

# Hanseatisches Oberlandesgericht

Az.: 6 U 88/22

318 O 86/21

LG Hamburg

Verkündet am 27.03.2025



■ JAng

Urkundsbeamtin der Geschäftsstelle

## Urteil

### IM NAMEN DES VOLKES

In der Sache

■

- Kläger und Berufungskläger -

Prozessbevollmächtigte:

Rechtsanwälte **Gansel**, Wallstraße 59, 10179 Berlin, Gz.: ■

gegen

**Mercedes-Benz Group AG**, vertreten durch d. Vorstand, Mercedesstraße 137, 70327 Stuttgart

- Beklagte und Berufungsbeklagte -

Prozessbevollmächtigte:

Rechtsanwälte **SKALING Partners mbB**, Colonnaden 96, 20354 Hamburg, Gz.: ■

erkennt das Hanseatische Oberlandesgericht - 6. Zivilsenat - durch den Vorsitzenden Richter am Oberlandesgericht Dr. Buchholz, die Richterin am Oberlandesgericht Agger und den Richter am Oberlandesgericht Dr. Hagge auf Grund der mündlichen Verhandlung vom 27.02.2025 für Recht:

Auf die Berufung des Klägers wird das Urteil des Landgerichts Hamburg vom 20.07.2022, Aktenzeichen 318 O 86/21, wie folgt geändert:

1. Die Beklagte wird verurteilt, an den Kläger 3.280,00 € nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 07.11.2023 zu zahlen.
2. Im Übrigen wird die Klage abgewiesen. Die weitergehende Berufung des Klägers wird zurückgewiesen.
3. Von den Kosten des Rechtsstreits haben der Kläger 89 % und die Beklagte 11 % zu tragen.
4. Das Urteil ist ohne Sicherheitsleistung vorläufig vollstreckbar.

## Beschluss

Der Streitwert wird für das Berufungsverfahren auf 28.993,22 € festgesetzt.

### Gründe:

I.

Von der Darstellung der tatsächlichen Feststellungen wird gemäß §§ 540 Abs. 2 ZPO, 313a Abs.1 i.V.m. § 544 Abs. 2 Nr. 1 ZPO abgesehen.

Im Berufungsverfahren hatte der Kläger zunächst an seinem Antrag auf Zug-um-Zug-Verurteilung festgehalten (Berufungsbegründung vom 18.11.2022), diesen dann als Reaktion auf die Vorabentscheidung des Europäischen Gerichtshofs vom 21.03.2023 (C-100/21, juris) hilfsweise um einen Antrag auf Geltendmachung des Differenzschadens in Höhe von mindestens 15 % erweitert (Schriftsatz vom 01.11.2023). Der zuletzt (mit Schriftsatz vom 04.10.2024) gestellte Antrag des Klägers lautet (bei Klagrücknahme im Übrigen):

1.

Die Beklagte wird verurteilt, an den Kläger einen Entschädigungsbetrag bezüglich des Fahrzeugs der Marke Mercedes-Benz vom Typ E 220 CDI BlueTEC mit der Fahrzeugidentifikationsnummer [REDACTED] zu zahlen, dessen Höhe in das Ermessen des Gerichts gestellt wird, der jedoch mindestens 4.920,00 € 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 2.256,24 € nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit Rechtshängigkeit zu zahlen.

Die Beklagte beantragt,

die Berufung zurückzuweisen.

## II.

Die zulässige Berufung des Klägers hat in der Sache in dem aus dem Tenor ersichtlichen Umfang Erfolg. Im Übrigen war die Berufung zurückzuweisen, da sie unbegründet ist.

## 1.

Der Kläger hat gegen die Beklagte einen Anspruch auf Ersatz eines Differenzschadens in Höhe von 3.280,00 € aus § 823 Abs. 2 BGB i.V.m. §§ 6 Abs. 1, 27 Abs. 1 EG-FGV.

Das Landgericht, dessen Urteil vom 20.07.2022 vor der Rechtsprechung des BGH (Urteil vom 26.06.2023 – VIa ZR 335/21) ergangen ist, hat § 823 Abs. 2 BGB i.V.m. §§ 6 Abs. 1, 27 Abs. 1 EG-FGV als Anspruchsgrundlage verneint; ein ausdrücklicher Antrag auf Zahlung des Differenzschadens war vom Kläger in 1. Instanz auch gar nicht gestellt worden.

Die jederzeitige Verfügbarkeit eines Kraftfahrzeugs hat einen Geldwert (BGH, a.a.O., Rn. 41, juris). Deshalb erleidet der Käufer eines Fahrzeugs, das mit einer unzulässigen Abschalt-einrichtung im Sinne des Unionsrechts versehen ist, stets einen Schaden, weil aufgrund einer drohenden Betriebsbeschränkung oder Betriebsuntersagung die Verfügbarkeit des Fahrzeugs in Frage steht. Zugunsten des Käufers greift der Erfahrungssatz, dass er im Fall der Ausstattung des Fahrzeugs mit einer unzulässigen Abschalt-einrichtung das Fahrzeug nicht zu dem vereinbarten Preis gekauft hätte (BGH, a.a.O., Rn. 40, juris). Bei diesem sogenannten Differenzschaden handelt es sich um das rechnerische Minus, das sich daraus ergibt, dass der objektive Wert des erworbenen Fahrzeugs wegen der unzulässigen Abschalt-einrichtung hinter dem gezahlten Kaufpreis zurückbleibt. Abzustellen ist dabei auf den Zeitpunkt des Vertrags-schlusses (BGH, a.a.O., Rn. 42).

