

Aktenzeichen:  
22 U 550/21  
9 O 275/19 LG Stuttgart



Oberlandesgericht Stuttgart  
22. ZIVILSENAT

**Im Namen des Volkes**

**Urteil**

In dem Rechtsstreit

[REDACTED]

- Kläger und Berufungskläger -

Prozessbevollmächtigte:

Rechtsanwälte **Gansel Rechtsanwälte**, Wallstraße 59, 10179 Berlin, Gz.: [REDACTED]

gegen

**Mercedes-Benz Group AG**, vertreten durch d. Vorstand, Mercedesstraße 120, 70372 Stuttgart  
- Beklagte und Berufungsbeklagte -

Prozessbevollmächtigte:

Rechtsanwälte **Gleiss Lutz**, Lautenschlagerstraße 21, 70173 Stuttgart, Gz.: [REDACTED]  
[REDACTED]

wegen Schadensersatzes

hat das Oberlandesgericht Stuttgart - 22. Zivilsenat - durch den Vorsitzenden Richter am Oberlandesgericht Scherer, die Richterin am Oberlandesgericht Fahrner und den Richter am Oberlandesgericht Dr. Hager aufgrund der mündlichen Verhandlung vom 11.03.2025 für Recht erkannt:

- I. Auf die Berufung der Klagepartei wird das Urteil des Landgerichts Stuttgart vom 11.02.2020, Az. 9 O 275/19, teilweise abgeändert und wie folgt neu gefasst:

1. Die Beklagte wird verurteilt, an die Klagepartei 3.177,90 € nebst Zinsen hieraus in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem jeweiligen Basiszinssatz seit dem 08.08.2024 zu zahlen.
  2. Im Übrigen wird die Klage abgewiesen.
- II. Im Übrigen wird die Berufung der Klagepartei zurückgewiesen.
  - III. Von den Kosten des Rechtsstreits in beiden Instanzen tragen die Klagepartei 90 % und die Beklagte 10 %.
  - IV. Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar.
  - V. Die Revision gegen dieses Urteil wird nicht zugelassen.

## Beschluss

Der Streitwert wird für das Berufungsverfahren auf bis 30.000,00 € festgesetzt.

## Gründe:

### I.

Die Klagepartei nimmt die beklagte Fahrzeugherstellerin wegen der Verwendung unzulässiger Abschaltvorrichtungen in einem Kraftfahrzeug auf Schadensersatz in Anspruch.

#### 1.

Die Klagepartei kaufte bei einem nicht am Rechtsstreit beteiligten Dritten am 16.11.2012 das Gebraucht-Fahrzeug Mercedes-Benz E 220 CDI zu einem Kaufpreis von 31.779,00 €. Das Fahrzeug ist mit einem Dieselmotor OM 651 der Klasse Euro 5 ausgestattet.

In dem Fahrzeug kommt eine Abgasrückführung (AGR) zur Anwendung, bei der das im Rahmen der Verbrennung entstandene Abgas in den Brennraum zurückgeleitet wird und somit erneut an der Verbrennung teilnimmt, was sich mindernd auf die Stickoxidemissionen (NO<sub>x</sub>-Emissionen) auswirkt. Die AGR arbeitet bei dem streitgegenständlichen Fahrzeug unter anderem temperaturgesteuert, wird also beim Unterschreiten einer Schwellentemperatur reduziert (sogenanntes „Thermofenster“).

Weiter verfügte das streitgegenständliche Fahrzeug über eine sogenannte „Kühlmittel-Solltemperatur-Regelung“ (KSR), auch als „geregeltes Kühlmittelthermostat“ bezeichnet, bei der die - durch den Einsatz einer Kühlung - verzögerte Erwärmung des Motoröls zu niedrigeren NO<sub>x</sub>-Emissionen führt.

Über ein SCR-System (selektive katalytische Reduktion) verfügt das streitgegenständliche Fahrzeug nicht.

Das Fahrzeug wies am 10.03.2025 einen Kilometerstand von 156.043 km auf, bei Übergabe von 3.350 km.

Erstinstanzlich hat die Klagepartei im Wesentlichen Rückabwicklung des Kaufvertrages gefordert. Die Beklagte hat erstinstanzlich beantragt, die Klage abzuweisen.

Wegen der weiteren Einzelheiten des Sach- und Streitstands und der Anträge in erster Instanz wird auf den Tatbestand des angefochtenen Urteils Bezug genommen.

2.

Das Landgericht hat die Klage mit Urteil vom 11.02.2020 abgewiesen.

3.

Mit ihrer Berufung hat die Klagepartei ihr erstinstanzliches Begehren zunächst weiterverfolgt und folgende Anträge angekündigt:

1. Die Beklagte wird verurteilt, an den Kläger EUR 31.779,00 nebst Zinsen in Höhe von 4 % seit dem 16. November 2012 bis zum Eintritt der Rechtshängigkeit sowie in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit Rechtshängigkeit zu zahlen. Die Verurteilung erfolgt Zugum-Zug gegen Übereignung und Herausgabe des Fahrzeugs der Marke Mercedes-Benz vom Typ E 220 CDI mit der Fahrzeugidentifikationsnummer (FIN) [REDACTED] nebst zwei Fahrzeugschlüsseln, Kfz-Schein, Kfz-Brief und Serviceheft sowie Zahlung eines Nutzungsersatzes in Höhe von EUR 5.896,25.

Hilfsweise beantragen wir:

2. Es wird festgestellt, dass die Beklagte verpflichtet ist, dem Kläger Schadensersatz zu zahlen für Schäden, die aus der Ausstattung des Fahrzeugs der Marke Mercedes-Benz vom Typ E 220 CDI mit der Fahrzeugidentifikationsnummer (FIN) [REDACTED] mit der manipulierten Motorsoftware durch die Beklagte resultieren.

Weiter beantragen wir: 3. Es wird festgestellt, dass sich die Beklagte mit der Annahme der in Antrag zu 1) bezeichneten Zug-um-Zug-Leistung im Annahmeverzug befindet.

4. Es wird festgestellt, dass der in Antrag zu 1) bezeichnete Anspruch aus einer vorsätzlichen unerlaubten Handlung der Beklagten herrührt.

5. Die Beklagte wird verurteilt, dem Kläger die durch die Beauftragung der Prozessbevollmächtigten des Klägers entstandenen Kosten der außergerichtlichen Rechtsverfolgung in Höhe von EUR 2.033,00 nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit Rechtshängigkeit zu zahlen und ihn von weiteren EUR 223,24 freizustellen.

Im Hinblick auf die Grundsatzentscheidung des Bundesgerichtshofs vom 26.06.2023 (VIa ZR 335/21) hat die Klagepartei ihr Rechtsschutzziel umgestellt und begehrt zuletzt unter Rücknahme der Berufung in der mündlichen Verhandlung vom 11.03.2025 (nachdem die mit Schriftsatz vom 05.08.2024 ausdrücklich erklärte Klagerücknahme im Übrigen mangels Zustimmung der Beklagten nicht wirksam war) im Übrigen noch den sog. Differenzschaden in Höhe von mindestens 15 % des Kaufpreises sowie die Zahlung von vorgerichtlichen Rechtsverfolgungskosten.

