



Oberlandesgericht Dresden

Zivilsenat

Aktenzeichen: **5a U 493/24**  
Landgericht Zwickau, 5 O 21/22

## IM NAMEN DES VOLKES

### ENDURTEIL

In dem Rechtsstreit



- Kläger und Berufungskläger -

Prozessbevollmächtigte:

**Gansel Rechtsanwälte**, Wallstraße 59, 10179 Berlin, Gz.

gegen

**Volkswagen AG**, Berliner Ring 2, 38440 Wolfsburg  
vertreten durch den Vorstand

- Beklagte und Berufungsbeklagte -

Prozessbevollmächtigte:

**Luther Rechtsanwaltsgesellschaft mbH**, Anna-Schneider-Steig 22, 50678 Köln, Gz.:

wegen Schadensersatz

hat der 5a. Zivilsenat des Oberlandesgerichts Dresden durch

Richterin am Oberlandesgericht Dr. Schönknecht,  
Richter am Landgericht Dr. Reinhard und  
Richter am Oberlandesgericht Alberts

aufgrund der mündlichen Verhandlung vom 11. November 2024

## **für Recht erkannt:**

- I. Auf die Berufung des Klägers wird das Urteil der 5. Zivilkammer des Landgerichts Zwickau vom 30. Januar 2024 - 5 O 21/22 abgeändert und wie folgt neu gefasst:
  1. Die Beklagte wird verurteilt, an den Kläger 1.410, 57 € nebst Zinsen hieraus in Höhe von 5 Prozentpunkten p.a. über dem Basiszinssatz seit dem 18. Februar 2022 zu zahlen.
  2. Im Übrigen wird die Klage abgewiesen
- II. Die weitergehende Berufung wird zurückgewiesen.
- III. Von den Kosten des Rechtsstreits in erster Instanz trägt der Kläger 95 % und die Beklagte 5 %. Von den Kosten des Berufungsverfahrens trägt der Kläger 2/3 und die Beklagte 1/3.
- IV. Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar.
- V. Die Revision wird nicht zugelassen.

## **Gründe**

### **A**

Die Parteien streiten um Schadensersatzansprüche, die dem Kläger wegen seiner Auffassung nach in seinem Fahrzeug implementierter unzulässiger Abschaltvorrichtungen zustehen. Er erwarb mit Kaufvertrag aus Dezember 2015 einen VW Touran Comfortline BlueMotion Technology 1,6 TDI als Neufahrzeug (EZ.: 29. Januar 2016) zu einem Kaufpreis von 28.211,50 € (Hauspreis). Das Fahrzeug unterfällt der Schadstoffnorm Euro 6 und weist eine Leistung von 81 kW (110 PS) auf. In ihm ist ein Motor EA 288 verbaut. Die Abgas(nach)behandlung erfolgt u.a. mittels Abgasrückführung (AGR) sowie durch einen SCR-Katalysator. Im Fahrzeug ist eine Fahrkurvenerkennung hinterlegt, die dafür Sorge trägt, dass während des Prüfzyklus der SCR-Einsatz bereits bei niedrigeren Temperaturen als im Realbetrieb zugeschaltet wird und bei Erreichen der Betriebstemperatur des SCR-Katalysators die AGR hoch bleibt. Der Kläger finanzierte den Fahrzeugkaufvertrag; bereits bei Klageeinreichung im Januar 2022 war das Darlehen vollständig getilgt. Der Kläger hat das streitgegenständliche Fahrzeug am 30. Juni 2020 bei einem Kilometerstand von 78.941 zu einem Preis von 17.471,01 € (ohne Umsatzsteuer, vgl. BK 5) an ein Autohaus weiterverkauft. Erstinstanzlich hat er vorgetragen, er habe das Fahrzeug gewerblich genutzt; bei Weiterverkauf habe sich der Kilometerstand auf 55.000 km belaufen.

Die Beklagte hat die Verwendung unzulässiger Abschalteinrichtungen bestritten.

