

Aktenzeichen:  
16a U 495/22  
18 O 158/20 LG Stuttgart



## Oberlandesgericht Stuttgart

16A. ZIVILSENAT

### Im Namen des Volkes

### Urteil

In dem Rechtsstreit

[REDACTED]  
- Kläger und Berufungskläger -

Prozessbevollmächtigte:

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

[REDACTED]  
gegen

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

- Beklagte und Berufungsbeklagte -

Prozessbevollmächtigte:

Rechtsanwälte **Rowedder Zimmermann Hass**, Augustaanlage 59, 68165 Mannheim, Gz.:

[REDACTED]  
wegen Schadensersatzes

hat das Oberlandesgericht Stuttgart - 16a. Zivilsenat - durch die Vorsitzende Richterin am Oberlandesgericht Rose, die Richterin am Oberlandesgericht Stadtler-Stefani und den Richter am Oberlandesgericht Dr. Krismann aufgrund der mündlichen Verhandlung vom 19.02.2024 für Recht erkannt:

1. Auf die Berufung des Klägers wird das Urteil des Landgerichts Stuttgart vom 23.02.2022, Az. 18 O 158/20, teilweise abgeändert und wie folgt neu gefasst:

Die Beklagte wird verurteilt, an den Kläger 1.109,98 € nebst Zinsen hieraus in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem jeweiligen Basiszinssatz seit dem 04.01.2024 zu bezahlen.

Im Übrigen wird die Klage abgewiesen.

2. Im Übrigen wird die Berufung zurückgewiesen.
3. Der Kläger hat die Kosten des Rechtsstreits in beiden Instanzen zu tragen.
4. Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar. Das in Ziffer 1 genannte Urteil des Landgerichts Stuttgart ist ohne Sicherheitsleistung vorläufig vollstreckbar.
5. Die Revision gegen dieses Urteil wird nicht zugelassen.

Streitwert für das Berufungsverfahren: bis zu 16.000,00 €

## Gründe:

(Abgekürzt nach § 540 Abs. 2, § 313a Abs. 1 Satz 1 i. V.m. § 544 Abs. 2 Nr. 1 ZPO)

I.

Die Berufung des Klägers ist zulässig und zu einem geringen Teil begründet.

1.

Die Berufung ist zulässig.

Das Urteil des Landgerichts Stuttgart vom 23.02.2022 wurde dem Klägervertreter am 02.03.2022 zugestellt (LGA nach Bl. 602). Die Berufung ging am 04.04.2022 (OLGA Bl. 1) und die Berufungsbegründung am 07.04.2022 (OLGA Bl. 14) beim Oberlandesgericht Stuttgart ein. Die Form- und Fristenfordernisse (§§ 517, 519, 520 ZPO) sind eingehalten worden.

2.

Dem Kläger steht ein Anspruch auf Ersatz des sogenannten Differenzschadens aus § 823 Abs. 2 BGB in Verbindung mit § 6 Abs. 1, § 27 Abs. 1 EG-FGV, der nach den Schriftsätzen vom 19.12.2023 (OLGA Bl. 288) und 09.02.2024 (OLGA Bl. 319) den alleinigen Hauptsachegegenstand im Berufungsverfahren darstellt, in Höhe von 1.109,98 € zu.

a)

An der Zulässigkeit der Klageänderung (der zunächst geltend gemachte Anspruch auf Ersatz des sog. großen Schadensersatzes wird nicht mehr geltend gemacht, vielmehr begehrt der Kläger nunmehr ausschließlich Ersatz des - erstinstanzlich nicht geltend gemachten - Differenzschadens) bestehen keine Bedenken. Verfahrensrechtlich ist ein Wechsel der Schadensbemessung, der auf einer Änderung der Disposition des Geschädigten beruht, gemäß § 264 Nr. 3 in Verbindung mit § 264 Nr. 2 ZPO bereits nicht als Klageänderung anzusehen, sofern der Lebenssachverhalt im Übrigen unverändert ist (BGH, Urteil vom 22. Februar 2018 - VII ZR 46/17, juris Rn. 53). Letzteres ist vorliegend der Fall.