Die Klagepartei beantragt zuletzt:

1. Die Beklagte wird verurteilt, an den Kläger einen Entschädigungsbetrag bezüglich des Fahrzeugs der Marke Mercedes-Benz vom Typ E 220 CDI mit der Fahrzeugidentifikationsnummer [REDACTED] zu zahlen, dessen Höhe in das Ermessen des Gerichts gestellt wird, der jedoch mindestens EUR 4.766,85 nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit Rechtshängigkeit betragen muss.
2. Die Beklagte wird verurteilt, dem Kläger die durch die Beauftragung der Prozessbevollmächtigten des Klägers entstandenen Kosten der außergerichtlichen Rechtsverfolgung in Höhe von EUR 1.698,13 nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit Rechtshängigkeit zu zahlen.

Die Beklagte beantragt,

die Berufung zurückzuweisen.

Die Beklagte verteidigt das angegriffene Urteil unter Wiederholung und Vertiefung ihres erstinstanzlichen Vortrags. Der Beklagten könne kein Verschuldensvorwurf gemacht werden. Ein Schaden sei jedenfalls kompensiert.

Wegen der Einzelheiten des Vortrags der Parteien im zweiten Rechtszug wird im Übrigen auf die gewechselten Schriftsätze nebst Anlagen sowie auf das Protokoll der mündlichen Verhandlung Bezug genommen.

## II.

Die zulässige Berufung der Klagepartei hat in der Fassung der zuletzt gestellten Anträge teilweise Erfolg. Der zuletzt gestellte Antrag zu 1 auf Ersatz des Differenzschadens ist teilweise begründet (1.). Die Klagepartei hat keinen Anspruch auf Freistellung von vorgerichtlichen Anwaltskosten (2.).

1.

Der Klagepartei steht ein Anspruch auf Ersatz des Differenzschadens aus § 823 Abs. 2 BGB i.V.m. § 6 Abs. 1, § 27 Abs. 1 EG-FGV in tenorierter Höhe nebst Rechtshängigkeitszinsen zu.

a)

Ein Anspruch besteht dem Grunde nach. Die §§ 6 Abs. 1, 27 Abs. 1 EG-FGV sind Schutzgesetze

im Sinne von § 823 Abs. 2 BGB (aa)). Das klägerische Fahrzeug verfügte bei Abschluss des Kaufvertrags über unzulässige Abschalteinrichtungen im Sinne von Art. 5 Abs. 2 Satz 1 VO (EG) Nr. 715/2007, weshalb die Beklagte als Herstellerin des Fahrzeugs eine unzutreffende Übereinstimmungsbescheinigung ausgestellt und damit gegen § 6 Abs. 1 und § 27 Abs. 1 EG-FGV verstoßen hat (bb)). Die Beklagte handelte schuldhaft (cc)). Eine Tatbestandswirkung der EG-Typgenehmigung kann dem Anspruch nicht entgegengehalten werden (dd)). Die Erwerbskausalität ist gegeben (ee)). Der Anspruch ist nicht verjährt (ff)).

aa) Die Normen der §§ 6 Abs. 1, 27 Abs. 1 EG-FGV sind Schutzgesetze im Sinne von § 823 Abs. 2 BGB. Der Senat schließt sich insofern der Entscheidung des Bundesgerichtshofs vom 26.06.2023 an. Unter Aufgabe seiner bisherigen ständigen Rechtsprechung (BGH, Urteil vom 25.05.2020 – VI ZR 252/19, juris, Rn. 72 ff.) nimmt der Bundesgerichtshof gemäß den Vorgaben des EuGH in dessen Urteil vom 21.03.2023 (Rechtssache C-100/21) an, dass das Interesse, durch den Abschluss eines Kaufvertrags über ein Kraftfahrzeug nicht wegen eines Verstoßes des Fahrzeugherstellers gegen das europäische Abgasrecht eine Vermögenseinbuße im Sinne der Differenzhypothese zu erleiden, nach der gebotenen unionsrechtlichen Lesart von § 823 Abs. 2 BGB in Verbindung mit §§ 6 Abs. 1, 27 Abs. 1 EG-FGV geschützt wird (BGH, Urteil vom 26.06.2023 - VIa ZR 335/21, juris, Rn. 32).

bb) Die Beklagte hat eine unzutreffende Übereinstimmungsbescheinigung erteilt und damit gegen die §§ 6 Abs. 1, 27 Abs. 1 EG-FGV verstoßen.

(1) Unzutreffend ist eine Übereinstimmungserklärung, wenn das betreffende Kraftfahrzeug mit einer gemäß Art. 5 Abs. 2 VO (EG) 715/2007 unzulässigen Abschalteinrichtung ausgerüstet ist, weil die Bescheinigung dann eine tatsächlich nicht gegebene Übereinstimmung des konkreten Kraftfahrzeugs mit Art. 5 Abs. 2 VO (EG) 715/2007 ausweist (BGH, Urteil vom 26.06.2023 - VIa ZR 335/21, juris, Rn. 34). Der Annahme einer Abschalteinrichtung nach Art. 3 Nr. 10 VO (EG) 715/2007 steht dabei nicht entgegen, dass eine Funktion auch im Straßenbetrieb unter denselben Bedingungen dem Grunde nach wie auf dem Prüfstand arbeitet (ebenso OLG Hamm, Urteil vom 1.09.2023 - 30 U 78/21, juris, Rn. 82).

Gemäß Art. 5 Abs. 1 VO (EG) 715/2007 soll der Hersteller das Fahrzeug so ausrüsten, dass die Bauteile, die das Emissionsverhalten voraussichtlich beeinflussen, so konstruiert, gefertigt und montiert sind, dass das Fahrzeug unter normalen Betriebsbedingungen dieser Verordnung und ihren Durchführungsmaßnahmen entspricht. Die Verwendung von Abschaltseinrichtungen, die die Wirkung von Emissionskontrollsystemen verringern, ist gemäß Art. 5 Abs. 2 Satz 1 VO (EG) 715/2007 unzulässig. Maßstab für die Frage der Zulässigkeit einer Funktionsveränderung in Abhängigkeit von bestimmten Parametern nach Art. 3 Nr. 10 VO (EG) 715/2007 ist nicht die Einhaltung des Grenzwerts auf dem Prüfstand, sondern die Wirksamkeit des unverändert funktionierenden Emissionskontrollsystems unter den Bedingungen des normalen Fahrbetriebs (BGH, Urteil vom 26.06.2023 - VIa ZR 335/21, juris, Rn. 51; OLG Hamm, Urteil vom 13.09.2023 - 30 U 81/21, juris, Rn. 106). Nach Art. 3 Nr. 10 VO (EG) 715/2007 ist eine Abschaltseinrichtung im Sinne dieser Verordnung und ihrer Durchführungsmaßnahmen ein Konstruktionsteil, das die Temperatur, die Fahrzeuggeschwindigkeit, die Motordrehzahl, den eingelegten Getriebegang oder sonstige Parameter ermittelt, um die Funktion eines beliebigen Teils des Emissionskontrollsystems zu aktivieren, zu verändern, zu verzögern oder zu deaktivieren, wodurch die Wirksamkeit des Emissionskontrollsystems unter Bedingungen, die bei normalem Fahrzeugbetrieb vernünftigerweise zu erwarten sind, verringert wird. Deshalb bedarf es insoweit nur eines Vergleichs der Wirksamkeit des unverändert funktionierenden und derjenigen des verändert funktionierenden Gesamtsystems, und zwar jeweils unter Bedingungen des normalen Fahrbetriebs im gesamten Unionsgebiet; ob die Grenzwerte unter den Bedingungen des NEFZ auch bei veränderter Funktion eingehalten wurden, ist mit Rücksicht auf den Wortlaut des Art. 3 Nr. 10 VO (EG) 715/2007 hingegen nicht von Bedeutung (BGH, Urteil vom 26.06.2023 - VIa ZR 335/21, juris, Rn. 51).

