

30 U 5/22  
4 O 323/21  
Landgericht Köln



**Oberlandesgericht Köln**

**IM NAMEN DES VOLKES**

**Urteil**

In dem Rechtsstreit

[REDACTED]  
Klägers und Berufungsklägers,

Prozessbevollmächtigte:                      Rechtsanwälte Gansel , Wallstraße 59,  
10179 Berlin,

gegen

die Volkswagen AG, vertreten durch den Vorstand, Berliner Ring 2, 38440 Wolfsburg,  
Beklagte und Berufungsbeklagte,

Prozessbevollmächtigte:                      Rechtsanwälte CBH Cornelius, Bartenbach,  
Haesemann & Partner, Habsburgerring 24,  
50674 Köln,

hat der 30. Zivilsenat des Oberlandesgerichts Köln  
auf die mündliche Verhandlung vom 24.06.2024  
durch den Vorsitzenden Richter am Oberlandesgericht Noethen, die Richterin am  
Oberlandesgericht Dr. Moewes und den Richter am Oberlandesgericht Dr. Altgen

**für Recht erkannt:**

Auf die Berufung des Klägers wird das am 27.05.2022 verkündete und  
durch Beschluss vom 30.06.2022 berichtigte Urteil des Landgerichts Köln  
– Az. 4 O 323/21 – unter Zurückweisung der Berufung im Übrigen  
teilweise abgeändert und insgesamt wie folgt neu gefasst:

Die Beklagte wird verurteilt, an den Kläger 2.138 € nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem jeweiligen Basiszinssatz seit dem 06.01.2022 zahlen.

Im Übrigen wird die Klage abgewiesen.

Die Kosten des Rechtsstreits erster Instanz sowie des Berufungsverfahrens tragen der Kläger zu 87 % und die Beklagte zu 13 %.

Das Urteil ist ohne Sicherheitsleistung vorläufig vollstreckbar.

## **Gründe**

### **I.**

Von der Darstellung der tatsächlichen Feststellungen wird gem. § 540 Abs. 2, § 313a Abs. 1 Satz 1 ZPO in Verbindung mit § 544 Abs. 1, Abs. 2 Nr. 1 ZPO abgesehen.

### **II.**

Die zulässige Berufung des Klägers ist nur teilweise begründet. Die zulässige Klage ist nur insoweit begründet, als dass der Kläger von der Beklagten den Ersatz eines Differenzschadens in Höhe von 2.138 € nebst Zinsen verlangen kann.

1. Soweit der Kläger mit Schriftsatz vom 27.05.2024 erklärt hat, allein noch einen Anspruch auf Zahlung des Differenzschadens zu verfolgen, handelt es sich, nachdem er lediglich die Art der Schadensberechnung geändert hat, ohne seinen Antrag auf einen abgewandelten Lebenssachverhalt zu stützen, um eine auch in der 2. Instanz stets zulässige Antragsänderung nach § 525 Satz 1, § 264 Nr. 2 ZPO (vgl. BGH, Urt. v. 23.06.2015 - XI ZR 536/14, NJW 2015, 3160 Rn. 33). Der weitergehende Prozessstoff ist insoweit ausgeschieden; in der – hier erfolgten – rügelosen Einlassung der Beklagten liegt die konkludente Einwilligung in eine teilweise Klagerücknahme (vgl. BAG, Urt. v. 05.06.2019 - 10 AZR 100/18 (F), NJW 2019, 3101 Rn. 20 und Urt. v. 15.07.2020 - 10 AZR 507/18, NJW 2021, 103 Rn. 35; Zöller/Greger, ZPO, 35. Aufl. 2024, § 264 Rn. 4a.).

