

- Beglaubigte Abschrift -

# OBERLANDESGERICHT OLDENBURG



**Im Namen des Volkes**

## Urteil

**3 U 96/21**  
9 O 1918/20 Landgericht Oldenburg

Verkündet am 08.05.2024

als Urkundsbeamtin der Geschäftsstelle

In dem Rechtsstreit

Mercedes-Benz Group AG vertreten durch den Vorstand, Mercedesstraße 137,  
70327 Stuttgart,

Beklagte, Berufungsklägerin und Berufungsbeklagte,

Prozessbevollmächtigte:

[Redacted]

gegen

[Redacted],

Kläger, Berufungsbeklagter und Berufungskläger,

Prozessbevollmächtigte:

Anwaltsgesellschaft Hahn Rechtsanwälte PartG mbB, Marcusallee 38,  
28359 Bremen,

[Redacted]

hat der 3. Zivilsenat des Oberlandesgerichts Oldenburg durch die Richterin am Oberlandesgericht von Teichman und Logischen, den Richter am Oberlandesgericht Schachtschneider und den Richter am Oberlandesgericht Gerwert auf die mündliche Verhandlung vom 19.04.2024 für Recht erkannt:

- I. Auf die Berufungen des Klägers und der Beklagten wird das am 14.06.2021 verkündete Urteil des Landgerichts Oldenburg unter Zurückweisung der Berufung im Übrigen abgeändert und wie folgt neu gefasst:**

**Die Beklagte wird verurteilt, an den Kläger 1.862 EUR nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 08.08.2020 zu zahlen. Im Übrigen wird die Klage abgewiesen.**

- II. Die Kosten des Rechtsstreits erster und zweiter Instanz hat der Kläger zu tragen.**
- III. Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar. Den Parteien bleibt nachgelassen, die Zwangsvollstreckung durch Sicherheitsleistung in Höhe von 110% des vollstreckbaren Betrages abzuwenden, wenn nicht die andere Partei zuvor Sicherheit in Höhe von 110% des jeweils zu vollstreckenden Betrages leistet.**
- IV. Der Berufungsstreitwert wird auf bis zu 30.000 EUR festgesetzt.**

**Gründe:**

I.

Der Kläger nimmt die Beklagte auf Schadensersatz wegen der Verwendung von nach seiner Auffassung unzulässigen Abschaltvorrichtungen in Anspruch.

Er kaufte am 24.01.2013 einen Mercedes-Benz GLK 200 CDI als Neufahrzeug zu

einem Preis von 37.245,10 EUR. Das Fahrzeug wurde von der Beklagten hergestellt; es ist mit einem Dieselmotor der Baureihe OM651 (Schadstoffnorm Euro 5) ausgestattet. Zum Zeitpunkt des Erwerbs des Fahrzeugs durch den Kläger war eine Kühlmittelsolltemperatur-Regelung (künftig: KSR) implementiert und es wurde eine temperaturabhängige Steuerung der Abgasrückführungsrate (AGR) (sog. „Thermofenster“) verwendet.

Das Fahrzeug ist von einem verpflichtenden Rückruf des Kraftfahrtbundesamtes (KBA) betroffen (Bescheid vom 21.05.2022). Der Kläger hat behauptet, die Beklagte verwende bei dem in sein Fahrzeug eingebauten Motor unzulässige Abschaltvorrichtungen, durch die unter anderem auf die Abgasrückführungsrate und die Kühlmitteltemperatur in illegaler Weise eingewirkt werde. Mit der Klagschrift hat der Kläger die Anfechtung des Kaufvertrags erklärt.

In der ersten Instanz hat der Kläger die Erstattung des Kaufpreises in Höhe von 37.245,10 EUR nebst Zinsen abzüglich einer Nutzungsentschädigung für gefahrene Kilometer unter Annahme einer Gesamtleistung von 500.000 km, die Zahlung von Zinsen auf den Kaufpreis, die Erstattung außergerichtlicher Rechtsanwaltskosten, die Feststellung des Annahmeverzugs, sowie die Feststellung einer Schadensersatzpflicht für weitere, auf unzulässigen Abschaltvorrichtungen beruhenden, Schäden.

