

**Oberlandesgericht Frankfurt am Main**  
**10. Zivilsenat**  
**Aktenzeichen:**  
**10 U 217/20**

---

**7 O 387/20**  
**Landgericht Hanau**



## **Im Namen des Volkes**

# **U r t e i l**

In dem Rechtsstreit

**[REDACTED]** - Kläger und Berufungskläger -

Prozessbevollmächtigte:  
Rechtsanwälte Gansel, Wallstraße 59, 10179 Berlin

**[REDACTED]**  
gegen

Volkswagen AG, vertreten durch den Vorstand, dieser vertreten durch den Vorstandsvorsitzenden Dr. Herbert Diess, Berliner Ring 2, 38440 Wolfsburg  
- Beklagte und Berufungsbeklagte -

Prozessbevollmächtigte:  
SMNG Rechtsanwaltsgesellschaft mbH, Königsberger Straße 2, 60487 Frankfurt am Main

**[REDACTED]**  
hat das Oberlandesgericht Frankfurt am Main - 10. Zivilsenat - durch den Richter am Landgericht Dr. Friedhoff als Einzelrichter auf die mündliche Verhandlung vom 28.11.2023 für Recht erkannt:

Auf die Berufung des Klägers wird das Urteil des Landgerichts Hanau vom 25.09.2020 in der Fassung des Berichtigungsbeschlusses vom 26.10.2020, Az. 7 O 387/20, abgeändert und wie folgt neu gefasst:

Die Beklagte wird verurteilt, an den Kläger 5.959,38 € nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 25.11.2023 zu zahlen.

Es wird festgestellt, dass die Beklagte verpflichtet ist, dem Kläger für alle künftigen Schäden, die aus einem Verstoß gegen § 6 Abs. 1, § 27 Abs. 1 EG-FGV wegen der Implementierung eines Thermofensters resultieren und das Fahrzeug der Marke VW mit der Fahrzeugidentifikationsnummer [REDACTED] betreffen, Schadensersatz zu zahlen.

Im Übrigen wird die Klage abgewiesen. Die weitergehende Berufung wird zurückgewiesen.

Die Kosten des Berufungsverfahrens und des erstinstanzlichen Verfahrens tragen der Kläger zu 90 % und die Beklagte zu 10 %.

Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar.

Die Revision wird nicht zugelassen.

## **Gründe:**

### **I.**

Von einer Bezugnahme auf die tatsächlichen Feststellungen in dem angefochtenen Urteil und von der Darstellung etwaiger Änderungen und Ergänzungen wird gemäß § 540 Abs. 1, 2, § 313a Abs. 1 Satz 1 ZPO abgesehen.

### **II.**

Die Berufung des Klägers hat teilweise Erfolg.

Die Berufung ist zulässig. Sie ist form- und fristgerecht eingelegt und auch begründet worden. An der Klageänderung, durch die der Kläger nunmehr nur noch einen Differenzschaden in Höhe von 10.403,83 € geltend macht, bestehen keine Bedenken, §§ 533, 264 Nr. 2 ZPO. Die Berufung ist jedoch nur teilweise begründet.

1. Der Kläger gegen die Beklagte einen Anspruch auf Zahlung von 5.959,38 € gemäß § 823 Abs. 2 BGB i.V.m. § 6 Abs. 1, § 27 Abs. 1 EG-FGV.

**a)** Die Bestimmungen der § 6 Abs. 1, § 27 Abs. 1 EG-FGV sind Schutzgesetze im Sinne des § 823 Abs. 2 BGB, die das Interesse des Fahrzeugkäufer gegenüber dem Fahrzeughersteller wahren, nicht durch den Kaufvertragsabschluss eine Vermögenseinbuße im Sinne der Differenzhypothese zu erleiden, weil das Fahrzeug entgegen der Übereinstimmungsbescheinigung eine unzulässige Abschaltanlage im Sinne des Art. 5 Abs. 2 Satz 1 der Verordnung (EG) Nr. 715/2007 aufweist (BGH, Urteil vom 26.06.2023 - VIa ZR 335/21 Rn. 29 ff., NJW 2023, 2259).

