
Datum: 23.07.2026
Gericht: Oberlandesgericht Hamm
Spruchkörper: 34. Zivilsenat
Entscheidungsart: Urteil
Aktenzeichen: 34 U 241/20
ECLI: ECLI:DE:OLGHAM:2026:0723:34U241.20.00

Vorinstanz: Landgericht Bochum, 4 O 423/19

Tenor:

Das am 21.10.2020 verkündete Urteil der 4. Zivilkammer des Landgerichts Bochum vom 30.11.2020 - Az.: 4 O 423/19 - wird wie folgt abgeändert:

Die Beklagte wird verurteilt, an den Kläger 1.498,91 EUR nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 31.1.2020 zu zahlen.

Im Übrigen wird die Klage abgewiesen.

Die weitergehende Berufung des Klägers wird zurückgewiesen.

Der Kläger hat 95 %, die Beklagte hat 5 % der Kosten des Rechtsstreits aller Instanzen einschließlich der Kosten des Revisionsverfahrens zu tragen.

Dieses Urteil ist vorläufig vollstreckbar.

Der Streitwert für das Berufungsverfahren wird auf bis 30.000 EUR festgesetzt.

Gründe	1
I.	2
Der Kläger macht gegen die Beklagte Ansprüche im Zusammenhang mit dem sogenannten Abgasskandal geltend.	3

Am 13.1.2014 erwarb der Kläger in T. einen gebrauchten, am 24.11.2010 erstzugelassenen PKW Mercedes-Benz GLK 350 CDI 4Matic mit einem Kilometerstand von 52.889 km zu einem Kaufpreis i.H.v. 33.600 EUR (Anlage K1a, Rechnung vom 13.1.2014; Bl. I-94/95). Das Fahrzeug wurde am 13.1.2014 an den Kläger übergeben. Es hat eine Motorleistung von 170 kW und einen Hubraum von 2.987 ccm.	4
Die Beklagte ist Herstellerin des Fahrzeugs und des darin verbauten Dieselmotors des Typs OM 642, Euro-5-Abgasnorm.	5
Das Fahrzeug ist zur Reduzierung von Abgasen mit einem Abgasrückführungssystem ausgestattet, welches unter anderem temperaturabhängig gesteuert wird (sogenanntes „Thermofenster“). Ferner verfügt das Fahrzeug über ein geregeltes Kühlmittelthermostat (sogenannte „Kühlmittel-Solltemperatur-Regelung“). Einzelheiten zu den vorgenannten Funktionen sind zwischen den Parteien im Streit.	6
Das Fahrzeug ist nicht von einem Rückruf des Kraftfahrtbundesamtes (KBA) betroffen. Die Beklagte bot dem Kläger mit Schreiben aus August 2019 (Anlage K3, Bl. I-110 ff) eine sogenannte freiwillige Kundendienstmaßnahme an. Der Kläger ließ das Software-Update nicht auf sein Fahrzeug aufspielen (Bl. I-756).	7
Mit anwaltlichem Schreiben vom 29.10.2019 (Anlage K1b, Bl. I-98 ff) forderte der Kläger die Beklagte erfolglos zum Schadensersatz auf.	8
Wegen der Einzelheiten des Sach- und Streitstandes sowie des weiteren Vorbringens der Parteien bis zum Urteil des Senats vom 7.10.2021, berichtigt durch Beschluss vom 27.12.2021, wird auf den Tatbestand dieser Entscheidung verwiesen, mit der der Senat die Berufung des Klägers zurückgewiesen hatte (Bl. I-549 ff d.A.).	9
Die hiergegen gerichtete Revision des Klägers hat teilweise Erfolg gehabt. Der BGH hat das Urteil vom 7.10.2021 im Kostenpunkt und insoweit aufgehoben, als die Berufung des Klägers hinsichtlich der Berufungsanträge zu 1) bis 3) zurückgewiesen worden ist. Im Umfang der Aufhebung hat er die Sache zur neuen Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten des Revisionsverfahrens, an das Berufungsgericht zurückverwiesen.	10
Der BGH hat zur Begründung ausgeführt, es begegne keinen revisionsrechtlichen Bedenken, dass das Berufungsgericht eine Haftung der Beklagten aus §§ 826, 31 BGB verneint habe. Die von der Revision dagegen erhobenen Verfahrensrügen habe der Senat geprüft und nicht für durchgreifend erachtet. Die Revision wende sich jedoch mit Erfolg dagegen, dass das Berufungsgericht eine Haftung der Beklagten nach § 823 Abs. 2 BGB in Verbindung mit § 6 Abs. 1, § 27 Abs. 1 EG-FGV aus Rechtsgründen abgelehnt habe. Wie der Senat nach Erlass des angefochtenen Urteils entschieden habe, seien die Bestimmungen der § 6 Abs. 1, § 27 Abs. 1 EG-FGV (aF) Schutzgesetze im Sinne des § 823 Abs. 2 BGB, die das Interesse des Fahrzeugkäufer gegenüber dem Fahrzeughersteller wahren, nicht durch den Kaufvertragsabschluss eine Vermögenseinbuße im Sinne der Differenzhypothese zu erleiden, weil das Fahrzeug entgegen der Übereinstimmungsbescheinigung eine unzulässige Abschaltvorrichtung im Sinne des Art. 5 Abs. 2 Satz 1 der Verordnung (EG) Nr. 715/2007 aufweise. Das Berufungsgericht habe daher zwar zu Recht einen Anspruch des Klägers auf die Gewährung sogenannten "großen" Schadensersatzes verneint. Es habe jedoch nicht berücksichtigt, dass dem Kläger nach § 823 Abs. 2 BGB in Verbindung mit § 6 Abs. 1, § 27 Abs. 1 EG-FGV ein Anspruch auf Ersatz eines erlittenen Differenzschadens zustehen könne. Demzufolge habe das Berufungsgericht - von seinem Rechtsstandpunkt aus folgerichtig - weder dem Kläger Gelegenheit zur Darlegung eines solchen Schadens gegeben, noch habe	11

es Feststellungen zu einer deliktischen Haftung der Beklagten wegen des zumindest fahrlässigen Einbaus einer unzulässigen Abschaltvorrichtung getroffen.

Der Kläger hat im Anschluss daran Gelegenheit zur Stellungnahme zum Differenzschaden erhalten. 12

Er begehrt nach einer Antragsumstellung nunmehr allein den „Differenzschaden“, welcher auf 15 % des Kaufpreises von 33.600 EUR, mithin 5.040 EUR, beziffert werde. Das streitgegenständliche Fahrzeug sei im Zeitpunkt des Erwerbs durch die Klagepartei nicht die gezahlten 33.600 EUR, sondern tatsächlich nur 28.560 EUR wert gewesen. 13

Es sei durch die unstreitige Verwendung der Abschaltvorrichtung Kühlmittel-Solltemperaturregelung (KSR) vom Abgasskandal betroffen und somit mit einem Makel behaftet, der unmittelbar zu einem geringeren Wiederverkaufswert führe. 14

Hintergrund der Antragsumstellung sei, dass der BGH entschieden habe, dass den Regelungen in §§ 6; 27 EG-FGV sowie den Vorschriften der Verordnung (EG) Nr. 715/2007 ein Schutzgesetzcharakter zugunsten des Erwerbers eines vom Dieselskandal betroffenen Fahrzeugs zukomme und der Fahrzeughersteller daher nach § 823 Abs. 2 BGB in Verbindung mit § 6 Abs. 1, § 27 Abs. 1 EG-FGV hafte. In Ansehung des Urteils des EuGH vom 21.3.2023, C-100/21, stehe dem Erwerber des Fahrzeugs ein „Differenzschaden“ zu. 15

Nach Rechtsprechung des BGH zum kleinen Schadensersatzes nach §§ 826, 31 BGB (Urteil vom 24.1.2022, VIa ZR 100/21) seien Nutzungsvorteile und der Restwert des Fahrzeugs auf den Anspruch auf kleinen Schadensersatz erst dann und nur insoweit schadensmindernd anzurechnen, als sie den tatsächlichen Wert des Fahrzeugs bei Abschluss des Kaufvertrags überstiegen. 16

Gehe man also davon aus, dass das hier in Rede stehende Fahrzeug bei Vertragsschluss lediglich 28.560 EUR wert gewesen sei, komme eine Anrechnung folglich erst dann und nur in dem Umfang infrage, in dem die Klagepartei höhere Vorteile gezogen habe. 17

Die aktuelle Laufleistung des streitgegenständlichen Fahrzeugs betrage ca 170.500 km. Seit Erwerb (52.889 km, vgl. Anlage K 1a) habe sich die Laufleistung des streitgegenständlichen Fahrzeugs somit um 117.611 km erhöht. Die von der Klagepartei gezogenen Nutzungsvorteile beliefen sich dadurch auf 13.300,51 EUR: Dieser Betrag ergebe sich, wenn man den von der Klagepartei gezahlten Kaufpreis für das Fahrzeug (33.600 EUR) mit den gefahrenen Kilometern (117.889 km) multipliziere und durch die voraussichtliche Restlaufleistung im Erwerbszeitpunkt (297.111 km = 350.000 km abzgl. vorgenannte 52.889 km) teile. 18

Der aktuelle Restwert des Fahrzeugs betrage maximal 10.000 EUR. Die Ehefrau des Klägers habe für das streitgegenständliche Fahrzeug ein entsprechendes, aktuelles Ankaufsangebot eines Händlers eingeholt. 19

Da sich durch die Addition der Nutzungsvorteile (13.300,51 EUR) und des maximalen Restwerts (10.000 EUR) ein Betrag von 23.300,51 EUR ergebe, dieser Betrag den tatsächlichen Wert des Fahrzeugs bei Kauf (28.560 EUR, s.o.) nicht übersteige, habe eine schadensmindernde Anrechnung auf den der Klagepartei zustehenden Differenzschaden nicht zu erfolgen. 20

Bei der Zuerkennung des Differenzschaden sei die Verzinsung nach § 291 BGB mit dem auf die Rechtshängigkeit folgenden Tag (§ 187 Abs. 1 BGB analog) der zunächst auf den sog. großen Schadensersatz erhobenen Klage zuzusprechen.

Da es sich bei der Umstellung von „großen Schadensersatz“ auf den Differenzschadensersatzanspruch nicht um einen neuen Anspruch im Sinne einer Klageerweiterung (§ 263 Nr. 2 und Nr. 3 ZPO) oder Klageänderung (§ 263 ZPO) handele, sondern nur um eine stets zulässige Klageänderung, die den Klageanspruch nicht quantitativ erhöht, seien Rechtshängigkeitszinsen ab dem auf die Zustellung der ursprünglichen Klage folgenden Tag zuzusprechen.

Zwischen den Parteien des Rechtsstreits sei unstreitig, dass in dem streitgegenständlichen Fahrzeug die KSR verwendet werde und durch das aufzuspielende Softwareupdate entfernt werden solle.

Die KSR sei eine Abschaltvorrichtung im Sinne von Art. 3 Nr. 10, Art. 5 I VO (EG) Nr. 715/2007, denn auch nach der Darstellung der Beklagten werde bei der KSR die Solltemperatur für das Kühlmittelthermostat von 95°C unter bestimmten Betriebsumständen auf 70°C abgesenkt, wodurch eine frühere Zuschaltung des großen Kühlkreislaufes bewirkt werde, welche zu einer langsameren Erwärmung des Motors führe und aufgrund der so länger vorherrschenden kühleren Motortemperaturen höhere AGR-Raten ermögliche. Da dieses durch die KSR optimierte Emissionsverhalten nur während der Warmlaufphase des Motors aufrechterhalten werde, aber auch Fahrten jenseits der Warmlaufphase - bspw. das Fahren mit betriebswarmem Motor - zu den Bedingungen im Sinn von Art. 3 Nr. 10 VO (EG) Nr. 715/2007 gehörten, die bei normalem Fahrzeugbetrieb vernünftigerweise zu erwarten seien, handele es sich bereits aus diesem Grund um eine Abschaltvorrichtung.

Unstreitig komme die KSR bei allen OM 651 Motoren der Beklagten zur Anwendung, die vor Mitte des Jahres 2018 gebaut worden seien sowie den OM 642 Motoren der EU Norm 5. Der Kläger verweist hierzu auf eine Auskunft des Kraftfahrt-Bundesamts vom 25.8.2022 gegenüber dem OLG Celle im Verfahren 16 U 594/21.

Die KSR sei im dort wie hier streitgegenständlichen Fahrzeug jedoch vom KBA nicht als unzulässig eingestuft worden, weil auch mit aktivierter KSR die gesetzlich vorgeschriebenen Grenzwerte eingehalten würden (Stellungnahme KBA vom 25.8.2022, Seite 2, vierter und fünfter Absatz), mithin die KSR im dort wie hier streitgegenständlichen Fahrzeug nicht grenzwertkausal sei. Das Kraftfahrt-Bundesamt verkenne jedoch, dass es sich bei der fehlenden Grenzwertkausalität nicht um einen Ausnahmetatbestand des Artikel 5 Abs. 2 Satz 2 der Verordnung (EG) 715/2007 handele.

Die Beklagte könne sich zudem nicht auf einen unvermeidbaren Verbotsirrtum berufen, denn sie habe einen Rechtsirrtum hinsichtlich der fehlenden Grenzwertkausalität als Ausnahmetatbestand des Art. 5 Abs. 2 S. 2 VO (EG) Nr. 715/2007 nicht konkret dargelegt.

Da es bereits an der Darlegung eines Verbotsirrtums fehle, komme es nicht darauf an, ob sich die Beklagte auf eine Unvermeidbarkeit eines solchen Irrtums berufen oder zu ihrer Entlastung darlegen könnte, diese Rechtsauffassung wäre bei entsprechender Nachfrage von der für die EG-Typgenehmigung oder für anschließende Maßnahmen zuständigen Behörde bestätigt worden.

Das Bereitstellen eines Softwareupdates durch die Beklagte sei nicht als Aufwertung des Fahrzeugs als Vorteil zu berücksichtigen bzw. mindere das Update den Differenzschaden

22

23

24

25

26

27

28

29

nicht.

