

hat das Oberlandesgerichts Frankfurt am Main, 16. Zivilsenat, durch Vorsitzenden Richter am Oberlandesgericht Dr. Bub als Einzelrichter

aufgrund der mündlichen Verhandlung vom 14.3.2025

für R e c h t erkannt:

Der Einspruch der Klägerin gegen das Versäumnisurteil vom 7.7.2024 wird hinsichtlich der Berufungsanträge in der Berufungsbegründung zu Ziff. 1. bis 4. verworfen.

Hinsichtlich der Anträge zu 1. und 2. gemäß den Schriftsätzen vom 29.10.2024 und vom 22.1.2024 wird das vorbezeichnete Versäumnisurteil teilweise aufgehoben, auf die Berufung der Klägerin das landgerichtliche Urteil teilweise abgeändert und die Beklagte verurteilt, an die Klägerin 1.758,75 € nebst Zinsen hieraus in Höhe von fünf Prozentpunkten über dem jeweiligen Basiszinssatz seit dem 30.10.2024 zu zahlen.

Im Übrigen bleibt das Versäumnisurteil aufrechterhalten.

Die Revision wird nicht zugelassen.

Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar.

G r ü n d e :

I.

Die Klägerin macht als Rechtsnachfolgerin ihres verstorbenen Ehemannes gegen die Beklagte Schadensersatzansprüche wegen angeblicher unzulässiger Abschaltanlagen geltend. In erster Instanz hat sie zuletzt Zahlung von 24.973,38 € Zug um Zug gegen Übereignung des Fahrzeuges sowie hilfsweise Feststellung der Verpflichtung zur Leistung von Schadensersatz geltend gemacht.

Der verstorbene Ehemann der Klägerin erwarb mit Kaufvertrag vom 8.2.2012 bei einer Niederlassung der Beklagten in Frankfurt das von ihr hergestellte Fahrzeug Mercedes-Benz B 200 CDI BlueEFFICIENCY, das über einen Motor mit der Bezeichnung OM 651 verfügt, der der Schadstoffklasse EU5 unterliegt, als Neufahrzeug zu einem Kaufpreis von 35.174,91 €.

Es verfügt über ein System zur Abgasrückführung, bei dem ein Teil des Abgases zurückgeführt und erneut verbrannt wird (AGR), nicht über eine Reinigung mittels SCR-Katalysator.

Unstreitig verfügt es über eine temperaturabhängige Steuerung der Abgasrückführung (sog. Thermofenster), dessen nähere Ausgestaltung zwischen den Parteien streitig ist. Es wird eine Aufheizstrategie („hot-restart“-Strategie) im Rahmen einer Kühlmittel-Solltemperatur-Regelung (KSR) eingesetzt. Das Fahrzeug verfügt außerdem über ein On-Board-Diagnosesystem (OBD), welches die Abgase beeinflussenden Systeme überwacht.

Hinsichtlich des Fahrzeugtyps des streitgegenständlichen Fahrzeuges erfolgte unstreitig keine Anordnung des Kraftfahrtbundesamtes an die Beklagte zu einem verpflichtenden Rückruf. Die Beklagte hat jedoch eine freiwillige Kundendienstmaßnahme durch Aufspielen eines Updates angeboten.

Der Kläger hat behauptet, das Fahrzeuge verfüge über unzulässige Abschalteneinrichtungen. Hinsichtlich des Thermofensters hat sie behauptet, dass die Abgasrückführung schon bei „normalem Straßenbetrieb“ bei Temperaturen unter 17°C stark reduziert werde. Bei Außentemperaturen zwischen 7° und 10°C erfolgten nach einer Messung der Deutschen Umwelthilfe (DUH) Nox-Emissionen um bis zum 10-fachen über den geltenden Grenzwerten (Klageschrift S. 31). Diese Reduzierung der AGR sei technisch, insbesondere zum Motorschutz nicht erforderlich. Hinsichtlich der Aufheizstrategie hat sie vorgetragen, dass die Bedingungen ihres Einsatzes so programmiert seien, dass sie nahezu ausschließlich nur beim Durchlaufen des Prüfverfahrens zum Einsatz komme. Dabei werde auf dem Prüfstand die Kühlmitteltemperatur niedrig gehalten, um die Grenzwerte in der Typprüfung einzuhalten. Und in

Bezug auf das Abgasdiagnosesystems, dass der behauptete nicht ordnungsgemäße Betrieb der Abgassysteme im Normalbetrieb nicht gemeldet werde.

Die Beklagte hat unter anderem dargelegt, dass sie dem KBA offengelegt habe, dass die Abgasrückführung temperaturabhängig gesteuert werde (näher Bl. 241 f. d.A.). Sie hat sich wegen vertraglicher Ansprüche auf Verjährung berufen (Bl. 482 d.A.).

Wegen des weiteren Sach- und Streitstandes und der Anträge in erster Instanz wird auf den Tatbestand des landgerichtlichen Urteils verwiesen.

Das Landgericht hat die Klage abgewiesen.

Vertragliche Ansprüche hat es wegen Verjährung und mangels greifbarer Anhaltspunkte für eine arglistige Täuschung als nicht begründet angesehen.

Einen Anspruch der Klägerin aus § 826 BGB hat das Landgericht verneint, weil die Klägerin keine greifbaren Anhaltspunkte für eine Regulierung der Abgasemissionen vorgetragen habe, die allein auf dem Prüfstand zum Einsatz komme. Die dargelegten Funktionen funktionierten nach Temperatur, Zeit oder Drehzahl auf dem Prüfstand und im regulären Straßenbetrieb gleichermaßen. Deshalb sei nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs keine vorsätzliche sittenwidrige Schädigung gegeben. Insbesondere hinsichtlich des Thermofensters sei eine vertretbare Gesetzesauslegung gegeben. Eine Täuschung des Kraftfahrtbundesamtes durch unrichtige Angaben im Typengenehmigungsverfahren sei nicht erkennbar. Das gelte sowohl für das Thermofenster als auch für die KSR. Die behauptete Manipulation des OBD-Systems handele es sich schon nicht um eine Abschaltvorrichtung i.S. von Art. 5 Abs. 2, Art. 3 Nr.10 der VO (EG) 715/2007.

Einen Anspruch des Klägers aus § 823 Abs. 2 BGB i.V.m. Art. 5 Abs. 2 der VO (EG) 715/2007 und § 6 Abs. 1, 27 Abs. 1 EG-FGV und weiterer europäischer Normen hat es deshalb als nicht gegeben erachtet, weil der Schutzzweck dieser Bestimmungen nicht darauf gerichtet sei, Autokäufer vor der Eingehung einer ungewollten Verbindlichkeit zu bewahren.

Einen Anspruch des Klägers aus § 823 Abs. 2 BGB i.V.m. § 263 StGB hat das Landgericht gleichfalls als nicht gegeben angesehen. Unter Bezug auf das Urteil des Bundesgerichtshofs vom 30.7.2020 (VI ZR 5/20) hat es ausgeführt, dass es jedenfalls am subjektiven Tatbestand einer Täuschung fehle, weil bei einem Thermofenster, welches im Grundsatz im Fahrbetrieb in gleicher Weise arbeitet wie unter dem Prüfstand, die Zulässigkeit unter dem Gesichtspunkt des Bauteilschutzes ernsthaft erwogen werden konnte.

Hiergegen richtet sich die Berufung der Klägerin, mit der sie zunächst ihre erstinstanzlichen Klageanträge I. bis V. – nunmehr bezeichnet als 1. – 5. – weiterverfolgt hat, hinsichtlich des Antrages zu I. jedoch vermindert um die inzwischen höhere anzurechnende Nutzungsentschädigung nach Zahlung von 24.813,09 € auf der Basis eines Kilometerstandes von 88.831 km beansprucht hat. Soweit der Klageantrag gegenüber der ersten Instanz vermindert wurde erklärt sie den Rechtsstreit für erledigt.

Die Klägerin trägt vor, dass nach einem Bericht des Bayrischen Rundfunks das Bundesministerium für Verkehr mitgeteilt habe, dass in Fahrzeugen der Beklagten, die über eine Kühlmittel-Solltemperaturregelung verfügen vom Kraftfahrtbundesamt (KBA) als eine unzulässige Abschaltvorrichtung eingestuft worden seien. Das geregelte Kühlmittelthermostat schalte unter Prüfbedingungen in einen Modus, bei dem unter Regelung einer niedrigen Kühlmitteltemperatur der NOx-Grenzwert in der Typenprüfung eingehalten werde. Sie trägt auch vor, diese Kühl-Regelung werde außerhalb der Bedingungen des NEFZ abgeschaltet. Eine von der Beklagten verbaute Steuerung erkenne die Bedingungen des NEFZ. Die Klägerin trägt ferner vor, ihr sei durch einen Bericht des Magazins Spiegel-Online vom 5.2.2021 bekannt geworden, dass Widersprüche der Beklagten gegen Rückrufbescheide des KBA deswegen zurückgewiesen wurden.

Wenn sich das Fahrzeug auf dem Prüfstand befinde werde „die Kühlflüssigkeit“ so stark gekühlt, dass aufgrund der verminderten Verbrennungstemperatur so wenig Stickoxide entstehen, dass das Fahrzeug die geltenden Grenzwerte einhalte. Die Kühlmittelsoll-Temperatur werde von 100 Grad C auf 70 Grad C abgesenkt. Dies beruhe darauf, dass auf dem Prüfstand über 6 Stunden eine konstante Luftfeuch-

tigkeit herrsche und Temperaturschwankungen von mehr als +/- 3 Grad Celsius nicht aufträten. Solche Bedingungen seien im normalen Fahrbetrieb nicht zu erwarten. Diese Kühlmittel-Regelung werde (deshalb) außerhalb der Bedingungen des NEFZ abgeschaltet. Es sei eine Steuerung verbaut, die die Bedingungen des NEFZ erkenne. Die Klägerin verweist dazu auf eine in einem anderen Rechtsstreit zu einem anderen Fahrzeugtyp der Beklagten eingeholte Auskunft des KBA vom 25.9.2020 wonach dort die Schadstoff- und Abgasstrategie „Geregeltes Kühlmittelthermostat“ im Motorwarmlauf festgestellt und als unzulässig eingestuft worden sei. Die Beklagte habe weitere Fahrzeuge mit dieser Strategie gemeldet. Für den dort streitgegenständliche und vom KBA auf der Basis der Herstellerangaben untersuchten Fahrzeugtyp sei aber kein „Geregeltes Kühlthermostat“ festgestellt worden. Die Klägerin behauptet, dass es inzwischen zahlreiche weitere Rückrufe für diesen Motortyp vom KBA wegen der dort verbauten Abschalteneinrichtungen veröffentlicht worden seien.