Der Kläger stützt den geltend gemachten Anspruch nach wie vor auf im streitgegenständlichen Fahrzeug eingesetzte Abschaltvorrichtungen, namentlich das Thermofenster und die Fahrkurvenerkennung. Auf das Vorliegen der Voraussetzungen der §§ 263, 533 ZPO kommt es damit nicht an. Soweit nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs die Berufung nur zulässig ist, wenn das in erster Instanz abgewiesene Begehren zumindest teilweise weiterverfolgt wird (vgl. BGH, Beschluss vom 7. Mai 2003 - XII ZB 191/02, juris Rn. 17; BGH, Beschluss vom 29. September 2011 - IX ZB 106/11, juris Rn. 7), ist diese Voraussetzung erfüllt, wenn der Berufungsführer - wie im Streitfall - ohne Wechsel des Streitgegenstands zusätzlich zum großen Schadensersatz (gestützt auf § 826 BGB) hilfsweise den Differenzschaden (gestützt auf § 823 Abs. 2 BGB i.V.m. § 6 Abs. 1, § 27 Abs. 1 EG-FGV) geltend macht. Bei den Ansprüchen aus § 826 BGB und aus § 823 Abs. 2 BGB handelt es sich jedenfalls dann um einen einheitlichen Streitgegenstand, wenn beide Ansprüche - wie vorliegend - auf das Vorhandensein bestimmter Abschaltvorrichtungen und damit denselben Lebenssachverhalt gestützt werden (OLG Karlsruhe, Urteil vom 3. November 2023 - 8 U 104/21, BeckRS 2023, 30542 zur vollständigen Ersetzung des Anspruchs aus § 826 durch den Anspruch auf Ersatz des Differenzschadens).

b)

Die Anspruchsvoraussetzungen gemäß § 6 Abs. 1, § 27 Abs. 1 EG-FGV sind erfüllt. Die Beklagte hat eine unzutreffende Übereinstimmungsbescheinigung ausgestellt, da im Fahrzeug des Klägers eine unzulässige Abschaltvorrichtung verbaut ist.

aa)

Bei der im Fahrzeug weiterhin vorhandenen Fahrkurvenerkennung handelt es sich um eine Abschaltvorrichtung gemäß Art. 3 Nr. 10, Art. 5 Abs. 2 Satz 1 Verordnung (VO) (EG) Nr. 715/2007.

(1)

Eine Übereinstimmungsbescheinigung ist unzutreffend, wenn das betreffende Kraftfahrzeug mit einer gemäß Art. 5 Abs. 2 VO 715/2007/EG unzulässigen Abschaltvorrichtung ausgerüstet ist, weil die Bescheinigung in diesem Fall eine tatsächlich nicht gegebene Übereinstimmung des konkreten Kraftfahrzeugs mit Art. 5 Abs. 2 VO 715/2007/EG ausweist. Auf den Inhalt der zugrundeliegenden EG-Typgenehmigung kommt es dabei nicht an. Die Übereinstimmungsbescheinigung weist nach der verbindlichen Auslegung des Unionsrechts durch den Gerichtshof der Europäischen Union nicht nur die Übereinstimmung des konkreten Kraftfahrzeugs mit dem genehmigten Typ aus, sondern auch die Übereinstimmung des konkreten Kraftfahrzeugs mit allen Rechtsakten, also auch mit Art. 5 Abs. 2 Satz 1 VO 715/2007/EG. Die Übereinstimmungsbescheinigung verweist nach ihrem gesetzlichen Inhalt auch auf materielle Voraussetzungen, die im Falle einer unzulässigen Abschaltvorrichtung nicht vorliegen (BGH, Urteil vom 26. Juni 2023 - VIa ZR 335/21, juris Rn. 34).

(2)

Die „Abschaltvorrichtung“ ist in Art. 3 Nr. 10 VO (EG) Nr. 715/2007 legaldefiniert als „ein Konstruktionsteil, das die Temperatur, die Fahrzeuggeschwindigkeit, die Motordrehzahl (UpM), den eingelegten Getriebegang, den Unterdruck im Einlasskrümmer oder sonstige Parameter ermittelt, um die Funktion eines beliebigen Teils des Emissionskontrollsystems zu aktivieren, zu verändern, zu verzögern oder zu deaktivieren, wodurch die Wirksamkeit des Emissionskontrollsystems unter Bedingungen, die bei normalem Fahrzeugbetrieb vernünftigerweise zu erwarten sind, verringert

wird“. Daraus folgt, dass im betreffenden Fahrzeug ein Konstruktionsteil vorhanden sein muss, das die Wirksamkeit des Emissionskontrollsystems unter Bedingungen, die bei normalem Fahrzeugbetrieb vernünftigerweise zu erwarten sind, verringert (OLG München, Hinweisbeschluss vom 27. Juli 2023 - 35 U 5534/22, BeckRS 2023, 19539 Rn. 15; BGH, Urteil vom 26. Juni 2023 - VIa ZR 335/21, juris Rn. 53).

