

**Titel:**

**Kein Differenzschaden bei Erwerb eines mit einer unzulässigen Abschaltvorrichtung versehenen Fahrzeugs wegen Vorteilsausgleichung**

**Normenketten:**

BGB § 823 Abs. 2, § 826

EGFGV § 6 Abs. 1, § 27 Abs. 1

ZPO § 287

**Leitsätze:**

1. 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. 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. (Rn. 21) (redaktioneller Leitsatz)

2. Grundsätzlich gilt für den Nutzungersatz, dass der Wert des Gebrauchs eines Fahrzeugs nicht genau berechenbar ist. Daher muss er im Bestreitensfall analog § 287 Abs. 1 ZPO nach freiem Ermessen geschätzt werden. Bei der Schätzung des Werts der gezogenen Nutzungen ist die zeitanteilige lineare Wertminderung zugrunde zu legen, die ausgehend vom Bruttokaufpreis anhand eines Vergleichs zwischen tatsächlichem Gebrauch (gefahrte km) und voraussichtlicher Gesamtnutzungsdauer (erwartete Gesamtlauflistung) zu bestimmen ist, wobei von einer Gesamtlauflistung in Höhe von 250.000 km ausgegangen werden kann. (Rn. 23 – 25) (redaktioneller Leitsatz)

**Schlagworte:**

Vorteilsausgleichung, Thermofenster, Differenzschaden, Abschaltvorrichtung

**Vorinstanz:**

LG München II, Urteil vom 06.08.2021 – 6 O 3443/20

**Tenor**

I. Die Berufung der Klagepartei gegen das Urteil des Landgerichts München II vom 06.08.2021, Az. 6 O 3443/20, wird zurückgewiesen.

II. Die Kosten des Berufungsverfahrens trägt die Klagepartei.

III. Dieses Urteil und das Urteil des Landgerichts sind vorläufig vollstreckbar.

**Entscheidungsgründe**

A.

1

Die Parteien streiten um Schadensersatz nach Erwerb eines PKW der beklagten Herstellerin durch die Klagepartei.

2

Die Klagepartei erwarb am 22.11.2017 einen Gebrauchtwagen Audi Q7 FIN: ... (Erstzulassung: 01.06.2016) mit einem Kilometerstand von 27.138 km zu einem Kaufpreis von € 63.150 brutto von einer Privatperson. Im Fahrzeug ist ein von der Beklagten hergestellter Dieselmotor des Typs EA 897 mit der Schadstoffklasse Euro 6 verbaut. Das Fahrzeug wies am 07.07.2021 einen km-Stand von 81.363 km auf (Bl. 102, 108 d.A.). Das Fahrzeug wurde am 25.04.2022 an einen Dritten veräußert. Im Kaufvertrag sind als Gesamtpreis 44.500 EUR ausgewiesen sowie ein Kilometerstand von 81.160 km (Anlage zum Schriftsatz der Klagepartei vom 10.07.2025).

### 3

Die Klagepartei behauptet, das streitgegenständliche Fahrzeug verfüge über mehrere unzulässige Abschaltvorrichtungen, u.a. über ein sogenanntes Thermofenster, das die Abgasreinigung reduziere, sobald eine Temperatur von 17 °C unterschritten werde (Schriftsatz der Klagepartei vom 01.07.2025, S. 5 f.).

### 4

Die Klagepartei hat erstinstanzlich zuletzt beantragt,

1. Die Beklagte wird verurteilt, an den Kläger einen Betrag in Höhe von 63.150,00 € abzüglich einer Nutzungsentschädigung in Höhe von 7.241,67 € nebst Zinsen in Höhe von fünf Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 03.09.2020 Zug um Zug gegen Übergabe und Übereignung des Fahrzeugs Audi Q7 3.0 TDI, FIN: ... zu zahlen.
2. Es wird festgestellt, dass sich die Beklagte mit der Rücknahme des in Klageantrag zu 1) genannten Fahrzeugs seit dem 03.09.2020 im Annahmeverzug befindet.
3. Es wird festgestellt, dass die Beklagte verpflichtet ist, dem Kläger Schadensersatz zu bezahlen für Schäden, die aus der Manipulation des unter Ziff. 1) genannten Fahrzeuges durch die Beklagte resultieren.
4. Die Beklagte wird verurteilt, den Kläger von den Kosten der außergerichtlichen Rechtsverfolgung in Höhe von 2.918,56 € freizustellen.