Die Klägerin vertritt in rechtlicher Hinsicht die Auffassung, dass das Landgericht Ansprüche aus Gewährleistungsrechten zu Unrecht verneint habe. Sie seien nicht verjährt, weil sie ausführlich dargelegt habe, dass die Voraussetzungen eines arglistigen Verschweigens nach § 438 Abs. 3 BGB vorlägen.

Auch ein Anspruch aus § 823 Abs. 2 BGB i.V.m. Art. 5 Abs. 2 der VO (EG) 715/2007 und § 6 Abs. 1, 27 Abs. 1 EG-FGV sei zu Unrecht verneint worden, weil die genannten Vorschriften Schutzgesetze darstellten.

Die Beklagte beantragt, die Berufung zurückzuweisen.

Hinsichtlich des Thermofensters trägt sie vor, dass die Temperatursteuerung der AGR zur Minimierung konkreter Gefahren erforderlich sei (Berufungserwiderung S. 7 f.). Die Abgasrückführung sei aber selbst bei zweistelligen Minusgraden noch aktiv.

Hinsichtlich der KSR legt sie erneut deren Wirkungsweise dar. Das KBA habe diese nach einer umfangreichen Testkampagne auch nicht in einen Rückruf einbezogen habe, weil sie für die Einhaltung der Grenzwerte nicht ausschlaggebend sei.

Die Beklagte wiederholt in rechtlicher Hinsicht ihren Standpunkt, dass ein Anspruch aus § 826 BGB an fehlender Sittenwidrigkeit scheitere und die Art. 6 Abs. 1, 27 Abs. 1 EG-FGV keine Schutzgesetze im Sinne von § 823 Abs. 2 BGB darstellten.

Mit Schriftsatz vom 8.7.2024 ergänzt und vertieft die Beklagte ihren Vortrag im Hinblick auf die neuere BGH-Rechtsprechung zum Anspruch aus § 823 Abs. 2 BGB.

Zur temperaturabhängigen Steuerung der Abgasrückführung trägt sie vor, dass das KBA mit einem Bescheid gegenüber der Beklagten vom 13.12.2023, der auch das streitgegenständliche Fahrzeug betreffe, nunmehr beanstande, dass innerhalb einer Spanne der Umgebungslufttemperatur von 12° bis 33°C eine Korrektur der AGR-Rate bei betriebswarmem Motor erfolge (näher Bl. 611 – 613 d.A.). Sie habe für die betroffenen Fahrzeugtypen Software-Updates entwickelt, mit denen den Beanstandungen abgeholfen werde. Diese seien verfügbar, indes habe sie gegen den Bescheid vom 13.12.2023 Widerspruch erhoben und er sei noch nicht rechtskräftig. Sie beantragt, die Aussetzung des Verfahrens bis zur Entscheidung des VG Schleswig zum Az. 3 A 51/21 anzuordnen.

Hinsichtlich der KSR trägt sie vor, dass diese während des Motorwarmlaufs unter bestimmten Betriebsumständen, von denen erhebliche Nachteile für den Motor ausgingen (Ölverdünnungen, Ablagerungen, Schmierverlust), die Sollwerttemperatur für das Kühlmittelthermostat von 100° auf 70°C absenke. Wegen der technischen Einzelheiten und des regulierungsrechtlichen Hintergrunds wird auf S. 15 – 21 jenes Schriftsatzes verwiesen. Das KBA habe die KSR in dem streitgegenständlichen Fahrzeug nicht beanstandet, es insbesondere nicht in die erfolgten Rückrufe einbezogen. Es bedürfe, so die Beklagte, zunächst einer Beweisaufnahme, ob das KSR die Wirksamkeit des Emissionskontrollsystems im Ganzen bei normalen Betriebsbedingungen überhaupt reduziere.

Die Beklagte vertritt die Auffassung, dass, wenn man von einer regulierungsrechtlichen Unzulässigkeit ausgehe, sie jedenfalls kein Verschulden i.S. von § 823 Abs. 2 BGB treffe, weil sie einem unvermeidbaren Verbotsirrtum unterlegen sei. Sie beruft sich im Anschluss auf Urteile des BGH im Jahre 2023 auf eine tatsächli-

che oder hypothetische Genehmigung des KBA. Ein Fall einer hypothetischen Genehmigung sei gegeben, weil das KBA im Zeitpunkt des Fahrzeugkaufs – wie auch die sonstige Fachwelt – davon ausgegangen sei, dass ein Thermofenster aus Motorschutzgründen und der Betriebssicherheit gerechtfertigt sei. Dabei vertritt sie zunächst die Auffassung, dass entgegen dem Urteil vom 25.9.2023 (VIa ZR 1/23) kein konkretes Vorstellungsbild von der Rechtmäßigkeit der betroffenen Funktionen erforderlich sei. Selbst wenn man dies verlange, sei ein entsprechender Irrtum gegeben. Die für die Ausstellung der Übereinstimmungsbescheinigung zuständigen Abteilungen „Vertriebsplanung PKW“ und „Fahrzeugdokumentation“ bzw. deren Leiter seien berechtigterweise von der Konformität des Fahrzeugs auf Bauteil und Funktionsebene ausgegangen. Sie hätten sich nicht zu einer Überprüfung der Konformität der Bescheinigung auf das Vorhandensein unzulässiger Abschaltvorrichtungen veranlasst gesehen (Zeugen N.N.). Bei der hypothetischen Genehmigungsfähigkeit sei zu berücksichtigen, dass das KBA zunächst mehrere Funktionen explizit als zulässig angesehen habe und erst aufgrund des Urteils des EuGH vom 14.7.2022 und einer nachfolgenden Entscheidung des VG Schleswig zu einer anderen Bewertung gekommen sei.

Hinsichtlich der temperaturgesteuerten Regelung der AGR sei zum einen von einer tatsächlichen Genehmigung des KBA im Rahmen der Genehmigung eines späteren Software-Updates auszugehen (näher Bl. 634 f. d.A.). Jedenfalls müsse eine hypothetische Genehmigung angenommen werden, weil das KBA auβentemperaturabhängige Steuerungen wie in dem streitgegenständlichen Fahrzeug über Jahre nicht beanstandet habe. Wegen der Einzelheiten wird auf Bl. 636 – 640 d.A. verwiesen.

Hinsichtlich der KSR gelte dasselbe, weil das KBA diese ebenso wie das Thermofenster nicht als unzulässige Abschaltvorrichtung bewertet habe. Im streitgegenständlichen Fahrzeug sei diese Regelung auch nicht „für das Bestehen des NEFZ“ notwendig, weshalb das KBA keinen Rückruf angeordnet habe. Auch hier sei beim damaligen Verständnis zu berücksichtigen, dass sie unter den gleichen Bedingungen im NEFZ wie im Straßenbetrieb arbeite.

Die Beklagte vertritt die Auffassung, dass der Klägerin auch kein ersatzfähiger Schaden entstanden sei. Sie erachtet die Rechtsauffassung des Via. Zivilsenats

des BGH in seinem Urteil vom 26.6.2023 zur Möglichkeit eines sog. Differenzschadens für unzutreffend, weil es allein in der abstrakten Möglichkeit, dass der Eigentümer eines Fahrzeugs seine Nutzungsmöglichkeit einbüße, bereits einen Schaden sehe. Jedenfalls stehe der Klägerin allenfalls ein Schadensersatz an der Untergrenze von 5 % zu. Wegen der vorgetragenen Aspekte hierzu wird auf Bl. 644 – 646 d.A. verwiesen.

Die Beklagte meint, dass im Übrigen ein etwaiger Schaden der Klägerin durch die anzurechnenden Nutzungsvorteile vollständig ausgeglichen oder jedenfalls „signifikant reduziert“ sei. Zum einen habe das Fahrzeug am 29.4.2019 ein von der Beklagten angebotenes Software-Update erhalten, welches den Schaden vollständig ausgeglichen habe. Dies beseitige auch nach Auffassung des BGH (Urteil vom 26.6.2023 – Via ZR 335/21 Rz. 80) den Schaden vollständig. Dies gelte jedenfalls insoweit als die von der Klägerin für unzulässig gehaltene Funktionalität wie die KSR beseitigt worden sei. Der Umfang des AGR-Betriebs sei aufgrund technischer Fortschritte erheblich ausgeweitet worden. Bei betriebswarmem Motor werde die AGR-Rate nur bei Temperaturen unter 0°C und über 40°C schrittweise reduziert. Der verbleibende Umfang sei aus Motorschutzgründen gerechtfertigt.

Hinsichtlich der Höhe des Anspruchs weist die Beklagte darauf hin, dass neben dem Wert der gezogenen Nutzungen jedenfalls auch der Restwert des Fahrzeuges zu berücksichtigen sei. Diese belaufe sich auf 13.700,- € (Angebote Gebrauchtwagenbörse, Anlage BB 07).

Mit Schriftsatz vom 29.10.2024 beantragt die Klägerin nunmehr unter teilweiser Klagerücknahme,

- 1) die Beklagte zur Zahlung eines Entschädigungsbetrages, der in das Ermessen des Gerichts gestellt wird, jedoch mindestens 5.276,26 € betragen soll nebst Zinsen seit Rechtshängigkeit zu verurteilen.
- 2) Die Beklagte zu verurteilen, die Klägerin von außergerichtlichen Rechtsverfolgungskosten in Höhe von 2.077,74 € nebst Zinsen seit Rechtshängigkeit freizustellen.

Sie vertritt die Auffassung, dass ihr wegen des Temperaturfensters und der KSR ein Anspruch auf den Differenzschaden zustehe und verweist auf zahlreiche Urteile anderer Gerichte, welche diesen zuerkannt hätten.