Wegen der weiteren Einzelheiten wird gemäß § 540 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 ZPO Bezug genommen auf die tatsächlichen Feststellungen im angefochtenen Urteil vom 14.06.2021. Mit diesem hat das Landgericht die Beklagte unter Zurückweisung der Klage im Übrigen zur Zahlung eines Schadensersatzes unter Anrechnung einer Nutzungsentschädigung von insgesamt 18.343,34 EUR, Zug-um-Zug gegen Herausgabe des gegenständlichen Fahrzeugs verurteilt. Bei der Bestimmung der Nutzungsentschädigung hat das Landgericht eine Gesamtleistung von 300.000 km zugrunde gelegt.

Dagegen richten sich die Berufungen beider Parteien. Die Beklagten bestreiten weiterhin die Verwendung von illegalen Einrichtungen im Rahmen der Motorsteuerung. Der Kläger verfolgt seinen erstinstanzlichen Antrag weiter.

Der Kläger hat das Fahrzeug am 21.05.2022 zu einem Preis von 15.000 EUR

veräußert. Zum Zeitpunkt des Verkaufs hat sich der Kilometerstand auf 159.595 km belaufen.

Der Kläger beantragt,

die Beklagte in Abänderung des erstinstanzlichen Urteils zu verurteilen,

1. an den Kläger 22.245,10 EUR nebst Zinsen i.H.v. 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz sei dem 09.08.2020 zu zahlen, unter Anrechnung einer Nutzungsentschädigung in EUR pro gefahrenem km seit dem 30.04.2013, die sich nach folgender Formel berechnet:

$$(37.245,10 \text{ EUR} \times 159.595 \text{ km}) : 500.000 \text{ km}$$

hilfsweise

an den Kläger 5.586,76 EUR nebst Zinsen i.H.v. 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit Rechtshängigkeit zu zahlen,

2. an den Kläger Zinsen i.H.v. 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz aus 37.245,10 EUR vom 01.05.2013 bis zum 09.08.2020 zu zahlen,
3. an den Kläger außergerichtliche Rechtsanwaltskosten i.H.v. 1.706,94 EUR nebst Zinsen i.H.v. 5 Prozentpunkten über dem jeweiligen Basiszinssatz seit dem 09.08.2020 zu zahlen

sowie

die Berufung der Beklagten zurückzuweisen.

Die Beklagte beantragt

das erstinstanzliche Urteil abzuändern und die Klage abzuweisen

sowie

die Berufung des Klägers zurückzuweisen.

II.

Auf die Berufungen der Parteien ist das landgerichtliche Urteil abzuändern. Ein Anspruch auf Schadensersatz Zug-um-Zug gegen Rückgabe des streitgegenständlichen Fahrzeuges besteht nicht. Allerdings steht der Klägerin ein Anspruch auf Zahlung eines Differenzschadens zu.

1. Der Kläger hat gegen die Beklagte keinen Anspruch auf Zahlung des ursprünglichen Kaufpreises von 37.245,10 EUR abzüglich des Verkaufserlöses von 15.000 EUR und abzüglich einer Entschädigung für gezogene Nutzungen.

a. Der Kläger kann sich insbesondere nicht mit Erfolg darauf berufen, ihm sei von der Beklagten in einer gegen die guten Sitten verstoßenden Weise vorsätzlich ein Schaden zugefügt worden, § 826 BGB.

Sittenwidrig in diesem Sinne ist ein Verhalten, das nach seinem Gesamtcharakter, der durch umfassende Würdigung von Inhalt, Beweggrund und Zweck zu ermitteln ist, gegen das Anstandsgefühl aller billig und gerecht Denkenden verstößt. Dafür genügt es im Allgemeinen nicht, dass der Handelnde eine Pflicht verletzt und einen Vermögensschaden hervorruft. Vielmehr muss eine besondere Verwerflichkeit seines Verhaltens hinzutreten, die sich aus dem verfolgten Ziel, den eingesetzten Mitteln, der zutage getretenen Gesinnung oder den eingetretenen Folgen ergeben kann. Schon zur Feststellung der Sittenwidrigkeit kann es daher auf Kenntnisse, Absichten und Beweggründe des Handelnden ankommen, die die Bewertung seines Verhaltens als verwerflich rechtfertigen. Die Verwerflichkeit kann sich auch aus einer bewussten Täuschung ergeben. Insbesondere bei mittelbaren Schädigungen kommt es ferner darauf an, dass den Schädiger das Unwert-urteil, sittenwidrig gehandelt zu haben, gerade auch in Bezug auf die Schäden desjenigen trifft, der Ansprüche aus § 826 BGB geltend macht (vgl. BGH, Urt. v. 25. Mai 2020 – VI ZR 252/19 – juris, Rn. 15).

aa. Nach diesen Grundsätzen ist die von der Klägerin vorgetragene Verwendung eines sogenannten Thermofensters nicht als sittenwidrig zu qualifizieren. Die dargelegten Kriterien für ein verwerfliches Handeln der Beklagten liegen nicht vor.