(2) Auf dieser Grundlage stellen die im Fahrzeug bei Erwerb unstreitig verwendete temperaturgesteuerte AGR (Thermofenster) ((a)) und die unstreitig verbaute KSR ((b)) Abschaltseinrichtungen im Sinne von Art 3 Nr. 10, Art. 5 Abs. 2 Satz 1 VO (EG) Nr. 715/2007 dar.

(a) Die temperaturgesteuerte AGR stellt bereits auf Grundlage des Vortrages der Beklagten eine Abschaltseinrichtung im Sinn von Art. 3 Nr. 10, 5 Abs. 2 Satz 1 VO (EG) Nr. 715/2007 dar. Die

AGR muss als Emissionskontrollsystem unter 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 Abschalteneinrichtung. Diese normalen Betriebsbedingungen umfassen die tatsächlichen Fahrbedingungen wie sie im Unionsgebiet üblich sind (vgl. EuGH, Urteil vom 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, Urteil vom 26.06.2023 – VIa ZR 335/21, Rn. 50). Dieser reicht nach Auffassung des Senats von -15°C bis +40°C (so auch VG Schleswig, Urteil vom 20.02.2023 – 3 A 113/18, juris, Rn. 267, 274, auf dessen Ausführungen insoweit Bezug genommen wird; OLG Stuttgart, Urteil vom 19.10.2023 – 24 U 103/22, juris, Rn. 31). Da die AGR in diesem Temperaturbereich unterschiedlich aktiv ist, handelt es sich um eine Abschalteneinrichtung.

(b) Auch die im Fahrzeug verwendete KSR ist eine Abschalteneinrichtung im oben genannten Sinne. 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 betriebswarmem Motor, wirksam begrenzen (vgl. OLG Stuttgart, Urteil vom 19.10.2023 - 24 U 103/22, juris). Hierzu hat er das Fahrzeug nach Art. 5 Abs. 1 VO (EG) Nr. 715/2007 entsprechend auszurüsten (vgl. VG Schleswig, Urteil vom 20.02.2023 – 3 A 113/18, juris, Rn. 232).

Diesen Anforderungen genügt die KSR aufgrund ihres begrenzten Wirkbereichs nicht. Nach der zugrunde gelegten Darstellung der Beklagten wird bei der KSR die Solltemperatur für das Kühlmittelthermostat unter bestimmten Betriebsumständen 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 bei normalem Fahrzeugbetrieb vernünftigerweise zu erwarten sind (Art. 3 Nr. 10 VO (EG) Nr. 715/2007), handelt es sich bei der KSR um eine Abschalteneinrichtung.



Der Einwand der Beklagten, die KSR erfülle bereits tatbestandlich nicht die Voraussetzungen einer Abschaltvorrichtung im Sinn 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 und von der Beklagten bezweckt auf das Emissionskontrollsystem in Gestalt der AGR-Raten eingewirkt. Denn die 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 bei einem sich andernfalls schneller erwärmenden Motor. 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 (ebenso OLG Stuttgart, Urteil vom 19.10.2023 - 24 U 103/22, juris).

(3) Die im Fahrzeug zum Zeitpunkt des Vertragsabschlusses enthaltenen Abschaltvorrichtungen „Thermofenster“ und KSR sind 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, Urteil vom 26.06.2023 – VIa ZR 335/21, juris, Rn. 54) nicht entnehmen.

(a) Der Ausnahmetatbestand des Art. 5 Abs. 2 Satz 2 lit. a VO (EG) Nr. 715/2007 setzt kumulativ (vgl. EuGH, Urteil vom 21.03.2023 – C-100/21, juris, Rn. 62; VG Schleswig, Urteil vom 20.02.2023 – 3 A 113/18, juris, Rn. 310) voraus, dass eine Notwendigkeit der Einrichtung zum Schutz des Motors vor Beschädigung oder Unfall besteht und dass dies zum sicheren Betrieb des Fahrzeugs erforderlich ist.

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, 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, Urteil vom 14.07.2022 – C-145/20, juris, Rn. 59 ff.). 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, Urteil vom 14.07.2022 - C-145/20, Rn. 65 und vom 17.12.2020 - C-693/18, Rn. 110 sowie VG Schleswig, Urteil vom 20.02.2023 – 3 A 113/18, Rn. 302, jeweils juris). Auch der Begriff „Motor“ ist eng auszulegen. AGR-Ventil, AGR-Kühler und Dieselpartikelfilter sind vom Motor im Sinn dieses Ausnahmetatbestandes getrennte Bauteile (vgl. EuGH, Urteil vom 14.07.2022 - C-145/20, Rn. 63; VG Schleswig, Urteil vom 20.02.2023 – 3 A 113/18, Rn. 300, jeweils juris).

Notwendig im Sinn dieses Ausnahmetatbestandes ist eine Abschalteneinrichtung 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, Urteil vom 14.07.2022 - C-145/20, Rn. 80 und Urteil vom 14.07.2022, C-134/20, Rn. 81, jeweils juris). Mit der alternativen Technik einhergehende Mehrkosten für den Hersteller fallen dabei nicht ins Gewicht (EuGH, Urteil vom 14.07. 2022 - C-145/20 Rn. 77, 78 und Urteil vom 14.07.2022, C-128/20, Rn. 66, 67, jeweils juris).

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 Abschalteneinrichtung 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, Urteil vom 21.03.2023 – C-100/21, juris, Rn. 65 f.).

(b) Dem Vortrag der Beklagten lassen sich diese Anforderungen weder für das Thermofenster ((aa)) noch für die KSR ((bb)) entnehmen.

(aa) Die Beklagte trägt zum Thermofenster vor, im Fall einer Abgasrückführung bei zu niedrigen Temperaturen komme es zur Kondensation von Abgasbestandteilen, was zu verschiedenen unerwünschten Ablagerungen in den Bauteilen führe. Ein wiederholter Betrieb des Motors in diesem Zustand könne zu einer dauerhaften Schädigung des Motors oder einem plötzlichen Ausfall führen, weshalb es zum Schutz des Motors erforderlich sein könne, die Abgasrückführung abhängig von der Temperatur zu reduzieren. Mangels einer konkreten Darlegung kann dem Vortrag der Beklagten weder entnommen werden, ob die von ihr behaupteten Ablagerungen an Bestandteilen erfolgen sollen, die nach der vorstehend engen Definition des Motors diesem überhaupt zuzurechnen sind. Ihrem Vortrag lässt sich nicht entnehmen, dass es sich bei den befürchteten Ablagerungen nicht lediglich um bloße Verschmutzungen oder einen Verschleiß des Motors handelt, was nicht als „Beschädigung“ oder „Unfall“ in diesem Sinn angesehen werden kann. Zudem fehlt eine Darlegung einer Kausalkette für hieraus entstehende unmittelbare Risiken für den Motor, die beim Fahren eine konkrete Gefahr hervorrufen und dass zum Zeitpunkt der Erteilung der EG-Typgenehmigung keine andere technische Lösung zur Verfügung gestanden hätte, um diese zu verhindern.

(bb) Die von der Beklagten angeführten Gründe für den Einsatz der KSR erfüllen die Ausnahmetatbestandsvoraussetzungen des Art. 5 Abs. 2 Satz 2 lit. a VO (EG) Nr. 715/2007 ebenso nicht (vgl. hierzu OLG Stuttgart, Urteil vom 19.10.2023 - 24 U 103/22, juris und Urteil vom 15.11.2023 - 23 U 406/21, n.v.). Auch hier fehlt die Darlegung einer Kausalkette für hieraus entstehende unmittelbare Risiken für den Motor, die beim Fahren eine konkrete Gefahr hervorrufen und dass zum Zeitpunkt der Erteilung der EG-Typgenehmigung keine andere technische Lösung zur Verfügung gestanden hatte, um diese zu verhindern.

