

I-13 U 250/22  
25 O 513/20  
Landgericht Dortmund



**Oberlandesgericht Hamm**

**IM NAMEN DES VOLKES**

**Urteil**

In dem Rechtsstreit

[REDACTED]

Klägers und Berufungsklägers,

Prozessbevollmächtigte:

Rechtsanwälte Gansel Rechtsanwälte,  
Wallstraße 59, 10179 Berlin,

gegen

die Volkswagen AG, vertr. d. d. Vorstand, Berliner Ring 2, 38440 Wolfsburg,

Beklagte und Berufungsbeklagte,

Prozessbevollmächtigte:

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

hat der 13. Zivilsenat des Oberlandesgerichts Hamm

auf die mündliche Verhandlung vom 21.11.2024

durch den Richter am Oberlandesgericht Dr. Bornemann, die Richterin am

Oberlandesgericht Wehrmann und die Richterin am Oberlandesgericht Poguntke

**für Recht erkannt:**

Auf die Berufung des Klägers wird das am 11. Februar 2022 verkündete  
Urteil der Einzelrichterin der 25. Zivilkammer des Landgerichts Dortmund

(25 O 513/20) unter Zurückweisung des Rechtsmittels im Übrigen teilweise abgeändert.

Die Beklagte wird verurteilt, an den Kläger 1.063,91 € nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem jeweiligen Basiszinssatz seit dem 27. Januar 2021 zu zahlen.

Im Übrigen bleibt die Klage abgewiesen.

Die Kosten des Rechtsstreits erster Instanz tragen der Kläger zu 12/13 und die Beklagte zu 1/13, diejenigen des Berufungsverfahrens der Kläger zu 11/14 und die Beklagte zu 3/14.

Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar.

Die Revision wird nicht zugelassen.

Der Streitwert des Berufungsverfahrens wird für die Zeit bis 19. November 2024 auf bis 6.000,00 € und ab diesem Zeitpunkt auf bis 5.000,00 € festgesetzt.

### **Gründe:**

#### **I.**

Der Kläger nimmt die Beklagte wegen Verwendung unzulässiger Abschalteinrichtungen in einem Kraftfahrzeug in Anspruch.

Der Kläger erwarb am 16. September 2017 von der Tiemeyer GmbH & Co. KG einen am 29. Januar 2016 typgenehmigten und am 21. April 2016 erstmals zugelassenen VW Golf Lounge 2.0 TDI 110 kW Euro 6 als Gebrauchtfahrzeug mit einem Kilometerstand von 24.846 km zum Preis von 22.380,00 €. Zur Finanzierung des Kaufpreises schloss der Kläger einen Darlehensvertrag mit der Volkswagen Bank. Insoweit fielen Kosten für einen Kreditschutzbrief in Höhe von 892,54 € und Darlehenszinsen in Höhe von 1.816,92 €, insgesamt somit 2.709,46 €, an.

Das von der Beklagten hergestellte Fahrzeug ist mit einem von der Beklagten entwickelten und hergestellten Dieselmotor mit der Typbezeichnung EA 288 ausgestattet. Es verfügt zur Abgasreinigung neben einer Abgasrückführung (AGR) über einen Dieselpartikelfilter (DPF), einen Oxidationskatalysator und einen und einen NOx-Speicherkatalysator (NSK). In dem Fahrzeug ist werkseitig eine Fahrkurvenerkennung implementiert worden, die einen Prüfstandlauf im NEFZ (kalt) sowie die Vorkonditionierung (Precon) erkennt. Ein von der Beklagten im Rahmen des „Nationalen Forum Diesel“ entwickeltes Software-Update, das auch zur Entfernung der Fahrkurvenerkennung diente, ist spätestens am 1. Juni 2021 bei dem streitgegenständlichen Fahrzeug aufgespielt worden.

Fahrzeuge mit dem Motortyp EA 288 sind nach Offenlegung der Verwendung einer Fahrkurvenerkennung in bestimmten EA 288-Aggregaten gegenüber dem Kraftfahrt-Bundesamt (im Folgenden: KBA) im Oktober 2015 umfangreich von diesem untersucht und nicht beanstandet worden. Ein Rückruf wegen einer unzulässigen Abschalteneinrichtung liegt für das ehemalige Fahrzeug des Klägers nicht vor.

Mit seiner am 26. Januar 2021 zugestellten Klage vom 12. Dezember 2020 hat der Kläger zunächst die Erstattung des Kaufpreises (22.380,00 €) unter Abzug einer Nutzungsentschädigung von 5.238,38 € – berechnet nach einem Kilometerstand von 89.250 km und einer Gesamtleistung von 300.000 km – zuzüglich der Kosten für die Finanzierung in Höhe von 2.709,46 €, somit insgesamt 19.851,08 € nebst Zinsen Zug um Zug gegen Übergabe und Übereignung des Fahrzeugs (Antrag zu 1.) und hilfsweise die Feststellung, dass die Beklagte ihm zum Schadensersatz wegen des Einbaus unzulässiger Abschalteneinrichtungen in seinem Fahrzeug verpflichtet ist (Antrag zu 2.) begehrt. Weiter hat er die Feststellung des Annahmeverzuges (Antrag zu 3.) sowie, dass der Anspruch aus einer unerlaubten Handlung herrührt (Antrag zu 4.), und die Freistellung von außergerichtlichen Rechtsanwaltskosten in Höhe von 1.899,24 € (Antrag zu 5.) begehrt.

