

POSTEINGANG A N D E S **22.05.2024** S E N A T **4** L D E N B U R G

NZB EINLEGUNG

FRIST 24.06.2024 VORFRIST ----

NZB BEGRÜNDUNG

FRIST 22.07.2024 VORFRIST

Oberlandesgericht, [REDACTED]

Geschäftsnummer:

12 U 223/21

Bitte stets angeben!

Az. der Vorinstanz:

3 O 1848/21 LG Oldenburg

[REDACTED], 22. Mai

Dienstgebäude:

Anwaltsbüro
Gansel Rechtsanwälte

[REDACTED]

Nachbriefkasten: [REDACTED]
a Vermittlung: **0441 220-0**
= Durchwahl: 0441 220-1153
Telefax: 0441 220-1155

E-Mail: **olgo-**
poststelle@justiz.niedersachsen.de
Internet: **www.olg-oldenburg.de**

Ihr Zeichen:

Sehr geehrte Damen und Herren,

in dem Rechtsstreit

[REDACTED] **gegen Mercedes-Benz Group AG**

erhalten Sie anliegende Abschrift(en) mit der Bitte um Kenntnisnahme.

Mit freundlichen Grüßen

Die Geschäftsstelle

Hinweise zum Datenschutz:

www.oberlandesgericht-oldenburg.niedersachsen.de (Wir über uns/Datenschutz)

Wenn Sie über keinen Internetzugang verfügen, stellen wir Ihnen die Hinweise auch in Papierform zur Verfügung.

Bankverbindung:

Oberlandesgericht Oldenburg

IBAN: DE4625050000106024243

Papierform: DE46 2505 0000 0106 0242 43

BIC: NOLADE2HXXX ()
Bank:

-Beglaubigte Abschrift-

OBERLANDESGERICHT OLDENBURG



IM NAMEN DES VOLKES

URTEIL

12 U 223/21
3 O 1848/21 Landgericht Oldenburg

Verkündet am 21. Mai 2024
[REDACTED], Justizsekretärin als
Urkundsbeamtin der Geschäftsstelle

In dem Rechtsstreit

[REDACTED], [REDACTED], [REDACTED],

Kläger und Berufungskläger,

Prozessbevollmächtigte:

Rechtsanwälte der [REDACTED], [REDACTED], 10179
[REDACTED],

gegen

Mercedes-Benz Group AG, vertreten durch den Vorstand [REDACTED] u.a.,
[REDACTED],

Beklagte und Berufungsbeklagte,

Prozessbevollmächtigte:

1. Rechtsanwälte der [REDACTED],
[REDACTED],

Geschäftszeichen: 053153-4726

2. Rechtsanwälte der [REDACTED], [REDACTED] /
EMPORIO,
[REDACTED],

Geschäftszeichen: 4366736-4720.GOEDEZE

Dokument unterschrieben
von: [REDACTED]
am: 22.05.2024 06:52

hat der 12. Zivilsenat des Oberlandesgerichts Oldenburg durch die Vorsitzende Richterin am Oberlandesgericht Dr. Fabarius, den Richter am Oberlandesgericht Kolloge und den Richter am Oberlandesgericht Dr. Janke auf die mündliche Verhandlung vom 7. Mai 2024 für Recht erkannt:

Auf die Berufung des Klägers wird das am 17.11.2021 verkündete Urteil der Einzelrichterin der 3. Zivilkammer des Landgerichts Oldenburg geändert:

Die Beklagte wird verurteilt, an den Kläger einen Betrag von 2.935,29 € nebst Zinsen hieraus i.H.v. 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 07.08.2021 zu zahlen. Im Übrigen wird die Klage abgewiesen.

Die weitergehende Berufung wird zurückgewiesen.

Von den Kosten des Rechtsstreits, einschließlich der Kosten des Berufungsverfahrens, tragen der Kläger 92 % und die Beklagte 8 %.

Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar.

Gründe

I.

Der Kläger nimmt die Beklagte als Herstellerin eines von ihm erworbenen PKWs wegen angeblicher Manipulation des Emissionskontrollsystems durch Verwendung unzulässiger Abschaltvorrichtungen auf Schadensersatz in Anspruch.

Streitgegenständlich ist ein Fahrzeug der Marke Mercedes-Benz vom Typ E 350 4-Matic (AMG), welches am 31.03.2017 erstmals zugelassen wurde. Dieses Fahrzeug hatte der Kläger in seiner Eigenschaft als Bauunternehmer von einem Händler am 02.08.2018 als Gebrauchtwagen mit einem Kilometerstand von 14.622 km erworben. Der Kaufpreis betrug 36.870,- € (brutto) bzw. 30.983,19 € (netto), den der Kläger mittels eines Darlehen finanzierte. In dem Fahrzeug ist ein von der Beklagten hergestellter Dieselmotor (190 kW) mit der internen Typbezeichnung OM

642 verbaut, der die Abgasnorm Euro 6 einhalten soll. Die Stickoxidemissionen dieses Motors werden zum einen innermotorisch mithilfe einer Abgasrückführung (AGR) reduziert, deren Umfang von den herrschenden Außentemperaturen abhängig ist („Thermofenster“). Zum anderen erfolgt die Emissionsreduzierung außermotorisch über einen SCR-Katalysator, dessen Betrieb die Zugabe einer Harnstofflösung (AdBlue) als Reagenz benötigt.