## a)

Das von der Klägerin erworbene Fahrzeug verfügt über eine temperaturgesteuerte Abgasrückführung (Thermofenster), die nur in einem Bereich zwischen -5 °C und 45 °C uneingeschränkt funktioniert und damit eine unzulässige Abschaltvorrichtung darstellt. Dass diese ausnahmsweise zulässig ist, müsste die Beklagte darlegen und beweisen (vgl. BGH, Urteil vom 26.06.2023 – VIa ZR 335/21 –, Rn. 54, juris). Ihr Vortrag ist insoweit nicht ausreichend. Die Abschalt-einrichtung ist insbesondere nicht ausnahmsweise aus Gründen des Motorschutzes erlaubt.

Von dem Verbot der Verwendung von Abschalt-einrichtungen, die die Wirkung von Emissions-kontrollsystemen verringern, gibt es zwar Ausnahmen – etwa dann, wenn die Einrichtung

notwendig ist, um den Motor vor Beschädigung oder Unfall zu schützen und den sicheren Betrieb des Fahrzeugs zu gewährleisten. Diese Ausnahme ist aber eng auszulegen. Der EuGH hat entschieden, dass eine Abschaltvorrichtung, die unter normalen Betriebsbedingungen den überwiegenden Teil des Jahres funktionieren müsste, damit der Motor vor Beschädigung oder Unfall geschützt und der sichere Betrieb des Fahrzeugs gewährleistet wäre, offensichtlich dem mit der Verordnung Nr. 715/2007 verfolgten Ziel, von dem diese Bestimmung nur unter ganz besonderen Umständen eine Abweichung zulässt, zuwiderlaufen und zu einer unverhältnismäßigen Beeinträchtigung des Grundsatzes der Begrenzung der NOx-Emissionen von Fahrzeugen führen würde (vgl. EuGH, Urteil vom 08.11.2022 – C-873/19 –, Rn. 86 ff.). Temperaturen unter  $-5\text{ °C}$  sind aber in vielen Mitgliedsländern der Europäischen Union so häufig (auf Durchschnittswerte für das gesamte Unionsgebiet kommt es dabei nach Auffassung des Senats nicht an), dass die Abschaltvorrichtung selbst dann nicht als zulässig bewertet werden könnte, wenn sie unter dem Aspekt des Motorschutzes erforderlich sein sollte.

In der Rechtsprechung verschiedener Gerichte (vgl. z.B. OLG Stuttgart, Urte. v. 21.11.2024 – 24 U 2106/22, BeckRS 2024, 34143 Rn. 86, beck-online), der der Senat folgt, ist ein Thermoventil nur dann für zulässig gehalten worden, wenn die Abgasrückführung jedenfalls in einem Bereich zwischen  $-15\text{ °C}$  und  $40\text{ °C}$  uneingeschränkt funktioniert. Für ein Fahrzeug mit einer EG-Typgenehmigung gehören zu den Bedingungen, die bei normalem Fahrzeugbetrieb vernünftigerweise zu erwarten sind, die Bedingungen einer Fahrt in Griechenland, Portugal oder Spanien in den Sommermonaten ebenso wie die einer Fahrt in Finnland, Estland oder Schweden in den Wintermonaten. Dabei kommen regelmäßig Temperaturen von bis zu  $-15\text{ °C}$  im unteren und bis zu  $40\text{ °C}$  im oberen Bereich vor (vgl. VG Schleswig, Urteil vom 20.02.2023 – 3 A 113/18 –, NVwZ 2023, 851, zitiert nach juris, Rn. 275; OLG Oldenburg, Urteil vom 09.01.2024 –, 13 U 131/21 –, BeckRS 2024, 643, Rn. 18; OLG Stuttgart, Urteil vom 11.1.2024 – 24 U 241/22 –, Rn. 7, juris; OLG Frankfurt, Urteil vom 29.11.2023 – 19 U 185/22 –, Rn. 14, juris; vgl. auch OLG Schleswig, Urteil vom 08.12.2023 – 1 U 105/20 –, Rn. 91, juris).

b)

Das (fahrlässige) Verschulden der Beklagten im Rahmen des § 823 Abs. 2 BGB in Bezug auf die Schutzgesetzverletzung wird vermutet. Auf einen unvermeidbaren Verbotsirrtum kann sich die Beklagte nicht berufen.

