Gericht:	Saarländisches Oberlandesgericht Saarbrücken 4. Zivilsenat
Entscheidungsdatum:	14.11.2024
Aktenzeichen:	4 U 121/23
ECLI:	ECLI:DE:OLGSL:2024:1114.4U121.23.00
Dokumenttyp:	Urteil
Quelle:	juris
Normen:	§ 195 BGB, § 199 Abs 1 BGB, § 249 Abs 1 BGB, § 291 BGB, § 823 Abs 2 BGB ... mehr

---

Differenzschadensersatz wegen unzulässiger Abschalteinrichtungen; Anforderungen an Entlastung, Kausalität und Vorteilsausgleichung

Orientierungssatz

1. Eine Übereinstimmungsbescheinigung ist unzutreffend, wenn das Fahrzeug über eine Abschalteinrichtung verfügt, die unter den im Unionsgebiet üblichen Betriebsbedingungen die Wirksamkeit des Emissionskontrollsystems verringert. Maßgeblich ist das unionsrechtliche Verständnis normaler Fahrbedingungen (Anschluss EuGH, Urteil vom 14. Juli 2022 - C-128/20 und BGH, Urteil vom 26. Juni 2023 - VIa ZR 335/21).(Rn.9)

2. Die Entlastung des Herstellers setzt voraus, dass alle für die Typgenehmigung verantwortlichen Personen einem konkreten und unvermeidbaren Irrtum über die Rechtmäßigkeit der eingesetzten Abschalteinrichtung unterlagen und dass die innerbetrieblichen Abläufe so organisiert waren, dass fehlerhafte Bescheinigungen bei regelgerechtem Ablauf ausgeschlossen gewesen wären (Anschluss BGH, Urteil vom 30. Januar 2024 - VIa ZR 1291/22 und BGH, Urteil vom 11. Dezember 2023 - VIa ZR 340/22).(Rn.18)

3. Für den Differenzschaden kann der Käufer auf den Erfahrungssatz zurückgreifen, dass er den Vertrag nicht zu denselben Bedingungen geschlossen hätte, wenn er von der Gefahr behördlicher Maßnahmen wegen unzulässiger Abschalteinrichtungen gewusst hätte (Anschluss BGH, Urteil vom 26. Juni 2023 - VIa ZR 335/21).(Rn.22)

4. Eine nachträgliche Software-Änderung mindert den Differenzschaden nur, wenn sie die Gefahr behördlicher Maßnahmen nachhaltig reduziert und keine unzulässigen Abschalteinrichtungen oder sonstigen Nachteile verbleiben. Dies setzt voraus, dass das Update den vorschriftswidrigen Zustand vollständig beseitigt (Anschluss BGH, Urteil vom 25. September 2023 - VIa ZR 1/23).(Rn.31)

Verfahrensgang

vorgehend LG Saarbrücken, 27. September 2023, 12 O 563/20

Tenor

I. Auf die Berufung der Beklagten wird das am 27.09.2023 verkündete Urteil des Landgerichts Saarbrücken (12 O 563/20) unter Zurückweisung des weitergehenden Rechtsmittels wie folgt abgeändert:

1. Die Beklagte wird verurteilt, an den Kläger 1.260 € nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 12.12.2020 zu zahlen.

2. Im Übrigen wird die Klage abgewiesen.

II. Die Kosten des erstinstanzlichen Rechtsstreits trägt der Kläger zu 87 % und die Beklagte zu 13 %. Die Kosten des Berufungsverfahrens trägt die Beklagte.

III. Dieses Urteil sowie das angefochtene Urteil, soweit es aufrechterhalten worden ist, sind ohne Sicherheitsleistung vorläufig vollstreckbar.

IV. Die Revision wird nicht zugelassen.

Gründe

I.

1 Der Kläger verlangt von der beklagten Fahrzeugherstellerin Schadensersatz mit der Behauptung, in seinem Fahrzeug Mercedes-Benz GLK 220 BlueTEC 4MATIC mit einem Dieselmotor des Typs OM 651 (Euro 6), Erstzulassung 29.05.2012, welches er mit Rechnung vom 15.08.2013 bei einem Dritten mit einem Kilometerstand von 37.315 km zum Preis von 42.000 € gekauft hatte, seien unzulässige Abschalteinrichtungen verbaut.

2 In erster Instanz hat der Kläger ursprünglich „kleinen“ Schadensersatz gemäß § 826 BGB und hilfsweise Differenzschadensersatz in Höhe von zuletzt mindestens 6.300 € entsprechend 15 % des Kaufpreises verlangt. Zuletzt hat er seine Ansprüche nur noch auf § 823 Abs. 2 BGB i.V.m. §§ 6, 27 EG-FVG gestützt. Das Landgericht hat die Beklagte mit dem am 27.09.2023 verkündeten Urteil unter Abweisung der weitergehenden Klage verurteilt, an den Kläger einen Differenzschadensersatz in Höhe von 1.260 € nebst Zinsen sowie die durch die Beauftragung der Prozessbevollmächtigten des Klägers entstandenen Kosten der außergerichtlichen Rechtsverfolgung in Höhe von 196,62 € nebst Zinsen zu bezahlen. Der Senat nimmt gemäß § 540 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 ZPO auf die tatsächlichen Feststellungen des Urteils Bezug. Die Beklagte hat Berufung eingelegt. Mit ihrem Rechtsmittel begehrt sie die vollständige Abweisung der Klage. Von einer weiteren Darstellung des Sachverhalts wird gemäß §§ 540 Abs. 2, 313a Abs. 1 Satz 1, 543 Abs. 1 Nr. 1, 544 Abs. 2 Nr. 1 ZPO abgesehen.

II.

3 Die Berufung der Beklagten ist zulässig, hat aber nur in geringem Umfang Erfolg, nämlich hinsichtlich der Verurteilung zur Erstattung vorgerichtlicher Rechtsanwaltskosten. Soweit das Landgericht die Beklagte in der Hauptsache zur Zahlung eines Differenzschadens von 1.260 € entsprechend 3 % des gezahlten Kaufpreises verurteilt hat, weist das angefochtene Urteil jedenfalls keine Rechtsfehler zum Nachteil der Beklagten auf.

1.

4 Dem Kläger steht ein Anspruch auf Zahlung eines Differenzschadensersatzes gemäß den §§ 823 Abs. 2, 276, 249 BGB i. V. m. Art. 5 VO (EG) Nr. 715/2007, § 6 Abs. 1, § 27 Abs. 1 EG-FGV dem Grunde nach zu, weil sein Fahrzeug entgegen der vom Hersteller erteilten Übereinstimmungsbescheinigung über unzulässige Abschalteinrichtungen im Sinne

des Art. 5 Abs. 2 Satz 1 der Verordnung (EG) Nr. 715/2007 verfügt (vgl. BGH, Urteil vom 26.06.2023 – VIa ZR 335/21 –, BGHZ 237, 245-280, juris Rn. 28 ff.).

a.