Durch das von der Beklagten angebotene Softwareupdate könnten Folgemängel auftreten, was auch die Beklagte gegenüber Fahrzeughaltern einräume. So komme es z.B. zu einer schnelleren Versottung des Ventils für die Abgasrückführung (AGR-Ventil) nach dem Software-Update, da die mit dem aufgespieltem Softwareupdate die Abgasrückführraten erhöht würden, um den Ausstoß von Stickoxiden zu senken. 30

Auch komme es nach Updateaufspielung vermehrt zu unruhig laufenden Motoren und erhöhtem Kraftstoffverbrauch. 31

Entsprechend informiere die hiesige Beklagte die Fahrzeughalter mit einer sog. Kundenbenachrichtigungen wie folgt: 32

„Für den Fall, dass es in Folge des Software-Updates wider Erwarten zu einem Schaden an einem Bauteil der Abgasrückführung kommt, wenden Sie sich bitte an einen autorisierten Mercedes-Benz Servicebetrieb. Sollte der Schaden durch das Software-Update verursacht worden sein, wird dieser ihr Fahrzeug selbstverständlich kostenlos reparieren.“ 33

Die Beklagte biete zwar an, Schäden, die sich auf das Update zurückführen lassen, kostenfrei zu reparieren. Für den Nachweis der Kausalität, d.h., die Zurückführung des Schadens auf das Softwareupdate, sei jedoch der Fahrzeughalter beweisbelastet. Einen solchen Beweis könne dieser jedoch nur durch ein Sachverständigengutachten führen, dessen Kosten der Fahrzeughalter vorstrecken müsste. Eine Garantieerklärung gebe die Beklagte den Fahrzeughaltern, die das Softwareupdate aufspielen, explizit nicht. 34

Weitergehend würden durch das Softwareupdate nicht sämtliche Abschaltseinrichtungen vom streitgegenständlichen Fahrzeug entfernt. Unstreitig verfüge das Fahrzeug auch nach Update weiterhin über eine Abschaltseinrichtung in Form eines Thermofensters, dessen Temperaturrahmen mit dem Softwareupdate lediglich modifiziert werde. 35

Bereits in der Klageschrift werde unter Beweisantritt vorgetragen, dass das streitgegenständliche Fahrzeug eine Abschaltseinrichtung in Form eines Thermofensters besitze, bei welchem bei einer Umgebungslufttemperatur 7°C oder darunter die Abgasrückführung um bis zu 48 % niedriger sei als bei höheren Temperaturen. 36

Die Beklagte trage bislang nicht konkret zur Bedatung des durch das Software-Update ausgeweiteten Thermofensters vor. Mangels konkreter Angaben hierzu sei es nicht möglich zu prüfen, ob durch dieses Update eine signifikante Reduzierung der Gefahr von Betriebsbeschränkungen erreicht werde. 37

Unabhängig hiervon könne das von der Beklagten angebotene Update den Schaden nicht vollständig entfallen lassen. Seitdem im Jahr 2015 die ersten emissionsbezogenen Rückrufe von Pkw in Deutschland ergangen seien, sei es Fahrzeugherstellern stets gelungen, Softwareupdates zu entwickeln, welche die Abschaltseinrichtungen modifizierten und vom KBA freigegeben worden seien. Unterstellt, das angebotene Update ließe einen Schaden entfallen, könnte ausschließlich im Falle einer unvermeidbaren Fahrzeugstilllegung ein Differenzschaden zuerkannt werden. Faktisch könnte es dann keinen Differenzschaden geben, da bei allen betroffenen Herstellern Softwareupdates entweder im Rahmen freiwilliger Kundendienstmaßnahmen oder im Rahmen von Pflichtrückrufen angeboten würden. Diese Rechtsfolge habe weder der BGH in seinen Urteilsausführungen herbeiführen wollen noch wäre dies europarechtskonform. 38

Der Kläger beantragt nunmehr nach Antragsumstellung:	39
die Beklagte zu verurteilen, an den Kläger 5.040 EUR nebst Zinsen in Höhe von fünf Prozentpunkten über dem jeweiligen Basiszinssatz seit Rechtshängigkeit zu zahlen.	40
Die Beklagte beantragt:	41
die Berufung zurückzuweisen.	42
Die Beklagte trägt zum Thermofenster vor, bei betriebswarmem Motor werde die Rate der Abgasrückführung („AGR“) nach dem Aufspielen des Software-Updates erst unterhalb von Umgebungslufttemperaturen von ungefähr -10°C und oberhalb von Umgebungslufttemperaturen von ungefähr +40°C schrittweise reduziert. Sofern man diese verbleibenden temperaturabhängigen Steuerungen überhaupt als Veränderung des Emissionskontrollsystem unter normalen Betriebsbedingungen einordnen wollte, seien diese jedenfalls aus Motorschutzgründen gerechtfertigt. Dies habe der Kläger nicht bestritten.	43
Die Beklagte macht geltend, der Kläger habe das streitgegenständliche Fahrzeug trotz der intensiven, öffentlichen Diskussion seit der Ad-Hoc Mitteilung von M. am 22.09.2015 über Jahre weiter genutzt und sich nicht in nachvollziehbar zeitlichem Zusammenhang hierzu um eine Rückabwicklung oder um Schadensersatz bemüht. Damit zeige der Kläger, dass er durch das etwaige Vorhandensein einer Abschaltvorrichtung nicht beschwert sei.	44
Die Beklagte bestätigt nochmals, dass im streitgegenständlichen Fahrzeug die ursprünglich aktive Kühlmittelsolltemperaturregelung („KSR“) deaktiviert worden sei. Es lasse sich trotz intensiver und umfangreicher Erprobungen vor Genehmigung des Software-Updates nie mit absoluter Sicherheit ausschließen, dass es in sehr seltenen Einzelfällen, etwa bedingt durch ungewöhnliches bisheriges oder aktuelles Fahrverhalten, zu Problemen im Zusammenspiel mit der vorhandenen Hardware kommen könnte, doch könnten solche Einzelfälle von Problemen durchaus ganz andere Ursachen als ein Software-Update haben, so dass es auch an einer Kausalität fehlen würde.	45
Die Beklagte behauptet, dass das Fahrzeug einen Restwert von 15.000 EUR habe. Sie legt hierzu vier Verkaufsangebote über 15.990 EUR, 13.900 EUR, 13.970 EUR und 13.990 EUR vor.	46
II.	47
Die Berufung ist zulässig und hat teilweise Erfolg.	48
Der Kläger hat gegen die Beklagte einen Anspruch auf Zahlung von 1.498,91 EUR nebst Zinsen.	49
I.	50
Nach den Klarstellungen des Klägers im Schriftsatz vom 4.5.2026 ist allein noch der Differenzschadensersatzanspruch nach § 823 Abs. 2 BGB in Verbindung mit § 6 Abs. 1, § 27 Abs. 1 EG-FGV zu prüfen. Die Voraussetzungen einer Haftung nach einer anderen Vorschrift, namentlich einer Haftung nach § 826 BGB, wären zudem weiterhin nicht dargetan. Ergänzend wird auf die bisherigen Ausführungen des Senats verwiesen.	51
II.	52
	53

Dem Kläger steht dem Grunde nach ein Differenzschadensersatzanspruch nach § 823 Abs. 2 BGB in Verbindung mit § 6 Abs. 1, § 27 Abs. 1 EG-FGV zu.

1) 54

Die Beklagte hat das streitgegenständliche Fahrzeug mit einer unzutreffenden Übereinstimmungsbescheinigung in den Verkehr gebracht (§§ 6 Abs. 1 Satz 1, 27 Abs. 1 Satz 1 EG-FGV). 55

Eine Übereinstimmungsbescheinigung ist unzutreffend, wenn das betreffende Kraftfahrzeug mit einer gemäß Art. 5 Abs. 2 der Verordnung (EG) Nr. 715/2007 unzulässigen Abschalteinrichtung ausgerüstet ist, ohne dass es dabei auf den Inhalt der zugrundeliegenden EG-Typgenehmigung ankommt (vgl. BGH, Urteil vom 26.6.2023, VIa ZR 335/21, juris Rn. 34; Urteil vom 20.7.2023, III ZR 267/20, juris Rn. 27, 26). Art. 3 Nr. 10 der Verordnung (EG) Nr. 715/2007 definiert eine Abschalteinrichtung wie folgt: „Ein Konstruktionsteil, das die Temperatur, die Fahrzeuggeschwindigkeit, die Motordrehzahl (UpM), den eingelegten Getriebegang, den Unterdruck im Einlasskrümmer oder sonstige 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.“ Maßgeblich ist die objektive Rechtslage und nicht die subjektive Sichtweise der Verantwortlichen der zuständigen Aufsichtsbehörde (vgl. BGH, Urteil vom 8.12.2021, VIII ZR 190/19, juris Rn. 81, 82; Beschluss vom 24.7.2023, VIa ZB 10/21, juris). 56

a) 57

Sowohl das zum Zeitpunkt des Kaufs als auch das nach - unterstelltem - Aufspielen des von der Beklagten angebotenen Softwareupdates noch vorhandene Thermofenster stellen eine Abschalteinrichtung i.S.d. Art. 3 Nr. 10 der Verordnung (EG) Nr. 715/2007 dar. Die nachfolgenden Ausführungen beziehen sich auf das Thermofenster zum Zeitpunkt der Auslieferung des Fahrzeugs; auf das nach (unterstellten) Aufspielen eines Softwareupdates noch vorhandene Thermofenster ist im Rahmen des Vorteilsausgleichs einzugehen. 58

Bei der Subsumtion unter Art. 3 Nr. 10 der Verordnung (EG) Nr. 715/2007 ist nach der Rechtsprechung des EuGH auf die Verwendung des Fahrzeugs unter Fahrbedingungen abzustellen, wie sie im gesamten Unionsgebiet üblich sind (vgl. EuGH, Urteile vom 14.7.2022, C-128/20, juris Rn. 40; C-134/20 und C-145/20, jeweils zitiert über juris). Dieses Verständnis des Art. 3 Nr. 10 der Verordnung (EG) Nr. 715/2007 trägt dem räumlichen Geltungsbereich der Verordnung Rechnung. Für die Bewertung einer Vorrichtung als Abschalteinrichtung im Sinne des Art. 3 Nr. 10 der Verordnung (EG) Nr. 715/2007 können deshalb nicht nur die tatsächlichen Fahrbedingungen und darunter die Temperaturverhältnisse in einem Mitgliedstaat oder gar nur in bestimmten Regionen von Mitgliedstaaten von Bedeutung sein (vgl. BGH, Urteil vom 26.6.2023, VIa ZR 335/21, juris Rn. 50). Hierbei sind weder die Durchschnittstemperaturen noch der Median, sondern allein die üblichen Temperaturen maßgeblich, an denen sich das Thermofenster orientiert. 59

Der Kläger trägt vor, bei einer Umgebungslufttemperatur von zum Beispiel 7°C oder darunter sei die Abgasrückführung um bis zu 48 % niedriger als bei höheren Temperaturen. Beim Unterschreiten einer bestimmten Temperatur werde die Abgasrückführung ganz abgeschaltet (Bl. I-52 d.A.). 60

Die Beklagte bestreitet das Vorhandensein eines Thermofenster nicht. Sie trägt vor, bei der temperaturabhängigen Steuerung der Abgasrückführung, handele es sich bei Herstellung des Fahrzeugs um einen den Behörden bekannten und zulässigen Industriestandard; die Beklagte habe das KBA bei der Beantragung der Genehmigungen regelmäßig auch auf die temperaturabhängige Steuerung der Abgasrückführung (die sog. AGR-Rate) hingewiesen. Eine Veränderung der gesetzlich vorgegebenen Prüfbedingungen (beispielsweise der Umgebungstemperatur u.a.) wirke sich auf das Emissionsverhalten des Fahrzeugs aus (Bl. I-280 d.A.). Damit hat die Beklagte eine fortlaufende Modulation der AGR im laufenden Fahrbetrieb vorgetragen, die auch von der Umgebungstemperatur abhängt.

Die Beklagte hat keinen Temperaturverlauf des Thermofensters (bezogen auf die Zeit vor dem Softwareupdate) aufgezeigt, nach dem dieses lediglich außerhalb der im Unionsgebiet üblichen Fahrbedingungen eine Reduzierung der AGR bewirken würde. Zum Vortrag des Klägers, das Thermofenster komme zum Beispiel bei 7°C und damit unter Fahrbedingungen, wie sie im gesamten Unionsgebiet üblich sind, zur Anwendung, hat sie vorgetragen: „Insbesondere erfolgt keine Reduzierung der Abgasrückführungsrate um 48% bei 7°C.“ Sie hat aber damit nicht bestritten, dass es bei 7°C zu einer Reduzierung der AGR komme, sondern nur, dass es zu einer Reduzierung um 48 % komme. Auch sonst hat sie dem Vortrag des Klägers zum Thermofenster nichts Substantielles entgegen gesetzt. Soweit sie vorträgt: „Das AGR-System im streitgegenständlichen Fahrzeug ist selbst bei zweistelligen Minusgraden noch aktiv.“ (Bl. I-285) besagt dies nichts über eine Reduktion der AGR.

Dementsprechend liegt eine Abschalteneinrichtung vor.

bb)

Die Beklagte hat nicht dargetan, dass die Abschalteneinrichtung (wiederum bezogen auf die Zeit vor dem Softwareupdate) ausnahmsweise zulässig wäre.

Der Beklagten als Anspruchsgegnerin obliegt die Darlegungs- und Beweislast dafür, dass eine festgestellte Abschalteneinrichtung zulässig ist. Das ergibt sich aus dem Regel-Ausnahme-Verhältnis des Art. 5 Abs. 2 der Verordnung (EG) Nr. 715/2007, weil die Verwendung einer Abschalteneinrichtung nach Art. 5 Abs. 2 Satz 1 der Verordnung (EG) Nr. 715/2007 grundsätzlich unzulässig und nur unter den besonderen Voraussetzungen des Art. 5 Abs. 2 Satz 2 der Verordnung (EG) Nr. 715/2007 ausnahmsweise zulässig ist. Der Darlegungs- und Beweislast wird nicht genügt, wenn pauschal vorgetragen wird, in dem Fahrzeug sei keine unzulässige Abschalteneinrichtung verbaut (vgl. BGH, Urteil vom 26.6.2023, VIa ZR 335/21, juris Rn. 54). Ergänzend ist zu berücksichtigen, dass die Ausnahmetatbestände des Art. 5 Abs. 2 Satz 2 VO 715/2007/EG eng auszulegen sind, um das grundsätzlich geltende Verbot von Abschalteneinrichtungen nicht auszuhöhlen (BGH, Urteil vom 8.12.2021, VIII ZR 190/19, Rn. 76).

