

**Titel:**

**Ersatz des Differenzschadens wegen Verwendung einer unzulässigen Abschaltvorrichtung**

**Normenketten:**

EGFGV § 6 Abs. 1, § 27 Abs. 1

BGB § 823 Abs. 2, § 826

**Leitsätze:**

1. Ein Thermofenster stellt eine unzulässige Abschaltvorrichtung im Sinne des Art. 3 Nr. 10 VO (EG) Nr. 715/2007 dar, wenn es die Wirksamkeit des Emissionskontrollsystems unter normalen Fahrbedingungen verringert. Dabei sind als „normaler Fahrbetrieb“ nur diejenigen Bedingungen zu verstehen, die im realen Straßenverkehr auf den Straßen in Europa anzutreffen sind. (Rn. 18 – 21) (redaktioneller Leitsatz)

2. Der Fahrzeughersteller, der sich unter Berufung auf einen unvermeidbaren Verbotsirrtum entlasten will, muss sowohl den Verbotsirrtum als solchen als auch die Unvermeidbarkeit des Verbotsirrtums konkret darlegen und beweisen. Das setzt zunächst die Darlegung und erforderlichenfalls den Nachweis eines Rechtsirrtums seitens des Fahrzeugherstellers voraus. (Rn. 31) (redaktioneller Leitsatz)

**Schlagworte:**

Abschaltvorrichtung, Dieselskandal, Thermofenster, Vorteilsausgleichung, Verbotsirrtum, Differenzschaden, EA 288, Schadensersatz, Schutzgesetz, unzulässige Abschaltvorrichtung, EG-Typgenehmigung, Übereinstimmungsbescheinigung

**Vorinstanz:**

LG München II, Endurteil vom 09.11.2023 – 6 O 2909/22

**Tenor**

I. Auf die Berufung des Klägers wird das Urteil des Landgerichts München II vom 09.11.2023, Az. 6 O 2909/22, abgeändert und wie folgt neu gefasst:

1. Die Beklagte wird verurteilt, an den Kläger 3.191,40 € nebst Zinsen hieraus in Höhe von 5%-Punkten über dem jeweiligen Basiszinssatz seit dem 09.09.2022 zu bezahlen.

2. Im Übrigen wird die Klage abgewiesen.

3. Von den Kosten des Rechtsstreits tragen der Kläger 63% und die Beklagte 37%.

II. Im Übrigen wird die Berufung zurückgewiesen.

III. Von den Kosten des Berufungsverfahrens tragen der Kläger 53% und die Beklagte 47%.

IV. Das in Ziffer I. genannte Urteil des Landgerichts München II und dieses Urteil sind jeweils ohne Sicherheitsleistung vorläufig vollstreckbar.

V. Die Revision wird nicht zugelassen.

Beschluss

Der Streitwert wird für das Berufungsverfahren auf 5.640,00 € festgesetzt.

**Entscheidungsgründe**

I.

1

Die Parteien streiten um Schadensersatzansprüche des Klägers im Rahmen des sog. Dieselskandals betreffend einen VW Caravelle „Comfortline“ T6 2.0 TDI der Abgasnorm EU 6.

2

Der Kläger hat das Fahrzeug am 23.02.2017 von einem Dritten als Neufahrzeug zu einem Kaufpreis von 37.600,00 € erworben (vgl. Bestellung = Anlage K 1). Das Fahrzeug wurde am 03.03.2017 erstzugelassen.

### 3

Zur Vermeidung von Wiederholungen wird auf die Feststellungen im Endurteil des Landgerichts München II vom 09.11.2023 (Bl. 282/287 d. LG-Akte) mit nachfolgenden Änderungen bzw. Ergänzungen verwiesen.

### 4

Im Fahrzeug des Klägers ist ein Motor des Typs EA 288 verbaut.

### 5

Das Fahrzeug war von einem Rückruf des Kraftfahrtbundesamtes (KBA) mit dem Rückrufcode 23Z7 wegen einer Konformitätsabweichung betroffen. Das hierzu entwickelte Software-Update wurde am 11.06.2019 auf das klägerische Fahrzeug aufgespielt.

### 6

Die Laufleistung zum Stand 26.07.2024 betrug 51.416 km (Protokoll vom 29.07.2024 = Bl. 137/139 d. OLG-Akte).

### 7

Das Landgericht München II hat mit Endurteil vom 09.11.2023 die auf Gewährung des „kleinen“ Schadensersatzes in Höhe von zunächst mindestens 7.520,00 € (20% des Kaufpreises), zuletzt in Höhe von mindestens 5.640,00 €, sowie auf Erstattung vorgerichtlicher Rechtsanwaltskosten in Höhe von 1.218,56 € gerichtete Klage abgewiesen (Bl. 282/287 d. LG-Akte).

### 8

Mit der hiergegen gerichteten Berufung des Klägers vom 11.12.2023 (Bl. 1/2 d. OLG-Akte), begründet mit Schriftsatz vom 12.02.2024 (Bl. 7/47 d. OLG-Akte), verfolgt der Kläger seine erstinstanzlich zuletzt gestellten Anträge weiter.

### 9

Der Kläger beantragt,

1. Die Beklagte wird verurteilt, an den Kläger 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 5.640,00 nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit Rechtshängigkeit betragen muss.

2. Die Beklagte wird verurteilt, den Kläger von den durch die Beauftragung der Prozessbevollmächtigten des Klägers entstandenen Kosten der außergerichtlichen Rechtsverfolgung in Höhe von EUR 1.218,56 freizustellen.

### 10

Die Beklagte beantragt

die Berufung zurückzuweisen.

### 11

Hinsichtlich des Vortrags der Parteien im Berufungsrechtsstreit wird auf die gewechselten Schriftsätze verwiesen.