Durch Urteil vom 30. Januar 2024, berichtigt mit Beschluss vom 18. April 2024, auf das für die weiteren Einzelheiten des Sach- und Streitstandes sowie die Begründung der Klageabweisung verwiesen wird, hat das Landgericht Zwickau die Klage abgewiesen. Die Entscheidung ist dem Kläger am 11. März 2024 zugestellt worden. Am 11. April 2024 hat er Berufung eingelegt und diese - nach entsprechender Fristverlängerung - am 13. Mai 2024 (Montag) begründet. Mit der Berufung verfolgt der Kläger das Ziel, Differenzschadensersatz zu erhalten, weiter. Das Landgericht habe seine Klage zu Unrecht abgewiesen. Die Anforderungen an die Substantiierung seien überspannt. Bei der Berechnung des Differenzschadens sei von einer Laufleistung von 300.000 km auszugehen. Dagegen dürfe eine Restwertanrechnung erst dann erfolgen, wenn das Fahrzeug verkauft worden sei.

Der Kläger beantragt zuletzt,

unter Abänderung des am 30. Januar 2024 verkündeten Urteils

1. Die Beklagte wird verurteilt, an den Kläger einen Entschädigungsbetrag bezüglich des Fahrzeugs der Marke VW mit der Fahrzeugidentifikationsnummer [REDACTED] zu zahlen, dessen Höhe in das Ermessen des Gerichts gestellt wird, der jedoch mindestens EUR 4.231,73 nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit Rechtshängigkeit betragen muss.
2. Die Beklagte wird verurteilt, den Kläger von den durch die Beauftragung der Prozessbevollmächtigten des Klägers entstandenen Kosten der außergerichtlichen Rechtsverfolgung in Höhe von EUR 2.296,70 freizustellen.

Hilfsweise, für den Fall, dass die Beklagte nicht antragsgemäß verurteilt wird,

das Verfahren gemäß § 148 ZPO analog auszusetzen und das Verfahren erst wieder aufzunehmen, nachdem die im Beschluss des LG Ravensburg vom 27. Oktober 2023 gestellten Fragen durch den Europäischen Gerichtshof (EuGH), Az. C-666/23 bis C-668/23 beantwortet worden sind.

Die Beklagte beantragt,

die Berufung zurückzuweisen.

Sie verteidigt das erstinstanzliche Urteil. Das Thermofenster im streitgegenständlichen Fahrzeug sei derart weit ausgestaltet, dass die Abgasrückführung bei einer Umgebungstemperatur zwischen - 24 °C bis + 70 °C zu 100 % aktiv sei, womit schon tatbestandlich keine Abschalteinrichtung vorliege. Fahrzeuge mit EA 288 - Euro 6 - Aggregat verfügten über eine ungekühlte Hochdruck-Abgasrückführung sowie über ein gekühltes Niederdruck-Abgasrückführungssystem, während Vorgängermodelle nur über ein ungekühltes Hochdruck-Abgasrückführungssystem verfügten. Während bei einem Hochdruck-Abgasrückführungssystem die Entnahme des

Abgases vor dem Abgasturbolader und damit vor dem Abgasbehandlungssystem erfolge, leite das Niederdruck-Abgasrückführungssystem erst nach dem Dieselpartikelfilter entnommenes Abgas zurück in den Brennraum. Daher könnten EA 288-Aggregate auch bei niedrigen Außentemperaturen ohne die für gekühlte Hochdruck-Abgasreinigungssysteme typische Versotungsrisiken betrieben werden. Hinsichtlich der Fahrkurvenerkennung beruft sich die Beklagte zudem auf geändertes Verhalten, das unterlassene Aufspielen eines Software-Updates durch den Kläger bzw. eine hypothetische Genehmigung durch das Kraftfahrt-Bundesamt zum Zeitpunkt des Kaufs durch den Kläger. Sie hat sich die Ausführungen des Klägers in der Klageschrift zum gewerblichen Erwerb zu eigen gemacht.

Wegen des weiteren Vorbringens der Parteien im Berufungsverfahren wird auf die wechselseitigen Schriftsätze nebst Anlagen sowie auf das Protokoll der mündlichen Verhandlung verwiesen. In der Verhandlung vom 11. November 2024 hat der Senat den Kläger zur Frage des gewerblichen Erwerbs angehört. Auch insoweit wird auf das Protokoll Bezug genommen.

## **B.**

Die Berufung hat in der Sache den aus dem Tenor ersichtlichen Erfolg. Dem Kläger steht zwar kein Anspruch wegen vorsätzlicher sittenwidriger Schädigung, wohl aber ein Differenzschadensersatzanspruch zu.

