

Aktenzeichen:  
8 U 201/21  
2 O 263/20 LG Mosbach



Oberlandesgericht Karlsruhe  
8. ZIVILSENAT

**Im Namen des Volkes**

**Urteil**

In dem Rechtsstreit

[REDACTED]  
- Klägerin und Berufungsklägerin -

Prozessbevollmächtigte:

Rechtsanwälte **Gansel Rechtsanwälte**, Wallstraße 59, 10179 Berlin, Gz.:  
[REDACTED]

gegen

**Volkswagen AG**, vertreten durch den Vorstand, dieser vertreten durch den Vorstandsvorsitzen-  
den Herbert Diess, Berliner Ring 2, 38440 Wolfsburg  
- Beklagte und Berufungsbeklagte -

Prozessbevollmächtigte:

Rechtsanwälte **Rowedder Zimmermann Hass**, Augustaanlage 59, 68165 Mannheim, [REDACTED]  
[REDACTED]

wegen Schadensersatzes

hat das Oberlandesgericht Karlsruhe - 8. Zivilsenat - durch den Vorsitzenden Richter am Ober-  
landesgericht Dr. Städtler-Pernice, die Richterin am Landgericht Deschner und den Richter am  
Oberlandesgericht Teinert aufgrund der mündlichen Verhandlung vom 12.03.2024 für Recht  
erkannt:

- I. Auf die Berufung der Klägerin wird das Urteil des Landgerichts Mosbach vom 26.05.2021 – 2 O 263/20 – im Kostenpunkt aufgehoben und im Übrigen wie folgt abgeändert:
  1. Die Beklagte wird verurteilt, an die Klägerin 2.450 € nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem jeweiligen Basiszinssatz seit 28.11.2020 zu zahlen.
  2. Im Übrigen wird die Klage abgewiesen.
- II. Die weitergehende Berufung wird zurückgewiesen.
- III. Die Kosten des Rechtsstreits in beiden Instanzen hat die Klägerin zu 89 % und die Beklagte zu 11 % zu tragen.
- IV. Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar.
- V. Die Revision wird nicht zugelassen.

## Gründe:

- ohne Sachverhaltsdarstellung gemäß §§ 540 Abs. 2, 313 Abs. 1 S. 1 ZPO -

Die Berufung ist zulässig und in dem aus dem Tenor ersichtlichen Umfang begründet. Die Klägerin hat gegen die Beklagte Anspruch auf Ersatz eines Differenzschadens in Höhe von 2.450 €.

1. Die Klägerin hat zuletzt nur noch den Differenzschaden beansprucht und in der Hauptsache den ursprünglich geltend gemachten Anspruch gemäß § 826 BGB nicht mehr verfolgt.
2. Mit dem zuletzt gestellten Hauptantrag hat die Berufung teilweise Erfolg. Die Klägerin hat gegen die Beklagte gemäß § 823 Abs. 2 BGB i.V.m. § 6 Abs. 1, § 27 Abs. 1 EG-FGV Anspruch auf Ersatz eines Differenzschadens in Höhe von 2.450 €.
  - a. Die erstmalige Geltendmachung des Differenzschadens im Berufungsverfahren wegen der Erteilung einer unzutreffenden Übereinstimmung ist zulässig (vgl. Senat, Urteil

vom 28. November 2023 – 8 U 291/21 –, juris Rn. 19-21).

