



OBERLANDESGERICHT KÖLN

IM NAMEN DES VOLKES

URTEIL

In dem Rechtsstreit

[REDACTED]
Klägerin und Berufungsklägerin,

Prozessbevollmächtigte:

Rechtsanwälte Gansel , Wallstraße 59,
10179 Berlin,

gegen

die Volkswagen AG, vertreten durch den Vorstand, dieser vertreten durch den
Vorstandsvorsitzenden Herbert Diess, Berliner Ring 2, 38440 Wolfsburg,

Beklagte und Berufungsbeklagte,

Prozessbevollmächtigte:

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

hat der 11. Zivilsenat des Oberlandesgerichts Köln

durch den Vorsitzenden Richter am Oberlandesgericht Manteufel als Einzelrichter

auf die mündliche Verhandlung vom 14.08.2024

für R e c h t erkannt:

Auf die Berufung der Klägerin wird das am 09.08.2021 verkündete Urteil der 19. Zivilkammer des Landgerichts Bonn – 19 O 287/20 – teilweise abgeändert und klarstellend insgesamt wie folgt neu gefasst:

Die Beklagte wird verurteilt, an die Klägerin 1.746,75 € nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem jeweiligen Basiszinssatz seit dem 30.01.2021 zu zahlen. Im Übrigen wird die Klage abgewiesen.

Die weitergehende Berufung der Klägerin wird zurückgewiesen.

Die Kosten des Rechtsstreits erster Instanz tragen die Klägerin zu 87 % und die Beklagte zu 13 %. Die Kosten des Berufungsverfahrens tragen die Klägerin zu 85 % und die Beklagte zu 15 %.

Dieses Urteil und das angefochtene Urteil sind ohne Sicherheitsleistung vorläufig vollstreckbar.

Die Revision wird nicht zugelassen.

Der Gegenstandswert für das Berufungsverfahren wird auf 11.573,73 € festgesetzt.

Gründe:

I.

Die Klägerin macht gegen die beklagte Fahrzeugherstellerin Schadensersatzansprüche wegen behaupteter unzulässiger Abschaltvorrichtungen geltend.

Sie erwarb auf Grundlage eines Kaufvertrags vom 30.03.2015 ein Neufahrzeug VW Polo 1,4l TDI, zum Preis von 17.467,50 €. Das Fahrzeug ist mit einem Dieselmotor der Baureihe EA 288 (Euro 6) ausgestattet. Zum Zeitpunkt der mündlichen Verhandlung im Berufungsverfahren wies das Fahrzeug einen Kilometerstand von 117.532 km per 12.08.2024 auf.

Das Landgericht hat die auf Rückzahlung des Kaufpreises abzüglich Nutzungsentschädigung Zug um Zug gegen Übereignung und Herausgabe des Fahrzeugs gerichtete Klage abgewiesen. Gegen dieses Urteil, auf das wegen aller Einzelheiten des erstinstanzlichen Sach- und Streitstands Bezug genommen wird, wendet sich die Klägerin mit der Berufung, mit der sie ihr erstinstanzliches Vorbringen vertieft und die Klage hilfsweise auf den vom BGH entwickelten sog. Differenzschaden aus §§ 823 Abs. 2 BGB in Verbindung mit §§ 6 Abs. 1, 27 Abs. 1 EG-FGV stützt.

Die Klägerin beantragt,

1. Die Beklagte wird verurteilt, an die Klägerin 11.573,73 € nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit 17.04.2020 zu zahlen. Die Verurteilung erfolgt Zug-um-Zug gegen Übereignung und Herausgabe des Fahrzeugs der Marke VW vom Typ Polo V 1.4 TDI mit der Fahrzeugidentifikationsnummer (FIN) [REDACTED] nebst zwei Fahrzeugschlüsseln, Kfz-Schein, Kfz-Brief und Serviceheft.
2. Es wird festgestellt, dass sich die Beklagte mit der Annahme, der in vorgenannten Klageanträgen genannten Zug-um-Zug-Leistung im Annahmeverzug befindet.

Hilfsweise

1. Die Beklagte wird verurteilt, an die Klägerin 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 2397,00 nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit Rechtshängigkeit betragen muss.