Die Darlegung eines unvermeidbaren Verbotsirrtums setzt in einer ersten Stufe, ohne dass es bereits um die Vermeidbarkeit geht, voraus, dass überhaupt ein Irrtum vorliegt. Dazu muss vorgetragen werden, dass sich sämtliche der verfassungsmäßig berufenen Vertreter der Beklagten i.S.v. § 31 BGB über die Rechtmäßigkeit des Thermoventils mit allen für die Prüfung

nach Art. 5 Abs. 2 VO (EG) 715/2007 bedeutsamen Einzelheiten zum Zeitpunkt des Verkaufs und Inverkehrbringens des Fahrzeugs im Irrtum befanden oder im Falle einer Ressortaufteilung den damit verbundenen Pflichten genügten (vgl. BGH, Urteil vom 25.09.2023 – VIa ZR 1/23 –, Rn. 14; BGH, Urteil vom 23.01.2024 – VIa ZR 1284/22 –, Rn. 16, jeweils zitiert nach juris). Erst in einer zweiten Stufe, also erst im Anschluss an die Darlegung und den Nachweis dieser Umstände, könnte von Bedeutung sein, ob eine festgestellte Abschaltvorrichtung entweder in all ihren für die Bewertung nach Art. 5 Abs. 2 der Verordnung (EG) 715/2007 maßgebenden Einzelheiten von der damit befassten nationalen Behörde genehmigt war oder genehmigt worden wäre (vgl. BGH, Urteil vom 25.09.2023, VIa ZR 1/23 –, Rn. 15; BGH, Urteil vom 23.01.2024 – VIa ZR 1284/22 –, Rn. 17, jeweils zitiert nach juris).

Hier fehlt es schon an einer hinreichenden Darlegung in der ersten Stufe. Die Beklagte hat nicht zu einem Irrtum aller ihrer Vorstandsmitglieder vorgetragen.

c)

Zur Erwerbskausalität kann sich der Kläger auf den Erfahrungssatz stützen, dass er den Kaufvertrag zu diesem Kaufpreis nicht geschlossen hätte (BGH, Urteil vom 26.06.2023 – VIa ZR 335/21 –, Rn. 55). Die Beklagte hat auch nicht ihr Verhalten vor dem Abschluss des konkreten Fahrzeugkaufs am 11.06.2016 dahin geändert, dass sie die Ausrüstung von Fahrzeugen mit Motoren einer dem hier erworbenen Fahrzeug entsprechenden Baureihe mit einer unzulässigen Abschaltvorrichtung in einer Art und Weise bekannt gegeben hat, die einem objektiven Dritten die mit dem Kauf eines solchen Kraftfahrzeugs verbundenen Risiken verdeutlicht hätte. Durch eine solche Verhaltensänderung hätte die Anwendung des Erfahrungssatzes in Frage gestellt werden können (BGH, a.a.O., Rn. 57). Die insoweit darlegungs- und beweisbelastete Beklagte hat insoweit nichts Konkretes vorgetragen. In ihrer Berufungserwiderung (auf S. 4) behauptet sie einen konkreten Hinweis an den Kläger auf „die mit dem Kauf verbundenen Risiken“, ohne dies näher auszuführen.

d)

Der Kläger kann von der Beklagten einen Differenzschaden in Höhe von 3.280,00 € beanspruchen. Im Rahmen der Vorteilsausgleichung sind hiervon keine Abzüge vorzunehmen.

aa)

Der Senat schätzt den Differenzschaden gemäß § 287 Abs. 1 ZPO vorliegend auf 3.280,00 €. Dies entspricht 10 % des Kaufpreises (zur unionsrechtlichen Beschränkung des Schätzungs-ermessens auf eine Bandbreite zwischen 5 % und 15 % vgl. BGH, Urteil vom 26.06.2023 – VIa ZR 335/21 –, Rn. 73, juris).

Beim Differenzschadensersatz sind im Rahmen der Vorteilsausgleichung die Nutzungsvorteile und der Restwert des Fahrzeuges erst dann und nur insoweit schadensmindernd anzurechnen, als sie den Wert des Fahrzeugs bei Abschluss des Kaufvertrages (gezahlter Kaufpreis abzüglich Differenzschaden) übersteigen (BGH, Urteil vom 26.06.2023 – VIa ZR 335/21 –, Rn. 80; BGH, Urteil vom 24.07.2023 – VIa ZR 752/22 –, Rn. 12). Die Vorteilsausgleichung kann der Gewährung auch eines Schadensersatzes aus § 823 Abs. 2 BGB entgegenstehen, wenn der Differenzschaden vollständig ausgeglichen ist (BGH, Urteil vom 26.06.2023 – VIa ZR 335/21 –, Rn. 80; OLG München, Urteil vom 13.03.2024 – 7 U 5702/21 –, Rn. 66, jeweils zitiert nach juris). Maßgeblicher Zeitpunkt für die Bewertung der anzurechnenden Vorteile ist – anders als bei der Ermittlung des Schadens als solchem – grundsätzlich der Zeitpunkt der letzten mündlichen Verhandlung in der Tatsacheninstanz, hier der letzten mündlichen Verhandlung in der Berufungsinstanz (vgl. BGH, Urteil vom 25.05.2020 – VI ZR 252/19 –, Rn. 57; BGH, Urteil vom 24.01.2022 – VIa ZR 100/21 –, Rn. 23; OLG Karlsruhe, Urteil vom 21.06.2024 – 25 U 35/22 –, Rn. 120, jeweils zitiert nach juris).

bb)

Die Vorteilsausgleichung führt vorliegend zu keinen Abzügen vom Anspruch auf Ersatz des Differenzschadens.