- I. Die Voraussetzungen für einen Anspruch nach §§ 826, 31 BGB aufgrund einer vorsätzlich sittenwidrigen Schädigung sind nicht nachvollziehbar dargetan.
  1. Sittenwidrig ist ein Verhalten, das nach seinem Gesamtcharakter, der durch die 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 Verhaltens ankommen, die die Bewertung eines 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 Un-

werturteil, sittenwidrig gehandelt zu haben, gerade auch in Bezug auf die Schäden desjenigen trifft, der Ansprüche aus § 826 BGB geltend macht (vgl. BGH, Urteil vom 16. September 2021 - VII ZR 190/20, Rn. 13; Beschluss vom 19. Januar 2021 - ZR VI 433/19, Rn. 14, jeweils juris).

2. Nach diesen Maßstäben ergeben sich aus dem Vortrag des Klägers keine hinreichenden Anhaltspunkte dafür, dass das Verhalten der Beklagten in diesem Sinne auf diesen konkreten Fall bezogen als sittenwidrig zu qualifizieren bzw. entsprechender Vorsatz anzunehmen ist.

a) Die Ausführungen des Klägers zur temperaturbasierten Abgasrückführung (Thermofenster) rechtfertigen die Annahme einer vorsätzlich sittenwidrigen Schädigung nicht. Durch seine Art des Vortrags gelingt ihm zur Überzeugung des Senats auch nicht, das Vorliegen einer Abschalteneinrichtung im Sinne der Art. 3 Nr. 10, 5 Abs. 2 Satz 1 der Verordnung (EG) Nr. 715/2007 überhaupt darzulegen.

aa) Nach Art. 3 Nr. 10 der Verordnung (EG) Nr. 715/2007 liegt eine Abschalteneinrichtung schon dann vor, wenn die Funktion nur eines beliebigen Teils des Emissionskontrollsystems in Abhängigkeit von bestimmten Parametern verändert und die Wirksamkeit des Emissionskontrollsystems unter Bedingungen des normalen Fahrbetriebs verringert wird. Maßstab für die Frage der Zulässigkeit einer Funktionsveränderung in Abhängigkeit von bestimmten Parametern ist nach der Vorschrift nicht die Einhaltung des Grenzwertes im NEFZ, sondern die Wirksamkeit des unverändert funktionierenden Emissionskontrollsystems unter den Bedingungen des normalen Fahrbetriebs im gesamten Unionsgebiet (vgl. BGH, Urteil vom 26. Juni 2023 - VIa ZR 335/21, Rn. 51, juris).

bb) Die Beklagte hat bereits in erster Instanz, jedenfalls aber ausführlich in der Berufung umfangreich und technisch nachvollziehbar detailliert die Funktionsweise des Thermofensters dargestellt. Die Abgasrückführung im streitgegenständlichen Fahrzeug sei in Abhängigkeit von der Umgebungstemperatur in einem Temperaturbereich zwischen - 24 °C bis + 70 °C innerhalb der jeweils aktiven Motorbetriebsarten zu 100 % aktiv. Die Beklagte hat sodann die

technische Weiterentwicklung der Abgasrückführung gegenüber Vorgängermodellen erläutert. Dem hat der Kläger nichts Substantielles entgegengehalten.

- b) Auf die unstreitig implementierte Fahrkurvenerkennung und die daran anknüpfenden Funktionen kann ein Anspruch aus § 826 BGB ebenfalls nicht gestützt werden. Sie hat sich auf die Einhaltung der Grenzwerte nicht ausgewirkt. Die Implementierung einer nicht grenzwertkausalen Fahrkurvenerkennung begründet aber nicht den Vorwurf des vorsätzlich sittenwidrig schädigenden Verhaltens.
- c) Weitere, nicht näher beschriebene Abschaltseinrichtungen hat der Kläger schließlich auch nicht schlüssig dargetan.
  - aa) Der Hinweis auf einen Rückruf des VW T6 „Bulli“ durch das KBA ist unbehelflich. Das streitgegenständliche Fahrzeug ist von diesem Rückruf nicht betroffen. Die Fahrzeuge sind auch nicht vergleichbar; für den T 6 gelten wegen seiner unterschiedlichen Bezugsmasse (zulässiges Gesamtgewicht über 1.760 kg bis 2.610 kg) andere Prüfstandgrenzwerte als für den streitgegenständlichen VW Touran. Mangels näherer weiterer Erläuterungen durch den Kläger in Bezug auf diesen Umstand verbietet sich ein Vergleich seines Fahrzeugs mit einem VW T6. Abgesehen davon ist der T6 nicht wegen einer unzulässigen Abschaltseinrichtung, sondern wegen einer Konformitätsabweichung betreffend den KI Faktor zurückgerufen worden.
  - bb) Die vom Kläger wiederholte Erwähnung der möglichen Überschreitung der NOx-Grenzwerte des streitgegenständlichen Fahrzeugs im Realbetrieb, also außerhalb des NEFZ, ist ebenfalls kein hinreichendes Indiz für das Vorliegen einer vorsätzlich sittenwidrigen Schädigung. Die Abweichung der Messwerte im Realbetrieb von den Messwerten im NEFZ ist als Indiz für eine Abschaltseinrichtung, und dazu noch für eine Manipulationssoftware, die die Voraussetzungen des § 826 BGB erfüllen könnte, angesichts der unstreitigen gravierenden Unterschiede der Bedingungen, unter denen die Messung erfolgte, ungeeignet (vgl. BGH, Beschluss vom 15. Septem-