Im Ausgangspunkt ist zu berücksichtigen, dass eine temperaturgesteuerte Abgasrückführung bei Dieselmotoren zur Vermeidung von Stickoxiden seit Jahrzehnten üblich und in Fachkreisen allgemein bekannt ist (vgl. OLG Bamberg, Beschl. v. 3. April 2023 – 3 U 7/23 –, Rn. 55, juris, m.w.N.). Zumindest ab 2008 stand der allgemeine Einsatz von „Thermofenstern“ sowohl dem KBA als auch dem EU-Normgeber vor Augen (vgl. Mitteilung der EU-Kommission – 2008/C 182/08 – über die Anwendung der gemeinschaftlichen Rechtsvorschriften über Emissionen, dort unter Nr. 8; OLG Stuttgart, Urt. v. 25. Januar 2022 – 16a U 138/19 – juris, Rn. 35). Den europäischen Typgenehmigungsbehörden war die Verwendung von Thermofenstern bei allen Herstellern und die in diesem Zusammenhang geführte rechtliche Diskussion um den Motorschutz ebenfalls präsent. Sie wären deshalb zu einer Überprüfung des Emissionsverhaltens der Fahrzeuge – gegebenenfalls nach weiteren Rückfragen beim jeweiligen Hersteller – ohne Weiteres in der Lage gewesen (vgl. BGH, Urt. v. 13. Januar 2022, ZR 205/20, BeckRS 2022, 3677 Rn. 25 zum KBA), wenn sie Zweifel gehabt hätten, dass europarechtliche Vorgaben eingehalten werden.

Abgesehen davon ist eine temperaturabhängige Steuerung des Emissionskontrollsystems nicht mit der Verwendung einer Prüfstandserkennungssoftware zu vergleichen. Während letztere unmittelbar auf die arglistige Täuschung der Typgenehmigungsbehörde abzielt und einer unmittelbaren arglistigen Täuschung der Fahrzeugewerber in der Bewertung gleichsteht, ist der Einsatz einer temperaturabhängigen Steuerung des Emissionskontrollsystems nicht von vornherein durch Arglist geprägt. Sie führt nicht dazu, dass bei erkanntem Prüfstandsbetrieb eine verstärkte Abgasrückführung aktiviert und der Stickoxidausstoß gegenüber dem normalen Fahrbetrieb reduziert wird, sondern arbeitet in beiden Fahrsituationen im Grundsatz in gleicher Weise. Unter den für den Prüfzyklus maßgebenden Bedingungen (Umgebungstemperatur, Luftfeuchtigkeit, Geschwindigkeit, Widerstand usw.) entspricht die Rate der Abgasrückführung im normalen Fahrbetrieb derjenigen auf dem Prüfstand (vgl. BGH, Beschl. v. 19. Januar 2021 – VI ZR 433/19 – juris, Rn. 13 ff.; Beschl. v. 09. März 2021 – VI ZR 889/20 – juris, Rn. 27).

bb. Die Verwendung einer KSR allein begründet ebenfalls – wie das Thermofenster – noch kein sittenwidriges Verhalten, selbst wenn sie als unzulässige

Abschalteinrichtung anzusehen sein sollte. Vielmehr müssen weitere Umstände hinzutreten, die das Verhalten der für den Motorenhersteller handelnden Personen als besonders verwerflich erscheinen lassen (vgl. BGH, Beschl. v. 13. Oktober 2021 – VII ZR 179/19 –, juris, Rn. 22).

Die Funktion der KSR im streitbefangenen Fahrzeug unterscheidet nicht zwischen Prüfstand- und Straßenbetrieb des Fahrzeugs. Vielmehr wirkt sich die Reichweite der Regelungsbedingungen auf den Prüfstand- und Straßenbetrieb dem Grunde nach gleichermaßen aus. Soweit sich die Wirkweise der KSR auf die Aufwärmphase des Motors beschränkt, gilt diese Prämisse im Ausgangspunkt unterschiedslos für Straße und Prüfstand. Dass die KSR sich aufgrund der konkreten Bedatung im Straßenbetrieb oft nicht oder auch nicht besonders lang auswirken mag, genügt für die Annahme einer Prüfstandbezogenheit nicht (vgl. BGH, Beschluss vom 29. September 2021 - VII ZR 126/21 -, juris Rn. 17). Ebenso hat das OLG Hamm in einer vergleichbaren Konstellation die KSR in demselben Fahrzeugmodell als jedenfalls nicht sittenwidrige Abschaltvorrichtung bewertet (OLG Hamm, Urte. v. 01. September 2023 – 30 U 78/21 –, juris, Rn. 50 ff.).