### 12

Der Senat hat mit Terminverfügung vom 17.05.2024 (Bl. 105/106 d. OLG-Akte) Hinweise erteilt und am 29.07.2024 mündlich verhandelt; auf das Verhandlungsprotokoll (Bl. 137/139 d. OLG-Akte) wird Bezug genommen.

II.

### 13

Die Berufung des Klägers hat mit dem Antrag Nr. 1 („kleiner“ Schadensersatz bzw. Differenzschadensersatz nebst Zinsen) teilweise (dazu unter 1. bis 3.) und mit dem Antrag Nr. 2 (vorgerichtliche Rechtsanwaltskosten) keinen Erfolg (dazu unter 4.).

#### 14

1. Die Voraussetzungen für eine Haftung der Beklagten auf „kleinen“ Schadensersatz nach §§ 826, 31 bzw. §§ 826, 831 BGB liegen nach ständiger Rechtsprechung des Senats bei Fahrzeugen mit dem hier streitgegenständlichen Motorentyp EA 288 nicht vor. Es fehlt hierzu bereits an einem hinreichenden Vortrag des Klägers zu den Voraussetzungen einer Haftung für sittenwidriges und vorsätzliches Verhalten von Verantwortlichen der Beklagten. Der Kläger selbst stützt seine Berufung nicht auf einen behaupteten Anspruch aus §§ 826, 31 bzw. §§ 826, 831 BGB, sondern macht nurmehr einen Differenzschaden in Höhe von 15% des Kaufpreises „aus § 823 Abs. 2 BGB iVm §§ 6, 27 EG-FGV“ geltend (Berufungsbegründung S. 4 = Bl. 10 d. OLG-Akte). Der Senat nimmt auf die Gründe des Endurteils des Landgerichts, soweit darin die Haftungsvoraussetzungen nach § 826 BGB verneint werden, Bezug (S. 4/8 des Urteils = Bl. Bl. 283/285 d. LG-Akte). Der Rückruf des KBA mit dem Rückrufcode 23Z7 betraf ausweislich der KBA-Auskunft vom 16.03.2021 (Anlage B 42) keine unzulässige Abschaltvorrichtung, sondern lediglich eine Konformitätsabweichung im Zusammenhang mit dem Regenerationsverhalten des Diesel-Partikelfilters, sodass es auch insoweit an den Haftungsvoraussetzungen aus § 826 BGB fehlt.

#### 15

2. Der Kläger hat einen Anspruch auf Gewährung eines Differenzschadensersatzes in Höhe von 3.191,40 € wegen des im Fahrzeug verbauten Thermofensters aus § 823 Abs. 2 BGB in Verbindung mit § 6 Abs. 1 Satz 1, § 27 Abs. 1 Satz 1 EG-FGV.

#### 16

a) Die Beklagte hat hinsichtlich des im streitgegenständlichen Fahrzeug verbauten Thermofensters eine unzutreffende Übereinstimmungsbescheinigung erteilt.

#### 17

aa) Unzutreffend ist eine Übereinstimmungsbescheinigung, wenn das betreffende Kraftfahrzeug mit einer gemäß Art. 5 Abs. 2 VO (EG) Nr. 715/2007 unzulässigen Abschaltvorrichtung ausgerüstet ist, weil die Bescheinigung dann eine tatsächlich nicht gegebene Übereinstimmung des konkreten Kraftfahrzeugs mit Art. 5 Abs. 2 VO (EG) Nr. 715/2007 ausweist. Auf den Inhalt der zugrundeliegenden EG-Typgenehmigung kommt es dabei nicht an, weil sich die Tatbestandswirkung deren verfügbaren Teils nicht über eine seitens der befassen Genehmigungsbehörde getroffene Feststellung der Rechtmäßigkeit des zur Beurteilung unterbreiteten Fahrzeugtyps hinaus erstrecken kann. Die Übereinstimmungsbescheinigung weist hingegen gemäß der verbindlichen Auslegung des Unionsrechts durch den EuGH (Urteil vom 21.03.2023, C-100/21) nicht nur die Übereinstimmung des konkreten Kraftfahrzeugs mit dem genehmigten Typ aus, sondern auch die Übereinstimmung des konkreten Kraftfahrzeugs mit allen Rechtsakten, also auch mit Art. 5 Abs. 2 S. 1 VO (EG) Nr. 715/2007. Die Übereinstimmungsbescheinigung verweist nach ihrem gesetzlichen Inhalt auch auf materielle Voraussetzungen, die im Falle einer unzulässigen Abschaltvorrichtung nicht vorliegen (BGH, Urteil vom 26.06.2023, VIa ZR 335/21, NJW 2023, 2259 Rn. 34; Urteil vom 20.07.2023, III ZR 267/20, NJW 2024, 361 Rn. 26/28).

#### 18

bb) Zwar trägt grundsätzlich die Klagepartei für die Existenz der behaupteten Abschaltvorrichtung die Darlegungs- und Beweislast. Soweit jedoch, wie hier, die Existenz der Abschaltvorrichtung in Form des Thermofensters an sich unstreitig ist, hat die Beklagte vorzutragen und zu beweisen, dass diese ausnahmsweise zulässig ist (BGH, Urteil vom 26.06.2023, VIa ZR 335/21, NJW 2023, 2259 Rn. 53 f.). Vor diesem Hintergrund oblag es der Beklagten, konkret zur Ausgestaltung des Thermofensters vorzutragen (BGH, Urteil vom 26.06.2023, VIa ZR 335/21, NJW 2023, 2259 Rn. 54). Es kann dahinstehen, ob der klägerische Vortrag, die Abgasrückführung arbeite nur in einem Temperaturbereich zwischen + 20 und +30° C voll (vgl. Schriftsatz vom 22.07.2024, S. 8 = Bl. 118 d. OLG-Akte), zutrifft. Auch nach dem zuletzt gehaltenen Vortrag der Beklagten weist das streitgegenständliche Fahrzeug seit dem Zeitpunkt der ursprünglichen Typgenehmigung ein Thermofenster auf, das in Abhängigkeit von der Umgebungslufttemperatur eine aktive Veränderung der Abgasrückführung außerhalb eines Bereichs von ca. + 12° C bis ca. + 39° C vornimmt (vgl. Schriftsatz vom 05.03.2024, S. 12 = Bl. 63 d. OLG-Akte).