Bei Fahrzeugen mit einem NO<sub>x</sub>-Speicherkatalysator (NSK) werden entsprechend den Applikationsrichtlinien der Beklagten für den Motortyp EA 288 (vorgelegt als Anlage B 3) durch die Fahrkurvenerkennung das „Precon“ und der NEFZ erkannt, um die Abgasnachbehandlungsevents (DeNO<sub>x</sub>-/DeSO<sub>x</sub>-Events) nur streckengesteuert zu platzieren, während im normalen Fahrbetrieb eine strecken- und beladungsgesteuerte Platzierung der Events mit Beladungssteuerung als führender Größe erfolgt.

Die Fahrkurvenerkennung bewirkt demnach, dass bestimmte Parameter ermittelt werden, um eine Einwirkung auf das Emissionskontrollsystem vorzunehmen.

Maßstab für die Frage der Zulässigkeit einer Funktionsveränderung in Abhängigkeit von bestimmten Parametern ist nach Art. 3 Nr. 10 VO (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 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 VO (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 dies nur, wenn die Wirksamkeit der betreffenden Systeme im gewöhnlichen Fahrbetrieb nicht verringert wird. Art. 3 Nr. 10 VO (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, BGH, Urteil vom 26. Juni 2023 - VIa ZR 335/21, juris Rn. 51).

Dass diese Funktionsveränderung in Abhängigkeit von bestimmten Parametern zulässig ist, kann dem Vortrag der insofern darlegungs- und beweispflichtigen Beklagten nicht entnommen werden. Die Darlegungs- und Beweislast für das Vorliegen einer Abschaltvorrichtung als solcher im Sinne von Art. 3 Nr. 10, Art. 5 Abs. 2 Satz 1 VO (EG) 715/2007 trifft zwar nach allgemeinen Regeln den Kläger als Anspruchsteller. Der Beklagten als Anspruchsgegnerin obliegt dagegen die Darlegungs- und Beweislast dafür, dass eine festgestellte Abschaltvorrichtung zulässig ist (BGH, Urteil vom 26. Juni 2023 - VIa ZR 335/21, juris Rn. 53 f.). Die Beklagte führt lediglich aus, dass es umfangreiche Messungen auf dem Rollenstand gab, bei denen es keinen Unterschied machte, ob die Fahrkurvenerkennung aktiviert war oder nicht. Diese Frage der Grenzwertkausalität ist jedoch nach den vorgenannten Ausführungen des Bundesgerichtshofs irrelevant. Messungen, die die Wirksamkeit des verändert funktionierenden Gesamtsystems im Vergleich zur Wirksamkeit des unverändert funktionierenden Emissionskontrollsystems unter den Bedingungen des normalen Fahrbetriebs bestätigen, wurden nicht, auch nicht vom Kraftfahrt-Bundesamt (KBA), durchgeführt.

bb)

Die im Fahrzeug vorhandene temperaturgesteuerte Abgasrückführung stellt dagegen aufgrund des weiten Temperaturbereichs, in dem eine ungeminderte Abgasrückführung stattfindet, bereits tatbestandlich keine Abschaltvorrichtung im Sinne von Art. 3 Nr. 10, Art. 5 Abs. 2 Satz 1 VO (EG) Nr. 715/2007 dar.

Danach muss die Abgasrückführung (AGR) als Emissionskontrollsystem unter normalen Betriebsbedingungen, die bei normalem Fahrzeugbetrieb vernünftigerweise zu erwarten sind, uneingeschränkt wirksam sein. Nach der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs verweist der Begriff „normaler Fahrzeugbetrieb“ auf die Verwendung des Fahrzeugs unter tatsächlichen Fahrbedingungen, wie sie im Unionsgebiet üblich sind (EuGH, Urteil vom 14. Juli 2022 - C-128/20, juris Rn. 40). Nach dem Vortrag der Beklagten ist die AGR bei einer Außentemperatur zwischen  $-24^{\circ}\text{C}$  bis  $+70^{\circ}\text{C}$  zu 100 % aktiv. Oberhalb und unterhalb dieses „Thermofensters“ erfolgt keine Abgasrückführung. Innerhalb des „Thermofensters“ und der darin jeweils aktiven Motorbetriebsarten gibt es keine kontinuierliche Abstufung in Abhängigkeit zur Außentemperatur, mithin keine schrittweise Reduktion der AGR-Rate (sog. Abrampung). Diesem Vortrag ist der Kläger auch im Berufungsverfahren nicht substantiiert entgegengetreten. Temperaturbereiche unterhalb von