An dieser Beurteilung ändert auch die Verwendung eines Timers, der die KSR nach einer bestimmten, die Dauer des NEFZ übersteigenden Zeit abschaltet, nichts. Auf eine Sittenwidrigkeit lässt dessen Verwendung nicht schließen, weil die Funktion ohnehin nach ihren physikalischen Parametern nur für die Aufwärmphase des Motors bestimmt war, so dass dem Timer keine Funktion zukommt, die eine Beurteilung als sittenwidrig rechtfertigen könnte. Gleiches gilt für die vom Kläger angeführte Vorkonditionierung, die zu einer vom Fahrzeug erkannten Temperatur des Kühlmittels zwischen 20°C und 30°C führe, bei der die KSR sicher zur Anwendung komme. Dass die Motorsteuerung an Parameter anknüpft, die durch die gesetzlich vorgeschriebene Vorkonditionierung beeinflusst werden, steht einer Prüfstandserkennung nicht gleich. Hinzukommt, dass die Beklagte nach wie vor mit nachvollziehbaren Argumenten – verbesserte Emissionskontrolle während der Aufwärmphase – die KSR als zulässig erachtet, so dass von einem Handeln in verwerflicher Gesinnung nicht ausgegangen werden kann (i.E. ebenso OLG Stuttgart, Urteil vom 9. November 2023, 24 U 14/21; OLG Frankfurt, Urteil vom 17. November 2023, 4 U 192/22; OLG Hamm, Urteil vom 13. September 2023, 30 U 190/21; jeweils zitiert nach beck-online).

b. Ein Schadensersatzanspruch aus § 823 Abs. 2 BGB in Verbindung mit § 263 Abs. 1 StGB ist ebenfalls nicht gegeben. Die Voraussetzungen dieser Anspruchsgrundlage sind nicht erfüllt, weil bereits eine vorsätzliche Täuschung durch die Beklagte nicht festgestellt werden kann. Auf die vorstehenden Ausführungen wird insoweit Bezug genommen. Auch ein Schadensersatzanspruch aus § 831 BGB besteht hiernach nicht. Es fehlt aus den dargelegten Gründen an der erforderlichen Verwirklichung des objektiven Tatbestands einer unerlaubten Handlung im Sinne des §§ 826, 823 Abs. 2 BGB, § 263 Abs. 1 StGB durch einen Verrichtungsgehilfen der Beklagten.

2. Der Kläger hat jedoch einen Anspruch auf Ersatz des Differenzschadens aus §§ 823 Abs. 2 i.V.m. §§ 6 Abs. 1, 27 Abs. 1 EG-FGV in tenorierter Höhe.

Nach aktueller Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs, der sich der Senat anschließt, steht dem Käufer eines mit einer unzulässigen Abschaltvorrichtung i.S.d. Art. 5 VO (EG) Nr. 715/2007 versehenen Kraftfahrzeugs ein Anspruch gegen den Fahrzeughersteller auf Ersatz des Differenzschadens zu (BGH, Urteil vom 26. Juni 2023 – VIa ZR 335/21 –, Rn. 28, juris; EuGH, Urteil vom 21. März 2023 - C-100/21, NJW 2023, 1111, juris).

Das Fahrzeug hat zum Zeitpunkt des Abschlusses des Kaufvertrages zwei Abschaltvorrichtungen im Sinne von Art. 3 Nr. 10, Art. 5 Abs. 2 Satz 1 VO (EG) Nr. 715/2007 aufgewiesen, eine temperaturgesteuerte AGR („Theromfenster“) (a) und eine KSR (b).

a. Die temperaturgesteuerte AGR (sog. „Theromfenster“) stellt eine unzulässige Abschaltvorrichtung im Sinne von Art. 3 Nr. 10, 5 Abs. 2 Satz 1 VO (EG) Nr. 715/2007 dar.

