

## Oberlandesgericht Bamberg

Az.: 5 U 172/22  
73 O 1803/21 LG Würzburg



**IM NAMEN DES VOLKES**

In dem Rechtsstreit



- Kläger und Berufungskläger -

Prozessbevollmächtigte:

Rechtsanwälte **KAP Rechtsanwaltsgesellschaft mbH**, Theatinerstraße 15, 80333 München,  
Gz.: 5577-21/AA

gegen

**Bayerische Motoren Werke AG**, vertreten durch d. Vorstand, dieser vertreten durch den Vorstands vorsitzenden, Lilienthalallee 1, 80807 München

- Beklagte und Berufungsbeklagte -

Prozessbevollmächtigte:

Rechtsanwälte **Pöhlmann, Früchtl, Oppermann PartmbB**, Gewürzmühlstraße 11, 80538 München, Gz.: D-3803/21

wegen Rückabwicklung/Schadensersatzes

erlässt das Oberlandesgericht Bamberg - 5. Zivilsenat - durch die Vorsitzende Richterin am Oberlandesgericht Usselman, den Richter am Oberlandesgericht Götz und den Richter am Oberlandesgericht Müller-Mück aufgrund der mündlichen Verhandlung vom 01.08.2023 folgendes

### Urteil:

I. Auf die Berufung des Klägers wird das Urteil des Landgerichts Würzburg vom 25.05.2022, Az. 73 O 1803/21, teilweise abgeändert und wie folgt neu gefasst:

1. Die Beklagte wird verurteilt, an den Kläger 3.701,79 € nebst Zinsen hieraus in Höhe von

5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit 17.12.2021 zu bezahlen.

2. Im Übrigen wird die Klage abgewiesen.

II. Die weitergehende Berufung des Klägers wird zurückgewiesen.

III. Von den Kosten des Verfahrens erster Instanz haben der Kläger 89 % und die Beklagte 11 % zu tragen. Von den Kosten des Berufungsverfahrens haben der Kläger und die Beklagte jeweils 50 % zu tragen.

IV. Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar.

V. Die Revision gegen dieses Urteil wird nicht zugelassen.

## Gründe:

### A.

Von der Darstellung des Tatbestands wird gemäß § 540 Abs. 2, § 313a Abs. 1 ZPO abgesehen.

### B.

Die zulässige Berufung des Klägers hat im tenorierten Umfang Erfolg. Zwar steht ihm kein Anspruch auf großen Schadensersatz nach §§ 826, 31 BGB zu (I.). Er hat jedoch Anspruch auf Bezahlung des Differenzschadens auf der Grundlage von § 823 Abs. 2 BGB, § 6 Abs. 1, § 27 Abs. 1 EG-FGV (II.).

#### I.

Ein Anspruch auf großen Schadensersatz besteht nicht.

1. Die Tatbestandsvoraussetzungen eines Anspruchs nach § 826 BGB sind nicht gegeben bzw. sind nicht hinreichend vorgetragen.

a) 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. Dafür genügt es im Allgemeinen nicht, dass der Handelnde ei-

ne Pflicht verletzt und einen Vermögensschaden hervorruft. Vielmehr muss eine besondere Verwerflichkeit seines Verhaltens hinzutreten, die sich aus dem verfolgten Ziel, den eingesetzten Mitteln, der zutage getretenen Gesinnung oder den eingetretenen Folgen ergeben kann (BGH, Urt. v. 25.05.2020 - VI ZR 252/19, Rn. 15; Beschl. v. 19.01.2021 – VI ZR 433/19, Rn. 14; Urt. v. 13.07.2021 - VI ZR 128/20, Rn. 11).

b) Nach diesen Maßstäben liegt ein sittenwidriges Verhalten der Beklagten nicht deshalb vor, weil sie den streitgegenständlichen Fahrzeugtyp mit einer temperaturabhängigen Steuerung des Emissionskontrollsystems (**sog. Thermofenster**) ausgestattet hat.

Bei einer auf dem Prüfstand wie auch im Realbetrieb - wie hier - gleichsam arbeitenden Abschalt-einrichtung reicht deren Vorhandensein für sich genommen nicht aus, um eine objektive Sittenwidrigkeit des Verhaltens der Beklagten zu begründen, und zwar auch dann nicht, wenn - wie der Kläger behauptet - die Abgasrückführung außerhalb eines bestimmten Temperaturkorridors reduziert wird (BGH, Urt. v. 13.07.2021 aaO, Rn. 13 m. w. N.). Dabei kann an dieser Stelle zugunsten des Klägers in tatsächlicher und rechtlicher Hinsicht unterstellt werden, dass eine derartige temperaturbeeinflusste Steuerung der Abgasrückführung als unzulässige Abschalt-einrichtung im Sinne von Art. 5 Abs. 2 Satz 1 der Verordnung 715/2007/EG zu qualifizieren ist (vgl. dazu näher unter II. 2.).

aa) Für die Annahme von Sittenwidrigkeit bedarf es vielmehr weiterer Umstände, die das Verhalten der für die Beklagte handelnden Personen als besonders verwerflich erscheinen lassen. Dabei trägt die Darlegungs- und Beweislast für diese Voraussetzung nach allgemeinen Grundsätzen die Klägerseite als Anspruchsteller (vgl. BGH, Beschl. v. 19.01.2021 aaO, Rn. 19; Urt. v. 13.07.2021 aaO, Rn. 13). Die Annahme von Sittenwidrigkeit setzt jedenfalls voraus, dass die für die Beklagte handelnden Personen bei der Entwicklung und/oder Verwendung der temperaturabhängigen Steuerung des Emissionskontrollsystems in dem Bewusstsein handelten, eine unzulässige Abschalt-einrichtung zu verwenden, und den darin liegenden Gesetzesverstoß billigend in Kauf nahmen. Fehlt es hieran, ist bereits der objektive Tatbestand der Sittenwidrigkeit nicht erfüllt (BGH, Urt. v. 13.07.2021 aaO, Rn. 13; BGH Urt. v. 16.9.2021 – VII ZR 321/20, Rn. 16).