Zum Thermofenster wiederholt sie ihren Vortrag, dass die Abgasreinigung unter 17°C und über 33°C signifikant schrittweise zurückgeführt werde. Die Beklagte bestreite die Thermofenster in ihren Fahrzeugen auch nicht. Beleg sei der inzwischen ergangene Beanstandungsbescheid des KBA vom 13.12.2023, welche das Temperaturfenster von 12°C und über 33°C beanstandete. Sie vertritt die Auffassung, dass das von der Beklagten im vorangegangenen Schriftsatz vom 8.7.2024 benannte Update nicht den Zulassungsvorschriften entspreche. Der von ihr angegebene Temperaturbereich sei immer noch unter den gesetzlichen Anforderungen. Das VG Schleswig habe am 20.2.2023 entschieden, dass die Abschaltung der AGR bei Außentemperaturen zwischen -15°C und +40°C rechtswidrig sei (3 A 113/18).

Zur Kühlmittel-Solltemperatur-Regelung (KSR) legt die Klägerin erneut dar, warum es sich, auch wenn nur sie bei bestimmten Betriebszuständen zum Zuge komme, um eine unzulässige Abschaltvorrichtung handle. Die Beklagte habe für den von ihr behaupteten Motorschutz auch keinerlei Beweise vorgelegt.

Die Beklagte könne sich auch nicht auf einen unvermeidbaren Verbotsirrtum berufen. Sie lege auch im Schriftsatz vom 8.7.2024 nicht dar, dass – abgesehen davon, dass sie die Namen der Verantwortlichen nicht nenne – verfassungsmäßige Vertreter eine konkrete Fehlvorstellung von der Rechtmäßigkeit der den Funktionen gehabt hätten. Wegen der Einzelheiten wird auf S. 38 – 42 und 48 – 54 jenes Schriftsatzes verwiesen. Die Klägerin vertritt die Auffassung, dass auch die rechtskräftige Verurteilung von Mitarbeitern der Beklagten zu Betrugsstrafen durch Strafbefehl gegen einen unvermeidbaren Verbotsirrtum der Beklagten spreche (S. 67 ff.).

Die Klägerin vertritt die Auffassung, dass der Differenzschaden mit mindestens mit 15 % des Kaufpreises zu bemessen sei. Ohnehin sei die vom BGH vorgenommene Begrenzung des Schadens auf 5 % bis 15 % unionsrechtswidrig, weshalb die Klägerin eine Vorlage zur Vorabentscheidung an den EuGH anregt. Wegen der Aspekte für die Bemessung wird auf S. 95 – 97 jenes Schriftsatzes verwiesen.

Die Klägerin den aktuellen Kilometerstand des Fahrzeuges mit: 94.775 km und fügt ein Lichtbild mit dem Tachometerstand am 18.7.2024 bei. Sie bestreitet den von der Beklagten vorgetragenen aktuellen Restwert des Fahrzeuges von 13.700,- €. Dieser sei Gebrauchtwagenportalen entnommen. Zutreffend sei eine Ermittlung über www.dat.de und hier sei der Händlereinkaufswert zugrunde zu legen. Danach betrage der Restwert 10.300,- € (Ausdruck Ermittlungsanfrage S. 84). Die Gesamtleistung des Fahrzeuges sei mit 300.000 km zu bemessen. Nach diesen Werten ergebe sich eine Summe von Restwert und Nutzungsentschädigung von 23.633,93,- €, welcher den ursprünglichen Kaufpreis von 35.174,91 € nicht übersteige.

Die Klägerin vertritt die Auffassung, dass der Schaden wegen des Software-Updates nicht entfallen sei. Es bestünden schon Zweifel an der Wirksamkeit des Software-Updates. Nach dem Vortrag der Beklagten Sorge es nur für eine Senkung des Nox-Ausstoßes. Jedenfalls beseitige es das Thermofenster und dessen Konfiguration nicht, weil es sich auf den offiziellen Rückrufgrund beschränke, der dieses nicht umfasst habe. Im Übrigen verbleibe auch selbst im Falle einer Wirksamkeit des Updates ein Makel bzw. Restschaden.

Die Beklagte nimmt mit Schriftsatz vom 30.10.2024 zum vorangegangenen Schriftsatz der Klägerin Stellung. Sie bestreitet den aktuellen Stand des Kilometerzählers mit Nichtwissen und weist auf das Datum 18.7.2024 hin.

Die Beklagte vertieft ihren Standpunkt, dass es sich bei der temperaturabhängigen Steuerung der AGR-Rate um keine unzulässige Abschalteneinrichtung handle und trägt insbesondere vor, dass bei der Untersuchung von Versottungsrisiken erst in den vergangenen Jahren Fortschritte gemacht worden seien.

Wegen der von der Klägerin angeführten Strafbefehle verweist sie auf ihren Vortrag in der Berufungserwiderung S. 13.

Die angeführte Entscheidung des VG Schleswig ziehe den Bereich der vernünftigerweise zu erwartenden Betriebsbedingungen mit einem Temperaturbereich von -15° bis +40°C deutlich über die Grenzen hinaus, die nach aktueller Rechtslage für Emissionstests im Realbetrieb gelten hinaus.

Ein verbleibender Restschaden, so die Beklagte, sei durch die Summe aus anzurechnender Nutzung und Fahrzeugrestwert jedenfalls aufgebraucht. Dabei geht sie von einer zum 7.11.2024 hochgerechneten Laufleistung von 97.186 km aus. Bei Nutzungsersatz sei an sich von einer Gesamtlauflistung von 250.000 km auszugehen. Bei der ergingen jährlichen Fahrleistung des klägerischen Fahrzeuges müsse das Fahrzeug aber weitere 19 Jahre fahren, um diesen Wert zu erreichen. Realistisch sei deshalb eine Gesamtfahrleistung von 150.000 km, die bei dieser Nutzungspraxis nach 20 Jahren erreicht werde. Dann ergebe sich eine Bewertung der gezogenen Nutzungen von 18.757,60 €. Auf der Grundlage des vorgenannten Kilometerstandes ergebe sich mithin anzurechnende Nutzungsvorteile von 11.260,26 €.

Zum Restwert berücksichtige die DAT-Abfrage der Klägerin nicht die im Schriftsatz vom 8.7.2024 S. 52 angegebenen Sonderausstattungen des Fahrzeuges. Zudem wiederholt und vertieft sie ihren Standpunkt, dass es bei dem nach § 287 ZPO zu bestimmenden Wert nicht auf einen Händler-Einkaufspreis ankomme, sondern auf den am Markt erzielbaren Verkaufspreis. Sie verweist auf die Praxis anderer Oberlandesgerichte, die Restwert über eine Recherche bei mobile.de oder autoscout24.de bestimmten. Der Restwert betrage hier – wie vorgetragen - mindestens 13.700,- €.

Die Summe aus Nutzungsvorteilen und Restwert von 32.467,60 € überstiegen den um einen Barnachlass von 6.207,34 € zu bereinigenden Kaufpreis, nämlich 28.967,57 €

Die Beklagte kündigt an, der von Klägerseite angekündigten Klagerücknahme nur unter der Voraussetzung eines pactum de non petendo oder eines Teilverzichts zuzustimmen, sofern nicht seitens der Klägerin eine Berufungsrücknahme gewollt sei.

Im Verhandlungstermin am 7.11.2024 war die Klägerin – deren Parteivertreter per Videokonferenz teilnehmen wollte – säumig, weil keine Verbindung zustande kam. Es erging ein die Berufung zurückweisendes Versäumnisurteil, welches hinsichtlich der Kostenentscheidung mit Beschluss vom 22.11.2024 berichtigt worden ist.

Die Klägerin hat gegen das ihr am 11.11.2024 zugestellte Versäumnisurteil mit Schriftsatz vom 22.11.2024, eingegangen am selben Tag, Einspruch eingelegt.

Sie beantragt nunmehr, dass Versäumnisurteil aufzuheben und entsprechend ihrem zuletzt gestellten Antrag zu erkennen. Sie beantragt auch, ihr nicht die wegen der Säumnis entstandenen Kosten aufzuerlegen, weil die Säumnis unverschuldet gewesen sei. Es davon auszugehen, dass das Nichtzustandekommen einer Verbindung im Verantwortungsbereich des Gerichts gelegen habe (näher Bl. 354b f. d.A.).

Mit Schriftsatz vom 6.12.2024 legt die Beklagte dar, dass in einem Urteil des 16a-Zivilsenats des OLG Stuttgart (Anlage BB 09) der geltend gemachte Schaden i.S. der Rechtsprechung des BGH aufgrund des am 29.4.2019 aufgespielten Updates, welches die KSR entfernt auf das Fenster des Thermofensters verringert habe, als vollständig kompensiert angesehen worden sei.

Mit Schriftsatz vom 18.2.2025 wiederholt die Beklagte ihren schon bisher vorgetragenen Standpunkt zur Höhe und Aufzehrung eines etwaigen Differenzschadens, wobei sie von einem Restwert von ca: 12.284,83 € ausgeht.

Sie legt ein Einzelrichterurteil des Senats vom 28.8.2024 vor (Anlage BB 11), welches für ein typgleiches Fahrzeug die Klage abweist, weil hinsichtlich des KSR ein unvermeidbarer Verbotsirrtum gegeben und zudem ein Differenzschaden durch Nutzungen und Restwert des Fahrzeuges aufgebraucht sei.

Die Klägerin wiederholt und vertieft mit Schriftsatz vom 27.2.2025 ihr bisheriges Vorbringen und ihre Rechtsauffassung dazu, dass es sowohl bei dem Thermofenster als auch der KSR um unzulässige Abschaltvorrichtungen handele und die Beklagte sich auch nicht auf ein fehlendes Verschulden, insbesondere einen unvermeidbaren Rechtsirrtum berufen könne. Ansprüche seien auch nicht aufgrund von Kenntnis verjährt (näher Bl. 477 ff. d.A.).

Sie vertritt die Auffassung, dass ihr auch keine Kosten nach § 92 ZPO aufzuerlegen seien, wenn dem Schadensersatzantrag nur teilweise stattgegeben werde. Solche Kostenregelungen seien nach der Rechtsprechung des EuGH nicht anwendbar, wenn dies diese die Durchsetzung von Ansprüchen praktisch unmöglich machen oder übermäßig erschweren. Vorsorglich beantragt sie, das Verfahren auszusetzen und die Frage den EuGH vorzulegen. Hilfsweise beantragt sie zudem im Hinblick auf die Frage, ob ein Verbotsirrtum vorliege, ob ein Vorteilsausgleich mit Anspruchsaufzehrung, ob die Begrenzung des Schadensersatzes auf 15 % des Kaufpreises mit Unionsrecht vereinbar seien das Verfahren auszusetzen und dem EuGH zur Beantwortung vorzulegen.