Die Summe aus der Nutzungsentschädigung (9.058,49 €) und dem Restwert (19.000,00 €) von 28.058,49 € liegt sowohl unter dem Kaufpreis von 32.799,99 € als auch unter dem Fahrzeugwert bei Abschluss des Kaufvertrags von 29.519,99 € (Kaufpreis 32.799,99 € – Differenzschaden 3.280,00 €).

(1)

Die Nutzungsentschädigung berechnet sich aus dem Produkt von Kaufpreis und den seit dem Kauf gefahrenen Kilometern, geteilt durch die Restlaufleistung des Fahrzeugs.

Die seit dem Kauf zum Preis von 32.799,99 € gefahrenen Kilometer schätzt das Gericht zum Zeitpunkt des Schlusses der mündlichen Verhandlung gemäß § 287 ZPO auf 77.536 km. Dies beruht auf folgender Berechnung: Der letzte unstreitige Tachostand des Klägerfahrzeugs stammt vom 22.11.2024; er betrug seinerzeit 94.422 km. Vom Erwerb des Fahrzeugs am 11.06.2016 mit einem Kilometerstand von 19.249 km bis zum 22.11.2024 – dies ist ein Zeitraum von insgesamt 3086 Tagen – ist das Fahrzeug damit also (94.422 km – 19.249 km =) 75.173 km gefahren. Legt man die sich daraus ergebende durchschnittliche tägliche Nutzung auch für den nachfolgenden Zeitraum zwischen dem 22.11.2024 und dem Tag der letzten mündlichen Verhandlung am

27.02.2025 an – dies sind 97 Tage –, ergibt sich eine Fahrleistung von weiteren 2.363 km (bei einem Tachostand von dann 96.785 km). Insgesamt sind dann vom Kläger mit dem Fahrzeug seit dem Kauf 77.536 km gefahren worden.

Die Restlaufleistung des Fahrzeugs beim Kauf betrug 280.751 km. Für die Ermittlung der Restlaufleistung sind von der zu erwartenden Gesamtlauflistung eines Fahrzeugs die beim Kauf bereits gefahrenen Kilometer abzuziehen. Für die Ermittlung der Gesamtlauflistung legt der Senat regelmäßig einen Wert von 300.000 km zugrunde (wie z.B. auch das OLG München, Urteil vom 13.03.2024 – 7 U 5702/21 –, Rn. 67, juris). Zum Erwerbszeitpunkt war das streitgegenständliche Fahrzeug bereits 19.249 km gelaufen. 300.000 km Gesamtlauflistung abzüglich 19.249 km bereits gefahrene Kilometer ergeben 280.751 km Restlaufleistung.

Für die Nutzungsentschädigung folgt daraus diese Berechnung:

$$\frac{\text{Kaufpreis } 32.799,99 \text{ €} \times \text{seit Kauf gefahrene } 77.536 \text{ km}}{280.751 \text{ km Restlaufleistung}} = 9.058,49 \text{ €}$$

(2)

Die Höhe des Restwerts des Fahrzeugs schätzt der Senat gemäß § 287 ZPO auf 19.000,00 €.

Der Restwert des Fahrzeugs ist im Wege der Vorteilsausgleichung ohne Rücksicht darauf anzurechnen, ob er durch eine Weiterveräußerung realisiert worden ist (BGH, Urteil vom 27.11.2023 – VIa ZR 159/22 –, Rn. 13; BGH, Urteil vom 26.06.2023 – VIa ZR 335/21 –, Rn. 80; BGH, Urteil vom 24.07.2023 – VIa ZR 752/22 –, Rn. 12, jeweils zitiert nach juris).

Die Schätzung nach § 287 Abs. 1 ZPO erfolgt unter Würdigung aller Umstände. Als Schätzgrundlage sind die Angaben der Parteien, aber auch aktuelle Verkaufspreise auf Verkaufsportalen im Internet oder die Schwacke-Liste geeignet (OLG Schleswig, Urteil vom 13.06.2024 – 6 U 77/21 –, Rn. 67; OLG Schleswig, Urteil vom 10.10.2023 – 7 U 100/22 – Rn. 93; OLG Dresden, Urteil vom 22.08.2023 – 4 U 1656/22 –, Rn. 32; OLG Hamm, Urteil vom 13.09.2023 – I-30 U 81/21 –, Rn. 148; OLG Celle, Beschluss vom 16.10.2023 – 7 U 346/22 –, Rn. 92; OLG Frankfurt, Urteil vom 20.09.2023 – 3 U 8/23 –, Rn. 33, jeweils zitiert nach juris).