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, bereits aus diesem Grund unzulässig (vgl. BGH, Urteil vom 26.06.2023 – VIa ZR 335/21, juris, Rn. 51).

cc) Die Beklagte handelte auch schuldhaft. Die insoweit vermutete Fahrlässigkeit hat die Beklagte

für den Zeitpunkt des Vertragsschlusses nicht widerlegt.

Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs ist das Verschulden des Fahrzeugherstellers, der eine unrichtige Übereinstimmungsbescheinigung in Verkehr bringt, zu vermuten. Dem entsprechend muss der Fahrzeughersteller, wenn er eine Übereinstimmungsbescheinigung trotz der Verwendung einer unzulässigen Abschaltseinrichtung ausgegeben und dadurch §§ 6 Abs. 1, 27 Abs. 1 EG-FGV verletzt hat, Umstände darlegen und beweisen, die sein Verhalten ausnahmsweise nicht als fahrlässig erscheinen lassen (BGH, Urteil vom 26.06.2023 - VIa ZR 335/21, juris, Rn. 59 m.w.N.). Der Hersteller kann sich insofern entlasten, wenn er darlegt und im Bestreitensfall nachweist, dass er sich hinsichtlich der Zulässigkeit der eingesetzten Abschaltseinrichtung in einem Verbotsirrtum befand und dieser Irrtum bei Anwendung der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt unvermeidbar war (BGH, Urteil vom 26.06.2023 - VIa ZR 335/21, Rn. 63, juris; OLG Stuttgart, Urteil vom 19.10.2023 - 24 U 103/22; OLG Stuttgart, Urteil vom 28.09.2023 – 24 U 2504/22, Rn. 61, juris). Dabei muss der Fahrzeughersteller, der sich auf einen unvermeidbaren Verbotsirrtum beruft, 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, juris, Rn. 13).

Die Beklagte beruft sich sowohl hinsichtlich des Einsatzes der temperaturgesteuerten AGR als auch hinsichtlich der KSR auf einen solchen unvermeidbaren Verbotsirrtum. Von dessen Voraussetzungen kann sich der Senat vorliegend zwar hinsichtlich der temperaturgesteuerten AGR ((1)), nicht aber hinsichtlich des Einsatzes der KSR ((2)) im Sinne von § 286 ZPO überzeugen, sodass bezüglich letzterer ein schuldhaftes Verhalten der Beklagten vorliegt.

(1) Hinsichtlich der Verwendung der temperaturgesteuerten AGR (Thermofenster) – in der konkreten Ausgestaltung zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses – hat sich die „Beklagte“ (in Gestalt ihrer Mitarbeiter und Repräsentanten) in Bezug auf die Zulässigkeit dieser Einrichtung nach Überzeugung des Senats in einem Verbotsirrtum ((a)) befunden, der auch unvermeidbar war ((b)). Hinsichtlich des Einsatzes des Thermofensters und der hieraus insoweit folgenden Unrichtigkeit der erteilten Übereinstimmungsbescheinigung liegt daher kein schuldhaftes Verhalten vor – weder

der Verrichtungsgehilfen (§ 831 BGB) noch der Repräsentanten (§ 31 BGB) der Beklagten.

(a) Der Senat ist davon überzeugt (§ 286 ZPO), dass die für die Beklagte handelnden Personen den Einsatz des Thermofensters im Erwerbszeitpunkt (vgl. BGH, Urteil vom 26.06.2023 - VIa ZR 335/21, juris, Rn. 61) rechtsirrtümlich für zulässig hielten.

(aa) Als Fahrzeugherstellerin traf die Beklagte die deliktsrechtlich geschützte Pflicht, keine unzutreffenden Übereinstimmungsbescheinigungen in den Verkehr zu bringen. Um dieser Verpflichtung zu genügen, musste die Beklagte ihre innerbetrieblichen Abläufe etwa durch interne Weisungen, Meldekettensysteme und Überwachungs- sowie Kontrollmechanismen so organisieren, dass bei regelgerechtem Ablauf nur zutreffende Übereinstimmungsbescheinigungen in Verkehr gelangen konnten. Dies erforderte insbesondere eine Weisungslage, nach welcher technisch kritische Punkte von den für die technische Entwicklung verantwortlichen Personen an die Rechtsabteilung zur Überprüfung weiterzuleiten waren und die Weiterentwicklung und der spätere Einsatz der Technik erst nach positiver rechtlicher Bewertung und Freigabe durch hierfür qualifizierte Personen erfolgen durfte. Zudem war das rechtliche Umfeld und dessen für die Zulässigkeit der eingesetzten Technik relevante Entwicklungen weiter durch die Rechtsabteilung oder sonstiges juristisch qualifiziertes Personal zu beobachten, um erforderlichenfalls entsprechend reagieren und Abläufe stoppen zu können (vgl. OLG Stuttgart, Urteil vom 28.09.2023 – 24 U 2504/22, juris, Rn. 41 m.w.N.). Danach musste die Beklagte sicherstellen, dass die erforderlichen Informationen auch bis zum Aussteller der Übereinstimmungsbescheinigung weitergeleitet würden. Allein der Umstand, dass dieser keine Kenntnis von möglichen Bedenken bezüglich der Unzulässigkeit von Abschaltvorrichtungen hatte, wird daher im Regelfall nicht genügen, um einen Rechtsirrtum darzulegen.

(bb) Indessen würdigt der Senat das Beklagtenvorbringen dahingehend, dass nicht nur der Aussteller der Übereinstimmungsbescheinigung, sondern alle mit den Fragen der Zulässigkeit des Emissionskontrollsystems befassten Personen davon ausgegangen seien, dass das im streitgegenständlichen Fahrzeug eingesetzte Thermofenster nicht als unzulässige Abschaltvorrichtung zu beurteilen sei. Dies genügt nach Auffassung des Senats für die schlüssige Darlegung eines

Verbotsirrtums „der Beklagten“. Auf die Darlegung subjektiver Vorstellungen einzelner Mitarbeiter, wie vom OLG Karlsruhe (vgl. Urteil vom 22.08.2023 – 8 U 86/21, juris, Rn. 145ff.) verlangt, kommt es vor diesem Hintergrund nicht an. Anders wäre es nur, wenn Anhaltspunkte dafür vorlägen, dass einem unvermeidbaren Verbotsirrtum entgegenstehende Umstände bekannt gewesen wären und damit die Möglichkeit bestünde, dass diese Umstände aufgrund eines Organisationsverschuldens zur Kenntnis der relevanten Entscheidungsträger bei der Beklagten gelangt wären. Solche sind aber weder vorgetragen noch sonst ersichtlich.

(cc) Der Senat ist vor dem Hintergrund der nachfolgenden Umstände – die zum Teil allgemein bekannt und zum Teil aus anderen Verfahren gerichtsbekannt sind – mit einem für das praktische Leben brauchbaren Grad von Gewissheit (vgl. BGH, Urteil vom 17.02.1970 – III ZR 139/67, juris, Rn. 72) davon überzeugt, dass die für die Beklagte handelnden Personen hinsichtlich der Zulässigkeit des Thermofensters einem Verbotsirrtum unterlegen waren (so auch OLG Stuttgart, Urteil vom 19.10.2023 - 24 U 103/22, juris, Rn. 57 ff.).