### 5

Die Beklagte hat beantragt,

Klageabweisung.

### 6

Durch Endurteil vom 06.08.2021 (Bl. 115/125 d.A.), auf dessen Feststellungen ergänzend Bezug genommen wird, hat das Landgericht die Klage vollumfänglich abgewiesen.

### 7

Die Klagepartei greift das Urteil mit ihrer Berufung vollumfänglich an und verfolgte ihr erstinstanzliches Begehren zunächst vollumfänglich weiter.

### 8

Die Klagepartei beantragte zunächst (Bl. 135 f. d.A.),

das am 06.08.2021 verkündete Urteil des Landgerichts München II – 6 O 3443/20 zu ändern und wie folgt neu zu fassen:

1. Die Beklagte wird verurteilt, an den Kläger einen Betrag in Höhe von 63.150 € nebst Zinsen in Höhe von fünf Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 03.09.2020 Zug um Zug gegen Übergabe und Übereignung des Fahrzeugs Audi Q7 3.0 TDI, FIN: ... zu zahlen;
2. Es wird festgestellt, dass sich die Beklagte mit der Rücknahme des im Klageantrag zu 1) genannten Fahrzeugs seit dem 03.09.2020 im Annahmeverzug befindet;
3. Es wird festgestellt, dass die Beklagte verpflichtet ist, dem Kläger Schadensersatz zu bezahlen für Schäden, die aus der Manipulation des Fahrzeugs Audi Q7 3.0 TDI, FIN: ... durch die Beklagte resultieren.
4. Die Beklagte wird verurteilt, den Kläger von den Kosten der außergerichtlichen Rechtsverfolgung in Höhe von 2.918,56 € freizustellen;

### 9

Die Klagepartei beantragt zuletzt (Schriftsatz vom 01.07.2025, S. 1):

Die Beklagte wird verurteilt, an den Kläger einen Betrag in Höhe von 9.472,50 € (15% des gezahlten Kaufpreises) abzüglich Nutzungsvorteile, welche in das Ermessen des Gerichts gestellt werden, nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz ab Rechtshängigkeit zu zahlen.

### 10

Im Übrigen hat die Klagepartei im Termin zur mündlichen Verhandlung vor dem Senat am 10.07.2025 die Berufung zurückgenommen.

**11**

Für den Fall, dass das Gericht die Klage „aufgrund von Fragen des Nutzungsabzuges“ abzuweisen gedenkt, beantragt die Klagepartei,

das Verfahren einstweilen, bis zur Entscheidung des Europäischen Gerichtshofs in der Angelegenheit C-668/23, auszusetzen.

**12**

Die Beklagte beantragt (Bl. 172 d. A.)

die Berufung zurückzuweisen.

**13**

Die Beklagte verteidigt das Ersturteil unter Wiederholung und Vertiefung ihres erstinstanzlichen Vortrags und macht geltend, der Klagepartei stehe auch der geltend gemachte Differenzschadensersatz nicht zu. Mit Schriftsatz vom 02.07.2025 trägt die Beklagte ausführlich zum Verschulden im Rahmen des § 823 Abs. 2 BGB i. V. m. §§ 6 Abs. 1, 27 Abs. 1 EG-FGV vor. In der vorliegenden Konstellation sei Verschulden der Beklagten schon deshalb zu verneinen, weil ihr kein fahrlässiges Verhalten vorgeworfen werden könne. Zudem sei Verschulden der Beklagten auch deshalb zu verneinen, weil sie einem unvermeidbaren Verbotsirrtum hinsichtlich der Zulässigkeit des streitgegenständlichen Thermofensters unterlegen hätte.