#### 19

cc) Bei diesem Thermofenster handelt es sich um eine Abschaltvorrichtung im Sinne des Art. 3 Nr. 10 EG-VO Nr. 715/2007. Es handelt es sich um ein Bauteil, das in Abhängigkeit zur Außentemperatur das Emissionskontrollsystem in Form der AGR-Rate verändert. Zudem wird durch das Thermofenster in der

streitgegenständlichen Ausgestaltung die Wirksamkeit des Emissionskontrollsystems unter Bedingungen, die bei normalem Fahrzeugbetrieb vernünftigerweise zu erwarten sind, verringert.

## 20

(1) Die Verordnung Nr. 715/2007 definiert den Begriff „normaler Fahrzeugbetrieb“ nicht und verweist für die Festlegung seiner Bedeutung und Tragweite nicht auf das Recht der Mitgliedstaaten. Es handelt sich hierbei um einen unionsrechtlichen Begriff, der in der gesamten Union autonom und einheitlich auszulegen ist, wobei nicht nur der Wortlaut der Bestimmungen, in denen er vorkommt, sondern auch der Kontext dieser Bestimmungen und das mit ihnen verfolgte Ziel zu berücksichtigen sind (vgl. EuGH, Urteil vom 26.01.2021, Hessischer Rundfunk, C-422/19 und C-423/19, NJW 2021, 1081, 1083 Rn. 45).

## 21

(2) Als „normaler Fahrbetrieb“ sind nur diejenigen Bedingungen zu verstehen, die im realen Straßenverkehr auf den Straßen in Europa anzutreffen sind (vgl. VG Schleswig, Urteil vom 20.2.2023 – VG 3 A 113/18, BeckRS 2023, 2863 Rn. 210 m.w.N.). Auch der EuGH geht in seiner Rechtsprechung davon aus, dass der Begriff auf die Verwendung des Fahrzeugs unter tatsächlichen Fahrbedingungen verweist, wie sie im Unionsgebiet üblich sind (EuGH, Urteil vom 14.7.2022 – C-128/20, NJW 2022, 2605 Rn. 38/40). Eine Abschaltvorrichtung liegt dementsprechend dann vor, wenn es sich bei den Temperaturen, für welche die Abgasrückführungsrate modifiziert ist, um Bedingungen handelt, die bei normalem Fahrzeugbetrieb vernünftigerweise zu erwarten sind, es sich also nicht um extreme Ausnahmefahrsituationen handelt (vgl. VG Schleswig, Urteil vom 20.2.2023 – VG 3 A 113/18, BeckRS 2023, 2863 Rn. 211). Dies ist hier der Fall. Außentemperaturen im Bereich von 12 °C und darunter sind im Unionsgebiet Fahrbedingungen, die zumindest in den Wintermonaten auch in Mitteleuropa regelmäßig auftreten. Es handelt sich dabei nicht um Extrembedingungen (vgl. auch VG Schleswig, Urteil vom 20.2.2023 – VG 3 A 113/18, BeckRS 2023, 2863 Rn. 233: jedenfalls Umgebungstemperaturen zwischen -15 °C und +40 °C).

## 22

(3) Die Jahresdurchschnittstemperatur im gesamten Unionsgebiet ist dagegen bei der Frage, ob eine Funktion eine Abschaltvorrichtung im Sinne des Art. 3 Nr. 10 EG-VO Nr. 715/2007 ist, kein geeigneter Maßstab. Die „normalen“ Fahrbedingungen lassen sich nicht abbilden im Wege einer Mittelung der Temperaturen zwischen Nord- und Südeuropa. Normale Fahrbedingungen schließen lediglich seltene, außergewöhnliche Fahr- und Umgebungssituationen wie extreme Kälte oder Hitze, große Höhe etc. aus. Die Durchschnittstemperatur in Mitteleuropa ist in diesem Zusammenhang irrelevant.

## 23

dd) Das Thermofenster ist nicht ausnahmsweise nach Art. 5 Abs. 2 VO (EG) Nr. 715/2007 zulässig. Die von der insoweit darlegungs- und beweisbelasteten Beklagten vorgebrachten Argumente, das Thermofenster sei notwendig gewesen, um den Motor vor Beschädigung zu schützen und den sicheren Betrieb des Fahrzeugs zu gewährleisten, sind nicht tragfähig.

## 24

(1) Die Ausnahmen gemäß Art. 5 Abs. 2 VO (EG) 715/2007 sind grundsätzlich eng auszulegen (BGH, Urteil vom 26.06.2023, VIa ZR 335/21, NJW 2023, 2259 Rn. 60), also auch der Rechtfertigungsgrund des Motorschutzes. Allein auf die Schonung von Anbauteilen kann sich die Beklagte dabei nicht berufen (EuGH, Urteil vom 14.7.2022 – C-128/20, NJW 2022, 2605 Rn. 70; VG Schleswig, Urteil vom 20.2.2023 – VG 3 A 113/18, BeckRS 2023, 2863 Rn. 255). Allerdings sind durch eine Fehlfunktion eines Bauteils des Abgasrückführungssystems verursachte unmittelbare Risiken für den Motor ein tauglicher Rechtfertigungsgrund (vgl. EuGH, Urteil vom 14.07.2022 – C-134/20, EuZW 2022, 1073 Rn. 74). Eine Abschaltvorrichtung ist jedoch nur dann notwendig, wenn zum Zeitpunkt der EG-Typgenehmigung dieser Einrichtung oder des mit ihr ausgestatteten Fahrzeugs keine andere technische Lösung unmittelbare Risiken für den Motor in Form von Beschädigung oder Unfall, die beim Fahren eines Fahrzeugs eine konkrete Gefahr hervorrufen, abwenden kann (vgl. EuGH, Urteil vom 14.07.2022 – C-134/20, EuZW 2022, 1073 Rn. 81; VG Schleswig, Urteil vom 20.2.2023 – VG 3 A 113/18, BeckRS 2023, 2863 Rn. 276 f.).