5 Die §§ 6 Abs. 1, 27 Abs. 1 EG-FGV sind Schutzgesetze im Sinne des § 823 Abs. 2 BGB. Seit den Entscheidungen des Bundesgerichtshofs vom 26.06.2023 ist anerkannt, dass diese das Interesse des Fahrzeugkäufers gegenüber dem Fahrzeughersteller wahren, nicht durch den Kaufvertragsabschluss eine Vermögenseinbuße zu erleiden, weil das Fahrzeug entgegen der vom Hersteller erteilten Übereinstimmungsbescheinigung eine unzulässige Abschalteinrichtung im Sinne des Art. 5 Abs. 2 Satz 1 der Verordnung (EG) Nr. 715/2007 aufweist (vgl. BGH, Urteil vom 26.06.2023 – VIa ZR 335/21 –, BGHZ 237, 245-280, juris Rn. 28 ff.). Die von der Beklagten dagegen vorgebrachten Einwände hält der Senat im Hinblick auf die Ausführungen in der zitierten Entscheidung für nicht durchgreifend.

b.

6 Die Beklagte hat die genannten Schutzgesetze verletzt, denn sie hat eine unzutreffende Übereinstimmungsbescheinigung erteilt und damit gegen die §§ 6 Abs. 1, 27 Abs. 1 EG-FGV i. V. m. Art. 5 Abs. 2 Satz 1 VO (EG) Nr. 715/2007 verstoßen (vgl. BGH, Urteil vom 26.06.2023 – VIa ZR 335/21 –, juris Rn. 34; OLG Karlsruhe, Urteil vom 13.12.2023 – 6 U 198/20 –, juris Rn. 117).

(1)

7 Nach § 27 Abs. 1 EG-FGV dürfen neue Fahrzeuge nur in den Verkehr gebracht werden, wenn sie mit einer gültigen Übereinstimmungsbescheinigung des Inhabers der EG-Typgenehmigung nach § 6 Abs. 1 EG-FGV versehen sind. Unzutreffend ist eine Übereinstimmungsbescheinigung, wenn das betreffende Kraftfahrzeug mit einer gemäß Art. 5 Abs. 2 der Verordnung (EG) Nr. 715/2007 unzulässigen Abschalteinrichtung ausgerüstet ist, weil die Bescheinigung dann eine tatsächlich nicht gegebene Übereinstimmung des konkreten Kraftfahrzeugs mit Art. 5 Abs. 2 der Verordnung (EG) Nr. 715/2007 ausweist. Auf den Inhalt der zugrundeliegenden EG-Typgenehmigung kommt es dabei nicht an. Die Übereinstimmungsbescheinigung weist nicht nur die Übereinstimmung des konkreten Kraftfahrzeugs mit dem genehmigten Typ aus, sondern auch die Übereinstimmung des konkreten Kraftfahrzeugs mit allen Rechtsakten, also auch mit Art. 5 Abs. 2 Satz 1 der Verordnung (EG) Nr. 715/2007. Die Übereinstimmungsbescheinigung verweist nach ihrem gesetzlichen Inhalt auch auf materielle Voraussetzungen, die im Falle einer unzulässigen Abschalteinrichtung nicht vorliegen (BGH, Urteil vom 26.06.2023 – VIa ZR 335/21 –, BGHZ 237, 245-280, Rn. 34).

8 Nach Art. 3 Nr. 10 der Verordnung (EG) Nr. 715/2007 kann eine – nach Art. 5 Abs. 2 Satz 1 VO (EG) Nr. 715/2007 prinzipiell unzulässige – Abschalteinrichtung schon dann vorliegen, wenn die Funktion nur eines beliebigen Teils des Emissionskontrollsystems in Abhängigkeit von bestimmten Parametern verändert und die Wirksamkeit des Emissionskontrollsystems verringert wird. Die Wirksamkeit des unverändert funktionierenden Gesamtsystems ist mit derjenigen des verändert funktionierenden zu vergleichen, und zwar jeweils unter den Bedingungen des normalen Fahrbetriebs im gesamten Unionsgebiet (zu den Einzelheiten BGH, Urteil vom 26.06.2023 – VIa ZR 335/21, juris Rn. 51).

9 Grundsätzlich muss die Abgasrückführung als Teil des Emissionskontrollsystems damit unter Betriebsbedingungen, die beim normalen Fahrzeugbetrieb vernünftigerweise zu erwarten sind, uneingeschränkt wirksam sein (vgl. OLG Celle, Urteil vom 20.03.2024 – 7 U 287/22, juris Rn. 31). Die normalen Betriebsbedingungen im Sinne von Art. 3 Nr. 10, Art. 5 Abs. 1 VO (EG) 715/2007 umfassen die tatsächlichen Fahrbedingungen, wie sie im Unionsgebiet üblich sind (vgl. EuGH, Urteil vom 14.07.2022 – C-128/20, juris Rn. 40; Urteil vom 14.07.2022 - C-134/20, juris Rn. 47). Hierzu gehört auch der Außentemperaturbereich, wie er im Gebiet der Europäischen Union üblicherweise vorkommt (vgl. BGH, Urteil vom 26.06.2023 – VIa ZR 335/21, juris Rn. 50), mithin Umgebungstemperaturen von -15°C bis +40°C (vgl. OLG Dresden, Urteil vom 27.03.2024 – 17 U 1636/22, juris Rn. 52; OLG Stuttgart, Urteil vom 11.01.2024 – 24 U 241/22, juris Rn. 7; OLG Frankfurt, Urteil vom 29.11.2023 – 19 U 185/22, juris Rn. 14; OLG Schleswig, Urteil vom 08.12.2023 – 1 U 105/20, juris Rn. 91; VG Schleswig, Urteil vom 20.02.2023 – 3 A 113/18, juris Rn. 267). Zum normalen Fahrbetrieb gehören alle Fahrten auf öffentlichen Straßen unter Einhaltung der geltenden Verkehrsregeln innerhalb Europas im Teillastbetrieb im Geschwindigkeitsbereich von 0 bis 130 km/h (Richtgeschwindigkeit auf deutschen Autobahnen), Kurzstrecken von wenigen Kilometern genauso wie Langstreckenfahrten von mehreren hundert Kilometern, wobei bei Langstreckenfahrten beim normalen Fahrbetrieb vom Einlegen regelmäßiger Pausen auszugehen ist (vgl. OLG Stuttgart, Urteil vom 28.03.2024 – 24 MK 1/21, Rn. 174 f., juris).