- b. Der Käufer eines mit einer unzulässigen Abschaltvorrichtung versehenen Kraftfahrzeugs fällt – unionsrechtlich vorgegeben – in den persönlichen Schutzbereich der § 6 Abs. 1 und § 27 Abs. 1 EG-FGV in Verbindung mit Art. 5 der Verordnung (EG) Nr. 715/2007 (BGH, Urteil vom 26. Juni 2023 – VIa ZR 335/21 –, juris Rn. 21). Das Unionsrecht verlangt indes nicht, den Käufer eines mit einer unzulässigen Abschaltvorrichtung versehenen Kraftfahrzeugs so zu stellen, als habe er den Kaufvertrag nicht abgeschlossen, also das Interesse auf Rückabwicklung des Kaufvertrags in den sachlichen Schutzbereich der § 6 Abs. 1, § 27 Abs. 1 EG-FGV einzubeziehen, sondern nur den Ersatz des Schadens in Höhe des Betrages, um den der Käufer das Fahrzeug mit Rücksicht auf die mit der unzulässigen Abschaltvorrichtung verbundenen Risiken zu teuer erworben hat (Differenzschaden; vgl. BGH, a.a.O., Rn. 22, 32, 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, a.a.O., Rn. 72 f.).
- c. Die Anspruchsvoraussetzungen des § 823 Abs. 2 BGB i.V.m. § 6 Abs. 1, § 27 Abs. 1 EG-FGV sind im Streitfall erfüllt. Die Beklagte hat eine unzutreffende Übereinstimmungsbescheinigung erteilt, weil das streitgegenständliche Fahrzeug mit einer unzulässigen Abschaltvorrichtung i.S.d. Art. 5 Abs. 2 der Verordnung (EG) Nr. 715/2007 ausgerüstet ist. Hierbei hat die Beklagte schuldhaft gehandelt.
  - aa. Die Beklagte hat eine unzutreffende Übereinstimmungsbescheinigung erteilt, da das streitgegenständliche Fahrzeug eine unzulässige Abschaltvorrichtung in Gestalt einer temperaturabhängigen Anpassung der Abgasrückführung aufweist. Diese bewirkt, dass die Abgasrückführungsrate bereits bei Außentemperaturen, die deutlich über dem Gefrierpunkt liegen, reduziert wird, und verringert damit die Wirksamkeit des Emissionskontrollsystems unter den Bedingungen des normalen Fahrbetriebs im Unionsgebiet.
- (1) Die Klägerin hat vorgetragen, dass das streitgegenständliche Fahrzeug über ein Thermofenster verfüge, das so bedatet sei, dass die Abgasrückführung bereits bei üblichen Außentemperaturen – unter 17°C und über 30°C – abgeschaltet oder jedenfalls

eingeschränkt werde. Sie hat sich hierbei u.a. auf Messergebnisse der Deutschen Umwelthilfe (DUH; Anlage K 2k) und des Sachverständigen Dr. Pley (Anlage K 12) sowie auf den von der Beklagten selbst vorgelegten Bericht der Untersuchungskommission „Volkswagen“ (Anlage B 1) bezogen und argumentiert, dass die hierdurch dokumentierten, gegenüber dem Prüfstand um ein Vielfaches höheren Emissionswerte im realen Fahrbetrieb nur damit zu erklären seien, dass die Abgasrückführung außerhalb des Prüfstands abgeschaltet sei.

- (2) Die Beklagte, die zunächst – wie auch in anderen, den Motor EA 288 betreffenden, Verfahren – vorgetragen hatte, dass die Abgasrückführung bei Temperaturen zwischen  $-24^{\circ}\text{C}$  und  $+70^{\circ}\text{C}$  zu 100 % aktiv sei und innerhalb dieses Temperaturbereichs eine Abrampung nicht statfinde, hat im Schriftsatz vom 28.12.2023 ihren ursprünglichen Vortrag relativiert und eingeräumt, dass es auch bei Umgebungstemperaturen zwischen  $-24^{\circ}\text{C}$  und  $+70^{\circ}\text{C}$  zu einer Anpassung der Abgasrückführungsrate (AGR-Rate) kommen könne. Die Abgasrückführungsrate sei für ein Fahrzeug nicht konstant, sondern ändere sich ständig in Abhängigkeit von den Betriebsbedingungen. Neben der Einstellung der AGR-Rate für verschiedene Betriebszustände im Basis kennfeld könne auch eine Korrektur der für jedes Basisbetriebskennfeld festgelegten AGR-Rate in Abhängigkeit der jeweils an den Motor gestellten Anforderungen erfolgen. Im streitgegenständlichen Fahrzeug erfolge eine Korrektur der AGR-Rate, die an zwei Temperaturgrößen geknüpft sei, die im Motorraum durch Sensoren am Heißfilmluftmassenmesser (HFM), wo neben der Masse der einströmenden Frischluft auch deren Temperatur gemessen werde, sowie im Motor nach dem saugrohrintegrierten Ladeluftkühler (SiLLK) gemessen würden. Diese Korrektur bewirke, dass die AGR-Rate in Abhängigkeit der Temperaturen am HFM und nach dem SiLLK angepasst werde. Diese im Motorraum gemessenen Temperaturen könnten von der Umgebungstemperatur vollständig unabhängig sein. Sie könnten aber auch mittelbar von der Umgebungstemperatur beeinflusst sein, das treffe z.B. auf die am HFM gemessene Temperatur zu.
- (3) Damit ist unstreitig, dass im streitgegenständlichen Fahrzeug die Abgasrückführung auch bei Umgebungstemperaturen zwischen  $-24^{\circ}\text{C}$  und  $+70^{\circ}\text{C}$  nicht zu 100 % aktiv ist, sondern – zumindest auch – in Abhängigkeit von der Außentemperatur „angepasst“ wird. Diese Anpassung kann nichts anderes bedeuten, als dass die AGR-Rate