## 25

(2) Auf fehlende technische Alternativlösungen zur Sicherstellung des gefahrlosen Betriebes im maßgeblichen Zeitpunkt des EG-Typzulassungsverfahrens lässt sich aus dem Vortrag der Beklagten zur Notwendigkeit des Thermofensters nicht schließen. So ist die Kurzstudie der Professoren B. K. und R. aus dem Juni 2020 (Anlage B 6) nicht geeignet, die Notwendigkeit des Thermofensters in seiner konkreten

Ausgestaltung zu begründen. Die Studie kommt zwar zu dem Ergebnis, dass generell eine temperaturabhängige Regelung der Emissionsminderungsstellgrößen, insbesondere eine kühlwasser- oder außentemperaturabhängige Regelung des Abgasrückführventils, technisch notwendig sei, um nutzungs- und emissionsrelevante Schäden von Bauteilen mit Folgerisiken für den sicheren Betrieb des Fahrzeugs abzuwenden. Es wird darin jedoch auch betont, dass ein einheitlich „richtiges“ Thermofenster für alle Dieselfahrzeuge nicht existiere, vielmehr dass die erforderlichen Temperaturschwellen bzw. temperaturabhängigen Parametrierungen der AGR-Raten von Fahrzeugtyp zu Fahrzeugtyp und auch zwischen den Abgasstufen und dem Entwicklungszeitpunkt des Aggregats variierten.

## 26

(3) Auch die Hinweise der Beklagten darauf, dass der Kompensationseffekt des SCR-Katalysators in Fahrzeugen mit aktiver Abgasnachbehandlung zu beachten sei („Wechselspiel“), noch der Vortrag dazu, dass aus physikalisch-chemischen Gründen bereits eine geringe AGR-Rate eine erhebliche Reduktion der NO<sub>x</sub>-Emissionen bewirke, vermögen eine ausnahmsweise Zulässigkeit des hier konkret bedateten Thermofensters zu rechtfertigen. Konkrete Ausführungen dazu, dass in dem Maße, in dem die Abgasrückführung temperaturabhängig zurückgefahren wird, der Verlust durch einen verstärkten Einsatz des SCR-Katalysators vollständig ausgeglichen werde, fehlen. Die Ausführungen der Beklagten, wonach die sukzessive Reduktion der AGR-Rate in bestimmten Temperaturbereichen „nicht zwangsläufig mit einer indirekt proportionalen Erhöhung der NO<sub>x</sub>-Emissionen des Fahrzeugs gleichzusetzen“ sei bzw. eine reduzierte AGR-Rate „nicht zwingend gleichbedeutend mit höheren NO<sub>x</sub>-Emissionen“ sei (vgl. Schriftsatz vom 05.03.2024, S. 14 = Bl. 65 d. OLG-Akte), sind aufgrund ihrer Vagheit ersichtlich unzureichend.

## 27

(4) Die engen Voraussetzungen für die Rechtfertigung des Thermofensters als ausnahmsweise zulässig können vom Senat auch deshalb nicht konkret überprüft werden, weil ausweislich der Ausführungen der Beklagten in der Klageerwiderung vom 20.10.2022 die AGR-Rate auch durch verschiedene weitere „Parameter hinsichtlich Abgasverhalten und Kraftstoffverbrauch bei Umgebungsbedingungen angepasst/optimiert“ wird, insbesondere durch „Motor-Last und Drehzahl“, „Kühlwasser- und Ansaugluft-Temperatur“ sowie „Atmosphärendruck“ (S. 30 = Bl. 73 d. LG-Akte). Ob und in welchem Umfang die von der Beklagten vorgetragene AGR-Korrektur in Abhängigkeit von der Umgebungslufttemperatur in Ansehung dieser weiteren Parameter nach Art. 5 Abs. 2 VO (EG) Nr. 715/2007 notwendig ist, lässt sich auf dieser Grundlage nicht beurteilen.

## 28

b) Die Beklagte hat auch schuldhaft gehandelt. Auf einen unvermeidbaren Verbotsirrtum kann sie sich mangels hinreichenden Vortrags nicht mit Erfolg berufen.

## 29

aa) Ein Fahrzeughersteller haftet bereits bei einem fahrlässigen Verstoß nach § 823 Abs. 2 BGB i. V.m. §§ 6 Abs. 1, 27 Abs. 1 EG-FGV, wenn er gegen die EG-Fahrzeuggenehmigungsverordnung verstößt. Der subjektive Tatbestand des Schutzgesetzes ist auch für die Schadensersatzpflicht nach § 823 Abs. 2 BGB maßgebend. § 37 Abs. 1 EG-FGV sanktioniert sowohl den vorsätzlichen als auch den fahrlässigen Verstoß gegen § 27 Abs. 1 S. 1 EG-FGV (vgl. BGH, Urteil vom 26.06.2023, VIa ZR 335/21, NJW 2023, 2259 Rn. 38; Urteil vom 20.07.2023, III ZR 267/20, NJW 2024, 361 Rn. 30).

