

Aktenzeichen:
23 U 656/21
15 O 11/20 LG Stuttgart



Oberlandesgericht Stuttgart

23. ZIVILSENAT

Im Namen des Volkes

Urteil

In dem Rechtsstreit

[REDACTED]

- Kläger und Berufungsbeklagter -

Prozessbevollmächtigte:

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

gegen

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

- Beklagte und Berufungsklägerin -

Prozessbevollmächtigte:

Rechtsanwälte **CMS Hasche Sigle Partnerschaft von Rechtsanwälten und Steuerberatern mbB**, law tax future, Theodor-Heuss-Straße 29, 70174 Stuttgart, Gz.: [REDACTED]

wegen Schadensersatzes

hat das Oberlandesgericht Stuttgart - 23. Zivilsenat - durch den Vorsitzenden Richter am Oberlandesgericht Meinhof, den Richter am Oberlandesgericht Titze und den Richter am Oberlandesgericht Michel aufgrund der mündlichen Verhandlung vom 11.12.2024 für Recht erkannt:

1. Auf die Berufung der Beklagten wird das Urteil des Landgerichts Stuttgart vom 1. September 2020, Az. 15 O 11/20, teilweise abgeändert und wie folgt neu gefasst:
 1. Die Beklagte wird verurteilt, an den Kläger 3.150,00 € nebst Zinsen hieraus in Höhe von fünf Prozentpunkten über dem jeweiligen Basiszinssatz seit dem 15. Juni 2024 zu zahlen.
 2. Im Übrigen wird die Klage abgewiesen.
2. Im Übrigen wird die Berufung zurückgewiesen.
3. Von den Kosten des Rechtsstreits im ersten Rechtszug tragen der Kläger 89 % und die Beklagte 11 %. Von den Kosten des Rechtsstreits im zweiten Rechtszug tragen der Kläger 87 % und die Beklagte 13 %.
4. Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar. Der Kläger kann die Vollstreckung durch Sicherheitsleistung in Höhe von 110 % des auf Grund des Urteils vollstreckbaren Betrages abwenden, wenn nicht die Beklagte vor der Vollstreckung Sicherheit in Höhe von 110 % des jeweils zu vollstreckenden Betrages leistet. Die Beklagte kann die Vollstreckung durch Sicherheitsleistung in Höhe von 110 % des auf Grund des Urteils vollstreckbaren Betrages abwenden, wenn nicht der Kläger vor der Vollstreckung Sicherheit in Höhe von 110 % des jeweils zu vollstreckenden Betrages leistet.
5. Die Revision gegen dieses Urteil wird nicht zugelassen.

Beschluss

Der Streitwert wird für das Berufungsverfahren auf bis 25.000,00 € festgesetzt.

Gründe:

I.

Der Kläger nimmt die Beklagte wegen der Verwendung angeblich unzulässiger Abschaltvorrichtungen in einem Dieselfahrzeug auf Schadensersatz in Anspruch.

Der Kläger erwarb am 19. Januar 2015 von der Beklagten einen Mercedes-Benz GLK 220 CDI als Gebrauchtwagen zum Preis von 31.500,00 €. Das Fahrzeug wies zum Zeitpunkt der Übergabe an den Kläger am 27. Januar 2015 eine Laufleistung von 9.515 km auf. Am 9. Dezember 2024 betrug die Laufleistung des Fahrzeugs 109.021 km. Das Fahrzeug ist mit einem von der Beklagten entwickelten und hergestellten Dieselmotor der Baureihe OM 651, Schadstoffklasse Euro 5, ausgestattet. Es ist von einem verpflichtenden Rückruf des Kraftfahrtbundesamtes (im Folgenden: KBA) betroffen. Zur Verringerung der Stickoxidemissionen wird in dem Fahrzeug ein System zur Abgasrückführung eingesetzt. Dabei wird ein Teil des Abgases zurück in das Ansaugsystem des Motors geführt und nimmt erneut an der Verbrennung teil. Die Abgasrückführung wird unter anderem in Abhängigkeit von der Außentemperatur gesteuert (sogenanntes „Thermofenster“). Das Fahrzeug verfügt über eine Kühlmittel-Solltemperatur-Regelung (im Folgenden: KSR).

Der Kläger behauptete im ersten Rechtszug,

dass das Thermofenster so ausgestaltet sei, dass die Abgasrückführung unterhalb einer Umgebungstemperatur von ca. 14 Grad Celsius reduziert werde; die maximale Reduktion erfolge unter ca. 9 Grad Celsius mit einem relativen Abzug von 40 %. Die Abgasrückführung werde zudem oberhalb einer Umgebungstemperatur von ca. 35 Grad Celsius reduziert. Die KSR Sorge dafür, dass während eines Kaltstarts eine effektivere Motor- und Abgaskalibrierung verwendet werde, so dass nur bei einem Kaltstart die Grenzwerte eingehalten würden und gerade nicht unter anderen Bedingungen wie im realen Fahrbetrieb. Die Beklagte habe ihn zudem hinsichtlich der Kalibrierung des OBD-Systems getäuscht. Dieses sei so programmiert, dass es bei der Inspektion fälschlicherweise melde, dass die Abgassysteme des Fahrzeugs ordnungsgemäß funktionierten.

Die Beklagte wendete ein,

dass dem Kläger keine Ansprüche zustehen würden. Das Fahrzeug verfüge über eine wirksame EG-Typgenehmigung und könne daher vom Kläger uneingeschränkt genutzt werden. Deshalb sei kein Schaden des Klägers ersichtlich. Das Fahrzeug halte die geltenden NOx-Grenzwerte ein.

Der Kläger habe auch nicht substantiiert vorgetragen, dass im Fahrzeug unzulässige Abschalt-einrichtungen verbaut seien. Das Thermofenster stelle keine Manipulation dar. Das AGR-System im streitgegenständlichen Fahrzeug sei selbst bei zweistelligen Minusgraden noch aktiv. Jedenfalls sei sie bei der Herstellung des Fahrzeugs im Hinblick auf dessen NOx-Emissionen einer vertretbaren Rechtsauffassung gefolgt, weshalb für ein vorsätzliches sittenwidriges Verhalten kein Raum sei.

Wegen der weiteren Einzelheiten des Vorbringens sowie der im ersten Rechtszug gestellten Anträge wird auf den Tatbestand des angefochtenen Urteils Bezug genommen.

Das Landgericht hat der Klage hinsichtlich der Hauptforderung nebst Zinsen unter Abzug einer Nutzungsentschädigung mit Urteil vom 18. Februar 2021 stattgegeben. Es hat weiter festgestellt, dass sich die Beklagte mit der Rücknahme des Fahrzeugs in Annahmeverzug befindet und dass der Anspruch des Klägers aus einer vorsätzlichen unerlaubten Handlung herrührt. Darüber hinaus hat es die Beklagte zur Freistellung von vorgerichtlichen Rechtsanwaltskosten verurteilt. Schließlich hat es festgestellt, dass sich der Rechtsstreit teilweise erledigt hat. Die Klage sei zulässig. Soweit der Kläger Feststellungsanträge stellt, verfüge er über das notwendige Feststellungsinteresse. Die Klage sei auch begründet. Dem Kläger stehe gegen die Beklagte ein Schadensersatzanspruch aufgrund vorsätzlicher sittenwidriger Schädigung aus § 826 BGB wegen der Verwendung der KSR im Abgasreinigungssystem des streitgegenständlichen Fahrzeugs zu. Der Kläger habe durch den Erwerb des streitgegenständlichen Fahrzeuges einen Schaden erlitten. Er habe einen Vertrag über das streitgegenständliche Fahrzeug abgeschlossen, das formal über eine erteilte EG-Typgenehmigung verfügt habe. Durch dieses Geschäft sei bei ihm eine konkrete Vermögensgefährdung eingetreten. Der Kläger habe diesen Schaden aufgrund eines Verhaltens der Beklagten erlitten. Die Beklagte habe das Fahrzeug mit der unzulässigen Abschalt-einrichtung produziert und in Verkehr gebracht. Dabei habe sie durch Verschweigen der unzulässigen Abschalt-einrichtung gegenüber dem KBA scheinbar zulässige Emissionswerte vorgespiegelt und sich die EG-Typgenehmigung erschlichen. Das Verhalten der Beklagten sei sittenwidrig. Die Installation der KSR habe den Vorgaben der EG-VO 715/2007 widersprochen. Sie sei eine Regelung des Emissionskontrollsystems, die im Wesentlichen den Prüfstand abbildet, was einen signifikanten Verstoß gegen diese Verordnung darstelle und daher den Vorwurf sittenwidrigen Verhaltens begründe. Die Beklagte habe den Kläger auch vorsätzlich geschädigt. Sie müsse sich das Verhalten ihrer Repräsentanten zurechnen lassen. Diese hätten mit Vorsatz gehandelt. Der Kläger könne gemäß § 249 BGB Schadensersatz verlangen. Er sei so zu stellen, als ob das schädigende Ereignis nicht eingetreten wäre. Der Kläger könne daher den von ihm zum Erwerb

des Fahrzeugs gezahlten Kaufpreis von der Beklagten zurückverlangen. Im Wege des Vorteilsausgleichs habe er das erworbene Fahrzeug und die gezogenen Nutzungen herauszugeben.

Gegen das ihr am 3. September 2020 zugestellte Urteil hat die Beklagte mit am 8. September 2020 eingegangenem Schriftsatz vom selben Tag Berufung eingelegt und diese mit am 2. November 2020 eingegangenem Schriftsatz vom selben Tag begründet.

Mit ihrer Berufung trägt die Beklagte zur Abwehr der geltend gemachten Ansprüche insbesondere vor:

Das Landgericht habe der Klage zu Unrecht überwiegend stattgegeben. Das Urteil stehe in Widerspruch zur Rechtsprechung der Oberlandesgerichte. Bei zutreffender Rechtsanwendung und einer ordnungsgemäßen rechtlichen Würdigung des zugrunde liegenden Sachverhalts hätte das Landgericht nach ihrer Auffassung die Klage vollumfänglich abweisen müssen. Richtigerweise bestünden gegen die Beklagte keine Ansprüche, insbesondere bestehe – anders als vom Landgericht unzutreffend angenommen – kein Anspruch aus §§ 826 BGB, 13 BGB. Das streitgegenständliche Fahrzeug entspreche den Vorgaben der VO (EG) Nr. 715/2007 und verfüge über eine wirksame EG-Typgenehmigung. In dem Fahrzeug seien keine unzulässigen Abschaltvorrichtungen verbaut. Insbesondere die KSR stelle keine unzulässige Abschaltvorrichtung dar. Bei ihr handle es sich um keine irgendwie geartete Manipulation, sondern sie diene gerade dem vom Gesetzgeber mit der Emissionsregulierung angestrebten Ziel der Reduktion der Emissionen beim Kaltstart. Jedenfalls sei dem Kläger kein Schaden entstanden. Das streitgegenständliche Fahrzeug verfüge über eine wirksame EG-Typgenehmigung und könne uneingeschränkt genutzt werden.