und damit die Wirksamkeit der zur Reduzierung der NO<sub>x</sub>-Emissionen eingesetzten Abgasrückführung verringert wird. Da die Verringerung der AGR-Rate zumindest mittelbar in Abhängigkeit von der Außentemperatur erfolgt, ist sie nicht anders zu bewerten als ein Thermofenster. Ob die Beeinflussung der AGR-Rate durch eine Temperaturmessung am Außensensor des Fahrzeugs oder an Sensoren im Motorraum erfolgt, ist für die rechtliche Bewertung unerheblich.

- (4) Der Senat geht in freier Beweiswürdigung davon aus, dass die Verringerung der AGR-Rate in (mittelbarer) Abhängigkeit von der Außentemperatur zumindest bei Temperaturen im mittleren einstelligen Plusbereich erfolgt, mithin bei Temperaturen, die deutlich über dem Gefrierpunkt liegen und die im Unionsgebiet häufig und regelmäßig vorkommen. Da sie die Wirksamkeit des Emissionskontrollsystems somit unter Bedingungen verringert, die bei normalem Fahrzeugbetrieb vernünftigerweise zu erwarten sind, stellt die beschriebene Verringerung der AGR-Rate eine Abschalteneinrichtung dar, die gemäß Art. 3 Nr. 10, Art. 5 Abs. 2 S. 1 der Verordnung (EG) Nr. 715/2007 grundsätzlich unzulässig ist.
- (5) Die Beklagte ist dem Vortrag der Klägerin, dass die Abgasrückführung bei üblichen Außentemperaturen reduziert werde, schon nicht ausreichend entgegengetreten, indem sie eingeräumt hat, dass eine Anpassung der AGR-Rate auch bei Umgebungstemperaturen zwischen -24°C und +70°C erfolge, ohne den Temperaturbereich, in dem die Anpassung erfolgt, näher einzugrenzen. Auf die Ausführung des Senats, dass die Messungen der DUH an einem Fahrzeug der Emissionsklasse EU 5 mit dem Motor EA 288 (Anlage K 2k) und der Untersuchungskommission „Volkswagen“ an mehreren Fahrzeugen mit dem Motor EA 288 – u.a. an einem VW Golf der Emissionsklasse EU 5 (S. 66 des Untersuchungsberichts) – im Prüfzyklus 3 (NEFZ bei 10°C Umgebungstemperatur) nahelegten, dass die AGR-Rate bereits bei Temperaturen von 10°C und darunter reduziert werde und der NO<sub>x</sub>-Ausstoß dementsprechend erhöht sei, hat die Beklagte im Schriftsatz vom 02.02.2024 die im Prüfzyklus 3 gemessenen erhöhten NO<sub>x</sub>-Werte zwar nachvollziehbar damit erklärt, dass die Messungen im Prüfzyklus 3 ohne Vorkonditionierung, mithin – anders als die Messungen in den Prüfzyklen 1 (NEFZ kalt) und 2 (NEFZ warm) – mit kaltem Motor durchgeführt worden seien. Die von der DUH (an einem Audi A 3, EA 288, Emissionsklasse EU 5) und dem Sachverständigen Dr. Pley (an einem VW Golf, EA 288, Emissionsklasse EU 5) im