Mit Schriftsatz vom 28. Januar 2022 hat der Kläger mitgeteilt, das Fahrzeug am 7. Juli 2021 zu einem Verkaufspreis von 15.000,00 € bei einem Kilometerstand von 102.500 km veräußert zu haben, und seinen Antrag zu 1. auf Zahlung von 3.773,37 € nebst Zinsen geändert. Daneben hat er nur noch die Feststellung, dass der Anspruch aus einer unerlaubten Handlung herrührt (nunmehr Antrag zu 2.), und die Freistellung von außergerichtlichen Rechtsanwaltskosten in Höhe von 1.899,24 € (nunmehr Antrag zu 3.) beansprucht.

Den Zahlbetrag von 3.773,37 € hat der Kläger auf der Basis des Kaufpreises (22.380,00 €) unter Abzug des Veräußerungserlöses (15.000,00 €) sowie einer Nutzungsentschädigung in Höhe von 6.316,09 € – berechnet nach einem Kilometerstand von 102.500 km bei Veräußerung und einer Gesamtleistung von 300.000 km – zuzüglich der Kosten für die Finanzierung in Höhe von 2.709,46 € errechnet.

In der mündlichen Verhandlung vor dem Landgericht hat der Kläger den Rechtsstreit in der Hauptsache im Übrigen für erledigt erklärt. Die Beklagte hat sich der Erledigungserklärung nicht angeschlossen.

Das Landgericht hat die Klage abgewiesen. Wegen der Einzelheiten wird auf die angefochtene Entscheidung verwiesen (§ 540 Abs. 1 Nr. 1 ZPO).

Mit der Berufung hat der Kläger zunächst seine erstinstanzlich zuletzt gestellten Anträge zu 1. bis 3. weiterverfolgt.

Der Senat hat den Kläger unter dem 27. Juli 2023 darauf hingewiesen, dass die Voraussetzungen eines Schadensersatzanspruchs aus §§ 826, 31 BGB daran scheitern dürften, dass die Verwendung der verschiedenen beanstandeten Strategien jedenfalls nicht den Vorwurf einer vorsätzlichen sittenwidrigen Schädigung begründe und ein etwaiger Anspruch aus § 823 Abs. 2 BGB iVm §§ 6, 27 EG-FGV sich auf den Differenzschaden beschränke.

Mit der Terminsladung vom 3. September 2024 ist dem Kläger ein weiterer, ausführlicher Hinweis erteilt worden, namentlich zu den im Rahmen eines Differenzschadens in Frage kommenden Rechtsfolgen, u.a. zur Anrechnung von Nutzungsentschädigung und Veräußerungserlös im Rahmen der Vorteilsausgleichung sowie einer Nichterstattungsfähigkeit von vorgerichtlichen Rechtsanwaltskosten und eines weiteren Finanzierungsschadens.

Mit Schriftsatz vom 14. November 2024 führt der Kläger u.a. aus, er begehre vorliegend den kleinen Schadensersatz in Höhe von mindestens 15 % des Bruttokaufpreises.

Darauf ist dem Kläger von dem Senat unter dem 15. November 2024 aufgegeben worden, klarzustellen, welcher Antrag gestellt werden soll. Dabei ist dem Kläger auch mitgeteilt worden, dass 15 % des Brutto-Kaufpreises nicht die mit der Berufungsbegründung geltend gemachte Forderung von 3.773,37 € ergebe. Ausgehend von dem Kaufpreis in Höhe von 22.380,00 € und einem Vorteilsausgleich in Höhe von 21.316,09 € sei der Anspruch auf den Differenzschaden in jedem Fall auf einen Betrag von 1.063,91 € begrenzt. Rechtsanwalts- und Finanzierungskosten seien auf der Grundlage des § 823 Abs. 2 BGB iVm §§ 6, 27 EG-FGV ohnehin nicht erstattungsfähig.

Unter Bezugnahme auf diese Verfügung passte der Kläger mit Schriftsatz vom 19. November 2024 seine Anträge wie nachstehend ausgeführt an und macht mit seinem Antrag zu 1. nunmehr einen Mindestbetrag geltend, der rechnerisch 15 % des Kaufpreises entspricht.

In der mündlichen Verhandlung vor dem Senat, in der der Bevollmächtigte des Klägers klarstellte, die Berufungsrücknahme umfasse auch die sämtlichen Finanzierungskosten, beantragt der Kläger:

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 3.357,00 € 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 1.899,24 € freizustellen.

Hilfsweise, sofern die Beklagte nicht antragsgemäß verurteilt wird, beantragt er,

3. 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.

Im Übrigen wird von einer Darstellung des Tatbestandes abgesehen (§ 313a Abs. 1 Satz 1, § 540 Abs. 2 iVm § 544 Abs. 2 Nr. 1 ZPO) und auf die Schriftsätze nebst Anlagen sowie das Protokoll der mündlichen Verhandlung vor dem Senat Bezug genommen.

## II.

Die Berufung des Klägers hat teilweise Erfolg. Die Klage ist mit dem zuletzt gestellten Antrag zu 1. in Höhe eines Betrages von 1.063,91 € nebst Zinsen begründet; im Übrigen ist sie unbegründet.