Weiter beantragt sie,

3. Die Beklagte wird verurteilt, die Klägerin von den durch die Beauftragung der Prozessbevollmächtigten der Klägerin entstandenen Kosten der außergerichtlichen Rechtsverfolgung in Höhe von 1.570,80 € freizustellen.

Die Beklagte beantragt,

die Berufung zurückzuweisen.

Wegen der weiteren Einzelheiten des Sach- und Streitstands wird auf die wechselseitigen Schriftsätze der Parteien und die von ihnen vorgelegten Unterlagen Bezug genommen.

II.

Die Berufung hat aufgrund der neuen Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs zum sog. Differenzschaden teilweise Erfolg.

1. Zutreffend hat das Landgericht einen Anspruch aus § 826 BGB verneint. Es fehlt bereits an einem sittenwidrigen Handeln.

Sittenwidrig ist ein Verhalten, das nach seinem Gesamtcharakter, der durch umfassende Würdigung von Inhalt, Beweggrund und Zweck zu ermitteln ist, gegen das Anstandsgefühl aller billig und gerecht Denkenden verstößt. Dafür genügt es im Allgemeinen nicht, dass der Handelnde eine Pflicht verletzt und einen Vermögensschaden hervorruft. Vielmehr muss eine besondere Verwerflichkeit seines Verhaltens hinzutreten, die sich aus dem verfolgten Ziel, den eingesetzten Mitteln, der zutage getretenen Gesinnung oder den eingetretenen Folgen ergeben kann. Schon zur Feststellung der Sittenwidrigkeit kann es daher auf Kenntnisse, Absichten und Beweggründe des Handelnden ankommen, die die Bewertung seines Verhaltens als verwerflich rechtfertigen. Die Verwerflichkeit kann sich auch aus einer bewussten Täuschung ergeben. Insbesondere bei mittelbaren Schädigungen kommt es ferner darauf an, dass den Schädiger das Unwerturteil, sittenwidrig gehandelt zu haben, gerade auch in Bezug auf die Schäden desjenigen trifft, der Ansprüche aus § 826 BGB geltend macht (BGH, Urt. v. 25.5.2020 – VI ZR 252/19, NJW 2020, 1962, 1963).

Ein Automobilhersteller handelt danach gegenüber dem Fahrzeugkäufer sittenwidrig, wenn er entsprechend seiner grundlegenden strategischen Entscheidung im eigenen Kosten- und Gewinninteresse unter bewusster Ausnutzung der Arglosigkeit der Erwerber, die die Einhaltung der gesetzlichen Vorgaben und die ordnungsgemäße Durchführung des Typgenehmigungsverfahrens als selbstverständlich voraussetzen, Fahrzeuge mit einer Motorsteuerung in Verkehr bringt, deren Software bewusst und gewollt so programmiert ist, dass die gesetzlichen Abgasgrenzwerte nur auf dem Prüfstand beachtet, im normalen Fahrbetrieb hingegen überschritten werden, und damit unmittelbar auf die arglistige Täuschung der Typgenehmigungsbehörde abzielt. Ein solches Verhalten steht einer unmittelbaren arglistigen Täuschung der Fahrzeugerwerber in der Bewertung gleich. Bereits die objektive Sittenwidrigkeit des Herstellens und des Inverkehrbringens von Kraftfahrzeugen mit einer unzulässigen Abschalteinrichtung im Verhältnis zum Fahrzeugerwerber setzt voraus, dass es in Kenntnis der Abschalteinrichtung und im Bewusstsein ihrer – billigend in Kauf genommenen – Unrechtmäßigkeit geschieht (vgl. BGH, Urt. v. 25.11.2021 –VII ZR 238/20, juris Rn. 19 f.).

Gemessen an diesen Grundsätzen hat die Klägerin ein sittenwidriges Handeln der für die Beklagten handelnden Personen nicht hinreichend dargetan. Der Vortrag reicht nicht aus, um dem in Rede stehenden Verhalten der Beklagten ein sittenwidriges Gepräge zu geben.

Hierzu genügt der Vortrag von nach Ansicht der Klägerin unzulässigen prüfstandsbezogenen Abschalteinrichtungen nicht.

Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs setzt die Annahme von Sittenwidrigkeit in diesen Fällen jedenfalls voraus, dass die verantwortlichen Personen bei der Entwicklung und/oder Verwendung der unzulässigen Abschalteinrichtung in dem Bewusstsein handelten, eine solche zu verwenden, und den darin liegenden Gesetzesverstoß billigend in Kauf nahmen. Fehlt es hieran, ist bereits der objektive Tatbestand der Sittenwidrigkeit nicht erfüllt (vgl. BGH, Urt. v. 20.07.2021 – VI ZR 1154/20 Rn. 13, WM 2021, 2105; Urteil vom 13.07. 2021 – VI ZR 128/20 Rn. 13, WM 2021, 1609; Beschl. v. 09.03.2021 – VI ZR 889/20 Rn. 28, VersR 2021, 661; Beschl. v. 19.01.2021 – VI ZR 433/19 Rn. 19, ZIP 2021, 297).

Vorliegend ergeben sich keine Anhaltspunkte für eine Täuschung des KBA. Nach dem unstreitigen Tatbestand des landgerichtlichen Urteils ist dem KBA die Fahrkurvenerkennung nebst anschließender Regeneration des SCR-Katalysators im Motortyp EA 288 bekannt. Insbesondere besteht keine Vergleichbarkeit zur Umschaltlogik beim EA 189, bei dem die Einhaltung der Grenzwerte unstreitig ausschließlich auf dem Prüfstand gewährleistet und das KBA durch die Motorsteuerungssoftware über diesen Sachverhalt getäuscht wurde. Dagegen hat in Folge der aufgedeckten Manipulationen bei den Motoren der Entwicklungsreihe EA 189 das KBA umfassende Untersuchungen an Fahrzeugen mit Motoren der Reihe EA 288 durchgeführt, bei denen die Fahrkurvenerkennung nicht als unzulässige Abschaltvorrichtung eingestuft worden ist, weil bei Deaktivierung der Funktion die Grenzwerte in den Prüfverfahren nicht überschritten worden sind. Auch im Übrigen sind vom KBA keine unzulässigen Abschaltvorrichtungen festgestellt worden.

Vertritt die zuständige Fachbehörde die Rechtsauffassung, die gerügten Funktionen seien keine unzulässigen Abschaltvorrichtungen, kann das darauf bezogene Verhalten der Beklagten nicht als besonders verwerflich eingestuft werden. Für die Annahme, die Beklagte habe die Abschaltvorrichtung im Bewusstsein der Rechtswidrigkeit und unter billigender Inkaufnahme des Gesetzesverstosses implementiert, bleibt kein Raum; ebenso scheidet der für die Haftung wegen sittenwidriger Schädigung nach § 826 BGB erforderliche Schädigungsvorsatz aus.

2. Der Klägerin steht allerdings ein Anspruch auf Ersatz des sog. Differenzschadens gemäß § 823 Abs. 2 BGB i.V.m. §§ 6 Abs. 1, 27 Abs. 1 EG-FGV infolge der Gefahr von der Nutzbarkeit des Fahrzeugs bedrohenden Betriebsbeschränkungen oder –untersagungen zu.

Die Vorschriften der §§ 6 Abs. 1, 27 Abs. 1 EG-FV sind Schutzgesetze i.S.v. § 823 Abs. 2 BGB (s. BGH, Urt. v. 25.09.2023 – VIa ZR 1/23, NJW 2023, 3796, 3797).

Auch verfügte das Fahrzeug unstreitig über eine nach den maßgeblichen Art. 3 Nr. 10, Art. 5 Abs. 2 S. 1 der Verordnung (EG) Nr. 715/2007 (BGH, Urt. v. 23.06.2023 – VIa ZR 335/21, NJW 2023, 2259, 2266) unzulässige Abschaltvorrichtung in Gestalt einer Fahrkurvenerkennung.

