

1 U 42/22

9 O 35/21 LG Lübeck

Verkündet am 09.08.2024

gez.

als Urkundsbeamtin der  
Geschäftsstelle



## Schleswig-Holsteinisches Oberlandesgericht

### Urteil

### Im Namen des Volkes

In dem Rechtsstreit

- Klägerin und Berufungsklägerin -

Prozessbevollmächtigte:

Rechtsanwälte **Gansel**, Wallstraße 59, 10179 Berlin

gegen

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

- Beklagte und Berufungsbeklagte -

Prozessbevollmächtigte:

Rechtsanwälte **GvW Graf von Westphalen Rechtsanwälte Steuerberater Partnerschaft mbB**, Poststraße 9, 20354 Hamburg

hat der 1. Zivilsenat des Schleswig-Holsteinischen Oberlandesgerichts durch den Vorsitzenden Richter am Oberlandesgericht Janssen, den Richter am Landgericht Grapow und die Richterin am Oberlandesgericht Dr. Otten auf Grund der mündlichen Verhandlung vom 05.07.2024 für Recht erkannt:

1. Auf die Berufung des Klägers wird das Urteil des Landgerichts Lübeck vom 18.03.2022, teilweise abgeändert:

Unter Abweisung der Klage im Übrigen wird die Beklagte verurteilt, an die Klägerin 1.732,50 € nebst Zinsen in Höhe von fünf Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 20.10.2021 zu zahlen.

Die weitergehende Berufung wird zurückgewiesen.

2. Von den Kosten der ersten Instanz tragen die Klägerin 3/4 und die Beklagte 1/4. Von den Kosten der Berufung tragen die Klägerin 2/3 und die Beklagte 1/3.

3. Das Urteil ist ohne Sicherheitsleistung vorläufig vollstreckbar.

## Gründe

### I.

Die Klägerin verlangt Schadensersatz wegen in einem Kraftfahrzeug eingebauter unzulässiger Abschaltvorrichtungen.

Wegen der tatsächlichen Feststellungen wird gem. § 540 ZPO Abs. 1 S. 1 ZPO auf den Tatbestand des angefochtenen Urteils mit den nachfolgenden Ergänzungen Bezug genommen.

Die Klägerin veräußerte das streitbefangene, am 05.11.2015 erstzugelassene Fahrzeug am 03.09.2020 mit einem Kilometerstand von 65.000 km zu einem Preis von 29.000,00 € an einen Händler (Anlage K 12, AB Kl., BK 5, Bl. 495 R d.A.).

Das Fahrzeug hatte eine Fahrkurvenerkennung, welche aber bereits durch ein freiwilliges Update am 10.07.2017 aus der Motorsteuerung entfernt worden war.

Die Klägerin hat beantragt, die Beklagte zur Zahlung eines Betrages von mindestens 6.930,00 € sowie außergerichtlicher Rechtsanwaltskosten in Höhe von 578,34 € nebst Zinsen und weiterer 506,94 € zu verurteilen sowie festzustellen, dass der Zahlungsanspruch bezüglich der Hauptforderung aus einer vorsätzlichen unerlaubten Handlung der Beklagten herrühre. Die Beklagte hat die Abweisung der Klage beantragt.

Die Beklagte hat behauptet, das EA 288-Aggregat sei umfassend und intensiv durch das Kraftfahrt-Bundesamt überprüft worden. Dieses habe am 19.11.2018 (Anlage B 4, AB Bekl.) ausdrück-

lich keine unzulässige Abschaltvorrichtung festgestellt. Die festgestellte Konformitätsabweichung stehe im Zusammenhang mit der Regeneration des DPF. Nicht bei jeder Konformitätsabweichung – einer Abweichung des Fahrzeugs von den regulatorischen Anforderungen – liege eine unzulässige Abschaltvorrichtung vor. Es gebe im streitgegenständlichen Fahrzeug keine Umschaltlogik wie beim EA 189. Auch das „Thermofenster“ stelle keine unzulässige Abschaltvorrichtung dar, denn zwischen +15 °C und +42 °C Umgebungslufttemperatur finde keine Veränderung der Abgasrückführungsrate (AGR) statt. Bei niedrigeren Temperaturen erfolge eine kontinuierliche Reduktion der AGR um maximal 50 % zwischen ca. +15 °C und +10 °C. Im Bereich zwischen ca. +10 °C und -12 °C finde keine weitere Reduzierung der AGR statt. Erst ab einer Umgebungstemperatur von weniger als -15 °C werde die Abgasrückführung aus Gründen des Motorschutzes vollständig deaktiviert. Finde keine Korrektur der AGR statt, würde aufgrund der adhäsiven Wirkung der Abgase das Abgasrückführungsventil verlacken und sich Ruß und unverbrannte Kohlenwasserstoffe in den abgasführenden Bauteilen ablagern (Versottung). Das Thermofenster sei dem Kraftfahrt-Bundesamt seit Mai 2016 bekannt.

Das Landgericht hat die Klage abgewiesen. Zur Begründung führt das Landgericht an, der Klägerin stünden keine Ansprüche aus den §§ 826, 31 oder 823 Abs. 2 BGB in Verbindung mit der Verletzung von Schutzgesetzen oder aus § 831 BGB zu. Die Klägerin habe nicht ausreichend schlüssig zu unzulässigen Abschaltvorrichtungen bei dem Fahrzeug vorgetragen. Der Annahme des Risikos einer Betriebsbeschränkung oder -untersagung nach § 5 Abs. 1 FZV stehe schon die erteilte Typzulassung entgegen, welche Tatbestandswirkung habe. Auf diese könne sich die Beklagte zwar dann nicht berufen, wenn sie sie durch eine arglistige Täuschung des Kraftfahrt-Bundesamtes erschlichen hätte. Hierfür habe die Klägerin aber keine tatsächlichen Anhaltspunkte vorgetragen. Ein Rückruf für den Motor sei nicht angeordnet worden. Das Kraftfahrt-Bundesamt habe in den Fahrzeugen trotz nachträglicher Untersuchungen keine Umschaltlogik entdeckt. Der Rückrufbescheid vom 17.04.2019 sei wegen einer sog. Konformitätsabweichung ergangen, weil es nachträglich zu Abweichungen gekommen sei aufgrund derer die Grenzwerte nicht mehr eingehalten würden. Der Rückrufbescheid ließe keinen Rückschluss darauf zu, dass die Beklagte bewusst unzulässige Abschaltvorrichtungen habe einsetzen wollen. Etwas Anderes folge auch nicht aus den freiwillig angebotenen Updates der Beklagten bei Motoren des Typs EA 288. Schließlich ergeben sich Anhaltspunkte für unzulässige Abschaltvorrichtungen auch nicht aus den weiteren vorgelegten Medienberichten und Gutachten.