Der Kläger hat behauptet, dass in dem Fahrzeug die so genannte Kühlmittel-Solltemperatur-Regelung (KMSTR) zum Einsatz komme, bei der die Aufheizung des Motors verzögert werde. Hierdurch können in der Warmlaufphase des Motors die Stickoxidemissionen ebenfalls niedriger gehalten werden. Diese von ihm auch als „hot restart“ bezeichnete Funktion werde nur dann aktiviert, wenn die Motorsteuerung anhand der Vorkonditionierung des Fahrzeugs für den Prüfstandsbetrieb erkenne, dass es der gesetzlichen Prüfung nach NEFZ unterzogen werde. Er hat ferner behauptet, dass die AGR durch das von der Beklagten verwendete Thermofenster bereits bei Temperaturen unterhalb von 7° C um bis zu 45% reduziert werde. Schließlich habe die Beklagte das On-Board-Diagnosesystem (OBD) derart manipuliert, dass es Überschreitungen des Grenzwertes nicht anzeige.

Der Kläger hat die Ansicht vertreten, dass es sich bei vorgenannten Funktionen um unzulässige Abschaltvorrichtungen handelt und sieht sich durch deren Verwendung in arglistiger Weise getäuscht. Mit seiner Klage hat er zunächst die Erstattung des Bruttokaufpreises von 36.819,68 € Zug um Zug gegen Herausgabe des Fahrzeugs und Abtretung seiner Ansprüche gegen die finanzierende Bank, hilfsweise die Feststellung einer Schadensersatzverpflichtung der Beklagten, ferner die Feststellung des Annahmeverzuges sowie Herkunft des Anspruches aus vorsätzlich unerlaubter Handlung sowie die Freistellung von vorgerichtlichen Rechtsanwaltskosten begehrt.

Die Beklagte hat die Abweisung der Klage beantragt. Sie hat die Verwendung unzulässiger Abschaltvorrichtungen in Abrede genommen, die Aktivlegitimation des Klägers bestritten, da etwaige Ansprüche an die kreditfinanzierende Bank abgetreten worden seien, und die Einrede der Verjährung erhoben.

Mit Urteil vom 17.11.2021 hat das Landgericht Oldenburg die Klage abgewiesen. Die vorgetragenen Abschaltseinrichtungen erfüllten nicht die Kriterien einer vorwiegend sittenwidrigen Schädigung, so dass die Voraussetzungen der einzig in Betracht kommenden Anspruchsgrundlage aus § 826 BGB nicht vorlägen.

Gegen dieses Urteil wendet sich der Kläger mit seiner Berufung, mit der er zunächst sein erstinstanzliches Begehren weiterverfolgte. Er rügt, dass das Landgericht rechtsfehlerhaft die von ihm dargelegten Abschaltseinrichtungen nicht als sittenwidrige Schädigung eingestuft habe. Im weiteren Verlauf des Berufungsverfahrens hat er sein Begehren auf Leistung „kleinen“ bzw. „Differenz-Schadensersatz“ umgestellt und beantragt nunmehr die Zahlung einer in das Ermessen des Gerichts gestellten Entschädigung (mindestens 5.530,50 €) und weiterhin Freistellung von außergerichtlichen Rechtsanwaltskosten.

Von einer weitergehenden Wiedergabe tatsächlicher Feststellung wird abgesehen, da gegen die vorliegende Entscheidung kein Rechtsmittel eröffnet ist (§§ 540 Abs. 2, 313a Abs. 1 ZPO).

II.

Die zulässige Berufung des Klägers ist teilweise begründet. Er kann von der Beklagten die Erstattung eines Differenzschadens i.H.v. 2.935,29 € beanspruchen. Insoweit bedarf das Urteil des Landgerichts, welches Schadensersatzansprüche des Klägers auf Grundlage des streitgegenständlichen Sachverhalts insgesamt verneint hat, einer Abänderung.

1.