ber 2021 - VII ZR 2/21, Rn. 30; Urteil vom 13. Juli 2021 - VI ZR 128/20, Rn. 23, jew. juris). Da der europäische Gesetzgeber die Messung allein im Prüfstandbetrieb festgelegt hatte und erst zwischenzeitlich für Neufahrzeuge die Messung im Normalbetrieb vorschreibt, kommt es entgegen den Andeutungen des Klägers nicht darauf an, dass das streitgegenständliche Fahrzeug gegebenenfalls im Normalbetrieb die der Zulassung zugrunde liegenden Werte im NEFZ nicht einhält. Dies wird vielmehr praktisch bei jedem Fahrzeug der Fall sein. Aus diesem Grund kommt den Messungen im Realbetrieb selbst dann für sich keine entscheidende Bedeutung zu, wenn die Grenzwerte um ein Vielfaches überschritten werden (vgl. BGH, Urteil vom 26. April 2022 - VI ZR 435/20, Rn. 15; OLG Frankfurt, Urteil vom 7. Oktober 2020 - 4 U 171/18, Rn. 44, jew. juris).

- II. Eine Haftung der Beklagten aus § 823 Abs. 2 BGB i.V.m. § 263 StGB scheitert bei der hier vorliegenden Konstellation eines Gebrauchtwagenkaufs an der Annahme einer für den Betrugstatbestand erforderlichen Stoffgleichheit des erstrebten rechtswidrigen Vermögensvorteils mit einem etwaigen Vermögensschaden (vgl. BGH, Urteil vom 30. Juli 2020 - VI ZR 5/20, Rn. 18, juris).
- III. Die Beklagte haftet dem Kläger jedoch nach § 823 Abs. 2 BGB i.V.m. §§ 6 Abs. 1, 27 Abs. 1 EG-FGV auf Ersatz des sogenannten Differenzschadens in der aus dem Tenor ersichtlichen Höhe.
  - 1. Wegen der unstreitig bei Kauf implementierten Fahrkurvenerkennung besteht der Anspruch jedenfalls dem Grunde nach.
    - a) Der aus § 823 Abs. 2 BGB i.V.m. §§ 6 Abs. 1, 27 Abs. 1 EG-FGV folgende Anspruch auf Ersatz des Differenzschadens ergänzt den Schadenersatz nach §§ 826, 31 BGB. Unter den Voraussetzungen der §§ 826, 31 BGB kann der Käufer zwischen dem großen und dem kleinen Schadenersatz wählen. Nur wenn die Voraussetzungen der §§ 826, 31 BGB - wie hier - nicht vorliegen, also insbesondere in den Fällen bloßer Fahrlässigkeit, greift § 823 Abs. 2 BGB ein und stellt im Rahmen der Grenzen des nationalen Rechts sicher, dass der Verstoß gegen §§ 6 Abs. 1, 27 Abs. 1 EG-FGV sowie Art. 5 Abs. 2 Satz 1 der Verordnung (EG) Nr. 715/2007 nicht folgenlos bleibt.

- b) Anknüpfungspunkt für diese Haftung kann allein die unstreitig implementierte Fahrkurvenerkennung sein.