2. Die Klage ist nur teilweise begründet.

a) Der Kläger hat gegen die Beklagte aus § 823 Abs. 2 BGB i.V. m. § 6 Abs. 1, § 27 Abs. 1 EG-FGV einen Anspruch auf Zahlung eines Differenzschadens in Höhe von 2.138 €.

aa) Der Käufer eines mit einer unzulässigen Abschaltvorrichtung versehenen Kraftfahrzeugs ist – unionsrechtlich vorgegeben – in den persönlichen Schutzbereich der § 6 Abs. 1, § 27 Abs. 1 EG-FGV einbezogen (BGH, Urt. v. 26.06.2023 - VIa ZR 335/21, BGHZ 237, 245 Rn. 21).

bb) Die Beklagte hat eine unrichtige Übereinstimmungsbescheinigung ausgestellt. Unzutreffend ist eine Übereinstimmungsbescheinigung – ohne Rücksicht auf den Inhalt der zugrundeliegenden EG-Typgenehmigung – immer dann, wenn das betreffende Kraftfahrzeug mit einer gemäß Art. 5 Abs. 2 VO (EG) 715/2007 unzulässigen Abschaltvorrichtung ausgerüstet ist. Denn auch, wenn das betreffende Fahrzeug mit der erteilten Typgenehmigung übereinstimmt, ist die Bescheinigung nach der unionsrechtlich gebotenen Auslegung insoweit unrichtig, als sie eine tatsächlich nicht gegebene Übereinstimmung des konkreten Kraftfahrzeugs mit Art. 5 Abs. 2 VO (EG) 715/2007 ausweist (BGH, Urt. v. 26.06.2023 - VIa ZR 335/21, BGHZ 237, 245 Rn. 34). Maßgeblich ist, ob das von der Beklagten hergestellte und von ihr mit einer Übereinstimmungsbescheinigung ausgestattete Fahrzeug über eine unzulässige Abschaltvorrichtung verfügt. Dies ist der Fall.

(1) Das Fahrzeug verfügt über eine Abschaltvorrichtung. Dies 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 (BGH, Urt. v. 26.06.2023 - VIa ZR 335/21, BGHZ 237, 245 Rn. 50). Nach der Begriffsbestimmung der „Abschaltvorrichtung“ 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 (BGH, Urt. v. 26.06.2023 - VIa ZR 335/21, aaO Rn. 51). Die Reduzierung der Abgasrückführung bei betriebswarmem Motor im Rahmen des Thermofensters kann eine unzulässige Abschaltvorrichtung darstellen, wenn es zu einer negativen

Beeinflussung der Emissionswerte unter den tatsächlichen Fahrbedingungen, wie sie im Unionsgebiet üblich sind, kommt (vgl. EuGH, Urt. v. 14.07.2022 - C-128/20, NJW 2022, 2605, Rn. 46 f. und Urt. v. 21.03.2023 - C-100/21, NJW 2023, 1111, Rn. 57 ff.). Das ist hier der Fall. Eine temperaturabhängige Korrektur der AGR-Rate ist zwischen den Parteien (nunmehr) unstreitig.

Die Beklagte hat – nachdem sie zunächst behauptet hatte, dass die Abgasrückführung bei Temperaturen zwischen  $-24^{\circ}\text{C}$  und  $+70^{\circ}\text{C}$  zu 100 % aktiv sei – mit Schriftsatz vom 24.05.2024 (Bl. 1194, 1208 OLGA) ihren Vortrag zu der temperaturgesteuerten Steuerung der Abgasrückführung ergänzt und vorgetragen, dass es auch bei Umgebungstemperaturen zwischen  $-24^{\circ}\text{C}$  und  $+70^{\circ}\text{C}$  zu einer Korrektur der für jedes Basisbetriebskennfeld festgelegten Abgasrückführungsrate (AGR-Rate) komme. Im Rahmen der generellen Motorsteuerung, die auf die unterschiedlichen Betriebsbedingungen des Fahrzeugs reagiere, werde die AGR-Rate unter anderem aufgrund von Sensoren eingestellt, die innerhalb des Motorraums die Temperaturen messe. Die innerhalb des Motorraums gemessenen Temperaturen seien von mehreren Parametern abhängig und könnten von der Umgebungstemperatur unabhängig oder mittelbar zum Teil von der Umgebungstemperatur beeinflusst sein, wobei es von der konkreten Positionierung des Sensors abhängе, in welchem Verhältnis und Umfang diese im Motorraum gemessene Temperatur mittelbar zum Teil von der Umgebungstemperatur beeinflusst werden könnte.