## 30

bb) Grundsätzlich ist der Anspruchsteller hinsichtlich des Verschuldens als anspruchsbegründender Voraussetzung gemäß § 823 Abs. 2 BGB darlegungs- und beweispflichtig. Jedoch muss derjenige, der objektiv ein Schutzgesetz verletzt hat, Umstände darlegen und erforderlichenfalls beweisen, die geeignet sind, die daraus folgende Annahme seines Verschuldens in Form einer Fahrlässigkeit auszuräumen. Insofern besteht eine von der objektiven Schutzgesetzverletzung ausgehende Verschuldensvermutung. Deshalb hat der Fahrzeughersteller, wenn er eine Übereinstimmungsbescheinigung trotz der Verwendung einer unzulässigen Abschaltvorrichtung ausgegeben und dadurch §§ 6 Abs. 1, 27 Abs. 1 EG-FGV verletzt hat, Umstände darzulegen und zu beweisen, die sein Verhalten ausnahmsweise nicht als fahrlässig erscheinen lassen (BGH, Urteil vom 26.06.2023, VIa ZR 335/21, NJW 2023, 2259 Rn. 59).

## 31

cc) Der Fahrzeughersteller, der sich unter Berufung auf einen unvermeidbaren Verbotsirrtum entlasten will, muss sowohl den Verbotsirrtum als solchen als auch die Unvermeidbarkeit des Verbotsirrtums konkret

darlegen und beweisen (BGH, Urteil vom 25.9.2023 – VIa ZR 1/23, BeckRS 2023, 29219 Rn. 13; Urteil vom 27.11.2023 – VIa ZR 1425/22, BeckRS 2023, 38141 Rn. 32). Das setzt zunächst die Darlegung und erforderlichenfalls den Nachweis eines Rechtsirrtums seitens des Fahrzeugherstellers voraus (BGH, Urteil vom 26.06.2023, VIa ZR 335/21, NJW 2023, 2259 Rn. 63; Urteil vom 27.11.2023 – VIa ZR 1425/22, BeckRS 2023, 38141 Rn. 32). Der Fahrzeughersteller muss 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 des Erwerbs (vgl. BGH, Urteil vom 26.06.2023, a.a.O., Rn. 62) im Irrtum befanden oder im Falle einer Ressortaufteilung den damit verbundenen Pflichten genügten (vgl. BGH, Urteil vom 25.9.2023 – VIa ZR 1/23, BeckRS 2023, 29219 Rn. 14 m.w.N.).

### 32

dd) Diesen Anforderungen genügt das Vorbringen der Beklagten nicht; es fehlt bereits an einer ausreichenden Darlegung des Irrtums der damaligen Organmitglieder der Beklagten. Vorgetragen wird lediglich, dass „die Beklagte“ einem Irrtum unterlegen sei, ohne jedoch darzulegen, ob bzw. welche der damaligen Organmitglieder der Beklagten – worauf es gemäß § 31 BGB ankommt – einem Irrtum unterlegen sein sollen.

### 33

ee) Eine nach den Grundsätzen des BGH grundsätzlich mögliche Rechtfertigung etwaige tatsächliche oder – worauf sich die Beklagte hilfsweise beruft – hypothetische Genehmigung des KBA als zuständiger Typgenehmigungsbehörde betrifft dagegen nicht den Verbotsirrtum als solchen, sondern dessen Unvermeidbarkeit. Die Verneinung eines Verschuldens unter dem Gesichtspunkt eines unvermeidbaren Verbotsirrtums und gestützt auf Äußerungen der zuständigen Typgenehmigungsbehörde setzt jedoch zunächst nach den für Kapitalgesellschaften wie die Beklagte geltenden Maßstäben einen – hier nicht hinreichend dargelegten – Irrtum ihrer damaligen Organmitglieder voraus (BGH, Urteil vom 27.11.2023 – VIa ZR 1425/22, BeckRS 2023, 38141 Rn. 32). Im Übrigen war zum Zeitpunkt der Erteilung der Übereinstimmungsbescheinigung im Jahr 2017 die Rechtslage zur Zulässigkeit von Thermofenstern und deren Grenzen weder national noch auf europäischer Ebene höchstrichterlich geklärt, sodass sich die Beklagte damals erkennbar in einem rechtlichen Grenzbereich bewegte und sie schon deshalb eine abweichende rechtliche Beurteilung ihres Vorgehens in Betracht ziehen und von der eventuell rechtswidrigen Verwendung der Abschaltseinrichtung absehen musste (BGH, Urteil vom 25.9.2023 – VIa ZR 1/23, BeckRS 2023, 29219 Rn. 14 m.w.N.). Dass der Verwendung von Thermofenstern damals ein allgemeiner Industriestandard zugrunde lag oder dass nach den von der Beklagten zitierten Angaben des KBA rechtlich von ihm so bewertete unzulässige Abschaltseinrichtungen auch nach umfangreichen Untersuchungen nicht festgestellt worden seien, kommt nach dem gesetzlichen Fahrlässigkeitsmaßstab nicht in Betracht (BGH, Urteil vom 25.9.2023 – VIa ZR 1/23, BeckRS 2023, 29219 Rn. 14 m.w.N.).

### 34

ff) Im Übrigen hat die Beklagte auf die Aufforderung in der Terminverfügung vom 17.05.2024 hin (Bl. 105 d. OLG-Akte) im Schriftsatz vom 04.06.2024 (Bl. 109/110 d. OLG-Akte) lediglich mitgeteilt, dass die „ausführliche BES/AES-Dokumentation samt detaillierter Darstellung des Thermofensters“ beim KBA am 21.10.2016 eingereicht worden und vom KBA am 08.11.2016 die Emissionstypgenehmigung und am 09.11.2016 die Gesamttypgenehmigung erteilt worden sei.