So geht aus dem Bericht der vom Bundesminister für Verkehr und digitale Infrastruktur eingesetzten Untersuchungskommission "Volkswagen" vom April 2016 hervor, dass in dem hier fraglichen Zeitraum Thermofenster von allen Autoherstellern verwendet wurden. Begründet wurde dies mit dem Erfordernis des Motorschutzes, wobei diese Frage vor allem die Auslegung der Ausnahmenvorschrift des Art. 5 Abs. 2 Satz 2 Buchst. a VO (EG) Nr. 715/2007 betraf. Dementsprechend haben sowohl das KBA als auch das zuständige Fachministerium den Einsatz eines Thermofensters, bei dem die Hersteller die Abgasreinigung temperaturabhängig zurückfahren, jedenfalls dann nicht grundsätzlich in Frage gestellt, wenn die Einrichtung notwendig sei, um den Motor vor Beschädigung oder Unfall zu schützen (so auch BGH, Beschluss vom 25.11.2021 – III ZR 202/20, juris, Rn. 15 m.w.N.).

Das KBA sah die Verwendung von Thermofenstern noch lange nach dem Bekanntwerden des sogenannten Dieselskandals im September 2015 nicht als kritisch an. Obwohl das KBA im Zuge dessen dazu übergegangen war, auch hinsichtlich Thermofenstern konkret zu prüfen, hatte es diese noch im Sommer 2020 nicht beanstandet (vgl. OLG Stuttgart, Urteil vom 19.10.2023, juris,

Rn. 58). Folgerichtig stellte das KBA trotz Kenntnis vom flächendeckenden Einsatz von Thermofenstern und obwohl in den Antragsunterlagen zur EG-Typgenehmigung Details zur temperaturgesteuerten AGR in der Regel nicht enthalten waren, in stetiger Verwaltungspraxis diesbezüglich keine Nachfragen. Diese Genehmigungspraxis des KBA hat sich erst nach entsprechenden Rechtsäußerungen durch den Generalanwalt und den EuGH in den Jahren 2021 und 2022 geändert.

Zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses konnten die Mitarbeiter der Beklagten daher bereits auf eine jahrelange Verwaltungspraxis zurückblicken, nach der Thermofenster vom KBA als der für sie maßgeblichen Genehmigungsbehörde nicht als kritisch angesehen wurden. Gerichtliche Entscheidungen, aus denen eine entgegenstehende Rechtsansicht zu entnehmen gewesen wäre, existierten zum damaligen Zeitpunkt ebenfalls nicht.

(b) Bezüglich des Thermofensters war dieser Irrtum auch unvermeidbar.

(aa) Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs kann die Unvermeidbarkeit eines Verbotsirrtums unter anderem sowohl durch eine tatsächlich erteilte EG-Typgenehmigung als auch durch eine hypothetische Genehmigung der zuständigen Behörde nachgewiesen werden (BGH, Urteil vom 26.06.2023 - VIa ZR 335/21, juris, Rn. 64 ff.).

(bb) Ob im Streitfall von einer tatsächlichen Genehmigung auszugehen ist, nachdem das Thermofenster im Rahmen der erteilten EG-Typgenehmigung vom KBA seinerzeit nicht beanstandet worden war, kann insoweit offenbleiben. Der Verbotsirrtum der Beklagten wäre auch dann unvermeidbar, wenn man nicht vom Vorliegen einer tatsächlichen Genehmigung ausgehen wollte. Denn der Senat ist mit einem für das praktische Leben brauchbaren Grad an Gewissheit davon überzeugt (§ 286 ZPO), dass das KBA das streitgegenständliche Thermofenster in seiner konkreten Ausgestaltung zum Zeitpunkt des Abschlusses des Kaufvertrages auch bei einer die konkrete technische Ausgestaltung umfassend offenlegenden Nachfrage zu diesem Zeitpunkt genehmigt hätte (BGH, Urteil vom 26.06.2023 - VIa ZR 335/21, juris, Rn. 66).

Diese Überzeugung ergibt sich für den Senat bereits auf der Grundlage der vorstehend dargeleg-

ten ständigen Verwaltungspraxis des KBA, welche sich erst nach den Entscheidungen des EuGH vom 14.07.2022 (C-128/20, C-134/20, C-145/20), mithin erst nach dem streitgegenständlichen Erwerbszeitpunkt geändert hat (vgl. auch OLG Stuttgart, Urteil vom 28.09.2023 – 24 U 2504/22, juris, Rn. 65).

(3) Hinsichtlich des Einsatzes der KSR in dem streitgegenständlichen Fahrzeug und der hieraus folgenden Unrichtigkeit der Übereinstimmungsbescheinigung ist hingegen von einem schuldhaften Verhalten der Beklagten auszugehen. Der Senat kann sich insoweit bereits nicht von einem Irrtum überzeugen. Jedenfalls wäre ein Irrtum vermeidbar gewesen.

(a) Der Senat kann sich bereits keine Überzeugung dazu bilden, dass sich Mitarbeiter der Beklagten im Sinn von § 831 BGB in einem Irrtum befunden haben, zumal es den Repräsentanten der Beklagten (§ 31 BGB) im Rahmen ihrer Organisationspflichten wie bereits ausgeführt oblegen hatte, dass alle notwendigen verfügbaren Informationen auch ihren Mitarbeitern zur Verfügung gestanden hatten.

Einen beachtlichen Rechtsirrtum über die Zulässigkeit der KSR hat die Beklagte nicht dargelegt. Ihrem Vortrag lässt sich bereits nicht entnehmen, wie die Mitarbeiter der Beklagten sich von der Richtigkeit der auch vorliegend von der Beklagten vertretenen unzutreffenden Rechtsansicht überzeugt haben wollen, was mit Blick auf das – bestrittene – Vorliegen eines auf die KSR bezogenen Rechtsirrtums aber erforderlich gewesen wäre.

Denn anders als beim Thermofenster fehlen für die KSR allgemein bekannte Indiztatsachen, welche einen Rückschluss auf einen solchen Rechtsirrtum ermöglichen könnten. Das Thermofenster war flächendeckend von nahezu allen namhaften Herstellern von Dieselfahrzeugen eingesetzt worden und war dabei sowohl in Fachkreisen als auch dem KBA bekannt gewesen, wobei letzteres dieses auch seit Jahren in ständiger Genehmigungspraxis nicht beanstandet hatte. Im Gegensatz dazu fehlt für die KSR, insbesondere für den hier relevanten Zeitpunkt des Abschlusses des streitgegenständlichen Kaufvertrages, ein vergleichbarer, den Schluss auf die Zulässigkeit der Technik ermöglichender Vertrauensstatbestand.



(b) Bereits die von ihr selbst dargelegte Ausgestaltung der KSR hätte bei der Beklagten Anlass geben müssen, die rechtliche Zulässigkeit dieser Einrichtung kritisch zu prüfen.