10 Macht ein Hersteller geltend, eine Abschalteinrichtung sei ausnahmsweise zulässig (Art. 5 Abs. 2 Satz 2 a VO (EG) Nr. 715/2007), trägt er hierfür die Darlegungs- und Beweislast (BGH, Urteil vom 26.06.2023 – VIa ZR 335/21, juris Rn. 54). Der Hersteller muss nachweisen, dass die Abschalteinrichtung notwendig ist, um den „Motor vor Beschädigung oder Unfall zu schützen und um den sicheren Betrieb des Fahrzeugs zu gewährleisten“. Bloße Verschmutzung und Verschleiß können nicht als „Beschädigung“ oder „Unfall“ in diesem Sinn angesehen werden, da sie im Prinzip vorhersehbar und der normalen Funktionsweise des Fahrzeugs inhärent sind. Auch der Begriff „Motor“ ist eng auszulegen. So ist z. B. der Dieselpartikelfilter ein vom Motor getrenntes Bauteil (vgl. OLG Stuttgart, Urteil vom 11.01.2024 – 24 U 241/22 –, juris Rn. 10, 11).

11 Zum Aspekt der Notwendigkeit einer Abschalteinrichtung gehört schließlich der Nachweis, dass zur Abwendung drohender Risiken zum Zeitpunkt der EG-Typgenehmigung keine andere technische Lösung zur Verfügung stand, selbst wenn diese für den Hersteller die Produktionskosten und für den Nutzer den Wartungsaufwand erhöht hätte (vgl. OLG Celle, Urteil vom 22.11.2023 – 7 U 40/23 –, juris Rn. 19-22).

(2)

12 Im streitgegenständlichen Fahrzeug waren bzw. sind nach diesen Maßstäben als unzulässig zu betrachtende Abschalteinrichtungen verbaut.

(a)

13 Das Thermofenster ist jenseits seiner Spreizung eine Abschalteinrichtung, weil sie in diesen Bereichen die Abgasrückführung und -reinigung herunterregelt. Dies gilt schon auf der Grundlage des Vortrags der Beklagten im Berufungsverfahren, wonach bei dem streitgegenständlichen Fahrzeug auch nach Aufspielen des Software-Updates im Jahr 2020 die Abgasrückführung bei betriebswarmen Motor unterhalb von etwa 4 °C Umge-

bungslufttemperatur und oberhalb von ungefähr 49 °C schrittweise reduziert wird. Danach ist eine Abschalteinrichtung im Sinne des Art. 3 Nr. 10 VO(EG) 715/2007 anzunehmen, denn es findet eine Reduktion bei Bedingungen statt, die noch zu den Bedingungen des normalen Fahrbetriebs in der Union (Umgebungstemperaturen von -15°C bis +40°C) zählen (so bereits Senat, Urteil vom 18.07.2024 – 4 U 80/23). Hinzu kommt, dass nach dem Vorbringen der Beklagten das Abgasrückführungssystem auch nach Aufspielen des Software-Updates nur unter der Bedingung eines betriebswarmen Motors konstant läuft, so dass die Wirksamkeit des Emissionsminderungssystems bei Fahrten mit kaltem Motor weiterhin verringert ist.

14 Die Abschalteinrichtung ist unzulässig, denn die Beklagte kann sich nicht auf Art. 5 Abs. 2 S. 2 VO(EG) 715/2007 berufen. Soweit die Beklagte vorbringt, es sei notwendig, die Abgasrückführung unter Berücksichtigung der Rahmenbedingungen zu steuern, um eine hinreichende Reduzierung sämtlicher relevanter Emissionen zu erzielen, Schäden am Motor und Abgassystem zu vermeiden und den sicheren Betrieb des Systems zu gewährleisten, ist damit die ausschließliche Notwendigkeit des Thermofensters zu Vermeidung von unmittelbaren und schwerwiegenden Risiken für den Motor in Form von Beschädigung oder Unfall nicht dargetan. Die Verschmutzung und der Verschleiß des Motors können nicht als „Beschädigung“ oder „Unfall“ im Sinne der genannten Bestimmung angesehen werden, denn sie sind im Prinzip vorhersehbar und der normalen Funktionsweise des Fahrzeugs inhärent (vgl. EuGH, Urteil vom 14.07.2022 – C-145/20 –, juris Rn. 65). Den Ausführungen der Beklagten lässt sich nicht entnehmen, dass die befürchteten Auswirkungen über Verschmutzung oder Verschleiß hinausgegangen wären. Ebenso wenig legt sie dar, warum es keine andere technische Lösung zur Abwendung der behaupteten Risiken gegeben haben sollte. Ob eine solche Lösung im Sinne einer anderen Konzeption, Konstruktion oder Werkstoffwahl möglicherweise unwirtschaftlich und/oder für den Kunden weniger attraktiv gewesen wäre, ist ohne Belang. Denn das europarechtlich angestrebte Ziel eines hohen Umweltschutzniveaus wäre in Frage gestellt, würde eine Abschalteinrichtung allein deshalb zugelassen, weil die Kosten für die Forschung hoch sind, die technische Ausrüstung teuer oder die für den Nutzer anfallenden Wartungsarbeiten häufiger und kostspieliger (vgl. OLG Celle, Urteil vom 22.11.2023 – 7 U 40/23 –, juris Rn. 21; OLG Karlsruhe, Urteil vom 28.02.2024 – 6 U 45/21 – BeckRS 2024, 3237, Rn. 76). Der Europäische Gerichtshof hat zur Erreichung des Ziels eines hohen Umweltschutzniveaus insbesondere auch einen erhöhten und teureren Wartungsaufwand als hinnehmbar betrachtet (vgl. EuGH, Urteil vom 8.11.2022 – C-873/19 – juris Rn. 92 f.; OLG Celle, Urteil vom 20.12.2023 - 7 U 1742/19 -, juris Rn. 85; siehe auch OLG Stuttgart, Urteil vom 22.02.2024 – 24 U 254/21 –, juris Rn. 74 ff.).