Angesichts des unstreitigen Zusammenspiels von Fahrkurvenerkennung als Prüfstandserkennung mit Auswirkung auf die Funktionsweise des SCR-Katalysators (früheres Zuschalten des Katalysators) hat die Beklagte keine erhellenden Ausführungen zur Wirksamkeit des Emissionskontrollsystems unter Bedingungen des normalen Fahrbetriebs im gesamten Unionsgebiet gemacht.

Dass die Grenzwerte unter den Bedingungen des NEFZ auch bei veränderter Funktion eingehalten würden, was die Beklagte unter Bezugnahme auf das KBA unter dem Gesichtspunkt der mangelnden Grenzwertkausalität geltend macht, ist mit Rücksicht auf den Wortlaut des Art. 3 Nr. 10 der Verordnung (EG) Nr. 715/2007 nicht von Bedeutung (vgl. BGH, Urteil vom 26. Juni 2023 - VIa ZR 335/21, Rn. 51, juris). Dementsprechend ist die Beklagte unter Wiederholung der nach Auffassung des Senats inzwischen überkommenen Rechtsprechung zur „Grenzwertkausalität“, soweit es den Anspruch aus § 823 Abs. 2 BGB betrifft, ihrer Darlegungs- und Beweislast (vgl. BGH, a.a.O., Rn. 54, juris) dafür, dass eine festgestellte Abschaltvorrichtung zulässig ist, nicht nachgekommen.

- c) Das Vorliegen weiterer unzulässiger Abschaltvorrichtungen hat der Kläger nicht hinreichend schlüssig oder substantiiert dargelegt. Er stützt sich darauf, dass im Realbetrieb die Grenzwerte überschritten werden; sollten Thermofenster und Fahrkurvenerkennung hierfür nicht ausschlaggebend sein, müsse es eine weitere unzulässige Abschaltvorrichtung geben. Das berücksichtigt nicht, dass für die Zulassung die Einhaltung der Grenzwerte auf dem Prüfstand maßgeblich war und wegen dessen Standardisierung von vornherein davon auszugehen war, dass im Realverkehr andere Werte erreicht werden würden.

2. Das entsprechende Verschulden der Beklagten wird vermutet; diese Vermutung hat die Beklagte nicht widerlegt.

- a) Insbesondere kann sie sich nicht auf einen unvermeidbaren Verbotsirrtum berufen. Hierfür müsste sie sowohl den Verbotsirrtum als solchen als auch dessen Unvermeidbarkeit konkret darlegen und beweisen. Der Fahrzeughersteller muss hierfür darlegen und beweisen, dass sich sämtliche



seiner verfassungsmäßig berufenen Vertreter iSd § 31 BGB über die Rechtmäßigkeit der vom Käufer dargelegten und erforderlichenfalls nachgewiesenen Abschalteinrichtung mit allen für die Prüfung nach Art. 5 II VO (EG) 715/2007 bedeutsamen Einzelheiten im maßgeblichen Zeitpunkt (vgl. BGH NJW 2023, 2259 Rn. 62) im Irrtum befanden oder im Falle einer Ressortaufteilung den damit verbundenen Pflichten genügten (BGH, Urteile vom 26. Juni 2023 – VIa ZR 335/21, Rn. 61, und vom 25. September 2023 – VIa ZR 1/23, Rn. 14 ff.). Vorliegend fehlt es an einer hinreichenden, diesen Anforderungen entsprechenden Darlegung des Irrtums. Dass die bestehende Verwaltungspraxis, wonach die Fahrkurvenerkennung nicht als unzulässige Abschalteinrichtung gesehen wird, möglicherweise - woraus sich die Beklagte beruft - Indizwirkung für eine hypothetische Genehmigung hat, betrifft die Ebene der Vermeidbarkeit eines dargelegten und festgestellten Irrtums.