Im Übrigen wiederholt und vertieft sie ihren erstinstanzlichen Vortrag zu den klägerseits behaupteten unzulässigen Abschaltvorrichtungen.

Die Beklagte beantragt,

die Klage unter teilweiser Abänderung des Urteils des Landgerichts Stuttgart vom 01.09.2020 (Az.: 15 O 11/20) in vollem Umfang abzuweisen.

Der Kläger beantragt,

die Berufung zurückzuweisen.

Hilfsweise beantragt er, die Berufung zurückzuweisen, soweit sie über das Anspruchsziel der Anträge im Schriftsatz vom 11.06.2024 hinausgeht.

Die Anträge im Schriftsatz vom 26.09.2024 lauten:

1. Die Beklagte wird verurteilt, an den Kläger einen Entschädigungsbetrag bezüglich des Fahrzeugs der Marke Mercedes-Benz vom Typ GLK 220 CDI mit der Fahrzeugidentifikationsnummer [REDACTED] zu zahlen, dessen Höhe in das Ermessen des Gerichts gestellt wird, der jedoch mindestens EUR 4725 nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit Rechtshängigkeit betragen muss.
2. Die Beklagte wird verurteilt, dem Kläger die durch die Beauftragung der Prozessbevollmächtigten des Klägers entstandenen Kosten der außergerichtlichen Rechtsverfolgung in Höhe von EUR 1.698,13 nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit Rechtshängigkeit zu zahlen.

Der Kläger verteidigt das angegriffene Urteil, soweit die Beklagte zur Zahlung verurteilt wurde, dem Grunde nach. Aus den im ersten Rechtszug vorgetragenen Gründen sei die Beklagte zu Recht zur Zahlung von Schadensersatz verurteilt worden. Jedenfalls stehe ihm ein Anspruch auf Ersatz des Differenzschadens in Höhe von mindestens 4.725,00 € zu.

Im Übrigen wiederholt und vertieft er seinen erstinstanzlichen Vortrag zu im Fahrzeug verbauten unzulässigen Abschaltvorrichtungen.

Der Senat hat durch Verfügung des Vorsitzenden vom 12. September 2023 eine Auskunft beim KBA eingeholt. Wegen des Inhalts der Auskunft wird auf das Schreiben des KBA vom 26. Februar 2024 (Bl. 279 ff. BA) Bezug genommen.

Wegen der Einzelheiten des Vortrags der Parteien im zweiten Rechtszug wird auf die gewechselten Schriftsätze nebst Anlagen sowie auf die Sitzungsniederschrift vom 11. Dezember 2024 Bezug genommen.

II.

Die zulässige Berufung der Beklagten hat in der Sache teilweise Erfolg.

Dem Kläger steht zwar ein Anspruch gegen die Beklagte auf die mit seinem Hauptantrag begehrte und vom Landgericht zugesprochene Rückabwicklung des Kaufvertrags aus keinem rechtlichen Grund zu. Er kann aber einen Anspruch auf den hilfsweise begehrten Differenzschaden her-

leiten.

1. Die hilfsweise Geltendmachung des Differenzschadens ist als privilegierte Klageänderung im Berufungsverfahren gemäß §§ 525, 264 Nr. 2, Nr. 3 ZPO zulässig.

Soweit der Kläger seine Sachanträge mit Blick auf die am 26. Juni 2023 verkündeten Urteile des Bundesgerichtshofes in den Rechtssachen VIa ZR 335/21, VIa ZR 533/21 und VIa ZR 1031/26 angepasst hat und nunmehr hilfsweise Ersatz des Differenzschadens verlangt, handelt es sich um eine nach §§ 525, 264 Nr. 2, Nr. 3 ZPO zulässige Antragsänderung. Denn damit hat er seinem Klagebegehren lediglich eine andere Methode der Schadensberechnung zugrunde gelegt, die im Kern ebenfalls an die Vertrauensinvestition des Käufers bei Abschluss des Kaufvertrages anknüpft (vgl. BGH, Urteil vom 26. Juni 2023 – VIa ZR 335/21, juris, Rn. 45 und zuletzt BGH, Urteil vom 25. September 2023 - VIa ZR 1/23, juris, Rn. 11). Dies ist kein Fall einer Klageänderung im Sinne von §§ 533, 263 ZPO. Die Zulässigkeit einer Modifizierung des Klageantrags gemäß § 264 Nr. 2 oder 3 ZPO auch in der Berufungsinstanz entspricht dem Zweck der Ausnahmevorschrift, der die prozessökonomische und endgültige Erledigung des Rechtsstreits zwischen den Parteien fördern will. Auch der Sinn und Zweck des § 533 ZPO erfordert nicht dessen Anwendung auf § 264 ZPO im Berufungsverfahren (vgl. BGH, Urteil vom 19. März 2004 - V ZR 104/03, juris, Rn. 25).

2. Die Berufung der Beklagten hat teilweise Erfolg.

Gewährleistungsrechtliche Ansprüche (auf Rückabwicklung des Kaufvertrags) kann der Kläger nicht herleiten, weil diese verjährt sind und die Beklagte die Einrede der Verjährung erhoben hat (a)). Deliktische Ansprüche auf den vom Landgericht zugesprochenen großen Schadensersatz sind ebenfalls nicht gegeben, weil es jedenfalls an einem sittenwidrigen Verhalten von Repräsentanten der Beklagten im Sinne von § 31 BGB im Hinblick auf die klägerseits behaupteten unzulässigen Abschaltanlagen fehlt (b)). Die Beklagte befindet sich nicht im Annahmeverzug (c)). Dem Kläger steht kein Anspruch zu, der aus einer vorsätzlichen unerlaubten Handlung herrührt (d)). Der Erledigungsfeststellungsantrag ist unbegründet (e)). Der hilfsweise geltende gemachte Differenzschadensersatz steht dem Kläger aber aus § 823 Abs. 2 BGB in Verbindung mit §§ 6 Abs. 1, 27 Abs. 1 EG-FGV in Höhe von 3.150,00 € zu (f)). Weiter kann der Kläger einen Anspruch auf Prozesszinsen herleiten (g)). Ein Anspruch auf vorgerichtliche Rechtsanwaltskosten besteht hingegen nicht (h)).

a) Vertragliche Ansprüche aus §§ 346 Abs. 1, 323 Abs. 1, 437 Nr. 2 BGB auf Rückabwicklung des Kaufvertrags kann der Kläger nicht herleiten.

Ein etwaiger Anspruch auf Nacherfüllung aus §§ 437 Nr. 1, 439 Abs. 1 BGB wäre jedenfalls verjährt und damit ein Rücktritt gemäß § 218 Abs. 1 Satz 1 BGB unwirksam.

aa) Die zweijährige Regelverjährungsfrist für kaufrechtliche Sachmangelgewährleistungsansprüche nach § 438 Abs. 1 Nr. 3, Abs. 2 BGB ist vor Klageerhebung abgelaufen.

Das Fahrzeug wurde dem Kläger am 27. Januar 2015 übergeben. Die Klage ging erst im Januar 2020 beim Landgericht ein.

bb) Die Beklagte hat einen etwaigen Mangel des Fahrzeugs auch nicht arglistig verschwiegen. Daher kommt eine Verlängerung der Verjährungsfrist nach § 438 Abs. 3 BGB auf drei Jahre ab Kenntnis des Klägers von den anspruchsbegründenden Umständen gemäß §§ 199 Abs. 1, 195 BGB nicht in Betracht.

Im Hinblick auf das Thermofenster ist weder ein Täuschungsvorsatz von Repräsentanten der Beklagten noch ein Irrtum auf Seiten des KBA über dessen Vorliegen im Rahmen des EG-Typgenehmigungsverfahrens ersichtlich (vgl. sogleich b) aa) (2) (b)). Damit scheidet auch eine Täuschung von Käufern der Fahrzeuge über die Vereinbarkeit des Thermofensters mit zulassungsrelevanten Regelungen aus.

Hinsichtlich einer Prüfstandserkennung mit Umschaltlogik fehlt es an schlüssigem Vortrag (vgl. ebenfalls sogleich b) aa) (2) (a)).

b) Der Kläger kann auch keinen deliktischen Anspruch auf großen Schadensersatz herleiten.

aa) Die Voraussetzungen für einen Anspruch aus §§ 826, 31 BGB sind nicht gegeben. Es fehlt jedenfalls an einem sittenwidrigen Verhalten von Repräsentanten der Beklagten im Sinne von § 31 BGB im Hinblick auf die klägerseits behaupteten unzulässigen Abschaltanlagen.

(1) 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 (vgl. z. B. BGH, Urteil vom 13. Juli 2021 – VI ZR 128/20, juris, Rn. 11, m. w. N., und BGH, Urteil vom 16. September 2021 – VII ZR 190/20, juris, Rn. 13, m. w. N.).

Der Umstand, dass eine Vorrichtung die Abgasemissionen im Emissionskontrollsystem eines Fahrzeugs beeinflusst, reicht für sich genommen – auch falls sie als eine unzulässige Abschalt-einrichtung im Sinne von Art. 5 Abs. 2 VO 715/2007/EG zu qualifizieren sein und daher gegen das Gesetz verstoßen sollte – nicht aus, um dem Verhalten der handelnden Personen ein sittenwidri-ges Gepräge zu geben und den Einsatz dieser Steuerungssoftware als besonders verwerflich er-scheinen zu lassen; der vom Anspruchsteller darzulegende und zu beweisende objektive Tatbe-stand der Sittenwidrigkeit bedarf weiterer Umstände und setzt jedenfalls voraus, dass diese Per-sonen in dem Bewusstsein handelten, eine unzulässige Abschalt-einrichtung zu verwenden, und den darin liegenden Gesetzesverstoß billigend in Kauf nahmen (st. Rspr., vgl. zur temperaturab-hängigen Steuerung der Abgasrückführung z. B. BGH, Urteil vom 13. Juli 2021 – VI ZR 128/20, ju-ris, Rn. 13, BGH, Urteil vom 16. September 2021 – VII ZR 190/20, juris, Rn. 15 f., und BGH, Be-schluss vom 25. November 2011 – III ZR 202/20, juris, Rn. 14, jeweils m. w. N., sowie darüber hinaus auch zur KSR und zum SCR-System BGH, Beschluss vom 10. November 2021 – VII ZR 415/21, juris, Rn. 27).