Der Senat schließt sich der Würdigung des Oberlandesgerichts Karlsruhe an, wonach eben diese von der Beklagten dargelegte Anpassung der AGR-Rate bedeutet, dass die AGR-Rate und damit die Wirksamkeit der zur Reduzierung der NO<sub>x</sub>-Emissionen eingesetzten Abgasrückführung verringert wird (OLG Karlsruhe, Urt. v. 07.05.2024 - 8 U 8/22, juris Rn. 53 f.; Urt. v. 30.04.2024 - 8 U 377/22, juris Rn. 11 f., Urt. v. 30.04.2024 - 8 U 48/23, juris Rn. 49 ff., Urt. v. 09.04.2024 – 8 U 370/22, juris Rn. 16 ff.). Eine Verringerung der AGR-Rate zumindest mittelbar in Abhängigkeit von der Außentemperatur ist nicht anders zu bewerten als ein Thermofenster. Es ist rechtlich unerheblich, ob die Beeinflussung der AGR-Rate durch eine Temperaturmessung am Außensensor des Fahrzeugs oder wie von der Beklagten dargelegt an Sensoren im Motorraum erfolgt (OLG Karlsruhe aaO). Der Senat geht auch davon aus, dass die Anpassung der AGR-Rate unter Bedingungen erfolgt, die beim normalen Fahrzeugbetrieb vernünftigerweise zu erwarten sind. Die Beklagte hat dargelegt, dass eine Anpassung der AGR-Rate auch bei

Umgebungstemperaturen zwischen  $-24^{\circ}\text{C}$  und  $+70^{\circ}\text{C}$  erfolgt, ohne den Temperaturbereich, in dem die Anpassung erfolgt, näher einzugrenzen.

(2) Diese Abschalteneinrichtung ist nicht nach Art. 5 Abs. 2 Satz 2 VO (EG) 715/2007 ausnahmsweise zulässig. Die Verwendung von Abschalteneinrichtungen, die die Wirkung von Emissionskontrollsystemen verringern, ist gemäß Art. 5 Abs. 2 Satz 1 der Verordnung (EG) Nr. 715/2007 grundsätzlich unzulässig. Das streitgegenständliche Thermofenster erfüllt auch keinen der in Art. 5 Abs. 2 Satz 2 der Verordnung (EG) Nr. 715/2007 abschließend aufgeführten Tatbestände, bei deren Vorliegen die Abschalteneinrichtung ausnahmsweise zulässig sein können. Der ihr insoweit obliegenden Darlegungs- und Beweislast (BGH, Urt. v. 26.06.2023 - VIa ZR 335/21, BGHZ 237, 245 Rn. 54) ist die Beklagte nicht nachgekommen. Die Beklagte hat lediglich vorgetragen, dass die allgemeine Motorsteuerung, die auf die unterschiedlichen Bedingungen reagiere, unter denen ein Motor betrieben werde, jeweils eine geeignete Verbrennung ermöglichen und den Motor schützen solle. Der von der Beklagten im Termin zur mündlichen Verhandlung vor dem Senat beantragte Schriftsatznachlass zu der Frage, warum die Abschalteneinrichtung aus Gründen des Motorschutzes im Sinne des Art. 5 Abs. 2 Buchst. a) Verordnung (EG) Nr. 715/2007 notwendig sei, war nicht zu gewähren. Zum einen sind die Voraussetzungen eines Schriftsatznachlasses gemäß § 525 Satz 1, § 139 Abs. 5 ZPO nicht erfüllt, weil der Senat lediglich den bis zur mündlichen Verhandlung im Berufungsverfahren erfolgten und den Parteien bekannten Vortrag gewürdigt und hierbei keine neuen oder überraschenden Aspekte aufgeworfen hat. Zum anderen ist der Gesichtspunkt, zu dem die Beklagte einen Schriftsatznachlass beantragt hat, nicht entscheidungserheblich. Es kann zugunsten der Beklagten als zutreffend unterstellt werden, dass die Reduzierung der Abgasrückführung auch innerhalb des Temperaturbereichs von  $24^{\circ}\text{C}$  bis  $+70^{\circ}\text{C}$  notwendig ist, um den Motor vor Beschädigungen oder Unfall zu schützen und um den sicheren Betrieb des Fahrzeugs zu gewährleisten. Auch dann ist nicht von der Erfüllung eines Ausnahmetatbestands auszugehen. Denn der EuGH hat festgestellt, dass zwar der Wortlaut des Art. 5 Abs. 2 Buchst. a) VO Nr. 715/2007 formell keine weiteren Voraussetzungen vorschreibt, gleichzeitig aber eine Abschalteneinrichtung, die unter normalen Betriebsbedingungen den überwiegenden Teil des Jahres funktionieren müsste, damit der Motor vor Beschädigung oder Unfall geschützt und der sichere Betrieb des Fahrzeugs gewährleistet ist, jedenfalls nicht unter die in Art. 5 Abs. 2 Buchst. a) VO Nr. 715/2007 vorgesehene Ausnahme fallen kann (EuGH, Urt. v. 14.07.2022 - C-128/20, NJW 2022, 2605, Rn. 63 und Urt. v. 21.03.2023 - C-100/21,