Die Beklagte erwidert dazu mit Schriftsatz vom 3.3.2025.

Zur Frage des unvermeidbaren Irrtums wegen des Vorliegens von unzulässigen Abschaltvorrichtungen wiederholt sie ihre Auffassung, dass sie keine konkreten personenbezogenen Ausführungen dazu machen müsse, welches Vorstellungsbild einzelne mit den Fragen der Emissionskontrolle befasste Personen gehabt hätten. Dies entspreche mittlerweile auch der ständigen Rechtsprechung des OLG Stuttgart sowie auch andere Oberlandesgerichte (Nachweise Bl. 502 d.A.).

Sie vertritt die Auffassung, dass die von Klägerseite angeführte Entscheidung des VG Schleswig vom 20.2.2023 (Az. 3 A 113/18) für den hiesigen Rechtsstreit nicht entscheidungserheblich sei. Sie betreffe einen Volkswagen Golf und sei auch nicht rechtskräftig. Das VG Schleswig gehe bei seiner Annahme von vernünftigerweise zu erwartenden Betriebsbedingungen von -15°C bis +40°C deutlich über die Grenzen hinaus, die nach aktueller Rechtslage für Emissionstests im Realbetrieb gelten.

Die Beklagte meint die Änderung des Antrages durch die Klägerin stelle eine Berufungsrücknahme dar, für welche ihr die Kosten des Rechtsstreits aufzuerlegen seien. Jedenfalls könne die Klägerin Prozesszinsen aus dem etwaigen Differenzschadensersatz erst ab Rechtshängigkeit beanspruchen.

Mit Schriftsatz vom 10.3.2025 legt die Klägerin den aktuellen km-Stand des Fahrzeuges dar: Er betrage 97.688 km.

Sie wiederholt ihren Standpunkt, dass für die Bestimmung des Restwertes des Fahrzeuges nicht Werte aus Gebrauchtwagenbörsen zugrunde gelegt werden könnten, sondern der Händlereinkaufswert. Im Übrigen treffe die Beklagte die Beweislast für die Voraussetzungen der Vorteilsausgleichung und damit auch den Restwert. Die Beklagte legt eine auf der Restwertplattform DAT abgerufene Restwertindikation für das Fahrzeug zu dem o.g. km-Stand vor, die einen Betrag von 10.400,- € aufweist.

Hinsichtlich der zu erwartenden Gesamtleistung des Fahrzeuges legt sie Rechtsprechung von Oberlandesgerichten dar, wonach von mindestens 300.000 km auszugehen ist. Sie zeigt anhand einer Berechnung auf, dass selbst bei einer Gesamtleistung von 250.000,- € die Summe aus Restwert und Nutzungsent-schädigung den Betrag von 24.143,81 € ergebe und damit den ursprünglichen Preis des Fahrzeuges nicht übersteige.

Die Beklagte bestreitet, dass der (Differenz)Schaden „durch ein etwaiges Aufspielen eines Software-Updates“ kompensiert worden sei. Jedenfalls sei der Zeitraum zwischen Kauf und Aufspielen des Updates zu berücksichtigen. Diesbezüglich wiederholt sie ihren bisherigen Vortrag und die rechtliche Argumentation dazu.

Von der weiteren Darstellung des Sach- und Streitstandes wird nach § 540 Abs. 2 ZPO in Verbindung mit § 313a Abs. 1 S. 1 und § 544 Abs. 2 Nr. 1 ZPO abgesehen.

B.

Der Einspruch der Beklagten gegen das Versäumnisurteil ist nur teilweise zulässig (dazu I.). Soweit er statthaft und zulässig ist hat er in der Sache nur teilweise Erfolg (dazu II.).

I.

Soweit die Klägerin die Klagerücknahme hinsichtlich der ursprünglichen Klageanträge zu 1. bis 4., insbesondere des Antrages zu 1., mit dem Zahlung von 24.813,09 € Zug um Zug gegen Übergabe und Übereignung des Fahrzeuges verlangt worden war, erklärt hat, ist diese ohne Wirkung geblieben, weil die Beklagte der Rücknahme entgegen dem Erfordernis des § 269 Abs. 1 ZPO nicht zugestimmt hat. Die ursprünglichen Anträge sind deshalb neben den Anträgen im Schriftsatz vom 29.10.2024 rechtshängig geblieben.

Da die Klägerin in der Verhandlung über den Einspruch die früheren Anträge zu 1. – 4. nicht mehr gestellt hat, sondern nur noch die neuen Anträge (zu 1. und zu 2. = früherer Antrag zu 5.), ist sie insoweit i.S. von §§ 345, 333 ZPO säumig geblieben. Auf den Antrag der Beklagten war deshalb ein zweites Versäumnisurteil dahin zu erlassen, dass der Einspruch insoweit zu verwerfen ist.

II.

Der nach Klageänderung verbliebene Klageantrag in der Hauptsache auf Zahlung eines Differenzschadens in Höhe von 5.276,24 € ist teilweise begründet. Der Anspruch auf Freistellung von vorgerichtlichen Kosten in Höhe von 2.077,74 € ist nicht begründet.

Der Antrag ist in der Berufungsinstanz als Klageänderung nach den §§ 525, 263, 267 ZPO zulässig, weil die Beklagte der Änderung nicht widersprochen und sich zur Sache eingelassen hat, sowie auch nach §§ 525, 264 Nr. 2 + 3 ZPO.

1. Der Klägerin steht ein Anspruch auf den sog. Differenzschaden aus § 823 Abs. 2 BGB i.V.m. §§ 6 Abs. 1, 27 Abs. 1 EG-FGV wegen unrichtiger Erteilung einer Übereinstimmungsbescheinigung in Höhe von 1.758,75 Euro zu.

Bei den genannten Vorschriften des EG-FGV handelt es sich um Schutzgesetze i.S. von 823 Abs. 2 BGB (BGH, Urteil vom 26.6.2023 – VIa ZR 335/21 unter II. 2. A9 und b)).

a) Eine objektive Schutzgesetzverletzung ist gegeben, weil die Beklagte eine unzutreffende Übereinstimmungsbescheinigung erteilt hat.

aa) Unzutreffend ist eine Übereinstimmungsbescheinigung, wenn das betreffende Kraftfahrzeug mit einer gemäß Art. 5 Abs. 2 VO (EG) 715/2007 unzulässigen Abschaltvorrichtung ausgerüstet ist, weil die Bescheinigung dann eine tatsächlich nicht gegebene Übereinstimmung des konkreten Kraftfahrzeugs mit Art. 5 Abs. 2 VO (EG) 715/2007 ausweist. 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 S. 1 VO (EG) 715/2007 (vgl. EuGH, Urteil vom 21.03.2023 – C-100/21, NJW 2023, 1111, Rn 81 - alle Entscheidungen, soweit nicht anders angegeben, zitiert nach beck-online). Diese materiellen Voraussetzungen sind bei Verwendung einer unzulässigen Abschaltvorrichtung nicht erfüllt (vgl. BGH, Urteil vom 26.06.2023 - VIa ZR 335/21, NJW 2023, 2259, Rn 34).

bb) Thermofenster

(1) Die temperaturgesteuerte AGR stellt selbst dann, wenn man von der von der Beklagten vorgetragene Wirkungsweise des Thermofensters wie es sich nach dem aufgespielten Update vom 29.4.2019 darstellt ausgeht, eine Abschaltvorrichtung im Sinn von Art. 3 Nr. 10, 5 Abs. 2 Satz 1 VO (EG) Nr. 715/2007 dar. Danach wird bei betriebswarmem Motor die AGR-Rate bei Temperaturen unter 0°C und über 40°C schrittweise reduziert. Es kann deshalb dahin gestellt bleiben, ob die Behauptung des Klägers, dass Abgasrückführung unter 17°C und über 33°C bereits zurückgeführt werde, als zugestanden anzusehen ist. Dass sie teilweise zutrifft belegt jedenfalls, dass das KBA mit dem Bescheid vom 13.12.2023 die tem-

peraturgeführte AGR-Steuerung wegen einer Korrektur der AGR-Rate sogar innerhalb der Spanne von 12° - 33°C beanstandet.

Die AGR muss als Emissionskontrollsystem jedoch unter normalen Betriebsbedingungen, die beim normalen Fahrzeugbetrieb vernünftigerweise zu erwarten sind, im Sinn von Art. 3 Nr. 10, Art. 5 Abs. 1 VO (EG) Nr. 715/2007 uneingeschränkt wirksam sein. Andernfalls handelt es sich um eine Abschaltvorrichtung. Diese normalen Betriebsbedingungen umfassen 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). Dieser reicht nach zutreffender Auffassung von -15°C bis +40°C (vgl. OLG Stuttgart, Urt. v. 19.10.2023 – 24 U 103/22 –, Rn. 31, VG Schleswig, Urt. v. 20.02.2023 – 3 A 113/18, Rz. 275, auf dessen Ausführungen insoweit Bezug genommen werden kann). Ob dem zuletzt genannten Temperaturbereich uneingeschränkt gilt, kann hier letztlich dahin gestellt bleiben, weil die Beklagte jedenfalls ab dem Update vom 29.4.2019 ein Thermofenster von 0°C bis +40°C eingeräumt hat und jedenfalls Temperaturen unter 0°C europaweit im Winter ein üblicher Temperaturbereich sind. Danach handelt es sich bei der in dem streitgegenständlichen Fahrzeug befindlichen temperaturabhängigen Steuerung der AGR in der hier maßgeblichen Ausgestaltung zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses, zudem unstreitig das Thermofenster sogar noch enger war, um eine Abschaltvorrichtung.