(2) Umstände, die nach dieser Maßgabe das Verhalten der Beklagten nach seinem Gesamtcha-rakter als sittenwidrig erscheinen lassen, sind hier weder hinsichtlich des Thermofensters, selbst wenn man unterstellt, es handle sich bei ihm um eine unzulässige Abschalt-einrichtung, noch be-züglich der weiteren von dem Kläger behaupteten Abschalt-einrichtungen ersichtlich; insbesonde-re lässt sich ein Handeln im entsprechenden Bewusstsein aus dem Vortrag des Klägers nicht feststellen. Der Vortrag des Klägers, dass es sich auch bei dem OBD-System um eine unzuläs-sige Abschalt-einrichtung handele, ist unsubstantiiert.

(a) Hinsichtlich einer Prüfstandserkennung mit Umschaltlogik fehlt es an schlüssigem Vortrag des Klägers.

(aa) Nach den genannten Grundsätzen als sittenwidrig zu qualifizieren ist ein Verhalten eines Au-tomobilherstellers gegenüber einem Fahrzeugkäufer bei dem der Automobilhersteller die grundle-gende strategische Frage, mit welchen Maßnahmen er strenge Stickoxidgrenzwerte einhalten will, im eigenen Kosten- und Gewinninteresse dahingehend entscheidet, von der Einhaltung die-

ser Grenzwerte im realen Fahrbetrieb vollständig abzusehen und dem KBA stattdessen zwecks Erlangung der Typgenehmigung mittels einer eigens zu diesem Zweck entwickelten Motorsteuerungssoftware wahrheitswidrig vorzuspiegeln, dass die von ihm hergestellten Dieselfahrzeuge die Grenzwerte einhalten und dazu die Software bewusst und gewollt so programmiert, dass die gesetzlichen Abgasgrenzwerte nur auf dem Prüfstand beachtet, im normalen Fahrbetrieb hingegen überschritten werden (Umschaltlogik). Dies zielt unmittelbar auf die arglistige Täuschung der Typgenehmigungsbehörde ab. Bringt ein solcher Automobilhersteller die mit einer derartigen - evident unzulässigen - Abschaltvorrichtung versehenen Fahrzeuge unter bewusster Ausnutzung der Arglosigkeit der Erwerber, die die Einhaltung der gesetzlichen Vorgaben und die ordnungsgemäße Durchführung des Typgenehmigungsverfahrens als selbstverständlich voraussetzen, in den Verkehr, so steht ein solches Verhalten einer unmittelbaren arglistigen Täuschung der Fahrzeugerber in der Bewertung gleich (BGH, Beschluss vom 19. Januar 2021 - VI ZR 433/19, juris, Rn. 17).

(bb) Die Verwendung einer solchen Software behauptet der Kläger zwar. Dies erfolgt aber ohne jeden greifbaren Anhaltspunkt „ins Blaue hinein“, weshalb der Vortrag unbeachtlich ist.

Ein Sachvortrag zur Begründung eines Anspruchs ist bereits dann schlüssig und erheblich, wenn die Partei Tatsachen vorträgt, die in Verbindung mit einem Rechtssatz geeignet und erforderlich sind, das geltend gemachte Recht als in der Person der Partei entstanden erscheinen zu lassen. Die Angabe näherer Einzelheiten ist nicht erforderlich, soweit diese für die Rechtsfolgen nicht von Bedeutung sind. Sind diese Anforderungen erfüllt, ist es Sache des Tatrichters, in die Beweisaufnahme einzutreten und dabei gegebenenfalls die benannten Zeugen oder die zu vernehmende Partei nach weiteren Einzelheiten zu befragen oder einem Sachverständigen die beweiserheblichen Streitfragen zu unterbreiten (st. Rspr., vgl. BGH, Urteil vom 13. Juli 2021 – VI ZR 128/20, juris, Rn. 20 und BGH, Beschluss vom 5. Oktober 2022 – VIII ZR 88/21, juris, Rn. 20 jeweils m.w.N.).

Diese Grundsätze gelten insbesondere dann, wenn die Partei keine unmittelbare Kenntnis von den ihrer Behauptung zugrundeliegenden Vorgängen hat. Eine Partei darf auch von ihr nur vermutete Tatsachen als Behauptung in einen Rechtsstreit einführen, wenn sie mangels entsprechender Erkenntnisquellen oder Sachkunde keine sichere Kenntnis von Einzeltatsachen hat (vgl. BGH, Urteil vom 13. Juli 2021 - VI ZR 128/20, juris, Rn. 21).

Unbeachtlich ist der auf Vermutungen gestützte Sachvortrag einer Partei erst dann, wenn die Partei ohne greifbare Anhaltspunkte für das Vorliegen eines bestimmten Sachverhalts willkürlich Be-

hauptungen „aufs Geratewohl“ oder „ins Blaue hinein“ aufstellt (vgl. BGH, Urteil vom 13. Juli 2021 - VI ZR 128/20, juris, Rn. 22). Bei der Annahme von Willkür in diesem Sinne ist Zurückhaltung geboten. In der Regel wird sie nur bei Fehlen jeglicher tatsächlicher Anhaltspunkte vorliegen (vgl. BGH, Urteil vom 13. Juli 2021 - VI ZR 128/20, juris, Rn. 22).

Vorliegend zeigt der Kläger aber keine tatsächlichen Anhaltspunkte dafür auf, dass im Motor des von ihm erworbenen Fahrzeugs eine unzulässige Abschaltvorrichtung in Form einer Prüfstandserkennung mit Auswirkungen auf die Motoremissionen vorhanden ist.

Hinsichtlich des Thermofensters geht er selbst davon aus, dass die AGR bei identischen Bedingungen auf dem Prüfstand und im Realbetrieb in gleicher Weise funktioniert.

Hinsichtlich der KSR trägt er zwar vor, die Bedingungen unter denen diese aktiv sei, seien besonders eng an die Bedingungen auf dem Prüfstand angelehnt und würden im Realbetrieb nur selten auftreten. Er stellt aber nicht in Abrede, dass die KSR auch im Realbetrieb aktiv ist, wenn dort dieselben Bedingungen herrschen. Auch der BGH hat es zwar als hinreichenden Vortrag angesehen, wenn ein Kläger eine Prüfstandsbezogenheit behauptet und ein Rückruf wegen der KSR erfolgt ist (BGH, Beschluss vom 21. September 2022 – VII ZR 471/21, juris, Rn. 16, wobei der BGH nur unterstellt hat, der Rückruf sei wegen der KSR erfolgt, weil die Beklagte nichts anderes dargelegt hat; tatsächlich dürfte der Rückruf in dem konkreten Fall, der ein Fahrzeug mit dem Motor OM 642, Euro 6 betraf, nicht wegen der KSR erfolgt sein – für diesen Motortyp ist dem Senat bisher kein Rückruf wegen der KSR bekannt geworden -, sondern wegen des SCR-Systems; zur Annahme der Substantiiertheit des Vortrags bei erfolgtem Rückruf vgl. auch BGH, Beschluss vom 4. Mai 2022 – VII ZR 733/21, juris, Rn. 23 f.). Behauptet ein Kläger aber, wie hier, dass die Bedingungen für die Abschaltung der KSR im Realbetrieb meist vorliegen, so ist damit eine prüfstandsbezogene Abschaltvorrichtung nicht schlüssig vorgetragen. Das ist kein Indikator für sittenwidriges Verhalten (BGH, Beschluss vom 5. September 2022 – VIa ZR 51/21, juris, Rn. 9; vgl. dazu auch die vorangegangenen Beschlüsse vom 30. Mai und vom 14. März 2022 in derselben Sache; im Beschluss vom 14. März ging der BGH selbst nach der Behauptung, die KSR sei nur in 3 % (a.a.O., juris, Rn. 7) aller Fälle aktiv, davon aus, dass es sich nicht um eine per se sittenwidrige Prüfstandserkennung handle). Darüber hinaus gehen sämtliche der zahlreichen Auskünfte, die der Senat bisher zur KSR vom KBA erhalten hat, davon aus, dass es sich bei der KSR nicht um eine prüfstandsbezogene Abschaltvorrichtung handelt. So liegt es auch hinsichtlich der im Streitfall eingeholten Auskunft des KBA vom 26. Februar 2024.

(b) Auch aus anderen Gründen als dem Vorhandensein einer Umschaltlogik kann nicht auf sitten-

widriges Verhalten der Beklagten geschlossen werden. Eine Täuschung des KBA ist nicht erkennbar, insbesondere nicht durch wesentlich unterbliebene oder unrichtige Angaben der Beklagten im Typgenehmigungsverfahren, die noch dazu auf ein heimliches und manipulatives Vorgehen oder eine Überlistung des KBA hindeuteten.

(aa) Aus einer etwaig unterbliebenen Offenlegung der genauen Wirkungsweise des Thermofensters gegenüber dem KBA folgen keine Anhaltspunkte, dass für die Beklagte tätige Personen in dem Bewusstsein handelten, eine unzulässige Abschaltvorrichtung zu verwenden. Hat die Beklagte das Thermofenster durch die Angabe im Typgenehmigungsverfahren offengelegt, die Rate der Abgasrückführung werde unter anderem durch den Parameter „Lufttemperatur“ gesteuert, wäre, selbst wenn die Beklagte dabei - erforderliche - Angaben zu den Einzelheiten der temperaturabhängigen Steuerung unterlassen haben sollte, 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 im streitgegenständlichen Fahrzeug zu prüfen (vgl. BGH, Urteil vom 16. September 2021 – VII ZR 190/20, juris, Rn. 26). Nicht anders liegt es im Ergebnis hier. Die Beklagte hat nicht verschleiert, dass die Abgasrückführungsrate durch die Außentemperatur mitbestimmt wird. Dem KBA waren nämlich die Verwendung von Thermofenstern bei allen Herstellern seit dem Jahr 2008 und die in diesem Zusammenhang geführte rechtliche Diskussion um den Motorschutz bekannt (dazu OLG Stuttgart, Urteil vom 25. Januar 2022 – 16a U 158/19, juris, Rn. 54) und es war deshalb zu einer Überprüfung des Emissionsverhaltens des Fahrzeugs – gegebenenfalls nach weiteren Rückfragen beim Hersteller – ohne Weiteres in der Lage (vgl. BGH, Beschluss vom 25. November 2021 – III ZR 202/20, juris, Rn. 15). Das KBA hätte, falls es sich hinsichtlich der ihm bekannten Verwendung eines Thermofensters nicht hinreichend informiert gesehen hätte, hierzu Näheres erfragen können.