NJW 2023, 1111, Rn. 65 ff.). Die Rechtfertigung nach Art. 5 Abs. 2 VO (EG) 715/2007 ist demnach ausgeschlossen, wenn die Abschaltseinrichtung unter Bedingungen aktiviert ist, die innerhalb eines Jahres üblicherweise während in ihrer Summe längerer Zeitintervalle herrschen, als dass dies nicht der Fall wäre. Das ist hier der Fall. Wie ausgeführt, hat die Beklagte dargelegt, dass eine Anpassung der AGR-Rate auch bei Umgebungstemperaturen zwischen -24°C und +70°C erfolgt. Dies umfasst eine Temperaturspanne, die innerhalb des Jahrs üblicherweise herrscht.

cc) Zur Erwerbskausalität kann sich der Kläger 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 ob sie 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 dass diese die gesetzlich vorgesehene Übereinstimmung mit allen maßgebenden Rechtsakten richtig ausweist (BGH, Urt. v. 26.06.2023 - VIa ZR 335/21, BGHZ 237, 245 Rn. 55 f.).

dd) Von einem Verschulden der Beklagten ist auszugehen.

Gegen die Beklagte spricht eine Verschuldensvermutung (BGH, Urt. v. 26.06.2023 - VIa ZR 335/21, BGHZ 237, 245 Rn. 59 und v. 35.09.2023 - VIa ZR 1/23, NJW 2023, 3796 Rn. 11). Der Fahrzeughersteller muss jedenfalls, 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 fahrlässig erscheinen lassen. Das setzt zunächst die Darlegung und erforderlichenfalls den Nachweis eines Rechtsirrtums seitens des Fahrzeugherstellers voraus. Der Fahrzeughersteller muss u.a. 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. Beruft sich der Fahrzeughersteller weder auf eine tatsächliche oder hypothetische Genehmigung der zuständigen Behörde noch auf einen externen qualifizierten Rechtsrat, sondern auf selbst angestellte Erwägungen, ist ihm eine Entlastung verwehrt, wenn mit Rücksicht auf die konkret verwendete Abschaltseinrichtung eine nicht im Sinne des Fahrzeugherstellers geklärte Rechtslage hinreichend Anlass zur Einholung eines Rechtsrats bot. Ebenso scheitert eine Entlastung, wenn sich der Hersteller mit Rücksicht auf eine nicht in seinem Sinn geklärte Rechtslage erkennbar in einem rechtlichen Grenzbereich bewegte, schon deshalb eine abweichende rechtliche Beurteilung seines Vorgehens in Betracht ziehen und von der eventuell rechtswidrigen Verwendung der Abschaltseinrichtung absehen musste (BGH, Urt. v. 25.09.2023 - VIa ZR 1/23, NJW 2023, 3796 Rn. 15 ff.).