Eine „Abschalteinrichtung“ ist nach Art. 3 Nr. 10 der Verordnung (EG) Nr. 715/2007 jedes Konstruktionsteil, das die Temperatur oder sonstige Parameter ermittelt, um die Funktion eines beliebigen Teils des Emissionskontrollsystems zu verändern, wodurch die Wirksamkeit des Emissionskontrollsystems unter Bedingungen, die beim normalen Fahrzeugbetrieb vernünftigerweise zu erwarten sind, verringert wird. Wegen des räumlichen Geltungsbereichs der Verordnung ist nicht auf die Fahrbedingungen in einem einzelnen Mitgliedstaat, sondern auf die Bedingungen abzustellen, wie sie im gesamten Unionsgebiet üblich sind. Nach der Begriffsbestimmung der „Abschalteinrichtung“ in Art. 3 Nr. 10 der Verordnung (EG) Nr. 715/2007 ist es ohne Belang, ob die Grenzwerte unterschritten werden; maßgeblich ist vielmehr allein, ob die Wirksamkeit des Emissionskontrollsystems unter normalen Fahrbedingungen herabgesetzt wird (s. BGH, Urt. v. 23.06.2023 – VIa ZR 335/21, NJW 2023, 2259, 2266). So liegt es hier. Die Verwendung einer Fahrkurvenerkennung war in erster Instanz ausweislich des Tatbestands des erstinstanzlichen Urteils unstreitig. Das Vorhandensein der Fahrkurvenerkennung wird auch in der Berufung nicht konkret bestritten.

Die Verwendung von Abschalteinrichtungen, die die Wirkung von Emissionskontrollsystemen verringern, ist gemäß Art. 5 Abs. 2 S. 1 der Verordnung (EG) Nr. 715/2007 grundsätzlich unzulässig. Die Abschalteinrichtung ist nach Art. 5 Abs. 2 S. 2 a) der Verordnung (EG) Nr. 715/2007 ausnahmsweise nur dann zulässig, wenn die Einrichtung notwendig ist, um den Motor vor Beschädigung oder Unfall zu schützen und um den sicheren Betrieb des Fahrzeugs zu gewährleisten. Nur die unmittelbaren Risiken für den Motor in Form von Beschädigung oder Unfall, die beim Fahren eines Fahrzeugs eine konkrete Gefahr hervorrufen, können die Verwendung einer Abschalteinrichtung rechtfertigen (EuGH, Urt. v. 14.07.2022, Az. C 134/20, juris Rn. 68). Dies ist hier nicht dargelegt. Die Beklagte kann sich auch nicht darauf berufen, dass auch ohne die Fahrkurvenerkennung die Grenzwerte im Prüfstandsbetrieb eingehalten werden. Zur Frage der sog. Grenzwertrelevanz hat der Bundesgerichtshof in seiner Entscheidung vom 26.06.2023 (VIa ZR 335/21, NJW 2023, 2259 Rn. 51) ausgeführt:

„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 Funktions-veränderung 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 zwar jeweils unter den Bedingungen des normalen Fahrbetriebs im gesamten Unionsgebiet. 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. Die Prüfung im NEFZ lässt nur in Bezug auf die dabei wirksamen Emissionskontrollsysteme Prognosen für den gewöhnlichen Fahrbetrieb zu und auch das nur dann, wenn die Wirksamkeit der betreffenden Systeme im gewöhnlichen Fahrbetrieb nicht verringert wird. Art. 3 Nr. 10 der Verordnung (EG) Nr. 715/2007 knüpft an die Verringerung der Wirksamkeit des Emissionskontrollsystems in seiner Gesamtheit an und nicht an die Einhaltung der Grenzwerte im NEFZ. Das gilt ohne Rücksicht auf die jeweils eingesetzten Technologien (vgl. EuGH, Urteil vom 8. November 2022 C-873/19, NJW 2022, 3769 Rn. 92).“

Dem schließt sich der Senat an.

Die Abschaltvorrichtung ist auch nicht aufgrund einer EG-Typengenehmigung und deren Tatbestandswirkung zulässig, da sich die Typengenehmigung nicht auf das konkrete Fahrzeug erstreckt (BGH, Urt. v. 23.06.2023 – VIa ZR 335/21, NJW 2023, 2259, 2260).