Der Kläger hat zuletzt unter Verweis auf eine als Screenshot dargestellte DAT-Abfrage einen Restwert von durchschnittlich 14.300,00 € vorgetragen. Die Beklagte war in ihrer Berufungserwiderung vom 15.11.2023 zunächst von einem Restwert von 22.000,00 € ausgegangen und hatte dazu als Anlage BK 4 Auszüge aus Gebrauchtwagenbörsen vorgelegt. Zuletzt hat sie den Restwert mit 22.500,00 € angegeben.

Der Senat hält die DAT-Abfrage des Klägers für die Wertermittlung für nicht hinreichend aussagekräftig. Es handelt sich ausweislich des Screenshots um eine „vorläufige Wertindikation“ mit dem ausdrücklichen Hinweis, dass sich der Preis durch individuelle Ausstattungsmerkmale um bis zu 30 % erhöhe, eine detailliertere Bewertung aber durch ein Gutachten erfolgen könne. Eine eigene Recherche des Senats auf verschiedenen Gebrauchtwagenplattformen hat unter vergleichbaren Fahrzeugen einen durchschnittlichen Wert von etwa 19.000,00 € ergeben, den der Senat deshalb zugrunde legt. Selbst bei einem um noch rund 1.400,00 € höheren durchschnittlichen Restwert ergäbe sich im Ergebnis kein Abzug vom Differenzschaden.

2.

Der Anspruch auf Prozesszinsen für den Anspruch auf Differenzschadensersatz beruht auf §§ 291, 288 Abs. 1 BGB i.V.m. § 187 Abs. 1 BGB.

Zinsen können erst ab dem 07.11.2023 verlangt werden, dem Tag nach der Zustellung des klägerischen Schriftsatzes vom 01.11.2023 bei der Beklagten. Erstmals mit diesem Schriftsatz hat sich der Kläger ausdrücklich auf die Differenzschadensberechnung berufen. Erst dadurch wird insoweit ein Anspruch auf Verzinsung nach § 291 BGB ausgelöst (vgl. OLG Stuttgart, Urteil vom 22.02.2024 – 24 U 254/21 –, Rn. 153 ff., unter Hinweis auf BGH, Urteil vom 28.07.2016 – I ZR 252/15 –, Rn. 22; OLG Celle, Urteil vom 22.11.2023 – 7 U 40/23 –, Rn. 77, jeweils zitiert nach juris; OLG Frankfurt a. M., Urteil vom 17.11.2023 – 4 U 192/22 –, Rn. 97, zitiert nach beck-online).

Soweit die Gegenansicht, die Zinsen bereits ab dem Tag nach Zustellung der ursprünglichen Klage (auch wenn dort noch kein Differenzschaden geltend gemacht worden war) zuspricht, darauf abstellt, dass der Übergang von großem auf Differenzschadensersatz keine Änderung des Klagegrundes sei (vgl. etwa OLG München, Urteil vom 12.09.2024 – 23 U 6607/20 –, Rn. 124; OLG München, Urteil vom 10.11.2023 – 36 U 2864/22 –, Rn. 77; OLG Karlsruhe, Urteil vom 15.09.2023 – 8 U 383/21 –, Rn. 98; OLG Karlsruhe, Urteil vom 03.11.2023 – 8 U 104/21 –, Rn. 79; OLG Schleswig, Urteil vom 02.01.2024 – 7 U 57/23 –, Rn. 57, jeweils zitiert nach juris), folgt der Senat dem nicht. Es ist zwar richtig, dass der Übergang vom „großen Schadensersatz“ zum Differenzschaden nicht zu einer Änderung des Klagegrundes führt (vgl. BGH, Urteil vom 23.04.2024 – VIa ZR 1132/22 –, Rn. 14, juris). Das ändert aber nichts daran, dass von einem Antrag auf einen anderen Antrag übergegangen wird und dass den Anträgen unterschiedliche Methoden der Schadensberechnung zugrunde liegen (BGH, a.a.O.). Der Differenzschaden muss ggf. „dargelegt“ werden (wozu der Klagepartei ggf. Gelegenheit gegeben werden muss) (BGH, a.a.O., Rn. 12). Wenn aber die Berechnung des hilfsweise geltend gemachten

Differenzschadensersatzanspruchs erst in dem Schriftsatz erfolgt, mit dem dieser Differenzschaden erstmals (hilfsweise) geltend gemacht wird, und erst dann von der Beklagten nachvollzogen werden kann (während der ursprünglich mit der Klage geltend gemachte „große“ Schadensersatzanspruch nie begründet war), kann der Zinsanspruch erst nach Zustellung des Hilfsantrages beginnen. Auch in dem Fall, der der Entscheidung des BGH vom 28.07.2016 (I ZR 252/15) zugrunde lag, wurde beim Übergang einer Klage von (vereinbarter) Fracht auf Fautfracht keine Klagänderung angenommen (BGH, a.a.O., Rn. 11, juris), trotzdem wurden Zinsen erst ab Zustellung des Schriftsatzes zugesprochen, mit dem Fautfracht geltend gemacht worden ist (a.a.O., Rn. 22, juris).