Das pauschale Vorbringen, im Fahrzeug sei keine unzulässige Abschalteneinrichtung verbaut, genügt somit der Darlegungslast der Beklagten nicht. Entsprechendes gilt für die von der Beklagten wiedergegebene Auffassung des KBA, wonach beim streitgegenständlichen Fahrzeug keine unzulässige Abschalteneinrichtung festgestellt worden sei.

Die Ausnahmegvorschrift des Art. 5 Abs. 2 Satz 2 lit. a der Verordnung (EG) Nr. 715/2007 greift nicht ein, auch wenn die Beklagte vorträgt, das Thermofenster sei zum Schutz des Motors erforderlich.

Die von der Beklagten primär herangezogenen Gründe des Motorschutzes (Schutz vor Ablagerungen, Versottung, Verlackung, Kondensatbildung und Vereisung, Probleme der Ölverdünnung und des Rußeintrags) sind von vornherein ungeeignet, um unter diese eng auszulegende Ausnahmenvorschrift subsumiert zu werden. Das in Art. 5 Abs. 2 Satz 2 lit. a der Verordnung (EG) Nr. 715/2007 vorgesehene Verbot würde ausgehöhlt und jeder praktischen Wirksamkeit beraubt, wenn es zulässig wäre, dass die Hersteller Fahrzeuge allein deshalb mit solchen Abschaltseinrichtungen ausstatten (müssen), um den Motor vor Verschmutzung und Verschleiß zu schützen. Eine Abschaltseinrichtung kann nach der Ausnahmenvorschrift in Art. 5 Abs. 2 Satz 2 lit. a der Verordnung (EG) Nr. 715/2007 nur gerechtfertigt sein, wenn sie ausschließlich dazu dient, die aufgrund dieser Fehlfunktion nunmehr eintretenden unmittelbaren Risiken für den Motor in Form von Beschädigung oder Unfall zu verhindern. Nach dem Vortrag der Beklagten geht es primär darum, aus Gründen, die sich aus der Konstruktion des Emissionskontrollsystems ergeben, einer Fehlfunktion eines solchen Bauteils vorzubeugen. Nach der Rechtsprechung des EuGH kann eine die Wirkung des Emissionskontrollsystems verringernde Abschaltseinrichtung gemäß Art. 5 Abs. 2 Satz 2 lit. a der Verordnung (EG) Nr. 715/2007/EG jedoch nur zulässig sein, wenn sie es ermöglicht, den Motor vor plötzlichen und außergewöhnlichen Schäden, und nicht vor im Prinzip vorhersehbaren und der normalen Funktionsweise inhärenten Folgen zu schützen (vgl. EuGH, Urteil vom 17.12.2020, C-693/18, ZIP 2021, S. 1606, Rn. 109 f.; Urteil vom 14.7.2022, C-145/20, juris Rn. 64, 65). Die vorgetragenen Verschmutzungen und der Verschleiß des Motors sind keine „Beschädigung“ oder „Unfall“ im Sinne von Art. 5 Abs. 2 Satz 2 lit. a VO (EG) 715/2007 (vgl. [EuGH, Urteil vom 14.7.2022, C-128/20](#), juris Rn. 54). Zudem handelt es sich beim Abgasrückführungssystem nicht um einen Bestandteil des Motors (vgl. OLG Celle, Urteil vom 6.3.2024, 7 U 120/22, juris Rn. 56).

Soweit sich die Beklagte außerdem darauf beruft, dass es zu Motorschäden kommen könne, genügt der Vortrag für die Berufung auf die Ausnahme des Motorschutzes nicht. Insoweit ist darauf hinzuweisen, dass dem Wortlaut von Art. 5 Abs. 2 lit. a der Verordnung Nr. 715/2007 zu entnehmen ist, dass eine Abschaltseinrichtung, um unter die in dieser Bestimmung enthaltene Ausnahme zu fallen, nicht nur notwendig sein muss, um den Motor vor Beschädigung oder Unfall zu schützen, sondern auch um den sicheren Betrieb des Fahrzeugs zu gewährleisten (vgl. EuGH, Urteil vom 14.7.2022, C-134/20, juris Rn. 73). Eine Abschaltseinrichtung wie die in Rede stehende kann nur dann ausnahmsweise zulässig sein, wenn nachgewiesen ist, dass diese Einrichtung ausschließlich notwendig ist, um die durch eine Fehlfunktion eines Bauteils des Abgasrückführungssystems verursachten unmittelbaren Risiken für den Motor in Form von Beschädigung oder Unfall zu vermeiden, Risiken, die so schwer wiegen, dass sie eine konkrete Gefahr beim Betrieb des mit dieser Einrichtung ausgestatteten Fahrzeugs darstellen (vgl. EuGH, Urteil vom 14.7.2022, C-134/20, juris Rn. 74). Es lässt sich bereits nicht ersehen, inwiefern das Thermofenster - zudem in seiner konkreten Bedatung - geeignet ist, diese Gefahr zu verhindern (vgl. OLG Celle, Urteil vom 6.3.2024, 7 U 120/22, juris Rn. 59).

Außerdem würde es eine Umgehung der vom EuGH aufgestellten Grundsätze zur Unzulässigkeit einer Abschaltseinrichtung im Hinblick auf eine Verhinderung von Schäden am Motor darstellen, wenn man es für ausreichend erachten würde, dass mit der Abschaltseinrichtung nicht Schäden oder Ausfälle des Motors verhindert werden sollen, sondern erst die im weiteren Schritt daraus folgenden möglichen Schäden (Unfälle, etc.). Jeder Ausfall des Motors kann potentiell zu solchen Gefahren / Schäden im Alltag führen, so dass man mit diesem Argument jede Abschaltseinrichtung - welche dem Schutz des Motors dienen soll - rechtfertigen könnte, was aber der vom EuGH geforderten engen Auslegung widersprechen würde.

70

71

Auch würde es nichts daran ändern, dass eine Abschaltvorrichtung, die unter normalen Betriebsbedingungen den überwiegenden Teil des Jahres funktionieren müsste, damit der Motor vor Beschädigung oder Unfall geschützt und der sichere Betrieb des Fahrzeugs gewährleistet wäre, unzulässig ist (vgl. EuGH, Urteil vom 14.7.2022, C-134/20, juris Rn. 75). Die Abschaltvorrichtung muss den überwiegenden Teil des Jahres beim gewöhnlichen Betrieb funktionieren, was die für eine ausnahmsweise Rechtfertigung darlegungs- und beweispflichtige Beklagte nicht dargetan hat. 72

Die Beklagte hätte im Übrigen, wenn sie die Gefahr von Ablagerungen nicht anders verhindern konnte, auf die Technologie der Abgasrückführung verzichten und andere Systeme zur effizienten Abgasnachbehandlung entwickeln müssen. Denn unter Berücksichtigung der Tatsache, dass die Ausnahmenvorschrift des Art. 5 Abs. 2 Satz 2 lit. a der Verordnung (EG) Nr. 715/2007 eng auszulegen ist, ist davon auszugehen, dass eine Abschaltvorrichtung nur dann „notwendig“ im Sinne dieser Bestimmung ist, 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 konnte (vgl. EuGH, Urteil vom 14.7.2022, C-128/20, juris Rn. 69; vgl. OLG Celle, Urteil vom 6.3.2024 - 7 U 120/22 -, juris Rn. 60). Dass es keine andere technische Lösung gegeben hätte, hat die Beklagte nicht dargetan. 73

cc) 74

Eine zweite Abschaltvorrichtung lag zum Zeitpunkt des Kaufs in Form der beiden Betriebsmodi der AGR vor, die über die Kühlmitteltemperatur gesteuert werden. Die Ausführungen in diesem Abschnitt beziehen sich auf die KSR vor dem Softwareupdate. 75

Der Kläger trägt u.a. vor, außerhalb der Typprüfbedingungen (Prüfzyklus NEFZ) werde die Rate der AGR verringert, indem über das elektrisch geschaltete Kühlwasserthermostatventil die Motorkühlwassertemperatur und damit die Motoröltemperatur zunächst niedrig gehalten werde. Somit werde außerhalb der Typprüfbedingungen ein AGR-Kennfeld mit niedrigen AGR-Raten genutzt als unter Typprüfbedingungen. Eine Absenkung der AGR-Rate führe zu erhöhten Stickoxid-Emissionen (Bl. I-391 d.A.). Mit Hilfe eines elektrisch beheizbaren Thermostats im Kühlmittelkreislauf erfolge im streitgegenständlichen Fahrzeug, u.a. in Abhängigkeit von den Drehzahl- und Lastbedingungen sowie Temperaturumgebungs- und Betriebsstoffbedingungen, eine Sollwertabsenkung der Kühlmitteltemperatur von 100°C auf 70°C im Motorwarmlauf. Das führe zu niedrigeren NOx-Emissionen im Rahmen des NEFZ. Auf dem NEFZ komme die Kühlmittel-Solltemperatur-Regelung mit einer Sollwertabsenkung auf 70°C sicher zur Anwendung. Das heiße, der Motorwarmlauf in der zweiten Hälfte des NEFZ werde verzögert, der große Kühlmittel-Kreislauf werde schon bei 70°C geöffnet, statt, wie normalerweise, bei 100°C. Ab diesem Zeitpunkt betrage die Kühlmittel-Temperatur dann bis zum Ende des NEFZ 70°C. Dadurch und durch die zusätzliche Aktivierung einer hohen Abgasrückführung (hohe AGR) entstehe eine messbare NOx-Senkung (Bl. II-347 d.A.). 76

Die Beklagte hat bestätigt, dass es Unterschiede in der Abgasbehandlung aufgrund der KSR gebe. Diese wirke sich - auch außerhalb des Prüfstands - günstig auf die NOx-Emissionen aus. Sie reduziere die Solltemperatur des Kühlmittels (phasenweise) im Warmlauf und verzögere damit die Erwärmung des Motors. Dadurch ergäben sich niedrigere Verbrennungstemperaturen im Zylinder. Dies führe zu einer Senkung der bei der Verbrennung entstehenden Stickoxide und für diesen besonderen Bereich des Motorwarmlaufs auch zu niedrigeren Partikel-Rohemissionen, also zu einer besonders günstigen Auflösung der den sog. „Trade-off-Problematik“ (Bl. I-761 d.A.). Die KSR sei im 77

Temperaturbereich unter 15°C und oberhalb von 35°C nicht aktiv (Bl. II-463 f d.A.). Die maximale Betriebsdauer sei in zeitlicher Hinsicht beschränkt. Das geregelte Kühlmittelthermostat sei - innerhalb der näher dargestellten Grenzen - regelmäßig im Warmlauf aktiv.

Es sei damit zu rechnen, dass das geregelte Kühlmittelthermostat bei einem signifikanten Anteil der Fahrten im Straßenbetrieb einen Emissionsvorteil bringe und nicht nur ausnahmsweise, zufällig oder punktuell. Selbst wenn im Straßenverkehr von der Prüfung Typ 1 im NEFZ abweichende Betriebsbedingungen vorlägen, sei das geregelte Kühlmittelthermostat in vielen Situationen bei Fahrten nach Kaltstart im Warmlauf aktiviert. Solche Fahrten dürften einen wesentlichen Anteil aller Fahrten und gefahrenen Kilometer ausmachen (z. B. morgendliche Fahrt zur Arbeit, Fahrt nach Hause nach Feierabend, Wochenendfahrt zum Einkaufen; Bl. II-270 d.A.). 78

Im streitgegenständlichen Fahrzeug unterscheide man zwischen dem sogenannten großen und dem kleinen Kühl(mittel)kreislauf: 79

- Ein Thermostat bestimme, welcher Kreislauf vom Kühlmittel durchlaufen werde. Das Thermostat enthalte einen Kern (in der Regel eine Wachspatrone), der sich bei Temperaturanstieg so ausdehne, dass das Thermostat seine Position innerhalb der Kühlmittelleitung verändere. 80
- Dadurch schließe sich sukzessive der Zugang zum kleinen Kühlkreislauf. Gleichzeitig öffne sich ebenfalls sukzessive der Zugang zum großen Kühlkreislauf. Nur der große Kühlkreislauf führe das Kühlmittel über den Kühler. 82
- Die Wahl des Materials und die übrige Gestaltung des Thermostats bestimme dabei seinen physikalisch vorgegebenen Öffnungspunkt. Der Begriff „geregeltes Kühlmittelthermostat“ beschreibe die Festlegung des Öffnungspunkts des Thermostats durch dessen elektrische Beheizung, so dass sich das Thermostat öffne, bevor die Kühlmitteltemperatur den konstruktionsbedingten Öffnungspunkt erreiche. Das bewirke, dass der große Kühlkreislauf früher angesteuert werde und das Kühlmittel länger für die Erwärmung brauche. Eine Regelung des Kühlmittelthermostats könne genutzt werden, um Emissions-, Leistungs- und Verbrauchsverhalten des Motors zu optimieren. 83

Ein Anwendungsfall sei die Verzögerung der vollständigen Motorerwärmung unter bestimmten Betriebsbedingungen. In der Motorenentwicklung sei nämlich festgestellt worden, dass bei einer solchen verzögerten Erwärmung ein besseres Verhältnis zwischen Stickoxid- und Partikel-Emissionen („Trade-Off“) erreicht werden könne. Dies liege maßgeblich an der geringen Temperatur der Bauteile, die den Brennraum des Motors begrenzten, und der guten Zylinderfüllung, die sich durch die niedrige Temperatur der dem Brennraum zugeführten Frischluft und Abgase ergäben. Die in den Zylinder eingefüllte Luft sei dichter, die Zylinderfüllung enthalte deshalb mehr Sauerstoff, was wiederum zu einer Verbesserung der Rußpartikel-Oxidation führe. Das geregelte Kühlmittelthermostat senke zu diesem Zweck den Sollwert für das Kühlmittel im betreffenden Bereich des Warmlaufs von 100°C auf 70°C ab, um früher mit der Kühlung zu beginnen und den vorteilhaften Temperaturbereich des Motors länger zu erhalten. Bis zum Erreichen von ca. 70°C Kühlmitteltemperatur habe der Sollwert von 70°C keine Auswirkungen. Die Kühlmitteltemperatur wirke sich auf die Motortemperatur aus. An diese Größe knüpften teilweise weitere Steuerungsfunktionen an. Ein Beispiel hierfür sei die Steuerung der Abgasrückführung (AGR). Sei der Motor warmgelaufen, kämen andere 84

AGR-Raten als im Motorwarmlauf zum Einsatz, um Motorschäden zu verhindern und einen sicheren Betrieb zu gewährleisten (Bl. II-454 d.A.).