aa. Die AGR muss als Emissionskontrollsystem unter normalen Betriebsbedingungen, die beim normalen Fahrzeugbetrieb vernünftigerweise zu erwarten sind, uneingeschränkt wirksam sein; andernfalls handelt es sich um eine Abschaltvorrichtung im Sinn von Art. 3 Nr. 10, Art. 5 Abs. 2 VO (EG) Nr. 715/2007. Diese normalen Betriebsbedingungen umfassen nicht nur die exakten

Prüfstandsbedingungen, sondern die tatsächlichen Fahrbedingungen, wie sie im Unionsgebiet üblich sind (vgl. EuGH, Urt. v. 14.07.2022, C-128/20, Rn. 40), so dass zu ihnen insbesondere der Temperaturbereich gehört, der im Gebiet der Europäischen Union üblicherweise vorkommt (vgl. BGH, Urt. v. 26.06.2023 – VIa ZR 335/21, Rn. 50, OLG Stuttgart, Urteil vom 19. Oktober 2023 – 24 U 103/22 –, Rn. 31, juris). Bei allen vom Kläger vorgetragene Temperaturen, bei denen es zu einer Wirksamkeitsreduktion des Emissionskontrollsystems kommen soll (Reduktion der Wirksamkeit ab 7 Grad Celsius) und denen die Beklagte nicht konkret entgegengetreten ist, handelt es sich um Betriebsbedingungen, wie sie im Unionsgebiet üblich sind (vgl. OLG Stuttgart, Urteil vom 19. Oktober 2023 – 24 U 103/22 –, Rn. 31, juris; VG Schleswig, Urt. v. 20.02.2023 – 3 A 113/18, Rn. 267, 274, juris).

bb. Das Thermofenster ist auch unzulässig im Sinn von Art. 5 Abs. 2 Satz 1 VO (EG) Nr. 715/2007.

Die Voraussetzungen der in Art. 5 Abs. 2 Satz 2 VO (EG) Nr. 715/2007 genannten Ausnahmetatbestände, unter denen eine Abschaltvorrichtung ausnahmsweise zulässig ist, lassen sich dem Vortrag der hierfür darlegungs- und beweisbelasteten Beklagten (vgl. dazu BGH, Urt. v. 26.06.2023 – VIa ZR 335/21, Rn. 54, juris) nicht entnehmen. Der insoweit von der Beklagten angeführte Motorschutzgedanke ist nicht hinreichend. Denn jedenfalls seit der Entscheidung des EuGHs vom 14. Juli 2022 (– C-145/20 –, juris) ist geklärt, dass der Ausnahmetatbestand des Art. 5 Abs. 2 a VO (EG) Nr. 715/2007 eng auszulegen ist und nur greift, wenn die Abschaltvorrichtung erforderlich ist, um den Motor vor plötzlichen und außergewöhnlichen Schäden zu schützen (EuGH, Urt. v. 14.07.2022 – C-145/20, Rn. 72, 73, vgl. auch EuGH in ZfSch 2021, 194, 198), was voraussetzt, dass unmittelbare Risiken für den Motor in Form von Beschädigung oder Unfall bestehen, die beim Fahren eines Fahrzeugs eine konkrete Gefahr hervorrufen (EuGH, Urt. v. 14.07.2022 – C-145/20, Rn. 67). Bloße Verschmutzungen, Ablagerungen oder ein Verschleiß des Motors, sowie die hieraus mittelbaren Gefahren können nicht als „Beschädigung“ oder „Unfall“ in diesem Sinne angesehen werden, da sie im Prinzip vorhersehbar und der normalen Funktionsweise des Fahrzeugs inhärent sind (EuGH, Urteil vom 14. Juli 2022 – C-145/20 –, Rn. 65, juris; EuGH, Urt. v.

17.12.2020 - C-693/18, Rn. 110; VG Schleswig, Urt. v. 20.02.2023 – 3 A 113/18, Rn. 302, juris; vgl. auch OLG Stuttgart, Urteil vom 19. Oktober 2023 – 24 U 103/22 – , Rn. 30 - 37, juris).

b. Auch die KSR stellt eine unzulässige Abschaltvorrichtung im Sinne von Art. 3 Nr. 10, Art. 5 Abs. 1 VO (EG) Nr. 715/2007 dar (so auch: OLG Stuttgart, Urteil vom 19. Oktober 2023 – 24 U 103/22 –, Rn. 41, juris; Schleswig-Holsteinisches Oberlandesgericht, Urteil vom 10. Oktober 2023 – 7 U 100/22 –, Rn. 75, juris; OLG Hamm, Urteil vom 1.9.2023, 30 U 78/21, juris Rn. 88, OLG Köln).