Zur Begründung ihrer frist- und formgerecht eingelegten und begründeten Berufung führt die Klägerin im Wesentlichen aus, dass das Landgericht gegen das Recht auf Gehör verstoßen habe, weil es nicht auf das klägerische Vorbringen zu einem Anspruch aus § 823 Abs. 2 BGB i.V.m. §§ 6, Abs. 1, 27 Abs. 1 EG-FGV im Hinblick auf das vor dem EuGH laufende Verfahren C-100/21 eingegangen sei. Das Gericht habe die Substantiierungsanforderungen überspannt. Die Klägerin habe zu einer Prüfstandserkennung in Form einer Fahrkurvenerkennung, welche den SCR-Katalysator vor dem Erreichen der Betriebstemperatur einschalte, soweit wie es ihr möglich war, vorgetragen und Beweis angeboten, dem das Landgericht nicht nachgekommen sei. Das Gericht sei fälschlich von einem Tatbestandsmerkmal einer Grenzwertkausalität ausgegangen und habe sich auf eine vermeintliche Tatbestandswirkung der Typengenehmigung gestützt. Außerdem sei die Steuerung der AGR an die Umgebungstemperatur geknüpft, welche die zweite prüfstandsabhängige Steuerungsstrategie darstelle. Es seien weitere Abschaltvorrichtungen zu vermuten, da es Grenzwertüberschreitungen im realen Fahrbetrieb gebe. Ein Thermofenster mit den von der Beklagten vorgetragene Werten von +12 °C bis +39 °C sei unzulässig. Die Beklagte habe eine unzutreffende Übereinstimmungsbescheinigung entgegen §§ 6, 27 EG-FGV ausgestellt; diese Vorschriften hätten Schutzgesetzcharakter.

Die Beklagte habe nicht ausreichend dargelegt, dass eine Fahrkurvenerkennung aus Motorschutzgründen erforderlich sei. Eine Ausnahme nach Art. 5 Abs. 2 lit. c) EG VO 715/2007 liege ebenfalls nicht vor.

Die Beklagte könne sich nicht auf eine hypothetische Genehmigung durch das Kraftfahrt-Bundesamt berufen. Das Kraftfahrt-Bundesamt habe bis zum Jahr 2015 überhaupt keine materielle Prüfung der Antragsunterlagen im Typengenehmigungsverfahren vorgenommen. Der Begriff der Abschaltvorrichtung im Sinne des Art. 5 der VO (EG) Nr. 715/2007 sei jedenfalls dem damaligen Präsidenten als terminus technicus nicht bekannt gewesen. Das Kraftfahrt-Bundesamt habe ein Problem mit der Auslegung des Tatbestandsmerkmals „zum Motorschutz notwendig“ als Ausnahmetatbestand gehabt. Im Typengenehmigungsverfahren bis September 2015 habe man nicht nach Abschaltvorrichtungen gesucht.

Die Beklagte verheimliche auch jetzt noch weitere Abschaltvorrichtungen in dem Fahrzeug, die denknotwendig vorliegen müssten, da der zulässige Grenzwert im normalen Fahrbetrieb nicht in allen Betriebszuständen eingehalten werde. Der Minderwert des Fahrzeuges liege bei 20 % des

Kaufpreises.

Die Klägerin hat zunächst den Antrag angekündigt, die Beklagte zur Zahlung eines Betrages im Ermessen des Gerichts, mindestens jedoch 6.130,00 €, nebst Zinsen zu verurteilen und sie von außergerichtlichen Rechtsverfolgungskosten freizuhalten.

Die Klägerin beantragt nun,

1. Die Beklagte wird verurteilt, an die Klägerin einen Entschädigungsbetrag bezüglich des Fahrzeugs der Marke VW mit der Fahrzeugidentifikationsnummer

████████████████████ zu zahlen, dessen Höhe in das Ermessen des Gerichts gestellt wird, der jedoch mindestens EUR 5.197,50 nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit Rechtshängigkeit betragen muss.

2. Die Beklagte wird verurteilt, die Klägerin von den durch die Beauftragung der Prozessbevollmächtigten der Klägerin entstandenen Kosten der außergerichtlichen Rechtsverfolgung in Höhe von EUR 502,18 freizustellen.

Die Beklagte beantragt,

die Berufung zurückzuweisen.

Die Klägerin beantragt zudem hilfsweise, sofern es nicht zu einer antragsgemäßen Verurteilung der Beklagten kommt, das Verfahren gem. § 148 ZPO analog auszusetzen und das Verfahren erst wieder aufzunehmen, nachdem die im Beschluss des LG Ravensburg vom 27.10.2023 gestellten Fragen durch den EuGH, Az. C-666/ bis C-668/23 entschieden sind.

Die Beklagte beantragt, diesen Antrag zurückzuweisen.

Die Beklagte verteidigt das angefochtene Urteil unter Wiederholung und Vertiefung ihres erstinstanzlichen Vortrags. Das Kraftfahrt-Bundesamt habe den Motortyp EA 288 seit dem Jahr 2015 in drei Phasen umfassend überprüft und keine Abschaltvorrichtungen festgestellt, was es in fortlaufenden Auskünften bestätige. Auch das Thermofenster sei nach Art. 5 Abs. 2 S. 2 lit. a) VO (EG) Nr. 715/2007 zulässig. Es sei aus Motorschutzgründen geboten. Die Temperatur, bei der die AGR funktioniere, liege zwischen +12 °C und +39 °C. Bei Werten unter +12 °C und oberhalb +39 °C komme es zu graduellen Reduzierungen der AGR-Rate. Zwischen -15 °C und +42 °C, je-

weils bezogen auf die Umgebungstemperatur, finde eine Abgasnachbehandlung statt. Die kontinuierliche Reduktion der AGR diene dem Motorschutz und dem sicheren Betrieb des Fahrzeugs, den sonst bei dem Übergang von gekühlter auf ungekühlter Hochdruck-Abgasrückführung Versottung und Verlackung drohe. Dem Kraftfahrt-Bundesamt seien Thermofenster jedenfalls seit dem Jahr 2016 bekannt gewesen. Die Beklagte könne sich hinsichtlich des Thermofensters auf einen unvermeidbaren Verbotsirrtum berufen, denn das Kraftfahrt-Bundesamt hätte das Thermofenster genehmigt, wenn es ihm offengelegt worden wäre.

Die Konformitätsabweichung sei ebenfalls keine unzulässige Abschaltvorrichtung. Diese sei durch ein Software-Update am 13.06.2019 beseitigt worden. Das Kraftfahrt-Bundesamt habe in einer amtlichen Auskunft vom 16.03.2021 bestätigt, dass es sich bei der Konformitätsabweichung nicht um eine unzulässige Abschaltvorrichtung handelte.

## II.

Die Berufung hat in der Sache teilweise Erfolg.