Die KSR ist danach auch auf Basis des Beklagtenvortrags als Abschaltelinrichtung anzusehen. Der geregelte Kühlmittelthermostat bewirkt auch nach dem Vortrag der Beklagten, dass eine Funktion des Emissionskontrollsystems in Abhängigkeit von der Betriebssituation aktiviert oder deaktiviert beziehungsweise verändert wird, nämlich dass die Kühlmittel-Solltemperatur in Abhängigkeit von der Betriebssituation (also von ermittelten Parametern) gesteuert wird. Es dient nach dem Beklagtenvortrag dazu, während des Warmlaufs (bei Kaltstart) des Fahrzeugs bestimmte Emissionen unter bestimmten Betriebsbedingungen zu reduzieren. Die Beklagte gesteht zu, dass die Kühlmittel-Sollwert-Absenkung nicht über alle Betriebszustände hinweg aktiviert ist. Es kommt mithin zu Betriebssituationen, in denen nicht das unverändert funktionierende Emissionskontrollsystem mit aktivierter Absenkung der Kühlmittel-Solltemperatur, sondern ein verändert funktionierendes Emissionskontrollsystem ohne diese Absenkung arbeitet. Dies führt auch ausgehend vom Parteivortrag dazu, dass die Wirksamkeit des verändert funktionierenden Emissionskontrollsystems unter den Bedingungen des normalen Fahrbetriebs in den betreffenden Situationen geringer ist, als sie es wäre, wenn weiterhin das unverändert funktionierende Emissionskontrollsystem einschließlich der Absenkung der Kühlmittel-Solltemperatur arbeiten würde (vgl. OLG Karlsruhe, Urteil vom 28.2.2024, 6 U 45/21, juris Rn. 101). Auch bei der Phase des Motorwarmlaufs handelt es sich um normale Betriebsbedingungen, weil sich jedenfalls bei längeren Fahrten an jeden Kaltstart des Motors eine Warmlaufphase anschließt (vgl. OLG Celle, Urteil vom 20.12.2023, 7 U 1742/19, juris Rn. 62). Damit lässt sich eine Auswirkung im normalen Fahrbetrieb und unter normalen Betriebsbedingungen nicht verneinen.

85

Dagegen gibt es keine greifbaren Anhaltspunkte dafür, dass die KSR über eine Prüfstandserkennung verfügt oder auf Prüfstandsbedingungen zugeschnitten wäre.

86

Die Einordnung als (unzulässige) Abschaltelinrichtung ist unabhängig davon, ob die KSR für die Einhaltung der NOx-Grenzwerte entscheidend ist. Nach Art. 3 Nr. 10 VO (EG) 715/2007 kann eine Abschaltelinrichtung schon dann vorliegen, wenn die Funktion nur eines beliebigen Teils des Emissionskontrollsystems in Abhängigkeit von bestimmten Parametern verändert und die Wirksamkeit des Emissionskontrollsystems unter den Bedingungen des normalen Fahrbetriebs verringert wird. Während in Bezug auf die Funktionsänderung auf Teile des Emissionskontrollsystems abgestellt werden kann, kommt es für die Wirkung der Funktionsänderung auf das Emissionskontrollsystem in seiner Gesamtheit an, etwa auf die kombinierte Wirkung von Abgasrückführung und -reinigung. Maßstab für die Frage der Zulässigkeit einer Funktionsveränderung in Abhängigkeit von bestimmten Parametern ist nach Art. 3 Nr. 10 VO (EG) 715/2007 nicht die Einhaltung des Grenzwerts, sondern die Wirksamkeit des unverändert funktionierenden Emissionskontrollsystems unter den Bedingungen des normalen Fahrbetriebs. In diesem Zusammenhang bedarf es eines Vergleichs der Wirksamkeit des unverändert funktionierenden und derjenigen des verändert funktionierenden Gesamtsystems, dies jeweils unter den Bedingungen des normalen Fahrbetriebs im gesamten Unionsgebiet (vgl. BGH, Urteil vom 26.6.2023, VIa ZR 335/21, Rn 51). Ob die Grenzwerte unter den Bedingungen des Neuen Europäischen Fahrzyklus (NEFZ) auch bei veränderter Funktion eingehalten würden - Stichwort „Grenzwertkausalität“ -, ist hingegen mit Rücksicht auf den Wortlaut des Art. 3 Nr. 10 VO (EG) 715/2007 nicht von Bedeutung. Die Prüfung im NEFZ lässt nur in Bezug auf die dabei wirksamen Emissionskontrollsysteme Prognosen für den gewöhnlichen Fahrbetrieb zu und auch das nur dann, wenn die Wirksamkeit der betreffenden Systeme im gewöhnlichen Fahrbetrieb nicht

87

verringert wird. Art. 3 Nr. 10 VO (EG) 715/2007 knüpft an die Verringerung der Wirksamkeit des Emissionskontrollsystems in seiner Gesamtheit an und nicht an die Einhaltung der Grenzwerte im NEFZ. Das gilt ohne Rücksicht auf die jeweils eingesetzten Technologien (vgl. BGH, Urteil vom 26.6.2023, VIa ZR 335/21, Rn 51; EuGH, Urteil vom 8.11.2022, C-873/19 (Deutsche Umwelthilfe e. V./BRD), Rn. 92).

Auch die KSR verändert, wie oben dargelegt, einen beliebigen Teil des Emissionskontrollsystems in Abhängigkeit von bestimmten Parametern. Entscheidend für die Zulässigkeit ist dabei aber nicht die Einhaltung des Grenzwerts, sondern die Wirksamkeit des unverändert funktionierenden Emissionskontrollsystems unter den Bedingungen des normalen Fahrbetriebs. Eine solche behauptet die Beklagte schon nicht. 88

Die KSR geht über die Software zur temperaturabhängigen Modulation der AGR im laufenden Fahrbetrieb hinaus und ist neben dem Thermofenster eine eigenständige Abschalteneinrichtung. 89

Soweit die Beklagte darauf verweist, dass das geregelte Kühlmittelthermostat deshalb nicht als unzulässige Abschalteneinrichtung anzusehen sei, weil ein sog. Trade-off im Hinblick auf andere Schadstoffe zu berücksichtigen wäre, sieht nach der Auslegung des EuGH Art. 5 Abs. 1 VO (EG) 715/2007 vor, dass der Hersteller die Fahrzeuge so ausrüsten muss, dass die Bauteile, die sich auf das Emissionsverhalten auswirken, es erlauben, dass die Fahrzeuge unter normalen Betriebsbedingungen die in der Verordnung und ihren Durchführungsmaßnahmen vorgesehenen Emissionsgrenzwerte einhalten (vgl. [EuGH, Urteil vom 14.7.2022, C-128/20](#), Rn. 41). Mit diesem Ziel, insbesondere auch Stickoxidemissionen im Normalbetrieb erheblich zu verringern, wäre es unvereinbar, wollte man einen „Trade-off“ mit Kohlenwasserstoffen oder anderen Schadstoffen erlauben. Denn die VO (EG) 715/2007 (Anhang I „Emissionsgrenzwerte“) beinhaltet spezifische Grenzwerte für die dort jeweils genannten (Emissions-)Schadstoffe. Dementsprechend ist nichts dafür ersichtlich, dass der Verordnungsgeber eine schadstoffgruppenübergreifende Verrechnung zulassen wollte (vgl. OLG Hamm, Urteil vom 20.11.2023, I-18 U 225/22, juris Rn. 152). Ein Klärungsbedarf hinsichtlich der Auslegung der maßgeblichen Verordnung besteht nicht (acte clair; vgl. OLG Celle, Urteil vom 20.12.2023, 7 U 1742/19, juris; OLG Düsseldorf, Urteil vom 23.1.2024, I-23 U 162/22, juris Rn. 72). 90

Die KSR fällt nicht unter eine der Ausnahmen nach Art. 5 Abs. 2 Satz 2 VO 715/2007/EG. Für eine fehlende Notwendigkeit spricht bereits, dass die Beklagte mit dem freiwillig angebotenen Softwareupdate die KSR von dem Fahrzeug entfernen lässt. Zudem war die KSR unter normalen Betriebsbedingungen jedenfalls bei jeder Langfahrt in Betrieb, so dass die AGR nicht den überwiegenden Teil des Jahres ohne sie funktionierte. Soweit die Beklagte zur Rechtfertigung der KSR erneut auf den Motorschutz abstellt, gelten die zum Thermofenster gemachten Ausführungen entsprechend, auf welche zur Vermeidung von Wiederholungen Bezug genommen wird. Insbesondere hat die Beklagte auch bezüglich der KSR nicht aufgezeigt, dass sie keine andere Technologie hätte verwenden können, so dass es sich um eine unzulässige Abschalteneinrichtung handelt. 91

d) 92

Die ebenfalls vorgetragene fortlaufende Modulation der AGR im laufenden Fahrbetrieb (vgl. S. 21 der Klageerwiderung) stellt zusammen mit der temperaturabhängigen Steuerung eine einheitliche Abschalteneinrichtung dar, weil beides auf die Softwaresteuerung zurückgeht. In diesem Sinne hat auch der EuGH auf die Software - nicht die einzelnen Parameter - abgestellt (EuGH, Urteil vom 14.7.2022, C-134/20, juris Rn. 42 f). Damit kommt ihr über das 93

Thermofenster hinaus kein eigenes Gewicht zu.

5)	94
Die Beklagte hat das Schutzgesetz fahrlässig verletzt.	95
Da § 37 Abs. 1 EG-FGV den vorsätzlichen und fahrlässigen Verstoß gegen § 27 Abs. 1 Satz 1 EG-FGV als Ordnungswidrigkeit behandelt, genügt für eine Schadensersatzpflicht nach § 823 Abs. 2 BGB der fahrlässige Verstoß gegen die EG-FGV im Sinne des objektiven Fahrlässigkeitsmaßstabs des Bürgerlichen Gesetzbuchs (vgl. BGH, Urteil vom 26.6.2023, VIa ZR 335/21, juris Rn. 38). Zwar trifft hinsichtlich des Verschuldens als anspruchsbegründende Voraussetzung gewöhnlich den Anspruchsteller die Darlegungs- und Beweislast. 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.	96
Dementsprechend muss 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 darlegen und beweisen, die sein Verhalten ausnahmsweise nicht als fahrlässig erscheinen lassen (vgl. BGH, Urteil vom 26.6.2023, VIa ZR 335/21, juris 59 ff.).	97
Ein 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 (vgl. BGH, Urteil vom 26.6.2023, VIa ZR 335/21, juris Rn. 63 ff.; Urteil vom 25.9.2023, VIa ZR 1/23, juris Rn. 13 ff.; OLG Karlsruhe, Urteil vom 15.9.2023, 8 U 383/21, juris Rn. 58 ff.; Urteil vom 3.11.2023, 8 U 104/21, juris Rn. 47 ff.; Urteil vom 11.11.2023, 8 U 66/21, juris Rn. 33 ff.; Urteil vom 28.11.2023, 8 U 291/21, juris Rn. 39 ff.; OLG Celle, Urteil vom 11.10.2023, 7 U 794/21, juris Rn. 45 ff.). Dazu muss der Fahrzeughersteller darlegen und beweisen, dass sich sämtliche seiner verfassungsmäßig berufenen Vertreter im Sinne des § 31 BGB über die Rechtmäßigkeit der vom Käufer dargelegten und erforderlichenfalls nachgewiesenen Abschaltvorrichtung mit allen für die Prüfung nach Art. 5 Abs. 2 der Verordnung (EG) Nr. 715/2007 bedeutsamen Einzelheiten im maßgeblichen Zeitpunkt des Kaufvertragsschlusses (BGH, Urteil vom 26.6.2023, VIa ZR 533/21, juris Rn. 62; Urteil vom 25.9.2023, VIa ZR 1/23, juris Rn. 15) im Irrtum befanden oder im Falle einer Ressortaufteilung den damit verbundenen Pflichten genügten (BGH, Urteil vom 25.9.2023, VIa ZR 1/23, juris Rn. 14).	98
Nach diesen Vorgaben hat sich die Beklagte nicht unter dem Gesichtspunkt eines Verbotsirrtums vom Vorwurf des zumindest leicht fahrlässigen Handelns entlastet.	99
Der Vortrag der Beklagten lässt nicht erkennen, dass sich der Vorstand oder andere zuständige und maßgebliche Entscheidungsträger der Beklagten im Sinne des § 31 BGB analog mit der Zulässigkeit des im Fahrzeug verwendeten Thermofensters auseinandergesetzt und welche Überlegungen sie hierbei angestellt haben. Auch zu den Entscheidungsprozessen bei der Beklagten im Zusammenhang mit dem Thermofenster findet sich kein Sachvortrag (vgl. OLG Karlsruhe, Urteil vom 22.8.2023, 8 U 271/21, juris Rn. 65; Urteil vom 15.9.2023, 8 U 383/21, juris Rn. 62).	100
Aufgrund des fehlenden Vortrags der Beklagten ist bereits in tatsächlicher Hinsicht nicht erkennbar, dass die Entscheidungsträger zum Zeitpunkt des Inverkehrbringens des	101

streitgegenständlichen Neufahrzeugs die im Rechtsstreit dargestellten Überlegungen zur rechtlichen Zulässigkeit der Reduzierung der AGR-Rate angestellt hatten. Die Beklagte bewegte sich in einem juristischen Grenzbereich. Die Bedeutung der Art. 3 Nr. 10, Art. 5 Abs. 2 der Verordnung (EG) Nr. 715/2007 war noch nicht höchstrichterlich und insbesondere nicht durch den EuGH geklärt (BGH, Urteil vom 25.9.2023, VIa ZR 1/23, juris Rn. 15). Die entsprechenden Entscheidungen des EuGH ergingen erst ab dem Jahr 2020 und fielen nicht zugunsten der Rechtsauffassung der Beklagten aus. Eine Entlastung scheitert aber, wenn sich der Hersteller mit Rücksicht auf eine nicht in seinem Sinn geklärte Rechtslage erkennbar in einem rechtlichen Grenzbereich bewegte, schon deshalb eine abweichende rechtliche Beurteilung seines Vorgehens in Betracht ziehen und von der eventuell rechtswidrigen Verwendung der Abschaltvorrichtung absehen musste (vgl. BGH, Urteil vom 26.6.2023, VIa ZR 335/21, juris Rn. 69; Urteil vom 25.9.2023, VIa ZR 1/23, juris Rn. 14).

