode an, den Bruttokaufpreis mit den gefahrenen Kilometern zu multiplizieren und das Ergebnis durch die Restlaufleistung des
PKW zum Erwerbszeitpunkt zu teilen (vgl. BGH, NJW 2020, 1962; BGH, NJW 2020, 2796). Dabei schätzt er die Gesamtfahrleistung eines Dieselfahrzeugs in ständiger

15

Rechtsprechung regelmäßig auf 300.000 km. Dies entspricht der Auffassung des hiesigen 18. Zivilsenats, der anhand einer Auswertung statistischer Daten des Kraftfahrt-Bundesamtes von einer durchschnittlichen Nutzungsdauer eines Fahrzeugs von 15

Jahren und einer durchschnittlichen Jahresfahrleistung von Dieselfahrzeugen von 20.000 km ausgegangen ist (vgl. OLG Köln, BeckRS 2020, 6371 Rn. 31; ebenso OLG Köln, BeckRS 2020, 35997 Rn. 36; OLG Köln, BeckRS 2020, 29811 Rn. 38).

Vor diesem Hintergrund verbleibt es auch bei Berücksichtigung der vom Kläger gezogenen Nutzungen bei dem angenommenen Differenzschaden in Höhe von 6.462,53 €.

Selbst wenn man die Laufleistung des Fahrzeugs entgegen den streitig gebliebenen Angaben des Klägers in der letzten mündlichen Verhandlung nicht mit 24.942 km sondern mit 124.942 km ansetzen würde (was im Hinblick auf den am 18.06.2021 unstreitigen Kilometerstand von 23.936 km sehr hoch gegriffen wäre), beliefen sich die Nutzungsvorteile des Klägers nur auf einen Betrag von 35.718,15 € (Kaufpreis ./. Restlaufleistung bei Kauf: 299.000 km x gefahrene Kilometer: 123.942 km). Damit bleibt dies Summe aus Nutzungsvorteilen und Restwert mit allenfalls 57.918,15 € deutlich hinter dem geminderten Fahrzeugwert bei Kauf zurück.

g) Der Anspruch des Klägers ist auch nicht verjährt.

Nach § 195 BGB beträgt die regelmäßige Verjährungsfrist, die auch für Ansprüche aus § 826 BGB oder § 823 BGB einschlägig ist, drei Jahre (vgl. BGH NJW 2021, 918). Sie beginnt gemäß § 199 Abs. 1 BGB mit Ablauf des Jahres, in dem der Anspruch entstanden ist und der Gläubiger von den anspruchsbegründenden Umständen und der Person des Schuldners Kenntnis erlangt hat oder ohne grobe Fahrlässigkeit hätte erlangen müssen, wobei die Darlegungs- und Beweislast für diese ihr günstigen Voraussetzungen bei der Beklagten liegt. Die erforderliche Kenntnis im Sinne des § 199 Abs. 1 BGB ist gegeben, liegt vor, wenn dem Geschädigten die Erhebung einer Schadensersatzklage, sei es auch nur in Form der Feststellungsklage, Erfolg versprechend, wenn auch nicht risikolos möglich ist (vgl. NJW 2017, 2986, Rn. 85; BGH NJW 2021, 918, Rn. 8). Grob fahrlässige Unkenntnis liegt dann vor, wenn dem Gläubiger die Kenntnis fehlt, weil er die im Verkehr erforderliche Sorgfalt in ungewöhnlich grobem Maße verletzt und auch ganz naheliegende Überlegungen nicht angestellt oder das nicht beachtet hat, was jedem hätte einleuchten müssen. Ihm muss persönlich ein

schwerer Obliegenheitsverstoß in seiner eigenen Angelegenheit der Anspruchsverfolgung vorgeworfen werden können. Die grob fahrlässige Unkenntnis bezieht sich ebenso wie die Kenntnis auf Tatsachen, auf alle Merkmale der Anspruchsgrundlage