**b)** Das Fahrzeug enthält nach dem unstreitigen Parteivorbringen eine solche unzulässige Abschaltanlage im Sinne von Art. 3 Nr. 10, 5 Abs. 2 Satz 1 VO (EG) Nr. 715/2007 in Form eines Thermofensters.

**aa)** Die Abgasrückführung (AGR) muss als Emissionskontrollsystem unter normalen Betriebsbedingungen, die beim normalen Fahrzeugbetrieb vernünftigerweise zu erwarten sind, im Sinne von Art. 3 Nr. 10, Art. 5 Abs. 1 VO (EG) Nr. 715/2007 uneingeschränkt wirksam sein. Anderenfalls handelt es sich um eine (grundsätzlich unzulässige) Abschaltanlage. Diese normalen Betriebsbedingungen umfassen die tatsächlichen Fahrbedingungen, wie sie im Unionsgebiet üblich sind (vgl. EuGH, Urteil vom 14.07.2022 - C-128/20, NJW 2022, 2605 Rn. 40), sodass zu ihnen insbesondere der Temperaturbereich gehört, der im Gebiet der Europäischen Union üblicherweise vorkommt (vgl. BGH, Urteil vom 26.06.2023 - VIa ZR 335/21 Rn. 50, NJW 2023, 2259). Dieser reicht nach Auffassung des Senats von -15°C bis jedenfalls +40°C (so auch OLG Stuttgart, Urteil vom 09.11.2023 - 24 U 14/21, juris Rn. 79; VG Schleswig, Urteil vom 20.02.2023 - 3 A 113/18, NVwZ 2023, 851, juris Rn. 267, 274, auf dessen Ausführungen insoweit Bezug genommen wird).

Nach dem Vortrag der Beklagten ist die AGR unterhalb einer Umgebungstemperatur von ca. +12°C reduziert. Damit ist sie nicht in den normalen Betriebsbedingungen, wie sie Unionsgebiet üblich sind, uneingeschränkt wirksam.

**bb)** Soweit die Beklagte die Zulässigkeit der Abschaltanlage in Form des Thermofensters damit begründet, dass im Unionsgebiet die durchschnittliche Jahrestemperatur bei +12°C liege, bleibt dies ohne Erfolg. Die Beklagte rekurriert in diesem Zusammenhang auf das Urteil des Europäischen Gerichtshofs vom 14.07.2022 - C-134/20, insbesondere auf Rn. 77. Die dortigen Ausführungen beziehen sich indes nicht auf das Tatbestandsmerkmal „die bei normalem Fahrzeugbetrieb vernünftigerweise zu erwarten sind“ des Art. 3 Nr. 10 VO (EG) Nr. 715/2007 und damit nicht darauf, ob das Thermofenster überhaupt eine (grundsätzlich unzulässige) Abschaltanlage darstellt, sondern erfolgen in Bezug auf die Frage, wann eine Abschaltanlage nach Art. 5 Abs. 2 VO (EG) Nr. 715/2007 unzulässig ist, gleichwohl sie nach dessen Satz 2

lit. a) grundsätzlich zum Schutz des Motors oder vor Unfällen notwendig ist. Im Rahmen von Art. 3 Nr. 10 VO (EG) Nr. 715/2007 ist es indes unerheblich, ob die Abschaltvorrichtung während des überwiegenden Teil des Jahres unter den im Unionsgebiet herrschenden tatsächlichen Fahrbedingungen funktioniert oder nicht; ein solches Tatbestandsmerkmal enthält die Norm nicht.

**cc)** Entgegen der Auffassung der Beklagten führt eine (unterstellte) Reduktion der AGR-Rate in bestimmten Temperaturbereichen durch eine Abgasnachbehandlung in Form des SCR-Katalysator-Systems nicht zur Zulässigkeit der Abschaltvorrichtung. Eine solche Kompensation ändert nichts daran, dass die temperaturgesteuerte AGR gerade nicht uneingeschränkt wirksam im Sinne von Art. 3 Nr. 10 VO (EG) Nr. 715/2007 ist.