bb) Der Kläger hat derartige Umstände nicht hinreichend vorgetragen. Soweit er geltend macht, die Beklagte habe im Rahmen des Typengenehmigungsverfahrens keine ausreichenden Angaben gegenüber der Genehmigungsbehörde zum Thermofenster gemacht, ergeben sich aus einer etwaigen unterbliebenen Offenlegung der genauen Wirkungsweise des Thermofensters keine Anhaltspunkte dafür, dass für die Beklagte tätige Personen in dem Bewusstsein handelten, eine un-

zulässige Abschaltvorrichtung zu verwenden. Denn selbst wenn die Beklagte im Typengenehmigungsverfahren - erforderliche - Angaben zu den Einzelheiten der Abgasrückführung unterlassen haben sollte, wäre die Typgenehmigungsbehörde nach dem Amtsermittlungsgrundsatz gemäß § 24 Abs. 1 Satz 1 und 2 VwVfG gehalten gewesen, diese zu erfragen, um sich in die Lage zu versetzen, die Zulässigkeit der Abschaltvorrichtung zu prüfen (BGH Beschl. v. 29.9.2021 – VII ZR 126/21, Rn. BeckRS 2021, 33038 Rn. 20).

cc) Eine Haftung der Beklagten nach § 826 BGB wegen der Verwendung eines Thermofensters kommt auch deshalb nicht in Betracht, weil ein besonders verwerfliches Verhalten der Beklagten vor dem Hintergrund der (zum Genehmigungszeitpunkt) unsicheren Rechtslage bei der Beurteilung der Zulässigkeit des Thermofensters nicht vorgelegen hat. Eine möglicherweise nur fahrlässige Verkennung der Rechtslage genügt für die Feststellung der besonderen Verwerflichkeit des Verhaltens der Beklagten nicht (vgl. BGH Ur. v. 16.9.2021 aaO, Rn. 31). Bereits aus der Entscheidung des EuGH (EuGH, Urteil vom 17.12.2020 - C-693/18) in Bezug auf die Unzulässigkeit eines Thermofensters lässt sich entnehmen, dass bis zu diesem Zeitpunkt eine breit geführte Diskussion um die Zulässigkeit bzw. Unzulässigkeit einer Abschaltvorrichtung in Form eines Thermofensters geführt wurde. Auch ein Schädigungsvorsatz der Beklagten kann nicht festgestellt werden, denn allein aus der hier zu unterstellenden objektiven Unzulässigkeit der Abschaltvorrichtung in Form des Thermofensters folgt kein Vorsatz hinsichtlich der Schädigung der Fahrzeugkäufer (vgl. BGH aaO, Rn. 32).

Weitergehende greifbare Anhaltspunkte, die den Schluss auf das Bewusstsein von der Verwendung einer unzulässigen Abschaltvorrichtung in Form eines Thermofensters bei der Beklagten erlauben könnten, sind nicht vorgetragen oder ersichtlich.

c) Vorstehendes gilt sinngemäß auch für sämtliche weitere behauptete Abschaltvorrichtungen, insbesondere die Erkennung der Konditionierung, die Fahrzykluserkennung, das hard-cycle-beating, die Kopplung an den Luftdruck, die Drehzahl oder die Geschwindigkeit, das Kaltstartheizen, die in den „Bosch-Unterlagen“ (K13) angeführten Funktionen sowie die Katalysator-Regeneration. Da der Kläger ausdrücklich vorträgt, dass sämtliche Abschaltvorrichtungen dauerhaft, d. h. auch wenn die Bedingungen des NEFZ nicht gegeben sind, arbeiten würden, ergibt sich bereits aus dem eigenen Vortrag des Klägers, dass die von ihm behaupteten Abschaltvorrichtungen auf dem Prüfstand und im Realbetrieb im Grundsatz in gleicher Weise arbeiten. Gleiches ergibt sich daraus, dass der Kläger ein Eingreifen der Abschaltvorrichtungen gekoppelt an Parameter behauptet, welche in der Prüfstandssituation und im Realbetrieb gleichermaßen vorkommen. Da der Kläger auch hinsichtlich dieser behaupteten Abschaltvorrichtungen greifbare Anhaltspunkte, die den

Schluss auf das Bewusstsein von der Verwendung einer unzulässigen Abschaltvorrichtung bei der Beklagten erlauben könnten, nicht ausreichend vorträgt und solche auch nicht sonst ersichtlich sind, ist schon ein hinreichender substantiiertes Vortrag nicht gegeben.

d) Zudem fehlt es für das Vorhandensein sämtlicher o.g. behaupteter unzulässiger Abschaltvorrichtungen sowie der übrigen behaupteten Abschaltvorrichtungen, die nach dem Vortrag des Klägers an die Gesamtleistung und an eine Tastenkombination anknüpfen sollen, an greifbaren Anhaltspunkten.