-24° C und oberhalb von +70° C gehören nicht mehr zu den tatsächlichen Fahrbedingungen, wie sie im Unionsgebiet üblich sind (ebenso: OLG Dresden, Beschluss vom 7. Juli 2023 - 3 U 1889/22, juris Rn. 31; OLG Braunschweig, Beschluss vom 13. Juli 2023 - 7 U 4/21, juris Rn. 3; OLG Hamm, Beschluss vom 13. Juli 2023 - 13 U 527/21, juris Rn. 116; OLG Dresden, Urteil vom 12. September 2023 - 4 U 1689/22, juris Rn. 24, OLG Celle, Urteil vom 18. Oktober 2023 - 7 U 67/23, juris Rn. 77).

cc)

Der Vorwurf einer Manipulation des OBD-Systems gemäß Art. 3 Nr. 9 VO (EG) 715/2007 greift ebenfalls nicht durch, eine (eigenständige) unzulässige Abschaltvorrichtung liegt hierbei nicht vor. Das OBD-System selbst stellt mangels Einwirkung auf das Emissionskontrollsystem keine Abschaltvorrichtung dar. Eine Manipulation des OBD-Systems, durch die das Vorhandensein einer unzulässigen Abschaltvorrichtung kaschiert werden soll, hat mangels tatsächlicher Anhaltspunkte für eine solche Manipulation als Behauptung ins Blaue hinein außer Betracht zu bleiben. Das OBD-System soll Fehlfunktionen erkennen und melden, wofür es an die hinterlegten Anforderungen, namentlich auch an die hinterlegte Fahrkurvenerkennung, anknüpft.

c)

Der Verstoß der Beklagten gegen § 6 Abs. 1, § 27 Abs. 1 EG-FGV durch die Erteilung einer unzutreffenden Übereinstimmungsbescheinigung ist schuldhaft erfolgt.

aa)

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 grundsätzlich vermutet. Derjenige, der objektiv ein Schutzgesetz verletzt hat, muss Umstände darlegen und erforderlichenfalls beweisen, die geeignet sind, die daraus folgende Annahme seines Verschuldens in Form einer Fahrlässigkeit auszuräumen (BGH, Urteil vom 26. Juni 2023 - VIa ZR 223/21, juris).

bb)

Es kann nicht davon ausgegangen werden, dass sich die Beklagte zum Erwerbszeitpunkt des Fahrzeugs durch den Kläger in Bezug auf die Verwendung einer Fahrererkennungskurve in einem Rechtsirrtum befand. Die Beklagte hat keine Umstände dargelegt, wonach zum maßgeblichen

Zeitpunkt des Fahrzeugkaufs am 04.09.2015 tatsächliche Umstände vorlagen, die ihr Verhalten nicht als fahrlässig erscheinen lassen, weil sie sich in einem den Fahrlässigkeitsvorwurf ausschließenden unvermeidbaren Verbotsirrtum im Sinne von § 17 StGB befunden hat.

Bei Verwendung einer unzulässigen Abschaltvorrichtung muss der Fahrzeughersteller darlegen und gegebenenfalls beweisen, dass sich sämtliche seiner verfassungsmäßig berufenen Vertreter im Sinne des § 31 BGB über die Rechtmäßigkeit der Abschaltvorrichtung mit allen für die Prüfung nach Art. 2 Abs. 2 VO (EG) Nr. 715/2007 bedeutsamen Einzelheiten im maßgeblichen Zeitpunkt des Kaufvertragsschlusses im Irrtum befanden oder im Fall einer Ressortaufteilung den damit verbundenen Pflichten genügten (BGH, Urteil vom 25. September 2023 - VIa ZR 1/23, juris Rn. 14 m.w.N.).

Vorliegend hat die Beklagte erst seit Ende September 2015 dem KBA die Funktionsweise der Fahrkurvenerkennung erläutert. Erst in der Folgezeit fanden Besprechungen zwischen Vertretern der Beklagten und dem KBA statt, in denen die Vertreter der Beklagten den künftigen Umgang mit der Fahrkurvenerkennung sowohl im Hinblick auf bereits produzierte Fahrzeuge als auch im Hinblick auf bestimmte Neuproduktionen und Modellwechsel im Detail mit dem KBA abstimmten.