und bei der Verschuldenshaftung auf das Vertretenmüssen des Schuldners, wobei es auf eine zutreffende rechtliche Würdigung grundsätzlich nicht ankommt (BGH, NJW 2020, 2534, Rdn. 19 f.; BGH, NJW 2021, 918, Rn. 8 f.). Ausnahmsweise kann die Rechtsunkenntnis des Gläubigers den Verjährungsbeginn allerdings dann hinausschieben, wenn eine unsichere und zweifelhafte Rechtslage vorliegt, die selbst ein rechtskundiger Dritter nicht zuverlässig einzuschätzen vermag. In diesen Fällen fehlt es an der Zumutbarkeit der Klageerhebung als übergreifender Voraussetzung für den Verjährungsbeginn. Das gilt erst recht, wenn der Durchsetzung des Anspruchs eine gegenteilige höchstrichterliche Rechtsprechung entgegensteht (BGH, NJW 2014, 3713 Rn. 35; BGH, NJW 2021, 918 Rn. 9, 12; jeweils m.w.Nachw.).
Nach diesem Maßstab ist bereits deshalb keine Verjährung eingetreten, weil die Beklagte nicht dargelegt hat, wann der Kläger Kenntnis vom Vorhandensein unzulässiger

Abschalteinrichtungen erlangt hat bzw. erlangen musste. Die Beklagte hat weder die Verwendung unzulässiger Abschalteinrichtung öffentlich bekannt gegeben, noch hatte der Kläger aus anderen Quellen Anlass zu der Annahme, dass in dem von ihm erworbenen Fahrzeug unzulässige Abschalteirichtungen verbaut waren. Weder die öffentliche, durch die ad hoc-Mitteilung des Volkswagen-Konzerns vom 22.09.2015 ausgelöste Diskussion um den VW-Motor EA 189 noch der von der Beklagten weiter in Bezug genommene Untersuchungsbericht der Untersuchungskommission Volkswagen aus dem April 2016 mussten bei objektiver Betrachtung Anlass zu der Annahme geben, dass auch in dem vom Kläger erworbenen Fahrzeug unzulässige Abschalteirichtungen verbaut waren. Soweit die Beklagte die sie selbst betreffende Medienberichterstattung in der „Tagesschau“ vom 22.04.2016 und dem „[redacted]“ vom 20.04.2016 anführt, folgt hieraus schon nicht, dass es sich bei dem dort ohne nähere Einzelheiten angesprochenen „Thermofenster“ um eine unzulässige Abschalteinrichtung handelt (was die Beklagte selbst ja bis heute in Abrede stellt). Es bedarf deshalb auch keiner weiteren Vertiefung, ob von einem objektiven Dritten in der Situation des Klägers überhaupt erwartet werden konnte, dass er die genannten Publikationen zur Kenntnis nimmt.

Da dem Kläger nach all dem bereits die für den Verjährungsbeginn erforderliche Tatsachenkenntnis fehlte, bedarf es auch keiner weiteren Erörterung, dass der Bundesgerichtshof bis zur Entscheidung des EuGH vom 21.03.2023 (C-100/21 = NJW 2023,

1111) in ständiger Rechtsprechung die Anwendbarkeit von § 823 Abs. 2 BGB, §§ 6 Abs. 1, 27 Abs.1 EG-FGV in Fällen der vorliegenden Art verneint hat (vgl. etwa BGH, NJW 2020, 1962 Rn. 72 ff.; BGH, NJW-RR 2022, 1251 Rn. 24; weitere Nachweise bei BGH, NJW 2023, 2259, Rn. 23). Aus Sicht des Senats dürften hierdurch allerdings durchgreifende Zweifel an der Zumutbarkeit einer Klageerhebung vor dem Jahr 2023 begründet sein. Dies gilt umso mehr, als der BGH - ebenso wie auch der erkennende Senat in ständiger Rechtsprechung - die fehlende Schutzwirkung der §§ 6 Abs. 1, 27 Abs. 1 EG-FGV im Sinne eines „acte clair“ als gesicherte Erkenntnis beachtet hat (vgl.
etwa BGH, NJW 2020, 1962 Rn. 77; BGH, NJW 2020, 2798 Rn. 16; BGH, BeckRS 2021, 30593, Rn. 1 ff.; BGH, BeckRS 2021, 37995 Rn. 31 ff.).

3.