Dabei kann offenbleiben, ob die Voraussetzungen eines vom Landgericht mit der angefochtenen Entscheidung verneinten Anspruches aus § 826 BGB erfüllt sind, da der Kläger im Verlauf des Berufungsverfahrens sein Begehren auf die Erstattung des Differenzschadens umgestellt hat. Ersatz eines derartigen Schadens kann der Käufer eines mit einer unzulässigen Abschaltseinrichtung i.S.d. Art. 5 VO (EG) Nr. 715/2007 versehenen Kraftfahrzeugs nach der aktuellen Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs, der sich der Senat anschließt, bereits auf Grundlage von § 823

Abs. 2 BGB i.V.m. §§ 6 Abs. 1 27 Abs. 1 EG-FGV beanspruchen (BGH, Urt. v. 26.06.2023, Az. VIa ZR 335/21, RN 28ff). Anknüpfungspunkt hierfür ist, dass der Hersteller eines mit unzulässigen Abschaltvorrichtungen versehenen Kraftfahrzeuges eine unzutreffende Übereinstimmungsbescheinigung nach Art. 3 Nr. 36 der Richtlinie 2007/46/EG erteilt, da hiermit nicht nur die Übereinstimmung des erworbenen Fahrzeugs mit dem genehmigten Typ bestätigt wird, sondern auch die Erklärung abgegeben wird, dass ein Fahrzeug dieser Baureihe eines nach dieser Richtlinie (2007/46/EG) genehmigten Typs zum Zeitpunkt seiner Herstellung allen Rechtsakten entspricht (EuGH, NJW 2023, 1111, RN 79). Auf die Richtigkeit dieser Aussage darf der individuelle Käufer eines Kraftfahrzeugs, für welches eine entsprechende Übereinstimmungsbescheinigung ausgestellt wurde, vertrauen. Das hiermit verbundene Interesse des Käufers, durch den Abschluss eines Kaufvertrages über ein Kraftfahrzeug nicht wegen eines Verstoßes des Fahrzeugherstellers gegen das europäische Abgasrecht eine Vermögenseinbuße i.  zu erleiden, ist über § 823 Abs. 2 BGB i.V.m. §§ 6 Abs. 1, 27 Abs. 1 EG-FGV nach der gebotenen unionsrechtlichen Lesart geschützt (BGH, a.a.O., RN 32). Eine entsprechende Haftung der Beklagten ist auch im vorliegenden Streitverhältnis zum Kläger begründet.

a) So wies das streitgegenständliche Fahrzeug mit dem unstreitig in der Steuerungselektronik des Emissionskontrollsystems verwendeten „Thermofenster“ eine unzulässige Abschaltvorrichtung auf mit der Folge, dass die Beklagte für dieses von ihr hergestellte Fahrzeug eine unzutreffende Übereinstimmungsbescheinigung gemäß §§ 6 Abs. 1, 27 Abs. 1 EG-FGV ausgestellt hat.

Das „Thermofenster“ bzw. die hiermit bezeichnete temperaturgesteuerte Abgasrückführung (AGR) stellt eine unzulässige Abschaltvorrichtung im Sinn von Art. 3 Nr. 10, 5 Abs. 2 Satz 1 VO (EG) Nr. 715/2007 dar. Die AGR ist von der Beklagten vorliegend unstreitig zum Zwecke der innermotorischen Minimierung von Stickoxidemissionen des von ihr hergestellten Motors eingesetzt worden und damit Bestandteil des Emissionskontrollsystems des streitgegenständlichen Fahrzeugs (vgl. EuGH NJW 2022, 2605 RN 33; NJW 2021, 1216, RN 90). Als solches muss sie unter normalen Betriebsbedingungen, die beim normalen Fahrzeugbetrieb ver-

nünftigerweise zu erwarten sind, uneingeschränkt wirksam sein; andernfalls handelt

es sich um eine Abschaltvorrichtung i.S.v. Art. 3 Nr. 10, Art. 5 Abs. 2 VO (EG) Nr. 715/2007. Diese normalen Betriebsbedingungen umfassen nicht nur die exakten Prüfstandsbedingungen, sondern die tatsächlichen Fahrbedingungen, wie sie im Unionsgebiet üblich sind (vgl. EuGH, NJW 2022, 2605, RN 40), so dass zu ihnen insbesondere der Temperaturbereich gehört, der im Gebiet der Europäischen Union üblicherweise vorkommt (vgl. BGH, a.a.O., RN 50, OLG Stuttgart, Urt. v. 19.10.2023, Az. 24 U 103/22, juris RN 31). Bei den von der Beklagten selber vorgebrachten Werten, wonach das Thermofenster bereits bei Umgebungstemperaturen unterhalb von 10° C eine schrittweise Reduzierung der AGR bewirke (Seite 27 des Schriftsatzes vom 01.10.2021), handelt es sich um Betriebsbedingungen, wie sie im Unionsgebiet üblich sind (vgl. OLG Stuttgart, a.a.O.; VG Schleswig, Urt. v. 20.02.2023, Az. 3 A 113/18, juris RN 274).