Die Beklagte, die nicht nur Motorherstellerin (hierzu BGH, Urt. v. 10.07.2023 – VIa ZR 1119/22, NJW 2023, 3580, 3581), sondern zugleich Herstellerin des Fahrzeugs ist, hat die mithin unzutreffende Übereinstimmungsbescheinigung erteilt, dass das konkrete Fahrzeug zum Zeitpunkt der Herstellung allen maßgeblichen Rechtsvorschriften entspreche (vgl. Art. 3 Nr. 5 RL 2007/46/EG), obschon es tatsächlich über die oben genannte unzulässige Abschaltseinrichtung verfügte.

Zugunsten des Erwerbers spricht der Erfahrungssatz, dass er bei Kenntnis von der unzulässigen Abschaltseinrichtung den Kaufvertrag nicht zum vereinbarten Kaufpreis geschlossen hätte (BGH, Urt. v. 23.06.2023 – VIa ZR 335/21, NJW 2023, 2259, 2267). Dies ist hier auch nicht widerlegt. Die Beklagte hat die Verwendung einer unzulässigen Abschaltseinrichtung nicht etwa allgemein bekanntgegeben.

Das für den Anspruch erforderliche Verschulden ist aufgrund des Verstoßes gegen das Schutzgesetz indiziert und zu vermuten (BGH, Urt. v. 23.06.2023 – VIa ZR 335/21, NJW 2023, 2259, 2267). Anders als für den Anspruch aus § 826 BGB genügt als Verschulden bereits das Vorliegen von Fahrlässigkeit. Von zumindest Fahrlässigkeit ist auszugehen.

Die Beklagte hat für den in Rede stehenden Motortyp die Funktionalität ersichtlich bewusst und gewollt in ihren Fahrzeugen eingebaut. Ein Tatsachenirrtum kommt damit nicht in Betracht, sondern allenfalls ein Rechtsirrtum. Einen unvermeidbaren Rechtsirrtum hat die Beklagte nicht hinreichend dargetan. Die relevanten EU-Bestimmungen waren der Beklagten als Fahrzeugherstellerin zweifellos bekannt. Zudem gilt insoweit auch der allgemeine Grundsatz, dass für jemanden, der im Geschäftsleben steht, kaum jemals ein Irrtum über das Bestehen eines Schutzgesetzes unvermeidbar ist, das für seinen Arbeitsbereich erlassen wurde, weil jeder im Rahmen seines Wirkungskreises verpflichtet ist, sich über das Bestehen von Schutzgesetzen zu unterrichten (BGH, Urt. v. 15.05.2021 – VI ZR 166/11, NJW 2012, 3177, 3180).

Soweit sich die Beklagte auf einen Rechtsirrtum über die Zulässigkeit der Funktion und einen beachtlichen Verbotsirrtum stützt, vermag sie dies im Streitfall nicht zu entlasten:

Ein unvermeidbarer und damit den Fahrlässigkeitsvorwurf ausschließender Verbotsirrtum setzt hier 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, Urt. v. 25.09.2023 – VIa ZR 1/23, NJW 2023, 3796, 3797). Dem genügt die Beklagtenseite nicht. Sie legt nicht konkret dar, dass ihre verantwortlichen Entscheidungsträger im hier maßgeblichen Zeitpunkt des Fahrzeugerwerbs rechtsirrig davon ausgegangen sind, dass die Abschaltseinrichtung bei genauer und umfassender Darlegung sämtlicher Einzelheiten ihrer Wirkungsweise von dem KBA als zulässig eingestuft worden wäre.

Fehlt es somit bereits an der hinreichenden Darlegung eines Irrtums der Beklagten als solchen, kommt es auf dessen Unvermeidbarkeit für die Entscheidung des Falls nicht weiter an.