(bb) Zudem wurde die genaue Beschreibung der Emissionsstrategien erst ab 16. Mai 2016 mit der Verordnung (EU) 2016/646 eingeführt. Für das zuvor erstmals zum Verkehr zugelassene streitgegenständliche Fahrzeug wurde eine solche genaue Beschreibung noch nicht verlangt.

(cc) Hinzu kommt, dass die Frage, ob es sich bei dem Thermofenster um eine unzulässige Abschaltvorrichtung handelt, in den vergangenen Jahren in der Rechtsprechung stark umstritten war und die Beklagte einen zumindest vertretbaren Standpunkt eingenommen hat. Da die Kläger ein vorsätzliches Verhalten der Beklagten nachweisen müssen und nicht umgekehrt, die Beklagte sich zu entlasten hat, ist es nicht an der Beklagten, ihre Erwägungen offenzulegen, die sie zur Zulässigkeit des Thermofensters angestellt hat, sondern die Kläger müssen Anhaltspunkte dafür be-

zeichnen, dass die Beklagte wusste oder billigend in Kauf nahm, dass sie eine unzulässige Abschaltvorrichtung verwendete.

(dd) Dass bestimmte Ausgestaltungen des Thermofensters nunmehr vom EuGH als unzulässige Abschaltvorrichtungen angesehen werden (für ein Thermofenster, bei dem die volle Abgasreinigung nur in einem Außentemperatur-Fenster von 15 bis 33 Grad Celsius und bei einem Fahrbetrieb unterhalb von 1.000 Höhenmetern stattfindet, EuGH, Urteil vom 14. Juli 2022 – C-128/20, juris, 2. Leitsatz und Rn. 70; zuletzt EuGH, Urteil vom 21. März 2023 - C-100/21 = BeckRS 2023, 4652), das Verwaltungsgericht Schleswig dem gefolgt ist (Urteil vom 20. Februar 2023 - 3 A 113/18, juris) und das KBA das Thermofenster in verschiedenen Fahrzeugen der Beklagten zwischenzeitlich durch Bescheid vom 13. Dezember 2023 beanstandet hat, ändert an der vorstehenden Beurteilung nichts. Denn für diese sind die damaligen, vor Erwerb des Fahrzeuges liegenden, Vorstellungen und Erkenntnisse maßgeblich.

(ee) Soweit der Vortrag des Klägers so zu verstehen sein sollte, dass das Thermofenster eine hinreichende Abgasreinigung nur auf dem Prüfstand bewirkt und sonst nicht, was unmittelbar als vorsätzliche sittenwidrige Schädigung einzuschätzen wäre (dazu BGH, Urteil vom 25. Mai 2020 – VI ZR 252/19, juris, Rn. 16), wäre der Vortrag des Klägers dazu jedenfalls prozessual unbeachtlich. Er darf nicht willkürlich, aufs Geratewohl und ohne greifbare Anhaltspunkte Behauptungen aufstellen (BGH, Urteil vom 26. Juni 2023 – VIa ZR 335/21, juris Rn. 53). Dafür, dass der Temperaturbereich ab dem die AGR zurückgefahren ist in einer Weise auf die Prüfstandsbedingungen ausgerichtet ist, die erreicht, dass die AGR (nahezu) nur auf dem Prüfstand aktiv ist, gibt es keinen Anhaltspunkt. Dagegen spricht bereits, dass die für das Prüfverfahren zugelassenen Temperaturen zwischen 20 und 30 Grad Celsius häufig auch außerhalb des Prüfverfahrens vorkommen. Davon abgesehen gibt es auch keinen Anhaltspunkt dafür, dass die AGR schon ab 20 Grad reduziert wird. Auch der Kläger nennt keinen Beleg für solch ein Betriebsverhalten der AGR.

(c) Der Vortrag des Klägers, dass es sich auch bei dem OBD-System um eine unzulässige Abschaltvorrichtung handele, ist unsubstantiiert.

Das OBD-System wirkt nicht im Sinne von Art. 3 Nr. 10 VO (EG) 715/2007 auf das Emissionskontrollsystem ein, sondern überwacht dieses lediglich. Es kann sich bei ihm daher schon begrifflich nicht um eine Abschaltvorrichtung im Sinne von Art. 3 Nr. 10 VO (EG) 715/2007 handeln. Mit hin kann dessen Programmierung nicht unmittelbar der Täuschung des KBA über eine Abschaltvorrichtung dienen. Zu Täuschungszwecken über das Vorhandensein unzulässiger Abschaltvorrichtungen könnte es nur indirekt dienen, wenn es dazu eingesetzt wird, eine Abschaltvorrichtung

zu verdecken, indem es trotz illegaler Abschaltung eine Fehlfunktion nicht anzeigt. Selbst eine – hier nur unterstellte – manipulative Programmierung des OBD-Systems, mit der Fehlfunktionen einer unzulässigen Abschaltvorrichtung verdeckt werden sollen, wäre somit nur ein Teilbeitrag zu dem Einsatz der eigentlichen unzulässigen Abschaltvorrichtung. Da aber, wie dargelegt, keine Anhaltspunkte für ein arglistig, täuschendes Verhalten der Beklagten im Zusammenhang mit dem Thermofenster oder der KSR vorliegen, sind auch keine Anhaltspunkte ersichtlich, dass das OBD-System nicht ordnungsgemäß arbeitet. Dem Senat ist, davon abgesehen, bisher keine Beanstandung eines OBD-Systems bei einem Fahrzeug der Beklagten durch das KBA oder ein entsprechender Medienbericht je bekannt geworden. Der Vortrag des Klägers erfolgt demnach ins Blaue hinein.

bb) Dem Kläger steht auch kein Anspruch aus § 823 Abs. 2 BGB in Verbindung mit § 263 StGB zu. Für einen Betrug im Sinne des § 263 StGB fehlt es gemäß dem zu § 826 BGB Gesagten an einer Täuschungshandlung.

cc) Aus § 823 Abs. 2 BGB in Verbindung mit §§ 6 Abs. 1, 27 Abs. 1 EG-FGV kann der Kläger keinen Anspruch auf großen Schadensersatz herleiten.

(1) Unter Aufgabe seiner bisherigen ständigen Rechtsprechung (BGH, Urteil vom 25. Mai 2020 – VI ZR 252/19, juris, Rn. 72 ff.) nimmt der Bundesgerichtshof nun zwar an, dass das Interesse, nicht zur Eingehung einer ungewollten Verbindlichkeit veranlasst zu werden, im Aufgabenbereich der §§ 6 Abs. 1, 27 Abs. 1 EG-FGV liegt (BGH, Urteil vom 26. Juni 2023 - VIa ZR 335/21, juris, Rn. 32).

(2) Allerdings hat er aber weiter (unter Aufrechterhaltung seiner bisherigen Rechtsprechung) dargelegt, dass die europarechtlichen Vorschriften nicht die Zuerkennung eines großen Schadensersatzes gewähren, wie ihn das Landgericht zugesprochen hat (vgl. BGH, Urteil vom 26. Juni 2023 - VIa ZR 335/21, juris, Rn. 23). Der Käufer kann auf der Grundlage der § 823 Abs. 2 BGB in Verbindung mit §§ 6 Abs. 1, 7 Abs. 1 EG-FGV im Falle der Enttäuschung seines auf die Richtigkeit der Übereinstimmungsbescheinigung gestützten Vertrauens – anders als bei einer sittenwidrigen vorsätzlichen Schädigung durch den Fahrzeughersteller und auf der Grundlage der §§ 826, 31 BGB – nicht verlangen, dass der Fahrzeughersteller das Fahrzeug übernimmt und den Kaufpreis abzüglich vom Käufer erlangter Vorteile erstattet. Ein solcher Anspruch, der im Kern nicht den Vermögensschaden, sondern die freie Willensentschließung des Käufers schützt, kommt nur bei einem im Sinne von §§ 826, 31 BGB arglistigen Verhalten des Fahrzeugherstellers in Betracht. Ein Käufer kann auf der Grundlage der § 823 Abs. 2 BGB in Verbindung mit §§ 6 Abs. 1, 7 Abs. 1

EG-FGV lediglich die Zahlung des sogenannten Differenzschadens verlangen (hierzu sogleich unter f)).

c) Nachdem dem Kläger kein Anspruch auf Rückabwicklung des Kaufvertrags zusteht, befindet sich die Beklagte auch nicht im Annahmeverzug.

d) Nach alledem ist kein Anspruch des Klägers gegeben, der aus einer vorsätzlichen unerlaubten Handlung herrührt, weshalb der insoweit gestellte Feststellungsantrag jedenfalls unbegründet ist.

e) Der im Hinblick auf den großen Schadensersatz gestellte Erledigungsfeststellungsantrag ist unbegründet, weil dem Kläger zum Zeitpunkt des erledigenden Ereignisses - Zurücklegung der Wegstrecke mit dem streitgegenständlichen Fahrzeug - aus den dargelegten Gründen kein Anspruch auf großen Schadensersatz zustand.

f) Dem Kläger steht aber gegen die Beklagte der mit dem Hilfsantrag geltende gemachte Anspruch auf Ersatz des Differenzschadens aus § 823 Abs. 2 BGB in Verbindung mit §§ 6 Abs. 1, 27 Abs. 1 EG-FGV in Höhe von 3.150,00 € zu.

Ein solcher Anspruch ist im Streitfall dem Grunde nach gegeben (aa)). Der Senat bemisst den Schaden des Klägers im Wege der Schätzung unter Anwendung von § 287 ZPO auf 3.150,00 € (bb)).

aa) Der Kläger kann einen Anspruch auf Ersatz des Differenzschadens aus § 823 Abs. 2 BGB in Verbindung mit §§ 6 Abs. 1, 27 Abs. 1 EG-FGV dem Grunde nach herleiten.

Ein Anspruch aus §§ 6 Abs. 1, 27 Abs. 1 EG-FGV kommt in Betracht, da diese Vorschriften entgegen der Auffassung der Beklagten Schutzgesetze im Sinne von § 823 Abs. 2 BGB sind (1). Das klägerische Fahrzeug verfügte bei Abschluss des Kaufvertrags zumindest über eine unzulässige Abschaltvorrichtung im Sinne von Art. 5 Abs. 2 Satz 1 VO (EG) Nr. 715/2007, weshalb die Beklagte als Herstellerin des Fahrzeugs eine unzutreffende Übereinstimmungsbescheinigung ausgestellt und damit gegen § 6 Abs. 1 und § 27 Abs. 1 EG-FGV verstoßen hat (2). Die Beklagte handelte auch schuldhaft (3). Eine Tatbestandswirkung der EG-Typgenehmigung kann dem Anspruch nicht entgegen gehalten werden (4). Die Erwerbskausalität ist gegeben (5). Die Beklagte ist auch nicht berechtigt, die Leistung zu verweigern, denn der Anspruch ist nicht verjährt (6). Eine Aussetzung des Rechtsstreits gemäß § 148 ZPO kam nicht in Betracht (7).