Nach der Offenlegung der Fahrkurvenerkennung durch die Beklagte führte das KBA umfangreiche eigene Untersuchungen an Fahrzeugen mit dem Motortyp EA 288 durch und beanstandete deren Verwendung auch in der Folgezeit nicht. Die durchgeführten Untersuchungen und die daraus resultierende Einschätzung des KBA, Fahrzeuge mit dem Motortyp EA 288 seien nicht mit einer unzulässigen Abschaltvorrichtung ausgestattet, ergeben sich insbesondere aus dem vorgenannten „Bericht der Untersuchungskommission Volkswagen“ vom April 2016 (erstinstanzlich vorgelegt als Anlage B 1; im Berufungsverfahren vorgelegt als Anlage K 2 zum Schriftsatz vom 04.08.2023, dortige S. 20 ff., 60 ff.). In der Folgezeit teilte das KBA in einer Vielzahl amtlicher Auskünfte (vgl. nur die Auskünfte gemäß den Anlagen BE 2 bis BE 4 und dem Anlagenkonvolut BE 6) mit, dass es die Fahrkurvenerkennung nicht als unzulässige Abschaltvorrichtung bewerte, weil auch bei deren Deaktivierung die Grenzwerte eingehalten würden.

Wie das Vorstellungsbild der Beklagten zum Zeitpunkt des Erwerbs des streitgegenständlichen Fahrzeugs war, ist dagegen unbekannt. Ob es mit dem Oberlandesgericht Karlsruhe (Urteil vom 22. August 2023 - 8 U 86/21, juris Rn. 145 ff.) zur schlüssigen Darlegung eines Verbotsirrtums stets erforderlich ist, hinsichtlich der Organe und der maßgeblichen Entscheidungsträger personenbezogen und unter Vorlage von Vorstandsprotokollen oder -beschlüssen vorzutragen, welche Überlegungen zur Zulässigkeit der eingesetzten Technik angestellt wurden oder ob die schlüssige

Darlegung eines Irrtums in Fällen der vorliegenden Art solche personenbezogene Ausführungen nicht zwingend erfordert (OLG Stuttgart, Urteil vom 28. September 2023 - 24 U 2504/22, BeckRS 2023, 26844 Rn. 32), kann dahingestellt bleiben, nachdem die Beklagte überhaupt keinen Vortrag zum damaligen Vorstellungsbild gehalten hat. Dies gilt auch, soweit in der Berufungserwiderung vom 03.11.2023 umfassend zum Technik-Workshop vom 22.01.2016 ausgeführt wird, da auch dieser Termin erst nach dem Erwerb des streitgegenständlichen Fahrzeugs durch den Kläger stattfand.

cc)

Da es bereits an der Darlegung eines Verbotsirrtums fehlt, kommt es nicht darauf an, ob sich die Beklagte auf eine Unvermeidbarkeit eines solchen Irrtums berufen könnte.

d)

Durch den schuldhaften Verstoß der Beklagten gegen § 6 Abs. 1, § 27 Abs. 1 EG-FGV hat der Kläger einen Vermögensschaden von 1.109,98 € erlitten.

aa)

Der Kläger hat einen Schaden in Höhe des Betrages erlitten, um den er das Fahrzeug mit Rücksicht auf die mit der unzulässigen Abschaltvorrichtung in Form der Fahrkurvenerkennung verbundenen Risiken zu teuer erworben hat.

Zur Erwerbskausalität kann sich der Kläger nach § 823 Abs. 2 BGB in Verbindung mit § 6 Abs. 1, § 27 Abs. 1 EG-FGV auf den Erfahrungssatz stützen, dass er den Kaufvertrag zu diesem Kaufpreis nicht geschlossen hätte. Für die Anwendung eines solchen Erfahrungssatzes ist nicht von Bedeutung, ob ihm beim Erwerb des Fahrzeugs die von der Beklagten ausgegebene unzutreffende Übereinstimmungsbescheinigung vorgelegen und er von deren Inhalt Kenntnis genommen hat. Auch ohne Kenntnisnahme der vom Fahrzeughersteller ausgegebenen Übereinstimmungsbescheinigung geht der Käufer typischerweise davon aus, dass der Hersteller für das erworbene Fahrzeug eine Übereinstimmungsbescheinigung ausgegeben hat und diese die gesetzlich vorgesehene Übereinstimmung mit allen maßgebenden Rechtsakten richtig ausweist (BGH, Urteil vom 26. Juni 2023 - VIa ZR 335/21, juris Rn. 55 f.).