**dd)** Die Abschaltvorrichtung ist nicht ausnahmsweise zulässig im Sinne von Art. 5 Abs. 2 Satz 2 VO (EG) Nr. 715/2007. Die Voraussetzungen der dort genannten Ausnahmetatbestände lassen sich dem Vortrag der hierfür darlegungs- und beweisbelasteten Beklagten (vgl. BGH, Urteil vom 26.06.2023 - VIa ZR 335/21 Rn. 54, NJW 2023, 2259) nicht entnehmen. Ob daher, wie die Beklagte meint (s.o.), die AGR während des überwiegenden Teil des Jahres unter den im Unionsgebiet herrschenden tatsächlichen Fahrbedingungen aktiv ist, kann dahinstehen.

**(1)** Der Ausnahmetatbestand des Art. 5 Abs. 2 Satz 2 lit. a) VO (EG) Nr. 715/2007 setzt kumulativ (vgl. EuGH, Urteil vom 21.03.2023 - C-100/21, NJW 2023, 1111, juris Rn. 62; VG Schleswig, Urteil vom 20.02.2023 - 3 A 113/18, juris Rn. 310) voraus, dass eine Notwendigkeit der Einrichtung zum Schutz des Motors vor Beschädigung oder Unfall besteht und dass dies zum sicheren Betrieb des Fahrzeugs erforderlich ist.

Die Begriffe „Unfall“ und „Beschädigung“ in diesem Sinn sind dahin auszulegen, dass eine die Wirkung des Emissionskontrollsystems verringernde Abschaltvorrichtung, um nach dieser Bestimmung zulässig zu sein, notwendig sein muss, um den Motor vor plötzlichen und außergewöhnlichen Schäden zu schützen (vgl. EuGH, Urteil vom 14.07.2022 - C-134/20, EuZW 2022, 1073, juris Rn. 72 f.), was voraussetzt, dass unmittelbare Risiken für den Motor in Form von Beschädigung oder Unfall bestehen, die beim Fahren eines Fahrzeugs eine konkrete Gefahr hervorrufen (vgl. EuGH, Urteil vom 14.07.2022 - C-134/20, EuZW 2022, 1073, juris Rn. 67). Die bloße Verschmutzung und ein Verschleiß des Motors können daher nicht als „Beschädigung“ oder „Unfall“ in diesem Sinn angesehen werden, da sie im Prinzip vorhersehbar und der normalen Funktionsweise des Fahrzeugs inhärent sind (vgl. EuGH, Urteil vom 14.07.2022 - C-134/20, EuZW 2022, 1073, juris Rn. 65). Auch der Begriff „Motor“ ist eng auszulegen. AGR-Ventil, AGR-Kühler und Dieselpartikelfilter sind z.B. vom Motor im Sinn dieses Ausnahmetatbestandes getrennte Bauteile (vgl. EuGH, Urteil vom 14.07.2022 - C-134/20, NJW 2022, 2605, juris Rn. 64; VG Schleswig, Urteil vom 20.02.2023 - 3 A 113/18, juris Rn. 300).

**(2)** Aus dem Vortrag der Beklagten ergibt sich nicht, dass die Verringerung der AGR unter +12°C notwendig ist, um den Motor vor unmittelbaren Risiken in Form einer Beschädigung oder eines Unfalls zu schützen. Die Beklagte trägt vor, dass ohne die mit dem Thermofenster verbundene Abrampung bei niedrigen Temperaturen das Risiko bestünde, dass es bei dem Übergang von gekühlter auf ungekühlte Hochdruck-AGR, die ihrerseits der Vermeidung von Versotung und Verlackung des AGR-Systems diene, zu Löchern im Saugrohr beziehungsweise Saugrohrschmelzens kommen könne. Dies könne wiederum zu einem Austritt von heißen Gasen führen und letztlich den Motor schädigen und die Sicherheit des Fahrzeugbetriebs gefährden. Die Beklagte bringt damit nur mittelbare Risiken für den Motor vor, die von der Ausnahmegvorschrift des Art. 5 Abs. 2 Satz 2 lit. a) VO (EG) Nr. 715/2007 nicht erfasst werden. Auch lässt sich dem Vortrag nicht entnehmen, dass es sich bei den befürchteten Ablagerungen nicht lediglich um bloße Verschmutzungen oder ein Verschleiß des Motors handelt. Ebenfalls ist nicht erkennbar, ob diese Risiken den Motor als solchen, oder nicht doch andere von Art. 5 Abs. 2 Satz 2 lit. a) VO (EG) Nr. 715/2007 nicht erfasste Bauteile des Fahrzeugs betreffen.