Vergleich zu den NO<sub>x</sub>-Werten bei höheren Außentemperaturen gemessenen erhöhten NO<sub>x</sub>-Werte bei niedrigeren Außentemperaturen (DUH: bei 6°C, Dr. Pley: bereits bei 14°C) sind damit aber nicht zu erklären. Da sämtliche vergleichenden Messungen der Deutschen Umwelthilfe und des Sachverständigen Dr. Pley im realen Fahrbetrieb und damit unter identischen oder zumindest vergleichbaren Bedingungen erfolgt sind, können sie auch nicht mit den im realen Fahrbetrieb gegenüber dem Prüfstand veränderten Betriebsbedingungen und Lastanforderungen zusammenhängen. Der Senat ist deshalb davon überzeugt, dass die von der Beklagten eingeräumte Verringerung der AGR-Rate bei dem streitgegenständlichen Fahrzeug wie bei den von der DUH durchgeführten Messungen zumindest bei mittleren einstelligen Plusgraden erfolgt.

- (6) Dass diese Abschalteneinrichtung ausnahmsweise zulässig ist, vermag der Senat nicht festzustellen.

Als Anspruchsgegnerin obliegt der Beklagten die Darlegungs- und Beweislast dafür, dass eine festgestellte Abschalteneinrichtung zulässig ist. Das ergibt sich aus dem Regel-Ausnahme-Verhältnis des Art. 5 Abs. 2 der Verordnung (EG) Nr. 715/2007, weil die Verwendung einer Abschalteneinrichtung nach Art. 5 Abs. 2 Satz 1 der Verordnung (EG) Nr. 715/2007 grundsätzlich unzulässig und nur unter den besonderen Voraussetzungen des Art. 5 Abs. 2 Satz 2 der Verordnung (EG) Nr. 715/2007 ausnahmsweise zulässig ist (BGH, Urteil vom 26. Juni 2023 – VIa ZR 335/21 –, BGHZ 237, 245-280, juris Rn. 54).

Die Beklagte hat nicht dargelegt, dass die Verringerung der Wirksamkeit des Emissionskontrollsystems in (mittelbarer) Abhängigkeit von der Außentemperatur aus Gründen des Motorschutzes und des sicheren Fahrzeugbetriebs erforderlich ist. Sie hat zwar allgemeinen Vortrag gehalten, wonach Korrekturen der AGR-Rate zum Schutz des Motors und zur Gewährleistung eines sicheren Fahrzeugbetriebs erforderlich seien, weil ohne diese Korrekturen Risiken für das Ladeluftrohr, die Kühlkassette des Ladeluftkühlers bzw. den Verdichter des Turboladers, mithin für integrale Motorbestandteile, bestünden, die zu einem plötzlichen und unerwarteten Motorschaden mit Motorstillstand führen könnten. Auch könne es zu schwerwiegenden Schäden des Turboladers und zum Brand des Dieselpartikelfilters kommen. Dass die von ihr beschriebenen Risiken, die allesamt mit einer Überlastung einzelner Bauteile einhergehen, un-

abhängig vom Lastzustand gerade bei Außentemperaturen im einstelligen Plusbereich bestehen und deshalb eine Reduzierung der AGR-Rate erfordern, legt die Beklagte aber nicht dar.

Ein Hersteller darf zudem Emissionskontrollsysteme nicht so konstruieren, dass ihre Bauteile ständiger Abschalteneinrichtungen bedürfen, um störungsfrei zu funktionieren (Senat, Urteil vom 15. September 2023 – 8 U 383/21 –, juris Rn. 53f.). Aus dem Vorbringen der Beklagten ergibt sich schließlich auch nicht, dass die von ihr beschriebenen Bauteile nicht so konstruiert werden können, dass es bei Außentemperaturen im einstelligen Plusbereich zu ihrem Schutz schon keiner Reduzierung der Abgasrückführung bedarf.