(aa) Da die KSR in ihrer Wirkweise auf die Warmlaufphase des Motors begrenzt ist, genügt sie erkennbar nicht den Artt. 4 Abs. 2, 5 Abs. 1 VO (EG) Nr. 715/2007. Den von der Beklagten eingenommenen Rechtsstandpunkt, die KSR unterfalle diesen Regeln bereits deshalb nicht, weil die Kühlmittelsolltemperatur, auf die allein eingewirkt werde, nicht zum Emissionskontrollsystem gehöre, hätten ihre Verantwortlichen vor diesem Hintergrund in zuverlässiger Weise absichern müssen. Die Beklagte bewegte sich als Herstellerin hier erkennbar in einem rechtlichen Grenzbereich und hätte schon deshalb eine abweichende rechtliche Beurteilung ihres Vorgehens in Betracht ziehen müssen (vgl. BGH, Urteil vom 25.09.2023 - VIa ZR 1/23, juris, Rn. 14). Dass dies geschehen ist, man sich insbesondere mit der gegenteiligen zutreffenden Rechtsansicht (wonach eine mittelbare Einwirkung ausreicht, um eine Abschaltvorrichtung zu bejahen) auseinandergesetzt hat, ist nicht ersichtlich.

(bb) Daneben hätte der Umstand, dass die KSR gerade in der NEFZ-Prüfung ein optimiertes Emissionsverhalten, das das Fahrzeug im weiteren Fahrbetrieb (bei betriebswarmen Motor) nicht mehr aufrechterhält, Anlass zu einer rechtlichen Absicherung der Einschätzung geben müssen, dass es sich dabei um keine unzulässige Einrichtung handele. Dies gilt ungeachtet des Umstandes, dass die Steuerung der KSR nicht an eine Prüfstandserkennung gekoppelt sein, sondern unter vergleichbaren Fahrbedingungen auch im normalen Fahrbetrieb funktionieren soll.

(cc) Die KSR ist zudem - soweit ersichtlich - allein von der Beklagten entwickelt und eingesetzt worden, so dass es mangels bestehender Erfahrungen hinsichtlich der rechtlichen Behandlung nahegelegen hätte, eine Einschätzung des KBA als der zuständigen Genehmigungsbehörde einzuholen (unabhängig von der Frage einer Pflicht, die KSR im Rahmen des EG-Typgenehmigungsverfahrens anzugeben). Dies ist aber weder vor noch bei Beantragung der EG-Typgenehmigung erfolgt.

(c) Die Voraussetzungen einer Vermeidbarkeit eines Irrtums werden nicht dargelegt. Die Beklagte

trägt nicht vor, dass die tatsächlich erteilte EG-Typgenehmigung die verwendete unzulässige Abschaltanlage - hier die KSR - in allen ihren nach Art. 5 Abs. 2 der Verordnung (EG) Nr. 715/2007 maßgebenden Einzelheiten umfasst. Es ist auch sonst nicht ersichtlich, dass die Beklagte das KBA über die KSR oder gar über deren Einzelheiten informiert hat.

Mangels Unvermeidbarkeit eines - bereits nicht ausreichend dargelegten - Irrtums kommt es somit auch nicht auf die Frage einer hypothetischen Genehmigung durch das KBA an. Den verwaltungsgerichtlichen Rechtsstreitigkeiten, die die Beklagte führt, kommt entsprechend vorliegend keine Bedeutung zu, weshalb das Verfahren entgegen der Auffassung der Beklagten insoweit auch nicht auszusetzen ist.

dd) Eine Tatbestandswirkung der EG-Typgenehmigung kann die Beklagte dem Schadensersatzanspruch nicht entgegengehalten. Der Senat folgt insofern den überzeugenden Ausführungen des Bundesgerichtshofs zur Reichweite der Tatbestandswirkung einer EG-Typgenehmigung (BGH, Urteil vom 26.06.2023 - VIa ZR 335/21, juris, Rn. 11 ff.).

ee) Im Hinblick auf die Erwerbskausalität kann sich die Klagepartei auf den Erfahrungssatz stützen, dass sie den Kaufvertrag über das streitbefangene Fahrzeug zu diesem Kaufpreis nicht geschlossen hätte. Auch ohne Kenntnisnahme der vom Fahrzeughersteller ausgegebenen Übereinstimmungsbescheinigung geht der Käufer typischerweise davon aus, dass der Hersteller für das erworbene Fahrzeug eine Übereinstimmungsbescheinigung ausgegeben hat, und dass diese die gesetzlich vorgesehene Übereinstimmung mit allen maßgebenden Rechtsakten richtig ausweist (BGH, Urteil vom 26.06.2023 - VIa ZR 335/21, juris, Rn. 55 f.). Die Beklagte hat keinen Vortrag gehalten, der diesen Erfahrungssatz erschüttern könnte.

ff) Die Beklagte ist nicht gemäß § 214 Abs. 1 BGB berechtigt, die Leistung zu verweigern. Der Anspruch auf den Differenzschaden ist nicht verjährt. Die Beklagte legt nicht dar, dass die Klagepartei mehr als drei Jahre vor Klagerhebung Kenntnis von der Existenz einer unzulässigen Abschaltanlage im streitgegenständlichen Fahrzeug gehabt oder nur grob fahrlässig nicht gehabt habe, §§ 195, 199 Abs. 1 Nr. 2 BGB. Allein die Veröffentlichung des „Dieselskandals“ der VW AG -

betreffend zudem nur Fahrzeuge mit dem Motor EA 189 - im Herbst 2015 führt weder zu einer Kenntnis der Klagepartei von einer (von der Beklagten im Übrigen weiterhin bestrittenen) Betroffenheit des streitgegenständlichen Fahrzeugs noch zu einer diesbezüglichen grob fahrlässigen Unkenntnis.

b)

Der Klagepartei steht danach ein Anspruch auf Ersatz des Differenzschadens zu, den der Senat im Streitfall unter Berücksichtigung von § 287 ZPO mit 10 % des Kaufpreises bemisst (aa)). Auf diesen Anspruch muss sich die Klagepartei im Ergebnis keine Vorteile anrechnen lassen (bb)). Eine Schadensminderung im Hinblick auf das Software-Update scheidet im vorliegenden Fall aus (cc)).

aa) Der Senat schätzt den nach § 823 Abs. 2 BGB in Verbindung mit § 6 Abs. 1, § 27 Abs. 1 EG-FGV zu gewährenden Schadensersatz auf 10 % des Kaufpreises, damit hier auf einen Betrag in tenorierter Höhe.

(1) Bei der Schätzung des Differenzschadens nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs ist aufgrund von Vorgaben des Unionsrechts das Schätzungsermessen sowohl für die Untergrenze als auch die Obergrenze des Differenzschadens auf eine Bandbreite zwischen 5 % und 15 % des gezahlten Kaufpreises begrenzt (BGH, Urteil vom 26.06.2023 - VIa ZR 335/21, juris, Rn. 73). Bei der Schätzung des Schadens innerhalb eines Rahmens zwischen 5 % und 15 % hat der Tatrichter bei der 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 (BGH, Urteil vom 26.06.2023 - VIa ZR 335/21, juris, Rn. 73 und Urteil vom 6.07.2021 - VI ZR 40/20, juris, Rn. 24).

Weiter hat er den Umfang in Betracht kommender 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.

tung (BGH, Urteil vom 26.06.2023 - VIa ZR 335/21, juris, Rn. 73). Über diese originär schadensrechtlichen Gesichtspunkte hinaus hat der Tatrichter 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 26.06.2023 - VIa ZR 335/21, juris, Rn. 77).