**14**

Im Übrigen wird auf die im Berufungsverfahren gewechselten Schriftsätze nebst Anlagen sowie das Protokoll der mündlichen Verhandlung vom 10.07.2025 Bezug genommen.

B.

**15**

Die nach § 511 Abs. 1, Abs. 2 Nr. 1 ZPO statthafte und auch im Übrigen zulässige, insbesondere gemäß § 519 Abs. 1, Abs. 2, § 517 ZPO form- und fristgerecht eingelegte und gemäß § 520 Abs. 2, Abs. 3 ZPO begründete Berufung der Klagepartei hat keinen Erfolg.

**16**

Mangels eines Schadens der Klagepartei war die Klage auch hinsichtlich des zuletzt nur noch geltend gemachten Differenzschadensersatzanspruchs unbegründet.

**17**

I. Es war im Wege des streitigen Endurteils zu entscheiden. Die Klägervvertreterin hat zwar in der mündlichen Verhandlung vor dem Senat am 10.07.2025 erklärt, sie „beabsichtige in die Säumnis zu flüchten“. Zugleich hat sie jedoch zuvor Anträge gestellt und hat damit verhandelt (Seiler, in: Thomas/Putzo, ZPO, 45. Aufl. 2024, § 333 Rn. 1 m.w.N.). In diesem Fall liegt kein Fall der Säumnis vor (Seiler, a.a.O. unter Bezugnahme auf BGHZ 63, 94).

**18**

II. Die in der mündlichen Verhandlung vor dem Senat am 10.07.2025 von der Klagepartei beantragte Schriftsatzfrist war nicht zu gewähren und wurde daher vom Senat bereits mit Beschluss vom 10.07.2025 zurückgewiesen. Der Antrag auf Gewährung der Schriftsatzfrist lässt bereits nicht erkennen, zu welchem Thema die Schriftsatzfrist begehrt wird. Die von der Unterbevollmächtigten mitgeteilte telefonische Rücksprache mit dem Hauptbevollmächtigten, der angegeben habe, er müsse nochmals mit dem Mandanten sprechen, ist insoweit ungenügend.

**19**

III. Die erstmalige Geltendmachung des Differenzschadens im Berufungsverfahren ist zulässig. Die Geltendmachung des Differenzschadens anstelle des großen Schadensersatzes ist nicht als Klageänderung anzusehen, weil der Lebenssachverhalt im Übrigen unverändert ist (vgl. BGH NJW 2018, 1463 Rn. 53).

**20**

IV. Selbst unterstellt, im streitgegenständlichen Fahrzeug wäre eine unzulässige Abschaltvorrichtung verbaut und die Anspruchsvoraussetzungen lägen im Übrigen vor, hat die Klagepartei infolge der Anrechnung im Wege der Vorteilsanrechnung der Nutzungsvorteile und des Restwerts des Fahrzeugs im

vorliegenden Fall jedenfalls keinen Schaden. Dies gilt auch dann, wenn man im Ausgangspunkt den von der Klagepartei zuletzt geltend gemachten Differenzschaden in Höhe von 15% des Kaufpreises, also in Höhe von 9.472,50 € unterstellt.

## 21

1. Auf den Differenzschaden sind jedenfalls im Wege der Vorteilsausgleichung die Nutzungsvorteile und der Restwert des Fahrzeugs nach den Grundsätzen für die Berechnung des sogenannten kleinen Schadensersatzanspruchs anzurechnen (vgl. BGH NJW 2023, 2259 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 NJW-RR 2022, 1033 Rn. 22). Dies gilt auch, wenn im Rahmen des § 826 BGB der kleine Schadensersatz geltend gemacht wird (BGH, Urteil vom 24.01.2022 – VIa ZR 100/21 –, juris Rn. 22).