aa) Der Senat verkennt dabei nicht, dass eine unter Beweis gestellte Behauptung erst dann unbeachtlich ist, wenn sie ohne greifbare Anhaltspunkte für das Vorliegen eines bestimmten Sachverhaltes willkürlich „aufs Geratewohl“ oder „ins Blaue hinein“ aufgestellt worden ist. Bei der Annahme von Willkür in diesem Sinne ist Zurückhaltung geboten; in der Regel wird sie nur bei Fehlen jeglicher tatsächlicher Anhaltspunkte gerechtfertigt werden können. Es ist einer Partei grundsätzlich nicht verwehrt, eine tatsächliche Aufklärung auch hinsichtlich solcher Umstände zu verlangen, über die sie selbst kein zuverlässiges Wissen besitzt und auch nicht erlangen kann, die sie aber nach Lage der Verhältnisse für wahrscheinlich oder möglich hält. Dies gilt insbesondere dann, wenn sie sich nur auf vermutete Tatsachen stützen kann, weil sie mangels Sachkunde und Einblick in die Produktion des von der Gegenseite hergestellten und verwendeten Fahrzeugmotors einschließlich des Systems der Abgasrückführung oder -verminderung keine sichere Kenntnis von Einzel Tatsachen haben kann (BGH, Beschl. v. 28.01.2020 - VIII ZR 57/19, Rn. 7 f.; Urt. v. 13.07.2021 aaO, Rn. 20 ff.).

bb) Jedoch ist auch nach diesen Maßstäben der Sachvortrag des Klägers im vorliegenden Fall nicht hinreichend substantiiert.

Das KBA hat für den streitgegenständlichen Fahrzeugtyp unstreitig weder einen Rückruf noch ein verpflichtendes Softwareupdate angeordnet. Von der Beklagten ist zudem ein Gerichtsgutachten des Sachverständigen Pauly vorgelegt worden, das die behaupteten Abschaltvorrichtungen bei einem BMW X1 sDrive 18d EU6 nicht bestätigt. Vor diesem Hintergrund reichen die vom Kläger vorgetragene Umstände für die substantiierte Darlegung einer unzulässigen Abschaltvorrichtung nicht aus. Seine Behauptungen zum Vorliegen von unzulässigen Abschaltvorrichtungen erfolgen lediglich pauschal und ohne Bezug zum streitgegenständlichen Motor und damit ersichtlich ins Blaue hinein:

Die für das NEFZ-Verfahren maßgeblichen Werte bei Fahrzeugen der Schadstoffklasse EU6 sind nicht mit den im Realbetrieb auf der Straße gemessenen Werten vergleichbar, weshalb die klä-

gerseits vorgetragene Messwerte verschiedenster Institute bzw. Gutachter aus dem Realbetrieb nicht als Anhaltspunkt für die Richtigkeit der klägerischen Behauptungen herangezogen werden können. Sie besitzen vielmehr keinerlei Aussagekraft. Gleiches gilt für die vom Kläger zitierten bzw. vorgelegten Sachverständigengutachten, welche im Ergebnis lediglich auf das Auseinanderfallen zwischen den unter den Bedingungen des NEFZ und den im Realbetrieb gewonnenen Messwerten abstellen und/bzw. oder sich im Übrigen in Mutmaßungen erschöpfen, welche einer greifbaren Tatsachengrundlage entbehren. Eine Aussagekraft besitzen diese insbesondere auch deshalb nicht, weil sie andere Fahrzeugtypen, Schadstoffklassen oder abweichende Baujahre betreffen. Die vom Kläger vorgetragene unstreitige Rückrufe von Fahrzeugen der Beklagten betreffen ausnahmslos nicht vergleichbare Fahrzeuge, welche insbesondere mit abweichenden Motoren bzw. Motortypen ausgestattet waren (BMW 750d und M550d jeweils mit einem Motor des Typs N57). Darüberhinaus ist es auch nicht ersichtlich, dass die Rückrufe dieser Fahrzeuge aufgrund der für das vorliegende Fahrzeug behaupteten Funktionen erfolgten. Rückschlüsse für das klägerische Fahrzeug erlauben die Rückrufe daher nicht im Ansatz. Auch die vorgetragene Presseartikel sowie die vorgetragene Ermittlungen der Staatsanwaltschaft besitzen keine Aussagekraft, da diese nicht als auf das konkrete Fahrzeug bzw. den konkreten Motortyp bezogen behauptet werden.

e) Bei dem OBD-System handelt es sich schon nach dem eigenen Vorbringen des Klägers nicht um ein System, das den Motor steuert bzw. in dessen Systeme eingreift, sondern lediglich um ein Überwachungssystem. Im Übrigen spricht der Umstand, dass das OBD-System keine Fehlermeldung erzeugt, wenn bestimmte Abgasgrenzwerte überschritten werden, nicht zwingend für ein objektiv sittenwidriges Verhalten. Entscheidend ist, dass sämtliche behauptete Abschaltanlagen bereits nach dem eigenen Vortrag des Klägers auf dem Prüfstand und im normalen Fahrbetrieb im Grundsatz in gleicher Weise arbeiten, weshalb deren Verwendung nicht von vornherein von Arglist geprägt ist und der behaupteten Art und Weise der Verwendung des OBD-Systems kein Indizwert beigemessen werden kann (BGH, Urt. v. 28.10.2021 - III ZR 261/20, Tz. 27; Urt. v. 23.11.2021 - VI ZR 839/20, Tz. 20).