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

Die Beklagte hat die aus der Schutzgesetzverletzung folgende Verschuldensvermutung (vgl. BGH, Urteil vom 26. Juni 2023 – VIa ZR 335/21 –, BGHZ 237, 245-280, juris Rn. 59) weder ausgeräumt noch einen unvermeidbaren Verbotsirrtum konkret dargelegt. Dazu muss der Fahrzeughersteller 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 Abschalteneinrichtung 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 (vgl. BGH, Urteil vom 25. September 2023 – VIa ZR 1/23 –, juris Rn. 14; Senat, Urteil vom 03.11.2023 - 8 U 104/21, juris Rn. 48f.).

Die Beklagte hat zu einem Irrtum ihrer verfassungsmäßig berufenen Vertreter keinen Vortrag gehalten. Da es somit schon an der konkreten Darlegung eines Verbotsirrtums fehlt, kommt es nicht mehr darauf an, ob dieser unvermeidbar gewesen wäre oder ob sich die Beklagte auf eine hypothetische Genehmigung berufen könnte (vgl. BGH, Urteil vom 26. Juni 2023 – VIa ZR 335/21 –, BGHZ 237, 245-280, juris Rn. 65). Dass sie bereits vor dem maßgeblichen Zeitpunkt des Fahrzeugerwerbs der Klägerin am 15.05.2015 dem KBA konkret dargelegt hätte, dass die Abgasrückführung bei Außentemperaturen im einstelligen Plusbereich reduziert wird, legt die Beklagte zudem

nicht dar. Welche Informationen die Beklagte dem KBA zu einem späteren Zeitpunkt gegeben hat, ist in diesem Zusammenhang unerheblich.

- d. Durch den schuldhaften Verstoß der Beklagten gegen § 6 Abs. 1, § 27 Abs. 1 EG-FGV hat die Klägerin einen Vermögensschaden in Höhe von 2.450 € erlitten.

aa. Wie oben ausgeführt, hat die Klägerin einen Schaden in Höhe des Betrages erlitten, um den sie das Fahrzeug mit Rücksicht auf die mit der unzulässigen Abschalteneinrichtung verbundenen Risiken zu teuer erworben hat.

Zur Erwerbskausalität kann sich die Klägerin nach § 823 Abs. 2 BGB in Verbindung mit § 6 Abs. 1, § 27 Abs. 1 EG-FGV auf den Erfahrungssatz stützen, dass sie den Kaufvertrag zu diesem Kaufpreis nicht geschlossen hätte. Für die Anwendung eines solchen Erfahrungssatzes ist nicht von Bedeutung, ob ihr 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, 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 Abschalteneinrichtung in einer Art und Weise bekannt gegeben hat, die einem objektiven Dritten die mit dem Kauf des Fahrzeugs verbundenen Risiken verdeutlichen muss (vgl. BGH, a.a.O., Rn. 32). Die Beklagte vertritt im Gegenteil die Auffassung, dass die beschriebene Reduzierung der Abgasrückführung keine unzulässige Abschalteneinrichtung sei und eine Stilllegung des Fahrzeugs nicht drohe.

bb. Der Differenzschaden beläuft sich auf 2.450 €.

- (1) Der Senat schätzt die Höhe des der Klägerin entstandenen Vermögensschadens gemäß § 287 ZPO unter Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalles innerhalb der unionsrechtlich vorgegebenen Bandbreite (vgl. BGH, a.a.O., Rn. 71 ff.) wie bei ande-



ren als unzulässige Abschaltseinrichtung zu bewertenden Thermofenstern (vgl. hierzu u.a. Senat, Urteil vom 22. August 2023 – 8 U 271/21 –, juris Rn. 77) mit 10 % des gezahlten Kaufpreises. Der Senat geht davon aus, dass der objektive Wert des Fahrzeugs durch das mit der Abschaltseinrichtung verbundene Risiko der Betriebsstilllegung in diesem Umfang gemindert ist. Die Höhe des entstandenen Differenzschadens ist einer tatrichterlichen Schätzung nach § 287 ZPO zugänglich. Unter Berücksichtigung der maßgeblichen Umstände (vgl. hierzu BGH, a.a.O., Rn. 76 f.) handelt es sich in jeder Hinsicht, sowohl was die Art als auch was die möglichen Folgen des Verstoßes angeht, um einen mittelschweren Fall innerhalb der unionsrechtlich vorgegebenen Bandbreite von 5 % bis 15 %, der die Anwendung des mittleren Prozentsatzes von 10 % rechtfertigt.