Umstände, die diesen Erfahrungssatz widerlegen, sind im Streitfall weder dargetan noch sonst ersichtlich. Insbesondere hat die Beklagte nicht dargelegt, dass sie die Ausrüstung des Fahrzeugs mit einer unzulässigen Abschaltvorrichtung in einer Art und Weise bekannt gegeben hat,

die einem objektiven Dritten die mit dem Kauf des Fahrzeugs verbundenen Risiken verdeutlichen muss (vgl. BGH, Urteil vom 26. Juni 2023 - VIa ZR 335/21, juris Rn. 32). Die Beklagte hat - im Gegenteil - stets die Auffassung vertreten und macht weiterhin geltend, dass die Fahrkurvenerkennung keine unzulässige Abschalteneinrichtung (gewesen) sei und eine Stilllegung des Fahrzeugs nicht gedroht habe und weiterhin nicht drohe.

bb)

Der Senat schätzt die Höhe des dem Kläger entstandenen Vermögensschadens gemäß § 287 ZPO unter Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalles innerhalb der unionsrechtlich vorgegebenen Bandbreite (vgl. BGH, Urteil vom 26. Juni 2023 - VIa ZR 335/21, juris Rn. 71 ff.) auf einen Betrag von 5 % des gezahlten Kaufpreises von 22.199,51 €. Der Senat geht davon aus, dass der objektive Wert des Fahrzeugs durch das mit der Fahrkurvenerkennung verbundene Risiko der Betriebsstilllegung in diesem Umfang gemindert ist. Der Differenzschaden beläuft sich damit auf 1.109,98 €.

Die Höhe des entstandenen Differenzschadens ist einer tatrichterlichen Schätzung nach § 287 ZPO zugänglich. Bei der Schätzung des Schadens innerhalb eines Rahmens zwischen 5 % und 15 % sind für die Bestimmung des objektiven Werts des Fahrzeugs im Zeitpunkt des Vertragsschlusses die mit der Verwendung einer unzulässigen Abschalteneinrichtung verbundenen Nachteile, insbesondere das Risiko behördlicher (Stilllegungs-)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 Einzelfalles zu bewerten, um so dem Gebot einer verhältnismäßigen Sanktionierung bezogen auf den zu würdigenden Einzelfall Rechnung zu tragen (BGH, Urteil vom 26. Juni 2023 - VIa ZR 335/21, juris Rn. 77).

Unter Berücksichtigung all dieser Umstände handelt es sich vorliegend in jeder Hinsicht, sowohl was die Art als auch die möglichen Folgen des Verstoßes angeht, um einen leichteren Fall, der die Anwendung des niedrigsten Prozentsatzes von 5 % rechtfertigt. Entscheidend war für den Senat hierbei vor allem der Umstand, dass das Stilllegungsrisiko des Fahrzeugs praktisch bei Null liegt, da das KBA nach wie vor der Auffassung ist, dass es sich bei der Fahrkurvenerkennung

um keine unzulässige Abschalteneinrichtung handelt. Sollte sich diese Auffassung in der Zukunft ändern, müsste das Fahrzeug gleichwohl nicht sofort stillgelegt werden. Es ist insofern davon auszugehen, dass die Fahrkurvenerkennung, wie in der Vergangenheit bereits geschehen, durch ein Software-Update ohne Probleme ausbedatet werden könnte. Wegen der genannten Auffassung des KBA liegt auch das Verschulden der Beklagten im unteren Bereich. Zwar kann sie sich nicht auf einen unvermeidbaren Verbotsirrtum berufen, dennoch darf nicht unberücksichtigt bleiben, dass die Fahrkurvenerkennung selbst nach Offenlegung aller Umstände vom KBA nicht als Verstoß angesehen wurde und der Verstoß als solcher nur sehr gering ist. Zum damit noch verbleibenden Ziel der Sanktionierung reicht die Annahme eines Prozentsatzes von 5 % bei weitem aus.

Die Einwendungen der Beklagten gegen die Schätzung des Differenzschadens innerhalb der unionsrechtlich vorgegebenen Bandbreite sind unerheblich, weil die Grundsätze der Effektivität auf der einen und der Verhältnismäßigkeit auf der anderen Seite den Ausgleich eines Differenzschadens aus Rechtsgründen begrenzen (BGH, Urteil vom 26. Juni 2023 - VIa ZR 335/21, juris Rn. 79). Auf einen angeblich nicht vorliegenden merkantilen Minderwert des Fahrzeugs kommt es aufgrund dieser europarechtlich vorgegebenen normativen Überlagerung des Schadensersatzanspruchs nicht entscheidendserheblich an.

cc)

Der Schadensersatzanspruch ist durch die im Rahmen der Vorteilsausgleichung zu berücksichtigenden Positionen (vgl. BGH, Urteil vom 26. Juni 2023 - VIa ZR 335/21, juris Rn. 80) - entgegen der Ansicht der Beklagten - nicht aufgezehrt.