**c)** Die Beklagte hat auch schuldhaft gehandelt. Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs ist das Verschulden des Fahrzeugherstellers, der eine unrichtige Übereinstimmungsbescheinigung in Verkehr bringt, zu vermuten (BGH, Urteil vom 26.06.2023 – VIa ZR 335/21, NJW 2023, 2259 Rn. 59). Der Hersteller kann sich insofern aber entlasten, wenn er darlegt und im Bestreitensfall nachweist, dass er sich hinsichtlich der Zulässigkeit der eingesetzten Abschalteinrichtung in einem Verbotsirrtum befand und dieser Irrtum bei Anwendung der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt unvermeidbar war (BGH, Urteil vom 26.06.2023 - VIa ZR 335/21, NJW 2023, 2259 Rn. 63, Urteil vom 25.09.2023 - VIa ZR 1/23 Rn. 13 f., NJW 2023, 3796).

**aa)** Die Beklagte beruft sich hinsichtlich des Einsatzes der temperaturgesteuerten AGR auf einen solchen unvermeidbaren Verbotsirrtum. Insoweit trägt sie vor, dass sie sich auf eine tatsächliche beziehungsweise hypothetische Genehmigung durch das Kraftfahrt-Bundesamt (KBA) berufen könne.

Dies reicht, selbst man eine solche hypothetische Genehmigung zu Gunsten der Beklagten unterstellt, für die Annahme eines unvermeidbaren Verbotsirrtums nicht aus. Dieser setzt zunächst voraus, dass, was der Fahrzeughersteller darlegen und beweisen muss, sich sämtliche seiner verfassungsmäßig berufenen Vertreter im Sinne des § 31 BGB über die Rechtmäßigkeit der vom Käufer dargelegten und erforderlichenfalls nachgewiesenen Abschalteinrichtung mit allen für die Prüfung nach Art. 5 Abs. 2 VO (EG) Nr. 715/2007 bedeutsamen Einzelheiten im maßgeblichen Zeitpunkt des Vertragsschlusses im Irrtum befanden oder im Falle einer Ressortaufteilung den damit verbundenen Pflichten genügten (vgl. BGH, Urteil vom 25.09.2023 - VIa ZR 1/23 Rn. 14, NJW 2023, 3796). Erst im Anschluss an die Darlegung und den Nachweis dieses Umstands kann einer tatsächlichen bzw. hypothetischen Genehmigung der festgestellten Abschalteinrichtung Bedeutung zukommen (vgl. BGH, Urteil vom 25.09.2023 - VIa ZR 1/23

Rn. 15, BeckRS 2023, 29219). Die Beklagte hat einen solchen Irrtum aller ihrer verfassungsmäßig berufenen Vertreter nicht dargelegt. Auf die Frage, ob das KBA das Thermofenster genehmigt hätte, kommt es folglich nicht an.

**bb)** Das Verschulden entfällt auch nicht aufgrund einer Verhaltensänderung der Beklagten. Eine solche Verhaltensänderung macht die Beklagte nur hinsichtlich der vom Kläger als weitere Abschalteinrichtung gerügten Fahrkurvenerkennung, nicht aber im Hinblick auf das Thermofenster, geltend.