2. Auch andere Anspruchsgrundlagen können einen Anspruch auf großen Schadensersatz nicht begründen.

a) Ein Anspruch aus § 823 Abs. 2 BGB in Verbindung mit §§ 263 StGB, 31 BGB scheitert bereits an einer Täuschungshandlung durch verfassungsmäßig berufene Vertreter der Beklagten und je-

denfalls an fehlender Bereicherungsabsicht und der in diesem Zusammenhang erforderlichen Stoffgleichheit des erstrebten rechtswidrigen Vermögensvorteils mit einem etwaigen Vermögensschaden (BGH, Urt. v. 30.07.2020 - VI ZR 5/20, Rn. 18 ff.).

b) Auf der Grundlage von § 823 Abs. 2 BGB in Verbindung mit § 6 Abs. 1, § 27 Abs. 1 EG-FGV kann lediglich der Differenzschaden verlangt werden (vgl. BGH, Urteil v. 26.06.2023 - VIa ZR 335/21, Tz. 18 ff. und unter II.).

## II.

Der Kläger hat einen Anspruch auf Bezahlung des Differenzschadens auf Grundlage von § 823 Abs. 2 BGB, § 6 Abs. 1, § 27 Abs. 1 EG-FGV in Höhe von 3.701,79 € nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit 17.12.2021. Eines geänderten Antrags bedurfte es nicht, wenn - wie vorliegend - der große Schadensersatz unter Anrechnung des Veräußerungserlöses des Fahrzeugs geltend gemacht wird, weil der Kläger seinen Anspruch auch auf § 823 Abs. 2 BGB in Verbindung mit § 6 Abs. 1, § 27 Abs. 1 EG-FGV gestützt hat und es sich lediglich um unterschiedliche Methoden der Schadensberechnung handelt (vgl. BGH aaO, Tz. 45).

1. Die Beklagte hat als Herstellerin des Fahrzeugs diesem eine unzutreffende Übereinstimmungsbescheinigung beigelegt, worauf der Schutz der individuellen Interessen des Klägers gegenüber der Beklagten fußt (vgl. BGH aaO, Tz. 29 ff.).

2. Die inhaltliche Unrichtigkeit ergibt sich daraus, dass das Fahrzeug mit einer unzulässigen Abschaltvorrichtung versehen war.

a) Unstreitig ist das streitgegenständliche Fahrzeug mit einer temperaturabhängigen Steuerung des Abgasrückführungssystems ausgestattet, die bei Temperaturen der Ansaugluft unter +17° C und über +33° C die Wirksamkeit des Emissionskontrollsystems durch Veränderung der AGR-Rate verringert. Der Kläger hat hierzu vorgetragen, dass die Abgasrückführung, die für eine höhere Brenntemperatur und damit einen niedrigeren NOx-Ausstoß sorgt, nur in einem Temperaturbereich der Ansauglufttemperatur zwischen +17 und + 33° C zu 100 % vorgenommen werde. Über + 33° C Außentemperatur werde die Abgasrückführung vollständig deaktiviert, ebenso wie unter – 11° C. Zwischen -11 °C und + 17 °C werde die Abgasrückführung temperaturabhängig ite-

rativ reduziert. Dem ist die Beklagte nicht substantiiert entgegengetreten. Sie hat lediglich ausgeführt, dass nicht, wie anfänglich vom Kläger behauptet, auf die Außentemperatur abgestellt werden könne, und die vom Kläger genannten Kennfelder nichts mit dem streitgegenständlichen Auto zu tun hätten, ohne ihrerseits zur genauen Funktionsweise des Thermofensters vorzutragen, obwohl ihr dies als Herstellerin ohne weiteres möglich ist.

Dieses Bestreiten wertet der Senat als unsubstantiiert, da wegen der Detailliertheit des Vortrags des Klägers die Anforderungen an die Substantiierung, die an ein wirksames Bestreiten zu stellen sind, durch diesen Vortrag der Beklagten nicht erfüllt werden. Die Behauptung der Beklagten, ein näherer Vortrag zu den Temperaturfeldern würde zur Offenbarung von Betriebsgeheimnissen zwingen, führt zu keiner abweichenden Beurteilung. Der Senat hält auch unter Berücksichtigung dieses Vortrags der Beklagten ein substantiiertes Bestreiten für zumutbar. Denn die Behauptung, durch die Offenlegung könnten „Bewerber u.U. selbst heute noch Entwicklungskosten sparen“, ist für den Senat zum einen schon nicht nachvollziehbar, da die sachlichen Zusammenhänge nicht einmal andeutungsweise dargelegt werden und sich auch nicht von selbst erklären. Zum anderen ist der Vortrag, da die angeführten „Umstände“ nicht andeutungsweise dargelegt werden, so vage, dass von einer konkreten und bestimmten Behauptung nicht ausgegangen werden kann. Der Vortrag des Klägers ist daher als zugestanden zu behandeln (§ 138 Abs. 2 und 3 ZPO).