3.

Ein Anspruch auf vorgerichtliche Rechtsanwaltskosten besteht nicht.

Ein Ersatzanspruch käme insoweit nur aus §§ 280 Abs. 1 und 2, 286 BGB wegen des Verzugs der Beklagten mit dem Ersatz des Differenzschadens in Betracht oder bei einer Haftung der Beklagten auch nach §§ 826, 31 BGB (BGH, Urteil vom 16.10.2023 – VIa ZR 14/22 –, Rn. 13).

a)

Allein auf der Grundlage des § 823 Abs. 2 BGB in Verbindung mit § 6 Abs.1, § 27 Abs.1 EG-FGV kann eine Erstattung vorgerichtlicher Rechtsanwaltskosten als Verzugsschaden nicht verlangt werden. In Bezug auf den Differenzschaden fehlt es an einem kausalen Schaden im Verzugszeitraum. Der Kläger hatte seine Prozessbevollmächtigten bereits beauftragt, bevor er im Laufe des Berufungsverfahrens mit Schriftsatz vom 01.11.2023 erstmals den Differenzschaden verlangt hat.

b)

Auch aus §§ 826, 31 BGB können die vorgerichtlichen Rechtsanwaltskosten nicht beansprucht werden. Zwar ist insoweit der Hauptanspruch vom Kläger inzwischen zurückgenommen worden. Wegen des Festhaltens an dem Anspruch auf vorgerichtliche Rechtsanwaltskosten ist er an dieser Stelle dennoch zu prüfen. Ein Anspruch scheidet daran, dass kein sittenwidriges Verhalten der Beklagten vorliegt.

aa)

Sittenwidrig ist ein Verhalten, das nach seinem Gesamtcharakter, der durch umfassende Würdigung von Inhalt, Beweggrund und Zweck zu ermitteln ist, gegen das Anstandsgefühl aller billig und gerecht Denkenden verstößt, wofür es im Allgemeinen nicht genügt, dass der Handelnde eine Pflicht verletzt und einen Vermögensschaden hervorruft, sondern vielmehr eine besondere Verwerflichkeit seines Verhaltens hinzutreten muss, die sich aus dem verfolgten Ziel,

den eingesetzten Mitteln, der zutage getretenen Gesinnung oder den eingetretenen Folgen ergeben kann; schon zur Feststellung der objektiven Sittenwidrigkeit kann es daher auf Kenntnisse, Absichten und Beweggründe des Handelnden ankommen, die die Bewertung seines Verhaltens als verwerflich rechtfertigen, wobei die Verwerflichkeit sich auch aus einer bewussten Täuschung ergeben kann und es insbesondere bei mittelbaren Schädigungen ferner darauf ankommt, dass den Schädiger das Unwerturteil, sittenwidrig gehandelt zu haben, gerade auch in Bezug auf die Schäden desjenigen trifft, der Ansprüche aus § 826 BGB geltend macht (ständige Rechtsprechung des BGH, vgl. nur BGH, Urteil vom 13.07.2021 – VI ZR 128/20 –, Rn. 11; BGH, Beschluss vom 09.03.2021 – VI ZR 889/20 –, Rn. 12; BGH, Beschluss vom 19.01.2021 – VI ZR 433/19 –, Rn. 14, jeweils zitiert nach juris).

Dabei ist der im Vorhandensein einer unzulässigen Abschaltvorrichtung liegende Gesetzesverstoß für sich genommen nicht geeignet, den Einsatz der Steuerungssoftware durch die für die Beklagte handelnden Personen als besonders verwerflich erscheinen zu lassen. Hierfür bedarf es vielmehr weiterer Umstände, für die der Kläger nach den allgemeinen Grundsätzen als Anspruchsteller die Darlegungs- und Beweislast trägt (vgl. BGH, Urteil vom 20.07.2021 – VI ZR 1154/20 –, Rn. 13, juris).

bb)

Nach diesen Maßstäben ist Sittenwidrigkeit im vorliegenden Fall in Bezug auf die behaupteten Abschaltvorrichtungen (Thermofenster, Kühlmittelsolltemperaturregelung (KSR) und SCR-System) zu verneinen.

(1)

Aus dem „Thermofenster“ ergibt sich keine Sittenwidrigkeit.

Jedenfalls reicht eine solche temperaturabhängige Steuerung des Emissionskontrollsystems, durch die die Abgasrückführung bei bestimmten Temperaturen reduziert und letztlich ganz abgeschaltet wird, für sich genommen nicht aus, um dem Verhalten der für die Beklagte handelnden Personen ein sittenwidriges Gepräge zu geben. Der Senat geht zwar davon aus, dass eine derartige temperaturbeeinflusste Steuerung der Abgasrückführung als unzulässige Abschaltvorrichtung im Sinne von Art. 5 Abs. 2 Satz 1 der Verordnung (EG) 715/2007 zu qualifizieren ist. Der darin liegende Gesetzesverstoß wäre aber auch unter Berücksichtigung einer damit einhergehenden Gewinnerzielungsabsicht der Beklagten für sich genommen nicht geeignet, den Einsatz dieser Steuerungssoftware durch die für die Beklagte handelnden Personen als besonders verwerflich erscheinen zu lassen. Hierfür bedürfte es vielmehr weiterer Umstände (vgl. BGH, Beschluss vom 19.01.2021 – VI ZR 433/19 –, Rn. 16; BGH, Urteil vom

24.03.2022 – III ZR 270/20 –, Rn. 15, jeweils zitiert nach juris).