(1)

Nach der vorstehenden Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs ist, auch wenn für die Schätzung des Differenzschadens auf den Zeitpunkt des Vertragsschlusses abzustellen ist, eine schadensmindernde Berücksichtigung später eintretender Umstände im Wege der Vorteilsausgleichung, deren Voraussetzung der Fahrzeughersteller darzulegen und zu beweisen hat, nicht ausgeschlossen. Insofern gelten die in der höchstrichterlichen Rechtsprechung entwickelten Maßstäbe zum „kleinen“ Schadensersatzes nach § 826 BGB sinngemäß (BGH, Urteil vom 6. Juli 2021 - VI ZR 40/20, juris Rn. 23 f.; BGH, Urteil vom 24. Januar 2022 - VIa ZR 100/21, juris Rn. 17). Die Nutzungsvorteile und der Restwert des Fahrzeugs sind jedoch erst und nur insoweit schadensmindernd anzurechnen, als sie den Wert des Fahrzeugs bei Abschluss des Kaufvertrags (gezahlter Kaufpreis abzüglich Differenzschaden) übersteigen (BGH, Urteil vom 24. Januar 2022, VIa ZR 100/21, juris Rn. 22). Die Vorteilsausgleichung kann der Gewährung auch eines Scha-

densersatzes 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 (EuGH, Urteil vom 21. März 2023 - C-100/21, juris Rn. 94; BGH, Urteil vom 10. Oktober 2022 - VIa ZR 542/21, juris Rn. 22).

Da der Kläger im Rahmen des Differenzschadensersatzes - anders als bei dem zunächst geltend gemachten Anspruch auf den sogenannten großen Schadensersatz - das Fahrzeug weiter behält, ist neben den Nutzungen der Restwert des Fahrzeugs als Vorteil in die Betrachtung einzu beziehen. Entgegen der zu Recht vereinzelt gebliebenen Ansicht des Oberlandesgerichts Hamburg (Urteil vom 6. Oktober 2023 - 3 U 183/21, juris Rn. 60 ff.) steht die Berücksichtigung des Restwerts, der dem Kläger im Rahmen des Differenzschadensersatzes im Vermögen verbleibt, unabhängig von dessen Realisierung durch eine Weiterveräußerung des streitgegenständlichen Fahrzeugs im Einklang mit der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs. Dies hat der Bundesgerichtshof in Fortführung seiner bereits eindeutigen Rechtsprechung (BGH, Urteil vom 26. Juni 2023 - VIa ZR 335/21, juris Rn. 80) ausdrücklich bestätigt (BGH, Urteil vom 27. November 2023 - VIa ZR 159/22, juris Rn. 13). Auch eine Begrenzung der Vorteilsanrechnung, insbesondere auf den Wertverlust des streitgegenständlichen Fahrzeugs, lehnt der Bundesgerichtshof ab (BGH, Urteil vom 30. Juli 2020 - VI ZR 354/19, juris Rn. 15).

(2)

Ausgehend von diesen Grundsätzen sind vorliegend bei der vorzunehmenden Vorteilsausgleichung zunächst die Nutzungsvorteile für die tatsächliche Nutzung des streitgegenständlichen Fahrzeugs durch den Kläger von insgesamt 9.317,49 € zu berücksichtigen.

Der Senat geht bei der gemäß § 287 ZPO vorzunehmenden Bemessung der anzurechnenden Vorteile des Klägers durch die Nutzung des Fahrzeugs von folgender - vom Bundesgerichtshof nicht beanstandeten - Berechnungsmethode (vgl. BGH, Urteil vom 30. Juli 2020 - VI ZR 354/19, juris Rn. 12) - aus:

(Kaufpreis x gefahrene Kilometer seit Erwerb) : zu erwartende Restlaufleistung bei Erwerb.