1. Dem Kläger steht gegen die Beklagte ein Anspruch aus § 823 Abs. 2 BGB iVm § 6 Abs. 1, § 27 Abs. 1 EG-FGV auf Ersatz eines Differenzschadens zu.

a) Dem Erwerber eines – neuen oder gebrauchten – Kraftfahrzeugs kann nach der neueren Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs ein Schadensersatzanspruch gemäß § 823 Abs. 2 BGB in Verbindung mit § 6 Abs. 1, § 27 Abs. 1 EG-FGV gegen den Fahrzeughersteller zustehen, wenn dieser zumindest in fahrlässiger Verkenntung der Rechtslage eine unzulässige Abschalt einrichtung verwendet und daher eine insoweit unzutreffende Übereinstimmungsbescheinigung ausgestellt hat (BGH, Urteil vom 26. Juni 2023 – VIa ZR 335/21, juris Rn. 28 ff.).

b) Die erstmalige Geltendmachung des Differenzschadens im Berufungsverfahren ist zulässig.

Bei der Geltendmachung des Differenzschadens handelt es sich um eine auch in der Berufungsinstanz stets zulässige Klageänderung gemäß §§ 525 Satz 1, 264 Nr. 2 ZPO, weil einem auf §§ 826, 31 BGB gestützten Anspruch auf "großen Schadensersatz" oder „kleinen Schadensersatz“ einerseits und dem Anspruch auf Differenzschaden nach § 823 Abs. 2 BGB i.V.m. §§ 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, Urteil vom 26. Juni 2023 - VIa ZR 335/21, juris Rn. 45). Wechselt der Kläger nur die Art der Schadensberechnung, ohne seinen Antrag auf einen abgewandelten Lebenssachverhalt zu stützen, liegt keine Klageänderung im Sinne des § 263 ZPO vor (vgl. BGH, Urteil vom 23. Juni 2015 - XI ZR 536/14, juris Rn. 33; siehe auch OLG München, Urteil vom 22. Dezember 2023 - 13 U 892/21, juris Rn. 37).

Soweit nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs die Berufung nur zulässig ist, wenn das in erster Instanz abgewiesene Begehren zumindest teilweise weiterverfolgt wird (vgl. etwa BGH, Beschluss vom 29. September 2011 - IX ZB 106/11, juris Rn. 7 mwN), ist diese Voraussetzung erfüllt, wenn der Berufungsführer – wie hier – gestützt auf denselben Lebenssachverhalt lediglich eine andere Schadensberechnung vornimmt und anstelle des kleinen Schadensersatzes den Differenzschaden geltend macht.

c) Dem Kläger steht gegen die Beklagte gemäß § 823 Abs. 2 BGB iVm § 6 Abs. 1, § 27 Abs. 1 EG-FGV ein Anspruch auf Ersatz eines Differenzschadens in Höhe von 1.063,91 € zu.

aa) Voraussetzung einer Haftung nach § 823 Abs. 2 BGB iVm § 6 Abs. 1, § 27 Abs. 1 EG-FGV ist, dass das Vertrauen des Käufers auf die Übereinstimmung des Fahrzeugs mit allen maßgebenden Rechtsakten beim Fahrzeugkauf (vgl. BGH, Urteil vom 26. Juni 2023 – VIa ZR 335/21, juris Rn. 19, 42) mit Blick auf eine in zumindest fahrlässiger Verkennung der Rechtslage verwendete unzulässige Abschalteinrichtung und daher unzutreffende Übereinstimmungsbescheinigung enttäuscht wurde (vgl. BGH, Urteil vom 26. Juni 2023 – VIa ZR 335/21, juris Rn. 34).

(1) Die Beklagte hat eine unzutreffende Übereinstimmungsbescheinigung erteilt, indem sie das Fahrzeug mit einer gemäß Art. 5 Abs. 2 VO (EG) 715/2007 unzulässigen Abschalteinrichtung ausgerüstet hat.

(a) Eine Abschalteinrichtung im Sinne des Art. 3 Nr. 10 der Verordnung (EG) Nr. 715/2007 liegt dann vor, wenn die betreffende Technik die Funktion eines beliebigen Teils des Emissionskontrollsystems so beeinflusst, dass die Wirksamkeit des Emissionskontrollsystems unter Bedingungen verringert wird, die bei normalem Fahrzeugbetrieb vernünftigerweise zu erwarten sind. Mithin ist die Verringerung der Wirksamkeit des Emissionskontrollsystems bei üblichen Bedingungen Voraussetzung einer Abschalteinrichtung. Der Begriff des „normalen Fahrzeugbetriebs“ verweist dabei nicht auf Prüfstandbedingungen, sondern auf die Verwendung dieses Fahrzeugs unter tatsächlichen Fahrbedingungen, wie sie im Unionsgebiet üblich sind (EuGH, Urteil vom 14. Juli 2022 – C-128/20, juris Rn. 40 mwN). Ob die Grenzwerte unter den Bedingungen des Neuen Europäischen Fahrzyklus (NEFZ) auch bei veränderter Funktion eingehalten würden, was die Beklagte unter dem Gesichtspunkt

der mangelnden Grenzwertkausalität geltend macht, ist hingegen mit Rücksicht auf den Wortlaut des Art. 3 Nr. 10 der Verordnung (EG) Nr. 715/2007 nicht von Bedeutung (BGH, Urteil vom 26. Juni 2023 – VIa ZR 3351/21, juris Rn. 51).