1. Die Berufung ist zulässig. Sie ist insbesondere noch in zulässiger Weise begründet worden.

Die Anforderungen an den Inhalt der Berufungsbegründung, die auf eine Rechtsverletzung gestützt wird, nach § 520 Abs. 3 Nr. 2 ZPO sind nicht hoch. Es reicht, wenn sie, zugeschnitten auf den jeweiligen Fall, erkennen lässt, aus welchen rechtlichen oder tatsächlichen Gründen der Berufungsführer das angefochtene Urteil für unrichtig hält (BGH, Beschluss vom 21.07.2020, VI ZB 7/20, Rn. 7). Besondere formale Anforderungen bestehen nicht. So ist es ohne Bedeutung, ob die Berufungsbegründung schlüssig oder vertretbar ist oder Angriffe auf Rechtsstandpunkte enthält, auf die das angefochtene Urteil nicht gestützt wird (BGH, Beschluss vom 06.12.2011, II ZB 21/10, Rn. 7).

Die Berufungsbegründung lässt erkennen, dass die Klägerin jedenfalls die Ansprüche aus § 826 BGB weiterverfolgen will. Sie setzt sich mit der Urteilsbegründung auseinander, indem sie ausführt, dass das Landgericht nicht hinreichend auf ihren Vortrag und ihre Beweisangebote eingegangen sei.

2. Das Verfahren ist nicht gem. § 148 ZPO analog auszusetzen, bis die Vorlagefragen des LG Ravensburg in den Verfahren C-666-23 bis C-668-23 entschieden sind. Diese Verfahren sind nicht vorgreiflich zum hiesigen Verfahren. Die dort gestellten Fragen zur Schadensbegrenzung auf 5 % - 15 % des Kaufpreises, zur Vorteilsausgleichung (Anrechnung der Nutzungsvorteile und des Restwertes) und der Möglichkeit, einen unvermeidbaren Verbotsirrtum wegen einer hypothetischen Genehmigung anzunehmen, sind vom EuGH bereits entschieden (EuGH, Urteil vom 31.03.2023, C-100/21) bzw. Fragen des nationalen Rechts, welche der Bundesgerichtshof bereits entschieden hat (vgl. KG, Urteil vom 06.05.2024, 24 U 66/22, BeckRS 2024, 13319, Rn. 39).

3. Der Klägerin steht kein Anspruch auf Schadensersatz aus § 826 BGB oder § 823 Abs. 2 BGB in Verbindung mit § 263 Abs. 1 StGB zu. Sie hat die Voraussetzungen eines sittenwidrigen, täuschenden Verhaltens der Beklagten ihr gegenüber nicht hinreichend dargelegt.

a) Sittenwidrig ist ein Verhalten, das nach seinem Gesamtcharakter, der durch umfassende Würdigung von Inhalt, Beweggrund und Zweck zu ermitteln ist, gegen das Anstandsgefühl aller billig und gerecht Denkenden verstößt. Es genügt regelmäßig nicht, dass der Handelnde eine Pflicht verletzt und einen Vermögensschaden hervorruft. Vielmehr muss eine besondere Verwerflichkeit seines Verhaltens hinzutreten, die sich aus dem verfolgten Ziel, den eingesetzten Mitteln, der zu Tage getretenen Gesinnung oder den eingetretenen Folgen ergeben kann (BGH, NJW 2017, 250, 251 f., Rn. 16).

Danach kann ein Autohersteller, der auf der Grundlage einer grundlegenden strategischen Entscheidung bei der Motorenentwicklung im eigenen Kosten- und damit auch Gewinninteresse durch bewusste und gewollte Täuschung des Kraftfahrt-Bundesamts systematisch, langjährig und in hohen Stückzahlen Fahrzeuge in Verkehr bringt, deren Motorsteuerungssoftware bewusst und gewollt so programmiert ist, dass die gesetzlichen Abgasgrenzwerte mittels einer unzulässigen Abschaltvorrichtung nur auf dem Prüfstand eingehalten werden, sittenwidrig handeln. Damit ist die Gefahr verbunden, dass bei Aufdeckung der unzulässigen Abschaltvorrichtung Betriebsbeschränkungen oder -untersagungen erfolgen. Ein solches Verhalten ist im Verhältnis zu einer Person, die eines der betroffenen Fahrzeuge in Unkenntnis der illegalen Abschaltvorrichtung erwirbt, besonders verwerflich und mit den grundlegenden Wertungen der Rechts- und Sittenordnung nicht zu vereinbaren (BGH, Urteil vom 25.05.2020, VI ZR 252/19, Rn. 16).

Es reicht nicht aus, wenn eine Motorsteuerung objektiv als rechtswidrig zu beurteilen ist. Ein sol-

cher Gesetzesverstoß ist für sich genommen nicht geeignet, den Einsatz einer Steuerungssoftware durch die für die Herstellerin handelnden Personen als besonders verwerflich erscheinen zu lassen. Die Annahme von Sittenwidrigkeit setzt jedenfalls voraus, dass diese Personen bei der Entwicklung und/oder Verwendung der Steuerung des Emissionskontrollsystems in dem Bewusstsein handelten, eine unzulässige Abschalteneinrichtung zu verwenden, und den darin liegenden Gesetzesverstoß billigend in Kauf nahmen. Fehlt es hieran, ist bereits der objektive Tatbestand der Sittenwidrigkeit nicht erfüllt (BGH, Urteil vom 16.09.2021, VII ZR 286/20, Rn. 16).

Bei einer Abschalteneinrichtung, die im Grundsatz auf dem Prüfstand in gleicher Weise arbeitet wie im realen Fahrbetrieb und bei der die Frage der Zulässigkeit nicht eindeutig und unzweifelhaft beantwortet werden kann, kann bei Fehlen sonstiger Anhaltspunkte nicht ohne Weiteres unterstellt werden, dass die für die Beklagte handelnden Personen in dem Bewusstsein handelten, eine unzulässige Abschalteneinrichtung zu verwenden, und den darin liegenden Gesetzesverstoß billigend in Kauf nahmen, so dass es bereits an der objektiven Sittenwidrigkeit fehlt (BGH, Urteil vom 16.09.2021, VII ZR 286/20, Rn. 30; Beschluss vom 09.03.2021, VI ZR 889/20, Rn. 25 ff.; Beschluss vom 19.01.2021, VI ZR 433/19, Rn. 18 OLG Schleswig, Urteil vom 18.09.2019, 12 U 123/18, Rn. 46 ff.).

b) Eine Abschalteneinrichtung ist nach Art. 3 Nr. 10 VO (EG) 715/2007 ein Konstruktionsteil, das bestimmte 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. Nach Art. 5 Abs. 2 VO (EG) 715/2007 ist die Verwendung von Abschalteneinrichtungen, die die Wirkung von Emissionskontrollsystemen verringern, unzulässig, wenn nicht bestimmte Ausnahmen vorliegen.