(2) Diese Abschaltvorrichtung ist nicht ausnahmsweise nach Art. 5 Abs. 2 S. 2 Buchst. a) VO (EU) 715/2007 zulässig. Danach ist eine Abschaltvorrichtung zulässig, wenn sie notwendig ist, um den Motor vor Beschädigung oder Unfall zu schützen und um den sicheren Betrieb des Fahrzeugs zu gewährleisten. Die Darlegungs- und Beweislast für die tatsächlichen Voraussetzungen dieses Ausnahmetatbestandes trägt die Beklagte als Herstellerin (BGH, Urteil vom 26.6.2023 – VIa ZR 335/21, Rz. 54). Die Begriffe „Unfall“ und „Beschädigung“ in diesem Sinn sind dahin auszulegen, dass eine die Wirkung des Emissionskontrollsystems verringernde Abschaltvorrichtung, um nach dieser Bestimmung zulässig zu sein, notwendig sein muss, den Motor vor plötzlichen und außergewöhnlichen Schäden zu schützen (EuGH, Urt. v. 14.07.2022 – C-145/20, Rn. 72, 73; EuGH), was voraus-

setzt, 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). Die bloße Verschmutzung und ein Verschleiß des Motors können daher nicht als „Beschädigung“ oder „Unfall“ in diesem Sinn angesehen werden, da sie im Prinzip vorhersehbar und der normalen Funktionsweise des Fahrzeugs inhärent sind (EuGH, Urt. v. 14.07.2022 - C-145/20, Rn. 65; 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).

Notwendig im Sinn dieses Ausnahmetatbestandes ist eine Abschaltvorrichtung zum Motorschutz zudem nur dann, wenn zum Zeitpunkt der EG-Typgenehmigung dieser Einrichtung oder des mit ihr ausgestatteten Fahrzeugs keine andere technische Lösung zur Verfügung gestanden hatte, um unmittelbare Risiken für den Motor in Form von Beschädigung oder Unfall abzuwenden, die beim Fahren eines Fahrzeugs eine konkrete Gefahr hervorrufen (EuGH, Urt. v. 14.07.2022 - C-145/20, Rn. 80; EuGH, Urt. v. 14.07.2022, C-134/20, Rn. 81). Mit der alternativen Technik einhergehende Mehrkosten für den Hersteller fallen dabei nicht ins Gewicht (EuGH, Urt. v. 14.07.2022 - C-145/20 Rn. 77, 78; EuGH, Urt. v. 14.07.2022, C-128/20, Rn. 66, 67). Um notwendig im Sinne von Art. 5 Abs. 2 Satz 2 lit. a VO (EG) Nr. 715/2007 zu sein, darf es sich zudem nicht so verhalten, dass die Abschaltvorrichtung 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 (EuGH, Urt. v. 21.03.2023 – C-100/21, Rn. 65f).

Dem Vortrag der Beklagten lassen sich diese Anforderungen nicht entnehmen. Sie hat lediglich allgemein vorgetragen, dass die temperaturabhängige AGR-Steuerung Fehlfunktionen von Bauteilen des Abgasrückführungssystems und die damit einhergehenden Risiken eines plötzlichen Ausfalls des Motors vermindere (etwa Bl. 509 d.A.) minimiere. Damit werden im Wesentlichen nur die Kriterien für einen Motorschutz wiederholt, ohne die technischen Gefahren und Vorgänge konkret zu benennen. Für den nach dem Update vom 29.4.2019 verbleibenden Umfang des Thermofensters hat die Beklagte lediglich vorgetragen, dass dieser aus Motorschutzgründen gerechtfertigt sei und dies nicht näher konkretisiert.

Selbst wenn es zur Kondensation von Abgasbestandteilen und dadurch zu verschiedenen unerwünschten Ablagerungen in den Bauteilen kommt und ein wiederholter Betrieb des Motors in diesem Zustand könne zu einer dauerhaften Schädigung des Motors oder einem plötzlichen Ausfall führen kann handelt es sich um vorhersehbare Folgen der normalen Benutzung des Fahrzeuges, nämlich bloße Verschmutzung und ein Verschleiß des Motors. Bei einer Versottung und einer Verkokung handelt es um allmählich eintretende Vorgänge, die kein unmittelbares Risiko bewirken. Dass sie in fortgeschrittenem Zustand zu einer plötzlichen Beschädigung führen können, hat nicht zu Folge, dass es sich um eine „Beschädigung“ oder „Unfall“ im skizzierten Sinn von Art. 5 Abs. 2 S. 2 a) der VO, also eine unmittelbar drohende Gefahr, handelt. Denn dieser Entwicklung zu einer Risikosituation kann durch andere zumutbare Maßnahmen wie Reinigung und Wartung, welche im Rahmen einer regelmäßig vorgeschriebenen Wartung erfolgen kann, begegnet werden (vgl. auch VG Schleswig vom 20.12.2023, a.a.O., Rz. 317 ff.).

cc) Auch die KSR ist eine unzulässige Abschaltvorrichtung im Sinne von Art. 3 Nr. 10, Art. 5 Abs. 1 der VO (EG) 715/2007.

(1) Der Hersteller hat nach Art. 4 Abs. 2 VO (EG) Nr. 715/2007 sicherzustellen, dass die ergriffenen technischen Maßnahmen die Emissionen während der gesamten Lebensdauer des Fahrzeugs und bei normalen Nutzungsbedingungen, also auch bei betriebswarmen Motor, wirksam begrenzen.

Diesen Anforderungen genügt die KSR aufgrund ihres begrenzten Wirkbereiches nicht. Nach der zugrunde gelegten Darstellung der Beklagten wird bei der KSR die Solltemperatur für das Kühlmittelthermostat (von 100°C) unter bestimmten Betriebsumständen auf 70° C abgesenkt, wodurch eine frühere Zuschaltung des großen Kühlkreislaufes bewirkt wird, welche zu einer langsameren Erwärmung des Motors führt und aufgrund der so länger vorherrschenden kühleren Motortemperaturen höhere AGR-Raten ermöglicht. Da dieses durch die KSR optimierte Emissionsverhalten nur während der Warmlaufphase des Motors aufrechterhalten werden kann, aber auch Fahrten jenseits der Warmlaufphase – Fahren mit betriebswarmen Motor – 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. Unabhängig hiervon ist die KSR bei Umgebungslufttemperaturen außerhalb eines Bereichs von +15°C bis +35°C nicht aktiv, was schon für sich genommen - und ungeachtet der weiteren (De)Aktivierungsbedingungen - zu einer Einordnung als Abschaltvorrichtung führt. Danach handelt es sich bei der in dem streitgegenständlichen Fahrzeug befindlichen KSR, deren Wirksamkeit schon unter Bedingungen des vernünftigerweise zu erwartenden Fahrzeugbetriebs reduziert wird, ohne dass für eine Kompensation dieser Reduktion etwas behauptet oder ersichtlich wäre, um eine Abschaltvorrichtung.

Der Einwand der Beklagten, die KSR erfülle bereits tatbestandlich nicht die Voraussetzungen einer Abschaltvorrichtung im Sinne von Art. 3 Nr. 10 VO (EG) Nr. 715/2007, weil der Parameter Kühlmittelsolltemperatur, auf den allein eingewirkt werde, kein Teil des Emissionskontrollsystems sei, sondern ein solcher der Motorkühlung, greift nicht durch. Denn durch die Einwirkung auf den Parameter Kühlmittelsolltemperatur wird mittelbar (Kausalkette: frühere Zuschaltung des großen Kühlkreislaufes führt zu einer Verzögerung der Erwärmung des Motors, was wiederum zur Folge hat, dass höhere AGR-Raten über einen längeren Zeitraum möglich sind, als dies bei einem sich andernfalls schneller erwärmenden Motor) – wie von der Beklagten gerade bezweckt – auf das Emissionskontrollsystem in Gestalt der AGR-Raten eingewirkt. Zumindest weil diese Folge von den entwickelnden Ingenieuren bei der Beklagten intendiert gewesen war, steht die Mittelbarkeit der Einwirkung der Annahme einer Abschaltvorrichtung im Sinn von Art. 3 Nr. 10 VO (EG) Nr. 715/2007 nicht entgegen.

(2) Zulässigkeitsgründe im Sinne von Art. 5 Abs. 2 Satz 2 VO (EG) 715/2007 sind nicht ersichtlich. Die von der Beklagten angeführten Gefahren der Ölverdünnung, des Verlusts der Schmierfähigkeit und von Ablagerungen an den Wänden der Abgasrückführung erfüllen die Ausnahmetatbestandsvoraussetzungen des Art. 5 Abs. 2 Satz 2 lit. a nicht. Sie beschreiben keine plötzlichen Gefahren für den Motor, sondern Verschleißerscheinungen. Auf die vorstehenden Ausführungen bei der AGR kann insoweit Bezug genommen werden. Zudem sind Einrichtungen, die aufgrund ihres begrenzten Wirkungsbereiches insbesondere verhindern, dass aus dem mit ihrer Hilfe im Rahmen des NEFZ gezeigten Emissionsverhaltens auf das im

normalen Fahrbetrieb geschlossen werden, sind bereits aus diesem Grund unzulässig

2. Es ist davon auszugehen, dass die Beklagte jedenfalls hinsichtlich des Thermostats auch ein Verschulden an dem Gesetzesverstoß trifft.

Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs wird das Verschulden des Fahrzeugherstellers 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, Urt. v. 26.06.2023 - VIa ZR 335/21, NJW 2023, 2259 Rn. 59, 61 mwN). 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. Das setzt zunächst die Darlegung und erforderlichenfalls den Nachweis eines Rechtsirrtums seitens des Fahrzeugherstellers voraus (BGH, Urt. v. 26.06.2023 - VIa ZR 335/21, NJW 2023, 2259 Rn. 63). Der Fahrzeughersteller muss darlegen und beweisen, dass sich sämtliche seiner verfassungsmäßig berufenen Vertreter im Sinne des § 31 BGB über die Rechtmäßigkeit der vom Käufer dargelegten und erforderlichenfalls nachgewiesenen Abschaltvorrichtung mit allen für die Prüfung nach Art. 5 Abs. 2 der Verordnung (EG) Nr. 715/2007 bedeutsamen Einzelheiten im maßgeblichen Zeitpunkt (vgl. BGH, Urteil vom 26. Juni 2023, aaO, Rn. 62) im Irrtum befanden oder im Falle einer Ressortaufteilung den damit verbundenen Pflichten genügten (BGH, Urt. v. 25.09.2023 – VIa ZR 1/23 –, Rn. 13 - 14, juris mwN.).

aa) Soweit die Beklagte sich darauf beruft, sie habe die temperaturabhängige Steuerung der AGR vor dem Hintergrund der Regelung des Art. 5 Abs. 2 S. 2 a) VO (EG) 715/2007 aus Gründen des Motorschutzes für zulässig erachten dürfen, weil die

Auslegung dieser regulatorischen Vorschrift kontrovers diskutiert und erst in jüngerer Vergangenheit durch die Rechtsprechung geklärt worden sei, steht dies jedenfalls der Annahme einfacher Fahrlässigkeit nicht entgegen. Denn die Beklagte traf als (große) Herstellerin die Verpflichtung, sich gewissenhaft und unter Einholung von Rechtsrat zu vergewissern, ob allgemein ein „Motorschutz“ den Verbau einer Abschaltvorrichtung nach dieser Bestimmung rechtfertigen kann. Eine solche nähere rechtliche Prüfung ist nicht vorgetragen. Dass dies nicht ohne Weiteres der Fall sein konnte lag schon deshalb nahe, weil die Vorschrift nicht allgemein von „Motorschutz“ spricht, sondern mit „Beschädigung“, „Unfall“ und sicherem Betrieb des Fahrzeuges engere Umschreibungen verwendet.

bb) Die Beklagte kann sich hier auch nicht mit Erfolg auf einen unvermeidbaren Verbotsirrtum berufen.

(1) Hinsichtlich des Thermofensters hat die Beklagte zwar dargelegt, dass das Kraftfahrtbundesamt die Verwendung von Thermofenstern auch noch lange nach dem allgemeinen Bekanntwerden des „Dieselskandals“ im September 2015 nicht als kritisch angesehen hat. Sie hat anhand eines Auszuges aus dem Bericht der Untersuchungskommission „Volkswagen“ (Anlage AOG-2, Bl. 51 ff d.A.) belegt, dass dem KBA jedenfalls auch Funktionsweise des Emissionskontrollsystems vom Mercedes gewesen ist und es mit den dabei eingesetzten wissenschaftlichen Gutachtern zu der Auffassung gelangt ist, dass es sich um aus Gründen des Motorschutzes zulässige Abschaltvorrichtungen handele. Obwohl das KBA im Zuge des Dieselskandals dazu übergegangen ist, auch hinsichtlich Thermofenstern konkret zu prüfen, hat es diese bis zur Entscheidung des EuGH vom 17.07.2022 (Rechtsachen C-128/20, C-134/20 und C-145/29) nicht beanstandet. Auch wenn eine temperaturbedingte AGR-Regelung (sog. „Thermofenster“), welche in der Regel zu einer Reduktion der AGR-Raten bei niedrigen Umgebungs-, Ansaugluft- oder Ladelufttemperaturen geführt hat, vorlag, wurde sie vom KBA nicht als unzulässige Abschaltvorrichtung angesehen. In stetiger Verwaltungspraxis diesbezüglich keine Nachfragen. Diese Genehmigungspraxis des Kraftfahrtbundesamtes hat sich erst nach entsprechenden Rechtsäußerungen durch den EuGH im Jahr 2022 geändert (vgl. OLG Stuttgart, Urteil vom 28.09.2023 – 24 U 2504/22, Rn. 65; Urteil vom 29.11.2023 – 22 U 261/21, Rn. 86, juris). Nach dem Vorgesagten kann davon

ausgegangen werden, dass das KBA im Fall der Einholung einer Auskunft damals der Beklagten die Auskunft erteilt hätte, dass das Thermofenster der AGR-Steuerung in seiner Ausgestaltung beim Klägerfahrzeugtyp zum Motorschutz zulässig sei.

Dies allein vermag aber einen entlastend wirkenden Verbotsirrtum der Beklagten nicht zu begründen. Hinzukommen muss nämlich, dass die maßgeblichen Entscheidungsträger damals tatsächlich einem Irrtum unterlagen. Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs wird das Verschulden des Fahrzeugherstellers 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, Urt. v. 26.06.2023 - VIa ZR 335/21, NJW 2023, 2259 Rn. 59, 61 mwN). 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. Das setzt zunächst die Darlegung und erforderlichenfalls den Nachweis eines Rechtsirrtums seitens des Fahrzeugherstellers voraus (BGH, Urt. v. 26.06.2023 - VIa ZR 335/21, NJW 2023, 2259 Rn. 63). Der Fahrzeughersteller muss darlegen und beweisen, dass sich sämtliche seiner verfassungsmäßig berufenen Vertreter im Sinne des § 31 BGB über die Rechtmäßigkeit der vom Käufer dargelegten und erforderlichenfalls nachgewiesenen Abschaltvorrichtung mit allen für die Prüfung nach Art. 5 Abs. 2 der Verordnung (EG) Nr. 715/2007 bedeutsamen Einzelheiten im maßgeblichen Zeitpunkt (vgl. BGH, Urteil vom 26. Juni 2023, aaO, Rn. 62) im Irrtum befanden oder im Falle einer Ressortaufteilung den damit verbundenen Pflichten genügten (BGH, Urt. v. 25.09.2023 – VIa ZR 1/23 –, Rn. 13 - 14, juris mwN.). Dabei ist auch darzulegen, dass die berufenen Vertreter von einem zutreffenden bzw. ihnen als zutreffend mitgeteilten Sachverhalt ausgegangen sind.

Die Beklagte legt nur allgemein dar, dass die für die Ausstellung der Übereinstimmungsbescheinigung zuständigen Abteilungen „Vertriebsplanung PKW“ und

„Fahrzeugdokumentation“ bzw. deren Leiter seien berechtigterweise von der Konformität des Fahrzeugs auf Bauteil- und Funktionsebene ausgegangen seien. Sie hätten sich nicht zu einer Überprüfung der Konformität der Bescheinigung auf das Vorhandensein unzulässiger Abschaltvorrichtungen veranlasst gesehen.

Bei diesem allgemeinen Vortrag fehlt es schon daran, dass keine konkret beteiligten Personen benannt werden. So kann nicht beurteilt werden, dass es um verfassungsmäßig berufene Vertreter der Beklagten i.S. von § 31 BGB handelt. Zudem ist in keiner Weise erkennbar, auf welcher Grundlage die Abteilung bzw. deren Leiter zu der angesichts des Wortlauts fernliegenden Meinung gelangt sein soll, dass „normale Betriebsbedingungen“ i.S. von Art. 5 Abs. 1 VO (EU) 715/2007 gerade solche sind, die dem Thermofenster in seiner ursprünglichen weiten Ausgestaltung entsprechen. Im Übrigen ist nicht diese Vorschrift einschlägig, sondern Art. 3 Nr. 10, wo es für den Begriff der Abschaltvorrichtung darauf ankommt, ob ein Teil „unter Bedingungen, die bei normalem Fahrbetrieb vernünftigerweise zu erwarten sind“, arbeitet. Es im Übrigen ist nicht vorgetragen, auf welcher tatsächlichen Grundlage diese Ansicht gebildet wurde. Allein, dass das KBA Thermofenster bis dahin nicht beanstandet hatte, ist als Grundlage für einen Irrtum nicht ausreichend. Eine ausformulierte Vorlage an den Vorstand wurde nicht vorgelegt. Es ist letztlich nicht erkennbar, ob die maßgeblichen Vertreter der Beklagten Kenntnis der bedeutsamen Einzelheiten hatten. Es mangelt mithin insgesamt an einer Darstellung, welche für die Beklagte konkret handelnden Verantwortlichen im Sinne von § 31 BGB sich zu welchem Zeitpunkt auf welcher Grundlage eine Meinung über die Zulässigkeit der Abschaltvorrichtung in dem Modell des Klägerfahrzeuges gebildet haben. Von daher ist nicht hinreichend ersichtlich, dass bei den bei der Beklagten verantwortlich Handelnden überhaupt eine Fehlvorstellung über die Zulässigkeit der konkreten Abgassteuerung des Fahrzeugs vorlag.

Eine tatsächliche Genehmigung des KSR oder des Thermofensters durch das KBA ist entgegen der Meinung der Beklagten nicht gegeben. Die Beklagte meint dies daraus herauslesen zu können, dass das KBA eine freiwillige Servicemaßnahme der Beklagte geprüft und genehmigt hat und dabei die außentemperaturgesteuerte AGR nicht beanstandet und auch sonst keine unzulässige Abschaltvorrichtung festgestellt habe. Gegenstand der Genehmigung war nämlich nur das

konkrete Update und waren nicht Vorfragen für diese Entscheidung oder eine Prüfung der Emissionssteuerung des Motors insgesamt.

(2) Hinsichtlich des KSR kann dahin gestellt bleiben, ob die Beklagte sich auf ein fehlendes Verschulden berufen kann. Denn die KSR ist durch das freiwillige Service-Update vom 29.4.2019 entfernt worden, so dass der Differenzschaden der Klägerin diesbezüglich entfallen ist (näher sogleich unter 3. a) aa)). Hinsichtlich des KSR ist im Übrigen aus den im Wesentlichen gleichen Gründen schon das Vorliegen eines Irrtums nicht ausreichend dargelegt und Ausführungen zu einer Vermeidbarkeit daher nicht veranlasst.

3. Durch den schuldhaften Verstoß der Beklagten gegen §§ 6 Abs. 1, 27 Abs. 1 EG-FGV ist dem Kläger ein Schaden in Höhe von 1.758,75 € entstanden.

a) Der durch den ursprünglichen Einbau unzulässiger Abschaltvorrichtungen (Thermofenster und KSR) entstandene Differenzschaden ist allerdings teilweise weggefallen.

aa) Für die Bemessung des Differenzschadens ist zunächst zu berücksichtigen, dass die Beklagte mit dem am 29.4.2019 aufgespielten freiwilligen Service-Update die KSR entfernt hat. Dies ist zwischen den Parteien im Ergebnis in der Berufungsinstanz unstreitig geblieben. Die Beklagte hat dies erstmals mit Schriftsatz vom 8.7.2024 S.22 und S. 48 f. vorgetragen. Die Klägerin hat dies in den nachfolgenden Schriftsätzen nicht bestritten. Insbesondere hat sie im Schriftsatz vom 29.10.2024 auf den S. 19 - 35 und S. 89 f. Ausführungen zur Zulässigkeit des KSR gemacht und die „Wirksamkeit“ des Updates im Hinblick auf das Thermofenster in Zweifel gezogen, jedoch nicht bestritten, dass die KSR entfernt worden sei. Die Beklagte ist auch in den jüngeren Schriftsätzen, so vom 10.3.2025, auf die Entfernung der KSR durch das Update vom 29.4.2019 zurückgekommen, ohne dass die Klägerin dem entgegengetreten ist.