(b)

15 Entsprechendes gilt für die jedenfalls im Erwerbszeitpunkt vorhandene, nach dem unbestrittenen Sachvortrag der Beklagten mit dem Aufspielen des Software-Updates im Jahr 2020 ausbedatete Kühlmittel-Sollwert-Absenkung. Die KSR, die die Emissionen unter bestimmten Betriebsbedingungen reduziert, war nicht ständig aktiviert (vgl. OLG Karlsruhe, Urteil vom 28.02.2024 – 6 U 45/21 – BeckRS 2024, 3237, Rn. 86 f.). Sie führte nach dem eigenen Vorbringen der Beklagten im Berufungsverfahren dazu, dass unter bestimmten Betriebsumständen das geregelte Kühlmittelthermostat den Sollwert für das Kühlmittel von 100°C auf 70°C absenkte, um die Motorerwärmung zu verzögern. Dadurch wurde ein günstiges Verhältnis von Stickoxidemissionen und Partikelemissionen hergestellt. Die Steuerungsparameter der KSR waren an Außentemperatur, Motortemperatur, Um-

gebungsdruck, Drehzahl, Last und Zeitablauf ausgerichtet. Sie waren nach dem Vortrag der Beklagten so miteinander verknüpft, dass die Regelung nicht mehr aktiv war, sobald eine der Bedingungen nicht mehr vorlag. Damit unterblieb unter bestimmten Bedingungen die Aktivierung, obwohl diese technisch möglich gewesen wäre. Dies stellt die Deaktivierung eines Teils des Emissionskontrollsystems im Sinne des Art. 3 Nr. 10 VO(EG) 715/2007 dar. Auch wenn die KSR nur im Motorwarmlauf technisch sinnvoll sein mag, hat die Beklagte gerade nicht vorgetragen, dass die Steuerungsparameter der KSR lediglich die fehlende Wirksamkeit außerhalb des Motorwarmlaufs nachvollzogen hätten (vgl. OLG Hamm, Urteil vom 20.11.2023, 18 U 225/22, juris, Rn. 150).

(c)

16 Schließlich sind die AdBlue-Dosierstrategien des SCR-Systems beim streitgegenständlichen Fahrzeug so geschaltet, dass die Abgasreinigung im sogenannten „Onlinemodus“ nicht so wirksam ist, wie sie sein könnte, wenn während ein und derselben Fahrt wieder in den „Füllstandsmodus“ rückgeschaltet würde, was aber nicht geschieht (vgl. OLG Schleswig, Urteil vom 14.12.2023 – 17 U 49/23 –, juris Rn. 28; siehe – für KSR und Thermofenster – auch OLG Celle, Urteil vom 20.12.2023 - 7 U 1742/19 -, juris Rn. 61, 64; OLG Stuttgart, Urteil vom 22.02.2024 – 24 U 254/21 –, juris Rn. 74 ff.; Urteil vom 11.01.2024 – 24 U 241/22 –, juris Rn. 6, 8, 16 ff.; OLG Karlsruhe, Urteil vom 26.06.2024 – 6 U 158/21 –, juris Rn. 133 ff.). Die Unzulässigkeit der im SCR-System enthaltenen Abschalteinrichtung(en) ist nicht nach Art. 5 Abs. 2 VO 715/2007/EG ausgeschlossen. Die Beklagte hat nicht dargetan, warum die Abschalteinrichtung ausnahmsweise zulässig sein soll. Sie hält vielmehr schon die Bewertung als Abschalteinrichtung für unzutreffend. Soweit sie ausführt, das System müsse das Dosierverhalten an die jeweiligen Umstände anpassen, um sicher zu vermeiden, dass das bei der Reaktion benötigte Umweltgift Ammoniak, welches zudem die Stabilität des Gesamtsystems beeinträchtige, aus dem System austrete (sog. Ammoniak-Schlupf), legt sie nicht dar, dass hierzu gerade die konkret gewählten Bedingungen für die Einschaltung (und/oder Beibehaltung) des Onlinemodus erforderlich und andere, die Reduktion der Stickoxidemissionen besser gewährleistende Einrichtungsmöglichkeiten nicht möglich gewesen wären (so auch OLG Karlsruhe, Urteil vom 26.06.2024 – 6 U 158/21 –, juris Rn. 142).

c.

17 Die Beklagte hat die unzutreffende Übereinstimmungsbescheinigung schuldhaft erteilt (§§ 823 Abs. 2, 276 BGB).

(1)

18 Insoweit gilt (vgl. u.a. BGH, Urteil vom 26.06.2023 – VIa ZR 335/21 –, juris Rn. 59 ff.; BGH, Urteil vom 11.12.2023 – VIa ZR 340/22 –, juris; BGH, Urteil vom 30.01.2024 – VIa ZR 1291/22 –, juris): Der Fahrzeughersteller, der eine Übereinstimmungsbescheinigung trotz der Verwendung einer unzulässigen Abschalteinrichtung ausgegeben und dadurch § 6 Abs. 1, § 27 Abs. 1 EG-FGV verletzt hat, muss Umstände darlegen und beweisen, die sein Verhalten ausnahmsweise nicht als fahrlässig erscheinen lassen. Für die Auslegung der §§ 6 Abs. 1, 27 Abs. 1 EG-FGV i. V. m. Art. 3 Nr. 10, Art. 5 Abs. 2 Satz 1 VO (EG) Nr. 715/2007 ist nicht die Rechtsauffassung des KBA maßgebend, sondern das an der Systematik des Art. 5 Abs. 2 der genannten Verordnung orientierte Normverständnis,

nach dem Abschalteinrichtungen nur ausnahmsweise und unter engen Voraussetzungen zulässig sein können (BGH, Urteil vom 26.06.2023 – VIa ZR 335/21 –, juris Rn. 60).

19 Beruft sich der Hersteller zu seiner Entlastung auf einen unvermeidbaren Verbotsirrtum im Zeitpunkt des Vertragsschlusses des Klägers, muss er zunächst konkret 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 Abschalteinrichtung mit allen für die Prüfung nach Art. 5 Abs. 2 VO (EG) Nr. 715/2007 bedeutsamen Einzelheiten im maßgeblichen Zeitpunkt des objektiven Pflichtverstoßes sowie zusätzlich des Vertragsschlusses (dazu BGH, Urteil vom 11.12.2023 – VIa ZR 340/22 – juris Rn. 12) im Irrtum befanden oder im Falle einer Ressortaufteilung den damit verbundenen Pflichten genügten. Der Irrtum muss außerdem die Rechtmäßigkeit der konkreten, in Rede stehenden Abschalteinrichtung mit allen für die Prüfung nach Art. 5 Abs. 2 VO (EG) Nr. 715/2007 bedeutsamen Einzelheiten betreffen. Nur in Bezug auf einen in diesen Einzelheiten konkret festgestellten Irrtum der maßgebenden Personen kann der Sorgfaltsmaßstab der Fahrlässigkeit sinnvoll geprüft und kann die Unvermeidbarkeit festgestellt werden (zu den Maßstäben vgl. BGH, Urteil vom 26.06.2023 – VIa ZR 335/21 –, juris Rn. 63 ff.). Die Frage der tatsächlichen oder hypothetischen Genehmigung stellt sich – entgegen der Annahme der Beklagten – erst nach Vortrag der Beklagten dazu, ihre Repräsentanten hätten sich im maßgeblichen Zeitpunkt im Rechtsirrtum befunden (vgl. BGH, Urteil vom 12.03.2024 – VIa ZR 635/23 –, juris, Rn. 16).