Die Beklagte hat bereits die Voraussetzungen eines Rechtsirrtums nicht hinreichend dargetan. Sie hat nicht Tatsachen vorgetragen, die einen Verbotsirrtum sämtlicher ihrer verfassungsmäßig berufenen Vertreter im Sinne des § 31 BGB begründen würden, sondern im Kern lediglich ausgeführt, sie könne sich dadurch entlasten, dass sie einem unvermeidbaren Verbotsirrtum unterlegen sei. Hierbei beschränkt sie sich im Wesentlichen auf die Aussage, das Kraftfahrtbundesamt (KBA) als zuständige Genehmigungsbehörde habe keine Beanstandungen geäußert und hätte ihre Rechtsauffassung bei entsprechender Nachfrage bestätigt (hypothetische Genehmigung).

ee) Der Anspruch aus § 823 Abs. 2 i.V.m. § 6 Abs. 1, § 27 Abs. 1 EG-FGV besteht in Höhe von 2.138 €. Er umfasst den Ersatz des Schadens in Höhe des Betrages, um den der Käufer das Fahrzeug mit Rücksicht auf die mit der unzulässigen Abschaltseinrichtung verbundenen Risiken zu teuer erworben hat (Differenzschaden; vgl. dazu BGH, Urt. v. 26.06.2023 - VIa ZR 335/21, BGHZ 237, 245 Rn. 40). Der Differenzschaden ist nach § 287 Abs. 1 ZPO unter Würdigung aller Umstände nach freier Überzeugung zu schätzen. Nach den Vorgaben des Unionsrechts ist das Schätzungsermessen innerhalb einer Bandbreite zwischen 5 % und 15 % des gezahlten Kaufpreises rechtlich begrenzt (BGH, Urt. v. 26.06.2023, aaO Rn. 73). Bei der Schätzung des Schadens innerhalb dieses Rahmens hat der Senat bei der 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 (BGH, Urt. v. 06.07.2021, aaO Rn. 76). Weiter hat er den 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. Über diese originär schadensrechtlichen Gesichtspunkte hinaus hat der Senat das Gewicht des der Haftung zugrundeliegenden konkreten Rechtsverstoßes für das unionsrechtliche Ziel der Einhaltung gewisser Emissionsgrenzwerte sowie den Grad des Verschuldens nach Maßgabe der Umstände des zu beurteilenden Einzelfalls zu bewerten, um so dem Gebot einer verhältnismäßigen Sanktionierung auch bezogen auf den zu würdigenden Einzelfall Rechnung zu tragen (BGH, Urt. v. 26.06.2023, aaO Rn. 77).

(1) Vorliegend ist der Schaden auf 10 % des Kaufpreises, mithin 2.138 €, zu bestimmen. Das Risiko von behördlichen Auflagen ist für den maßgeblichen Zeitpunkt des Vertragsschlusses als vergleichsweise gering anzusetzen, nachdem das KBA selbst nach diesem Zeitpunkt noch die Auffassung vertreten hat, ein Thermofenster stelle keine unzulässige Abschalteinrichtung dar. Demgegenüber wird das unionsrechtliche Ziel der Einhaltung gewisser Emissionsgrenzwerte durch jede Abschalteinrichtung erheblich beeinträchtigt. Unter Beachtung der hier einzubeziehenden Umstände, die sich im Mittelfeld bewegen, ist die Bewertung des Verstoßes mit 10 % des Kaufpreises erforderlich, aber auch ausreichend.

Ein höherer Differenzschaden kann auch nicht mit dem Argument verlangt werden, es lägen neben dem Thermofenster weitere unzulässige Abschalteinrichtungen vor. Das ist nicht der Fall.