Das von der Beklagten verwendete Thermofenster ist auch nicht ausnahmsweise nach Art. 5 Abs. 2 Satz 1 VO (EG) Nr. 715/2007 zulässig. Entsprechende Ausnahmetatbestände nach dieser Norm lassen sich anhand des Vorbringens der hierfür darlegungs- und beweisbelasteten Beklagten (vgl. dazu BGH, a.a.O., RN 54) nicht feststellen. Der insoweit von der Beklagten angeführte Motorschutzgedanke trägt nicht. Vielmehr ist der Ausnahmetatbestand des Art. 5 Abs. 2 a VO (EG) Nr. 715/2007 eng auszulegen. Er greift nur, wenn die Abschaltvorrichtung erforderlich ist, um den Motor vor plötzlichen und außergewöhnlichen Schäden in Form einer unmittelbaren Beschädigung oder eines Unfalles zu schützen (EuGH, NJW 2022, 2605, RN 53). Bloße Verschmutzungen, Ablagerungen oder ein Verschleiß des Motors, sowie die hieraus resultierenden mittelbaren Gefahren können nicht als „Beschädigung“ oder „Unfall“ in diesem Sinn angesehen werden, da sie im Prinzip vorhersehbar und der normalen Funktionsweise des Fahrzeugs inhärent sind (EuGH, a.a.O., RN 54).

b) Indem die Beklagte für das streitgegenständliche Fahrzeug eine Übereinstimmungsbescheinigung ausstellte, obwohl dieses mit einer unzulässigen Abschaltvorrichtung ausgestattet war und damit den zum Zeitpunkt seiner Herstellung gültigen Rechtsakten nicht entsprach, verstieß sie gegen die Anforderungen von §§ 6 Abs. 1, 27 Abs. 1 EG-FGV. Insoweit handelte sie auch schuldhaft. Für die hiermit verbundene Haftung aus § 823 Abs. 2 BGB reicht ein fahrlässiger Verstoß (vgl. BGH,

c) a.a.O., RN 38), der in Anbetracht der objektiven Verletzung eines Schutzgesetzes vermutet wird (vgl. BGH, a.a.O., RN 59 m.w.N.).

d) Zu ihrer Entlastung beruft sich die Beklagte darauf, dass die mit der Ausstellung der Übereinstimmungsbescheinigung betrauten Leiter der Abteilungen „Vertriebsplanung PKW“ und „Fahrzeugdokumentation“ von der Richtigkeit der Übereinstimmungsbescheinigung ausgingen. Es sei für sie nicht ersichtlich gewesen, dass hiermit auch eine Aussage in Bezug auf die materielle Übereinstimmung „mit allen Rechtsakten“ verbunden sei. Wie ihre Abteilungsleiter in Anbetracht der Begriffsdefinition in Art. 3 Nr. 36 der maßgeblichen Richtlinie (2007/46/EG), wonach „Übereinstimmungsbescheinigung“ das in Anhang IX wiedergegebene, vom Hersteller ausgestellte Dokument bezeichnet, mit dem bescheinigt werde, dass ein Fahrzeug aus der Baureihe eines nach dieser Richtlinie genehmigten Typs zum Zeitpunkt seiner Herstellung allen Rechtsakten entspreche, zu dieser rechtlich unzutreffenden Einschätzung gelangt sind, legt die Beklagte allerdings nicht dar. Offen bleibt auch, ob diese Richtlinie von ihren Abteilungsleitern jemals zur Kenntnis genommen wurde und welche diesbezüglichen rechtlichen Prüfungen angestellt bzw. durch Einschaltung der hausinternen Rechtsabteilung bzw. externer Rechtsberater beauftragt wurden. Damit ist aber den strengen Anforderungen an die Darlegung eines entschuldigenden unvermeidbaren Verbotsirrtums nicht ansatzweise genügt. Nur ein auch bei Anwendung der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt unvermeidbarer Verbotsirrtum kann entlastend wirken, was aber zumindest eine Prüfung der Rechtslage unter Einbeziehung der höchstrichterlichen Rechtsprechung voraussetzt. Hat eine entsprechend sorgfältige Prüfung stattgefunden und brauchte der Schädiger hiernach unter Anwendung der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt nicht mit einer anderen Beurteilung durch die Gerichte zu rechnen, kann ein entlastend wirkender Verbotsirrtum vorliegen (BGH, a.a.O., RN 63). Da aber eine gebotene Prüfung nach dem Vorbringen der Beklagten überhaupt nicht ersichtlich ist, kann es auch dahingestellt bleiben, dass ein hieraus resultierender Irrtum ihrer [REDACTED]-leiter nach der jüngsten Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs ohnehin nicht ausreichend sein dürfte, die Beklagte zu entlasten. Hiernach hat ein Fahrzeughersteller, der sich bei einer objektiven Verletzung der Schutzgesetze aus §§ 6 Abs. 1, 27 Abs. EG-FGV unter Berufung auf einen Verbotsirrtum entlasten will, vielmehr darzulegen und zu beweisen, dass sich sämtliche verfassungsmäßig berufenen

e) Vertreter i.S.v. § 31 BGB über die Rechtmäßigkeit der in Rede stehenden Abschalt-einrichtung mit allen für die Prüfung nach Art. 5 Abs. 2 der VAO 715/2007/EG be-deutsamen Einzelheiten im maßgeblichen Zeitpunkt im Irrtum befanden oder im Fal-le einer Ressortaufteilung den damit verbundenen Pflichten genügten (BGH Urt. v. 25.09.2023, Az. VIa ZR 1/23, juris RN 14).