**d)** Soweit der Kläger weiter geltend macht, in dem Fahrzeug sei eine unzulässige Abschalteinrichtung in Form einer Fahrkurvenerkennung/Zykluserkennung verbaut, folgt der Senat dem nicht. Es fehlt insoweit schon an substantiiertem Vortrag des insoweit darlegungs- und beweispflichtigen (vgl. BGH, Urteil vom 26.06.2023 - VIa ZR 335/21 Rn. 53, NJW 2023, 2259) Klägers dazu, inwiefern die Fahrkurvenerkennung zu einer geringeren Wirksamkeit des Emissionskontrollsystems im Sinne des Art. 3 Nr. 10 VO (EG) Nr. 715/2007 führt. Demgegenüber hat die Beklagte qualifizierten Sachvortrag dahingehend gehalten, dass die Fahrkurvenerkennung in dem streitgegenständlichen Fahrzeug zu keiner messbaren Auswirkung auf die NOx-Emission geführt habe. Unterlegt hat sie dies mit einer amtlichen Auskunft KBA vom 16.03.2021, wonach auch bei Deaktivierung der Funktion die Grenzwerte nicht überschritten werden. Diesem Vortrag ist der Kläger nicht substantiiert, sondern lediglich mit spekulativen Annahmen entgegengetreten.

Für die weiteren, vom Kläger behaupteten Abschalteinrichtungen (Manipulation des SCR-Katalysators/AdBlue, Akustikfunktion und Manipulation des OBD-Systems) fehlt es gleichfalls an schlüssigem Sachvortrag, der den vom Kläger geltend gemachten Anspruch rechtfertigen könnte.

**e)** Unter Berücksichtigung der vom Bundesgerichtshof mit Urteil vom 26.06.2023 (VIa ZR 335/21 Rn. 71 ff., NJW 2013, 2259) aufgestellten Grundsätze zur Ermittlung der Höhe des Differenzschadens schätzt der Senat diesen nach § 287 Abs. 1 ZPO auf 10 % des Kaufpreises.

**aa)** Im Rahmen der Ermittlung dieses Betrags hat der Senat insbesondere die mit der Verwendung der unzulässigen Abschalteinrichtung verbundenen Nachteile, insbesondere das Risiko behördlicher Anordnungen, zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses berücksichtigt. Zu Gunsten der Beklagten hat der Senat berücksichtigt, dass das Verschulden im unteren Bereich anzusetzen ist, insbesondere da das KBA das Thermofenster zu keiner Zeit beanstandet hat. Soweit sich die Beklagte auf eine nachträgliche Verbesserung des Fahrzeugs durch ein Softwareupdate beruft, führt dies zu keiner Reduzierung der Schadenshöhe (vgl. hierzu BGH, Urteil vom 26.06.2023 - VIa ZR 335/21 Rn. 80, NJW 2013, 2259). Nach eigenem Vortrag der Beklagten bezieht sich das Update allein auf die Fahrkurvenerkennung, nicht aber auf das Thermofenster.

Vor dem Hintergrund dieser Ausführungen beläuft sich der Differenzschaden auf 5.959,38 €. Der Kläger hat das Fahrzeug für einen Kaufpreis in Höhe von 59.593,75 € erworben (vgl. insoweit den Berichtigungsbeschluss des Landgerichts vom 26.10.2020 (Bl. 332 d.A.). Soweit der Kläger (erneut) einen zu hohen Kaufpreis benennt und auf dieser Grundlage den Differenzschaden in Höhe von 15 % ermittelt, bleibt die Klage unter entsprechender Zurückweisung der Berufung ohne Erfolg.

**bb)** Ein Abzug von diesem Betrag im Wege des Vorteilsausgleichs war nicht vorzunehmen. Unter Berücksichtigung der vom Bundesgerichtshof mit Urteil vom 26.06.2023 (VIa ZR 335/21 Rn. 80, NJW 2013, 2259) aufgestellten Grundsätze übersteigen der Restwert des Fahrzeugs, selbst wenn man die von der Beklagten genannte Höhe von 42.030 € zugrunde legt, zuzüglich der gezogenen Nutzungen bei einem Kilometerstand von 36.973 km zum Zeitpunkt der letzten mündlichen Verhandlung und einem Kilometerstand von 0 km zum Zeitpunkt des Fahrzeugerwerbs nicht den tatsächlichen Wert des Fahrzeugs bei Abschluss des Kaufvertrags. Die gezogenen Nutzungen schätzt der Senat auf Basis der vom Bundesgerichtshof für zulässig erachteten Methode der linearen Wertminderung (vgl. BGH, Urteil vom 07.11.2022 - VIa ZR 325/21 Rn. 25, MDR 2023, 357) unter Zugrundelegung einer maximalen Laufleistung von 300.000 km auf 7.344,44 €. Bei der Ermittlung der maximalen Laufleistung hat der Senat insbesondere berücksichtigt, dass der VW T6 für eine umfangreiche und robuste Nutzung ausgelegt ist.