Da damit bereits kein Verbotsirrtum dargetan ist, kommt es auf die Frage, ob dieser unvermeidbar war oder nicht, nicht an. Denn erst im Anschluss an die Darlegung und den Nachweis eines Rechtsirrtums kann Bedeutung gewinnen, ob eine festgestellte Abschaltvorrichtung entweder in all ihren für die Bewertung nach Art. 5 Abs. 2 der Verordnung (EG) Nr. 715/2007 maßgebenden Einzelheiten von der damit befassten nationalen Behörde genehmigt war oder genehmigt worden wäre (vgl. BGH, Urteil vom 25.9.2023, VIa ZR 1/23, juris Rn. 15). 102

Das Verschulden entfällt auch nicht unter dem Aspekt, dass die Beklagte nicht klüger zu sein bräuchte als die sie prüfende Behörde. Im Außenverhältnis zum Kläger kann sich die Beklagte, da es um die Bewältigung solcher Fragen geht, für die sie nach Maßgabe der bei ihr vorauszusetzenden berufsspezifischen Fähigkeiten und Sorgfaltsanforderungen die Verantwortung trägt, normalerweise nicht mit dem Hinweis entlasten, dass man nicht klüger zu sein braucht als die mit der Prüfung befasste Behörde (vgl. BGH, Urteil vom 19.3.1992, III ZR 117/90, juris Rn. 18). Einen Ausnahmefall hat die Beklagte nicht aufgezeigt. 103

Würde man dies vorliegend anders sehen, hätte die Rechtsprechung des BGH zum Verbotsirrtum zudem keinen Anwendungsbereich. So hat der BGH entschieden: „Bezogen auf ein Thermofenster... hätte das Berufungsgericht berücksichtigen müssen, dass die Bedeutung der Art. 3 Nr. 10, Art. 5 Abs. 2 der Verordnung (EG) Nr. 715/2007 nicht höchstrichterlich und insbesondere nicht durch den EuGH geklärt war... Eine Entlastung ohne Rücksicht hierauf und im Hinblick etwa auf den Umstand, dass der Verwendung von Thermofenstern ein allgemeiner Industriestandard zugrunde lag und dass jedes Dieselfahrzeug mit einer Abgasrückführung auch über ein Thermofenster verfügte, kommt dagegen nicht in Betracht.“ (BGH, Urteil vom 12.3.2024, VIa ZR 635/23, juris Rn. 16). Zu einer Berücksichtigung der unklaren Rechtslage käme es nicht, wenn in einem Fall wie diesem das Verschulden unter dem Gesichtspunkt zu verneinen wäre, dass der Autohersteller nicht klüger sein muss als die ihn kontrollierende Behörde. 104

Vor diesem Hintergrund kommt es nicht darauf an, ob sich die Beklagte nach der aktuellen Rechtsprechung des EuGH (Urteil vom 1.8.2025, Rs. C-666/23) zu ihrer Entlastung möglicherweise generell nicht auf einen unvermeidbaren Verbotsirrtum hinsichtlich der Unzulässigkeit dieser Abschaltvorrichtung berufen kann, der darauf zurückzuführen sein soll, dass für diese Abschaltvorrichtung oder das damit ausgerüstete Fahrzeug von der zuständigen Behörde eine EG-Typgenehmigung erteilt wurde oder diese Behörde, wenn sie von der Herstellerin dazu befragt worden wäre, deren rechtliche Beurteilung bezüglich der angeblichen Zulässigkeit der betreffenden Abschaltvorrichtung bestätigt hätte. 105

Auch die Erwerbskausalität liegt vor.	107
Die Erwerbskausalität muss auch für den deliktischen Anspruch aus § 823 Abs. 2 BGB i.V.m. §§ 6, 27 EG-FGV geprüft und ggf. bejaht werden (vgl. BGH, Beschlüsse vom 24.4.2023 und vom 3.7.2023, VIa ZR 1216/22, juris). Allerdings gilt der Erfahrungssatz, dass ein Käufer den Kaufvertrag in Kenntnis der Verwendung unzulässiger Abschaltseinrichtungen zu diesem Kaufpreis nicht geschlossen hätte (vgl. BGH, Urteil vom 26.6.2023, VIa ZR 335/21, juris Rn. 55 f.).	108
Die für die Widerlegung des Erfahrungssatzes darlegungs- und beweisbelastete Beklagte hat die Richtigkeit der Behauptungen des Klägers nicht widerlegt. Sie hat keine Umstände und greifbaren Anhaltspunkte aufgezeigt, die darauf schließen lassen, dass der Kläger das Fahrzeug auch in Kenntnis von zwei unzulässigen Abschaltseinrichtungen gekauft hätte.	109
3)	110
Im Rahmen des Schadensersatzanspruchs gemäß § 823 Abs. 2 BGB i.V.m. § 6 Abs. 1, § 27 Abs. 1 EG-FGV ist der Schaden anhand der Differenzhypothese zu ermitteln. Es ist ein Vergleich zwischen der infolge des haftungsbegründenden Ereignisses eingetretenen Vermögenslage mit der Vermögenslage ohne jenes Ereignis vorzunehmen. Demnach stellt das rechnerische Minus des objektiven Wertes des erworbenen Fahrzeugs gegenüber dem Kaufpreis den Vermögensschaden des Käufers dar (vgl. BGH, Urteil vom 26.6.2023, VIa ZR 335/21, Rn. 40). Zur konkreten Bemessung des Schadens darf der Tatrichter die festzustellende Höhe des Differenzschadens gemäß § 287 ZPO schätzen.	111
Bei der Schätzung des Schadens gemäß § 287 Abs. 1 ZPO innerhalb des vom BGH für PKW vorgegebenen Rahmens zwischen 5 % und 15 % des Kaufpreises sind bei der Bestimmung des objektiven Werts des Fahrzeugs im Zeitpunkt des Vertragsschlusses die mit der Verwendung einer unzulässigen Abschaltseinrichtung verbundenen Nachteile, insbesondere das Risiko behördlicher Anordnungen, zu berücksichtigen. Weiter sind der Umfang in Betracht kommender Betriebsbeschränkungen und die Eintrittswahrscheinlichkeit solcher Beschränkungen mit Rücksicht auf die Einzelfallumstände in den Blick zu nehmen. Ferner ist schließlich das Gewicht des der Haftung zugrundeliegenden konkreten Rechtsverstoßes für das unionsrechtliche Ziel der Einhaltung gewisser Emissionsgrenzwerte sowie der Grad des Verschuldens nach Maßgabe der Umstände des zu beurteilenden Einzelfalls zu bewerten, um so dem Gebot einer verhältnismäßigen Sanktionierung auch bezogen auf den zu würdigenden Einzelfall Rechnung zu tragen (vgl. BGH, Urteil vom 26.6.2023, VIa ZR 335/21, Rz. 76).	112
Der zu ersetzende Differenzschaden besteht für den Wertverlust infolge einer allein rechtlich möglichen Nutzungsbeschränkung (vgl. BGH, Urteil vom 26.6.2023, VIa ZR 335/21, Rn. 42) und ist damit beim Vorhandensein einer unzulässigen Abschaltseinrichtung grundsätzlich gegeben. Der Schaden liegt in dem Betrag, um den ein Kläger den Kaufgegenstand mit Rücksicht auf die mit der unzulässigen Abschaltseinrichtung verbundenen Risiken zu teuer erworben hat (vgl. BGH, Urteil vom 26.6.2023, VIa ZR 335/21, Rz. 40).	113
Nach diesen Vorgaben ist hier (vor Berücksichtigung des Softwareupdates) ein Differenzschaden in Höhe von 10 % des Bruttokaufpreises angemessen. Der Schaden des Klägers ist im mittleren Bereich anzusiedeln.	114
Zu berücksichtigen ist, dass es zwei Abschaltseinrichtungen gab.	115
	116

Zum Zeitpunkt des Fahrzeugerwerbs durch den Kläger im Jahr 2014 entsprach die Verwendung des Thermofensters und der darin liegenden Abschaltseinrichtung der tolerierten Praxis des KBA. Dies genügt zwar nach den obigen Darlegungen für sich betrachtet nicht, den Verschuldensvorwurf gegenüber der Beklagten entfallen zu lassen, führt aber dazu, dass der Grad des Verschuldens der Beklagten insoweit hinter dem einer manipulativen Prüfstanderkennung zurückbleibt und deutlich geringer einzustufen ist. Dies gilt auch vor dem Hintergrund der mit dem Verbot unzulässiger Abschaltseinrichtungen angestrebten Gewährleistung eines hohen Umweltschutzniveaus; denn zu eng bedatete Thermofenster können - wie auch in diesem Fall erfolgt - ggf. durch ein Softwareupdate ausgeweitet werden (vgl. OLG Celle, Urteil vom 6.3.2024, 7 U 120/22, juris Rn. 90).	
Auch war die Gefahr einer behördlichen Anordnung zum Zeitpunkt des Fahrzeugkaufs, auf den es maßgeblich ankommt, gering, weil Thermofenster dem KBA bekannt waren und toleriert wurden.	117
Bei der Kühlmittel-Solltemperatur-Regelung ist der Verschuldensgrad - ohne dass es entscheidend darauf ankommt - etwas höher als beim Thermofenster, weil es 2014 keine mit dem Thermofenster vergleichbar nachhaltige Praxis des KBA zur Tolerierung der Abschaltseinrichtung gab. Anderes hat die Beklagte jedenfalls nicht dargetan. Andererseits ist zu berücksichtigen, dass das klägerische Fahrzeug nicht von einem verbindlichen Rückruf des KBA betroffen war, so dass die Gefahr einer Betriebsbeeinträchtigung gering war.	118
Des Weiteren ist zu berücksichtigen, dass die Beklagte unzulässige Abschaltseinrichtungen einsetzte, die mit erheblichen Belastungen für die Gesundheit der Bevölkerung und die Umwelt verbunden waren. Das läuft, wie der EuGH in seinen Entscheidungen betont hat, den Zielen des Ordnungsgebers zuwider. 2014 bestand schon wegen der europarechtlich ungeklärten Rechtslage eine erhebliche rechtliche Unsicherheit. Der Hersteller bewegte sich erkennbar in einem rechtlichen Grenzbereich, solange eine höchstrichterliche Klärung durch den EuGH noch ausstand (vgl. BGH, Urteil vom 25.9.2023, VIa ZR 1/23, juris Rn. 14, 15).	119
Ergänzend kommt hinzu, dass die Beklagte ein Softwareupdate zum Zeitpunkt des Fahrzeugerwerbs noch nicht geplant hatte, geschweige denn, dass für ein solches bereits eine Genehmigung vorgelegen hätte. Auch dieser Umstand rechtfertigt es im Streitfall, den dem Kläger entstandenen Schaden mit 10% des gezahlten Kaufpreises zu bemessen (vgl. OLG Celle, Urteil vom 6.3.2024, 7 U 120/22, juris Rn. 93).	120
4)	121
Das Softwareupdate ist im Rahmen des Vorteilsausgleichs anspruchsmindernd zu berücksichtigen.	122
Das Softwareupdate stand nach der Aktenlage (erst) im Sommer 2019 zur Verfügung, also noch nicht zum Zeitpunkt des Kaufs.	123
Der Differenzschadensersatzanspruch reduziert sich aufgrund der Entfernung der KSR durch das Softwareupdate von 10 % auf 6 %. Ob der Kläger das Softwareupdate aufgespielt hat oder nicht ist unter dem Gesichtspunkt der Schadensminderungspflicht unerheblich (BGH, Urteil vom 23. Oktober 2023, VIa ZR 468/21, juris Rn. 14).	124
Dass für die Schätzung des Differenzschadens auf den Zeitpunkt des Vertragsschlusses abzustellen ist, schließt eine schadensmindernde Berücksichtigung später eintretender Umstände im Wege der Vorteilsausgleichung, deren Voraussetzungen der	125

Fahrzeughersteller darzulegen und zu beweisen hat, nicht aus. Insofern gelten die in der höchststrichterlichen Rechtsprechung entwickelten Maßstäbe zum „kleinen“ Schadensersatz nach § 826 BGB sinngemäß (vgl. BGH, Urteil vom 26.6.2023, VIa ZR 335/21, Rn. 80), mit der Folge, dass eine etwaige Aufwertung des Fahrzeugs durch das Softwareupdate als nachträgliche Maßnahme der Beklagten, die gerade der Beseitigung der Abschaltvorrichtung dienen sollte, als Vorteil zu berücksichtigen ist. Die Beweislast liegt insoweit bei der Beklagten. Die Beurteilung, ob und inwieweit sich durch das Softwareupdate die Wertdifferenz zwischen Leistung und Gegenleistung reduziert hat, bleibt dem Bettragsverfahren vorbehalten. Dabei ist auch zu prüfen, ob und inwieweit sich Nachteile tatsächlicher und rechtlicher Art, die dem Vortrag des Klägers zufolge mit dem Softwareupdate verbunden sein sollen (Risiken technischer Art), auf die Bewertung dieses Vorteils auswirken (vgl. BGH, Urteil vom 6.7.2021, VI ZR 40/20, Rn. 24).