Aufgrund der Entfernung des eine unzulässige Abschaltvorrichtung darstellenden KSR ist davon auszugehen, dass sich die Gefahr einer Betriebsuntersagung für die Klägerin – insoweit und teilweise – signifikant reduziert und damit auch der Diffe-

renzscha den der Klägerin bzw. damals ihres Ehemannes verringert hat. Der Bundesgerichtshof hat ausgeführt, dass nachträgliche Beseitigung einer unzulässigen Abschalt einrichtung im Zuge des Software-Updates gegebenenfalls zu einer Aufwertung des Fahrzeugs führen kann, die im Wege der Vorteilsausgleichung zu einer Minderung oder – sollten keine anderen Abschalt einrichtungen vorhanden sein – auch zum Wegfall des Differenzschadens des Klägers führen kann (vgl. BGH, Urteil vom 26. Juni 2023 – VIa ZR 335/21, BGHZ 237, 245 Rn. 80 mit Verweis auf BGH, Urteil vom 6. Juli 2021 – VI ZR 40/20, BGHZ 230, 224 Rn. 24). Zwar weist die Klägerin mit einem gewissen Recht darauf hin, dass das Fahrzeug in der Zeit vom Kauf im Jahre 2012 bis zum Update im Jahre 2019 über eine unzulässige Abschalt einrichtung verfügte. Dies fiel jedoch überwiegend in eine Zeit, in der das Kraftfahrtbundesamt und auch die Gerichte auf diese Art der Abschalt einrichtung (noch) keinen Focus legten bzw. sie wegen vermeintlicher Notwendigkeit zum Motorschutz für zulässig erachteten. Die Klägerin bzw. ihr Ehemann unterlagen in dieser Zeit deshalb nur einer als eher geringfügig einzustufenden Gefahr einer Betriebsuntersagung.

(2) Hinsichtlich des Thermofensters ist demgegenüber nicht von einem Wegfall des Schadens auszugehen.

Durch das Update vom 29.4.2019 ist das Thermofenster lediglich auf einen Temperaturbereich von 0°C bis 40°C erweitert worden und es verringert weiter die Wirksamkeit der AGR-Rate ober- und unterhalb schrittweise. Auch bei den Temperaturbereichen außerhalb dieses Fensters handelt es sich um Betriebsbedingungen, mit denen im Unionsgebiet vernünftigerweise zu einem wesentlichen Teil des Jahres noch zu rechnen ist. Es handelte sich deshalb – wie bereits oben ausgeführt - weiter um eine unzulässige Abschalt einrichtung.

Ein Wegfall des Differenzschadens ergibt sich auch nicht aus dem von der Beklagten unbestritten vorgetragenen Umstand, sie habe aufgrund der Beanstandung des KBA vom 13.12.2023 für das Fahrzeug ein Software-Update entwickelt, mit dem den Beanstandungen abgeholfen werde, dies sei verfügbar, jedoch auf dem Fahrzeug der Klägerin bislang nicht aufgespielt.

Zwar kann es unerheblich sein, ob die Klagepartei eine zur Beseitigung einer Abschalt einrichtung führendes Software-Update aufspielen lässt oder nicht. Der Käu-

fer eines Dieselfahrzeugs ist nämlich gehalten, ein solches Software-Update durchführen zu lassen, will er sich nicht zu seinem eigenen Verhalten in Widerspruch setzen (Rechtsgedanke des venire contra factum proprium, vgl. nur: BGH, Urteil vom 20. Juli 2023 – III ZR 267/20, juris Rn. 33 a.E.; BGH, Urteil vom 23. Oktober 2023 - VIa ZR 468/21, juris Rn. 14). Der Käufer, der sich dem Aufspielen eines solchen Software-Updates verschließt, verstößt gegen seine Schadensminderungspflicht aus § 254 Abs. 2 S. 1 2. Alt. BGB. In diesem Fall muss er sich bei der Bemessung des Differenzschadens gem. § 242 BGB so behandeln lassen, als hätte er einen aus dem Software-Update resultierenden Vorteil tatsächlich erzielt.

Von einem solchen widersprüchlichen Verhalten kann hier aber nicht ausgegangen werden. Denn die Beklagte trägt schon nicht vor, welche Änderungen das nunmehr von ihr entwickelte Software-Update hinsichtlich des Thermofensters genau aufweist. Das KBA soll mit seinem Bescheid vom 13.12.2023 nur beanstandet haben, dass innerhalb einer Spanne der Umgebungslufttemperatur von 12° bis 33°C eine Korrektur der AGR-Rate bei betriebswarmem Motor erfolge. Mit ihrem Vortrag, sie trage mit dem Update den Bedenken des KBA Rechnung, wird damit nicht gesagt, dass sie auch die schrittweise Absenkung der AGR-Rate außerhalb der Spanne die Spanne von 0°C bis 40°C, welche nach ihrem Vortrag nach dem Update vom 29.4.2019 verblieben ist, geändert habe. Zum anderen hat die Beklagte gegen den Bescheid vom 13.12.2023 Widerspruch erhoben, über den bislang noch nicht rechtskräftig entschieden ist. Die Beklagte erkennt die Beanstandung deshalb selbst nicht als endgültig an und im Falle eines Erfolges ihres Rechtsmittels besteht für sie die Möglichkeit zur alten Programmierung zurückzukehren. In einer solchen Situation stellt es kein widersprüchliches Verhalten dar, wenn der wegen einer unzulässigen Abschaltung Schadensersatz geltend machende Käufer das Aufspielen des Updates (einstweilen) ablehnt.

b) Der Kläger hat im Ausgangspunkt einen Differenzschaden in Höhe des Betrages erlitten, um den er das Fahrzeug mit Rücksicht auf die mit der unzulässigen Abschalteinrichtung verbundenen Risiken zu teuer erworben hat. Er kann sich dabei auf den Erfahrungssatz stützen, dass er den Kaufvertrag zu diesem Kaufpreis nicht geschlossen hätte. Das Gericht schätzt die Höhe des dem Kläger entstandenen Vermögensschadens gemäß § 287 ZPO unter Berücksichtigung aller Um-

stände des Einzelfalles auf 5 % des gezahlten Bruttokaufpreises von 35.174,91 €. EUR, mithin 1.758,75 EUR.

Die Beklagte geht in ihrer Berechnung zu Unrecht von einem Kaufpreis von 28.967,57 € wegen des dem Ehemann der Klägerin beim Kauf eingeräumten „Barnachlass“ aus. Zwar ist eine Barnachlass von 15 % in einer „Ergänzungsvereinbarung“ von Verkäuferseite eingeräumt worden (Anlage K 1 a.E.). Ausweislich der Rechnung vom 9.12.2012 ist dieser vor dem Endbetrag von 35.174,91 € jedoch bereits in Abzug gebracht worden.

Die Höhe des entstandenen Differenzschadens ist einer tatrichterlichen Schätzung nach § 287 ZPO zugänglich. Bei der Schätzung des Schadens innerhalb eines Rahmens zwischen 5 % und 15 %, welcher sowohl dem unionsrechtlichen Gebot der Effektivität als auch dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit Rechnung trägt (BGH, Urteil vom 26.06.2023 – VIa ZR 335/21, NJW 2023, 2259, Rn 74 ff.) und von dem abzuweichen das Gericht keinen Anlass sieht, sind für die Bestimmung des objektiven Werts des Fahrzeugs im Zeitpunkt des Vertragsschlusses die mit der Verwendung einer unzulässigen Abschaltvorrichtung verbundenen Nachteile, insbesondere das Risiko behördlicher Anordnungen, zu berücksichtigen. Weiter ist der Umfang in Betracht kommende Betriebsbeschränkungen und die Eintrittswahrscheinlichkeit solcher Beschränkungen mit Rücksicht auf die Einzelfallumstände in den Blick zu nehmen. Maßgebend ist dabei eine auf den Zeitpunkt des Vertragsschlusses bezogene Betrachtung (vgl. BGH, Urteil vom 26.06.2023 - VIa ZR 335/21, NJW 2023, 2259, Rn 76). Über diese originär schadensrechtlichen Gesichtspunkte hinaus sind das Gewicht des der Haftung zugrunde liegenden konkreten Rechtsverstoßes für das unionsrechtliche Ziel der Einhaltung gewisser Emissionsgrenzwerte sowie der Grad des Verschuldens nach Maßgabe der Umstände des zu beurteilenden Einzelfalles zu bewerten, um so dem Gebot einer verhältnismäßigen Sanktionierung auch bezogen auf den zu würdigenden Einzelfall Rechnung zu tragen (vgl. BGH, Urteil vom 26.06.2023 - VIa ZR 335/21, NJW 2023, 2259, Rn 77).

Der Schaden ist unter Zugrundelegung der genannten Kriterien hier im Ausgangspunkt am untersten Rand der vom Bundesgerichtshof vorgegebenen Schätzspanne anzusiedeln. Es ist nach Wegfall der KSR vor 6 Jahren nur noch mit dem

Thermofenster als unzulässiger Abschalteneinrichtung belastet. In Anbetracht dessen, dass das Fahrzeug bis heute trotz später erlangter Kenntnis des KBA von der AGR-Steuerung nicht von einer Anordnung von Nebenbestimmungen zur Typgenehmigung betroffen gewesen ist, stehen behördliche Maßnahmen aktuell nicht zu erwarten. Ohnehin würden solche nur wegen der Verwendung der temperaturabhängig gesteuerten Regelung der AGR in einem nach dem Update vom 29.4.2019 recht weit verbliebenen Temperaturfenster, in dem die AGR grundsätzlich wirksam bleibt, erfolgen. In der Vergangenheit bestand nur ein geringes Risiko von Anordnungen des KBA, weil – wie oben dargelegt – das KBA dem Verständnis der Beklagten und anderer Hersteller zur Auslegung des Ausnahmetatbestandes in Art. 5 Abs. 2 S. 2 Buchst. a) VO (EG) 715/2007 gefolgt ist. Erst beginnend mit dem ersten Urteil des EuGH ab 2020 ist schrittweise ein Wandel erfolgt.

bb) Eine Anrechnung von Nutzungsvorteilen und des Restwerts des Fahrzeugs auf den Differenzschaden erfolgt vorliegend nicht.