c) Ein Sachvortrag ist hinreichend substantiiert, wenn er in Verbindung mit einem Rechtssatz zu der von der Partei begehrten Rechtsfolge führt. Einzelheiten, die für die Rechtsfolge nicht von Bedeutung sind, müssen nicht mitgeteilt werden, v. a. wenn die Partei keinen Einblick in den Sachverhalt haben kann. Es ist dann Sache des Tatrichters, in die Beweisaufnahme einzutreten und ggf. einem Sachverständigen die Streitfragen zu unterbreiten. Eine Partei darf auch Aufklärung über Tatsachen verlangen, über die sie kein zuverlässiges Wissen erlangen kann, die sie aber nach Lage der Dinge für möglich hält, wenn sie mangels eigener Sachkunde

keine Kenntnis von der Tatsache haben kann. Eine Behauptung ist erst unbeachtlich, wenn sie ohne greifbare Anhaltspunkte aufs Geratewohl oder ins Blaue hinein aufgestellt wird. Bei der Annahme von Willkür in diesem Sinne ist Zurückhaltung geboten. In der Regel ist sie nur anzunehmen, wenn jegliche tatsächlichen Anhaltspunkte fehlen (BGH, Urteil vom 13.07.2021, VI ZR 128/20, Rn. 20 ff.; Beschluss vom 28.01.2020, VIII ZR 57/19, Rn. 4, 7 ff.). Der Erwerber eines möglicherweise betroffenen Fahrzeugs muss darlegen, worauf er seinen Verdacht stützt, dass in dem Fahrzeug unzulässige Abschaltvorrichtungen implementiert sind (BGH, Beschluss vom 25.11.2021, III ZR 202/20, Rn. 12).

d) Nach diesen Grundsätzen hat die Klägerin nicht substantiiert dargetan, dass die Beklagte in sittenwidriger Weise unzulässige Abschaltvorrichtungen in den Motor ihres Fahrzeugs verbaut hat.

aa) Eine sittenwidrige Schädigung der Klägerin durch die Beklagte dadurch, dass in der Motorsteuerung ein sogenanntes Thermofenster implementiert ist, scheidet aus. Es kann unterstellt werden, dass es sich bei dem Thermofenster um eine unzulässige Abschaltvorrichtung handelt. Die Klägerin hat jedenfalls hinsichtlich eines Bewusstseins der Verantwortlichen, eine unzulässige Abschaltvorrichtung zu implementieren, keine greifbaren Anhaltspunkte vorgetragen.

Das Thermofenster, das in die Motorsteuerung des streitgegenständlichen Fahrzeugs integriert ist, wirkt auch nach der Behauptung der Klägerin auf dem Prüfstand nicht wesentlich anders als im Straßenverkehr. Selbst wenn die AGR nahe des Temperaturbereichs von 20 °C bis 30 °C, bei dem der NEFZ stattfindet, reduziert wird, fehlt die Indizwirkung für ein Bewusstsein, eine unzulässige Abschaltvorrichtung zu verwenden (BGH, Urteil vom 16.09.2021, VII ZR 286/20, Rn. 19, 24).

Weitere Umstände, die danach zur Feststellung eines sittenwidrigen Verhaltens notwendig wären, legt die Klägerin nicht hinreichend dar. Es ist kein ausreichendes Indiz für eine bewusste und gewollte Täuschung der Beklagten, dass die ihr entwickelten Motoren zum Zweck der Kostensenkung ein Thermofenster enthalten, statt teurere und aufwändigere Lösungen zur Abgasnachbehandlung vorzusehen, wie es die Klägerin behauptet. Ein Umstand zur Feststellung von sittenwidrigem Verhalten läge auch nicht vor, wenn dem Kraftfahrt-Bundesamt die genaue Wirkungsweise des Thermofensters nicht offengelegt worden sein sollte (BGH, Urteil vom 16.09.2021, VII ZR 286/20, Rn. 26). Für das 2015 erstzugelassene Fahrzeug galt noch ein Typen-

genehmigungsverfahren, in welchem über die Strategien zu Abgasnachbehandlung keine genauen Angaben getätigt werden mussten, Dies wurde erst mit der VO (EU) 2016/646 ab dem 16.05.20216 eingeführt. Einen Anhaltspunkt für wissentlich unterbliebene oder unrichtige Angaben der Beklagten im Typgenehmigungsverfahren, die noch dazu auf ein heimliches und manipulatives Vorgehen oder eine Überlistung des Kraftfahrt-Bundesamts und damit auf einen bewussten Gesetzesverstoß hindeuten würden, gibt es daher mangels Offenbarungspflicht der Beklagten nicht.

bb) Die Klägerin teilt keine hinreichenden Anhaltspunkte für ein dennoch täuschendes Verhalten der Beklagten mit.

Der Vortrag bzgl. der Manipulation des SCR-Katalysators bezieht sich auf die bereits vor dem klägerischen Kauf des Fahrzeuges entfernte Fahrkurvenerkennung/„Akustikfunktion“.

Der von der Beklagten eingeräumte Rückruf des Kraftfahrt-Bundesamtes vom April 2019 betrifft die Konformitätsabweichung aufgrund des DPFs. Er belegt aber keine unzulässige Abschalt einrichtung. Die diesbezügliche Behauptung der Klägerin, die Rückrufaktion stehe auch im Zusammenhang mit unzulässigen Abschalt einrichtungen, ist ins Blaue hinein aufgestellt worden. In seiner Stellungnahme vom 16.03.2021 (Anlage B 1, AB Bekl.) stellt das Kraftfahrt-Bundesamt fest, dass eine Konformitätsabweichung vorliege, wie es die Beklagte vorgetragen hat, aber keine unzulässige Abschalt einrichtung.

cc) Allein das unterschiedliche Ausmaß der Schadstoffemissionen unter Prüfstandsbedingungen und im Realbetrieb lässt keinen Rückschluss auf den Verbau von Prüfstandserkennungen zu (BGH, Urteil vom 13.07.2021, VI ZR 128/20, NZV 2021, 525, 528 Rn. 23). Die Klägerin hat nicht einmal dargetan, inwieweit sich bei ihrem Fahrzeug der Umfang des Schadstoffausstoßes in beiden Betriebsmodi unterscheiden soll, sondern nur auf allgemeine Untersuchungen zu Grenzwertüberschreitungen verwiesen.

dd) Für die Behauptung, die Dosierung von AdBlue sei von der Restmenge im AdBlue-Tank abhängig, kann sich die Klägerin nicht auf die Beschreibung der Dosierstrategie (Klageschrift S. 24, Bl. 25 f. d.A.) stützen. Aus ihr ergibt sich vielmehr, dass die Zufuhr von AdBlue von dem Füllstand von Ammoniak in dem Katalysator abhängt. Nach allgemeiner Kenntnis ist  $\text{NH}_3$  die chemische Formel für Ammoniak. Nach der Kenntnis des Senats aus anderen Verfahren

handelt es sich bei dem AdBlue nicht um Ammoniak, sondern um eine Harnstofflösung, die im Katalysator unter anderem in Ammoniak umgewandelt wird, der wiederum mit den Stickoxiden zu anderen Stoffen reagiert. Dass die Zufuhr von AdBlue von dem Füllstand von Ammoniak im Katalysator abhängt, ist danach eine bloße Selbstverständlichkeit.

ee) Eine Manipulation des OBD-Systems wäre nur relevant, wenn eine unzulässige Abschalteneinrichtung festgestellt werden könnte. Denn das OBD-System nimmt selbst keinen Einfluss auf die Abgaskontrolle. Zudem fehlt es an greifbaren Anhaltspunkten für eine Manipulation. Die Klägerin nennt keine Quelle für ihre Behauptung.