aa. Die Qualifikation der KSR als Abschaltvorrichtung i.S.d. Art. 3 Nr. 10 VO (EG) Nr. 715/2007 ergibt sich bereits aus dem Vortrag der Beklagten, insbesondere der Beschreibung der KSR in der Berufungserwiderung vom 10.05.2021. Danach kommt die KSR in der Warmlaufphase des Motors nach Kaltstart, d.h. einer Fahrt nach mehreren Stunden Stand -, mithin auf jeden Fall bei der Fahrt im NEFZ zum Einsatz. In der auf den Kaltstart folgenden Warmlaufphase wird die Solltemperatur für das Kühlmittelthermostat von 100°C unter bestimmten Betriebsumständen auf 70° C abgesenkt. Dieses Absenken bewirkt ein früheres Öffnen des Kühlmittelthermostats durch elektrische Beheizung. Dadurch wird der große Kühlkreislauf früher angesteuert, was wiederum dazu führt, dass das Kühlmittel und damit auch das Gesamtsystem länger für die Erwärmung braucht. Aufgrund der so länger vorherrschenden kühleren Motortemperaturen sind höhere AGR-Raten länger möglich, die sich positiv auf die NOx-Emissionen auswirken. Eine Deaktivierung der Funktion erfolgt bei Überschreiten bzw. Unterschreiten einer maximalen bzw. minimalen Außen- und Ansauglufttemperatur, Unterschreiten eines bestimmten Umgebungsdrucks, Überschreiten einer maximalen Last, einer maximalen Drehzahl, einer maximalen Motoröltemperatur und Überschreiten eines Zeitraums, der in Abhängigkeit von der Kühlmitteltemperatur bei Motorstart festgelegt wird. Die maximal applizierte Betriebsdauer ist nach Beklagtenvortrag länger als die gesetzliche Prüfung.

Da das durch die KSR optimierte Emissionsverhalten nur während der Warmlaufphase des Motors greift, aber auch Fahrten jenseits der Warmlaufphase zu den Bedingungen im Sinn von Art. 3 Nr. 10 VO (EG) Nr. 715/2007 gehören, die

bei normalem Fahrzeugbetrieb vernünftigerweise zu erwarten sind, handelt es sich bereits aus diesem Grund um eine Abschaltvorrichtung (OLG Stuttgart, Urteil vom 19. Oktober 2023 – 24 U 103/22 –, Rn. 44, juris). Der von der Beklagten betonte Umstand, dass nach einer Studie des Bundesministeriums für Verkehr und digitale Infrastruktur der Warmlauf einen großen Anteil aller Fahrten ausmacht, führt nicht zur Einordnung der übrigen Fahrten als solchen, die vernünftigerweise nicht zu erwarten sind. Auch die Behauptung, wonach der positive Effekt der KSR bei warmem Motor reduziert wäre, kann zu Gunsten der Beklagten als wahr unterstellt werden, ändert aber nichts daran, dass er noch vorhanden ist und eine Deaktivierung der KSR somit negativen Einfluss auf die Wirkung der Emissionskontrolle unter normalen Betriebsbedingungen hat.

Auch ein Abschalten der für die NO<sub>x</sub>-Emissionen günstigen KSR nach einer bestimmten Betriebsdauer erfüllt den Tatbestand des Art. 3 Nr. 10 VO (EG) Nr. 715/2007; dies auch dann, wenn dieser Zeitraum die ca. 20-minütige NEFZ-Testphase überschreiten sollte (OLG Hamm, Urteil vom 1. September 2023 – I-30 U 78/21 –, Rn. 87, juris).

Ob der Einsatz der KSR grenzwertkausal war, ist für das Vorliegen einer Abschaltvorrichtung mit Rücksicht auf den Wortlaut des Art. 3 Nr. 10 der Verordnung (EG) Nr. 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 verringert wird. Art. 3 Nr. 10 der Verordnung (EG) Nr. 715/2007 knüpft an die Verringerung der Wirksamkeit des Emissionskontrollsystems in seiner Gesamtheit an und nicht an die Einhaltung der Grenzwerte im NEFZ (BGH, Urteil vom 26. Juni 2023 – VIa ZR 335/21 –, Rn. 51, juris).