## 22

2. Der Klagepartei ist ein Nutzungsersatz iHv 18.756,40 EUR anzurechnen. Dieser berechnet sich wie folgt:

## 23

Grundsätzlich gilt für den Nutzungsersatz, dass der Wert des Gebrauchs eines Fahrzeugs nicht genau berechenbar ist. Daher muss er im Bestreitensfall analog § 287 Abs. 1 ZPO nach freiem Ermessen geschätzt werden (BGH NJW 2022, 463 Rn. 52 m.w.N.). Bei der Schätzung des Werts der gezogenen Nutzungen ist die zeitanteilige lineare Wertminderung zugrunde zu legen, die ausgehend vom Bruttokaufpreis anhand eines Vergleichs zwischen tatsächlichem Gebrauch (gefahrte km) und voraussichtlicher Gesamtnutzungsdauer (erwartete Gesamtleistung) zu bestimmen ist (BGH NJW 2022, 463 Rn. 55 m.w.N.). Dabei kommt folgende Formel zum Tragen (statt vieler BGH NJW-RR 2021, 1388 Rn. 13):

$$\text{Nutzungsvorteil} = \frac{\text{Bruttokaufpreis} \times \text{gefahrte Strecke (seit Erwerb)}}{\text{erwartete Restlaufleistung im Erwerbszeitpunkt}}$$

## 24

Der Senat geht von einer Gesamtleistung des streitgegenständlichen Fahrzeugs in Höhe von 250.000 km aus, da es sich um ein Fahrzeug handelt, das grundsätzlich auf eine umfangreiche und robuste Nutzung ausgelegt ist, die Beklagte selbst für sich in Anspruch nimmt, hochwertige Fahrzeuge anzubieten, die entsprechend gehobene Kaufpreise haben, und noch heute zahlreiche Dieselfahrzeuge der Beklagten mit einem identischen oder ähnlichen Baujahr zugelassen, betriebsbereit und im Verkehr sichtbar sind (Senat, Urteil vom 04.11.2021, Az. 29 U 234/19).

## 25

Der Senat geht in ständiger Rechtsprechung auch bei dem streitgegenständlichen Motor EA 897 mit der Schadstoffklasse Euro 6 von einer zu erwartenden Gesamtleistung von 250.000 km aus. Die Annahme einer Gesamtleistung im Bereich von 250.000 km bis 300.000 km für vom Dieselskandal betroffene Fahrzeuge des VW-Konzerns mit einem 3-Liter-Motor entspricht der Rechtsprechung der meisten Oberlandesgerichte (vgl. die Übersicht bei OLG Bremen, BeckRS 2023, 28546 Rn. 19 m.w.N.). Der Bundesgerichtshof hat Schätzungen einer Gesamtleistung auf 300.000 km mangels revisibler Überschreitung des trichterlichen Schätzungsermessens zwar ebenso wenig beanstandet wie solche auf 250.000 km (vgl. OLG Bremen, a.a.O., Rn. 19, 20), zugleich aber als „im eher oberen Bereich“ liegend bezeichnet (BGH, BeckRS 2022, 11216 Rn. 27). Vor diesem Hintergrund hält der Senat daran fest, dass die Schätzung auf 250.000 km die gewöhnlichen Qualitäts- und Nutzungsumstände auch bei Fahrzeugen des VW-Konzerns mit 3-Liter-Motoren angemessen abbildet.

## 26

Da das Fahrzeug zum Kaufzeitpunkt 27.138 km gefahren war, betrug die voraussichtliche Restlaufleistung im Erwerbszeitpunkt 222.862 km. Das Fahrzeug wies im Zeitpunkt der Veräußerung am 25.04.2022 einen km-Stand von geschätzt 93.331 km auf.

## 27

Der Senat zieht im Rahmen der Schätzung nicht den im Kaufvertrag vom 25.04.2022 angegebenen Kilometerstand von 81.160 km heran. Dieser Kilometerstand ist unplausibel, da das Fahrzeug – belegt durch eine Fotografie mit daneben gehaltener Tageszeitung (Bl. 108 d.A.) – bereits am 07.07.2021, also ein Dreivierteljahr vor der Veräußerung, einen km-Stand von 81.363 km aufwies (Bl. 102 d.A.). Angesichts dieser Sachlage schätzt der Senat – wie in der mündlichen Verhandlung vom 10.07.2025 erwogen – den Kilometerstand im Wege einer Hochrechnung – ausgehend von den von der Klagepartei gefahrenen Kilometern zwischen Erwerb und dem 07.07.2021 – im Veräußerungszeitpunkt am 25.04.2022 auf 93.331 km.