4. Der Klägerin steht wegen des Thermofensters ein Anspruch auf Ersatz des hilfsweise geltend gemachten Differenzschadens aus § 823 Abs. 2 BGB in Verbindung mit §§ 6 Abs. 1, 27 Abs. 1 EG-FGV zu.

Die Stellung des geänderten Antrags wegen einer geänderten Schadensberechnung stellt eine nach §§ 525, 264 Nr. 2 ZPO privilegierte Klageänderung dar. Sie ist jedenfalls nach § 533 ZPO zulässig, weil sie sachdienlich ist und eine Entscheidung anhand der Tatsachen, die der Entscheidung ohnehin zugrunde zu legen sind, möglich ist. Die Sachdienlichkeit folgt daraus, dass die Klageänderung eine Streitbeilegung ohne neues Verfahren ermöglicht.

a) Bei den Vorschriften der §§ 6 Abs. 1, 27 Abs. 1 EG-FGV handelt es sich um ein Schutzgesetz, das das Vertrauen des Erwerbers eines Fahrzeugs auf dessen Übereinstimmung mit allen relevanten Rechtsakten schützt.

Die Vorschriften sind im Lichte der Artt. 3 Nr. 26, 18 Abs. 1, 26 Abs. 1, 46 RL 2007/46/EG in Verbindung mit Art. 5 VO (EG) 715/2007 unionskonform auszulegen. Nach diesen Vorschriften ist dem Erwerber eines Fahrzeugs eine Übereinstimmungsbescheinigung des Herstellers auszuhandigen, nach der ein Fahrzeug aus der Baureihe eines genehmigten Typs allen geltenden Rechtsakten entspricht. Er kann vernünftigerweise erwarten, dass auch die Vorschriften über Abschalteneinrichtungen eingehalten sind. Ist das nicht der Fall, sind die Typengenehmigung und mit ihr die Übereinstimmungsbescheinigung infrage gestellt, was zu einem Schaden des Erwerbers wegen einer Unsicherheit über die Möglichkeit das Fahrzeug zulassen zu lassen, es zu veräußern oder es zu nutzen, führen kann. Das Vertrauen des Erwerbers in die Richtigkeit der Übereinstimmungsbescheinigung wäre verletzt (EuGH, Urteil vom 21.03.2023, C-100/21, Rn. 79 ff.; BGH,

Urteil vom 26.06.2023, VIa ZR 335/21, Rn. 19, 21).

b) Der Anspruch setzt voraus, dass die Übereinstimmungsbescheinigung unzutreffend ist. Das ist, unabhängig von dem Inhalt der Typengenehmigung, der Fall, wenn das Fahrzeug mit einer unzulässigen Abschaltvorrichtung versehen ist. Denn mit der Übereinstimmungsbescheinigung wird nicht nur versichert, dass das Fahrzeug dem genehmigten Typ entspricht, sondern nach der durch den EuGH vorgegebenen Auslegung des Unionsrechts auch, dass es alle relevanten Rechtsvorschriften einhält (BGH, Urteil vom 26.06.2023, VIa ZR 335/21, Rn. 34).

aa) Festzustellen ist danach eine Abschaltvorrichtung im Sinne von Art. 3 Nr. 10 VO (EG) 715/2007. Maßstab für die Bedingungen, die bei normalem Fahrzeugbetrieb vernünftigerweise zu erwarten sind, sind die Bedingungen, wie sie im gesamten Unionsgebiet herrschen. Es kommt darauf an, ob durch die Einrichtung die Wirksamkeit des Emissionskontrollsystems verändert wird. Ob der Grenzwert für Stickoxidemissionen auch unter der veränderten Funktion eingehalten wird, ist unerheblich (BGH, Urteil vom 26.06.2023, VIa ZR 335/21, Rn. 50 f.).

Die Tatbestandswirkung der Typengenehmigung kann der Annahme einer unzulässigen Abschaltvorrichtung nicht entgegengesetzt werden (für Anspruch aus § 826 BGB BGH, Urteil vom 26.06.2023, VIa ZR 335/21, Rn. 10 ff.). Die Typengenehmigung kann eine Funktion, die in ihr oder den von dem Hersteller einzureichenden Unterlagen nicht ausdrücklich beschrieben ist, nicht legalisieren. Ohnehin geht es um die Gefahr für den Bestand der Typengenehmigung aufgrund einer nachträglich entdeckten unzulässigen Abschaltvorrichtung. Die Beurteilung im Rahmen des Schadensersatzprozesses ist Sache der Zivilgerichte.

Nach Art. 5 Abs. 2 VO (EG) 715/2007 ist eine Abschaltvorrichtung unzulässig. Eine Ausnahme gilt unter anderem, wenn die Einrichtung notwendig ist, um den Motor vor Beschädigung oder Unfall zu schützen und um den sicheren Betrieb des Fahrzeugs zu gewährleisten. Diese Voraussetzungen müssen kumulativ vorliegen. Es reicht nicht, wenn die Abschaltvorrichtung den Motor nur vor Verschmutzung oder Verschleiß schützen soll. Sie muss notwendig sein, um durch eine Fehlfunktion eines Bauteils des AGR-Systems verursachte unmittelbare Risiken für den Motor in Form von Beschädigung oder Unfalls zu vermeiden, und diese Risiken müssen derart schwer wiegen, dass sie eine konkrete Gefahr beim Betrieb des Fahrzeugs darstellen. Auch unter diesen Voraussetzungen ist jedoch eine Abschaltvorrichtung unzulässig, wenn sie unter normalen Be-

triebsbedingungen den überwiegenden Teil des Jahres funktionieren müsste (EuGH, Urteil vom 21.03.2023, C-100/21, Rn. 62 ff.; Urteil vom 08.11.2022, C873/19, Rn. 95; Urteil vom 14.07.2022, C-145/20, Rn. 81; Urteil vom 14.07.2022, C-134/20, Rn. 82; Urteil vom 14.07.2023, C-128/20, Rn. 51 ff., 61 ff.; Urteil vom 17.12.2020, C-693/18, NJW 2021, 1216, Rn. 105 ff.).

bb) Das Thermofenster ist nach diesen Grundsätzen eine unzulässige Abschaltvorrichtung.