f) Die Beklagte kann sich zu ihrer Entlastung auch nicht auf eine tatsächliche oder zumindest hypothetische Genehmigung der für sie zuständigen Zulassungsbehörde berufen. Soweit die Beklagte hierzu geltend macht, dass das KBA anlässlich der Genehmigung ihres freiwillig angebotenen Softwareupdates die hierbei offenge-legte außentemperaturabhängige Steuerung der AGR nicht beanstandet habe, kann eine derartige erst im September 2020 erfolgte Billigung der [REDACTED] sie nicht für ein Verschulden ihrer Repräsentanten im Zeitpunkt [REDACTED] des [REDACTED] hier maßgeblichen Vertragsschlusses im August 2018 entlasten (vgl. BGH, a.a.O., RN 15). Auch die Berufung auf einen vorherrschenden Industriestandard bzw. eine all-gemeine Verwaltungspraxis des KBA, ist zur Darlegung eines entschuldigenden Verbotsirrtums nicht ausreichend (BGH, Urt. v. 26.06.2023, Az. VIa ZR 335/21, RN 66f).

g) Der Kläger ist auch zur Geltendmachung des aus § 823 Abs. 2 BGB i.V.m. §§ 6 Abs. 1, 27 Abs. 1 EG-FGV eröffneten Haftungsanspruches aktiv legitimiert. Der Um-stand, dass die allgemeinen Darlehensbedingungen der zum [REDACTED] gehörenden Kreditgeberin des Klägers eine Abtretung [REDACTED] entsprechender gegen die Beklagte gerichteter Ansprüche auf sie vorsehen, steht dem nicht ent-gegen. Die betreffende Klausel hält einer Inhaltskontrolle nach § 307 BGB nicht stand und ist sowohl gegenüber einem privaten Verbraucher als auch im Verkehr mit Unternehmen - wie dem Kläger - unwirksam (BGHZ 237, 59 bzw. 237, 281, jw. zit. aus juris).

h) Der gegenüber der Beklagten begründete Anspruch aus § 823 Abs. 2 BGB i.V.m. §§ 6 Abs. 1, 27 Abs. 1 EG-FGV ist auch nicht verjährt. Zwar ist der Dieselskandal spätestens seit 2016 in der Öffentlichkeit bekannt. Erforderlich für den Verjährungs-

beginn ist jedoch auch die Kenntnis des Anspruchstellers von der Betroffenheit des

i) eigenen Fahrzeugs (vgl. BGH Urt. v. 17.12.2020, Az. VI ZR 739/20, juris RN 21). Diese ist von der Beklagten nicht dargelegt worden.

2.

j) Der Senat schätzt die Höhe des dem Kläger entstandenen Vermögensschadens gemäß § 287 ZPO unter Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalles – ohne Berücksichtigung der von dem Kläger durch das Schadensereignis erlangten Vorteile – mit 10 % des gezahlten Netto-Kaufpreises von 30.983,19,- € auf 3.098,32 €.

a) Hierbei ist zunächst zu beachten, dass der nach § 823 Abs. 2 BGB i.V.m. §§ 6 Abs. 1, 27 Abs. 1 EG-FGV zu ersetzende Differenzschaden einerseits aus Gründen der unionsrechtlichen Effektivität andererseits aus Gründen der Verhältnismäßigkeit von vornherein auf eine Bandbreite zwischen 5 und 15 Prozent des gezahlten Kaufpreises begrenzt ist (BGH a.a.O. RN 71ff). Die hiergegen gerichteten Einwände beider Parteien sind vom Senat zur Kenntnis genommen worden, geben aber keinen Anlass, von der höchstrichterlich geklärten Bewertung der Rechtslage abzuweichen.