(a) Soweit der darlegungs- und beweisbelastete Kläger das Vorliegen einer Umschaltlogik wie bei dem Motor EA 189 behauptet, hat das Landgericht seinen Vortrag zutreffend als nicht hinreichend substantiiert unberücksichtigt gelassen. Der Kläger stellt im Wesentlichen auf eine Applikationsrichtlinie und Messergebnisse im realen Fahrbetrieb ab. Aus der Applikationsrichtlinie & Freigabeverfahren EA 288 vom 18.11.2025 folgt lediglich der unstreitige ursprüngliche Einsatz der Fahrkurvenerkennung. Hinsichtlich der Messergebnisse gilt, dass nicht alleine aus einer moderaten Überschreitung der zulässigen Grenzwerte für Stickoxide im Realbetrieb bei Einhaltung der Grenzwerte im Prüfstandbetrieb der Rückschluss auf eine unzulässige Abschalteinrichtung zu ziehen ist (OLG Brandenburg, Beschl. v. 26.10.2022 – 4 U 144/21, juris Rn. 28 m.w.N.). Im Berufungsverfahren hat der Kläger seinen Vortrag nicht näher substantiiert, sondern lediglich allgemein auf seine Behauptung des Vorliegens einer Umschaltlogik verwiesen.



(b) Die im Zeitpunkt des Fahrzeugerwerbs durch den Kläger noch vorhandene Fahrkurvenerkennung ist bei der Schätzung des Differenzschadens nicht zu berücksichtigen. Es fehlt insoweit aufgrund einer Vorteilsausgleichung an einem ersatzfähigen Schaden, weil die Fahrkurvenerkennung durch Aufspielen eines Software-Updates entfernt wurde. Beruft sich der Fahrzeughersteller auf die nachträgliche Verbesserung des Fahrzeugs durch ein Software-Update, kann damit eine Schadensminderung 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 (BGH, Urt. v. 26.06.2023 - VIa ZR 335/21, BGHZ 237, 245 Rn. 80). Das ist hier der Fall. Die Fahrkurvenerkennung wurde unstreitig beseitigt; auch der Kläger behauptet nicht, dass eine neue unzulässige Abschalteneinrichtung infolge des Software-Updates aufgespielt worden sei.

(2) Der Schaden ist nicht aufgrund anzurechnender Vorteile gemindert. Nutzungsvorteile und der Restwert des Fahrzeugs sind auf den Anspruch auf einen Differenzschaden (erst dann und nur) insoweit schadensmindernd anzurechnen, als sie den tatsächlichen Wert des Fahrzeugs bei Abschluss des Kaufvertrags übersteigen (BGH, Urt. v. 26.06.2023 - VIa ZR 335/21, BGHZ 237, 245 Rn. 80; Urt. v. 24.01.2022 - VIa ZR 100/21, NJW-RR 2022, 1033 Rn. 22). Dabei wird die Nutzungsentschädigung im Wege der Schätzung gemäß § 287 BGB ermittelt, indem der gezahlte Bruttokaufpreis durch die voraussichtliche Restlaufleistung im Erwerbszeitpunkt geteilt und dieser Wert mit den gefahrenen Kilometern multipliziert wird.

Der Senat schätzt die Gesamtlaufleistung hier unter Berücksichtigung des Fahrzeugtyps und des Baujahres (BGH, Urt. v. 27.04.2021 - VI ZR 812/20, NJW-RR 2021, 1388 Rn. 16) auf 250.000 km. Dem liegt die Annahme eines Fahrverhaltens zugrunde, durch das die angenommene Gesamtlaufleistung die Gesamtnutzungsdauer des Fahrzeugs angemessen abbildet. Hierbei hat der Senat berücksichtigt, dass die Lebensdauer des (gesamten) Fahrzeugs maßgebend ist, da Fahrzeuge aus verschiedenen Bauteilen mit unterschiedlicher Lebensdauer bestehen und bei zunehmender Nutzung die Reparaturanfälligkeit steigt, und dass das streitgegenständliche Fahrzeug eine gewisse Wertigkeit aufweist. Es kann dahinstehen, ob ein niedrigerer Wert in Ansatz zu bringen ist, sofern die typische jährliche Fahrleistung von Dieselfahrzeugen – insoweit angesetzt im Bereich zwischen 15.000 und 25.000 km – deutlich verlassen wird (so OLG Schleswig, Urt. v.