Soweit die Beklagte darüber hinaus auf das Gutachten des Sachverständigen Tober Bezug nimmt, kann dieses nicht als Bestreiten des klägerischen Vortrags zu den Temperaturgrenzen des Thermofensters gewertet werden. Denn die Beklagte führt hierzu lediglich aus, dass die Emissionen des streitgegenständlichen Fahrzeugs noch besser seien, als die des vom Sachverständigen Tober untersuchten Fahrzeugs und führt hierzu Messungen des Sachverständigen bei Temperaturen unter +20° C an. Zu der Behauptung des Klägers, ab +33° C werde die Abgasrückführung vollständig deaktiviert, äußert sich die Beklagte in diesem Zusammenhang gar nicht. Die Feststellungen des Sachverständigen Tober, die auch nur punktuell zitiert werden, überträgt die Beklagte auch nicht explizit auf das streitgegenständliche Fahrzeug, sondern hält sich in Bezug auf das streitgegenständliche Fahrzeug durchgängig im Vagen. Selbst wenn man den Vortrag der Beklagten als Bestreiten auffassen sollte, würde es sich um einen ins Blaue hinein aufgestellten Gegenvortrag, der als unbeachtlich zu betrachten ist, handeln. Denn bei dem vom Sachverständigen Tober untersuchten Fahrzeug handelt es sich um ein vom streitgegenständlichen Fahrzeug abweichendes Fahrzeugmodell (BMW X3) mit abweichender Schadstoffklasse (EU 6b), abweichender Leistung (140 kW) und abweichendem Baujahr (2015), weshalb Rückschlüsse auf das streitgegenständliche Fahrzeug nicht möglich sind.



Zudem ist die Beklagte dem Vortrag des Klägers, dass aufgrund des Thermofensters der Emissionsausstoß des Fahrzeugs während nahezu des gesamten Jahreszeitraums (jedenfalls auch bei durchaus üblichen Außentemperaturen) deutlich höher als angegeben ist, nicht substantiiert entgegengetreten. Die Beklagte moniert in ihrem durchgängig vage gehaltenen Vortrag lediglich bei-läufig, dass der Kläger keine greifbaren Anhaltspunkte für diese Behauptung vorgebracht habe, ohne dass der Vortrag in der Sache substantiiert bestritten würde. Es gilt deshalb auch insoweit das vorstehend dargelegte.

Der Vortrag der Beklagten, eine AGR-Rate sei keinesfalls zur Beurteilung der Auspuffemissionen geeignet, da sich die chemischen und physikalischen Wechselwirkungen nicht aus einem der Kennfelder ablesen lassen würden, ist irrelevant. Denn die Überzeugung vom Vorliegen des Einflusses des Thermofensters auf das Emissionsverhalten des streitgegenständlichen Fahrzeugs beruht nicht auf einer im Wege der Beweiswürdigung gewonnenen Überzeugung von techni-schen Vorgängen, zu deren Beurteilung es der Hinzuziehung eines Sachverständigen bedurft hätte, sondern auf dem Umstand, dass der o.g. Einfluss von der Beklagten nicht substantiiert be-stritten worden ist.

Vorstehendes gilt sinngemäß für die Behauptung der Beklagten, die AGR-Kennfelder würden nichts zu den Emissionen sagen, da das Fahrzeug über zwei weitere Abgasnachbehandlungs-systeme verfüge. Denn die Beklagte legt nicht substantiiert dar, wie diese Abgasnachbehand-lungssysteme ineinandergreifen. Eine solche Darlegung wäre jedoch erforderlich gewesen, um den dahingehenden Vortrag als substantiiert anzusehen, zumal es sich um bei der Beklagten vor-liegende Kenntnisse handelt deren Vortrag, wie vorstehend dargelegt, auch vor dem Hintergrund des - bloß unsubstantiiert behaupteten - Betriebsgeheimnisses zumutbar ist.

Soweit dem Vorbringen der Beklagten in der Berufungsinstanz die Behauptung entnommen wer-den könnte, dass die temperaturabhängige AGR-Rate überhaupt Einfluss auf das Emissionsver-halten eines Fahrzeugs hat, so ist dieses Vorbringen neu und vom Kläger bestritten worden. Da Zulassungsgründe weder vorgetragen noch sonst ersichtlich sind, muss dieses Bestreiten im Be-rufungsverfahren unberücksichtigt bleiben (§ 531 Abs. 2 ZPO). Zudem hat die Beklagte hierzu keinen Beweis angeboten.

b) Aus den vorstehenden Darlegungen ergibt sich, dass die temperaturabhängige Steuerung der Abgasrückführung im streitgegenständlichen Fahrzeug nach den Maßstäben der Rechtspre-chung des EuGH eine Abschaltvorrichtung i.S.d. Art. 3 Nr. 10 der Verordnung (EG) 715/2007 dar-stellt, da dieser Mechanismus die Wirksamkeit des Emissionskontrollsystems unter Fahrbedin-

gungen, wie sie im gesamten Unionsgebiet üblich sind, verringert (vgl. EuGH, Urt. v. 14.07.2022 - C-128/20, NJW 2022, 2605, Tz. 31 ff.). Denn zum einen sind im Unionsgebiet Temperaturen von unter +17°C, wie auch solche über +33°C bereits nach der allgemeinen Lebenserfahrung üblich. Zum anderen ist auch unstrittig, dass aufgrund des Thermofensters der Emissionsausstoß des Fahrzeugs während nahezu des gesamten Jahreszeitraums (jedenfalls auch bei durchaus üblichen Außentemperaturen) deutlich höher als angegeben ausfällt, weshalb eine Abschalteneinrichtung im vorgenannten Sinn vorliegt.

c) Diese Abschalteneinrichtung ist unzulässig i.S.d. Art. 5 Abs. 2 S. 1 der VO (EG) Nr. 715/2007. Die Beklagte hat keine Umstände dargetan, die vor dem Hintergrund der gebotenen engen Auslegung des vorliegend alleine in Betracht kommenden Ausnahmetatbestands des Art. 5 Abs. 2 S. 2 Buchstabe a der VO (EG) Nr. 715/2007 einen solchen begründen könnten.