- (2) Soweit im streitgegenständlichen Fahrzeug darüber hinaus eine Fahrkurvenerkennung zum Einsatz kommt, wird die wegen der oben beschriebenen Abschaltseinrichtung bestehende Gefahr von Betriebsbeschränkungen hierdurch nach der freien Überzeugung des Senats nicht erhöht, so dass ein höherer Differenzschaden nicht gerechtfertigt ist. Die Beklagte hat – wie in allen dem Senat bekannten Verfahren, die Fahrzeuge mit dem Motor EA 288 der Emissionsklasse EU 5 zum Gegenstand haben – ausgeführt, dass mit der Fahrkurve bei EU5-Fahrzeugen keine Funktionen mit Auswirkungen auf das Emissionsverhalten verbunden seien. Anhaltspunkte dafür, dass diese Behauptung unrichtig wäre, zeigt die Klägerin nicht auf und ergeben sich auch nicht aus der von ihr in Bezug genommenen Applikationsrichtlinie (Anlage K 2b), die eine an die Fahrkurvenerkennung geknüpfte Umschaltlogik nur für Fahrzeuge der Emissionsklasse EU 6 mit SCR-Katalysator oder NOx-Speicherkatalysator beschreibt.

cc. Auf den Differenzschaden sind im Wege der Vorteilsausgleichung die Nutzungsvorteile und der Restwert des Fahrzeugs nach den Grundsätzen für die Berechnung des sogenannten kleinen Schadensersatzanspruchs anzurechnen (vgl. BGH, a.a.O., Rn. 80). Danach sind Nutzungsvorteile und der Restwert des Fahrzeugs auf den Schadensersatzanspruch erst dann und nur insoweit schadensmindernd anzurechnen, als sie den tatsächlichen Wert des Fahrzeugs bei Abschluss des Kaufvertrags übersteigen (BGH, Urteil vom 24. Januar 2022 – VIa ZR 100/21 –, juris Rn. 22). Im Streitfall übersteigen die Nutzungsvorteile und der Restwert den anfänglichen Fahrzeugwert nicht.

- (1) Die Nutzungsentschädigung kann im Wege der Schätzung gemäß § 287 ZPO ermittelt werden, indem der gezahlte Bruttokaufpreis für das Fahrzeug durch die voraussichtliche Restlaufleistung im Erwerbszeitpunkt geteilt und dieser Wert mit den gefahrenen Kilometern multipliziert wird (vgl. BGH, Urteil vom 25. Mai 2020 – VI ZR 252/19 –, BGHZ 225, 316-352, juris Rn. 80). Der Senat legt diese lineare Berechnungsmethode seiner Schätzung in ständiger Rechtsprechung zugrunde. Die Ausführungen der Beklagten geben keine Veranlassung, von dieser gebräuchlichen Berechnungsmethode abzuweichen. Die Gesamtlaufleistung des streitgegenständlichen Fahrzeugs mit 2-Liter-Motor veranschlagt der Senat mit 250.000 km.

Im Streitfall hat die Klägerin das Fahrzeug als Gebrauchtwagen mit einer Laufleistung von 7.200 km zu einem Bruttokaufpreis von 24.500 € erworben und am 27.10.2023 mit einer Laufleistung von 63.493 km für 5.300 € weiterveräußert (Anlage zum Schriftsatz der Klägerin vom 29.12.2023). Nach der vom Senat herangezogenen Berechnungsmethode ergibt sich damit eine Nutzungsentschädigung für die gesamte Nutzungsdauer des Fahrzeugs von 5.680,30 € (= 24.500 € geteilt durch 242.800 km [= 250.000 km minus 7.200 km] mal 56.293 km [= 63.493 km minus 7.200 km]).