Nach allgemeinen Regeln trifft die Darlegungs- und Beweislast für das Vorliegen einer Abschaltseinrichtung als solcher im Sinne der Art. 3 Nr. 10, Art. 5 Abs. 2 Satz 1 der Verordnung (EG) Nr. 715/2007 den Kläger als Anspruchsteller, weil es sich um einen anspruchsbegründenden Umstand handelt. Der Kläger muss Tatsachen vortragen, die in Verbindung mit Art. 5 Abs. 2 Satz 1 der Verordnung (EG) Nr. 715/2007 geeignet und erforderlich sind, den geltend gemachten Schadensersatzanspruch zu rechtfertigen, ohne allerdings seinen Tatsachenvortrag durch die Angaben weiterer Einzelheiten substantiieren zu müssen. Die Anforderungen an den Tatsachenvortrag dürfen dabei nicht überspannt werden. Der Kläger darf aber nicht willkürlich, aufs Geratewohl und ohne greifbare Anhaltspunkte Behauptungen aufstellen (BGH, Urteil vom 26. Juni 2023 – VIa ZR 3351/21, juris Rn. 53 mwN).

Der Beklagten als Anspruchsgegnerin obliegt dagegen die Darlegungs- und Beweislast dafür, dass eine festgestellte Abschaltseinrichtung zulässig ist. Das ergibt sich aus dem Regel-Ausnahme-Verhältnis des Art. 5 Abs. 2 der Verordnung (EG) Nr. 715/2007, weil die Verwendung einer Abschaltseinrichtung nach Art. 5 Abs. 2 Satz 1 der Verordnung (EG) Nr. 715/2007 grundsätzlich unzulässig ist und nur unter den besonderen Voraussetzungen des Art. 5 Abs. 2 Satz 2 der Verordnung (EG) Nr. 715/2007 ausnahmsweise zulässig ist (BGH, Urteil vom 26. Juni 2023 – VIa ZR 3351/21, juris Rn. 54).

(b) Gemessen hieran sind die entsprechenden Voraussetzungen einer Haftung hinsichtlich der unstreitig werksseitig implementierten Fahrkurvenerkennung gegeben.

Die Fahrkurvenerkennung mit den daran anknüpfenden Funktionen ist als unzulässige Abschaltseinrichtung einzustufen. Eine ausnahmsweise Zulässigkeit ist nicht dargetan.

(aa) Die Beklagte trägt vor, die im streitgegenständlichen Fahrzeug vorhandene Fahrkurvenerkennung bewirke insbesondere, dass der NSK an einem zeitlich genau definierten Punkt kurz vor dem Ende der einem NEFZ-Test vorgeschalteten Vorkonditionierungsfahrt, sog. Preconditioning oder „Precon“, vollständig regeneriert werde, damit er zu Beginn nahezu leer sei, zum anderen, dass der NSK innerhalb des NEFZ an zeitlich genau definierten Punkten regeneriere. Das bedeute eine Regeneration nach jeweils ca. 5 km; zum einen im ersten Drittel des außerstädtischen Teils (bei ca. 70 km/h) und zum zweiten Mal kurz vor dem Ende des außerstädtischen Teils (bei ca. 100 km/h). Zudem habe die im streitgegenständlichen Fahrzeug hinterlegte Fahrkurvenerkennung dazu geführt,

dass in Abhängigkeit von der Abgastemperatur und der Alterung des NSK eine Heizmaßnahme im NEFZ habe aktiviert werden können. In diesem Fall habe dies dazu geführt, dass die Temperatur des NSK unmittelbar vor dem ersten NSK-Regenerationsevent erhöht worden sei.

(bb) Nach dieser als unstreitig zu Grunde zu legenden Beschreibung stellt die Fahrkurvenerkennung eine Abschaltelinrichtung im Sinne von Art. 3 Nr. 10 VO (EG) Nr. 715/2007 dar. Denn sie dient zur Erkennung von Parametern, um auf das Emissionskontrollsystem einzuwirken und dieses auf dem Prüfstand abweichend vom normalen Fahrzeugbetrieb zu steuern. Bei Erkennen des Precon und anschließend des NEFZ führte die Fahrkurvenerkennung beladungsunabhängig zu einer Leerung des NSK am Ende des Precon, so dass die NEFZ-Messung in jedem Fall mit einem leeren oder nahezu leeren NSK starten konnte, und einer ausschließlich streckengesteuerten – immer (nur) – zweimaligen Regeneration des NSK im NEFZ sowie einer von Abgastemperatur und Alterung abhängigen Aufheizung des NSK unmittelbar vor Beginn des ersten Regenerationsevents im NEFZ, während im Straßenbetrieb auf einer gleich langen Strecke von 11 km je nach dem vorherigen und aktuellen Beladungszustand des NSK – immer ohne vorherige Aufheizung – entweder zwei oder mehr Regenerationen ausgelöst werden können.

Da prinzipiell jede Regeneration des NSK aufgrund des auftretenden Luftmangels zu einer hohen Partikelbildung führt (vgl. dazu etwa S. 6 des bereits genannten Ersten Untersuchungsberichts der Kommission „Volkswagen“), bedeuten eine Entleerung des NSK am Ende des Precon mit der Folge einer anschließend verbesserten Aufnahmefähigkeit im NEFZ und eine Reduzierung der Anzahl der Regenerationen im NEFZ eine Verbesserung der Wirksamkeit des Emissionskontrollsystems, die allein unter Prüfstandbedingungen stattfindet. Auch durch ein Aufheizen des NSK allein unter Prüfstandbedingungen wird eine Verbesserung des Emissionskontrollsystems erreicht, weil die Funktion des NSK vom Erreichen einer bestimmten Betriebstemperatur abhängt.