- b) Sie kann sich angesichts des hier streitgegenständlichen Erwerbs des Fahrzeugs im Dezember 2015 auch nicht auf eine Verhaltensänderung berufen.
  - aa) Weil auch das gesetzliche Schuldverhältnis gem. § 823 Abs. 2 BGB iVm §§ 6 Abs. 1, 27 Abs. 1 EG-FGV erst mit dem Abschluss des Kaufvertrags über das mit einer unzulässigen Abschalteinrichtung versehene Fahrzeug entsteht (vgl. zum Zeitpunkt der Entstehung des gesetzlichen Schuldverhältnisses BGH, Urteil vom 30. Juli 2020 – VI ZR 5/20, NJW 2020, 2798 Rn. 31), muss der Vorwurf einer zumindest fahrlässigen Inverkehrgabe einer unzutreffenden Übereinstimmungsbescheinigung für diesen Zeitpunkt widerlegt werden. Hat der Fahrzeughersteller die Verwendung einer unzulässigen Abschalteinrichtung in einer Art und Weise bekanntgegeben, die eine allgemeine Kenntnisnahme erwarten lässt, und hat er eine Beseitigung der betreffenden Abschalteinrichtung allgemein, dh insbesondere nicht nur für neue, sondern auch für gebrauchte Kraftfahrzeuge veranlasst, kann ihm unter Umständen der Vorwurf einer fahrlässigen Schädigung solcher Käufer nicht mehr gemacht werden, die ein Fahrzeug nach der Verhaltensänderung des Herstellers gekauft haben.

- bb) Die Beklagte hat diese Rechtsprechung wiedergegeben. Wann und worin konkret die Verhaltensänderung gelegen haben und vor allem entsprechend bekannt gemacht worden sein soll, lässt sich dem Vorbringen nicht entnehmen.
  - (1) Erstinstanzlich hat sie vorgebracht, die Fahrkurvenerkennung sei bereits vor dem streitgegenständlichen Fahrzeugwerb entfernt worden (LGA 295). Der landgerichtlichen Feststellung, die mit den Ausführungen der Beklagten in der Klageerwiderung (LGA 57) und an anderen Stellen übereinstimmt, wonach eine Fahrkurvenerkennung hinterlegt ist, ist die Beklagte nicht entgegengetreten. Damit ist vom Vorliegen einer Fahrkurvenerkennung auszugehen.
  - (2) Weiter hat sich die Beklagte darauf gestützt, dass sie das KBA im Zuge der Aufarbeitung des Dieselskandals im Oktober 2015 darüber informiert habe, dass in bestimmten Fahrzeugen mit dem EA 288 Motor eine Fahrkurvenerkennung hinterlegt sei und mit dem KBA den Umgang hiermit bei der Produktion weiterer Fahrzeuge sowie die Ausbedatung bei bereits verkauften Fahrzeugen im Detail abgestimmt habe. Die Bekanntgabe gegenüber dem KBA sowie die Abstimmung der weiteren Vorgehensweise mit diesem stellt aber keine Bekanntgabe dar, die eine allgemeine Kenntnisnahme erwarten lässt. Wann eine solche Bekanntgabe erfolgt sein soll, ist nicht vorgetragen oder ersichtlich.
- 3. Der Höhe nach bemisst der Senat den Schaden auf 5 Prozent des Kaufpreises und damit auf 1.410, 57 €.
  - a) Weder die Gefahr der Stilllegung oder sonstiger verpflichtend durchzuführender Maßnahmen noch das Verschulden der Beklagten können als besonders hoch angesetzt werden.
  - b) Der Schaden ist nicht durch anzurechnende Vorteile aufgezehrt.
    - aa) Dass für die Schätzung des Differenzschadens auf den Zeitpunkt des Vertragsschlusses abzustellen ist, schließt eine schadensmindernde Berücksichtigung später eintretender Umstände im Wege der Vorteilsausgleichung, deren Voraussetzungen der Fahr-

zeughersteller darzulegen und zu beweisen hat, allerdings nicht aus. Insofern gelten die in der höchstrichterlichen Rechtsprechung entwickelten Maßstäbe zum „kleinen“ Schadensersatz nach § 826 BGB sinngemäß. Nutzungsvorteile und der Restwert des Fahrzeugs sind erst dann und nur insoweit schadensmindernd anzurechnen, als sie den Wert des Fahrzeugs bei Abschluss des Kaufvertrags (gezahlter Kaufpreis abzüglich Differenzschaden) übersteigen.