Die Tatsache, dass eine Manipulationssoftware ausschließlich im Prüfstand die Abgasreinigung verstärkt aktiviert, indiziert zwar eine arglistige Täuschung der Genehmigungsbehörden und kann damit die Kriterien einer sittenwidrigen vorsätzlichen Schädigung erfüllen (vgl. BGH, Beschluss vom 19.01.2021 – VI ZR 433/19 –, Rn. 17; BGH, Beschluss vom 29.09.2021 – VII ZR 126/21 –, Rn. 18; BGH, Urteil vom 16.09.2021 – VII ZR 286/20 –, Rn. 19, jeweils zitiert nach juris). Der insoweit darlegungs- und beweisbelastete Kläger hat allerdings nicht substantiiert dargelegt, dass hier eine Prüfstandserkennung programmiert worden ist. Vielmehr unterscheidet die im streitgegenständlichen Fahrzeug eingesetzte temperaturbeeinflusste Steuerung der Abgasrückführung nicht danach, ob sich das Fahrzeug auf dem Prüfstand oder im normalen Fahrbetrieb befindet, sondern arbeitet in beiden Fahrsituationen im Grundsatz in gleicher Weise (vgl. BGH, Beschluss vom 19.01.2021 – VI ZR 433/19 –, Rn. 18; BGH, Urteil vom 16.09.2021 – VII ZR 286/20 –, Rn. 19 und 24; BGH, Urteil vom 16.09.2021 – VII ZR 90/20 –, Rn. 24). Unter den für den Prüfzyklus maßgebenden Bedingungen (Umgebungstemperatur, Luftfeuchtigkeit, Geschwindigkeit, Widerstand, etc.) entspricht bei der temperaturabhängigen Steuerung der Abgasrückführung die Rate der Abgasrückführung im normalen Fahrbetrieb derjenigen auf dem Prüfstand (vgl. BGH, Urteil vom 19.01.2021 – VI ZR 433/19 –, Rn. 18, juris).

Auch eine etwaig unterbliebene Offenlegung der genauen Wirkungsweise einer Funktion gegenüber dem KBA würde zur Begründung eines sittenwidrigen Verhaltens nicht ausreichen (BGH, Beschluss vom 13.10.2021 – VII ZR 179/21 –, Rn. 17; BGH, Beschluss vom 12.01.2022 – VII ZR 424/21 –, Rn. 28; BGH, Beschluss vom 10.11.2021 – VII ZR 415/21 –, Rn. 34; BGH, Beschluss vom 15.09.2021 – VII ZR 165/21 –, Rn. 21, jeweils zitiert nach juris). Selbst wenn die Beklagte im Typgenehmigungsverfahren – erforderliche – Angaben zu den Einzelheiten der Abschalteneinrichtung unterlassen haben sollte, wäre die Typgenehmigungsbehörde nach dem Amtsermittlungsgrundsatz gemäß § 24 Abs. 1 S. 1 und 2 VwVfG gehalten gewesen, diese zu erfragen, um sich in die Lage zu versetzen, die Zulässigkeit der Abschalteneinrichtung im streitgegenständlichen Fahrzeug zu prüfen (vgl. BGH, Beschluss vom 15.09.2021 – VII ZR 165/21 –, Rn. 21, juris).

(2)

Auch in Bezug auf die im Fahrzeug des Klägers verbaute Kühlmittelsolltemperaturregelung (KSR) – diese stand nicht im Mittelpunkt der Berufung – ist eine Sittenwidrigkeit zu verneinen.

Die KSR hat dazu geführt, dass während des Motorwarmlaufs unter bestimmten Betriebsumständen die Sollwerttemperatur für das Kühlmittelthermostat von 100 °C auf 70 °C abgesenkt

worden ist. Dies hat ein früheres Öffnen des Kühlmittelthermostats durch dessen elektrische Beheizung bewirkt, so dass der Kühlmittelstrom zum Fahrzeugkühler geleitet worden ist. In der Folge ist die Erwärmung des Kühlmittels verzögert worden, wodurch die Erwärmung des Gesamtsystems langsamer verlaufen ist. Hierdurch sind höhere AGR-Raten länger möglich geblieben (vgl. die Darstellung im Schriftsatz der Beklagten vom 15.11.2023, dort Seiten 13 ff.).