Auf eine fehlende Grenzwertrelevanz der Fahrkurvenerkennung, auf die sich die Beklagte letztlich nur noch beruft, kommt es nicht an (vgl. BGH, Urteil vom 26. Juni 2023 – VIa ZR 335/21, juris Rn. 51).

(cc) Ausnahmegründe bzw. eine Rechtfertigung dieser Technik im Sinne von Art. 5 Abs. 2 Satz 1 der Verordnung (EG) Nr. 715/2007 führt die Beklagte nicht ins Feld.

(c) Im Übrigen hat der Kläger für die Verwendung einer (unzulässigen) Abschaltelinrichtung nicht hinreichend vorgetragen.

Unabhängig davon könnte unter den Umständen des vorliegenden Falles die Verwendung weiterer (unzulässiger) Abschaltelinrichtungen mit Blick auf die Vorteilsausgleichung – wie unten näher ausgeführt – auch keinen höheren als den zuerkannten Differenzschadensersatzanspruch begründen.

(2) Die Beklagte hat schuldhaft gegen die Vorschriften der § 823 Abs. 2 BGB iVm § 6 Abs. 1, § 27 Abs. 1 EG-FGV verstoßen.

(a) Das Verschulden des Fahrzeugherstellers wird innerhalb des § 823 Abs. 2 BGB im Fall des objektiven Verstoßes gegen § 6 Abs. 1, § 27 Abs. 1 EG-FGV vermutet. Dementsprechend muss der Fahrzeughersteller, wenn er eine Übereinstimmungsbescheinigung trotz der Verwendung einer unzulässigen Abschaltseinrichtung ausgegeben und dadurch § 6 Abs. 1, § 27 Abs. 1 EG-FGV verletzt hat, im Fall der Inanspruchnahme nach § 823 Abs. 2 BGB Umstände darlegen und beweisen, die sein Verhalten zum maßgeblichen Zeitpunkt des Kaufs des Fahrzeugs durch den Kläger ausnahmsweise nicht als zumindest fahrlässig erscheinen lassen (vgl. BGH, Urteil vom 26. Juni 2023 – VIa ZR 335/21, juris Rn. 59, 61 mwN). Beruft sich der Fahrzeughersteller auf einen unvermeidbaren Verbotsirrtum, muss er sowohl den Verbotsirrtum als solchen als auch die Unvermeidbarkeit des Verbotsirrtums darlegen und erforderlichenfalls beweisen (BGH, Urteil vom 25. September 2023 – VIa ZR 1/23, juris Rn. 13).

Das setzt zunächst die Darlegung und erforderlichenfalls den Nachweis eines Rechtsirrtums seitens des Fahrzeugherstellers voraus. Der Fahrzeughersteller muss darlegen und beweisen, dass sich sämtliche seiner verfassungsmäßig berufenen Vertreter im Sinne des § 31 BGB über die Rechtmäßigkeit der vom Käufer dargelegten und erforderlichenfalls nachgewiesenen Abschaltseinrichtung 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, Urteil vom 25. September 2023 – VIa ZR 1/23, juris Rn. 14 mwN).

Erst im Anschluss an die Darlegung und den Nachweis dieser Umstände kann Bedeutung gewinnen, ob eine festgestellte Abschaltseinrichtung entweder in all ihren für die Bewertung nach Art. 5 Abs. 2 der Verordnung (EG) Nr. 715/2007 maßgebenden Einzelheiten von der damit befassten nationalen Behörde genehmigt war oder genehmigt worden wäre (BGH, a.a.O Rn. 15).

(b) Gemessen hieran hat die Beklagte schon einen Verbotsirrtum als solchen nicht konkret dargelegt.

Die Beklagte hat zu einem Irrtum ihrer verfassungsmäßig berufenen Vertreter keinen Vortrag gehalten. Ihr Vorbringen erschöpft sich im Kern darin, schlagwortartig einen Verbotsirrtum zu behaupten und in diesem Zusammenhang auf eine hypothetische Genehmigung des KBA abzustellen. Die Ermittlung einer hypothetischen Genehmigung betrifft indes nicht den Verbotsirrtum als solchen, sondern allein dessen Unvermeidbarkeit (vgl. BGH, Urteil vom 27. November 2023 – VIa ZR 1425/22, juris Rn. 32).

(3) Zur Erwerbskausalität kann sich der Kläger bei der Inanspruchnahme der Beklagten auf Erstattung des Differenzschadens auf den Erfahrungssatz stützen, dass er den Kaufvertrag zu diesem Kaufpreis nicht geschlossen hätte (vgl. BGH, Urteil vom 26. Juni 2023 – VIa ZR 335/21, juris Rn. 25).

bb) Der Höhe nach kann der Kläger von der Beklagten aus § 823 Abs. 2 BGB iVm § 6 Abs. 1, § 27 Abs. 1 EG-FGV die Zahlung von 1.063,91 € beanspruchen.