Die Beklagte hat auf die oben unter 2. erörterte Forderung gemäß §§ 291, 288 Abs. 1 S. 2 BGB Rechtshängigkeitszinsen in Höhe von fünf Prozentpunkten über dem Basiszinssatz zu entrichten. Dabei ist zu berücksichtigen, dass dem in erster Linie unter Berufung auf § 826 BGB eingeklagten Schadensersatz einerseits und dem Differenzschaden im Sinne von § 823 Abs. 2 BGB, §§ 6 Abs. 1, 27 Abs. 1 EG-FGV andererseits
lediglich unterschiedliche Methoden der Schadensberechnung zugrunde liegen, die im
Kern an die Vertrauensinvestition des Käufers bei Abschluss des Kaufvertrags anknüpfen (BGH, NJW 2023, 2259 Rn. 45; BGH, BeckRS 2023, 14774 Rn. 25). Dement-
sprechend handelt es sich bei dem letztlich zugesprochenen Differenzschaden nicht um eine selbständige Forderung, sondern nur um einen Teilbetrag des schon ursprünglich eingeklagten Betrages. Vor diesem Hintergrund kommt es auch in Bezug auf den nunmehr zugesprochenen Betrag für den Zinsbeginn auf die ursprüngliche Zustellung der Klageschrift am 17.12.2020 an.

4.

Neben dem Anspruch auf Ersatz des Differenzschadens nach § 823 Abs. 2 BGB in Verbindung mit §§ 6 Abs. 1, 27 Abs. 1 EG-FGV besteht indes kein Anspruch auf Ersatz
weiterer möglicher Vermögensnachteile, denn mögliche künftige Vermögensnachteile infolge der Verwendung einer unzulässigen Abschalteinrichtung sind bereits bei der Bemessung des Differenzschadens zu berücksichtigen und deshalb nicht gesondert ersatzfähig. Für einen auf die Pflicht zum Ersatz solcher Vermögensnachteile gerich-

teten Feststellungsantrag besteht daher kein Feststellungsinteresse nach § 256 Abs. 1 ZPO (BGH, BeckRS 2023, 31572).

5.

Dem Kläger steht zudem kein Anspruch auf Freistellung von den durch die Beauftragung seiner Prozessbevollmächtigten entstandenen vorgerichtlichen Anwaltskosten zu. Denn auf der Grundlage des § 823 Abs. 2 BGB in Verbindung mit §§ 6 Abs. 1, 27 Abs. 1 EG-FGV kann neben dem Anspruch auf Ersatz des Differenzschadens eine Erstattung vorgerichtlicher Rechtsanwaltskosten nicht verlangt werden (vgl. BGH, BeckRS 2023, 32287 m.w.Nachw.).

III.

Die Kostenentscheidung folgt aus §§ 92 Abs. 1, 97 Abs. 1, 344, 516 Abs. 3 S. 1 ZPO, die Entscheidung zur vorläufigen Vollstreckbarkeit ergibt sich aus §§ 708 Nr. 10, 711, 713 ZPO.

Anlass zur der Zulassung der Revision nach § 543 Abs. 2 ZPO besteht nicht. Die Sache hat weder grundsätzliche Bedeutung, noch bedarf es einer Entscheidung des Revisionsgerichts zur Fortbildung des Rechts oder zur Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung. Die Grundsätze, nach denen der Erwerber eines mit unzulässigen Abschalteinrichtungen versehenen Dieselfahrzeugs Ersatz des sogenannten Differenzschadens verlangen kann, sind durch die jüngste Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs geklärt. Die vorliegende Entscheidung beruht auf einer Anwendung dieser
Grundsätze auf den Einzelfall.

Streitwert für das Berufungsverfahren: bis 95.000,00 € (für die gerichtlichen Verfahrensgebühren ist gemäß § 47 GKG allein der ursprüngliche Antrag aus der Berufungs-
begründung maßgeblich)

Informationsblatt zum elektronischen Empfangsbekenntnis

für Rechtsanwälte, Notare, Gerichtsvollzieher, Behörden und Körperschaften oder Anstalten des öffentlichen Rechts

Sehr geehrte Empfängerin, sehr geehrter Empfänger, der elektronische Rechtsverkehr ist seit dem 1. Januar 2018 flächendeckend eröffnet. Um die elektronische Kommunikation weiter zu fördern, versenden seit dem 1. Januar 2022 nunmehr alle nordrhein-westfälische Gerichte auch über die EGVP-Infrastruktur.