Der Höhe nach ist der Schadenersatzanspruch in den Fällen des Vertrauens eines Käufers auf die Richtigkeit der Übereinstimmungsbescheinigung bei Erwerb eines mit einer unzulässigen Abschaltseinrichtung versehenen Kraftfahrzeugs nicht auf die Rückerstattung des vollen an den Verkäufer gezahlten Kaufpreises gerichtet, sondern auf den Differenzschaden beschränkt und kann nach § 287 ZPO geschätzt werden (BGH, Urt. v. 23.06.2023 – VIa ZR 335/21, NJW 2023, 2259, 2261 f. u. 2269). Das Schätzungsermessen ist aufgrund unionsrechtlicher Vorgaben einerseits zur Wirksamkeit der Sanktionen und andererseits zur Verhältnismäßigkeit innerhalb einer Bandbreite zwischen 5 % und 15 % des gezahlten Kaufpreises rechtlich begrenzt (BGH, Urt. v. 23.06.2023 – VIa ZR 335/21, NJW 2023, 2259, 2269). Nutzungsvorteile und der Restwert des Fahrzeugs sind insoweit schadensmindernd anzurechnen, als sie den Wert des Fahrzeugs bei Abschluss des Kaufvertrags (gezahlter Kaufpreis abzüglich Differenzschaden) übersteigen (BGH, Urt. v. 23.06.2023 – VIa ZR 335/21, NJW 2023, 2259, 2270).

Der Senat schätzt den geschuldeten Differenzschaden nach Maßgabe dieser Grundsätze zunächst innerhalb des unionsrechtlich vorgegebenen Rahmens von 5 % bis 15 % auf 10 % des Kaufpreises. Nach Maßgabe der Umstände des hier zu beurteilenden Einzelfalls ist die Bewertung des Gewichts des der Haftung zugrundeliegenden konkreten Rechtsverstößes mit 10 % des Kaufpreises unter Einbeziehung des rechtlichen Ziels der Einhaltung der Emissionsgrenzwerte sowie dem Grad des Verschuldens der Beklagten erforderlich, aber auch ausreichend. Die Auswirkungen des Vorhandenseins der unzulässigen Abschaltvorrichtung bewegten sich im maßgeblichen Zeitpunkt der beiden Vertragsschlüsse nach den Gesamtumständen im Mittelfeld und Besonderheiten, die eine höhere oder geringere Festsetzung rechtfertigen, sind nicht ersichtlich. Das Risiko behördlicher Anordnungen bei dem streitgegenständlichen Fahrzeug war im Hinblick auf die durch das Bekanntwerden der unzulässigen Abschaltvorrichtungen anderer Hersteller in Gang gesetzte Dynamik im Zeitpunkt der Vertragsschlüsse nicht mehr geringfügig, andererseits aber auch nicht am oberen Ende der Spannbreite.

10 % des Kaufpreises des Pkw der Klägerin von 17.467,50 € sind 1.746,75 €. Der Differenzschaden ist nicht aufgezehrt.

Nutzungsentschädigung und Restwert übersteigen den um den Differenzschaden verminderten ursprünglichen Kaufpreis nicht. Auf Grundlage der vom Senat für die Berechnung der Nutzungsentschädigung zugrunde gelegten Gesamtleistung von 300.000 km errechnet sich eine Nutzungsentschädigung von 6.843,30 €. Selbst unter Zugrundelegung des von der Beklagten unter Vorlage von im Internet verfügbaren Gebrauchtwagenangeboten (mobile.de) behaupteten Restwerts von mindestens 8.590,00 € (Bl. 2241 OLGA) ist der Differenzschaden in Höhe von 1.746,75 € nicht aufgezehrt.

Soweit die Beklagte geltend macht, die Fahrkurvenerkennung sei bereits am 03.03.2018 durch ein Softwareupdate entfernt worden, ist keine Schadensminderung anzunehmen. Zum einen ist davon auszugehen, dass das Update bereits in dem für das Fahrzeug ermittelten Restwert Berücksichtigung gefunden hat, weil dessen Verfügbarkeit den maßgeblichen Marktteilnehmern bekannt ist und in die