31.08.2021 - 7 U 187/20, juris Rn. 46). Der Kläger nutzte das Fahrzeug im Schnitt ca. 12.500 km pro Jahr, was keine deutliche Abweichung von einer solchen typischen jährlichen Fahrleistung darstellt.

Unter Beachtung eines Kaufpreises von 21.380 € und einer Fahrleistung seit Inbesitznahme des Klägers von 97.941 km errechnet sich ein Nutzungsvorteil in Höhe von 8.690,94 €. Als Restwert des Fahrzeugs legt der Senat zugunsten der Beklagten den von dieser vorgetragenen höheren Wert von 12.066 € zugrunde, zieht hiervon jedoch eine Marge von – zugunsten der Beklagten niedrig angesetzt – 15 % ab, da es sich bei dem von der Beklagten vorgetragenen Wert um den Händlerverkaufspreis handelt. Die Summe aus den von dem Kläger erlangten Nutzungsvorteilen in Höhe von 8.690,94 € und dem Restwert des Fahrzeugs von 10.256,10 € (85 % von 12.066 €) übersteigt den tatsächlichen Wert des Fahrzeugs im Zeitpunkt des Erwerbs durch den Kläger in Höhe von 19.242 € nicht.

b) Der Zinsanspruch folgt aus § 291, § 288 Abs. 1 BGB i.V.m. § 187 Abs. 1 BGB (analog). Rechtshängigkeitszinsen kann der Kläger ab dem auf die Zustellung der Klage folgenden Tag verlangen. Es ist nicht auf den der Zustellung des Schriftsatzes mit dem geänderten Klageantrag folgenden Tag abzustellen, weil der Streitgegenstand des ursprünglich geltend gemachten Schadensersatzes und des Differenzschadens identisch ist.

c) Ein weitergehender Anspruch besteht nicht. Er folgt insbesondere nicht aus §§ 826, 31 BGB.

Auch wenn insoweit man zugunsten des Klägers davon ausgeht, dass in seinem Fahrzeug mit dem Thermofenster eine illegale Abschalteneinrichtung verbaut ist, ist der darin liegende Gesetzesverstoß allein nicht ausreichend, um einen Anspruch aus § 826 BGB zu begründen. Die Annahme der Sittenwidrigkeit setzt darüber hinaus jedenfalls voraus, dass die für die Beklagte handelnden Personen bei der Entwicklung oder dem Einsatz dieser Einrichtungen in dem Bewusstsein handelten, unzulässige Abschalteneinrichtungen 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, Beschl. v. 29.09.2021 - VII ZR 126/21, juris Rn. 12; Urt. v. 16.09.2021 - VII ZR 190/20, NJW 2021, 3721 Rn. 16; Urt. v. 13.07.2021 - VI ZR 128/20, WM 2021, 1609 Rn. 13; Beschl. v. 19.01.2021 - VI ZR 433/19, ZIP 2021, 297 Rn. 19; v. 09.03.2021 - VI ZR 889/20, NJW 2021, 1814 Rn. 8). Ein Anhaltspunkt für die Unterscheidung zwischen bloß unzulässigen