- (2) Den Restwert des Fahrzeugs veranschlagt der Senat mit dem von der Klägerin erzielten Verkaufserlös von 5.300 €. Der von der Klägerin erzielte Verkaufserlös bildet den ihr verbleibenden Restwert nach Auffassung des Senats realistischer ab als eine Restwertermittlung anhand von Schätzhilfen, die nur eine typisierte Bewertung vornehmen und den konkreten Fahrzeugzustand nicht in diese Bewertung einbeziehen.
- (3) Den tatsächlichen Wert des Fahrzeugs im Zeitpunkt des Erwerbs durch die Klägerin veranschlagt der Senat gemäß § 287 ZPO mit der Differenz aus dem von der Klägerin gezahlten Kaufpreis von 24.500 € und dem oben ermittelten Differenzschaden von 2.450 €, die sich auf 22.050 € beläuft.
- (4) Daraus ergibt sich, dass die Summe aus den von der Klägerin erlangten Nutzungsvorteilen in Höhe von 5.680,30 € und dem Restwert des Fahrzeugs von 5.300 € den tatsächlichen Wert des Fahrzeugs im Zeitpunkt des Erwerbs durch die Klägerin in Höhe von 22.050 € nicht übersteigt, so dass eine Vorteilanrechnung wegen der Nutzungsvorteile und des Restwerts nicht stattfindet. An diesem Ergebnis würde sich selbst dann nichts ändern, wenn man den Restwert mit dem von der Beklagten angegebenen

Händlerverkaufswert von 14.630 € (Anlage BE 15) veranschlagte und hiervon keinen Abzug vornähme.

3. Der Zinsanspruch ergibt sich aus §§ 288, 291 ZPO.

Da der Streitgegenstand beim großen Schadensersatz und beim Differenzschaden bei unverändertem Lebenssachverhalt identisch ist (siehe oben), kann die Klägerin Rechtshängigkeitszinsen aus dem in der Hauptsache zugesprochenen Betrag, der den mit der Klageerhebung geltend gemachten Betrag nicht übersteigt, ab dem auf die Zustellung der Klage folgenden Tag (wie beantragt: „ab Rechtshängigkeit“) und nicht erst ab dem auf die Zustellung des Schriftsatzes mit dem geänderten Klageantrag folgenden Tag beanspruchen.

4. Der mit dem Klageantrag Ziffer 2 geltend gemachte Anspruch auf Freistellung von den außergerichtlichen Rechtsanwaltskosten steht der Klägerin mangels Anspruchsgrundlage nicht zu.

a. Der Klägerin steht gegen die Beklagte kein Schadensersatzanspruch gemäß § 826 BGB zu, weil das Inverkehrbringen eines Fahrzeugs mit einem Thermofenster nur dann als sittenwidrig zu qualifizieren ist, wenn die für den Fahrzeughersteller handelnden Personen bei der Implementierung des Thermofensters in dem Bewusstsein handelten, eine unzulässige Abschalteneinrichtung zu verwenden, und den darin liegenden Gesetzesverstoß billigend in Kauf nahmen (vgl. u.a. Senat, Urteil vom 28. November 2023 – 8 U 291/21 –, juris Rn. 14 ff. m.w.N.). Solches ist im Streitfall weder dargetan noch ersichtlich.

b. Auf der Grundlage des § 823 Abs. 2 BGB i.V.m. § 6 Abs. 1, § 27 Abs. 1 EG-FGV kann neben dem Anspruch auf Ersatz des Differenzschadens eine Erstattung vorgegerichtlicher Rechtsanwaltskosten nicht verlangt werden (BGH, Urteil vom 16. Oktober 2023 – VIa ZR 14/22 –, juris Rn. 13).

c. Die Voraussetzungen eines Anspruchs aus § 280 Abs. 1 und 2, § 286 BGB sind weder dargetan noch ersichtlich.

5. Die Kostenentscheidung folgt aus §§ 92 Abs. 1, 97 Abs. 1 ZPO. Der Ausspruch über die vorläufige Vollstreckbarkeit hat seine Grundlage in §§ 708 Nr. 10, 713 ZPO. Die Revision ist nicht zuzulassen, weil die Voraussetzungen des § 543 Abs. 2 ZPO nicht vorliegen.

Dr. Städtler-Pernice  
Vorsitzender Richter  
am Oberlandesgericht

Deschner  
Richterin  
am Landgericht

Teinert  
Richter  
am Oberlandesgericht

Verkündet am  
09.04.2024

Kunz, Amtsinspektorin  
Urkundsbeamtin der Geschäftsstelle