bb. Zulässigkeitsgründe im Sinne von Art. 5 Abs. 2 Satz 2 VO (EG) Nr. 715/2007 sind nicht ersichtlich. Die von der Beklagten vorgetragene Gefahr der Ölverdünnung, des Verlusts der Schmierfähigkeit und von Ablagerungen an den Wänden der Abgasrückführung, die überdies nicht für alle von der Beklagten zwar pauschal genannten, allerdings nicht spezifizierten Deaktivierungsparameter

konkret dargelegt sind, erfüllen die Ausnahmetatbestandsvoraussetzungen des Art. 5 Abs. 2 Satz 2 lit. a VO (EG) Nr. 715/2007 nicht (OLG Stuttgart, Urteil vom 19. Oktober 2023 – 24 U 103/22 –, 46, juris). Die von der Beklagten geschilderten Gefahren sind im Prinzip vorhersehbar und der normalen Funktionsweise des Fahrzeugs inhärent (s.o.).

d. Jedenfalls im Hinblick auf die KSR handelte die Beklagte auch schuldhaft.

aa) Das Verschulden des Fahrzeugherstellers wird innerhalb des § 823 Abs. 2 BGB im Fall des objektiven Verstoßes gegen § 6 Abs. 1, § 27 Abs. 1 EG-FGV vermutet. 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, im Fall der Inanspruchnahme nach § 823 Abs. 2 BGB Umstände darlegen und beweisen, die sein Verhalten zum maßgeblichen Zeitpunkt des Kaufs des Fahrzeugs durch den Kläger ausnahmsweise nicht als fahrlässig erscheinen lassen (vgl. BGH, Urteil vom 26. Juni 2023 - VIa ZR 335/21, NJW 2023, 2259 Rn. 59, 61 mwN, BGH, Urteil vom 25. September 2023 – VIa ZR 1/23 –, Rn. 13, juris). Berufet sich der Fahrzeughersteller auf einen unvermeidbaren Verbotsirrtum, muss er sowohl den Verbotsirrtum als solchen als auch die Unvermeidbarkeit des Verbotsirrtums darlegen und erforderlichenfalls beweisen (BGH, Urteil vom 25. September 2023 – VIa ZR 1/23 –, Rn. 13, juris).

Den in der genannten Entscheidung ausdifferenzierten Anforderungen hat die Beklagte jedenfalls im Hinblick auf die KSR nicht genügt. Die Rechtsvorstellung ihrer verfassungsmäßig berufenen Vertreter zur KSR hinsichtlich der für die Prüfung nach Art. 5 Abs. 2 VO (EG) Nr. 715/2007 relevanten Einzelheiten legt sie nicht dar.

bb. Ob der Beklagten auch im Hinblick auf das zum Zeitpunkt des Kaufvertrags als Industriestandard anerkannte und vom Kraftfahrtbundesamt (senatsbekannt) regelmäßig unbeanstandet gebliebene Thermofenster ein Verschuldensvorwurf zu machen ist, kann dahinstehen. Ein etwaiges diesbezügliches Verschulden der Beklagten schätzt der Senat jedenfalls als derart gering ein, dass sich das neben

der KSR verbaute Thermofenster ohnehin nicht anspruchserhöhend auswirken würde (siehe unten).

d. Der Schaden der Klägerin besteht in dem Minderwert des Fahrzeugs, den der Senat gem. § 287 ZPO auf 5 Prozent des Kaufpreises (37.245,10 EUR), mithin auf 1.862,25 EUR schätzt.

aa. Das Schätzungsermessen zur Schadenshöhe ist wegen des unionsrechtlichen Effektivitätsgrundsatzes einerseits und des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes andererseits auf eine Spanne zwischen 5 und 15 Prozent begrenzt (BGH a.a.O, Rn. 73 ff.).

Innerhalb dieses Rahmens sind die mit der Verwendung einer unzulässigen Abschaltvorrichtung verbundenen Nachteile, insbesondere das Risiko behördlicher Anordnungen, zu berücksichtigen, wobei auch die zum Zeitpunkt des Kaufvertrags bestehende Eintrittswahrscheinlichkeit des Risikos von Betriebsbeschränkungen in den Blick zu nehmen ist. Über diese originär schadensrechtlichen Gesichtspunkte hinaus ist das Gewicht des der Haftung zugrundeliegenden konkreten Rechtsverstoßes für das unionsrechtliche Ziel der Einhaltung gewisser Emissionsgrenzwerte sowie den 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 (BGH, Urteil vom 26. Juni 2023 – VIa ZR 335/21 –, Rn. 76 - 77, juris).