Der Senat schätzt die Gesamtlauflistung des streitgegenständlichen Fahrzeugs unter Berücksichtigung des Fahrzeugtyps und des verbauten Motors auf 250.000 km (§ 287 ZPO). Dies entspricht der ständigen Rechtsprechung des Senats bei vergleichbaren Fahrzeugen. Eine solche Gesamtlauflistung wird auch vom Bundesgerichtshof als Schätzung gebilligt (vgl. BGH, Urteil vom 27. Juli 2021 - VI ZR 480/19, juris Rn. 26).

Danach ergibt sich die folgende Berechnung:

22.199,51 € x 104.929 km (104.929 km (Stand 18.02.2024) - 0 km (Stand bei Erwerb))

250.000 km (250.000 km - 0 km)

= 9.317,49 €.

Da der Kläger im Rahmen des Differenzschadensersatzes das Fahrzeug weiter behält, ist neben den Nutzungen der Restwert des Fahrzeugs als Vorteil in die Betrachtung einzubeziehen. Der Senat geht hierbei im Rahmen der vorzunehmenden Schätzung des Restwerts (§ 287 ZPO) regelmäßig vom Händlereinkaufspreis nach DAT aus. Dieser beträgt nach der vom Senat zum Stichtag 18.02.2024 durchgeführten DAT-Abfrage 9.547,65 €.

Die Summe der Vorteile beträgt damit 18.865,14 €.

(3)

Den tatsächlichen Wert des Fahrzeugs im Zeitpunkt des Erwerbs durch den Kläger veranschlagt der Senat gemäß § 287 ZPO mit der Differenz aus dem vom Kläger gezahlten Kaufpreis von 22.199,51 € und dem vorgenannten Differenzschaden von 1.109,98 €, die sich somit auf einen Betrag von 21.089,53 € beläuft.

Die Summe der errechneten Vorteile erreicht diesen Betrag nicht, sodass eine auch nur teilweise Aufzehrung des Anspruchs auf Differenzschadensersatz ausscheidet.

3.

Der Zinsanspruch ergibt sich aus §§ 288, 291 ZPO (am 03.01.2024 erfolgte die Zustellung des Schriftsatzes vom 19.12.2023, mit dem erstmals der Anspruch auf Ersatz des Differenzschadens geltend gemacht worden ist; Empfangsbekanntnis: OLGA Bl. 314). Ein weitergehender Zinsanspruch ist nicht gegeben. Ein Anspruch auf eine frühere Verzinsung aufgrund Rechtshängigkeit der Klage beim Landgericht oder der vorgerichtlichen Zahlungsaufforderung besteht nicht, da sich diese nicht auf den Differenzschadensersatz bezogen haben (BGH, Urteil vom 28. Juli 2016 - I ZR 252/15, juris Rn. 22, OLG Stuttgart, Urteil vom 19. Oktober 2023 - 24 U 103/22, juris).

Aus diesem Grund scheidet auch ein Anspruch auf Ersatz vorgerichtlicher Rechtsanwaltskosten aus, da die hierbei entfaltete anwaltliche Tätigkeit ebenfalls nicht auf die Durchsetzung des Differenzschadensersatzanspruchs, sondern auf die Geltendmachung des auf die Rückgabe des

Fahrzeugs gerichteten großen Schadensersatzanspruchs bezogen war (vgl. hierzu: BGH, Urteil vom 16. Oktober 2023 - VIa ZR 14/22, juris Rn. 13).

II.

Die Kostenentscheidung beruht auf § 97 Abs. 1, § 92 Abs. 2 Nr. 1 ZPO.

Die Tenorierung zur vorläufigen Vollstreckbarkeit erfolgt gemäß § 708 Nr. 10, § 711, § 709 Satz 2 ZPO, da die Voraussetzungen des § 713 ZPO unzweifelhaft vorliegen.

Der Streitwert für das Berufungsverfahren wurde gemäß § 47, § 48, § 45 Abs. 1 GKG festgesetzt.

III.

Die Revision war nicht zuzulassen. Die dem Berufungsurteil zugrundeliegenden rechtlichen Fragen hat das Revisionsgericht bereits geklärt. Die Entscheidung beruht auf der Anwendung der höchstrichterlichen Rechtsprechung auf den vorliegenden Einzelfall und hat weder grundsätzliche Bedeutung (§ 543 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 ZPO) noch bringt sie Vereinheitlichungsbedarf (§ 543 Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 ZPO) mit sich.

Rose  
Vorsitzende Richterin  
am Oberlandesgericht

Stadtler-Stefani  
Richterin  
am Oberlandesgericht

Dr. Krismann  
Richter  
am Oberlandesgericht

**Vermerk:**

Verkündet am 11.03.2024