### 35

Ob sich die erteilte EG-Typgenehmigung allerdings auf die Abschaltseinrichtung in ihrer konkreten Ausführung auch unter Berücksichtigung etwaiger Kombinationen von – nicht notwendigerweise unzulässigen – Abschaltseinrichtungen erstreckt (vgl. dazu BGH, Urteil vom 26.06.2023 – VIa ZR 335/21, NJW 2023, 2259 Rn. 64), ist auf Grundlage dieses Vortrags nicht überprüfbar.

### 36

c) Der Kläger hätte das streitgegenständliche Fahrzeug nach der Überzeugung des Senats nicht zum vereinbarten Preis erworben, wenn er von der unzutreffenden Übereinstimmungsbescheinigung Kenntnis gehabt hätte. Zur Erwerbskausalität kann sich die Klagepartei bei der Inanspruchnahme der Beklagten auf Erstattung des Differenzschadens auf den – hier nicht widerlegten – Erfahrungssatz stützen, dass sie den

Kaufvertrag zu diesem Kaufpreis nicht geschlossen hätte (BGH, Urteil vom 26.06.2023, VIa ZR 335/21, NJW 2023, 2259 Rn. 55). Diesen Erfahrungssatz hat die Beklagte nicht widerlegt.

### 37

d) Der Differenzschaden wird vom Senat mit 10% des Bruttokaufpreises beziffert (3.760,00 €); unter Berücksichtigung der vorzunehmenden Vorteilsausgleichung (Nutzungschädigung und Restwert) verbleibt im Ergebnis ein Zahlungsbetrag von 3.191,40 €; im Einzelnen:

### 38

aa) Die Schätzung des Differenzschadens unterliegt in den Fällen des Vertrauens eines Käufers auf die Richtigkeit der Übereinstimmungsbescheinigung bei Erwerb eines mit einer unzulässigen Abschaltvorrichtung versehenen Kraftfahrzeugs unionsrechtlichen Vorgaben. Denn der Gerichtshof hat festgehalten, dass die vorzusehenden Sanktionen nach Art. 46 der RL 2007/46/EG und Art. 13 Abs. 1 der Verordnung (EG) Nr. 715/2007 wirksam, verhältnismäßig und abschreckend sein müssen und dass nationale Vorschriften dem Käufer die Erlangung eines angemessenen Schadensersatzes nicht praktisch unmöglich machen oder übermäßig erschweren dürfen. Daraus ergeben sich Vorgaben des Unionsrechts für die Anwendung des nationalen Rechts sowohl in Bezug auf die Untergrenze als auch auf die Obergrenze des nach § 823 Abs. 2 BGB in Verbindung mit § 6 Abs. 1, § 27 Abs. 1 EG-FGV zu gewährenden Schadensersatzes, die das Schätzungsermessen innerhalb einer Bandbreite zwischen 5% und 15% des gezahlten Kaufpreises rechtlich begrenzen (BGH, Urteil vom 26.06.2023, VIa ZR 335/21, WM 2023, 1514, 1524, Randziffer 73; s.a. Urteil vom 20.07.2023, III ZR 303/20, Randziffer 26 – nach juris; Urteil vom 11.09.2023, VIa ZR 1669/22, Randziffer 18 – nach juris; Urteil vom 20.07.2023, III ZR 267/20, WM 2023, 1839, 1843, Randziffer 34; Urteil vom 11.09.2023, VIa ZR 1533/22, Randziffer 11 – nach juris; Urteil vom 25.09.2023, VIa ZR 1/23, WM 2023, 2064, 2066, Randziffer 19; Urteil vom 16.10.2023, VIa ZR 14/22, WM 2023, 2193, 2194, Randziffer 13).

### 39

bb) Der Senat schätzt die Höhe des zu gewährenden Differenzschadens hier unter Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalls auf 10% des gezahlten Kaufpreises. Dabei berücksichtigt der Senat einerseits, dass bisher kein Rückruf durch das KBA wegen des Thermofensters vorliegt und damit die Gefahr eines Rückrufs zum maßgeblichen Erwerbszeitpunkt im Jahr 2017, auch aufgrund der früheren Verwaltungspraxis des KBA, gering war. Andererseits bestand selbst unter Zugrundelegung der von der Beklagten mitgeteilten Bedatung, nach der eine Abrampung bereits an der Grenze von „ca. + 12° C“ beginnt, auch im Erwerbszeitpunkt zumindest die abstrakte Gefahr eines Rückrufs. Denn nach der Rechtsprechung des EuGH ist eine Abschaltvorrichtung, die während des überwiegenden Teils eines Jahres unter den im Unionsgebiet herrschenden tatsächlichen Fahrbedingungen wirksam wäre und der Normalbetrieb daher in der Praxis weniger häufig zur Anwendung kommen würde als die Ausnahme (sog. verkehrstechnisches Kriterium), nicht notwendig im Sinne von Art. 5 Abs. 2 S. 2 Buchst. a VO (EG) Nr. 715/2007; dies würde dem mit der VO (EG) Nr. 715/2007 verfolgten Ziel, von dem diese Bestimmung nur unter ganz besonderen Umständen eine Abweichung zulässt, zuwiderlaufen und zu einer unverhältnismäßigen Beeinträchtigung des Grundsatzes der Begrenzung der Stickstoffoxid (NO<sub>x</sub>) – Emissionen von Fahrzeugen führen (EuGH, Urteil vom 14.07.2022 – C-134/20, EuZW 2022, 1073 Rn. 75 ff.). Nach dem eigenen Vortrag der Beklagten liegt die durchschnittliche jährliche Umgebungstemperatur während der tatsächlichen Fahrzeugnutzung im Unionsgebiet bei + 12° C (vgl. Berufungserwiderung vom 05.03.2024, S. 16 = Bl. 67 d. OLG-Akte).