(2)

20 Nach diesen Maßstäben hat die Beklagte die gegen sie sprechende Vermutung eines schuldhaften Schutzgesetzverstoßes nicht entkräftet. Sie hat schon die Voraussetzungen eines Irrtums im Sinne einer Verkennung der rechtlichen Anforderungen des Art. 5 Abs. 2 VO (EG) Nr. 715/2007 nicht hinreichend vorgetragen. Die Erklärung, man habe das Fahrzeug für normkonform gehalten, genügt hierfür nicht. Soweit sie sich hinsichtlich des Thermofensters auf eine konkludente, jedenfalls aber hypothetische Genehmigung des KBA beruft, legt sie damit nicht dar, dass sich sämtliche ihrer verfassungsmäßig berufenen Vertreter im Sinne des § 31 BGB über die Rechtmäßigkeit des Thermofensters im maßgeblichen Zeitpunkt des Kaufvertragsschlusses im Irrtum befunden hätten. Substantiierter Vortrag zum Vorstellungsbild ihrer verfassungsmäßig berufenen Vertreter im Sinne des § 31 BGB ist auch nicht in Bezug auf die KSR erfolgt. Es fehlt bereits der zeitliche Bezug zum maßgeblichen Zeitpunkt des Kaufvertragsschlusses.

21 Es ist damit nicht dargelegt, dass sich sämtliche im Sinne des § 31 BGB verantwortlichen Personen über die Rechtmäßigkeit der hier in Rede stehenden konkreten Kombination von Abschalteinrichtungen mit sämtlichen Einzelheiten im maßgeblichen Zeitpunkt geirrt hätten (zur unzureichenden Darlegung eines Rechtsirrtums auch OLG Celle, Urteil vom 22.11.2023, 7 U 40/23, juris Rn. 50 ff.; OLG Stuttgart, Urteil vom 30.11.2023 – 24 U 153/21 –, juris Rn. 118, und Urteil vom 11.01.2024 – 24 U 241/22 –, juris Rn. 41 ff. [zur KSR]; ausführlich OLG Karlsruhe, Urteil vom 14.12.2023 – 4 U 32/22 –, juris Rn. 56 ff.; siehe auch – Fahrlässigkeit bzgl. KSR – OLG Stuttgart, Urteil vom 22.02.2024 – 24 U 254/21 –, juris Rn. 111 ff.). Soweit die Beklagte geltend macht, die Ausstellung der Übereinstimmungsbescheinigung habe im relevanten Zeitpunkt den Abteilungen „Vertriebsplanung Pkw“ und „Fahrzeugdokumentation“ oblegen und die Übereinstimmungsbescheinigungen seien in der Regel von deren Leitern unterzeichnet worden, behauptet die Beklagte selbst keinen Irrtum seitens der maßgeblichen Vertreter im Sinne des § 31 BGB. Aus

ihrem Vorbringen lassen sich auch keine Rückschlüsse darauf ziehen, dass sich der Vorstand oder einzelne Mitglieder des Vorstands, vor allem die für die Motorentwicklung und für die Rechtsabteilung zuständigen Mitglieder, konkrete Vorstellungen über die Zulässigkeit des Thermofensters und der KSR machten, die Grundlage für einen Irrtum gewesen sein könnten. Aus dem Vortrag lässt sich auch nicht entnehmen, dass die Beklagte ihre Abläufe hinsichtlich der Ausstellung der Übereinstimmungsbescheinigungen ausreichend organisiert hätte. Um ihrer Verpflichtung, keine unzutreffenden Übereinstimmungsbescheinigungen in den Verkehr zu bringen, zu genügen, musste die Beklagte ihre innerbetrieblichen Abläufe etwa durch interne Weisungen, Meldeketten und Überwachungs- sowie Kontrollmechanismen so organisieren, dass bei regelgerechtem Ablauf nur zutreffende Übereinstimmungsbescheinigungen in den Verkehr gelangen konnten. Hierzu war erforderlich, das rechtliche Umfeld und dessen für die Zulässigkeit der eingesetzten Technik relevante Entwicklungen weiter durch die Rechtsabteilung oder sonstiges juristisch qualifiziertes Personal zu beobachten, um erforderlichenfalls entsprechend reagieren und Abläufe stoppen zu können. Die Beklagte musste sicherstellen, dass die erforderlichen Informationen auch bis zum Aussteller der Übereinstimmungsbescheinigung weitergeleitet würden (vgl. OLG Stuttgart, Urteil vom 28.03.2024 - 24 MK 1/21, Rn. 444). All dies war nicht der Fall.

d.

22 Hinsichtlich des erforderlichen Kausalzusammenhangs zwischen Schutzgesetzverletzung und erlittenem (Differenz-)Schaden kann sich der Kläger als Anspruchsteller bei der Inanspruchnahme der Beklagten nach § 823 Abs. 2 BGB in Verbindung mit §§ 6 Abs. 1, 27 Abs. 1 EG-FGV auf den Erfahrungssatz stützen, dass er den Kaufvertrag zum vereinbarten Kaufpreis nicht geschlossen hätte, hätte er von der Gefahr drohender Maßnahmen nach § 5 Abs. 1 FZV mit Rücksicht auf unzulässige Abschalteinrichtungen gewusst (vgl. BGH, Urteil vom 26.06.2023 – VIa ZR 335/21 –, juris Rn. 55). Diese Vermutung hat die Beklagte nicht widerlegt (zu den Voraussetzungen vgl. BGH, Urteil vom 26.06.2023 – VIa ZR 335/21, juris Rn. 57; Urteil vom 26.06.2023 – VIa ZR 533/21, juris Rn. 35).

23 Soweit die Beklagte in der Berufungsbegründung vorbringt, Käufer von Gebrauchtwagen hätten seit Sommer 2018 über ein Online-Tool auf der Webseite der Beklagten überprüfen können, ob das jeweilige Fahrzeug von einem Rückruf erfasst sei, ist dies für den maßgeblichen Kaufzeitpunkt im Jahr 2013 ohne Relevanz. Gleiches gilt für das Argument, der Kläger hätte damals kein vergleichbares Dieselfahrzeug ohne Thermofenster erwerben können, weil dies damals Industriestandard gewesen sei. Dies blendet die Möglichkeit aus, dass sich der Kläger auch ganz gegen den Erwerb eines Dieselfahrzeugs hätte entscheiden können.

e.