Die Reduzierung der AGR erfolgt bei Temperaturen, wie sie im Unionsgebiet üblich sind, nämlich nach Vortrag der Klägerin bei Werten unter +20 °C und über +30 °C. Bei Temperaturen unter +17 °C und über +30 °C finde gar keine Abgasreinigung statt. Nach dem erstinstanzlichen Vortrag der Beklagten erfolgt die Reduzierung der AGR-Rate bei Werten von unter +15 °C und über +42 °C Umgebungstemperatur und eine vollständige Abschaltung der AGR ab -15 °C. Selbst wenn man nur das Bundesgebiet betrachtete, sind Temperaturen unter +15 °C im überwiegenden Teil des Jahres üblich. Betrachtet man das gesamte Unionsgebiet, sind auch zweistellige Minusgrade, etwa in Skandinavien, üblich (für -15 °C bis +40 °C VG Schleswig, Urteil vom 20.02.2023, 3 A 113/18, Rn. 275, juris; für 0 °C bis +30 °C, OLG Schleswig, Urteil vom 10.10.2023, 7 U 100/22, Rn. 65, juris). Daneben gibt es nach dem Vortrag der Beklagten weitere Parameter wie in erster Linie die Motordrehzahl und -last, in zweiter Linie die Temperatur und die Höhe über NN, von denen die Steuerung der AGR abhängt.

Insoweit die Beklagte nun vorträgt, die AGR werde erst unterhalb einer Temperatur von +12 °C und oberhalb einer Temperatur von +39 °C gradweise reduziert, ist dies neuer Vortrag und ersichtlich von der auf eine Studie gestützte Behauptung motiviert, die Fahrzeugnutzung im Unionsgebiet erfolge bei einer monatlichen Durchschnittstemperatur von +12° C.

Eine Beweisaufnahme darüber ist nicht erforderlich. Was zu den üblichen Betriebsbedingungen zu zählen ist, ist zunächst eine Rechtsfrage. Die in Europa vorkommenden Temperaturbereiche können als allgemein bekannt vorausgesetzt werden.

Die Beklagte hat den Einbau dieser Abschaltvorrichtung nicht hinreichend gerechtfertigt. Sie beruft sich in erster Linie darauf, dass Ablagerungen entstehen könnten, die den Motor schädigen könnten. Solche Motorschutzgründe sind nicht ausreichend, um die engen Voraussetzungen der Ausnahme nach Art. 5 Abs. 2 VO (EG) 715/2007 zu erfüllen. Soweit sie sich weiter darauf beruft, die Schädigung des Motors könne zu einem plötzlichen Ausfall und dadurch zu konkreten Gefah-

ren im Straßenverkehr führen, ist offen, ob dem nicht durch regelmäßige Wartungen begegnet werden könnte.

Auch wenn einem plötzlichen Ausfall des Motors nicht vorgebeugt werden könnte, wäre die von der Beklagten gewählte Bedatung des Thermofensters unzulässig. Denn die Abschaltvorrichtung müsste den überwiegenden Teil des Jahres aktiv sein, um vor dieser Gefahr zu schützen. Temperaturen unter +15 °C kommen in Europa das ganze Jahr über vor, Temperaturen über +42 °C kommen im Sommer jedenfalls in Südeuropa vor. Auch die weiteren Parameter greifen bei den üblichen Betriebsbedingungen ein, nämlich praktisch immer während des Betriebs des Fahrzeuges.

cc) Weitere Abschaltvorrichtungen hat die Klägerin nicht vorgetragen. Solche ergeben sich insbesondere nicht aus den "Entscheidungsvorlagen: Applikationsrichtlinien und Freigabevorgaben EA 288 bzw. EA 189" (K 2b und 2d, AB Kl.), auf welche sich die Klägerin beruft. Die Klägerin behauptet, dass sich aus diesen Dokumenten ergebe, dass in den Motoren des Typs EA 288 dieselben Abschaltvorrichtungen wie in dem Motor EA 189 verbaut seien. Die Applikationsrichtlinie zum EA 288 aus November 2015 bezieht sich hinsichtlich der zu vorhandenen und zu entfernenden Abschaltvorrichtungen bei Fahrzeugen mit SCR-Katalysator jedoch lediglich auf die bereits vor Kauf des Fahrzeuges entfernte Fahrkurve (S. 5 Anlage K 2d, AB Kl.).

Die Berichte der Deutschen Umwelthilfe e.V. zur Überschreitung von Grenzwerten beziehen sich auf einen anderen Motor der Baureihe EA 288 mit NSK, bei den weiteren Berichten ist schon nicht klar, ob der streitgegenständlich Motor überhaupt Teil der Untersuchungen war. Die Berichte beschäftigen sich aber ohnehin nur mit Grenzwertüberschreitungen im Realbetrieb, welche neben dem Vorhandensein von Abschaltvorrichtungen auch noch andere Gründe haben können.

c) Für die Erwerbskausalität kann sich ein Fahrzeughersteller auf den Erfahrungssatz stützen, dass er bei Kenntnis der Risiken für den Bestand der Typengenehmigung und mit ihr der Übereinstimmungsbescheinigung den Vertrag nicht zu dem vereinbarten Kaufpreis abgeschlossen hätte. Die Erwerbskausalität kann entfallen, wenn der Hersteller vor dem Erwerb sein Verhalten geändert und den Einbau einer unzulässigen Abschaltvorrichtung in von ihm hergestellte Fahrzeuge in einer Weise bekannt gegeben hat, dass einem objektiven Dritten das Risiko eines Erwerbes eines betroffenen Fahrzeugs verdeutlicht wird (BGH, Urteil vom 26.06.2023, VIa ZR

335/21, Rn. 55, 57). Die dafür darlegungsbelastete Beklagte hat das nicht hinreichend vorgetragen.

d) Der Beklagten ist auch ein Verschulden vorzuwerfen.

aa) Im Falle der Verletzung eines Schutzgesetzes wird das Verschulden vermutet. Der Hersteller muss Umstände darlegen und beweisen, die sein Verhalten ausnahmsweise als nicht fahrlässig erscheinen lassen (BGH, Urteil vom 26.06.2023, VIa ZR 335/21, Rn. 58 f.).

Der Hersteller, der sich auf einen unvermeidbaren Verbotsirrtum beruft, muss zunächst einen Verbotsirrtum seiner Repräsentanten darlegen und gegebenenfalls beweisen (BGH, Urteil vom 27.11.2023, VIa ZR 1425/22, Rn. 32). Er muss sodann darlegen und beweisen, dass er die Rechtslage sorgfältig geprüft hat und bei Anwendung der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt nicht mit einer anderen Beurteilung durch Gerichte rechnen musste. Der Nachweis kann durch eine tatsächlich erteilte Typengenehmigung erfolgen, wenn sie die Verwendung der unzulässigen Abschaltvorrichtung in ihrer konkreten Ausführung erfasst. Beruft sich der Hersteller auf eine hypothetische Genehmigung, muss feststehen, dass die zuständige Behörde die unzulässige Abschaltvorrichtung in allen ihren relevanten Einzelheiten genehmigt hätte. Eine Verwaltungspraxis ist dabei nicht maßgeblich, jedoch kann sie Indiz für die hypothetische Erteilung der Genehmigung sein (BGH, Urteil vom 26.06.2023, VIa ZR 335/21, Rn. 62 ff.). Der Verbotsirrtum muss dabei zur Zeit des Erwerbs des streitgegenständlichen Fahrzeugs vorgelegen haben (BGH, Urteil vom 26.06.2023, VIa ZR 335/21, Rn. 62; Urteil vom 25.09.2023, VIa ZR 1/23, Rn. 13).

bb) Für das der Beklagten zuzurechnende Vorstellungsbild kommt es nicht allein auf die Person an, die die Übereinstimmungsbescheinigung unterzeichnet hat. Die Entlastung muss vielmehr für alle Repräsentanten der Beklagten erfolgen (BGH, Urteil vom 25.09.2023, VIa ZR 1/23, Rn. 14 f.). Das gilt vor allem für die Personen, die maßgeblich für die Entwicklung des Motors und der Motorsteuerung verantwortlich waren.

cc) Die Beklagte kann sich nach diesen Maßstäben hinsichtlich des Thermofensters nicht auf einen noch im maßgeblichen Zeitpunkt des Erwerbs des Fahrzeuges im Jahr 2018 vorliegenden unvermeidbaren Verbotsirrtum stützen.