Nach der BGH-Rechtsprechung kann ein Softwareupdate - sollten keine anderen Abschaltvorrichtungen vorhanden sein - auch zum Wegfall des Differenzschadens des Klägers führen (vgl. BGH, Urteil des VIa. Zivilsenats vom 31.7.2024, VIa ZR 910/22, Rn. 12). Das setzt voraus, dass das betreffende Softwareupdate nicht seinerseits eine unzulässige Abschaltvorrichtung umfasst. Da es sich um einen Gesichtspunkt der Vorteilsausgleichung handelt, liegt die Darlegungs- und Beweislast insofern bei der Beklagten (vgl. BGH, Urteil vom 13.2.2024, VIa ZR 1356/22, juris Rn. 16). 126

Auch der Kläger stellt nicht in Frage, dass die Kühlmittel-Solltemperatur-Regelung sowohl bei freiwilligen, als auch bei verpflichtenden Updates entfernt bzw. deaktiviert wird (Bl. I-388 d.A.). 127

Der Kläger macht geltend, selbst nach dem Aufspielen des Updates drohten der Klagepartei Schäden, da sich der Verbrauch erhöhe, zudem drohten dem Fahrzeug Schäden durch schnellere Verschattung und Verlackung des AGR Ventils (Bl. I-862 d.A.). 128

Die Beklagte wendet ein, das KBA habe die entsprechend geänderte Software für die meisten Modelle bereits freigegeben und zugleich festgestellt, dass mit der geänderten Software keine relevanten Auswirkungen auf die Schadstoffemissionen und Dauerhaltbarkeit von emissionsmindernden Einrichtungen, Kraftstoffverbrauchswerte und Kohlenstoffdioxid-Emissionen, Motorleistung und maximales Drehmoment und die Geräuschemissionen des Fahrzeuges einhergingen. Hierzu wurden aber keine Belege zur Akte gereicht. 129

In dem vom Kläger zu den Akten gereichten Schreiben der Beklagten von August 2019 zum freiwilligen Softwareupdate (Anlage K3) heißt es: „Darüber hinaus gewährleisten wir, dass das Software-Update keinen relevanten Einfluss auf die zertifizierten Werte zum Kraftstoffverbrauch und zu CO₂-Emissionen und auch nicht auf die Motorleistung, das Drehmoment, die Geräuschemissionen und die Dauerhaltbarkeit der Fahrzeuge hat. Dazu haben wir umfangreiche Erprobungen durchgeführt und konnten dabei keine relevanten Abweichungen feststellen... Das Kraftfahrt-Bundesamt hat uns auf dieser Basis die erforderliche Genehmigung für das Software-Update Ihres Fahrzeugs erteilt.“ Daraus lassen sich keine möglichen Folgeschäden herleiten. Entsprechendes gilt für das vom Kläger als Anlage BK20 zur Akte gereichte Rundschreiben. 130

Der Kläger hat bis zum Jahr 2019 das Risiko behördlicher Maßnahmen wegen der Kühlmittel-Solltemperatur-Regelung getragen hat. Das Risiko einer Betriebsbeschränkung aufgrund der KSR hat sich im Ergebnis nicht verwirklicht und kann bis zum Ende der zu erwartenden Gesamtleistung auch nicht mehr eintreten, wenn das Softwareupdate aufgespielt wurde oder wird. Dies rechtfertigt eine deutliche Reduzierung des Differenzschadens bis in die Nähe 131

eines vollständigen Entfallens für diese Abschaltvorrichtung.

Es verbleibt der Umstand, wie sich etwaige Nachteile (Minderwert und Risiken technischer Art) auf die Bewertung dieses Vorteils auswirken (vgl. BGH, Urteil vom 6.7.2021, VI ZR 40/20, Rn. 24). 132

Hierbei ist zu berücksichtigen, dass es keine konkreten Anhaltspunkte für relevante nachteiligen Folgen für den Kläger gibt. Gegen relevante nachteilige Folgen spricht insbesondere, dass solche bis heute nicht festgestellt worden sind. Anderes hat der Kläger jedenfalls nicht dargetan. Auch in Bezug auf die weiteren vom Kläger behaupteten negativen Auswirkungen in Form von Kraftstoffverbrauch und die Motorleistung hat der Kläger keine Anhaltspunkte dafür dargetan, dass es solche gibt. 133

Allerdings ist nach der Aktenlage nicht abschließend feststellbar, ob es durch das Softwareupdate zu sonstigen Folgeschäden, etwa hinsichtlich der Lebensdauer des Motors kommt. Auf Basis des Vortrags der Beklagten könnte die Ausbedingung der KSR dazu führen, dass der Motor in der Aufwärmphase weniger gekühlt wird, dass es also in dieser Phase zu höheren Temperaturen kommt, die wiederum zu einem höheren Verschleiß führen könnten. Denn die Umschaltung vom kleinen auf den großen Kühlkreislauf erfolgt ohne KSR später. Der Senat kann weder nach dem Vortrag der Parteien noch nach der Aktenlage noch aus eigener Kenntnis heraus einen etwas höheren Verschleiß aufgrund teilweise höherer Temperaturen gänzlich ausschließen. Auch die Beklagte trägt vor, es lasse sich trotz intensiver und umfangreicher Erprobungen vor Genehmigung des Software-Updates nie mit absoluter Sicherheit ausschließen, dass es in sehr seltenen Einzelfällen, etwa bedingt durch ungewöhnliches bisheriges oder aktuelles Fahrverhalten, zu Problemen im Zusammenspiel mit der vorhandenen Hardware kommen könnte. 134

Eine vollständige Aufklärung dieses Punktes durch ein Sachverständigengutachten wäre hier mit Schwierigkeiten verbunden, die in keinem Verhältnis zu der Bedeutung des streitigen Teiles der Forderung stehen (§ 287 Abs. 2 ZPO). Schon der Zeitablauf seit Entwicklung des Updates und der Vielzahl von betroffenen Fahrzeugen, ohne dass bekannt geworden ist, dass es zu nennenswerten Folgen gekommen wäre, führt dazu, dass etwaige Auswirkungen allenfalls als gering anzusehen wären, was sich auch durch ein Sachverständigengutachten allenfalls als mehr oder weniger wahrscheinlich prognostizieren lassen, ohne aber den zukünftigen Eintritt solcher Nachteile sicher feststellen zu können. Andererseits verbleibt jedenfalls ein Gefahrenverdacht, der nicht vollständig ausgeräumt ist. 135

Der Senat berücksichtigt die vorgenannten Umstände, indem er den Differenzschaden auf 6 % herabsetzt. 136

Wenn zudem das Vorhandensein einer unzulässigen Abschaltvorrichtung einen Minderwert nach sich zieht, weist das Fahrzeug einen solchen bereits aufgrund des Thermofensters auf, der durch den Differenzschaden kompensiert wird. Dafür, dass sich ein aus dem Thermofenster ergebender Minderwert (über die genannten 1 % hinaus) zusätzlich erhöht, wenn eine zweite Abschaltvorrichtung vorhanden war, die wieder entfernt worden ist, gibt es keine greifbaren Anhaltspunkte. Auch der Kläger macht dies nach dem Verständnis des Senats nicht geltend. 137

Der verbleibende Prozentpunkt für die KSR wird auch nicht durch das Angebot der Beklagten kompensiert, für etwaige Schäden aufgrund des Softwareupdates aufzukommen. Denn es verbleibt jedenfalls ein „Lästigkeitspotential“, das etwa in einem Streit um die Ursächlichkeit eines etwaigen Schadens zum Ausdruck kommen kann. 138

5)	139
Der Differenzschaden reduziert sich nicht zusätzlich aus dem Grunde, weil der Anwendungsbereich des Thermofensters durch das Softwareupdate reduziert wurde.	140
Der Senat hat im Blick, dass im Hinblick auf eine neue Ausgestaltung die Gefahr einer Betriebsbeschränkung wegen des Thermofensters sinken würde. Doch verbleibt auch nach dem Softwareupdate ein unzulässiges Thermofenster.	141
Anderes hat die für einen Vorteilsausgleich beweispflichtige (vgl. BGH, Urteil vom 4.6.2024, X ZR 62/23, juris Rn. 45) Beklagte nicht dargetan. Auch nach dem ergänzenden Vortrag der Beklagten zur Bedatung des Thermofensters nach dem Softwareupdate handelt es sich um eine unzulässige Abschaltvorrichtung.	142
Zu den Temperatur-Bedingungen, die bei normalem Fahrzeugbetrieb vernünftigerweise zu erwarten sind, gehören jedenfalls Umgebungstemperaturen zwischen -15 °C und +40 °C, da solche Temperaturen zu den im Unionsgebiet üblichen tatsächlichen Fahrbedingungen gehören (vgl. Schleswig-Holsteinisches Verwaltungsgericht, Urteil vom 23.5.2023, 3 A 3/20, juris Rn. 251 ff; Schleswig-Holsteinisches Verwaltungsgericht, Urteil vom 20.2.2023, 3 A 113/18, juris Rn. 274 ff). Der Senat orientiert sich zunächst an den tatsächlichen Temperaturen, wie sie in einzelnen Teilen des Unionsgebietes im Verlauf eines Jahres tatsächlich vorkommen. Mit Blick auf die Ziele der Emissions-Grundverordnung und die praktische Wirksamkeit kann es hier nicht auf die bloße Einhaltung eines Durchschnittswertes der tatsächlichen Fahrbedingungen aus dem gesamten Unionsgebiet im gesamten Jahresverlauf ankommen. Für ein Fahrzeug mit einer EG-Typgenehmigung gehören zu den Bedingungen, die bei normalem Fahrzeugbetrieb vernünftigerweise zu erwarten sind, die Bedingungen einer Fahrt in Griechenland, Portugal oder Spanien in den Sommermonaten ebenso wie die einer Fahrt in Finnland, Estland oder Schweden in den Wintermonaten. Dabei kommen regelmäßig Temperaturen von bis zu -15 °C im unteren und bis zu +40 °C im oberen Bereich vor. Auch in Deutschland war es im vergangenen Monat sehr heiß; die Temperaturen überstiegen z.T. 40°C. Für den Bereich niedriger Temperaturen orientiert sich der Senat an Bedingungen, welche das Unionsrecht selbst als im Unionsgebiet übliche Bedingungen zugrunde legt.	143
Verwiesen werden kann hierzu auf die in Regelungen für den Bereich der Abgasnachbehandlungssysteme genannten Temperaturen. Diese Vorschriften verdeutlichen, mit welchen Umgebungsbedingungen ein Hersteller aus Sicht des Unionsrechts vernünftigerweise rechnen muss. Art. 3 Abs. 9 der entsprechenden Durchführungsverordnung trifft besondere Regelungen für die Emissionen von Dieselfahrzeugen bei niedrigen Temperaturen. Die Prüfung Typ 6 zur Messung der Emissionen bei niedrigen Temperaturen gemäß Anhang VIII gilt demnach nicht für Dieselfahrzeuge. Ohne diese Freistellung würde über die Verweisung in Ziffer 3.1 dieses Anhangs unter anderem die Ziffer 6.1.1. des Anhangs 8 der UN/ECE-Regelung Nr. 83 gelten, wonach jede anormale Emissionsminderungsstrategie, die unter normalen Betriebsbedingungen bei einer Fahrt bei niedrigen Temperaturen zu einer Verringerung der Wirksamkeit der emissionsmindernden Einrichtung führt und nicht den standardisierten Emissionsprüfungen unterzogen wird, als Abschaltvorrichtung angesehen werden kann. Die spezielleren Regelungen für Dieselfahrzeuge in Art. 3 Abs. 9 der Durchführungsverordnung sehen in Unterabsatz 1 Anforderungen an das Abgasnachbehandlungssystem für einen Kaltstart bei -7 °C vor und verpflichtet den Hersteller in Unterabsatz 2 dazu, Angaben zur Arbeitsweise des Abgasrückführungssystems bei niedrigen Temperaturen zu machen. Für Abgasnachbehandlungssysteme, die ein Reagens benötigen, sieht Ziffer 10 in Anhang XVI	144

der Durchführungsverordnung ausdrücklich vor, dass der Hersteller gewährleisten muss, dass das Emissionsminderungssystem unter allen auf dem Gebiet der Europäischen Union regelmäßig anzutreffenden Umgebungsbedingungen und insbesondere bei niedrigen Umgebungstemperaturen seine Emissionsminderungsfunktion erfüllt. Dies umfasst auch Maßnahmen gegen das vollständige Einfrieren des in bestimmten Abgasnachbehandlungssystemen verwendeten Reagens.