### 40

cc) Der danach bestehende Differenzschadensersatzanspruch ist aber der Höhe nach durch die nach der Rechtsprechung des BGH (Urteil vom 26.06.2023, VIa ZR 335/21, NJW 2023, 2259 Rn. 80; Urteil vom 17.11.2022, Az. VII ZR 260/20, Rn. 25; Urteil vom 24.01.2022, Az. VIa ZR 100/21, Rn. 16 ff.; Urteil vom 06.07.2021, Az. VI ZR 40/20 Rn. 23 f.) im Wege der Vorteilsausgleichung zu berücksichtigenden Vorteilen des Klägers beschränkt. Insofern gelten die in der höchstrichterlichen Rechtsprechung entwickelten Maßstäbe zum „kleinen“ Schadensersatz nach § 826 BGB für den Differenzschaden sinngemäß (vgl. BGH, Urteil vom 6.7.2021 – VI ZR 40/20, BGHZ 230, 224 Rn. 23 f.; Urteil vom 24.1.2022 – VIa ZR 100/21, NJW-RR 2022, 1033 Rn. 17). Nutzungsvorteile und der Restwert des Fahrzeugs sind erst dann und nur insoweit schadensmindernd anzurechnen, als sie den Wert des Fahrzeugs bei Abschluss des Kaufvertrags (gezahlter Kaufpreis abzüglich Differenzschaden) übersteigen (vgl. BGH, Urteil vom 24.1.2022, a.a.O., Rn. 22). Der Restwert ist ohne Rücksicht darauf anzurechnen, ob er durch eine Weiterveräußerung realisiert worden ist (BGH, Urteil vom 27.11.2023 – VIa ZR 159/22, BeckRS 2023, 39066 Rn. 13).

#### 41

(1) Die anzusetzende Nutzungsentschädigung ist linear zu berechnen (vgl. hierzu BGH, Urteil vom 11.8.2022, VII ZR 499/21, juris Rn. 27). In ständiger Rechtsprechung nimmt der Senat im Rahmen seines Schätzungsermessens (§ 287 Abs. 1 Satz 1 ZPO) an, dass die durchschnittliche Gesamtlauflistung von Fahrzeugen wie das streitgegenständliche bei 250.000 km liegt. Dies gilt auch unter Berücksichtigung des Umstands, dass der Kläger auf Grundlage seiner bisherigen Fahrleistung nur knapp 7.000 km pro Jahr fährt. Diese Fahrleistung ist, worauf der Senat in der Terminverfügung vom 17.05.2024 (Bl. 105/106 d. OLG-Akte) hingewiesen hat, nicht so ungewöhnlich niedrig, dass im konkreten Fall ausnahmsweise eine geringere zu erwartende Gesamtfahrleistung anzunehmen wäre. Auf Grundlage der unstrittigen Laufleistung zum Stand 26.07.2024 (51.416 km) schätzt der Senat die Laufleistung zum maßgeblichen Schluss der mündlichen Verhandlung am 29.07.2024 auf 51.500 km. Damit beträgt die Nutzungsentschädigung auf Grundlage der linearen Berechnungsformel (Kaufpreis 36.700,00 € x gefahrene Strecke seit Erwerb 51.500 km ./ Restlaufleistung bei Erwerb 250.000 km) insgesamt 7.745,60 €.

#### 42

(2) Den Restwert des Fahrzeugs schätzt der Senat, was er zum Gegenstand der mündlichen Verhandlung vom 29.07.2024 gemacht hat (S. 2 des Protokolls = Bl. 138 d. OLG-Akte), auf Grundlage der terminsvorbereitend zum Stichtag 24.07.2024 erhaltenen SilverDAT-Auskunft auf 26.663,00 € (Händlerverkaufswert). Den gleichen Wert hat auch die Beklagte durch Vorlage eines eigenen DAT-Abfrageergebnisses vorgetragen (Anlage zum Schriftsatz vom 26.07.2024, Bl. 135 d. OLG-Akte). Eine Anpassung der Restwertschätzung zum Schluss der mündlichen Verhandlung aufgrund der inzwischen um wenige Kilometer höheren Fahrleistung und dem um wenige Tage höheren Alter des Fahrzeugs ist nicht geboten, da derart geringfügige Veränderungen nach Erfahrung des Senats aus zahlreichen Diesel-Parallelverfahren keine Auswirkungen auf die Restwertbewertung haben.

#### 43

Die FINbasierte und damit auf das streitgegenständliche Fahrzeug individualisierte DAT-Auskunft auf der Homepage der D A T 1 GmbH ([www.dat.de](http://www.dat.de)) ist eine geeignete Grundlage für die Schätzung des Restwerts eines Gebrauchtfahrzeugs gemäß § 287 Abs. 1 ZPO. Maßgeblich ist nach ständiger Rechtsprechung des Senats im Rahmen des tatrichterlich eingeräumten Ermessens der Händlerverkaufspreis als marktüblicher Preis, da der Kläger durch Gewährung des Differenzschadens bzw. „kleinen“ Schadensersatzes wegen der Enttäuschung des Käufervertrauens lediglich so behandelt wird, als wäre es ihm in Kenntnis der wahren Sachlage und der damit verbundenen Risiken gelungen, den Vertrag zu einem niedrigeren Preis, der ebenso ein Händlerverkaufspreis wäre, abzuschließen. Dieser Grundsatz ist nach Auffassung des Senats „spiegelbildlich“ auch im Rahmen der Bemessung der Vorteilsausgleichung zu berücksichtigen und daher der tatrichterlichen Bemessung der Händlerverkaufspreis zugrunde zu legen (vgl. auch zur tatrichterlich freien Bemessung des Nutzungsersatzes nach dem Brutto- oder Nettokaufpreis BGH Urteil vom 24.7.2023 – VIa ZR 752/22, BeckRS 2023, 23033 Rn. 20).