aa) Nach der Rechtsprechung des EuGH fällt eine Abschalteneinrichtung, die die Einhaltung der in dieser Verordnung vorgesehenen Emissionsgrenzwerte nur innerhalb des Thermofensters gewährleistet, nicht allein deshalb unter die in dieser Bestimmung vorgesehene Ausnahme vom Verbot der Verwendung solcher Einrichtungen, weil diese Einrichtung zur Schonung von Anbauteilen wie AGR-Ventil, AGR-Kühler und Dieselpartikelfilter beiträgt, es sei denn, es ist nachgewiesen, dass diese Einrichtung ausschließlich notwendig ist, um die durch eine Fehlfunktion eines dieser Bauteile verursachten unmittelbaren Risiken für den Motor in Form von Beschädigung oder Unfall zu vermeiden. Dabei muss es sich um Risiken handeln, die so schwer wiegen, dass sie eine konkrete Gefahr beim Betrieb des mit dieser Einrichtung ausgestatteten Fahrzeugs darstellen. Eine Abschalteneinrichtung, die unter normalen Betriebsbedingungen den überwiegenden Teil des Jahres eingreifen müsste, damit der Motor vor Beschädigung oder Unfall geschützt und der sichere Betrieb des Fahrzeugs gewährleistet ist, kann jedenfalls nicht unter die in Art. 5 II Buchst. a der VO Nr. 715/2007 vorgesehene Ausnahme fallen (vgl. EuGH, Urt. v. 14.07.2022 - C-128/20, NJW 2022, 2605, Tz. 70 ff.).

bb) Die Beklagte hat im Hinblick auf die Notwendigkeit der Verwendung eines Thermofensters aus Gründen des Motorschutzes lediglich vorgetragen, dass bei einer unangepassten AGR-Rate bei niedrigen Temperaturen wegen höherer Ruß- und Kohlenwasserstoffbildung der Ausfall des Motors drohe und erwähnt eine mögliche Versottung und Verlackung als mögliche Ursachen plötzlicher Folgeschäden. Dieses Vorbringen kann auch vor dem Hintergrund des von der Beklagten angeführten Marktüberwachungsberichts des KBA aus dem Jahr 2020 eine ausnahmsweise Rechtfertigung der Verwendung des Thermofensters nicht begründen. Zum einen ist es nach der Rechtsprechung des EuGH (aaO, Tz. 55) zur Rechtfertigung der Verwendung einer Abschaltenein-

richtung nicht ausreichend, den Motor bzw. Anbauteile vor Verschmutzung (oder Verschleiß) zu schützen, weshalb die angeführte Versottung und Verlackung eine ausnahmsweise Zulässigkeit der Abschaltvorrichtung nicht begründen kann. Zum anderen ist von der Beklagten nicht vorgetragen, dass das Thermofenster ausschließlich notwendig ist, um die durch eine Fehlfunktion eines Bauteils des Abgasrückführungssystems verursachten unmittelbaren Risiken für den Motor in Form von Beschädigung oder Unfall zu vermeiden, wobei es sich um Risiken handelt, die so schwer wiegen, dass sie eine konkrete Gefahr beim Betrieb des mit dieser Einrichtung ausgestatteten Fahrzeugs darstellen (vgl. EuGH aaO, Tz. 62). Die Beklagte hat zudem nicht behauptet, dass im Genehmigungszeitpunkt keine andere technische Lösung die unmittelbaren Risiken für den Motor in Form von Beschädigung oder Unfall, die beim Fahren eines Fahrzeugs eine konkrete Gefahr hervorrufen, hätte abwenden können (vgl. EuGH aaO, Tz. 69). Zu der Frage, weshalb eine Abschaltung der Abgasrückführung bei Temperaturen über 33°C notwendig sein soll, hat die Beklagte überhaupt nichts ausgeführt.

Unabhängig von vorstehenden Erwägungen ist vorliegend jedenfalls, der Rechtsprechung des EuGH folgend, davon auszugehen, dass selbst ein solches Risiko eine ausnahmsweise Zulässigkeit nicht begründen könnte, da eine Abschaltvorrichtung, die - wie hier - unter normalen Betriebsbedingungen für den überwiegenden Teil des Jahres die Wirksamkeit des Emissionskontrollsystems verringern würde, damit der Motor vor Beschädigung oder Unfall geschützt und der sichere Betrieb des Fahrzeugs gewährleistet wäre, offensichtlich dem der VO Nr. 715/2007 verfolgten Ziel zuwiderlaufen würde und zu einer unverhältnismäßigen Beeinträchtigung des Grundsatzes der Begrenzung der Stickstoffoxid (NO<sub>x</sub>)-Emissionen von Fahrzeugen führen würde (vgl. EuGH aaO, Tz. 63 ff.).

3. Die Beklagte hat in dem Zeitpunkt der Inverkehrgabe des Fahrzeugs mit der unzutreffenden Übereinstimmungsbescheinigung fahrlässig gegen § 6 Abs. 1, § 27 Abs. 1 EG-FGV verstoßen. Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs streitet zu Lasten desjenigen, der - wie hier - gegen ein Schutzgesetz verstoßen hat, eine Verschuldensvermutung (BGH aaO, Tz. 59). Die Beklagte hat Umstände, die geeignet sind, die gegen sie streitende Verschuldensvermutung zu widerlegen, nicht dargetan. Die Darlegung der Beklagten zum Normenverständnis und zur Genehmigungspraxis des KBA oder anderer Genehmigungsbehörden sowie die Darlegungen der Beklagten zum Normenverständnis anderer Untersuchungsstellen oder -ausschüsse ist nicht maßgeblich, sondern das an der Systematik des Art. 5 Abs. 2 der Verordnung (EG) Nr. 715/2007 orientierte Normverständnis, nach dem Abschaltvorrichtungen nur ausnahmsweise und unter engen

Voraussetzungen zulässig sein können (BGH aaO, Tz. 60). Es konnte und musste vor diesem Hintergrund auch vorliegend damit gerechnet werden, dass ein Normenverstoß vorliegt. Dass die Frage der Zulässigkeit der Verwendung eines Thermofensters seit jeher umstritten war, ergibt sich auch aus den Darlegungen in der Entscheidung des EuGH vom 17.12.2020 (EuGH, Urteil vom 17.12.2020 - C-693/18).