Zu den Vorstellungen ihrer Repräsentanten, welche der Steuerung der AGR zugrunde lagen, und

deren Prüfungen der Rechtslage hat die Beklagte nichts vorgetragen. Zu den genauen Parametern der Steuerung neben der Umgebungstemperatur trägt sie nichts vor. Die Beklagte trägt lediglich vor, sie habe dem Kraftfahrt-Bundesamt die zum Einsatz kommenden Thermofenster in EA 288-Aggregaten vorgestellt, und das Kraftfahrt-Bundesamt habe sie dann genehmigt bzw. freigegeben. Auf eine hypothetische Genehmigung des Kraftfahrt-Bundesamtes kommt es aber nicht an, wenn zu den Erwägungen und Prüfungen der Repräsentanten der Beklagten nichts bekannt ist.

e) Der der Klägerin entstandene Differenzschaden ist nicht vollständig kompensiert.

aa) Der Schaden des Erwerbers eines mit einer unzulässigen Abschaltvorrichtung versehenen Fahrzeugs besteht in der Differenz zwischen dem Kaufpreis und dem tatsächlichen Wert des Fahrzeugs. Dieser Wert ist dadurch herabgesetzt, dass wegen der Unsicherheit bezüglich des Bestandes der Typengenehmigung und der Übereinstimmungsbescheinigung die Nutzbarkeit infrage steht (BGH, Urteil vom 26.06.2023, VIa ZR 335/21, Rn. 40 f.). Es handelt sich dabei um einen tatsächlichen Schaden, nicht nur um ein abstraktes Risiko oder eine Entschädigung für einen noch nicht eingetretenen Nutzungsausfall. Denn der Wert des Fahrzeugs ist bereits zurzeit des Erwerbs beeinträchtigt. Es liegt auf der Hand, dass ein Fahrzeug, dessen ständige Verfügbarkeit zur Fortbewegung infrage steht, am Markt weniger wert ist.

Die Höhe des Schadens kann geschätzt werden, wobei die Schätzung aus Rechtsgründen auf einen Bereich zwischen 5 % bis 15 % des Kaufpreises beschränkt ist. Dabei sind alle zur Zeit des Erwerbs mit der unzulässigen Abschaltvorrichtung verbundenen Nachteile zu berücksichtigen, insbesondere das Risiko behördlicher Anordnungen, der Umfang in Betracht kommender Betriebsbeschränkungen und die Wahrscheinlichkeit des Eintritts solcher Beschränkungen. Ferner kommt es auf das unionsrechtliche Ziel der Einhaltung bestimmter Grenzwerte für Emissionen und den Grad des Verschuldens an (BGH, Urteil vom 26.06.2023, VIa ZR 335/21, Rn. 72 ff.).

Die Schätzung des Schadens auf 5 % bis 15 % des Kaufpreises ist nicht unionsrechtswidrig. Das Unionsrecht fordert nur, dass der Erwerber einen angemessenen Ersatz seines tatsächlichen Schadens erhält, wobei die Festlegung der Modalitäten Sache der Mitgliedstaaten ist (EuGH, Urteil vom 21.03.2023, C-100/21, Rn. 90 ff.). Damit ist es vereinbar, wenn der Schaden nach den Regeln des nationalen Rechts geschätzt wird. Auch ein niedriger Schadensersatz ist angemess-

sen, wenn der Einsatz unzulässiger Abschaltvorrichtungen keine spürbaren Folgen für den Erwerber gehabt hat.

Die Schätzung verstößt nicht gegen den Anspruch der Parteien auf rechtliches Gehör. Ihnen muss nicht ermöglicht werden, einen höheren oder niedrigeren Schaden zu beweisen. Nach § 287 Abs. 1 S. 2 ZPO steht die Entscheidung darüber, ob Beweis erhoben wird, im pflichtgemäßen Ermessen des Gerichts. Der Senat übt das Ermessen dahin aus, dass keine Beweisaufnahme stattfindet. Sie wäre nämlich nicht erfolgversprechend. Die Entwicklung der Preise auf dem Gebrauchtwagenmarkt ist nicht aussagekräftig, weil mehr oder weniger alle Dieselfahrzeuge zumindest von dem Verdacht einer Manipulation betroffen sind und unbekannt ist, wie sich die Preise ohne den Abgasskandal entwickelt hätten.

Der Schaden kann kompensiert sein. So sind Verbesserungen durch ein Update schadensmindernd zu berücksichtigen, wenn es die Gefahr von Betriebsbeschränkungen signifikant herabsetzt. Nutzungsvorteile und der Restwert des Fahrzeugs sind anzurechnen, wenn und soweit sie den Wert des Fahrzeugs (Kaufpreis abzüglich Differenzschaden) zur Zeit des Erwerbs übersteigen (BGH, Urteil vom 26.06.2023, VIa ZR 335/21, Rn. 80).

Die Anrechnung kann dazu führen, dass der Schaden vollständig aufgezehrt wird (BGH, Urteil vom 30.07.2020, VI ZR 354/19, Rn. 11). Das verstößt nicht gegen das unionsrechtliche Gebot der Effektivität. Mangels unionsrechtlicher Vorschriften ist es Sache der Mitgliedstaaten, die Modalitäten für die Erlangung von Schadensersatz im Falle der Verwendung unzulässiger Abschaltvorrichtungen festzulegen. Die nationalen Gerichte dürfen dafür Sorge tragen, dass es dabei nicht zu einer ungerechtfertigten Bereicherung des Anspruchsberechtigten kommt (EuGH, Urteil vom 21.03.2023, C-100/21, Rn. 92, 94; BGH, Urteil vom 26.06.2023, VIa ZR 335/21, Rn. 80; BGH, Urteil vom 10.10.2022, VIa ZR 542/21, Rn. 20 ff., juris). Zu prüfen ist, ob die Anrechnung von Nutzungsvorteilen dem Käufer eine angemessene Entschädigung gewährleistet, wobei nur der tatsächlich entstandene Schaden auszugleichen ist (EuGH, Urteil vom 21.03.2023, C-100/21, Rn. 95, 96). Es stellt die Angemessenheit des Ausgleichs für den tatsächlich entstandenen Schaden nicht infrage, wenn die Nutzungsvorteile auf diesen Schaden angerechnet werden. Denn ebenso wie durch einen finanziellen Ausgleich wird der Schaden dadurch ausgeglichen, dass das Fahrzeug bestimmungsgemäß ohne Einschränkungen genutzt werden kann. Ein Schaden kann nur angenommen werden, weil die bestimmungsgemäße Nutzbarkeit des Fahrzeuges einen fi-

nanziellen Wert hat. Dann muss es umgekehrt den Schaden mindern, wenn das Fahrzeug bestimmungsgemäß genutzt worden ist.