24 Der Klageanspruch ist nicht verjährt. Entgegen der in der Berufungsbegründung vertretenen Auffassung waren etwaige deliktische Ansprüche nicht schon spätestens seit Ablauf des Jahres 2018 verjährt. Der Anspruch auf Differenzschadensersatz verjährt nach § 195 BGB innerhalb von drei Jahren. Die Verjährung beginnt mit dem Schluss des Jahres, in dem der Anspruch entstanden ist und der Gläubiger von den anspruchsbegründenden Umständen und der Person des Schuldners Kenntnis erlangt oder ohne grobe Fahrlässigkeit erlangen müsste (§ 199 Abs. 1 BGB). Dass diese Voraussetzungen vor dem Jahr 2017 vorlagen und die Verjährungsfrist daher durch die im Dezember 2020 erhobene Klage nicht rechtzeitig gemäß § 204 Abs. 1 Nr. 1 BGB gehemmt wurde, zeigt die in-

soweit darlegungs- und beweisbelastete Beklagte nicht auf. Insbesondere ergaben sich aus der Ad-hoc-Mitteilung der Volkswagen AG vom 22.09.2015 keine Hinweise auf möglicherweise unzulässige Abschalteinrichtungen in Fahrzeugen der Beklagten, die bis heute das Vorliegen einer unzulässigen Abschalteinrichtung in Abrede stellt (vgl. OLG Karlsruhe, Urteil vom 02.02.2024 - 4 U 32/22, juris Rn. 104; OLG Köln, Urteil vom 26.10.2023 - 24 U 205/21, juris Rn. 60; OLG Hamburg, Urteil vom 06.10.2023 - 3 U 183/21, juris Rn. 81). Ebenso wenig kann aus dem ersten Bericht der Untersuchungskommission Volkswagen vom 22.04.2016 auf eine Kenntnis des Klägers geschlossen werden, da nicht näher dargelegt ist, welche Ergebnisse insofern in den Medien konkret wiedergegeben wurden, insbesondere ob auch von möglicherweise unzulässigen Abschalteinrichtungen in Fahrzeugen anderer Hersteller, konkret der Beklagten, berichtet wurde. Die von der Beklagten angesprochene eigene Pressemitteilung bezog sich ihrem eigenen Vorbringen nach allein auf die Ankündigung freiwilliger Servicemaßnahmen. Zudem hat die Beklagte in jener Mitteilung auch nicht eingeräumt, unzulässige Abschalteinrichtungen verbaut zu haben. Vielmehr hat sie dies stets – wie auch noch im vorliegenden Rechtsstreit – in Abrede gestellt (OLG Hamm, Urteil vom 13.09.2023 – 30 U 190/21, BeckRS 2023, 26052 Rn. 140). Die durch die Erhebung der zunächst ausschließlich auf den sog. kleinen Schadensersatz nach § 826 BGB gerichteten Klage bewirkte Hemmung der Verjährung umfasst auch den Anspruch auf Differenzschadensersatz (vgl. OLG Stuttgart, Urteil vom 11.01.2024 - 24 U 241/22, juris Rn. 60 ff.).

2.

25 Der dem Kläger zu erstattende Differenzschaden beläuft sich mindestens auf den vom Landgericht zuerkannten Betrag von 1.620 €.

a.

26 Der Käufer eines mit einer unzulässigen Abschalteinrichtung versehenen Fahrzeugs ist um den Betrag geschädigt (§ 249 BGB), um den er den Kaufgegenstand mit Rücksicht auf die mit der unzulässigen Abschalteinrichtung verbundenen Risiken drohender – nicht notwendig bereits erfolgter – Maßnahmen der Zulassungsbehörde bis hin zu einer Betriebsbeschränkung oder -untersagung zu teuer erworben hat. Da die Beklagte wegen des enttäuschten Vertrauens des Käufers auf die Richtigkeit der Übereinstimmungsbescheinigung für die aus dem Vertragsschluss folgenden Schäden haftet, kommt es – ebenso wie bei dem nach § 826 BGB wahlweise eröffneten „kleinen“ Schadensersatz – für den Vermögensvergleich nicht auf den Zeitpunkt des Schlusses der mündlichen Verhandlung an, sondern auf den Zeitpunkt des Vertragsschlusses (BGH, Urteil vom 26.06.2023 – VIa ZR 335/21 –, juris Rn. 39-42).

(1)

27 Der geschätzte Schaden kann aus Gründen unionsrechtlicher Effektivität nicht geringer sein als 5 % des gezahlten Kaufpreises, umgekehrt aus Gründen der Verhältnismäßigkeit aber auch nicht höher als 15 % des gezahlten Kaufpreises. Bei der Schätzung innerhalb dieses Rahmens sind insbesondere zu berücksichtigen: der objektive Wert des Fahrzeugs im Zeitpunkt des Vertragsschlusses, Umfang und Eintrittswahrscheinlichkeit in Betracht kommender Betriebsbeschränkungen bei einer auf den Zeitpunkt des Vertragsschlusses bezogenen Betrachtung, das Gewicht des haftungsbegründenden konkreten Rechtsverstoßes für das unionsrechtliche Ziel der Einhaltung gewisser Emissionsgrenzwerte sowie

der Grad des Verschuldens (BGH, Urteil vom 26.06.2023 – VIa ZR 335/21 –, BGHZ 237, 245, juris Rn. 74-78).

(2)

28 Auch der Schadensersatzanspruch aus § 823 Abs. 2 BGB i. V. m. § 6 Abs. 1, § 27 Abs. 1 EG-FGV unterliegt der Vorteilsausgleichung. Als anzurechnender Vorteil kommt neben den Nutzungen, die der Geschädigte durch den Gebrauch des Fahrzeugs zieht, insbesondere dessen Restwert in Betracht (BGH, Urteil vom 26.06.2023 – VIa ZR 335/21 –, BGHZ 237, 245-280, juris Rn. 44, 80). Der Restwert ist unabhängig davon zu berücksichtigen, ob der Geschädigte ihn durch eine Weiterveräußerung des Fahrzeugs in seinem Vermögen realisiert hat (BGH a.a.O. juris Rn. 13). Nutzungsvorteile und Restwert mindern den Schaden erst dann und nur insoweit, als sie den Wert des Fahrzeugs bei Abschluss des Kaufvertrags (gezahlter Kaufpreis abzüglich Differenzschaden) übersteigen (vgl. BGH a.a.O., juris Rn. 80). Die Anrechnung kann im Einzelfall zu einem vollständigen Wegfall des Schadensersatzanspruchs führen, ohne dass Grundsätze des Unionsrechts dem entgegenstehen (vgl. BGH, Urteil vom 24.07.2023 – VIa ZR 752/22, juris Rn. 12).