(1) Ein Anspruch aus §§ 6 Abs. 1, 27 Abs. 1 EG-FGV kommt in Betracht, da diese Vorschriften entgegen der Auffassung der Beklagten Schutzgesetze im Sinne von § 823 Abs. 2 BGB sind.

(a) Wie bereits unter 2. b) cc) dargelegt, nimmt der Bundesgerichtshof mittlerweile (Urteil vom 26. Juni 2023 - VIa ZR 335/21, juris, Rn. 28 ff.) an, dass das unionsrechtlich geschützte Interesse, durch den Abschluss eines Kaufvertrags über ein Kraftfahrzeug nicht wegen eines Verstoßes des Fahrzeugherstellers gegen das europäische Abgasrecht eine Vermögenseinbuße im Sinne der Differenzhypothese zu erleiden, von § 823 Abs. 2 BGB in Verbindung mit §§ 6 Abs. 1, 27 Abs. 1 EG-FGV nach der gebotenen unionsrechtlichen Lesart geschützt ist.

(b) Soweit die Beklagte gegen die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs einwendet, §§ 6 Abs. 1, 27 Abs. 1 EG-FGV könnten schon deshalb keine Schutzgesetze sein, weil es insoweit an einer den verfassungsrechtlichen Anforderungen des Art. 80 Abs. 1 GG genügenden Ermächtigungsgrundlage fehle, kann dem nicht gefolgt werden.

Der Bundesgerichtshof hat sich bereits in der dargelegten Leitentscheidung (Urteil vom 26. Juni 2023 - VIa ZR 335/21) mit diesem Argument auseinandergesetzt und ist der Auffassung der Beklagten mit überzeugenden Argumenten nicht gefolgt. Gesetz im Sinne von § 823 Abs. 2 BGB ist nicht nur ein Gesetz im formellen Sinne, sondern gemäß § 2 EGBGB jede Rechtsnorm; ein den Schutz eines anderen bezweckendes Gesetz kann mithin jede Norm des objektiven Rechts sein, sofern darin ein bestimmtes Gebot oder Verbot ausgesprochen wird (BGH, Urteil vom 26. Juni 2023 - VIa ZR 335/21, juris, Rn. 32).

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

(a) Unzutreffend ist eine Übereinstimmungserklärung, wenn das betreffende Kraftfahrzeug mit einer gemäß Art. 5 Abs. 2 VO (EG) 715/2007 unzulässigen Abschaltvorrichtung ausgerüstet ist, weil die Bescheinigung dann eine tatsächlich nicht gegebene Übereinstimmung des konkreten Kraftfahrzeugs mit Art. 5 Abs. 2 VO (EG) 715/2007 ausweist (BGH, Urteil vom 26. Juni 2023 - VIa ZR 335/21, juris, Rn. 34). Entgegen der Auffassung der Beklagten steht der Annahme einer Abschaltvorrichtung nach Art. 3 Nr. 10 VO (EG) 715/2007 nicht entgegen, dass eine Funktion auch im Straßenbetrieb unter denselben Bedingungen dem Grunde nach wie auf dem Prüfstand arbeitet (OLG Hamm, Urteil vom 1. September 2023 - 30 U 78/21, juris, Rn. 82).

Gemäß Art. 5 Abs. 1 VO (EG) 715/2007 soll der Hersteller das Fahrzeug so ausrüsten, dass die Bauteile, die das Emissionsverhalten voraussichtlich beeinflussen, so konstruiert, gefertigt und montiert sind, dass das Fahrzeug unter normalen Betriebsbedingungen dieser Verordnung und ihren Durchführungsmaßnahmen entspricht. Die Verwendung von Abschaltvorrichtungen, die die Wirkung von Emissionskontrollsystemen verringern, ist gemäß Art. 5 Abs. 2 Satz 1 VO (EG)

715/2007 unzulässig. Maßstab für die Frage der Zulässigkeit einer Funktionsveränderung in Abhängigkeit von bestimmten Parametern nach Art. 3 Nr. 10 VO (EG) 715/2007 ist nicht die Einhaltung des Grenzwerts auf dem Prüfstand, sondern die Wirksamkeit des unverändert funktionierenden Emissionskontrollsystems unter den Bedingungen des normalen Fahrbetriebs (BGH, Urteil vom 26. Juni 2023 - VIa ZR 335/21, juris, Rn. 51; OLG Hamm, Urteil vom 13. September 2023 - 30 U 81/21, juris, Rn. 106). Nach Art. 3 Nr. 10 VO (EG) 715/2007 ist eine Abschaltvorrichtung im Sinne dieser Verordnung und ihrer Durchführungsmaßnahmen nämlich ein Bauteil, das die Temperatur, die Fahrzeuggeschwindigkeit, die Motordrehzahl, den eingeleiteten Getriebegang, den Unterdruck im Einlasskrümmer oder sonstige Parameter ermittelt, um die Funktion eines beliebigen Teils des Emissionskontrollsystems zu aktivieren, zu verändern, zu verzögern oder zu deaktivieren, wodurch die Wirksamkeit des Emissionskontrollsystems unter Bedingungen, die bei normalem Fahrzeugbetrieb vernünftigerweise zu erwarten sind, verringert wird. Deshalb bedarf es insoweit nur eines Vergleichs der Wirksamkeit des unverändert funktionierenden und derjenigen des verändert funktionierenden Gesamtsystems, und zwar jeweils unter Bedingungen des normalen Fahrbetriebs im gesamten Unionsgebiet; ob die Grenzwerte unter den Bedingungen des NEFZ auch bei veränderter Funktion eingehalten wurden, ist mit Rücksicht auf den Wortlaut des Art. 3 Nr. 10 VO (EG) 715/2007 hingegen nicht von Bedeutung (BGH, Urteil vom 26. Juni 2023 - VIa ZR 335/21, juris, Rn. 51).

(b) Auf dieser Grundlage stellt jedenfalls die im Fahrzeug verwendete KSR eine unzulässige Abschaltvorrichtung im Sinne von Art 3 Nr. 10, Art. 5 Abs. 2 Satz 1 VO (EG) Nr. 715/2007 dar ((aa)). Ob das Thermofenster in seiner konkreten Ausgestaltung eine solche ist, kann dahinstehen (bb)).

(aa) Nach Auffassung des Senats stellt die im Fahrzeug (bei dessen Erwerb) verwendete KSR eine unzulässige Abschaltvorrichtung im oben genannten Sinne dar.

Der Senat legt dabei die technischen Ausführungen in der Auskunft des KBA vom 26. Februar 2024 zugrunde und kommt dabei nach eigener Würdigung zur Unzulässigkeit der KSR in der streitgegenständlichen Ausgestaltung.

(aaa) Das KBA führt aus, dass die AGR-Rate reduziert und die Wirksamkeit des Emissionskontrollsystems unter normalen Betriebsbedingungen verringert werde, wenn die Funktion „Regeltes Kühlmittelthermostat“ gänzlich abgeschaltet wird. Damit sind die Voraussetzungen einer Abschaltvorrichtung gemäß Artikel 3 Nr. 10 der VO (EG) Nr. 715/2007 nach der dargelegten Auslegung des Bundesgerichtshofs gegeben. Denn die Wirksamkeit des Emissionskontrollsystems wird unter Bedingungen, die bei normalem Fahrzeugbetrieb vernünftigerweise zu erwarten sind,

verringert.

Insoweit ist auch zu berücksichtigen, dass der Hersteller nach Art. 4 Abs. 2 VO (EG) Nr. 715/2007 sicherzustellen hat, dass die ergriffenen technischen Maßnahmen die Emissionen während der gesamten Lebensdauer des Fahrzeugs und bei normalen Nutzungsbedingungen, also auch bei betriebswarmen Motor, wirksam begrenzen (vgl. OLG Stuttgart, Urteil vom 19. Oktober 2023 - 24 U 103/22). Hierzu hat er das Fahrzeug nach Art. 5 Abs. 1 VO (EG) Nr. 715/2007 entsprechend auszurüsten (vgl. VG Schleswig, Urteil vom 20. Februar 2023 – 3 A 113/18, juris, Rn. 232).

Diesen Anforderungen genügt die KSR aufgrund ihres begrenzten Wirkbereiches nicht. Nach der zugrunde gelegten Darstellung der Beklagten wird bei der KSR die Solltemperatur für das Kühlmittelthermostat unter bestimmten Betriebsumständen auf 70 Grad Celsius abgesenkt, wodurch eine frühere Zuschaltung des großen Kühlkreislaufes bewirkt wird, welche zu einer langsameren Erwärmung des Motors führt und aufgrund der so länger vorherrschenden kühleren Motortemperaturen höhere AGR-Raten ermöglicht. Da dieses durch die KSR optimierte Emissionsverhalten nur während der Warmlaufphase des Motors aufrechterhalten werden kann, aber auch Fahrten jenseits der Warmlaufphase – Fahrten mit betriebswarmen Motor – zu den Bedingungen im Sinn von Art. 3 Nr. 10 VO (EG) Nr. 715/2007 gehören, die bei normalem Fahrzeugbetrieb vernünftigerweise zu erwarten sind, handelt es sich auch aus diesem Grund um eine Abschaltvorrichtung (ungeachtet der zusätzlichen (De)Aktivierungsbedingungen).

Der Einwand der Beklagten, die KSR erfülle bereits tatbestandlich nicht die Voraussetzungen einer Abschaltvorrichtung im Sinn von Art. 3 Nr. 10 VO (EG) Nr. 715/2007, weil der Parameter Kühlmittelsolltemperatur, auf den allein eingewirkt werde, kein Teil des Emissionskontrollsystems sei, sondern ein solcher der Motorkühlung, greift nicht durch. Denn durch die Einwirkung auf den Parameter Kühlmittelsolltemperatur wird mittelbar (Kausalkette: frühere Zuschaltung des großen Kühlkreislaufes führt zu einer Verzögerung der Erwärmung des Motors, was wiederum zur Folge hat, dass höhere AGR-Raten über einen längeren Zeitraum möglich sind, als dies bei einem sich andernfalls schneller erwärmenden Motor) – von der Beklagten gerade bezweckt – auf das Emissionskontrollsystem in Gestalt der AGR-Raten eingewirkt (OLG Stuttgart, Urteil vom 19. Oktober 2023 - 24 U 103/22). Zumindest weil diese Folge von den entwickelnden Ingenieuren bei der Beklagten intendiert gewesen war, steht die Mittelbarkeit der Einwirkung der Annahme einer Abschaltvorrichtung im Sinn von Art. 3 Nr. 10 VO (EG) Nr. 715/2007 nicht entgegen (OLG Stuttgart, Urteil vom 19. Oktober 2023 - 24 U 103/22).