Der Restwert ist bereits dann anzurechnen, wenn sich das Fahrzeug noch im Eigentum des Erwerbers befindet. Es kommt nicht darauf an, ob er ihn durch einen Verkauf realisiert hat (BGH, Urteil vom 27.11.2023, VIa ZR 159/22, Rn. 13; unzutreffend OLG Hamburg, Urteil vom 06.10.2023, 3 U 183/21, Rn. 56 ff., juris). Denn ein anzurechnender Vorteil des Erwerbs ist bereits das Eigentum an dem Fahrzeug, das einen bestimmten Wert hat. Dieser Wert des Eigentums ist nicht nur hypothetisch. Die Anrechnung eines Verkaufserlöses erfolgt nur, weil sich darin der Vorteil des ursprünglichen Erwerbs fortsetzt. Das ergibt sich aus der Rechtsprechung, auf die sich der BGH in seiner Entscheidung zum Differenzschaden bezieht (BGH, Urteil vom 26.06.2023, VIa ZR 335/21, Rn. 80; Urteil vom 24.01.2022, VIa ZR 100/21, Rn. 19 ff.; Urteil vom 20.07.2021, VI ZR 533/20, Rn. 26 ff.; Urteil vom 13.11.2012, XI ZR 334/11, Rn. 24).

Dabei ist auch zu berücksichtigen, dass der Restwert und der Wert der Nutzungen einander ergänzen. Der Restwert sinkt mit der Zeit und den zurückgelegten Kilometern, gleichzeitig steigt dadurch der Wert der Nutzung. Beides hält sich die Waage, sodass der Erwerber nicht unzumutbar belastet wird, wenn man den Restwert und damit die Möglichkeit der weiteren Nutzung bereits vor der Realisierung durch einen Verkauf berücksichtigt.

bb) Der Schaden wird auf 5 % des Kaufpreises von 34.650,00 €, mithin 1.732,50 € geschätzt.

Die Wahrscheinlichkeit einer Nutzungsbeschränkung war gering. Die Funktionsweise der Steuerung der Abgasrückführung ist nicht so eklatant rechtswidrig wie die Umschaltfunktion in dem Motor EA 189, bei dem sich das Kraftfahrt-Bundesamt mit einem Rückruf begnügt hat, statt die Typengenehmigung zu widerrufen. Dass das Thermofenster durch das Update beseitigt wurde, ist zwar nicht vorgetragen. Es ist aber aufgrund der beiden vom Kraftfahrt-Bundesamt genehmigten Updates unwahrscheinlich, dass es noch zu einer Betriebsbeschränkung gekommen wäre. Die Auffassung der Klägerin, eine Schadensminderung durch ein Update drücke sich im Restwert des Fahrzeuges aus und dürfe daher nicht in die Schadensschätzung einfließen, ist unzutreffend. Die Frage, wie hoch die Wahrscheinlichkeit einer Betriebsbeschränkung eingeschätzt wird, der zu dem Wertverlust am Fahrzeug führt, ist getrennt von der Frage zu betrachten, welchen Restwert das Fahrzeug hat.

Das Verschulden ist gering. Die unzulässige Abschalteneinrichtung (Thermofenster) ist aus technischen Erwägungen heraus implementiert worden, die zwar rechtlich fehlgeleitet gewesen sein mögen, jedoch keine Abkehr vom Recht indizieren, wie es bei der Umschaltlogik der Fall war.

cc) Der Schaden ist nicht durch den Wert der Nutzungen und den Restwert kompensiert.

Der Klägerin hat das Fahrzeug 24.000 km gefahren. Sie hat das Fahrzeug mit einem Kilometerstand von 41.000 km erworben. Die Gesamtlauflistung des Fahrzeugs kann auf 300.000 km geschätzt werden. Zum Zeitpunkt des Erwerbs durfte die Klägerin eine Restlauflistung von 259.000 km (300.000 – 41.000) erwarten. Der Wert der Nutzung der Klägerin beträgt 3.210,81 € (24.000 km x 34.650 € / 259.000 km). Der Restwert kann mit dem Veräußerungserlös von 29.000 € gleichgesetzt werden.

Die Summe aus dem Restwert von 29.000 € und dem Wert der Nutzungen 3.210,81 € beträgt 32.210,81 €. Sie übersteigt den von der Klägerin gezahlten Kaufpreis abzüglich des Schadens von 32.917,50 € (34.650,00 - 1.732,50) nicht und ist daher nicht auf den der Klägerin entstandenen Schaden anzurechnen.

f) Auf den ihr zustehenden Betrag kann die Klägerin gem. §§ 291, 288 Abs. 1 BGB Zinsen in Höhe von fünf Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit Rechtshängigkeit geltend machen. Die Rechtshängigkeit ist durch die Zustellung der Klage bei der Beklagten am 19.10.2021 eingetreten. Ein Anspruch auf weitere Zinsen besteht mangels Verzugs der Beklagten mit der Zahlung des Differenzschadens nicht.

Auf die Freistellung von vorgerichtlichen Rechtsanwaltskosten besteht neben einem Differenzschadensersatz aus §§ 823 Abs 2 BGB i.V.m. §§ 6 Abs. 1, 27 Abs. 2 EG-FGV kein Anspruch (BGH, Urteil vom 16.10.2023, VIa ZR 14/22, Rn. 13).

5. Die Kostenentscheidung folgt aus §§ 92 Abs. 1, 516 Abs. 3 ZPO, die Entscheidung über die vorläufige Vollstreckbarkeit aus §§ 708 Nr. 10, 711, 713 ZPO.

Die Zulassung der Revision ist nicht angezeigt, weil die Rechtssache weder grundsätzliche Bedeutung hat noch die Fortbildung des Rechts oder die Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung eine Entscheidung des Revisionsgerichts erfordert (§ 543 Abs. 2 ZPO). Es handelt sich

um eine Entscheidung im Einzelfall. Die entscheidungserheblichen Rechtsfragen sind geklärt.

Janssen  
Vorsitzender Richter  
am Oberlandesgericht

Grapow  
Richter  
am Landgericht

Dr. Otten  
Richterin  
am Oberlandesgericht

Beglaubigt  
Schleswig, 12.08.2024

Röhe  
Justizhauptsekretärin