Der von der Beklagten angeführten Berechnung der Nutzungen auf Grundlage einer maximal möglichen zeitlichen Nutzung des Fahrzeugs unter Hochrechnung der bislang gefahrenen Kilometer bis zum erwartbaren Ende der Nutzung des Fahrzeugs folgt der Senat nicht. Zum einen ist das von der Beklagten genannte Ende der Nutzung überwiegend spekulativ ermittelt, zum anderen kann nicht ausgeschlossen werden, dass das Fahrzeug in den nächsten Jahren einer deutlich höheren Nutzung unterliegt.

**2.** Der Kläger hat Anspruch auf Zahlung von Prozesszinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 25.11.2023 gemäß § 291 Satz 1, § 288 Abs. 1 Satz 2 BGB. Weitergehende Zinsen sind nicht berechtigt. Ein Anspruch auf eine frühere Verzinsung aufgrund Rechtshängigkeit der Klage beim Landgericht oder vorgerichtlicher Zahlungsaufforderung besteht nicht, da sich diese nicht auf den Differenzschadensersatz bezogen haben (vgl. OLG Stuttgart, Urteil vom 19.10.2023 - 24 U 103/22, BeckRS 2023, 28478 Rn. 68).

**3.** Der Feststellungsantrag ist zulässig und insoweit begründet, als er sich auf möglich künftige Schäden betreffend die Implementierung des Thermofensters in dem Fahrzeug bezieht. Es ist nicht auszuschließen, dass dem Kläger insoweit in Zukunft weitere Schäden entstehen werden.

**4.** Der Kläger hat gegen die Beklagte keinen Anspruch auf Freistellung von vorgerichtlichen Rechtsanwaltskosten gemäß § 823 Abs. 2 BGB i.V.m. § 6 Abs. 1, § 27 Abs. 1 EG-FGV, § 257 Satz 1 BGB.

Die Kosten der außergerichtlichen Rechtsverfolgung können nur dann eine erstattungsfähige Schadensposition sein, wenn die Klagepartei ihrem Prozessbevollmächtigten nicht bereits unbedingten Klagenauftrag erteilt hatte. In letzterem Fall wäre die vorprozessuale Korrespondenz als der Vorbereitung der Klage dienende Tätigkeit nach § 19 Abs. 1 Satz 2 Nr. 1 RVG mit der Verfahrensgebühr nach Nr. 3100 VV RVG abgegolten (vgl. BGH, Urteil vom 15.08.2019 - III ZR 205/17 Rn. 43, NJW-RR 2019, 1332). Zu dieser Voraussetzung hat der Kläger nicht vorgetragen, die Klage ist insoweit unschlüssig geblieben. Der Vortrag, die Beklagte sei mit Schreiben vom 07.11.2019 (Anlage K4) zur Erfüllung der klägerischen Ansprüche aufgefordert worden, genügt diesen Anforderungen nicht. Er lässt nicht erkennen, ob von der Klagepartei nicht bereits unbedingter Klagenauftrag erteilt worden war.

**5.** Die Kostenentscheidung beruht auf § 92 Abs. 1, § 97 Abs. 1, § 516 Abs. 3 Satz 1 ZPO. Bei der Ermittlung der Kostenquote hat der Senat die durch den ursprünglich auf Rückzahlung des Kaufpreises gerichteten Klageantrag verursachten Mehrkosten berücksichtigt.

Die Entscheidung zur vorläufigen Vollstreckbarkeit folgt aus § 708 Nr. 10, § 713 ZPO.

**6.** Die Revision war nicht zuzulassen. Die Voraussetzungen des § 543 Abs. 2 ZPO liegen nicht vor.

Dr. Friedhoff



Verkündet laut Protokoll am  
30.01.2024



als Urkundsbeamtin der Geschäftsstelle

Zur Geschäftsstelle gelangt am  
30.01.2024

Yaman, Justizfachangestellte