(2) Unter Zugrundelegung dieser Grundsätze schätzt der Senat den Differenzschaden auf 10 % des Kaufpreises. Aufgrund der unstreitig verbauten unzulässigen Abschaltseinrichtungen bestand seit Inverkehrbringen des Fahrzeugs und damit schon im Zeitpunkt des Vertragsschlusses zumindest ein prinzipielles Risiko, dass die Zulassungsbehörde eine Betriebsbeschränkung oder -untersagung nach § 5 Abs. 1 FZV vornimmt, weil das Fahrzeug wegen der gegen Art. 5 Abs. 2 VO (EG) 715/2007 verstoßenden Abschaltseinrichtungen nicht dem genehmigten Typ nach § 3 Abs. 1 Satz 2 FZV entsprach. Die Bemessung des Schadens im vorliegenden Fall mit 10 % des Kaufpreises erscheint sachgerecht, da es sich um einen mit Blick auf die genannten Kriterien durchschnittlichen Fall handelt.

bb) Soweit die Beklagte im Termin vom 11.03.2025 erstmals dazu vorgetragen hat, die Klagepartei sei vorliegend möglicherweise zum Vorsteuerabzug berechtigt, greift dies, worauf der Senat im Rahmen der mündlichen Verhandlung bereits hingewiesen hat, nicht durch.

Eine Partei darf auch nur vermutete Tatsachen vortragen und unter Beweis stellen, wenn sie darüber keine genaueren Kenntnisse hat oder haben kann, sofern sie die Tatsachen nach Lage der Dinge für wahrscheinlich hält (BGH NJW 2021, 1759 [1761 Rn. 18]; BGHZ 216, 245 [257 Rn. 33]). Unzulässig wird ein solches Vorgehen erst dort, wo die Partei ohne greifbare Anhaltspunkte für das Vorliegen eines bestimmten Sachverhalts willkürlich Behauptungen „aufs Geratewohl“ oder „ins Blaue hinein“ aufstellt. Bei der Annahme von Willkür in diesem Sinne ist Zurückhaltung geboten; in der Regel wird sie nur beim Fehlen jeglicher tatsächlichen Anhaltspunkte gerechtfertigt werden können (BGH NJW-RR 2015, 829 [830 Rn. 13]).

Ausgehend davon ist der Vortrag der Beklagten hinsichtlich einer Vorsteuerabzugsberechtigung der Klagepartei, einer natürlichen Person, schon nicht ausreichend und nicht geeignet, eine etwaige sekundäre Darlegungslast der Klagepartei auszulösen zu können.

Denn für das Bestehen einer Vorsteuerabzugsberechtigung bei der Klagepartei als natürliche Person liegen keine tragfähigen Anhaltspunkte vor. Dass die Klagepartei nach dem Vorbringen der Beklagten Gründungsgesellschafter und Mitgeschäftsführer einer GmbH ist, genügt dafür nicht. Denn nach den gemäß §§ 529 Abs. 1, 314 ZPO den Senat bindenden Feststellungen des Landgerichts war die Klagepartei, also eine natürliche Person, Käufer des streitgegenständlichen Fahrzeuges. Dies stimmt auch überein mit den sich bei den Akten befindlichen Unterlagen zum Kauf, die die Klagepartei in der Rechnung ausweisen, nicht die von der Beklagten angeführte juristische Person einer GmbH. Auch im bei den Akten befindlichen Fahrzeugschein ist die Klagepartei als natürliche Person eingetragen, nicht die von der Beklagten angeführte juristische Person einer GmbH. Wenn aber die von der Beklagten bemühte juristische Person nicht Partei des Kaufvertrages ist, steht ihr auch das Recht zum Vorsteuerabzug nicht zu; erst recht ist dann aber nicht ersichtlich, warum der Klagepartei als natürliche Person vorliegend ein Recht zum Vorsteuerabzug zustehen soll.

cc) Die grundsätzlich gebotene Vorteilsausgleichung ((1)), bei der der Senat gezogene Nutzungen auf Basis einer üblicherweise zu erwartenden Gesamtleistung des Fahrzeugs von 250.000 km ermittelt ((2)), und den Restwert des Fahrzeugs ((3)) berücksichtigt, führt nicht zu einer Reduzierung des Schadens ((4)).

(1) Im Wege des Vorteilsausgleichs muss sich der Geschädigte diejenigen Vorteile anrechnen lassen, die ihm in adäquatem Zusammenhang mit dem Schadensereignis zugeflossen sind. Beim Differenzschadensersatz nach § 823 Abs. 2 BGB i.V.m. § 6 Abs. 1, 27 Abs. 1 EG-FGV sind wie auch beim kleinen Schadensersatz nach § 826 BGB die Nutzungsvorteile und der Restwert des Fahrzeuges nur insoweit und erst dann schadensmindernd anzurechnen, wenn sie den Wert des Fahrzeugs bei Abschluss des Kaufvertrages (gezahlter Kaufpreis abzüglich Differenzschaden) übersteigen (BGH, Urteil vom 26.06.2023 – VIa ZR 335/21, juris, Rn. 44, 80 unter Verweis auf BGH, Urteil vom 4.01.2022 – VIa ZR 100/21, juris, Rn. 22). Erreicht die Summe der beiden

Positionen den ursprünglich gezahlten Kaufpreis, besteht kein Schaden.

(2) Der Senat hält es für sachgerecht, die Nutzungsentschädigung gemäß § 287 ZPO anhand der üblichen Formel für gezogene Nutzungen (nämlich Kaufpreis x gefahrene Kilometer / erwartete Restlaufleistung des Fahrzeugs im Erwerbszeitpunkt) zu bemessen.

Der Senat schätzt in ständiger Rechtsprechung die Gesamtlauflistung eines Fahrzeugs wie des streitgegenständlichen auf 250.000 km, § 287 ZPO (von einer Gesamtlauflistung in Höhe von 250.000 km ausgehend ebenso - jeweils mit weiteren Nachweisen - BGH, Beschluss vom 09.12.2014 – VIII ZR 196/14, juris Rn. 3; OLG Stuttgart, Beschluss vom 12.3.2021 – 23 U 728/21, BeckRS 2021, 23205, Rn. 17 ff.; OLG Stuttgart, Urteil vom 19.10.2023 - 24 U 103/22, juris, Rn. 76 m.w.N.; OLG Celle, Urteil vom 22.01.2020 – 7 U 445/18, juris, Rn. 65; OLG Köln, Urteil vom 24.03.2020 – I-4 U 235/19, juris, Rn. 128; OLG Hamm, Urteil vom 14.08.2020 – 45 U 22/19, juris, Rn. 129; OLG Stuttgart, Urteil vom 29.09.2020 – 12 U 449/19, juris, Rn. 36; OLG Stuttgart, Urteil vom 02.04.2020 – 2 U 249/19, juris Rn. 56). Zur näheren Begründung wird auf die Entscheidung des Senats vom 29.11.2023 (22 U 261/22, juris, Rn. 114 ff.) verwiesen.

Die Klagepartei erwarb das Fahrzeug bei einer Laufleistung von 3.350 km; zuletzt wies es eine Laufleistung von 156.043 km auf. Nach der genannten Formel müsste sich die Klagepartei für die von ihr gefahrenen Kilometer einen Betrag in Höhe von 19.673,35 € abziehen lassen.

(3) Für den Restwert des Fahrzeugs ist der zwischen den Parteien nicht in Streit stehende Wert von 8.300,00 € anzusetzen.

(4) Die Summe aus Nutzungsvorteilen und Restwert von 27.973,35 € übersteigt den Wert des Fahrzeugs bei Erwerb von 28.601,10 € (gezahlter Kaufpreis von 31.779,00 € abzüglich des Differenzschadens von 10 %) nicht. Ein Abzug unterbleibt.

dd) Eine Reduzierung des Schadens erfolgt im Streitfall auch mit Blick auf das aufgespielte Software-Update nicht (§ 287 ZPO). Mit einem Software-Update oder auch nur dessen Angebot kann eine Schadensminderung im Wege der Vorteilsausgleichung verbunden sein, wenn und soweit das Software-Update die Gefahr von Betriebsbeschränkungen signifikant reduziert (BGH, Urteil

vom 26.06.2023 – VIa ZR 335/21, juris, Rn. 80).