(1) Der Differenzschaden ist auf eine Bandbreite zwischen 5 % und 15 % des Kaufpreises begrenzt (BGH, Urteil vom 26. Juni 2023 – VIa ZR 335/21, juris Rn. 73). Der Tatrichter hat nach § 287 Abs. 1 Satz 1 ZPO die Höhe des Schadens unter Würdigung aller Umstände des Einzelfalls nach freier Überzeugung zu schätzen (BGH, a.a.O., Rn. 72). Zur Einholung eines Sachverständigengutachtens ist der Tatrichter bei seiner Schätzung innerhalb des genannten Rahmens nicht gehalten (BGH, a.a.O., Rn. 78). Vortrag der Parteien dazu, die Verkaufspreise von Kraftfahrzeugen der betroffenen Baureihen seien entweder tatsächlich nicht mit Rücksicht auf die Verwendung unzulässiger Abschaltseinrichtungen gesunken oder der Schaden belaufe sich im konkreten Fall auf weniger als 5 % oder mehr als 15 % des gezahlten Kaufpreises, ist ohne Relevanz (a.a.O. Rn. 79).

Bei der Schätzung des Schadens innerhalb einer Bandbreite zwischen 5 und 15 % des Kaufpreises sind für die Bestimmung des objektiven Werts des Fahrzeugs im Zeitpunkt des Vertragsschlusses die mit der Verwendung einer unzulässigen Abschaltseinrichtung verbundenen Nachteile, insbesondere das Risiko behördlicher Anordnungen, zu berücksichtigen. Weiter ist der Umfang in Betracht kommender Betriebsbeschränkungen und die Eintrittswahrscheinlichkeit solcher Beschränkungen mit Rücksicht auf die Einzelfallumstände in den Blick zu nehmen. Maßgebend ist dabei eine auf den Zeitpunkt des Vertragsschlusses bezogene Betrachtung (BGH, Urteil vom 26. Juni 2023 – VIa ZR 335/21, juris Rn. 76). Über diese originär schadensrechtlichen Gesichtspunkte hinaus sind das Gewicht des der Haftung zugrundeliegenden konkreten Rechtsverstoßes für das unionsrechtliche Ziel der Einhaltung gewisser Emissionsgrenzwerte sowie der Grad des Verschuldens nach Maßgabe der Umstände des zu beurteilenden Einzelfalls zu bewerten, um so dem Gebot einer verhältnismäßigen Sanktionierung auch bezogen auf den zu würdigenden Einzelfall Rechnung zu tragen (BGH, Urteil vom 26. Juni 2023, aaO Rn. 77).

Vorliegend kann im Ergebnis dahinstehen, ob der dem Kläger entstandene Schaden auf nur 5 % des Kaufpreises, was der Senat in vergleichbaren Fällen angenommen hat, oder im Rahmen der oben aufgezeigten Bandbreite auf einen höheren Prozentsatz zu schätzen ist.

Denn infolge der anzurechnenden Vorteile ist der Anspruch jedenfalls auf einen Betrag von 1.063,91 € begrenzt. Dieser Betrag wird bereits bei Zugrundelegung

eines Differenzschadens von 5 % überschritten und führt im darüberhinausgehenden Umfang zur teilweisen Aufzehrung des Differenzschadens.

(2) Entgegen der Auffassung der Beklagten führt allein das Software-Update nicht dazu, dass der Schaden entfällt. Denn der Schaden ist bereits im Zeitpunkt des Kaufvertragsabschlusses eingetreten. Spätere Wertverbesserungen sind nur im Rahmen des Vorteilsausgleichs berücksichtigungsfähig (vgl. BGH, Urteil vom 26. Juni 2023 - VIa ZR 335/21, juris Rn. 80).

(3) Der Anspruch auf Ersatz des Differenzschadens aus § 823 Abs. 2 BGB i. V. m. §§ 6 Abs. 1, 27 Abs. 1 EG-FGV unterliegt der Vorteilsausgleichung (vgl. BGH, Urteil vom 24. Juli 2023 - VIa ZR 752/22, juris Rn. 12). Im Streitfall sind Nutzungsvorteil und Restwert vorteilsausgleichend zu berücksichtigen, soweit sie in der Summe den Kaufpreis abzüglich des Differenzschadens – mithin den tatsächlichen Fahrzeugwert – übersteigen (vgl. BGH, Urteil vom 24. Januar 2022 - VIa ZR 100/21, juris Rn. 22). Ein Vorteilsausgleich mit Blick auf das Software-Update findet nach den Umständen des Streitfalls nicht statt.

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

$$\frac{\text{Kaufpreis} \quad \times \quad \text{gefahrte Kilometer}}{\text{zu erwartende Gesamtleistung}}$$

Die zu erwartende Laufleistung des erstmals im April 2016 zum Straßenverkehr zugelassenen VW Golf 2.0 TDI mit 110 kW schätzt der auf Ansprüche aus Fahrzeugkäufen spezialisierte Senat bei Fahrzeugen aus dem entsprechenden Preissegment mit einem Dieselmotor der für vergleichsweise langlebige Dieselmotoren bekannten Beklagten, die – wie vorliegend – mit einem robusten und etwas hubraumstärkeren 2,0-Liter-Motor ausgestattet sind, auf 300.000 km (siehe auch OLG Frankfurt, Urteil vom 17. März 2021 – 13 U 338/19, juris Rn. 23; OLG Rostock, Urteil vom 11. Februar 2021 – 5 U 130/18, Rn. 54 mwN; OLG Koblenz, Urteil vom 12. Juni 2019 – 5 U 1318/18, juris Rn. 109; vgl. auch die Nachweise bei Reinking/Eggert, Der Autokauf, 14. Aufl., Rn. 3574). Mit dieser Schätzung bewegt sich der Senat zudem innerhalb der Bandbreite der von anderen Gerichten jeweils vorgenommenen Schätzung der gesamten Laufleistung (BGH, Urteile vom 27. Juli 2021 – VI ZR 480/19, juris Rn. 26; vom 27. April 2021 – VI ZR 812/20, juris Rn. 16).