Unter Berücksichtigung dieser Maßstäbe bemisst der Senat den Schaden auf 5 Prozent des Kaufpreises. Das streitgegenständliche Fahrzeug war von einem Rückruf betroffen, weswegen eine Stilllegung des Fahrzeugs drohte, und zwar unabhängig davon, ob die Beanstandungen des KBA zutreffend waren. Auf der anderen Seite war jedoch auch zu berücksichtigen, dass die Beklagte inzwischen ein von dem KBA freigegebenes Software-Update zur Verfügung gestellt hat.

bb. Eine Kürzung des Anspruchs im Wege des Vorteilsausgleichs kommt nicht in Betracht. Da die Nutzungsvorteile (19.813,76 EUR bei Annahme einer Gesamtleistung von 300.000 km des Neufahrzeugs und bei 159.595 gefahrenen

Kilometern bis zum Verkauf) und der Verkaufserlös von 15.000 EUR den um fünf Prozent geminderten Kaufpreis (35.382,85 EUR) nicht übersteigen, sind sie im Wege des Vorteilsausgleichs nicht anspruchsmindernd zu berücksichtigen (BGH, Urteil vom 26. Juni 2023 – VIa ZR 335/21 –, Rn. 80, juris).

3. Der Zinsauspruch beruht auf §§ 291, 288 Abs. 1 Satz 2 BGB. Da sich der Streitgegenstand beim Übergang vom großen Schadensersatz zum Differenzschaden bei unverändertem Lebenssachverhalt nicht ändert, sondern es sich nur um eine unterschiedliche Methode der Schadensberechnung handelt (BGH, Urteil vom 26. Juni 2023, Az. VIa ZR 335/21, Rn. 45, juris), kann die Klägerin Rechtshängigkeitszinsen aus dem in der Hauptsache zugesprochenen Betrag, der den mit der Klageerhebung geltend gemachten Betrag nicht übersteigt, ab dem auf die Zustellung der Klage folgenden Tag und nicht erst ab dem auf die Zustellung des Schriftsatzes mit dem geänderten Klageantrag folgenden Tag beanspruchen (OLG Karlsruhe, Urteil vom 22. August 2023 – 8 U 271/21 –, Rn. 90, juris).

4.

Der mit dem Antrag zu 2. geltend gemachte Zinsanspruch aus Bereicherungsrecht besteht nicht, da dem Kläger kein Recht zur Anfechtung des Kaufvertrags wegen einer arglistigen Täuschung zustand. Die Voraussetzungen der Sittenwidrigkeit hat der Beklagte nicht ausreichend dargelegt (s.o. zu 1).

5. Die Klage war im Hinblick auf die begehrten außergerichtlichen Rechtsanwaltskosten abzuweisen (Antrag zu 3.). Allein auf der Grundlage des § 823 Abs. 2 BGB i.V.m. § 6 Abs. 1, § 27 Abs. 1 EG-FGV kann neben dem Anspruch auf Ersatz des Differenzschadens eine Erstattung oder Freistellung von vorgerichtlichen Rechtsanwaltskosten nicht verlangt werden (vgl. BGH, Urt. v. 16. Oktober 2023 – VIa ZR 14/22, Rn. 13, juris). Eine andere deliktische Anspruchsgrundlage ist nicht gegeben, auf die Ausführungen unter Ziff. 1. wird Bezug genommen. Ein Verzug der Beklagten mit dem Ersatz des Differenzschadens nach Maßgabe der § 280 Abs. 1 und 2, § 286 BGB liegt schließlich nicht vor.

6. Die Kostenentscheidung folgt aus § 92 Abs. 1, 97 ZPO und die Entscheidung zur vorläufigen Vollstreckbarkeit aus § 708 Nr. 10, 711 ZPO.

Die Revision war nicht zuzulassen, da die Voraussetzungen des § 543 Abs. 2 Satz 1 ZPO nicht vorliegen.

Der Berufungstreitwert folgt aus §§ 47 GKG, 3 ZPO.

von Teichman und Logischen Schachtschneider

Gerwert

**Vorstehende Abschrift stimmt mit  
der Urschrift wörtlich überein.**



als Urkundsbeamtin der Geschäftsstelle

Dieses Schriftstück wurde elektronisch erstellt.

Es ist nur mit Unterschrift und Gerichtssiegel oder mit qualifizierter elektronischer Signatur gültig.