Auch insoweit kann offenbleiben, ob es sich dabei um eine unzulässige Abschaltvorrichtung gehandelt hat und ob diese durch ein Update vollständig entfernt worden ist. Jedenfalls hat die Beklagte vorgetragen, dass die KSR im streitgegenständlichen Fahrzeug für die Einhaltung der NOx-Grenzwerte im NEFZ nicht ausschlaggebend gewesen sei und die gesetzlichen Grenzwerte selbst dann eingehalten worden wären, wenn die KSR vollständig und ersatzlos deaktiviert worden wäre (vgl. Seite 19 des Schriftsatzes vom 15.11.2023). Dies ist vom Kläger nicht bestritten worden. Im Falle der fehlenden Grenzwertkausalität bestehen keine Anhaltspunkte für eine Täuschung der Genehmigungsbehörde mit dem Ziel, die EG-Typgenehmigung zu erhalten. Dann fehlt es aber auch an einem „besonderen Umstand“, der das Verhalten des Fahrzeugherstellers als besonders verwerflich erscheinen lassen würde (vgl. BGH, Urteil vom 06.11.2023 – VIa ZR 535/21 –, Rn. 10 f., juris).

(3)

Schließlich wird auch im Zusammenhang mit der Funktionalität des SCR-Systems nicht der Beweis eines sittenwidrigen Handelns geführt.

Bei einer die Abgasreinigung (Abgasrückführung und Abgasnachbehandlung) beeinflussenden Motorsteuerungssoftware, wie einem Thermofenster oder der Steuerung des SCR-Katalysators mittels unterschiedlicher Betriebsarten, die vom Grundsatz her im normalen Fahrbetrieb in gleicher Weise arbeitet wie auf dem Prüfstand und bei der Gesichtspunkte des Motor- sowie des Bauteilschutzes als Rechtfertigung ernsthaft angeführt werden können, kann bei Fehlen jedweder konkreter Anhaltspunkte nicht ohne weiteres unterstellt werden, dass die Handelnden bzw. Verantwortlichen bei der Beklagten in dem Bewusstsein gehandelt haben, möglicherweise eine unzulässige Abschaltvorrichtung zu verwenden. Vielmehr muss in dieser Situation, selbst wenn von objektiv unzulässigen Abschaltvorrichtungen auszugehen sein sollte, eine möglicherweise unzutreffende, aber dennoch vertretbare Gesetzesauslegung und -anwendung durch die Organe der Beklagten in Betracht gezogen werden (OLG Naumburg, Urteil vom 07.07.2021 – 5 U 41/21 –, Rn. 58, zitiert nach beck-online). Eine Sittenwidrigkeit kommt daher hinsichtlich der Steuerung des SCR-Katalysators mittels mehrerer Betriebsarten nur in Betracht, wenn über die bloße Kenntnis von der Verwendung einer Software mit der für dieselbe charakteristischen

Funktionsweise in Motoren von Kraftfahrzeugen hinaus zugleich auch Anhaltspunkte dafür erkennbar wären, dass das Handeln der Beklagten von dem Bewusstsein getragen war, hierdurch möglicherweise gegen gesetzliche Regelungen zu verstoßen, und sie diesen Gesetzesverstoß billigend in Kauf genommen hätte (BGH, Beschluss vom 09.03.2021 – VI ZR 889/20 –, Rn. 28, juris). Dies lässt sich hier nicht feststellen.

Die vom KBA bei manchen SCR-Systemen beanstandete Wirksamkeitsreduktion betrifft nicht das streitgegenständliche Fahrzeug (Berufungserwiderung, S. 25). Die Ausführungen der Klägerin (zuletzt im Schriftsatz vom 12.02.2025, S. 8), technische Unzulänglichkeiten beim SCR-System – die im Übrigen streitig sind – hätten leicht vermieden werden können, weshalb auf einen bewussten Verzicht hiervon geschlossen werden könne, was wiederum eine sittenwidrige Motivation indiziere, sind lediglich Vermutungen ohne hinreichende Substanz.

### III.

Die Kostenentscheidung beruht auf § 92 Abs. 1 ZPO, die Entscheidung über die vorläufige Vollstreckbarkeit auf §§ 708 Nr. 10 S. 1, 711 S. 1, 713 ZPO.

### IV.

Der Streitwert für das Berufungsverfahren ergibt sich aus dem ursprünglich mit der Berufungsbegründung vom 18.11.2022 noch geltend gemachten Schadensersatzbetrag in Höhe von 28.993,22 €.

### V.

Die Revision an den Bundesgerichtshof ist nicht zuzulassen, da der Rechtssache weder grundsätzliche Bedeutung beizumessen ist (§ 543 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 ZPO), noch die Fortbildung des Rechts oder die Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung eine Entscheidung des Revisionsgerichts erfordert (§ 543 Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 ZPO).

Dr. Buchholz  
Vorsitzender Richter  
am Oberlandesgericht

Agger  
Richterin  
am Oberlandesgericht

Dr. Hagge  
Richter  
am Oberlandesgericht



Für die Richtigkeit der Abschrift  
Hamburg, 27.03.2025

██████ JAng  
Urkundsbeamtin der Geschäftsstelle

Dokument unterschrieben  
von: [REDACTED] Justiz der Freien und  
Hansestadt Hamburg  
am: 27.03.2025 11:04