## 28

Unter Anwendung der oben dargestellten Formel ergibt sich bei einem Kaufpreis von 63.150 EUR und von der Klagepartei gefahrenen geschätzt 66.193 km ein im Wege der Vorteilsausgleichung in Abzug zu bringender Betrag in Höhe von 18.756,40 EUR.

## 29

3. Der Senat schätzt den Restwert zum Zeitpunkt der Weiterveräußerung am 25.04.2022 nach § 287 ZPO auf den zu diesem Zeitpunkt erzielten Erlös von 44.500,00 EUR, da weder vorgetragen noch sonst ersichtlich ist, dass dieser nicht den seinerzeitigen Marktgegebenheiten entsprochen hätte (vgl. OLG Celle BeckRS 2023, 36841 Rn. 150). Die von der Beklagten zulässiger Weise mit Nichtwissen bestrittene Behauptung der Klagepartei, vom Verkaufspreis entfielen 1.500,00 EUR auf einen Satz Winterreifen, der tatsächliche Verkaufspreis und der realisierte Restwert lägen daher bei 43.000,00 EUR, findet in dem vorgelegten Kaufvertrag vom 25.04.2022 keine Stütze. Diesem ist nicht zu entnehmen, dass Winterreifen Gegenstand des Kaufvertrages waren. Vielmehr ist unter III. Sondervereinbarungen“ handschriftlich „keine“ vermerkt.

## 30

4. Der um den unterstellten Differenzschaden geminderte Wert des Fahrzeugs bei Abschluss des Kaufvertrags beläuft sich auf 53.677,50 EUR (entspricht hier 85% des Kaufpreises in Höhe von 63.150 EUR).

## 31

Addiert man den Restwert des Fahrzeugs von 44.500,00 EUR und den Nutzungsersatz von 18.756,40 EUR, ergibt dies einen Betrag für die Vorteilsanrechnung von 63.256,40 EUR. Zwar ist dieser Betrag im Rahmen der Vorteilsausgleichung nur insoweit zu berücksichtigen ist, als er den um den Differenzschaden geminderten Wert des Fahrzeugs bei Abschluss des Kaufvertrags von 53.677,50 EUR übersteigt, also in Höhe von 9.578,90 EUR. Aber auch dieser Betrag zehrt den unterstellten Differenzschaden in Höhe von 9.472,50 EUR vollständig auf, sodass der Klagepartei kein Anspruch auf Ersatz des Differenzschadens zusteht.

## 32

V. Das Verfahren war nicht analog § 148 ZPO im Hinblick auf den Vorlagebeschluss des Landgerichts Ravensburg im Verfahren 2 O 232/20 (EuGH Rs. 668-23) auszusetzen.

## 33

1. Im Zusammenhang mit der „Rechtmäßigkeit des Nutzungsabzugs“ ist ein Verstoß gegen den Effektivitätsgrundsatz nicht ersichtlich. Der Europäische Gerichtshof hat festgestellt, dass in Ermangelung unionsrechtlicher Vorschriften über die Modalitäten für die Erlangung eines solchen Ersatzes [für eine unzulässige Abschaltvorrichtung] durch die betreffenden Käufer wegen des Erwerbs eines solchen Fahrzeugs es Sache jedes einzelnen Mitgliedstaats sei, diese Modalitäten festzulegen. Allerdings stünden nationale Rechtsvorschriften, die es dem Käufer eines Kraftfahrzeugs praktisch unmöglich machten oder übermäßig erschwerten, einen angemessenen Ersatz des Schadens zu erhalten, der ihm durch den Verstoß des Herstellers dieses Fahrzeugs gegen das in Art. 5 Abs. 2 VO Nr. 715/2007 enthaltene Verbot entstanden sei, nicht mit dem Grundsatz der Effektivität in Einklang. Unter diesem Vorbehalt sei darauf hinzuweisen, dass die nationalen Gerichte befugt seien, dafür Sorge zu tragen, dass der Schutz der unionsrechtlich gewährleisteten Rechte nicht zu einer ungerechtfertigten Bereicherung der Anspruchsberechtigten führe (EuGH (Große Kammer) Urt. vom 21.3.2023 – C-100/21 (QB/M... AG, vormals D. AG) = NJW 2023, 1111 Rn. 92-94 unter Bezugnahme auf EuGH ECLI:ECLI:EU:C:2021:249 = BeckRS 2021, 5310 Rn. 125 – B. N. B.). Hieraus hat der Bundesgerichtshof abgeleitet, dass die Vorteilsausgleichung