k) Als Kaufpreis ist vorliegend der Netto-Kaufpreis heranzuziehen. Insoweit verweist die Beklagte zutreffend auf den Umstand, dass der Kläger das Fahrzeug in seiner Eigenschaft als Bauunternehmer erworben hat, so dass davon auszugehen ist, dass dieses Bestandteil seines Betriebsvermögens geworden ist. Auch aus dem vorgelegten Darlehensvertrag folgt, dass der Fahrzeugerwerb betriebsbezogen erfolgte. Damit ist dem Kläger aber von vornherein ein Schaden nur auf Grundlage seiner Verpflichtung zur Zahlung des Netto-Kaufpreises entstanden, da er mit der hierauf entfallenden Mehrwertsteuer im Rahmen des Vorsteuerabzuges nicht belastet worden ist. Dem Vorbringen der Beklagten aus dem Schriftsatz vom 23.04.2024, wonach er zum Vorsteuerabzug berechtigt sei, hat der Kläger auch nicht widersprochen.

l) Die innerhalb der vorgegebenen Bandbreite festzustellende Höhe des entstandenen Differenzschadens ist einer tatrichterlichen Schätzung nach § 287 ZPO zugänglich. Hierbei sind für die Bestimmung des objektiven Werts des Fahrzeugs im Zeitpunkt des Vertragsschlusses die mit der Verwendung einer unzulässigen

m) Abschaltvorrichtung verbundenen Nachteile, insbesondere das Risiko behördlicher Anordnungen, zu berücksichtigen. Weiter ist der 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 (BGH, a.a.O. RN 76). Über diese originär schadensrechtlichen Gesichtspunkte hinaus sind 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, a.a.O., RN 77).

n) Unter Berücksichtigung all dieser Umstände handelt es sich vorliegend in jeder Hinsicht, sowohl was die Art als auch was die möglichen Folgen des Verstoßes angeht, um einen mittelschweren Fall, der die Anwendung des mittleren Prozentsatzes von 10 % rechtfertigt. Im Hinblick auf die Folgen des Verstoßes ist vielmehr zu berücksichtigen, dass sich das von der Beklagten verwendete Thermofenster durch ein Softwareupdate beseitigen lässt und eine tatsächliche Stilllegung des Fahrzeugs damit zu keinem Zeitpunkt ernsthaft zu besorgen war bzw. ist. Gleichwohl bleibt der Umstand, dass das Fahrzeug zum Zeitpunkt des Erwerbs durch den Kläger mit einem erheblichen Makel behaftet war, der die dauerhafte Zulassung in Frage stellte. Bei Offenbarung dieser Sachlage hätte das Fahrzeug nicht ohne einen deutlichen Preisabschlag veräußert werden können. Aus Marktsicht entscheidend ist dabei, dass das Fahrzeug überhaupt mit einer unzulässigen Abschaltvorrichtung ausgestattet war. Die konkrete Funktionsweise der jeweiligen Programmierung sowie die Frage, wie viele Abschaltvorrichtungen sich im Einzelnen hierbei unterscheiden lassen, sind dagegen Gesichtspunkte, die nach Überzeugung des Senats für die Preisbildung kaum eine Rolle gespielt hätten.

o) So bedarf es auch keiner weiteren Aufklärung, ob der streitige Vortrag des Klägers zutrifft, wonach in dem Fahrzeug neben dem „Thermofenster“ auch die so genannte „Kühlmittel-Soll-Temperaturregelung (KMSTR)“ zur Anwendung komme, ob das so genannte On-Board-Diagnose-System (OBD) ordnungsgemäß funktionierte oder

p) ob die erstmals in der Berufungsinstanz erfolgte Rüge zutrifft, wonach die Steuerung des SCR-Katalysators im streitgegenständlichen Fahrzeug als unzulässige Abschaltvorrichtung zu werten sei, was von der Beklagten ebenfalls in Abrede genommen wird. Wenn überhaupt, könnten derartige weitere unzulässige Funktionen nur einen höheren Schaden des Klägers rechtfertigen, dessen Erstattung er aber wegen der noch vorzunehmenden Vorteilsausgleichung ohnehin nicht mehr beanspruchen könnte.

b) So ist bereits der in Höhe von 3.098,32 € bestehende Anspruch vorliegend um einen Betrag i.H.v. 163,03 € im Rahmen der Vorteilsausgleichung zu kürzen.

q) Auf den eingetretenen Schaden sind im Wege der Vorteilsausgleichung die Nutzungsvorteile und der Restwert des Fahrzeugs nach den Grundsätzen für die Berechnung des sogenannten „kleinen Schadensersatzanspruchs“ anzurechnen (vgl. BGH, a.a.O., RN 80). Danach sind Nutzungsvorteile und der Restwert des Fahrzeugs auf den Anspruch auf kleinen Schadensersatz erst dann und nur insoweit schadensmindernd anzurechnen, als sie den tatsächlichen Wert des Fahrzeugs bei Abschluss des Kaufvertrags übersteigen (BGH, a.a.O., RN 80; Urt. v. 24.01.2022, Az. VIa ZR 100/21, juris RN 22). Vorliegend ist dies im Umfang von 163,03 der Fall, so dass ein zu ersetzender Schaden in Höhe von **2.935,29 €** verbleibt (3.098,32 € - 163,03 €).