(3)

29 Die aus der Nutzung des Fahrzeugs gezogenen Vorteile schätzt der Senat gemäß § 287 ZPO anhand der so genannten linearen Berechnungsmethode, bei der der Kaufpreis für das Fahrzeug durch die im Erwerbszeitpunkt zu erwartende Restlaufleistung geteilt und das Ergebnis mit den gefahrenen Kilometern multipliziert wird (vgl. BGH, Urteil vom 25.05.2020 – VI ZR 252/19, juris Rn. 64; Urteil vom 27.04.2021 - VI ZR 812/20, juris Rn. 15; Urteil vom 29.09.2021 - VIII ZR 111/20, juris Rn. 55). Dabei legt der Senat für den Regelfall, der ständigen Rechtsprechung des Saarländischen Oberlandesgerichts entsprechend (vgl. OLG Saarbrücken, Urteil vom 29.09.2023 – 3 U 20/22 –, juris Rn. 16), eine – vom Bundesgerichtshof wiederholt gebilligte (vgl. BGH, Urteil vom 29.09.2021 – VIII ZR 111/20, Rn. 56, juris; Urteil vom 27.07.2021 - VI ZR 480/19, Rn. 23 ff., juris; Urteil vom 27.04.2021 – VI ZR 812/20, Rn. 15, juris) zu erwartende Gesamtlaufleistung von 250.000 km zugrunde.

b.

30 Ein ersatzfähiger Vermögensschaden des Klägers entfällt, anders als die Beklagte meint, nicht schon dadurch, dass die Beklagte ein vom KBA geprüftes und genehmigtes Update für die Motorsteuerungssoftware anbot, das im vorliegenden Fall unstreitig im Jahr 2020 aufgespielt wurde, und durch das die KSR ausbedatet (Bl. 162eA), die SCR-Steuerung „optimiert“ (Bl.161 eA) und die Abgasrückführung erst unterhalb von ungefähr 4 °C und oberhalb von ungefähr 49 °C schrittweise reduziert wurde (Bl. 161 eA).

(1)

31 Für die Schadensentstehung ist der Zeitpunkt des Vertragsschlusses maßgebend. Eine etwaige Aufwertung des Fahrzeugs durch ein Software-Update als nachträgliche Maßnahme der Beklagten wäre allenfalls im Wege einer von der Beklagten darzulegenden und zu beweisenden Vorteilsausgleichung zu berücksichtigen, wenn das Update die Gefahr von Betriebsbeschränkungen signifikant reduziert (dazu BGH, Urteil vom 26.06.2023 – VIa ZR 335/21 –, juris Rn. 80; Urteil vom 25.09.2023 – VIa ZR 1/23 – juris Rn. 33). Das wiederum kann nur dann der Fall sein, wenn es nicht seinerseits eine unzulässige Abschalteinrichtung oder sonstige Nachteile beinhaltet (vgl. OLG Celle, Urteil

vom 06.03.2024 – 7 U 120/22 –, juris Rn. 98 ff.). Insbesondere die nachträgliche Beseitigung einer unzulässigen KSR kann gegebenenfalls zu einer Aufwertung des Fahrzeugs führen, die im Wege der Vorteilsausgleichung zu einer Minderung oder, sofern keine anderen Abschalteinrichtungen vorhanden sind, auch zum Wegfall des Differenzschadens führen (BGH, Urteil vom 31.07.2024 – VIa ZR 910/22 –, juris Rn. 12).

(2)

32 Nach dem eigenen Vorbringen der Beklagten wäre jedoch jedenfalls in Bezug auf das auch nach Aufspielen des Software-Updates immer noch vorhandene Thermofenster der Gefahr etwaiger künftiger betriebsbeschränkender Maßnahmen nicht nachhaltig begegnet worden. Selbst bei zur Beseitigung der KSR verbleibt – neben dem nach wie vor vorhandenen SCR-System – immer noch das Risiko einer Betriebsuntersagung wegen des Thermofensters (vgl. OLG Karlsruhe, Urteil vom 24.04.2024 – 6 U 88/21 – juris Rn. 161 ff., 165). Die Beklagte selbst behauptet nicht, dass das Software-Update (auch) die – wie ausgeführt unzulässige – Temperaturabhängigkeit der Abgasrückführung vollständig beseitigt hätte. Sie hat insoweit erklärt, die temperaturabhängige Steuerung der Abgasrückführung werde ab 4 °C, mithin unter im gesamten Unionsgebiet noch üblichen Fahrbedingungen, schrittweise reduziert. In Anbetracht dessen bewirkt das Software-Update nach der Überzeugung des Senats keine so signifikante Reduktion der Gefahr der Betriebseinschränkung, dass der Differenzschaden gemindert wäre (vgl. OLG Karlsruhe, Urteil vom 25.09.2024 – 6 U 155/21 –, juris, Rn. 137-142; siehe auch OLG Celle, Urteil vom 10.07.2024 – 7 U 395/22 –, juris Rn. 16: eine Schadensminderung durch ein Update setze voraus, dass keine unzulässigen, eventuell behördliche Maßnahmen auslösenden Abschalteinrichtungen verblieben).

c.

33 Unter Anwendung der oben dargelegten Berechnungsgrundsätze unterschreitet der ersatzfähige Differenzschaden des Klägers jedenfalls nicht den vom Landgericht zuerkannten Betrag von 1.260 €.

(1)

34 Der Senat schätzt die Höhe des so zunächst entstandenen Schadens nach § 287 Abs. 1 ZPO unter Berücksichtigung der oben genannten Bemessungskriterien auf 10 % des Kaufpreises, mithin auf 4.200 €.