#### 44

(3) Die Summe aus Nutzungsentschädigung und Restwert beträgt damit 34.408,60 € und übersteigt den Wert des Fahrzeugs bei Abschluss des Kaufvertrags (gezahlter Kaufpreis abzüglich Differenzschaden = 33.840,00 €) um 568,60 €. Der verbleibende Differenzschaden beträgt danach 3.760,00 € – 568,60 € = 3.191,40 €.

#### 45

3. Da der Kläger bereits in der Klageschrift vom 17.08.2022 nur den Minderwert (damals als „kleinen“ Schadensersatz“) geltend gemacht und nicht wesentlich zu viel beantragt hat (vgl. hierzu BGH, Urteil vom 21.02.2022, VIa ZR 8/21, WM 2022, 731, 739, Randziffer 78; Urteil vom 09.10.2023, VIa ZR 26/21, WM 2023, 2190, 2191, Randziffer 12), sind Rechtshängigkeitszinsen ab dem auf die Zustellung der Klageschrift (08.09.2022) folgenden Tag, hier dem 09.09.2022 geschuldet (vgl. hierzu BGH, Urteil vom 09.10.2023, VIa ZR 26/21, WM 2023, 2190, 2191, Randziffer 12 m.w.N.).

#### 46

4. Ein Anspruch auf Erstattung der vorgerichtlichen Rechtsanwaltskosten (Berufungsantrag Nr. 2) besteht nicht.

#### 47

a) Im Rahmen der Geltendmachung als Teil des Differenzschadens nach § 823 Abs. 2 BGB i. V.m. § 6 Abs. 1, § 27 Abs. 1 EG-FGV sind vorgerichtliche Rechtsanwaltskosten von vornherein nicht ersatzfähig (BGH, Urteil vom 16.10.2023 – VIa ZR 14/22, BeckRS 2023, 32287 Rn. 13; Urteil vom 18.12.2023 – VIa ZR 1083/22, BeckRS 2023, 40383 Rn. 16).

**48**

b) Die Voraussetzungen einer Haftung nach §§ 826, 31 BGB, auf deren Grundlage eine Erstattung vorgerichtlicher Rechtsanwaltskosten grundsätzlich in Betracht käme, liegen nicht vor (siehe dazu unter 1.).

**49**

c) Ein Erstattungsanspruch aus § 280 Abs. 1 und 2, § 286 BGB besteht mangels Verzugs der Beklagten bei Auftragserteilung ebenfalls nicht. Verzugsbegründende Umstände sind nicht ersichtlich. Es fehlt bereits jeglicher Vortrag zu einem Verzugsseintritt der Beklagten vor Beauftragung der Prozessbevollmächtigten des Klägers.

III.

**50**

1. Die Kostenentscheidung für das erstinstanzliche Verfahren folgt aus § 92 Abs. 1 Satz 1 ZPO und für das Berufungsverfahren aus § 97, § 92 Abs. 1 Satz 1 ZPO. Die in beiden Instanzen geltend gemachten vorgerichtlichen Rechtsanwaltskosten waren, da sie 5% des fiktiven Gesamtstreitwerts (1. Instanz 8.738,56 €, 2. Instanz 6.858,56 €) übersteigen, bei der Kostenentscheidung zu Lasten des Klägers zu berücksichtigen (vgl. Zöller/Herget, ZPO, 35. Aufl. 2024, § 92 Rn. 11 m.w.N.).

**51**

2. Die Feststellung zur vorläufigen Vollstreckbarkeit des angefochtenen und dieses Urteils erfolgte gemäß § 708 Nr. 10 (analog), §§ 711, 713 ZPO.

**52**

3. Eine Zulassung der Revision kam mangels Vorliegens der Voraussetzungen des § 543 Abs. 2 Satz 1 ZPO nicht in Betracht. Auch ein Anlass für die im Schriftsatz vom 22.07.2024 (S. 2 = Bl. 112 d. OLG-Akte) beantragte Aussetzung des Verfahrens nach § 148 ZPO analog im Hinblick auf mehrere beim EuGH anhängige Vorabentscheidungssuchen des Landgerichts Ravensburg besteht nicht. Die europarechtliche und nationale Rechtslage zu den Voraussetzungen und der Bemessung eines Differenzschadens nach § 823 Abs. 2 BGB in Verbindung mit § 6 Abs. 1, § 27 Abs. 1 EG-FGV hat der BGH unter Berücksichtigung des Urteils des EuGH vom 21.03.2023 (C-100/21, NJW 2023, 1111) geklärt (vgl. Urteil vom 26.6.2023 – VIa ZR 335/21, NJW 2023, 2259; ebenso Urteile vom 20.07.2023 – III ZR 267/20, WM 2023, 1839 Rn. 21 ff.; – III ZR 303/20, juris Rn. 16 f.; Urteil vom 12.10.2023 – VII ZR 412/21, juris Rn. 20). Eine Aussetzung kommt daher nicht in Betracht (vgl. auch BGH, Urteil vom 4.12.2023 – VIa ZR 857/22, BeckRS 2023, 38917 Rn. 13).

**53**

4. Der Streitwert für das Berufungsverfahren war gemäß §§ 47, 48 GKG auf den in der Berufungsbegründung gestellten Hauptsacheantrag (5.640 €) festzusetzen. Die mit dem Berufungsantrag Nr. 2 geltend gemachten vorgerichtlichen Rechtsanwaltskosten wirken als Nebenforderung nicht streitwerterhöhend (§ 4 Abs. 1 HS 2 ZPO). gez.