Auch in Fällen der vorliegenden Art ist der Senat bei der Ermittlung der prognostizierten Gesamtleistung nach § 287 ZPO grundsätzlich nicht gehalten, ein Sachverständigengutachten einzuholen (siehe nur BGH, Urteile vom 27. Juli 2021 – VI ZR 480/19, juris Rn. 27 vom 18. Mai 2021 – VI ZR 720/20, juris Rn. 13 aE, jeweils mwN).

Mit der Schätzung nach § 287 ZPO zwangsläufig einhergehende Unschärfen sind unbedenklich (BGH, Urteil vom 23. September 2014 – XI ZR 215/13, juris Rn. 39), denn bei einer Schätzung ist aufgrund der typisierenden Betrachtungsweise in der Regel hinzunehmen, dass das Ergebnis unter Umständen nicht mit der Wirklichkeit übereinstimmt (BGH, Urteil vom 29. September 2021 – VIII ZR 111/20, juris Rn. 60). Es ist eine generalisierende Betrachtungsweise geboten und auf die im Durchschnitt zu erwartende Gesamtleistung abzustellen ist (vgl. OLG Karlsruhe, Urteil vom 8. Juni 2021 – 17 U 1162/19, juris Rn. 99).

Danach beläuft sich die Nutzungsentschädigung ausgehend vom Kilometerstand beim Erwerb von 24.846 km und von 102.500 km beim Verkauf am 7. Juli 2021 und dem von dem Kläger gezahlten Kaufpreis von 22.380,00 € auf 6.316,09 €. Davon geht auch der Kläger selbst aus.

(b) Der Restwert des Fahrzeugs, für den die Beklagte darlegungs- und beweisbelastet ist (vgl. BGH, Urteil vom 26. Juni 2023 - VIa ZR 335/21, juris Rn. 80), ist unstreitig mit dem Veräußerungserlös von 15.000,00 € zu bemessen.

(c) Den tatsächlichen Wert des Fahrzeugs im Zeitpunkt des Erwerbs durch den Kläger veranschlagt der Senat gemäß § 287 ZPO mit der Differenz aus dem von dem Kläger gezahlten Kaufpreis von 22.380,00 € und dem nach obigen Grundsätzen zu ermittelnden Differenzschaden.

Bei einem Differenzschaden in Höhe von 5 % liegt dieser bei 1.119,00 €, die Differenz beläuft sich auf 21.261,00 € (22.380,00 € - 1.119,00 €).

Bei einem Differenzschaden in Höhe von 10 % betrüge dieser 2.238,00 €, die Differenz läge bei 20.142,00 € (22.380,00 € - 2.238,00 €).

Bei einem Differenzschaden in Höhe von 15 % ergäbe sich ein Betrag von 3.357,00 €, die Differenz bezifferte sich auf 19.023,00 € (22.380,00 € - 3.357,00 €).

(d) Daraus ergibt sich, dass die Summe aus den von dem Kläger erlangten Nutzungsvorteilen in Höhe von 6.316,09 € und dem Restwert des Fahrzeugs von 15.000,00 € – insgesamt 21.316,09 € – den tatsächlichen Wert des Fahrzeugs im Zeitpunkt des Erwerbs durch den Kläger in allen Fällen übersteigt, so dass eine Vorteilanrechnung stattfindet. Infolgedessen ist der Differenzschadenersatzanspruch in jedem Fall, wie im Folgenden im Einzelnen dargestellt, auf einen Betrag von 1.063,91 € begrenzt.

Bei einem Differenzschaden in Höhe von 5 % ist der tatsächliche Wert des Fahrzeugs von 21.261,00 € um 55,09 € (21.316,09 € - 21.261,00 €) überschritten. Nach entsprechender Anrechnung verbleibt ein nicht aufgezehrter Schaden von 1.063,91 € (1.119,00 € - 55,09 €).

Bei einem Differenzschaden in Höhe von 10 % ist der tatsächliche Wert des Fahrzeugs von 20.142,00 € um 1.174,09 € (21.316,09 € - 20.142,00 €) überschritten. Nach entsprechender Anrechnung verbleibt ein nicht aufgezehrter Schaden von 1.063,91 € (2.238,00 € - 1.174,09 €).

Bei einem Differenzschaden in Höhe von 15 % ist der tatsächliche Wert des Fahrzeugs von 19.023,00 € um 2.293,09 € (21.316,09 € - 19.023,00 €) überschritten. Nach entsprechender Anrechnung verbleibt ein nicht aufgezehrter Schaden von 1.063,91 € (3.357,00 € - 2.293,09 €).