35 Mit Blick auf die insoweit relevanten Kriterien – Eintrittswahrscheinlichkeit und Ausmaß drohender behördlicher Anordnungen, Gewicht des Normverstoßes des Herstellers und Verschuldensgrad – handelt es sich um einen durchschnittlichen Fall. Umstände, die ihm in der einen oder anderen Richtung ein besonderes Gepräge geben würden, sind nicht ersichtlich (vgl. zur Bemessung in diesem Sinne OLG Stuttgart, Urteil vom 22.02.2024 – 24 U 254/21 –, juris Rn. 120 f.). Die Nachteile für den Käufer lagen hier im Wesentlichen in einem gewissen Risiko behördlicher Anordnungen, die einer unveränderten Benutzbarkeit des Fahrzeugs entgegenstehen würden. Schon im maßgeblichen Zeitpunkt des Vertragsschlusses waren allerdings Anordnungen von weitreichendem Umfang, etwa eine Betriebsuntersagung, fernliegend. Der Senat geht davon aus, dass nach der vorliegenden Motorsteuerung zwar eine gewisse, aber nicht hohe Wahrscheinlichkeit gegeben war, dass ein vorschriftsmäßiger Zustand des Fahrzeugs selbst durch Anpassungen der Motorsteuerung (Update) nicht zu erreichen war. Dafür spricht der – als Indiz für die

maßgebliche Prognose zum Zeitpunkt des Kaufvertrags geeignete – Umstand, dass unbedingte Betriebsuntersagungen wegen der vorliegenden Abschalteinrichtungen bislang nicht bekannt sind (in diesem Sinne OLG Karlsruhe, Urteil vom 28.02.2024 – 6 U 45/21 – BeckRS 2024, 3237, Rn. 122 ff.).

(2)

36 Ausgehend von der Laufleistung des Fahrzeugs zum Zeitpunkt des Erwerbs von 37.315 km und der von den Prozessbevollmächtigten des Klägers zuletzt mit Schriftsatz vom 17.10.2024 mitgeteilten, unstreitig gebliebenen Kilometerstands von 116.352 km betragen die Vorteile aus der Nutzung des vom Kläger zu einem Kaufpreis von 42.000 € erworbenen Fahrzeugs 15.607,84 € (42.000 € / [250.000 km – 37.315 km] x [116.352 – 37.315]).

37 Als Restwert setzt der Senat im Rahmen des ihm nach § 287 ZPO eröffneten Schätzungsermessens den aufgrund einer Wertermittlung über das Internetportal SchwackeNet (https://schadenmanager.schwacke.de/awonline/de/wert) zum maßgeblichen Zeitpunkt der letzten mündlichen Verhandlung im Berufungsverfahren am 24.10.2024 einen Betrag von 14.900 € an. Die Fahrzeugbewertung erfolgt hierbei anhand der Fahrzeugidentifikationsnummer und weiterer, aus der Akte ersichtlicher fahrzeugspezifischer Parameter (z.B. Gesamtfahrleistung, Sonderausstattung), wodurch ein konkreter Bezug zu dem streitgegenständlichen Fahrzeug hergestellt wird.

38 Zuzüglich des Restwerts belaufen sich die Vorteile, die sich der Kläger anrechnen lassen muss, insgesamt auf 30.507,84 €. Der tatsächliche Wert des Fahrzeugs bei Kaufvertragsabschluss beträgt 37.800 € (90 % von 42.000 €). Die Vorteile übersteigen diesen Wert nicht und sind folglich nicht auf den Differenzschaden anzurechnen.

39 Damit erweist sich der vom Landgericht – unter der Prämisse einer Bezifferung auf nur 3 % des Kaufpreises – in Höhe von 1.260 € zuerkannte und vom Kläger hingenommene Betrag nicht als rechtsfehlerhaft zulasten der Beklagten, weshalb deren Berufung insoweit ohne Erfolg bleibt.

d.

40 Der Differenzschadensersatz ist gemäß § 291 BGB seit dem 12.12.2020 zu verzinsen. Bei der Umstellung von dem ursprünglich in der Hauptsache geltend gemachten „kleinen“ Schadenersatz gemäß § 826 BGB auf den zunächst nur hilfsweise verfolgten Differenzschadensersatzanspruch handelt es sich nicht um eine Klageerweiterung (§ 264 Nr.2 ZPO) oder Klageänderung (§ 263 ZPO) (vgl. MüKoZPO/Becker-Eberhard, 6. Aufl., § 261 Rn. 30), sondern um eine stets zulässige Klageänderung, die den Klageanspruch nicht quantitativ erhöht (vgl. OLG Karlsruhe, Urteil vom 28.02.2024 - 6 U 45/21, Rn. 188, juris; Schleswig-Holsteinisches Oberlandesgericht, Urteil vom 02.01.2024 - 7 U 57/23, Rn. 57, juris m.w.N. auch zur Gegenansicht). Damit ist maßgeblich auf den durch die Zustellung der ursprünglichen Klage am 11.12.2020 bewirkten Rechtshängigkeit folgenden Tag abzustellen.

3.

41 Der Korrektur bedarf das landgerichtliche Urteil allerdings, soweit die Beklagte zur Freistellung des Klägers von den vorgerichtlichen Rechtsanwaltskosten in Höhe einer 1,3 Geschäftsgebühr verurteilt worden ist. Der Kläger hat keinen darauf gerichteten Anspruch,

weil die bloße Verwendung unzulässiger Abschalteinrichtungen eine Haftung der Beklagten nach §§ 826, 31 BGB nicht begründet und § 823 Abs. 2 BGB i. V. m. § 6 Abs. 1, § 27 Abs. 1 EG-FGV neben dem Anspruch auf Ersatz des Differenzschadens keinen Anspruch auf Erstattung vorgerichtlicher Rechtsanwaltskosten gewährt (BGH, Urteil vom 16.10.2023 – VIa ZR 14/22 –, juris Rn. 13). Ein Freistellungsanspruch besteht auch nicht nach § 280 Abs. 1 und 2, § 286 BGB, weil sich die Beklagte im Zeitpunkt der vorgerichtlichen Beauftragung der Prozessbevollmächtigten des Klägers mit dem Ersatz des Differenzschadens wegen der ursprünglichen Zuvielforderung nicht in Verzug befunden hat.

III.

42 Die Kostenentscheidung folgt hinsichtlich des erstinstanzlichen Verfahrens aus § 92 Abs. 1 ZPO, hinsichtlich des Berufungsverfahrens aus § 97 Abs. 1 ZPO. Da das Rechtsmittel nicht bezüglich des Hauptantrags, sondern nur bezüglich der den Gebührenstreitwert nicht erhöhenden Nebenforderung obsiegt, trägt die Beklagte die gesamten Kosten des Berufungsverfahrens. Ein vollständiges oder teilweises Obsiegen in einem Nebenpunkt (z.B. Zinsen, Kosten, Sicherheitsleistung) bei Zurückweisung des Rechtmittels im Übrigen ändert nichts daran, dass das Rechtsmittel als (insgesamt) erfolglos im Sinne des § 97 Abs. 1 ZPO anzusehen ist (MüKoZPO/Schulz, 6. Aufl. 2020, ZPO § 97 Rn. 5 m.w.N.). Die Entscheidung über die vorläufige Vollstreckbarkeit beruht auf §§ 708 Nr. 10, 713 ZPO. Die Revision ist nicht zuzulassen, da die Voraussetzungen des § 543 Abs. 2 ZPO nicht gegeben sind.