r) aa) Der Wert der vom Kläger aus dem Fahrzeugerwerb gezogenen Nutzungen ist dabei ebenfalls durch Schätzung zu ermitteln (§ 287 ZPO). In der Rechtsprechung ist anerkannt, dass diese Schätzung anhand der Formel [*Kaufpreis x gefahrene Kilometer / erwartete Restlaufleistung im Erwerbszeitpunkt*] erfolgt (vgl. BGH, Urt. v. 24.01.2022, Az. VIa ZR 100/21, juris, RN 24 m.w.N). Letztere schätzt der Senat vorliegend auf 285.378 km (Gesamtlaufleistung 300.000 km abzgl. 14.622 km Kilometerstand bei Kauf), wobei der Senat in ständiger Rechtsprechung die zu erwartende Gesamtlaufleistung eines modernen Dieselfahrzeugs, wie es der Kläger erworben hat, mit 300.000 km bemisst. Angewandt auf den streitgegenständlichen Sachverhalt resultiert hieraus ein vom Kläger gezogener Nutzungsvorteil i.H.v. 2.750,59 € (= 30.983,19 € Kaufpreis x 25.335 km [= 39.957 km Kilometerstand bei

s) Schluss der mündlichen Verhandlung - 14.622 km Kilometerstand bei Kauf] / 285.378 km).

t) bb) Auch der Restwert des Fahrzeugs unterliegt als Bestandteil der Schadensberechnung der Schätzung durch das Gericht. Dieser ist vorliegend zum Zeitpunkt der mündlichen Verhandlung mit 25.297,31 € zu veranschlagen.

u) Eine geeignete Grundlage für die gerichtliche Schätzung bietet aus Sicht des Senats grundsätzlich der so genannte „Händlerverkaufspreis“, wie er etwa durch die [REDACTED] (DAT) oder die Fa. [REDACTED] ermittelt wird. Ein Abstel-

len auf den so genannten „Händlerverkaufspreis“ ist dagegen im Regelfall nicht geeignet. Zwar ist davon auszugehen, dass auch zu diesem Preis zahlreiche Vertragsschlüsse erfolgen. Dieser lässt sich jedoch von Personen, die nicht über die Vertriebsmöglichkeiten eines KFZ-Händlers verfügen und insbesondere nicht in der Lage sind, wie ein solcher Gewährleistung zu übernehmen, regelmäßig nicht erzielen. Anders als bei Privatpersonen erscheint es dem Senat im vorliegenden Fall, bei dem die Klage von einem Unternehmer erhoben wird, jedoch angezeigt, zumindest auf einen Wert zwischen diesen beiden Preisen, welche die Handelsspanne eines gewerblichen KFZ-Händlers definieren, abzustellen. Von dem Kläger als Bauunternehmer darf erwartet werden, dass er einen Gewerbebetrieb unterhält, der ihn in die Lage versetzt, die zu seinem Betriebsvermögen gehörenden Fahrzeuge auch direkt zu vermarkten und damit zumindest einen Teil der üblicherweise von einem KFZ-Händler erwirtschafteten Marge selbst zu vereinnahmen.

v) Vorliegend hat die Beklagte mit Schriftsatz vom 23.04.2024 eine DAT-Bewertung für das konkrete streitgegenständliche Fahrzeug einschließlich seiner individuellen Sonderausstattungen vorgelegt, die unter Berücksichtigung eines zum Zeitpunkt des Schlusses der mündlichen Verhandlung kaum veränderten Kilometerstandes von 39.776 km einen Händlereinkaufspreis (netto) von 23.892,08 € und einen Händlerverkaufspreis (netto) von 26.702,53 ergeben hat. Diese Werte decken sich durchaus mit dem vom Kläger vorgetragenen Wert, wonach eine von ihm mittels öffentlich zugänglichem Online-Tool durchgeführte DAT-Bewertung für ein vergleichbares Fahrzeug mit Standardausstattung einen vorläufigen Wert von 20.800,-

- 15

-

€ ergeben habe. In dieser Bewertung sind die höherwertige Ausstattungslinie

w) („Avantgarde“ mit „AMG-Sportpaket“ statt „Standard“) sowie die zahlreichen Sonderausstattungen des Fahrzeuges, die dessen ursprünglichen Listenpreis um mehr als 40% erhöhten, noch nicht berücksichtigt, so dass der Senat keinen Anlass hat, an der Richtigkeit der von der Beklagten vorgelegten individuellen - anhand der Fahrzeugidentifizierungsnummer durchgeführten - Bewertung zu zweifeln. Aus dieser Bewertung resultiert ein Mittelwert von 25.297,31 €, der nach Auffassung des Senats den tatsächlichen Restwert des Fahrzeuges widerspiegelt.