(e) Im Hinblick auf das vom KBA freigegebene, bei dem Fahrzeug des Klägers nach dem Erwerb aufgespielte Software-Update zur Entfernung der Fahrkurvenerkennung ist nach den Umständen des Streitfalls keine Vorteilsrechnung vorzunehmen. Es ist davon auszugehen, dass ein solches Update bereits in dem für das Fahrzeug von der Beklagten ermittelten Restwert „eingepreist“ ist (vgl. OLG Hamm, Urteil vom 20. November 2023 – 18 U 225/22, juris Rn. 203).

(f) Entgegen der Ansicht des Klägers kann die Anrechnung vom Geschädigten gezogener Vorteile im Einzelfall zu einem vollständigen Wegfall des Schadensersatzanspruchs führen, ohne dass dem Grundsätze des Unionsrechts entgegenstehen (vgl. BGH, Urteil vom 24. Juli 2023 – VIa ZR 752/22, juris Rn. 12 mwN). Der Schutz der unionsrechtlich gewährleisteten Rechte führt nicht zu einer ungerechtfertigten Bereicherung der Anspruchsberechtigten (vgl. BGH, Urteil vom 26. Juni 2023 – VIa ZR 335/21, juris Rn. 80 mwN).

3. Die Zinsentscheidung folgt aus §§ 291 Abs. 1, 288 BGB.

4. Ein Anspruch auf Erstattung von vorgerichtlichen Rechtsanwaltskosten besteht nicht.

Weil ein Differenzschaden nur bis zur Höhe von 15 % des Kaufpreises zu ersetzen ist, kann auf der Grundlage des § 823 Abs. 2 BGB iVm § 6 Abs. 1, § 27 Abs. 1 EG-FGV neben dem Anspruch auf Ersatz des Differenzschadens eine Erstattung vorgerichtlicher Rechtsanwaltskosten nicht verlangt werden (BGH, Urteil vom 16. Oktober 2022 – VIa ZR 14/22, juris Rn. 13). Die Voraussetzungen einer Haftung nach §§ 826, 31 BGB oder § 823 Abs. 2 BGB iVm § 263 StGB wegen einer vorsätzlichen (sittenwidrigen) Schädigung liegen – wovon auch der Kläger mittlerweile ausgeht – nicht vor. Auch die Voraussetzungen einer Haftung wegen Verzuges der Beklagten mit dem Ersatz des Differenzschadens (§ 280 Abs. 1 und 2,

§ 286 BGB) sind nicht dargetan (vgl. BGH, Urteil vom 16. Oktober 2023 – VIa ZR 14/22, juris Rn. 13).

5. Auch die Voraussetzungen der hilfsweise beantragten Verfahrensaussetzung entsprechend § 148 ZPO sind nicht gegeben.

Die hier zur teilweisen Zurückweisung des Rechtsmittels führende Frage der Anrechnung von Vorteilen auf den dem Grunde nach gegebenen Differenzschaden sind vom Bundesgerichtshof beantwortet (BGH, Urteile vom 24. Juli 2023 – VIa ZR 752/22, juris Rn. 12; vom 26. Juni 2023 – VIa ZR 335/21, juris Rn. 80; vom 24. Januar 2022 – VIa ZR 100/21, juris Rn. 22; vom 10. Oktober 2022 – VIa ZR 542/21, juris Rn. 15 f, 22) und bedürfen keiner (erneuten) Vorlage an den Europäischen Gerichtshof.

Insbesondere hat sich der Bundesgerichtshof ausführlich mit der Vorgabe des Europäischen Gerichtshofs auseinandergesetzt, wonach es Sache des nationalen Rechts sei, die Vorschriften über den Ersatz des Schadens festzulegen, der dem Käufer eines (fahrlässig) mit einer unzulässigen Abschaltseinrichtung im Sinne von Art. 5 der Verordnung (EG) Nr. 715/2007 ausgestatteten Fahrzeugs tatsächlich entstanden ist, vorausgesetzt, dass dieser Ersatz in einem angemessenen Verhältnis zum entstandenen Schaden steht (EuGH, Urteil vom 21. März 2023 – C 100/21, juris Rn. 96). Vor dem Hintergrund, dass der Europäische Gerichtshof in dem genannten Urteil auf die entsprechende Vorlagefrage die Anrechenbarkeit von Nutzungsvorteilen gerade nicht generell verneint hat, sondern die Beantwortung dieser Frage – ebenso wie die Frage, ob durch die fahrlässige Verwendung einer Abschaltseinrichtung überhaupt ein Schaden entstanden ist, sowie die Bestimmung seines „angemessenen Ersatzes“ – dem nationalen Recht überlassen hat (vgl. EuGH, aaO Rn. 95), ist keine Aussetzung mit Blick auf die dem Europäischen Gerichtshof durch das Landgericht Ravensburg vorgelegten Fragen geboten, die der Sache nach bereits durch den Verweis auf nationale Vorschriften beantwortet sind (vgl. OLG Düsseldorf, Urteil vom 21. Juni 2024 – 7 U 266/22, juris Rn. 30 ff.).

6. Die prozessualen Nebenentscheidungen beruhen auf § 92 Abs. 1, § 97 Abs. 1 § 516 Abs. 3, § 708 Nr. 10, §§ 711, 713 ZPO.

7. Ein Grund für die Zulassung der Revision (§ 543 Abs. 2 ZPO) besteht nicht, weil die im vorliegenden Fall maßgeblichen Haftungsgrundsätze durch die höchstrichterliche Rechtsprechung geklärt sind.