Gemessen an diesem Maßstab, ist der Senat der Überzeugung, dass das Software-Update im konkreten Streitfall keinen weiteren Vorteilsausgleich rechtfertigt. Diesem Ergebnis bei Anwendung des dargestellten maßgeblichen Obersatzes steht die Entscheidung des BGH mit Urteil vom 31.07.2024 nicht entgegen (VIa ZR 910/22, BeckRS 2024, 20129).

(1) Die Beklagte trägt vor, mit dem Update werde die KSR vollständig entfernt und das Temperaturfenster bei betriebswarmem Motor auf die Schwellenwerte 0°C bis +40°C ausgedehnt. Dies reduziert die Gefahr von Betriebsbeschränkungen jedoch nicht signifikant. Auch wenn die KSR vollständig entfernt wurde, erreicht das Temperaturfenster, innerhalb dessen die AGR voll wirksam wäre, noch nicht den Bereich der normalen Betriebsbedingungen, die wie dargelegt in Europa im Temperaturbereich von -15°C und +40°C liegen.

(2) Die nach dem Aufspielen des Software-Updates noch vorhandenen Reduzierungen der AGR wären entgegen der Auffassung der Beklagten nicht aufgrund der sog. Motorschutzausnahme in Art. 5 Abs. 2 Satz 2 Buchst. a VO (EG) Nr. 715/2007 erlaubt. Nach gefestigter Rechtsprechung des EuGH ist die Ausnahmegvorschrift des Art. 5 Abs. 2 Satz 2 Buchst. a VO (EG) Nr. 715/2007 eng auszulegen, weshalb Verschmutzung und Verschleiß des Motors nicht als „Beschädigung“ oder „Unfall“ im Sinne der Vorschrift angesehen werden können, da sie im Prinzip vorhersehbar und der normalen Funktionsweise des Fahrzeugs inhärent sind; das grundsätzliche Verbot von Abschaltvorrichtungen würde ausgehöhlt und jeder praktischen Wirksamkeit beraubt, wenn es zulässig wäre, dass die Hersteller Fahrzeuge allein deshalb mit Abschaltvorrichtungen ausstatten, um den Motor vor Verschmutzung und Verschleiß zu schützen (etwa EuGH, Urteile vom 17.12.2020, C-693/18, juris Rn. 110ff; vom 14.07.2022 – C-145/20, juris Rn. 65; vom 31.03.2023, C-100/21, juris Rn. 63). Auch die durch den EuGH vorgenommene Erstreckung der Motorschutzausnahme auf motorferne Bauteile kann bei der europarechtlich gebotenen engen Auslegung der Vorschrift nicht dazu führen, dass der Schutz dieser Bauteile in weiterem Umfang erlaubt wäre als der Schutz des Motors selbst. Für diesen aber kommt eine Rechtfertigung der Abschaltvorrichtung, wie oben dargelegt, nur zum Schutz vor plötzlichen und unmittelbaren Beschädigungsri-

siken, die zu einer konkreten Gefahr während des Betriebs des Fahrzeugs führen, nicht aber zur Vermeidung von vorhersehbaren Verschmutzungs- und Verschleißerscheinungen in Betracht (vgl. zum Ganzen auch OLG Stuttgart, Urteil vom 22.02.2024 - 24 U 254/21, juris, Rn. 143 ff. mwN.).

(3) Der Umstand, dass die Beklagte hinsichtlich der temperaturgesteuerten AGR aufgrund des unvermeidbaren Verbotsirrtums nicht haftet, ist im Rahmen der Vorteilsausgleichung unerheblich (vgl. OLG Stuttgart, Urteil vom 19.10.2023 – 24 U 103/22, juris, Rn. 80).

d)

Der Zinsausspruch beruht auf §§ 291, 288 Abs. 1 Satz 2 BGB. Die Zustellung des Schriftsatzes der Klagepartei vom 05.08.2024, mit dem die Klagepartei erstmals den Differenzschaden begehrt hat, erfolgte am 07.08.2024.

2.

Es besteht schließlich kein Anspruch auf Freistellung von vorgerichtlichen Rechtsanwaltskosten (vgl. BGH, Urteil vom 16.10.2023 – VIa ZR 14/22 –, juris). Der hier allein begründete Differenzschaden ist vorgerichtlich nicht geltend gemacht worden; ein Anspruch aus Verzug ist nicht ersichtlich. Eine Haftung aus § 826 BGB besteht für das streitgegenständliche Fahrzeug mit einem Motor OM 651, EU 5 nicht; insofern wird beispielhaft auf die Entscheidung des Senats vom 29.11.2023, 22 U 261/21, juris, verwiesen.

### III.

Die Kostenentscheidung beruht auf den §§ 92 Abs. 1 Satz 1, 97 Abs. 1 ZPO und - soweit die Berufung zuletzt teilweise zurückgenommen worden ist - auf § 516 Abs. 3 ZPO.

Die Entscheidung zur vorläufigen Vollstreckbarkeit beruht auf den §§ 708 Nr. 10, 713 ZPO. Aufgrund der zuletzt gestellten Berufungsanträge liegen die Voraussetzungen für eine Nichtzulassungsbeschwerde nach § 544 Abs. 2 Nr. 1 ZPO und damit für ein Rechtsmittel unzweifelhaft nicht vor im Sinn von § 713 ZPO.



Die Revision war nicht zuzulassen. Die Voraussetzungen des § 543 Abs. 2 Satz 1 ZPO liegen nicht vor; die erheblichen Rechtsfragen sind höchstrichterlich bereits geklärt (vgl. u.a. BGH, Urteil vom 26.06.2023 – VIa ZR 335/21). Entgegen der Auffassung der Beklagten besteht keine Divergenz im Hinblick auf die von der Beklagten zitierte Rechtsprechung des Senats 16a des OLG Stuttgart. Zunächst begründen unterschiedliche Wertungen bei der Schadensbemessung im Rahmen des § 287 ZPO ohnehin keine Divergenz. Zudem ist eine Entscheidung des Bundesgerichtshofs zur Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung unter dem Gesichtspunkt der Divergenz zu einer Entscheidung eines gleichrangigen Gerichts nur dann erforderlich, wenn die in Rede stehende Rechtsfrage höchstrichterlich ungeklärt ist. So liegt es hier aber - wie dargelegt - nicht, weil der Bundesgerichtshof geklärt hat, dass es im Rahmen der Vorteilsausgleichung maßgebend auf die objektivrechtlich zu beurteilende Frage des Vorliegens der Gefahr einer Betriebsbeschränkung ankommt, welche nicht von den Vorstellungen der beteiligten Kreise abhängt (so auch OLG Stuttgart, Urteil vom 12.12.2024 - 24 U 746/22, juris Rn. 81).

Der Streitwert für das Berufungsverfahren wurde gemäß den §§ 47, 48 GKG in Höhe der im Berufungsverfahren weiter verfolgten Ansprüche der Klagepartei festgesetzt.

Scherer  
Vorsitzender Richter  
am Oberlandesgericht

Fahrner  
Richterin  
am Oberlandesgericht

Dr. Hager  
Richter  
am Oberlandesgericht

**Vermerk:**

Verkündet am 25.03.2025



Urkundsbeamtin der Geschäftsstelle