(bbb) Diese Abschaltvorrichtung ist auch unzulässig im Sinn von Art. 5 Abs. 2 Satz 1 VO (EG) Nr.

715/2007. Die Voraussetzungen der in Art. 5 Abs. 2 Satz 2 VO (EG) Nr. 715/2007 genannten Ausnahmetatbestände, unter denen eine Abschaltvorrichtung ausnahmsweise zulässig ist, lassen sich dem Vortrag der hierfür darlegungs- und beweisbelasteten Beklagten (vgl. dazu BGH, Urteil vom 26. Juni 2023 – VIa ZR 335/21, juris, Rn. 54) nicht entnehmen.

Der Ausnahmetatbestand des Art. 5 Abs. 2 Satz 2 lit. a VO (EG) Nr. 715/2007 setzt kumulativ (vgl. EuGH, Urteil vom 21. März 2023 – C-100/21, juris, Rn. 62; VG Schleswig, Urteil vom 20. Februar 2023 – 3 A 113/18, juris, Rn. 310) voraus, dass eine Notwendigkeit der Einrichtung zum Schutz des Motors vor Beschädigung oder Unfall besteht und dass dies zum sicheren Betrieb des Fahrzeugs erforderlich ist.

(aaaa) Die Begriffe „Unfall“ und „Beschädigung“ in diesem Sinn sind dahin auszulegen, dass eine die Wirkung des Emissionskontrollsystems verringernde Abschaltvorrichtung, um nach dieser Bestimmung zulässig zu sein, notwendig sein muss, den Motor vor plötzlichen und außergewöhnlichen Schäden zu schützen (EuGH, Urteil vom 14. Juli 2022 – C-145/20, juris, Rn. 72, 73; EuGH), was voraussetzt, dass unmittelbare Risiken für den Motor in Form von Beschädigung oder Unfall bestehen, die beim Fahren eines Fahrzeugs eine konkrete Gefahr hervorrufen (EuGH, Urteil vom 14. Juli 2022 – C-145/20, juris, Rn. 67). Die bloße Verschmutzung und ein Verschleiß des Motors können daher nicht als „Beschädigung“ oder „Unfall“ in diesem Sinn angesehen werden, da sie im Prinzip vorhersehbar und der normalen Funktionsweise des Fahrzeugs inhärent sind (EuGH, Urteil vom 14. Juli 2022 - C-145/20, Rn. 65 und vom 17. Dezember 2020 - C-693/18, Rn. 110 sowie VG Schleswig, Urteil vom 20. Februar 2023 – 3 A 113/18, Rn. 302, jeweils juris).

Auch der Begriff „Motor“ ist eng auszulegen. AGR-Ventil, AGR-Kühler und Dieselpartikelfilter sind vom Motor im Sinn dieses Ausnahmetatbestandes getrennte Bauteile (vgl. EuGH, Urteil vom 14. Juli 2022 - C-145/20, Rn. 63; VG Schleswig, Urteil vom 20. Februar 2023 – 3 A 113/18, Rn. 300, jeweils juris).

Notwendig im Sinn dieses Ausnahmetatbestandes ist eine Abschaltvorrichtung zum Motorschutz zudem nur dann, wenn zum Zeitpunkt der EG-Typgenehmigung dieser Einrichtung oder des mit ihr ausgestatteten Fahrzeugs keine andere technische Lösung zur Verfügung gestanden hatte, um unmittelbare Risiken für den Motor in Form von Beschädigung oder Unfall abzuwenden, die beim Fahren eines Fahrzeugs eine konkrete Gefahr hervorrufen (EuGH, Urteil vom 14. Juli 2022 - C-145/20, Rn. 80 und Urteil vom 14. Juli 2022, C-134/20, Rn. 81, jeweils juris). Mit der alternativen Technik einhergehende Mehrkosten für den Hersteller fallen dabei nicht ins Gewicht (EuGH, Urteil vom 14. Juli 2022 - C-145/20 Rn. 77, 78 und Urteil vom 14. Juli 2022, C-128/20, Rn. 66, 67, je-

weils juris). Um notwendig im Sinne von Art. 5 Abs. 2 Satz 2 lit. a VO (EG) Nr. 715/2007 zu sein, darf es sich zudem nicht so verhalten, dass die Abschaltvorrichtung unter normalen Betriebsbedingungen den überwiegenden Teil des Jahres funktionieren müsste, damit der Motor vor Beschädigung oder Unfall geschützt und der sichere Betrieb des Fahrzeugs gewährleistet wäre (EuGH, Urteil vom 21. März 2023 – C-100/21, juris, Rn. 65 f.).

(bbbb) Dem Vortrag der Beklagten lassen sich diese Anforderungen nicht entnehmen.

Die von der Beklagten angeführten Gefahren der Ölverdünnung, des Verlusts der Schmierfähigkeit und von Ablagerungen an den Wänden der Abgasrückführung erfüllen die Ausnahmetatbestandsvoraussetzungen des Art. 5 Abs. 2 Satz 2 lit. a VO (EG) Nr. 715/2007 nicht (vgl. hierzu OLG Stuttgart, Urteil vom 19. Oktober 2023 - 24 U 103/22). Aus dem Vortrag der Beklagten ist nicht ersichtlich, ob die von ihr behaupteten Ablagerungen an Bestandteilen erfolgen sollen, die nach der vorstehend engen Definition des Motors überhaupt diesem zuzurechnen sind. Ihrem Vortrag lässt sich zudem nicht entnehmen, dass es sich bei den befürchteten Ablagerungen nicht lediglich um bloße Verschmutzungen oder einen Verschleiß des Motors handelt, was nicht als „Beschädigung“ oder „Unfall“ in diesem Sinn angesehen werden kann. Schließlich fehlt die Darlegung einer Kausalkette für hieraus entstehende unmittelbare Risiken für den Motor, die beim Fahren eine konkrete Gefahr hervorrufen und dass zum Zeitpunkt der Erteilung der EG-Typgenehmigung keine andere technische Lösung zur Verfügung gestanden hatte, um diese zu verhindern.

(bb) Es spricht auch viel dafür, dass das Thermofenster im streitgegenständlichen Fahrzeug eine unzulässige Abschaltvorrichtung im Sinne von Art 3 Nr. 10, Art. 5 Abs. 2 Satz 1 VO (EG) Nr. 715/2007 darstellt. Dies kann letztlich aber dahinstehen. Denn, ob im streitgegenständlichen Fahrzeug ein Thermofenster verbaut ist, das eine unzulässige Abschaltvorrichtung darstellt, wirkt sich nicht auf die Höhe des zuzusprechenden Differenzschadens aus, wie noch im Rahmen der Schadensschätzung ausgeführt werden wird.

(3) Die Beklagte handelte auch schuldhaft.

(a) Gemäß § 823 Abs. 2 Satz 2 BGB tritt die Ersatzpflicht nur im Falle des Verschuldens ein, selbst wenn nach dem Inhalt des Schutzgesetzes ein Verstoß gegen dieses auch ohne Verschulden möglich ist. Auch unter Ausschöpfung der Grenzen zulässiger Gesetzesauslegung kommt die Ableitung einer verschuldensunabhängigen Haftung aus § 823 Abs. 2 BGB nicht in Frage (BGH, Urteil vom 26. Juni 2023 - VIa ZR 335/21, juris, Rn. 37). Nichts anderes ergibt sich aus einer unionrechtskonformen Auslegung. Denn nach der Rechtsprechung des EuGH findet eine solche Auslegung des nationalen Rechts ihre Grenze in einem im Gesetz zum Ausdruck kom-

menden Willen des nationalen Gesetzgebers (vgl. hierzu BGH, Urteil vom 26. Juni 2023 - VIa ZR 335/21, juris, Rn. 37). Nachdem der EuGH einen Schadensersatzanspruch des Käufers für den Fall einer unzulässigen Abschaltvorrichtung nicht unmittelbar aus dem Unionsrecht abgeleitet hat, muss es dabei bleiben, dass ein Verschulden Voraussetzung eines Schadensersatzanspruchs aus § 823 Abs. 2 BGB ist (BGH, Urteil vom 26. Juni 2023 - VIa ZR 335/21, juris, Rn. 36).

(b) Ein Verschulden der Beklagten ist im Streitfall gegeben.

(aa) Zwar trifft hinsichtlich des Verschuldens als anspruchsbegründender Voraussetzung nach der Vorschrift des § 823 Abs. 2 BGB gewöhnlich den Anspruchsteller die Darlegungs- und Beweislast (BGH, Urteil vom 13. Dezember 1984 - III ZR 20/83, juris, Rn. 31). Jedoch muss derjenige, der objektiv ein Schutzgesetz verletzt hat, Umstände darlegen und erforderlichenfalls beweisen, die geeignet sind, die daraus folgende Annahme seines Verschuldens in Form einer Fahrlässigkeit auszuräumen. Insofern besteht eine von der objektiven Schutzgesetzverletzung ausgehende Verschuldensvermutung (BGH, Urteil vom 26. Juni 2023 - VIa ZR 335/21, juris, Rn. 59 m.w.N.). Dementsprechend muss der Fahrzeughersteller, wenn er eine Übereinstimmungsbescheinigung trotz der Verwendung einer unzulässigen Abschaltvorrichtung ausgegeben und dadurch §§ 6 Abs. 1, 27 Abs. 1 EG-FGV verletzt hat, Umstände darlegen und beweisen, die sein Verhalten ausnahmsweise nicht als fahrlässig erscheinen lassen (BGH, Urteil vom 26. Juni 2023 - VIa ZR 335/21, juris, Rn. 59 m.w.N.)

Dabei ist zu berücksichtigen, dass auch das gesetzliche Schuldverhältnis gemäß § 823 Abs. 2 BGB in Verbindung mit § 6 Abs. 1, § 27 Abs. 1 EG-FGV erst mit dem Abschluss des Kaufvertrags über das mit einer unzulässigen Abschaltvorrichtung versehene Fahrzeug entsteht (vgl. zum Zeitpunkt der Entstehung des gesetzlichen Schuldverhältnisses BGH, Urteil vom 30. Juli 2020 - VI ZR 5/20, juris, Rn. 31), weshalb der Vorwurf einer zumindest fahrlässigen Inverkehrgabe einer unzutreffenden Übereinstimmungsbescheinigung für diesen Zeitpunkt widerlegt werden muss (BGH, Urteil vom 26. Juni 2023 - VIa ZR 335/21, juris, Rn. 61).