Auf einen unvermeidbaren Verbotsirrtum kann die Beklagte sich nicht berufen. Denn es war im Zeitpunkt der Inverkehrgabe des Fahrzeugs mit der unzutreffenden Übereinstimmungsbescheinigung schon nicht die Situation gegeben, dass die Beklagte bei der Anwendung der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt nicht mit einer anderen Beurteilung der Zulässigkeit der festgestellten Abschaltanlage hätte rechnen müssen (vgl. BGH aaO, Tz. 63). Denn unabhängig von der Praxis der Genehmigungsbehörden und der Einschätzung anderer z.T. öffentlicher Stellen, auf die es maßgeblich nicht ankommt (vgl. BGH aaO Tz. 67) war, wie vorstehend bereits dargelegt, die Verwendung einer Thermofensters seit jeher umstritten. Dass die erteilte Typengenehmigung das vorliegend festgestellte Thermofenster inklusive aller Einzelheiten in seiner konkreten Ausführung (und auch unter Berücksichtigung von Kombinationen anderer Abschaltanlagen) umfasst (vgl. BGH aaO, Tz. 64), wird von der Beklagten nicht behauptet. Die Beklagte hat auch nicht ausreichend dargelegt, dass die Typengenehmigungsbehörde die vorliegend festgestellte Abschaltanlage genehmigt hätte. Denn hierzu hätte es einer - hier nicht vorliegenden - Darlegung aller für die Beurteilung maßgebender Einzelheiten (auch unter Berücksichtigung von Kombinationen anderer Abschaltanlagen) bedurft (vgl. BGH aaO, Tz. 66). Der Vortrag der Beklagten, dass dem KBA die Software des streitgegenständlichen Fahrzeugs in prüffähiger Form nachträglich zugänglich gemacht und von diesem nicht beanstandet worden sei, muss unberücksichtigt bleiben, da der Kläger diese Behauptung bestritten und die Beklagte keinen Beweis hierfür angeboten hat. Dass externer Rechtsrat erholt worden wäre, der die Rechtsauffassung der Beklagten gestützt hätte, wird von der Beklagten auch nicht behauptet (vgl. BGH aaO, Tz. 69). Der Umstand, dass über längere Zeit hinweg die Verwendung von Thermofenstern als Industriestandard galt und das KBA von der Verwendung von Thermofenstern in Dieselfahrzeugen ausging, kann nicht entlastend für die Beklagte wirken (BGH aaO, Tz. 70), weshalb die Beklagte einen unvermeidbaren Verbotsirrtum nicht für sich in Anspruch nehmen kann.

4. Der Kläger hat deshalb Anspruch auf Bezahlung des Differenzschadens i.H.v. 3.701,79 €.

a) Bereits aufgrund allgemeiner Lebenserfahrung steht fest, dass der Kläger, hätte er um die

Ausstattung des Fahrzeugs mit einer unzulässigen Abschaltvorrichtung und den damit einhergehenden Gefahren hinsichtlich der uneingeschränkten Benutzbarkeit gewusst, das streitgegenständliche Fahrzeug nicht erworben hätte (vgl. BGH aaO, Tz. 55).

b) Der Differenzschaden bestimmt sich nach dem Unterschied zwischen dem gezahltem Kaufpreis und dem objektiven Wert des Fahrzeugs im Erwerbszeitpunkt. Die Höhe dieses Schadens unterliegt der gerichtlichen Schätzung nach § 287 Abs. 1 S. 1 ZPO und bewegt sich aus den durch den Bundesgerichtshof näher dargelegten Gründen, denen sich der Senat anschließt, im Bereich von 5 % bis 15 % des vom Kläger aufgewendeten Kaufpreises (vgl. BGH aaO, Tz. 74 ff.). Unter Zugrundelegung des als im Zeitpunkt der Inverkehrgabe des Fahrzeugs als moderat zu bewertenden Risikos, dass das Fahrzeug zurückgerufen und mit einer Nebenbestimmung zur Typengenehmigung belegt wird, aber auch unter Berücksichtigung des ganz erheblichen Gewichts einer solchen (aus damaliger Sicht unwahrscheinlichen) Maßnahme, die im Falle der Unmöglichkeit der Erfüllung einer Nebenbestimmung bis zur Betriebsuntersagung bzw. Stilllegung führen könnte, erachtet der Senat die Bemessung des Schadens vorliegend mit 10 % des Kaufpreises als angemessen. Dies auch unter Berücksichtigung der Umstände, dass einerseits der Beklagten nur einfache Fahrlässigkeit zur Last gelegt werden kann, andererseits aber dem Verstoß der Beklagten vor dem Hintergrund des unionsrechtlichen Ziels der Einhaltung bestimmter Emissionsgrenzwerte ein nicht unerhebliches Gewicht beizumessen ist.