x) cc) Der Umstand, dass die Beklagte vorliegend ein Softwareupdate zur Verfügung gestellt hat, welches die unzulässigen Wirkungen der Abschalteneinrichtungen beseitigen soll, begründet demgegenüber keinen zusätzlich zu berücksichtigenden Vorteil. Der Umstand, dass sich der Wert des Fahrzeugs mit dem Softwareupdate erhöht haben dürfte, da vorhandene Mängel beseitigt wurden, ist nach Überzeugung des Senats vom Markt eingepreist und wird im Rahmen der Vorteilsausgleichung bereits mit der Einbeziehung des Restwertes berücksichtigt. Auch der Umstand, dass der Kläger das Fahrzeug ggfs. selber infolge des Softwareupdates mangelfrei weaternutzen konnte, ist im Rahmen des Ausgleichs gezogener Nutzungen berücksichtigt worden. Weitergehende Vorteile, die sich wegen des Softwareupdates im Vermögen des Klägers zusätzlich werterhöhend auswirken, vermag der Senat dagegen vorliegend nicht zu erkennen.

y) dd) Schließlich ist der tatsächliche Wert des Fahrzeugs im Zeitpunkt des Erwerbs durch den Kläger mit 27.884,87 € zu veranschlagen, der sich aus der Differenz aus dem von ihm gezahlten Kaufpreis i.H.v. netto 30.983,19 € und dem Differenzschaden von 3.098,32 € ermittelt. Hieraus folgt wiederum, dass die Summe aus den von der Klägerin erlangten Nutzungsvorteilen i.H.v. 2.750,59 € und dem Restwert des Fahrzeuges von 25.297,31 € den tatsächlichen Wert des Fahrzeugs im Zeitpunkt des Erwerbs durch die Klägerin um 163,03 € übersteigt (Summe d. Vorteile i.H.v. 28.047,90 € abzgl. tatsächlicher Fahrzeugwert i.H.v. 27.884,87 €).

3.

z) Die zuerkannten Zinsen folgen aus §§ 291, 288 Abs. 1 Satz 2 BGB. Da sich der Streitgegenstand beim Übergang vom großen Schadensersatz zum Differenzschaden bei unverändertem Lebenssachverhalt nicht ändert, sondern es sich nur

aa) um eine unterschiedliche Methode der Schadensberechnung handelt (vgl. BGH, a.a.O RN 45), kann der Kläger Rechtshängigkeitszinsen aus dem in der Hauptsache zugesprochenen Betrag, der den mit der Klageerhebung geltend gemachten Betrag nicht übersteigt, ab dem auf die Zustellung der Klage folgenden Tag und nicht erst ab dem auf die Zustellung des Schriftsatzes mit dem geänderten Klageantrag folgenden Tag beanspruchen (vgl. OLG Karlsruhe, Urt. v. 22.08.2023, Az. 8 U 271/21, juris RN 90).

4.

bb) Keinen Anspruch hat der Kläger demgegenüber auf die geforderte Erstattung außergerichtlicher Rechtsanwaltskosten. Eine Erstattung auf Grundlage des zuerkannten Anspruches aus § 823 Abs. 2 BGB i.V.m. §§ 6 Abs. 1, 27 Abs. 1 EG-FGV scheitert an dem Umstand, dass der hiernach zu ersetzende Schaden durch die zu berücksichtigenden Vorteile, die der Kläger aus dem Erwerb des Fahrzeugs gezogen hat, auf einen Betrag von 2.935,29 € begrenzt ist. Weitergehende Schäden, etwa in Form von Finanzierungskosten oder - wie hier geltend gemacht - von außergerichtlichen Rechtsanwaltskosten können hiernach nicht erstattet verlangt werden (vgl. BGH Urt. v. 16.10.2023, Az. VIa ZR 14/22, juris RN 13). Eine Erstattung auf Grundlage von §§ 280 Abs. 2, 286 BGB scheidet vorliegend ebenfalls aus, da ein etwaiger Verzug der Beklagten erst durch das anwaltliche Forderungsschreiben der Prozessbevollmächtigten des Klägers vom 17.06.2021 begründet worden wäre, so dass der zu diesem Zeitpunkt bereits entstandene Gebührenanspruch nicht auf einen Verzug der Beklagten zurückgeführt werden kann.

5.

cc) Die prozessualen Nebenentscheidungen folgen aus §§ 92 Abs. 1, 269 Abs. 3 S. 2, 708 Nr. 10, 713 ZPO. Die Revision war nicht zuzulassen, da die Voraussetzungen des § 543 Abs. 2 Satz 1 ZPO nicht vorliegen.

dd)

Dr. 

Dr. _____

ee) Vorstehende Abschrift stimmt mit der Urschrift wörtlich überein.

ff) ■■■■■, Justizsekretärin

gg) als Urkundsbeamtin der Geschäftsstelle
Dieses Schriftstück wurde elektronisch erstellt.

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