Die entsprechende Regelung in Anhang XVI Ziff. 10 der Verordnung lautet: „Der Hersteller muss gewährleisten, dass das Emissionsminderungssystem unter allen auf dem Gebiet der Europäischen Union regelmäßig anzutreffenden Umgebungsbedingungen und insbesondere bei niedrigen Umgebungstemperaturen seine Emissionsminderungsfunktion erfüllt. Dies umfasst auch Maßnahmen gegen das vollständige Einfrieren des Reagens bei einer Parkdauer von bis zu 7 Tagen bei 258 K (- 15 °C) und 50 %iger Tankfüllung. Ist das Reagens gefroren, muss der Hersteller gewährleisten, dass es innerhalb von 20 Minuten, nachdem das Fahrzeug bei einer im Reagensbehälter gemessenen Temperatur von 258 K (- 15 °C) angelassen wurde, zur Verwendung bereitsteht, damit das Emissionsminderungssystem ordnungsgemäß arbeiten kann.“ 145

Dies bestätigt, dass Temperaturen von -15°C zu den gewöhnlichen Betriebstemperaturen in der EU gehören, sogar wenn sie 7 Tage lang hintereinander anhalten. Denn der Verordnungsgeber selbst zählt dies zu den regelmäßig anzutreffenden Umgebungsbedingungen. 146

Hinzu kommt, dass die Beklagte zum Temperaturfenster nach dem Softwareupdate beim „betriebswarmen Motor“ vorgetragen hat. Wenn es somit beim Thermofenster zwei verschiedene Betriebsmodi gibt, ist das Thermofenster nach dem Softwareupdate erst recht nicht so gestaltet, dass eine Abschalteneinrichtung entfällt. 147

Die Beklagte hat auch weiterhin nicht dargetan, dass nicht von Beginn an beispielsweise eine Hardware-Lösung möglich gewesen wäre, die mit einem noch geringeren oder keinem Thermofenster ausgekommen wäre. 148

6) 149

Die sonstigen im Rahmen des Vorteilsausgleichs zu berücksichtigenden Positionen führen nicht zu einer vollständigen Aufzehrung des Differenzschadensersatzanspruchs in Höhe von 6 %. 150

a) 151

Gleichartige Vorteile wie wechselseitige Zahlungsansprüche sind, ohne dass dies einredeweise geltend gemacht werden müsste, von Amts wegen auf einen deliktischen Schadensersatz anzurechnen und führen zu einer entsprechenden Verringerung eines in Geld zu leistenden Schadensersatzes (vgl. BGH, Urteil vom 25.7.2022, VIa ZR 485/21, Rn. 20). 152

Nach der Rechtsprechung des BGH sind auf den Anspruch eines Fahrzeugkäufers gegen den Fahrzeughersteller auf Zahlung des Differenzschadens im Wege der Vorteilsausgleichung die gezogenen Nutzungen und der Restwert des Fahrzeugs schadensmindernd zu berücksichtigen. Insoweit gelten die in der höchstrichterlichen Rechtsprechung entwickelten Grundsätze zum „kleinen“ Schadensersatz sinngemäß (vgl. BGH, Urteil vom 26.6.2023, VIa ZR 335/21, juris Rn. 80 unter Hinweis auf BGH, Urteil vom 153

24.1.2022, VIa ZR 100/21, juris Rn. 22). Eine Vorteilsausgleichung durch Anrechnung von Nutzungsvorteilen und des Restwerts ist allerdings erst dann und nur insoweit schadensmindernd möglich, als diese den geminderten Wert des Fahrzeugs bei Abschluss des Kaufvertrags übersteigen (vgl. zur Vorteilsausgleichung: BGH, Urteil vom 26.6.2023, VIa ZR 335/21, Rn. 80; BGH, Urteil vom 24.1.2022, VIa ZR 100/21, Rn. 17). Dabei ist nach der Auffassung des BGH der Restwert des Fahrzeugs im Wege der Vorteilsausgleichung ohne Rücksicht darauf anzurechnen, ob er durch eine Weiterveräußerung realisiert worden ist (vgl. BGH, Urteil vom 27.11.2023, VIa ZR 159/22, Rn. 13).

b)	154
Die Nutzungsentschädigung beläuft sich auf 20.101,09 EUR .	155
Der Kläger hat zuletzt einen Kilometerstand von 170.810 km belegt, die Beklagte hat ihn in der mündlichen Verhandlung vor dem Senat unstreitig gestellt.	156
Parameter für die Berechnung der Nutzungsentschädigung sind:	157
• Erwerb durch den Kläger: 13.1.2014,	158
• Erstzulassung am 24.11.2010,	160
• Kaufpreis: 33.600 EUR,	161
• Kilometerstand bei Kauf: 52.889 km,	163
• Zu erwartende Gesamtleistung: 250.000 km,	164
• Zu erwartende Restleistung bei Erwerb: 197.111 km,	165
• Kilometerstand im Juni 2026: 170.810 km,	166
• Fahrleistung des Klägers bis Mai 2026: 117.921 km.	167
c)	168
Die Gesamtleistung des streitgegenständlichen Fahrzeugs ist unter Berücksichtigung der Motorleistung und der sonstigen Umstände mit 250.000 km anzusetzen.	169
Mit dieser Schätzung befindet sich der Senat innerhalb der Bandbreite der von anderen Gerichten vorgenommenen Schätzung der gesamten Laufleistung (vgl. hierzu die Aufstellung bei Reinking/Eggert, Der Autokauf, 15. Aufl., Kap. 29, Rn. 158 bzgl. Fahrzeugen der Marke Mercedes-Benz; für 250.000 km z.B. KG Berlin, 23.5.2023, 8 U 58/12, juris, zu einem Mercedes C 200 CDI; OLG Stuttgart, Urt. vom 19.10.2023, 24 U 103/22, juris Rn. 76, zu einem Mercedes-Benz ML 300 CDI 4-Matic; Schleswig-Holsteinisches Oberlandesgericht, Urt. vom 19.12.2023, 7 U 67/23, juris Rn. 40 zu einem Mercedes-Benz GLK 220 CDI mit einem Dieselmotor Typ OM 651 Euro 5).	170
Zur Annahme einer Gesamtleistung von 250.000 km führt aber auch die Schätzung anhand der vom KBA veröffentlichten Statistiken für das Durchschnittsalter von Personenkraftwagen und deren durchschnittlicher Jahresfahrleistung (vgl. OLG Köln, Urt. v.	171

24.3.2020, I-4 U 235/19, juris Rn. 128). Denkbare Schwankungen gehen nicht über die mit einer Schätzung ohnehin und immer einhergehenden Unsicherheiten hinaus, welche im Rahmen der Schadensschätzung nach § 287 ZPO vom Gesetz aber in Kauf genommen werden (vgl. BGH zur Schätzung des Differenzschadens, Urt. vom 26.6.2023, VIa ZR 335/21, juris Rn. 72). Höhere Gesamtleistungen kommen vor, umgekehrt aber auch geringere; für die voraussichtliche Gesamtleistung fällt beides nicht ins Gewicht (vgl. OLG Stuttgart, Urt. vom 20.4.2021, 16a U 71/20, juris Rn. 82).	
Der Kläger hat keine hinreichend aussagekräftigen Umstände dargetan, die die Schätzung einer höheren Laufleistung von z.B. 500.000 km zur Folge hätten.	172
Nach dem Vorangegangenen errechnet sich unter Berücksichtigung der Laufleistung zum Zeitpunkt des Erwerbs eine Nutzungsentschädigung in Höhe von $(117.921 \text{ km}) * 33.600 \text{ EUR} / 197.111 \text{ km} = 20.101,09 \text{ EUR}$.	173
d)	174
Der Fahrzeugwert beläuft sich auf 12.000 EUR.	175
Der BGH hat die Schätzung des Differenzschadens gemäß § 287 ZPO für zulässig erachtet (vgl. BGH, Urteil vom 26.6.2023, VIa ZR 335/21, Rn. 71 ff, m.w.N.). Nach der Rechtsprechung des BGH kann insbesondere auch ein Fahrzeugwert nach den Grundsätzen des § 287 ZPO ermittelt werden (vgl. BGH, Urteil vom 19.9.2022, VIa ZR 281/22, Rn. 12).	176
Der Senat hat eine Internet-Recherche vorgenommen.	177
Die ADAC Gebrauchtwagendatenbank, die der Senat in anderen Fällen ggf. heranzieht, enthält keine Fahrzeuge der streitgegenständlichen Art mit einem Baujahr vor 2014. Ein Vergleichswert für ein Fahrzeug Mercedes-Benz GLK-Klasse GLK 350 CGI 4MATIC X204, 225 kW, 3498 ccm, Suchbegriff 170.000 km, belief sich auf 18.300 EUR. Das streitgegenständliche Fahrzeug ist schon wegen seines Alters deutlich weniger hochwertig, so dass sich aus den Vergleichswerten kein Schluss auf den Wert des streitgegenständlichen Fahrzeugs ziehen lässt. Doch bestätigen diese Vergleichswerte, dass der Restwert deutlich geringer sein muss als 18.300 EUR.	178
Am 6.5.2026 gab es bei mobile.de unter den Suchbegriffen Mercedes-Benz, GLK 350, Erstzulassung 2010, Laufleistung 150.000 km bis 200.000 km insgesamt 16 Angebote im Bereich zwischen 7.900 EUR und 19.900 EUR. Der Mittelwert im Sinne eines Medianwerts belief sich auf $12.999 \text{ EUR} / 12.450 \text{ EUR} = 12.724,50 \text{ EUR}$.	179
Am 10.6.2026 gab es unter denselben Suchbegriffen 13 Angebote im Bereich zwischen 7.900 EUR und 17.490 EUR. Der Medianwert lag bei 12.999 EUR.	180
Zieht man hiervon einen Sicherheitsabschlag von 5 % ab, um unterschiedlichen Ausstattungsmerkmalen, der Händlerspanne, der Möglichkeit der Aushandlung eines Rabatts und der Möglichkeit eines geringeren Preises bei Offenlegung der vom Senat unterstellten Abschaltseinrichtungen Rechnung zu tragen, verbleiben 12.088,28 EUR bzw. 12.349,05 EUR, was der Senat auf 12.000 EUR gerundet hat. Ohne diese Rundung ergäbe sich hier eine Scheingenauigkeit, die mit der Herangehensweise nach § 287 ZPO im Sinne einer Schätzung nicht korrespondieren würde.	181
Ein höherer Abschlag ist nicht gerechtfertigt, weil die besonders hohe Anzahl von Vergleichsangeboten hier einen zuverlässigen Rückschluss auf den Fahrzeugwert zulässt.	182

So wurden am 12.5.2026 bei mobile.de insgesamt 66 Fahrzeuge des Typs Mercedes GLK350, Erstzulassung 2010, angeboten, am 10.6.2026 insgesamt 57. Die entsprechenden Verkaufsangebote belegen, dass Fahrzeuge wie das streitgegenständliche weiterhin verkaufsfähig sind. Die aktuelle Marktsituation und auch die Erkenntnisse aus anderen beim Senat anhängigen Verfahren lassen darauf schließen, dass ein potentieller Käufer eines Gebrauchtfahrzeugs der potentiellen Gefahr der Nutzungsbeschränkungen durch Abschaltvorrichtungen nicht viel Gewicht bemisst.

Im Übrigen hat auch der Kläger erstinstanzlich vorgetragen, auf Autoscout24 würden mit Datum vom 9.7.2020 mehrere GLK 350 mit Laufleistungen zwischen 300.000 und 360.000 km sehr hochpreisig gehandelt. 183

Soweit die Beklagte auf Verkaufsangebote verwiesen hat, die über dem vom Senat festgestellten Wert liegen, trifft es zwar zu, dass es solche Angebote gibt. Allerdings sind nicht nur hochpreisige, sondern auch günstige Verkaufsangebote in die Gesamtwürdigung einzubeziehen. 184

Dies gilt umgekehrt auch für den Kläger. Soweit das vom Kläger zuletzt vorgelegte Ankaufsangebot über 10.000 EUR unter der Schätzung des Senats liegt, führt dies nicht zu einer anderen Bewertung. Wenn man sich an einen Ankäufer in der eigenen Region - hier dem eigenen Ort - wendet, liegen die Angebotspreise regelmäßig unter den Preisen, die man bei einem bundesweiten Angebot erzielen kann. Der Wert des streitgegenständlichen Fahrzeugs lässt sich jedoch am besten bei einem bundesweiten Vergleich ermittelt, weil sich dann wesentlich mehr potentielle Käufer und Verkäufer gegenüberstehen; es handelt sich bei der Schätzung des Senats somit um den Preis, zu dem der Kläger sein Fahrzeug bei einem bundesweiten Inserat über eine Internetplattform verkaufen könnte. Auch insoweit gilt, dass nicht allein auf ein einzelnes, unter dem vom Senat festgestellten Wert liegendes Angebot abzustellen ist, sondern dass auch höherpreisige Angebote zu berücksichtigen sind. 185

Damit ist ein Differenzschaden bis auf einen Betrag von 1.498,91 EUR aufgezehrt: 33.600 EUR - 12.000 EUR Restwert - 20.101,09 = **1.498,91 EUR** 186

7) 187

Die Berechnung des Differenzschadens entspricht europarechtlichen Vorgaben, so dass kein Vorlageverfahren an den EuGH einzuleiten ist und das Verfahren nicht nach § 148 ZPO (analog) auszusetzen ist. 188

Die für den Streitfall maßgeblichen Fragen zur Schadenshöhe und zum Vorteilsausgleich, die für den Streitfall von Bedeutung sind, sind bereits beantwortet bzw. die richtige Anwendung des Unionsrechts ist derart offenkundig, dass kein Raum für vernünftige Zweifel bleibt („acte claire“); die Rechtsprechung des EuGH lässt keine Fragen zur unionsrechtlichen Rechtslage offen (vgl. BGH, Urteil vom 27.11.2023, VIa ZR 1425/22, Rn. 23). 189

Richtig ist, dass ein Schadensersatzanspruch nicht praktisch unmöglich gemacht oder übermäßig erschwert werden darf (vgl. EuGH, Urteil vom 21.3.2023, C-100/21, juris Rn. 93). Doch sind die nationalen Gerichte mit dieser Maßgabe auch nach der Rechtsprechung des EuGH befugt, dafür Sorge zu tragen, dass der Schutz der unionsrechtlich gewährleisteten Rechte nicht zu einer ungerechtfertigten Bereicherung der Anspruchsberechtigten führt (vgl. EuGH, Urteil vom 21.3.2023, C-100/21, juris Rn. 94). 190

Diesen Vorgaben tragen die Schätzung des Senats und die Maßstäbe des BGH Rechnung. So liegt der Differenzschaden - wenn er nicht aufgezehrt ist - bei mindestens 5 % und bei bis zu 15 % des Kaufpreises. Auch sind die rechtlichen Anforderungen an die Annahme eines Verbotsirrtums hoch. Beides stellt sicher, dass der Differenzschadensersatzanspruch nicht praktisch unmöglich gemacht oder übermäßig erschwert wird. Würden dagegen Restwert oder Nutzungsersatz nicht berücksichtigt, würde dies zu einer unzulässigen Bereicherung des Klägers führen.