der Gewährung auch eines Schadensersatzes aus § 823 Abs. 2 BGB entgegenstehen könne, wenn der Differenzschaden vollständig ausgeglichen sei. Der Schutz der unionsrechtlich gewährleisteten Rechte führe nicht zu einer ungerechtfertigten Bereicherung der Anspruchsberechtigten (BGH NJW 2023, 2259 Rn. 80 unter Bezugnahme auf EuGH ECLI:ECLI:EU:C:2023:229 Rn. 94 = NJW 2023, 1111 – M...; sowie BGH VersR 2023, 192 = BeckRS 2022, 33443 Rn. 22). Ein Absehen von einer Berücksichtigung der Nutzungsvorteile und des Fahrzeugwerts im Wege des Vorteilsausgleichs liefere dem schadensrechtlichen Bereicherungsverbot zuwider auf einen Strafschadensersatz hinaus, der weder durch den Grundsatz des vollständigen Ersatzes des erlittenen Schadens noch durch den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit veranlasst sei (BGH BeckRS 2022, 33443 Rn. 22 unter Bezugnahme auf EuGH, Urteil vom 17. Dezember 2015 – C-407/14, juris Rn. 37; Urteil vom 8. Mai 2019 – C-494/17, juris Rn. 42). Dabei kann es keinen Unterschied machen, ob der Restwert des Fahrzeugs durch das Fahrzeug selbst im Vermögen des Geschädigten vorhanden ist, oder ihm – etwa im Wege einer Veräußerung – als Geldwert zugeflossen ist.

#### **34**

In seinem Urteil vom 1. August 2025 (C-666/23), dem dieselben Vorlagefragen zugrunde lagen wie in dem Verfahren C-668/23, hat der Europäische Gerichtshof bestätigt, dass das Unionrecht dahin auszulegen sei, dass es nicht daran hindere, auf den Schadenersatzbetrag einen Betrag anzurechnen, der dem Vorteil der Nutzung des Fahrzeugs entspricht (EuGH, Urteil vom 01.08.2025 – C-666/23, BeckRS 2025, 18666 Rn. 107).

#### **35**

2. Die in einer Vorlagefrage des Landgerichts Ravensburg im Verfahren 2 O 232/20 thematisierte Begrenzung des Schadensersatzes auf 15% ist vorliegend bereits nicht entscheidungserheblich, da die Klagepartei in ihrem zuletzt gestellten Antrag lediglich 15% des bezahlten Kaufpreises gefordert hat. Mehr könnte der Klagepartei daher bereits vor dem Hintergrund des § 308 Abs. 1 Satz 1 ZPO nicht zugesprochen werden.

#### **36**

3. Die weiteren Vorlagefragen des Landgerichts Ravensburg im Verfahren 2 O 232/20 sind ebenfalls nicht entscheidungserheblich, da die Haftung dem Grunde nach aus den o.g. Gründen im vorliegenden Fall dahinstehen kann.

C.

#### **37**

Die Entscheidung über die Kosten beruht auf §§ 97 Abs. 1, 516 Abs. 3 Satz 1 ZPO. Die Entscheidung über die vorläufige Vollstreckbarkeit ergibt sich aus §§ 708 Nr. 10, 711 ZPO.

#### **38**

Die Revision ist nicht zuzulassen. Die Rechtssache hat keine grundsätzliche Bedeutung im Sinne von § 543 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 ZPO und auch die Voraussetzungen des § 543 Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 ZPO liegen nicht vor.