Auf den Differenzschaden können im Wege der Vorteilsausgleichung die Nutzungsvorteile und der Restwert des Fahrzeugs nach den Grundsätzen für die Berechnung des sogenannten kleinen Schadensersatzanspruchs anzurechnen sein (vgl. BGH, Urteil vom 26.06.2023 - VIa ZR 335/21, NJW 2023, 2259, Rn 80). Das hat erst dann und nur insoweit zu erfolgen, als die Nutzungsvorteile und der Restwert des Fahrzeugs den tatsächlichen Wert des Fahrzeugs bei Abschluss des Kaufvertrags übersteigen (vgl. BGH, Urteil vom 24.01.2022 – VIa ZR 100/21, NJW-RR 2022, 1033, Rn 22).

Im Streitfall übersteigen die Nutzungsvorteile und der Restwert den anfänglichen Fahrzeugwert (um 5 % geminderter Kaufpreis) nicht, so dass keine Anrechnung erfolgt.

aa) Die anzusetzende Nutzungsentschädigung kann im Wege der Schätzung gemäß § 287 ZPO ermittelt werden.

(1) Dabei geht das Gericht davon aus, dass die von der Klägerin im Schriftsatz vom 10.3.2025 unmittelbar vor dem letzten Verhandlungstermin angegebene aktuelle Laufleistung von 97.688 km zutrifft. Die Klägerin hat diesen Tachometerstand zwar nicht durch ein entsprechendes Foto mit einem gleichzeitigen Zeitnachweis

belegt. Das Gericht erachtet den angegebenen Wert jedoch als glaubhaft, weil er sich als plausibler Wert in ihre im Verlauf des Rechtsstreits gemachten und teilweise entsprechend belegten Angaben zum jeweiligen Tachometerstand einreihen: Im Termin zur mündlichen Verhandlung vor dem Landgericht hat die Klägerin am 1.7.2022 die Fahrleistung mit 87.014 km angegeben und dies mit einem vorgelegten Lichtbild belegt. In der Berufungsbegründung vom 24.11.2022 hat sie den Tachometerstand sodann mit 88.381 km beziffert. Im Schriftsatz vom 29.10.2024 – also rund 1 ½ Jahre später – hat sie die Fahrleistung sodann mit 97.186 km für den 18.7.2024 angegeben, was sie zwar nicht belegt hat, was aber dem Fortschreiten nach der Durchschnittsnutzung in den vergangenen Jahren entspricht. Die Beklagte selbst hat auf dieser Grundlage im Schriftsatz vom 30.10.2024 die Fahrleistung auf 97.186 km hochgerechnet. Die nunmehr angegebene aktuelle Fahrleistung von 97.688 km ist vor diesem Hintergrund plausibel.

(2) Die Ermittlung der Nutzungsentschädigung erfolgt im Durchschnittsfall zwar nach der Berechnungsformel „Nutzungsvorteil gleich Bruttokaufpreis multipliziert mit der seit Erwerb gefahrenen Strecke geteilt durch die erwartete Restlaufleistung im Erwerbszeitpunkt“ (vgl. BGH, Urteil vom 24.01.2022 – VIa ZR 100/21, NJW-RR 2022, 1033, Rn 24).

Im vorliegenden Fall ist jedoch – darauf weist die Beklagte mit Recht hin - dem Umstand Rechnung zu tragen, dass die Klägerin und ihr Mann das Fahrzeug unterdurchschnittlich wenig genutzt haben. Bei seiner durchschnittlichen jährlichen Fahrleistung von 7.514 km je Jahr seit dem Erwerb bis heute müsste das Fahrzeug bei einer (bei Mittelklassewagen üblicherweise) angenommenen Gesamtfahrleistung von 250.000 km eine unrealistische Nutzungsdauer von über 33 Jahren erreichen. In einem solchen Fall ist nach Einschätzung des Gerichts der Nutzungsvorteil nicht anhand der Fahrleistung im Verhältnis zur maximalen Gesamtfahrleistungserwartung, sondern anhand der tatsächlichen Nutzungsdauer im Verhältnis zur zu erwartenden maximalen Gesamtnutzungsdauer zu ermitteln. Diese Gesamtnutzungsdauer schätzt das Gericht mit der Beklagten auf 25 Jahre, denn bei wenig gefahrenen und in der Fahrweise geschonten Fahrzeugen (sog. Rentneautos) wird nach der Erfahrung des Gerichts jedenfalls bei hochwertigen Mittelklassefahrzeugen wie dem der Klägerin häufig eine solche Nutzungsdauer erreicht, auch wenn dies die absolute Obergrenze sein mag.

Der Wert der von der Klägerin bis zur letzten mündlichen Verhandlung erlangten Nutzungsvorteile errechnet sich demnach wie folgt: Vom Kauf am 8.2.2012 bis zur letzten mündlichen Verhandlung am 10.3.2025 sind rund 13 Jahre verstrichen. Der anteilige Kaufpreis dafür (13/25) beträgt 18.290,95 €.

bb) Den Restwert schätzt das Gericht gemäß § 287 ZPO auf 11.975,- €.

Eine auf der Grundlage der einschlägigen Internetplattform www.dat.de beruhende seriöse Schätzung nach § 287 ZPO ergibt im Ausgangspunkt einen Verkehrswert – wie die Klägerin im Schriftsatz vom 10.3.2025 unwidersprochen dargelegt und das Gericht auch anhand eigener Recherchen überprüft hat - hat von 10.400,00 EUR. Die Beklagte hat jedoch zu Recht darauf hingewiesen, dass das Fahrzeug der Klägerin ausweislich der vorgelegten Rechnung (Anlage K 1) über eine nicht unerhebliche Sonderausstattung verfügt (Exklusiv-Paket sowie weitere Einzelpositionen), die der Ehemann zusätzlich zum Listenpreis bezahlt hat. Nach den Hinweisen zur DAT-Bewertung können solche besonderen Ausstattungsmerkmale mit einem Zuschlag von bis zu 30 % berücksichtigt werden. Das Gericht schätzt anhand der sich aus der Rechnung ergebenden Zuschläge und der inzwischen abgelaufenen Nutzungszeit von 13 Jahren diesen Zuschlag auf 15 %. Damit ergibt sich ein Wert von 11.975,- €.

cc) Die Summe aus den vom Kläger erlangten Nutzungsvorteilen in Höhe von 18.290,95 € und dem Restwert des Fahrzeugs von 11.975,- EUR, nämlich 30.265,95 €, erreicht den tatsächlichen Wert des Fahrzeugs im Zeitpunkt des Erwerbs durch den Ehemann der Klägerin in Höhe von 33.416,17 € (Kaufpreis abzüglich 5 % Differenzschaden) nicht.

2.

Der Anspruch auf Verzinsung des unter 1. zuerkannten Betrages ist aus § 291 BGB begründet.

3.

Der Klägerin steht kein Anspruch auf Freistellung von Rechtsanwaltskosten in Höhe von 2.077,74 € zu. Die Kläger hat mit dem vorgerichtlichen Anwaltsschriftsatz vom 4.7.2022 lediglich Ansprüche auf Nacherfüllung auf kaufrechtlicher Grundlage und deliktische Schadensersatzansprüche wegen ungewolltem Kauf des Fahrzeuges (sog. Großer Schadensersatz) geltend gemacht. Den hier als teilweise für begründet angesehenen Differenzschaden hat die Klägerin erst im Berufungsverfahren mit dem Schriftsatz vom 29.10.2025 erhoben.

Ein Anspruch auf Erstattung der Kosten für die vorgerichtliche Tätigkeit der Klägervertreter steht der Klägerin auf dieser Grundlage aus § 280 Abs. 1 BGB oder § 826 BGB nicht zu. Das Landgericht hat zu Recht ausgeführt, dass die Beklagte im Hinblick auf beide unzulässige Abschaltanlagen nicht mit Vorsatz gehandelt hat. Es besteht deshalb kein Anspruch auf das vorgerichtlich verfolgte Anspruchsziel aus den § 826 BGB oder § 823 Abs. 1 BGB i.V.m. § 263 StGB. Hinsichtlich kaufrechtlicher Ansprüche hat die Beklagte sich zu Recht auf Verjährung berufen, weil bei Klageerhebung die Fristen des § 437 Abs. 1 Nr. 3 BGB abgelaufen waren und eine längere Frist nach §§ 437 Abs. 3 i.V.m. §§ 195, 199 BGB mangels arglistiger Täuschung nicht zur Anwendung kam. Allein auf der Grundlage des § 823 Abs. 2 BGB i.V.m. § 6 Abs. 1, § 27 Abs. 1 EG-FGV kann im Übrigen neben dem Anspruch auf Ersatz des Differenzschadens eine Erstattung vorgerichtlicher Rechtsanwaltskosten nicht verlangt werden (BGH Urteil vom 16.10.2023 – VIa ZR 14/22, BeckRS 2023, 32287, Rn. 13).

III.

Die Kostenentscheidung beruht auf § 92 Abs. 2 Nr. 1, 97 Abs. 1 ZPO. § 344 ZPO war unabhängig davon nicht anzuwenden, weil nach dem den Parteien im Termin erläuterten Dafürhalten des Gerichts die Säumnis des Klägervertreter im Termin am 7.11.2024 nicht verschuldet war.

Eine Zulassung der Revision war nicht geboten, weil weder die Rechtssache grundsätzliche Bedeutung hat noch die Einheitlichkeit der Rechtsprechung oder die Fort-

bildung des Rechts eine Entscheidung des Revisionsgerichts erfordert (§ 543 Abs. 2 ZPO).

Die Entscheidung über die vorläufige Vollstreckbarkeit ergibt sich aus den §§ 708 Nr. 3 und Nr. 10, 711 713, 544 Abs. 2 ZPO.

Dr. Bub

Beglaubigt
Frankfurt am Main, 04.04.2025

Rosenberg
Urkundsbeamtin der Geschäftsstelle