Die Ausgestaltung des materiellen Schadensersatzanspruchs eines Fahrzeugerwerbers, der durch den Einbau unzulässiger Abschaltseinrichtungen geschädigt ist, obliegt in Ermangelung unionsrechtlicher Vorschriften dem nationalen Gesetzgeber und seinen Gerichten. Dies hat der EuGH ausdrücklich klargestellt und hierzu ausgeführt: „In Ermangelung unionsrechtlicher Vorschriften über die Modalitäten für die Erlangung eines solchen Ersatzes durch die betreffenden Käufer wegen des Erwerbs eines solchen Fahrzeugs ist es Sache jedes einzelnen Mitgliedstaats, diese Modalitäten festzulegen“ (EuGH, Urteil vom 21.3.2023, C-100/21, juris Rn. 92). Diese Formulierung ist unmissverständlich: Es gibt keine unionsrechtlichen Vorschriften zu den Modalitäten des Schadensersatzanspruchs. 192

Mit den unionsrechtlichen Vorgaben hat sich der BGH in seiner Entscheidung vom 26.6.2023 befasst und den Ersatz des Differenzschadens in der vorgenannten Höhe als eine unionsrechtskonforme Haftungsfolge für einen Verstoß gegen Art. 5 Abs. 2 Satz 1 der Verordnung (EG) Nr. 715/2007 erachtet. Der BGH ist nach Auseinandersetzung mit den unionsrechtlichen Vorgaben, insbesondere unter Einbeziehung des Urteil des EuGH vom 21.3.2023 (EuGH C-100/21), zu dem Ergebnis gelangt, dass der Käufer eines mit einer unzulässigen Abschaltseinrichtung ausgestatteten Kraftfahrzeugs gestützt auf § 823 Abs. 2 BGB in Verbindung mit den Normen des europäischen Abgasrechts vom Hersteller nicht die Rückabwicklung des mit dem Verkäufer abgeschlossenen Vertrags verlangen kann (vgl. BGH, Urteil vom 26.6.2023, VIa ZR 335/21, Rn. 22 ff, m.w.N.) und dass der Restwert des Fahrzeugs im Wege der Vorteilsausgleichung ohne Rücksicht darauf anzurechnen ist, ob er durch eine Weiterveräußerung realisiert worden ist (vgl. BGH, Urteil vom 27.11.2023, VIa ZR 159/22, Rn. 13). Dem hat sich der Senat angeschlossen. 193

Der BGH hat außerdem klargestellt, dass die Rechtsprechung des EuGH hinsichtlich des Differenzschadensersatzanspruchs „keine Fragen zur unionsrechtlichen Rechtslage offen lässt“ (BGH, Urteil vom 27.11.2023, VIa ZR 1425/22, Rn. 23). 194

Nach dem Vorangegangenen besteht keine Veranlassung für eine Vorlage an den EuGH wegen der Berechnung des Differenzschadens oder für eine Aussetzung des Verfahrens in entsprechender Anwendung von § 148 ZPO. 195

Der EuGH hat darüber hinaus entschieden, dass der Käufer nach nationalem Recht ggf. einen Anspruch auf Schadensersatz gegen den Hersteller dieses Fahrzeugs haben muss, wenn dem Käufer durch die Abschaltseinrichtung ein Schaden entstanden ist (EuGH, Urteil vom 21.3.2023, C-100/21, juris Rn. 91). Dabei geht es um denjenigen Schaden, der dem Kläger „tatsächlich“ entstanden ist (vgl. EuGH, Urteil vom 21.3.2023, C-100/21, juris Rn. 96). Eine Abschaltseinrichtung als solche ist mit dem Schaden nicht deckungsgleich (vgl. EuGH, Urteil vom 21.3.2023, C-100/21, juris Rn. 84). Der Schaden kann in einem Wertverlust des betroffenen Fahrzeugs liegen, der sich ggf. daraus ergibt, dass die Gegenleistung der für den Erwerb eines solchen Fahrzeugs geleisteten Zahlung ein Fahrzeug ist, das mit einem Mangel behaftet ist und daher einen geringeren Wert hat (EuGH, Urteil vom 9.7.2020, C-343/19 Rn. 34). Im Streitfall gab es keine Betriebsbeeinträchtigungen und keine Probleme bei der Anmeldung des Fahrzeugs (vgl. EuGH, Urteil vom 21.3.2023, C-100/21, juris Rn. 84). Die 196

Nutzungsentschädigung, die auf den Differenzschaden anzurechnen ist, und der anzusetzende aktuelle Restwert erreichen zusammengekommen auch unter Berücksichtigung der vorgetragenen Abschaltseinrichtungen fast den Kaufpreis, so dass dem Kläger über den tenorierten Betrag hinaus kein „tatsächlicher“ Schaden im oben genannten Sinne entstanden ist, der im Zuge eines Schadensersatzanspruchs gegen den Hersteller zuzusprechen wäre.

Schließlich hat der EuGH auch im Verfahren C-666/23 mit Urteil vom 1.8.2025 nochmals 197 betätigt, dass es in Ermangelung unionsrechtlicher Vorschriften über die Modalitäten für die Erlangung von Schadensersatz durch die Käufer eines solchen Fahrzeugs für die Schäden, die durch die Abschaltseinrichtung verursacht wurden, mit der dieses Fahrzeug ausgestattet ist, Sache jedes einzelnen Mitgliedstaats ist, diese Modalitäten festzulegen. Allerdings stünden von den Mitgliedstaaten festgelegte Modalitäten, die es dem Käufer eines Kraftfahrzeugs praktisch unmöglich machen oder übermäßig erschweren, einen angemessenen Ersatz des Schadens zu erhalten, der ihm durch den Verstoß des Herstellers dieses Fahrzeugs gegen das in diesem Art. 5 Abs. 2 enthaltene Verbot entstanden ist, nicht mit dem Grundsatz der Effektivität in Einklang. Unter diesem Vorbehalt sei festzustellen, dass die nationalen Gerichte befugt seien, dafür Sorge zu tragen, dass der Schutz der unionsrechtlich gewährleisteten Rechte, einschließlich des Rechts des Käufers eines Kraftfahrzeugs auf angemessene Entschädigung für die Schäden, die ihm durch den Verstoß des Herstellers dieses Fahrzeugs gegen das in Art. 5 Abs. 2 der Verordnung Nr. 715/2007 aufgestellte Verbot entstanden sind, nicht zu einer ungerechtfertigten Bereicherung der Anspruchsberechtigten führt. Das nationale Gericht habe somit zu prüfen, ob die Anrechnung eines Vorteils, den der betreffende Käufer im Rahmen der Nutzung der Fahrzeuge gezogen habe, oder im vorliegenden Fall die Anrechnung des Vorteils der tatsächlichen Nutzung der in den Ausgangsrechtsstreitigkeiten in Rede stehenden Fahrzeuge den betreffenden Käufern eine angemessene Entschädigung gewährleiste, soweit festgestellt werde, dass diesen im Zusammenhang mit dem Einbau einer unzulässigen Abschaltseinrichtung im Sinne von Art. 5 Abs. 2 der Verordnung Nr. 715/2007 in diese Fahrzeuge ein Schaden entstanden sei. Dabei könne es grundsätzlich auch nicht als unionsrechtswidrig angesehen werden, wenn ein Mitgliedstaat für die Bestimmung einer angemessenen Entschädigung, die dem Käufer des betreffenden Fahrzeugs zugutekommen müsse, eine Spanne zwischen einer in Prozent ausgedrückten Unter- und Obergrenze festlege, sofern diese Spanne nicht zu einer unangemessenen Entschädigung des Schadens führe, der dem Käufer eines Fahrzeugs mit einer Abschaltseinrichtung entstanden sei. Es sei Sache des nationalen Gerichts, zu prüfen, ob die Entschädigungsspanne es unmöglich mache oder übermäßig erschwere, angemessenen Ersatz für die erlittenen Schäden zu erlangen. Nach alledem sei das Unionsrecht dahin auszulegen, dass es zum einen nicht daran hindere, auf den Schadensersatzbetrag, der dem Erwerber eines mit einer unzulässigen Abschaltseinrichtung im Sinne von Art. 5 Abs. 2 der Verordnung Nr. 715/2007 ausgestatteten Fahrzeugs geschuldet werde, dem durch diese Abschaltseinrichtung ein Schaden entstanden sei, einen Betrag anzurechnen, der dem Vorteil der Nutzung dieses Fahrzeugs entspreche, und zum anderen einer Begrenzung dieser Entschädigung auf einen Betrag, der 15 % des Kaufpreises des Fahrzeugs entspreche, nicht entgegenstehe, sofern diese Entschädigung eine angemessene Wiedergutmachung für den erlittenen Schaden darstelle. Auch diese Anforderungen des EuGH sind gewahrt.

Es wird dem Käufer eines Kraftfahrzeugs auch nicht praktisch unmöglich gemacht oder 198 übermäßig erschwert, einen angemessenen Ersatz des Schadens zu erhalten, der ihm durch den Verstoß des Herstellers dieses Fahrzeugs gegen das in diesem Art. 5 Abs. 2 enthaltene Verbot entstanden ist. Insbesondere ist ein Differenzschadensersatzanspruch nach den vom

Senat angesetzten Maßstäben nicht in jedem Fall aufgezehrt, wie dieses Verfahren belegt.

Ein revisionsrechtlicher Klärungsbedarf besteht insoweit nicht. Der BGH hält auch in Ansehung der EuGH-Entscheidung an seiner bisherigen Rechtsprechung zur Berechnung des Differenzschadens fest (vgl. z.B. Urteil vom 16.10.2025; VIa ZR 128/22: „Das Berufungsgericht wird auf der Grundlage der mit Urteil des Senats vom 26.6.2023 in der Sache VIa ZR 335/21 aufgestellten Grundsätze die erforderlichen Feststellungen zu einer Haftung der Beklagten nach § 823 Abs. 2 BGB in Verbindung mit § 6 Abs. 1, § 27 Abs. 1 EG-FGV zu treffen haben.“). 199

8) 200

Die Beklagte hat erstinstanzlich die Einrede der Verjährung erhoben. Doch gibt es keine Anhaltspunkte dafür, dass der Kläger zu einem verjährungsrelevanten Zeitpunkt Kenntnis oder grob fahrlässige Unkenntnis von Abschalteinrichtungen im Fahrzeug hatte. Insbesondere ist der Fall nicht mit dem des Motors EA189 und der Medienberichterstattung dazu vergleichbar. 201

9) 202

Der Zinsanspruch beruht auf §§ 288, 291 BGB. Die Klage ist der Beklagten am 30.1.2020 zugestellt worden (Bl. I-262 d.A.), so dass ab dem Folgetag Rechtshängigkeitszinsen geschuldet sind. 203

Dies gilt auch unter Berücksichtigung des Umstands, dass der Kläger ursprünglich den „großen“ Schadensersatzanspruch geltend gemacht hat. Der Übergang von einem auf §§ 826, 31 BGB gestützten Antrag auf großen Schadensersatz zu einem auf § 823 Abs. 2 BGB in Verbindung mit § 6 Abs. 1, § 27 Abs. 1 EG-FGV gestützten Antrag auf Ersatz des Differenzschadens führt nicht zur Änderung des Klagegrunds. Der Wegfall des Zug um Zug-Vorbehalts führt dementsprechend beim Übergang vom großen Schadensersatz zum Differenzschaden grundsätzlich nicht zu einer Erweiterung des Klagebegehrens. An die Stelle des nach dem Grundsatz der Vorteilsausgleichung Zug um Zug zu übergebenden und zu übereignenden Fahrzeugs tritt in diesem Fall die schadensmindernde Anrechnung des Restwerts des Fahrzeugs, soweit dieser zusammen mit den Nutzungsvorteilen den Wert des Fahrzeugs bei Abschluss des Kaufvertrags übersteigt. Der Kläger, der statt des bisher verlangten großen Schadensersatzes den Ersatz des Differenzschadens begehrt, gibt regelmäßig nicht nur den Zug um Zug-Vorbehalt auf, sondern verringert zugleich den ersetzten verlangten Betrag. Bei wirtschaftlicher Gesamtbetrachtung des Klageantrags geht der zu ersetzende Differenzschaden nicht über den großen Schadensersatz hinaus (BGH, Urteil vom 23.4.2024, VIa ZR 1132/22, Rn. 13 ff). Dementsprechend kann der Kläger auf den zugesprochenen Betrag Rechtshängigkeitszinsen verlangen. 204

III. 205

Die Kostenentscheidung folgt aus § 92 Abs. 1 ZPO. 206

Die vorläufige Vollstreckbarkeit bemisst sich nach §§ 708 Nr. 10, 713 ZPO. 207

Der Streitwert für das Berufungsverfahren beträgt bis 30.000 EUR (ebenso die Streitwertfestsetzung im Urteil des BGH vom 18.11.2025). Im Falle eines Antrags nach § 33 RVG würde der Senat den Streitwert für die Zeit ab dem 5.5.2026 auf 5.040 EUR festsetzen. 208

209

Die Zulassung der Revision ist nicht geboten. Die Sache hat weder grundsätzliche Bedeutung (§ 543 Abs. 2 S. 1 Nr. 1 ZPO) noch erfordern die Fortbildung des Rechts oder die Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung eine Entscheidung des Berufungsgerichts (§ 543 Abs. 2 S. 1 Nr. 2 ZPO).

Die sich stellenden Fragen sind insbesondere nicht von grundsätzlicher Bedeutung. 210
Grundsätzlichkeit gemäß § 543 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 ZPO ist nur gegeben, wenn eine Rechtssache eine entscheidungserhebliche, klärungsbedürftige und klärungsfähige Rechtsfrage aufwirft, die sich in einer unbestimmten Vielzahl von Fällen stellen kann und die deshalb das abstrakte Interesse der Allgemeinheit an der einheitlichen Entwicklung und Handhabung des Rechts berührt, wobei insbesondere erforderlich ist, dass die betreffende Rechtsfrage in einem gewissen Umfang umstritten ist. Dafür genügen vereinzelte Gerichtsentscheidungen mit anderer Auffassung nicht, auch wenn es sich um OLG-Entscheidungen handelt (vgl. BGH, Beschluss vom 21.12.2009, II ZR 264/08, juris Rn. 3).

Vorliegend stellen sich keine klärungsbedürftigen Rechtsfragen. Die Grundsätze der Haftung 211
auf den Differenzschadensersatz sind höchstrichterlich geklärt. Die Bemessung der Höhe der anzurechnenden Vorteile ist in erster Linie Sache des nach § 287 ZPO besonders freigestellten Tatrichters (vgl. BGH, Urteil vom 24.7.2023, VIa ZR 752/22, juris Rn. 12). Gelangt also ein Berufungsgericht im Einzelfall trotz identischen Sachverhalts zu einem anderen Ergebnis als ein anderes gleich- oder höherrangiges Gericht, so begründet dies für sich allein nicht die Notwendigkeit der Revisionszulassung zur Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung (vgl. BGH, Beschluss vom 16.9.2003, XI ZR 238/02, juris, Rn. 2 ff.). Wenn andere Oberlandesgerichte bei der Schätzung des Vorteilsausgleichs u.U. anders verfahren sollten, genügt dies wegen der besonderen Freistellung des Tatrichters nach § 287 ZPO nicht für die Zulassung der Revision.