Beruft sich der Fahrzeughersteller auf die nachträgliche Verbesserung des Fahrzeugs durch ein Software-Update, kann damit eine Schadensminderung indessen nur verbunden sein, wenn und soweit das Software-Update die Gefahr von Betriebsbeschränkungen signifikant reduziert. Das wiederum kann nur dann der Fall sein, wenn es nicht seinerseits eine unzulässige Abschalteneinrichtung beinhaltet. Die Vorteilausgleichung kann der Gewährung auch eines Schadensersatzes aus § 823 Abs. 2 BGB entgegenstehen, wenn der Differenzschaden vollständig ausgeglichen ist. Der Schutz der unionsrechtlich gewährleisteten Rechte führt nicht zu einer ungerechtfertigten Bereicherung der Anspruchsberechtigten (BGH, Urteil vom 16. Juni 2023 - VIa U ZR 335/21, Rn. 80).

bb) Hieran gemessen gilt Folgendes:

- (1) Neben dem erzielten Kaufpreis von 17.471,01 € ist eine Nutzungsentschädigung von 8.462,77 € zu berücksichtigen. Diese berechnet der Senat unter Zugrundelegung des geminderten Bruttokaufpreises und einer Gesamtlauflistung von 250.000 km. Soweit sich der Kläger gegen die Einbeziehung des Fahrzeugwertes wendet, weil dieser nur bei Realisierung, also Fahrzeugverkauf, angesetzt werden dürfe, ist das einerseits unzutreffend, weil sich das Fahrzeug mit seinem Wert im Vermögen des Geschädigten befindet (BGH, Urteil vom 27. November 2023 - VIa ZR 159/22, Rn. 13, juris) und zum anderen unerheblich, weil das Fahrzeug vorliegend vom Kläger verkauft und der Restwert damit realisiert wurde. Weitere Vorteile sind nicht zu berücksichtigen. Ins-

besondere geht der Senat nach Anhörung des Klägers und unter Berücksichtigung, dass der zur Akte gelangte Darlehensvertrag mit seiner Widerrufsinformation einen Verbraucherdarlehensvertrag darstellt, davon aus, dass der Kläger das Fahrzeug weder gewerblich erworben noch gewerblich genutzt hat, auch wenn in der Klageschrift das Gegenteil ausgeführt wird. In der mündlichen Verhandlung hat der Kläger glaubhaft und glaubwürdig versichert, bei einem Sporthändler angestellt zu sein; sein Prozessbevollmächtigter hatte zuvor schriftsätzlich mitgeteilt, bei der Angabe gewerblichen Erwerbs und gewerblicher Nutzung habe es sich um einen Schreibfehler gehandelt.

- (2) Der Schaden ist nicht durch das Angebot, im Rahmen des NFD ein Softwareupdate aufspielen zu lassen, entfallen. Dass tatsächlich ein entsprechendes Software-Update aufgespielt worden wäre, hat die Beklagte nicht behauptet. Der Kläger wäre zwar auch dann, wenn er sich der Aufspielung eines solchen Updates verschlossen hätte, unter dem Aspekt der Verletzung einer Schadensminderungspflicht so zu behandeln gewesen, als hätte er den aus dem Software-Update resultierenden Vorteil tatsächlich erzielt (BGH, Urteil vom 23. Oktober 2023 - VIa ZR 468/21, Rn. 14). Wann aber dem Kläger ein Angebot gemacht worden wäre, das Software-Update aufspielen zu lassen, ab wann die Updates zur Verfügung standen und wie dies bekannt gemacht wurde, hat die Beklagte nicht vorgetragen. Auch die Anlage B11 (Applikationsrichtlinien und Freigabevorlage EA 288) verhält sich hierzu nicht.

- IV. Ein Anspruch auf Erstattung der vorprozessual eingegangenen Anwaltskosten besteht neben dem Anspruch auf Differenzschaden nicht (BGH, Urteil vom 16. Oktober 2023 - VIa ZR 14/22, Rn. 13). Andere Aspekte wie Verzug, auf die ein Anspruch auf Ersatz dieser Kosten gestützt werden könnte, sind nicht ersichtlich oder dargetan.

**C.**

Die Kostenentscheidung folgt aus § 92 Abs. 1 ZPO. Die Entscheidung über die vorläufige Vollstreckbarkeit beruht auf den §§ 708 Nr. 10, 713 ZPO.

Die Revision ist nicht zuzulassen, weil die Voraussetzungen des § 543 Abs. 2 ZPO erkennbar nicht vorliegen.

Dr. Schönknecht

Dr. Reinhard

Richter am  
Oberlandesgericht Albers ist  
urlaubsbedingt an der  
Signatur gehindert

Dr. Schönknecht

Zivilsenat

5a U 493/24

**Verkündungsvermerk**

Verkündet am: 18.11.2024



Urkundsbeamter/in der Geschäftsstelle