Bewertung des betreffenden Fahrzeugmodells einfließt (vgl. OLG Hamm, Urt. v. 20.11.2023, Az. 18 U 225/22, juris Rn. 203; Urt. v. 29.02.2024, Az. 13 U 40/22, juris Rn. 96 f.). Zum anderen hat die Klägerin das Fahrzeug 2015 erworben und ist dem Risiko von Maßnahmen bis hin zu einer Betriebsbeschränkung oder -untersagung mehrere Jahre ausgesetzt gewesen. Ihr Schaden, für dessen Entstehung der Zeitpunkt des Vertragsschlusses maßgebend ist und der in dem Betrag liegt, um den er den Kaufgegenstand mit Rücksicht auf die mit der unzulässigen Abschaltseinrichtung verbundenen Risiken zu teuer erworben hat (vgl. BGH, Urt. v. 23.06.2023 – VIa ZR 335/21, NJW 2023, 2259, 2265), hat über den gesamten Zeitraum bestanden. Mit dem unionsrechtlichen Gebot wirksamer und abschreckender Sanktionen wäre es offenkundig unvereinbar, wenn ein Automobilhersteller über viele Jahre hinweg unzulässige Abschaltseinrichtungen in seinen Fahrzeugen verwenden, die Nutzer hierdurch dem fortlaufenden Risiko von Maßnahmen bis hin zu einer Betriebsbeschränkung oder -untersagung aussetzen und sich dann bei ihrer Entdeckung auf einen gleichsam rückwirkenden Schadensfortfall durch eine nun angebotene Beseitigungsmöglichkeit berufen könnte. Denn ein solches Verständnis würde dazu führen, dass der Erwerber eines betroffenen Fahrzeugs nicht etwa nur im Einzelfall aufgrund seines Nutzungsverhaltens, sondern regelmäßig keinerlei Ersatz für den erlittenen Schaden erhalte und der Automobilhersteller mithin in der Regel keinerlei Sanktion ausgesetzt wäre. Eine Vorteilsanrechnung würde unter diesen Umständen dem Grundsatz, dass durch das Schadensereignis bedingte Vorteile auf den Schadensersatzanspruch nur anzurechnen sind, wenn die Anrechnung mit dem jeweiligen Zweck des Ersatzanspruchs übereinstimmt, also dem Geschädigten zumutbar ist und den Schädiger nicht unangemessen entlastet (BGH, Urt. v. 28.06.2007 – VII ZR 81/06, NJW 2007, 2695, 2696; Urt. v. 06.08.2019 – X ZR 128/18, NJW 2020, 40, 41), klar widersprechen.

Auf die Frage, in welchen Temperaturbereichen das Thermofenster aktiv ist und ob es ebenfalls als unzulässige Abschaltseinrichtung zu qualifizieren ist, kommt es nicht an.

Die berechtigte Hauptforderung ist in Ermangelung eines vorherigen Verzugseintritts ab Rechtshängigkeit in Höhe von fünf Prozentpunkten über dem Basiszinssatz zu verzinsen. Der Zuerkennung der Prozesszinsen steht nicht entgegen, dass die

Klägerin mit der Klage zunächst die Rückzahlung des Kaufpreises Zug um Zug gegen Rückgabe des Fahrzeugs verlangt hat, da es sich hierbei nur um eine abweichende Methode der Schadensberechnung handelte, §§ 291, 288 Abs. 1 BGB (ebenso OLG Karlsruhe, Urt. v. 28.02.2024 – 6 U 45/21, juris Rn. 188 ff).

3. Die Erstattung vorgerichtlicher Rechtsanwaltskosten kann auf der – vorliegend allein gegebenen – Grundlage des § 823 Abs. 2 BGB in Verbindung mit §§ 6 Abs. 1, 27 Abs. 1 EG-FGV neben dem Anspruch auf Ersatz des Differenzschadens nicht verlangt werden (BGH, Urt. v. 7.10.2023 – VIa ZR 14/22, BeckRS 2023, 32287 Rn. 13).

III.

Die Kostenentscheidung folgt aus § 92 Abs. 1 ZPO, die Entscheidung über die vorläufige Vollstreckbarkeit aus §§ 708 Nr. 10, 711, 713 ZPO.

Die Voraussetzungen für die Zulassung der Revision liegen nicht vor, § 543 Abs. 2 ZPO. Die Rechtssache hat keine grundsätzliche Bedeutung und auch die Fortbildung des Rechts oder die Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung erfordern nicht eine Entscheidung des Revisionsgerichts. Der Senat hat den Fall auf der Grundlage anerkannter Grundsätze alleine nach den tatsächlichen Besonderheiten des vorliegenden Sachverhaltes entschieden.

Die Festsetzung des Streitwertes ergibt sich aus § 3 ZPO.

Manteufel