Abschalteinrichtungen und solchen, deren Implementierung die weitergehenden Kriterien einer sittenwidrigen vorsätzlichen Schädigung erfüllen können, ist dabei das Kriterium der Prüfstandbezogenheit. Die Tatsache, dass eine Manipulationssoftware ausschließlich auf dem Prüfstand die Abgasreinigung verstärkt aktiviert, indiziert eine arglistige Täuschung der Genehmigungsbehörden (BGH, Beschl. v. 29.09.2021 - VII ZR 126/21, aaO Rn. 18). Daneben kann sich eine sittenwidrige Bewusstseinslage der Beklagten etwa auch aus wissentlich unterbliebenen oder unrichtigen Angaben der Beklagten im Typengenehmigungsverfahren ergeben, soweit Anhaltspunkte dafür bestehen, die auf ein heimliches und manipulatives Vorgehen oder eine Überlistung des KBA und damit auf einen bewussten Gesetzesverstoß hindeuten (vgl. BGH, Urt. v. 16.09.2021, aaO Rn. 26). Die Darlegungs- und Beweislast für ein derartiges Vorstellungsbild der für die Beklagte handelnden Personen liegt bei dem Kläger (BGH, Urt. v. 16.09.2021, aaO Rn. 17; Beschl. v. 09.03.2021, aaO Rn. 25 ff.), aus dessen Vortrag sich indes keine hinreichenden Anhaltspunkte hierfür ergeben.

d) Ein Anspruch auf Freistellung von vorgerichtlichen Rechtsanwaltskosten besteht nicht. Ein solcher Anspruch besteht mangels Hauptforderung nicht aus §§ 826, 31 BGB und auch nicht gemäß § 823 Abs. 2 BGB in Verbindung mit § 6 Abs. 1, § 27 Abs. 1 EG-FGV (BGH, Urt. v. 16.10.2023 - VIa ZR 14/22, WM 2023, 2193 Rn. 13). Dass ferner die Voraussetzungen der § 280 Abs. 1, 2, § 286 Abs. 1 BGB bereits zum Zeitpunkt der anwaltlichen Beauftragung vorlagen, ist weder vorgetragen noch ersichtlich.

### III.

Das Verfahren ist nicht analog § 148 ZPO im Hinblick auf die Vorlage des Landgerichts Ravensburg vom 27.10.2023 (2 O 229/20) zur Vorabentscheidung durch den Gerichtshof der Europäischen Union auszusetzen. Dieser hat bereits entschieden, dass die Sanktionen nach Art. 46 der Richtlinie 2007/46/EG und Art. 13 Abs. 1 der Verordnung (EG) Nr. 715/2007 in Ermangelung unionsrechtlicher Vorschriften über die Modalitäten für die Erlangung eines Schadensersatzes von den Mitgliedsstaaten festzulegen sind (EuGH, Urt. v. 21.03.2023 - C-100/21, NJW 2023, 1111, Rn. 92). Den Vorgaben des europäischen Rechts hat der Bundesgerichtshof mit seiner neueren Rechtsprechung zum Differenzschaden bereits Rechnung getragen und den nationale Gestaltungsspielraum gewahrt (OLG Frankfurt, Urt. v. 19.03.2024 - 9 U 8/22, juris Rn. 63).

**IV.**

Die prozessualen Nebenentscheidungen folgen wegen der Kosten aus § 92 Abs. 1 Satz 1, § 97 Abs. 1, 269 Abs. 3 Satz 2 ZPO und hinsichtlich der vorläufigen Vollstreckbarkeit aus § 708 Nr. 10, § 713 ZPO.

Die Voraussetzungen für die Zulassung der Revision liegen nicht vor (§ 543 Abs. 2 Satz 1 ZPO). Die Rechtssache hat keine grundsätzliche Bedeutung i.S.d. § 543 Abs. 2 Nr. 1 ZPO. Die Zulassung der Revision ist auch nicht i.S.d. § 543 Abs. 2 Nr. 2 ZPO zur Fortbildung des Rechts oder zur Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung erforderlich, da nicht über streitige oder zweifelhafte Rechtsfragen zu entscheiden war. Der Rechtsstreit betrifft lediglich die Anwendung für sich genommen gesicherter Rechtsgrundsätze auf den konkreten Einzelfall.

Der Streitwert für das Berufungsverfahren wird auf bis zum 27.05.2024 auf bis 16.000 € und danach auf 3.207 € festgesetzt.

Noethen

Dr. Moewes

Dr. Altgen

Verkündet am 08.07.2024

08.07.2024, [REDACTED] (Justizbeschäftigte)