(bb) Dem ist die Beklagte nicht nachgekommen.

Es ist davon auszugehen, dass die Beklagte im Zeitpunkt des Vertragsschlusses mit dem Kläger fahrlässig handelte. Sie kann sich insoweit nicht mit Erfolg auf einen unvermeidbaren Verbotsirrtum berufen. Es spricht bereits viel dafür, dass sich die Beklagte im Hinblick auf die KSR in ihrer streitgegenständlichen Ausgestaltung nicht auf einen Rechtsirrtum berufen kann, jedenfalls fehlt es an dessen Unvermeidbarkeit. Ob dies im Hinblick auf das Thermofenster anders liegt, kann vorliegend dahinstehen.

(aaa) Der Senat (Urteil vom 16. August 2023 - 23 U 1324/22) hat die Ausführungen des Bundesgerichtshofs in Rn. 62 ff. des Urteils VIa ZR 335/21 so interpretiert, dass ein unvermeidbarer Verbotsirrtum nicht bereits dann angenommen werden kann, wenn die Beklagte nachweisen kann, dass das KBA auf Nachfrage das Thermofenster (hypothetisch) genehmigt hätte (so aber das OLG Köln, Beschluss vom 26. Juli 2023 – 3 U 96/22, BeckRS 2023, 19531, Rn. 19 unter Hinweis auf BGH, Urteil vom 26. Juni 2023 – VIa ZR 335/21, juris, Rn. 65). Der Bundesgerichtshof hat in der Folge klargestellt, dass sich der Fahrzeughersteller, der sich auf einen unvermeidbaren Verbotsirrtum beruft, sowohl den Verbotsirrtum als solchen als auch die Unvermeidbarkeit des Verbotsirrtums darlegen und erforderlichenfalls beweisen muss (Urteil vom 25. September 2023 - VIa ZR 1/23, juris, Rn. 13).

(bbb) Die Beklagte dürfte sich im Zeitpunkt des Vertragsschlusses mit dem Kläger im Hinblick auf die konkrete KSR bereits nicht in einem Verbotsirrtum befunden haben, jedenfalls war dieser nicht unvermeidbar.

(aaaa) Es bestehen bereits Bedenken, ob die Darlegung des Rechtsirrtums den Anforderungen des Bundesgerichtshofs genügt.

Der Fahrzeughersteller muss darlegen und beweisen, dass sich sämtliche seiner verfassungsmäßig berufenen Vertreter im Sinne des § 31 BGB über die Rechtmäßigkeit der vom Käufer dargelegten und erforderlichenfalls nachgewiesenen Abschalteneinrichtung mit allen für die Prüfung nach Art. 5 Abs. 2 der Verordnung (EG) Nr. 715/2007 bedeutsamen Einzelheiten im maßgeblichen Zeitpunkt (vgl. BGH, Urteil vom 26. Juni 2023 - VIa ZR 335/21, juris, Rn. 62) im Irrtum befanden oder im Falle einer Ressortaufteilung den damit verbundenen Pflichten genügten (vgl. auch BGH, Urteil vom 6. November 2018 - II ZR 11/17, juris, Rn. 17 ff. = BGHZ 220, 162). Beruft sich der Fahrzeughersteller weder auf eine tatsächliche oder hypothetische Genehmigung der zuständigen Behörde noch auf einen externen qualifizierten Rechtsrat, sondern auf selbst angestellte Erwägungen, ist ihm eine Entlastung verwehrt, wenn mit Rücksicht auf die konkret verwendete Abschalteneinrichtung eine nicht im Sinne des Fahrzeugherstellers geklärte Rechtslage hinreichend Anlass zur Einholung eines Rechtsrats bot. Ebenso scheitert eine Entlastung, wenn sich der Hersteller mit Rücksicht auf eine nicht in seinem Sinn geklärte Rechtslage erkennbar in einem rechtlichen Grenzbereich bewegte, schon deshalb eine abweichende rechtliche Beurteilung seines Vorgehens in Betracht ziehen und von der eventuell rechtswidrigen Verwendung der Abschalteneinrichtung absehen musste (BGH, Urteil vom 25. September 2023 - VIa ZR 1/23, juris, Rn. 14).

Insoweit dürfte bereits ein hinreichender Vortrag der Beklagten nicht gegeben sein. Zudem fehlen

bei der KSR anders als beim Thermofenster Indiztatsachen, die einen Rückschluss auf einen Verbotsirrtum ermöglichen könnten. Anders als das Thermofenster, das zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses mit dem Kläger gängiger Industriestandard war (was allerdings allein für die Annahme eines Rechtsirrtums nicht ausreicht, vgl. BGH, Urteil vom 25. September 2023 - VIa ZR 1/23, juris, Rn. 14), das vom KBA laufend genehmigt wurde und dessen Auffassung von den Genehmigungsbehörden in allen anderen Mitgliedsstaaten ersichtlich geteilt wurde (vgl. eingehend Urteil des Senats vom 16. August 2023 - 23 U 1324/22), war dies bei der KSR nicht der Fall. Es dürfte daher an einem entsprechenden Vertrauenstatbestand wie beim Thermofenster fehlen (vgl. OLG Stuttgart, Urteil vom 19. Oktober 2023 - 24 U 103/22).

(bbbb) Jedenfalls war im Streitfall ein etwaiger Verbotsirrtum im Hinblick auf die KSR nicht unvermeidbar.

Den Nachweis der Unvermeidbarkeit eines konkret dargelegten und im Falle des Bestreitens des Geschädigten nachgewiesenen Verbotsirrtums kann der Fahrzeughersteller zum einen mittels einer tatsächlich erteilten EG-Typgenehmigung führen, wenn diese EG-Typgenehmigung die verwendete unzulässige Abschaltvorrichtung in allen ihren nach Art. 5 Abs. 2 der Verordnung (EG) Nr. 715/2007 maßgebenden Einzelheiten umfasst (BGH, Urteil vom 26. Juni 2023 - VIa ZR 335/21, juris, Rn. 64). Zudem kann er zu seiner Entlastung darlegen und erforderlichenfalls nachweisen, seine Rechtsauffassung von Art. 5 Abs. 2 der Verordnung (EG) Nr. 715/2007 wäre bei entsprechender Nachfrage von der für die EG-Typgenehmigung oder für anschließende Maßnahmen zuständigen Behörde bestätigt worden (hypothetische Genehmigung, BGH, Urteil vom 26. Juni 2023 - VIa ZR 335/21, juris, Rn. 65). Steht fest, dass eine ausreichende Erkundigung des einem Verbotsirrtum unterliegenden Schädigers dessen Fehlvorstellung bestätigt hätte, scheidet eine Haftung nach § 823 Abs. 2 BGB infolge eines unvermeidbaren Verbotsirrtums auch dann aus, wenn der Schädiger eine entsprechende Erkundigung nicht eingeholt hat (BGH, Urteil vom 27. Juni 2017 - VI ZR 424/16, juris, Rn. 16, bestätigt durch BGH, Urteil vom 26. Juni 2023 - VIa ZR 335/21, juris, Rn. 65; vgl. auch zur ständigen Rechtsprechung des Senats Urteil vom 21. Dezember 2022 - 23 U 492/21, juris, Rn. 51).

Hieran fehlt es im Streitfall.

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

hat.

Aber auch die Voraussetzungen einer hypothetischen Genehmigung hat die Beklagte nicht nachgewiesen. Das KBA ist diejenige Behörde, die für die Entscheidung zuständig ist, ob eine Typgenehmigung erteilt wird, und die mithin dafür relevante Sach- und Rechtsfragen verbindlich zu entscheiden hat, ungeachtet einer etwaigen Anfechtbarkeit solcher Entscheidungen. Das KBA vertritt ausweislich der Auskunft vom 26. Februar 2024 seit Kenntnis von der Ausgestaltung der KSR in Fahrzeugen des streitgegenständlichen Typs die Auffassung, dass diese eine unzulässige Abschaltvorrichtung darstellt. Entsprechend hat es mit Bescheid vom 21. Juni 2019 Nebenbestimmungen zu diesem Fahrzeug angeordnet und es besteht ein Rückruf. Dass es im Erwerbszeitpunkt eine andere Auffassung vertreten hätte, wenn es Kenntnis von der Ausgestaltung der KSR im streitgegenständlichen Fahrzeug gewusst hätte, ist weder vorgetragen noch sonst ersichtlich.

(ccc) Im Hinblick auf das Thermofenster in der Zusammenschau mit der KSR dürfte es nach alledem ebenfalls an einem unvermeidbaren Verbotsirrtum fehlen, was aber letztlich dahinstehen kann.

Im Hinblick auf das Thermofenster isoliert betrachtet dürfte zwar im Streitfall ein unvermeidbarer Verbotsirrtum gegeben sein (vgl. Urteil des Senats vom 16. August 2023 - 23 U 1324/22; vgl. aber auch BGH, Urteil vom 25. September 2023 - VIa ZR 1/23, juris, Rn. 15 a.E.).

Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs sind aber bei der Verwendung mehrerer unzulässiger Abschaltvorrichtungen die Einzelheiten der konkret verwendeten Kombination für die Frage einer hypothetischen Genehmigung in den Blick zu nehmen sind (BGH, Urteil vom 26. Juni 2023 – VIa ZR 335/21, juris, Rn. 66). Es spricht viel dafür, dass dies im Hinblick auf den Streitfall so zu verstehen ist, dass eine Prüfung zu erfolgen hat, ob das KBA die Kombination aus Thermofenster und KSR genehmigt hätte, was aus den genannten Gründen nicht der Fall war, mit der Folge, dass ein unvermeidbarer Verbotsirrtum auch im Hinblick auf das Thermofenster ausgeschlossen ist (anders aber OLG Hamm, Urteil vom 13. September 2023 - 20 U 81/21, juris, Rn. 108 ff., das die Frage des unvermeidbaren Verbotsirrtums in Bezug auf das Thermofenster unabhängig von der KSR betrachtet).

Letztlich kann dies aber - wie auch die Frage ob das Thermofenster vorliegend überhaupt eine unzulässige Abschaltvorrichtung darstellt - dahinstehen. Denn das Vorhandensein eines unzulässigen Thermofensters wirkt sich auf die Höhe des Differenzschadens aus den nachfolgend dargelegten Gründen nicht aus.

(4) Eine Tatbestandswirkung der EG-Typgenehmigung kann die Beklagte dem Schadensersatzanspruch nicht entgegenhalten.