Der förmliche elektronische Versand an Rechtsanwälte, Notare, Gerichtsvollzieher, Behörden und juristische Personen des öffentlichen Rechts erfolgt hierbei – parallel zum förmlichen analogen Versand – gegen ein elektronisches Empfangsbekenntnis (eEB). **Dieser elektronischen Nachricht ist ein solches eEB beigefügt.**

Rechtsanwälte, Notare, Gerichtsvollzieher, Behörden und Körperschaften oder Anstalten des öffentlichen Rechts sind gesetzlich verpflichtet, bei dessen Rücksendung den strukturierten, maschinenlesbaren Datensatz, der Ihnen mit

dem zugestellten Dokument zur Verfügung gestellt wurde, zu verwenden (§ 173 Abs. 2, 3 ZPO; § 113 FamFG; § 37 Abs. 1 StPO; § 31a Abs. 6 BRAO, § 14 BORA; § 78n BNotO). Andernfalls muss nochmals förmlich an Sie zugestellt

werden, was erheblichen Mehraufwand, vor allem aber vermeidbare Kosten verursacht und zusätzlich zu Verfahrensverzögerungen führt.

Auf Seite 2 dieses Informationsblatts finden Sie Hinweise zur Abgabe des eEB über das besondere elektronische Anwaltspostfach (beA), das besondere elektronische Notarpostfach (beN) sowie das besondere elektronische Behördenpostfach (beBPo).

Bitte helfen Sie uns, die elektronische Kommunikation weiter zu etablieren.

Vielen Dank!

Hinweise zum elektronischen Empfangsbekenntnis (eEB)

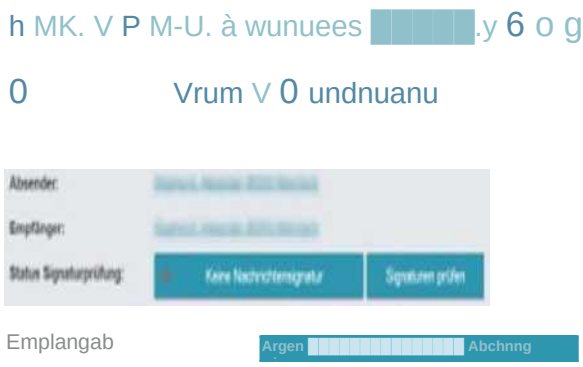
Die Rücksendung des eEB kann direkt über das besondere elektronische Anwaltspostfach (beA), das besondere elektronische Notarpostfach (beN) oder das besondere elektronische Behördenpostfach (beBPo) vorgenommen werden.

Hat das Gericht ein eEB angefordert, wird in der geöffneten Nachricht oberhalb des Betreffs der Hinweis **Empfangsbekenntnis angefordert (1)** eingeblendet.

Mit der Schaltfläche **Anzeigen (2)** kann der Inhalt des eEB eingesehen werden, wobei Sie hier lediglich einen technischen Datensatz angezeigt bekommen. Eine gesonderte PDF-Datei wird nicht mit versendet.

Mit der Schaltfläche **Abgabe erstellen (3)** wird die Rückantwort für das Gericht erzeugt. Nach Eingabe des Zustellungsdatums kann der Datensatz automatisiert elektronisch zurückgesandt werden. Das Gericht erhält innerhalb weniger Minuten diesen Datensatz zur Weiterverarbeitung.

Sollten Sie das eEB nicht abgeben wollen, verwenden Sie bitte die



Schaltfläche **Ablehnung erstellen (4)** und begründen Sie diese.

2
5

Aktrzekhen der Jut i23 C I2WI?

Dr ▓▓▓▓▓▓▓

Gelindat Zugigirgin Entall woh

▓▓▓▓▓▓▓▓▓▓▓▓ w l -

t Oateinume * Brechong

t galt wwhet imi

no a

Quelle: Bundesrechtsanwaltskammer

Amuangilyp « M

Srmsdiwas **ui**

Protokoll

Folgende Dokumente wurden durch [redacted] untrennbar verbunden:

Blatt	Dokumentname	Originalname	Typ
778 - 792	24 U 202-21 Urteil	24 U 202-21 [redacted]	Andere / Sonstigep
793	Verkündungsvermerk	Verkündungsvermerk.pdf	Verfügungp

Die untrennbare Verbindung wurde am **14.12.2023** um **10:16** Uhr erstellt.