c) Auf diesen Schaden in Höhe von 10 % des Kaufpreises (10 % von 37.601,10 € = 3.760,11 €) hat sich der Kläger nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs die Vorteile anrechnen zu lassen, wie sie auch im Rahmen der Bestimmung des kleinen Schadensersatzes nach § 826 BGB gelten (vgl. BGH aaO, Tz. 80). Danach hat sich der Kläger auf den o.g. Betrag die Nutzungsvorteile und den Restwert des Fahrzeugs insoweit schadensmindernd anzurechnen zu lassen, als sie den Wert des Fahrzeugs bei Abschluss des Kaufvertrags übersteigen. Vorliegend ist, weil das mit 19.000 km erworbene Fahrzeug nach Klageerhebung mit 62.000 km verkauft wurde, der Verkaufserlös von 26.900,00 € (der von der Beklagten nicht beanstandet wurde) als Restwert und hinsichtlich der in der Besitzzeit des Klägers zurückgelegten 43.000 km ein Nutzungsersatz von 6.999,34 € (unter Anwendung der linearen Berechnungsmethode unter Annahme einer Gesamtleistung von 250.000 km) zugrunde zu legen. Diese Beträge (33.899,34 €) übersteigen den objektiven Wert des Fahrzeugs von 33.841,02 € um 58,32 €, so dass der Kläger sich letzteren Betrag schadensmindernd auf den Anspruch von 3.760,11 € anrechnen lassen muss. Er kann daher die Zahlung von 3.701,79 € beanspruchen.

5. Zinsen kann der Kläger erst ab 17.12.2021 als Rechtshängigkeitszinsen beanspruchen (§ 291,

§ 286 Abs. 1 BGB). Zu den Voraussetzungen eines früheren Verzugseintritts hat der Kläger nichts vorgetragen.

Es besteht kein Anspruch auf weitergehende Zinsen, da er den Kilometerstand des Fahrzeugs im Zeitpunkt der Klageerhebung nicht mitgeteilt hat.

6. Der Kläger hat keinen Anspruch auf Erstattung vorgerichtlicher Rechtsverfolgungskosten, weil er hierzu nicht schlüssig vorgetragen hat. Insbesondere hat er nicht vorgetragen, dass im Zeitpunkt der vorgerichtlichen Tätigkeit seines Prozessbevollmächtigten noch kein unbedingter Klageauftrag vorgelegen hätte (vgl. BGH, NJW-RR 2021, 1070, Tz. 7).

### C.

Die Kostenentscheidung ergibt sich aus § 92 Abs. 2 Nr. 1 ZPO.

Die Entscheidung über die vorläufige Vollstreckbarkeit beruht auf § 708 Nr. 10, § 713 ZPO.

Die Revision ist nicht zuzulassen, weil die Voraussetzungen des § 543 ZPO nicht vorliegen.

Die entscheidungserheblichen Rechtsfragen sind durch den Bundesgerichtshof durch das Urteil vom 26.06.2023 - VIa ZR 335/21 geklärt. Auch soweit die vorliegende Entscheidung im Ergebnis von der Einschätzung anderer Senate oder anderer Oberlandesgerichte abweicht, ist die Zulassung der Revision nicht geboten. Die von der Berufung angeführten Entscheidungen des OLG Köln und des OLG Hamm sind vor der o.g. Entscheidung des Bundesgerichtshofs ergangen, weshalb ihnen keine Relevanz (mehr) zukommt.

Der Entscheidung des 1. Senats des OLG Bamberg vom 12.07.2023 - 1 U 31/23, bei der es sich lediglich um einen Hinweisbeschluss handelt, liegt ein abweichender Sachverhalt zu Grunde, da nach den dortigen Feststellungen hinsichtlich des dort streitgegenständlichen Fahrzeugs die Voraussetzungen einer hypothetischen Genehmigung vorgelegen hätten. Gleiches gilt für die von der Berufung angeführte Entscheidung des OLG München vom 06.07.2023 - 37 U 1708/23.

Dem von der Berufung zitierten Beschluss des 10. Senats des Oberlandesgerichts Bamberg vom 12.07.2023 - 10 U 16/23 lässt sich nicht entnehmen, auf Grundlage welcher Feststellungen im dortigen Verfahren ein unvermeidbarer Verbotsirrtum bejaht wurde, so dass diese Entscheidung eine Zulassung der Revision nicht gebietet.

Der von der Berufung angeführte Beschluss des OLG Dresden vom 26.06.2023 - 14 U 2564/22

berücksichtigt - offensichtlich dem Entscheidungsdatum geschuldet - die vom Bundesgerichtshof in o.g. Entscheidung aufgestellten Rechtsgrundsätze erkennbar nicht, so dass ihm ebenfalls keine Relevanz hinsichtlich der Frage der Zulassung der Revision zukommen kann.

gez.

Usselman  
Vorsitzende Richterin  
am Oberlandesgericht

Götz  
Richter  
am Oberlandesgericht  
wegen Urlaubs an der Unter-  
schriftsleistung verhindert

Müller-Mück  
Richter  
am Oberlandesgericht

Usselman  
Vorsitzende Richterin am  
Oberlandesgericht

Verkündet am 31.07.2023

gez.  
Schaaf, JAng  
Urkundsbeamtin der Geschäftsstelle



Für die Richtigkeit der Abschrift  
Bamberg, 09.08.2023

Ellner, JHSekr`in  
Urkundsbeamtin der Geschäftsstelle