Der Senat folgt den überzeugenden Ausführungen des Bundesgerichtshofs zur Reichweite der Tatbestandswirkung einer EG-Typgenehmigung (BGH, Urteil vom 26. Juni 2023 - VIa ZR 335/21, juris, Rn. 11 ff.). Es besteht insoweit kein Klärungsbedarf im Sinne von Art. 267 Abs. 3 AEUV (vgl. BGH, Urteil vom 26. Juni 2023 - VIa ZR 335/21, juris, Rn. 17).

(5) Auch die Erwerbskausalität ist gegeben.

Im Hinblick auf die Erwerbskausalität kann sich der Kläger bei der Inanspruchnahme der Beklagten aus § 823 Abs. 2 BGB in Verbindung mit §§ 6 Abs. 1, 27 Abs. 1 EG-FGV auf den Erfahrungssatz stützen, dass er den Kaufvertrag über das streitbefangene Fahrzeug zu diesem Kaufpreis nicht geschlossen hätte (BGH, Urteil vom 26. Juni 2023 - VIa ZR 335/21, juris, Rn. 55). Auch ohne Kenntnisnahme der vom Fahrzeughersteller ausgegebenen Übereinstimmungsbescheinigung geht der Käufer typischerweise davon aus, dass der Hersteller für das erworbene Fahrzeug eine Übereinstimmungsbescheinigung ausgegeben hat und dass diese die gesetzlich vorgesehene Übereinstimmung mit allen maßgebenden Rechtsakten richtig ausweist (BGH, Urteil vom 26. Juni 2023 - VIa ZR 335/21, juris, Rn. 56). Die Beklagte hat keinen Vortrag gehalten, der diesen Erfahrungssatz erschüttern könnte. Soweit sich die Beklagte auf die Ad-Hoc-Mitteilung der Volkswagen AG vom 22. September 2015 beruft, ist schon nicht ersichtlich, warum ein Kläger daraus Rückschlüsse auf die Beklagte hätte ziehen sollen, zumal die Beklagte vehement bestreitet, dass ihre Motoren mit dem Volkswagen-Motor EA 189 vergleichbar sind.

(6) Die Beklagte ist auch nicht gemäß § 214 Abs. 1 BGB berechtigt, die Leistung zu verweigern. Der Anspruch auf den Differenzschaden ist nicht verjährt.

(a) Nach § 195 BGB beträgt die regelmäßige Verjährungsfrist drei Jahre. Beginn ist gemäß § 199 Abs. 1 BGB mit dem Schluss des Jahres, in dem der Anspruch entstanden ist (§ 199 Abs. 1 Nr. 1 BGB) und der Gläubiger von den den Anspruch begründenden Umständen und der Person des Schuldners Kenntnis erlangt oder ohne grobe Fahrlässigkeit erlangen müsste (§ 199 Abs. 1 Nr. 2 BGB).

(b) Im Streitfall war vor Erhebung der Klage im Januar 2020 und der damit gemäß § 204 Abs. 1 Nr. 1 BGB eintretenden Hemmung der Verjährung die dreijährige Verjährungsfrist unter Berücksichtigung von § 199 Abs. 1 Nr. 2 BGB noch nicht abgelaufen.

(aa) Eine Kenntnis des Klägers im Sinne von § 199 Abs. 1 Nr. 2 BGB vor Erhebung der Klage ist von der Beklagten nicht dargetan.

(aaa) Nach der ständigen Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs ist die Kenntnis im Sinne von § 199 Abs. 1 Nr. 2 BGB vorhanden, wenn dem Geschädigten die Erhebung einer Schadensersatzklage, sei es auch nur in Form der Feststellungsklage, Erfolg versprechend, wenn auch nicht risikolos, möglich ist (BGH, Urteil vom 12. Mai 2009 - VI ZR 294/08, juris, Rn. 11 ff. und vom 8. Mai 2014 - I ZR 217/12, juris, Rn. 38 = BGHZ 201, 129). § 199 Abs. 1 Nr. 2 BGB stellt nur auf die Kenntnis der tatsächlichen Umstände ab, mithin des Lebenssachverhalts, der die Grundlage des Anspruchs bildet (BGH, Beschluss vom 16. Dezember 2015 - XII ZB 516/14, juris, Rn. 39 = BGHZ 208, 210). Dabei ist weder notwendig, dass der Geschädigte alle Einzelumstände kennt, die für die Beurteilung möglicherweise Bedeutung haben, noch muss er bereits hinreichend sichere Beweismittel in der Hand haben, um einen Rechtsstreit im Wesentlichen risikolos führen zu können (BGH, Urteil vom 17. Dezember 2020 - VI ZR 739/20, juris, Rn. 8 m.w.N.). Die erforderliche Kenntnis ist vielmehr bereits vorhanden, wenn die dem Geschädigten bekannten Tatsachen ausreichen, um den Schluss auf ein schuldhaftes Fehlverhalten des Anspruchsgegners als naheliegend erscheinen zu lassen. Es muss dem Geschädigten lediglich zumutbar sein, aufgrund dessen, was ihm hinsichtlich des tatsächlichen Geschehensablaufs bekannt ist, Klage zu erheben, wenn auch mit dem verbleibenden Prozessrisiko, insbesondere hinsichtlich der Nachweisbarkeit von Schadensersatz auslösenden Umständen (BGH, Urteil vom 17. Dezember 2020 - VI ZR 739/20, juris, Rn. 8 m.w.N.).

(bbb) Ausweislich der Auskunft des KBA vom 26. Februar 2024 wurde der Rückrufbescheid am 12. September 2019, also weniger als ein Jahr vor der Erhebung der Klage, erlassen. Wann der Kläger aufgrund dieses Rückrufbescheids über das Software-Update informiert wurde, hat die Beklagte zudem nicht dargetan. Vor Erlass des Rückrufbescheids waren hingegen keine Tatsachen gegeben, die einen Schluss auf ein schuldhaftes Fehlverhalten der Beklagten als naheliegend erscheinen zu lassen. Soweit die Beklagte auf die Ad-Hoc-Mitteilung von Volkswagen vom 22. September 2015 abstellt, lässt sich hieraus keine Kenntnis des Klägers herleiten. Insoweit ist zu berücksichtigen, dass sich die Beklagte in einer Vielzahl von Gerichtsverfahren gegen eine Inanspruchnahme wehrt und zu Recht darauf abstellt, dass kein Generalverdacht im Hinblick auf Dieselmotoren aufgestellt werden kann. Insoweit ist auch zu berücksichtigen, dass die Beklagte eine Vielzahl unterschiedlicher Dieselmotoren in ihre Fahrzeuge einbaut, die unterschiedliche Abgasreinigungsmethoden verwenden. Teilweise wurden diese mittlerweile vom KBA beanstandet - wie auch der Motor des streitgegenständlichen Typs - teilweise aber auch nicht. Kenntnis konnte

der Kläger nach alledem frühestens aufgrund des Rückrufs von Fahrzeugen des streitgegenständlichen Typs erlangen, der im Streitfall weniger als zwei Jahre vor Klageerhebung erfolgte.

(bb) Eine - gemäß § 199 Abs. 1 Nr. 2 BGB der positiven Kenntnis gleichstehende - grob fahrlässige Unkenntnis des Klägers von der konkreten Betroffenheit ihres Fahrzeugs war jedenfalls vor dem Jahr 2019 nicht gegeben.

(aaa) Grob fahrlässige Unkenntnis im Sinne des § 199 Abs. 1 Nr. 2 BGB liegt vor, wenn dem Gläubiger die Kenntnis fehlt, weil er ganz naheliegende Überlegungen nicht angestellt oder das nicht beachtet hat, was jedem hätte einleuchten müssen. Ihm muss persönlich ein schwerer Obliegenheitsverstoß in seiner eigenen Angelegenheit der Anspruchsverfolgung vorgeworfen werden können (BGH, Urteil vom 21. Februar 2022 - VIa ZR 8/21, juris, Rn. 39 = BGHZ 233, 16).

(bbb) Dies liegt aus den bereits zur positiven Kenntnis genannten Gründen im Hinblick auf die Ad-Hoc-Mitteilung von Volkswagen vollkommen fern. Es ist vielmehr einleuchtend, dass der Kläger aufgrund der Ad-Hoc-Mitteilung von Volkswagen unter Berücksichtigung der nachfolgenden Berichterstattung nicht die Überlegung angestellt hat, dass sein von der Beklagten hergestelltes Dieselfahrzeug ebenfalls eine unzulässige Abschaltvorrichtung aufweist. Dies kam erst aufgrund der von dem Kläger selbst angeführten Presseberichterstattung mit Bezug auf die Beklagte in Betracht, die aber von April und Juni 2019 datiert, wobei aufgrund der Vielzahl der von der Beklagten verwendeten Motoren es auch noch zu diesem Zeitpunkt jedenfalls an einer grob fahrlässigen Unkenntnis fehlen dürfte. Damit begann die regelmäßige Verjährungsfrist von drei Jahren frühestens mit Ablauf des Jahres 2019 und endete damit frühestens Ende 2022, wobei zuvor - wie dargelegt - die Hemmungswirkung des § 204 Abs. 1 Nr. 1 BGB eingriff.

7) Eine Aussetzung des Rechtsstreits gemäß § 148 Abs. 1 ZPO im Hinblick auf das beim Verwaltungsgericht Schleswig unter dem Aktenzeichen 3 A 51/21 rechtshängige Verfahren ist entgegen der Ansicht der Beklagten nicht veranlasst.

Eine die Aussetzung rechtfertigende Voreiligkeit der zu erwartenden verwaltungsgerichtlichen Entscheidung für den vorliegenden Rechtsstreit besteht aus den vom Bundesgerichtshof in seinem Beschluss vom 24. Juli 2023 (VIa ZB 10/21, juris, Rn. 11 ff.) angeführten Gründen, die sich der Senat in vollem Umfang zu eigen macht, nicht.

bb) Dem Kläger steht nach alledem ein Anspruch auf Ersatz des Differenzschadens zu, den der Senat im Streitfall unter Berücksichtigung von § 287 ZPO mit 10 % des Kaufpreises bemisst.

(1) Bei der Schätzung des Differenzschadens nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs, der der Senat folgt, ist aufgrund von Vorgaben des Unionsrechts das Schätzungsermessen sowohl für die Untergrenze als auch die Obergrenze des nach § 823 Abs. 2 BGB in Verbindung mit § 6 Abs. 1, § 27 Abs. 1 EG-FGV zu gewährenden Schadensersatzes innerhalb einer Bandbreite zwischen 5 % und 15 % des gezahlten Kaufpreises rechtlich begrenzt (BGH, Urteil vom 26. Juni 2023 - VIa ZR 335/21, juris, Rn. 73). Bei der Schätzung des Schadens innerhalb eines Rahmens zwischen 5 % und 15 % hat der Tatrichter bei der Bestimmung des objektiven Werts des Fahrzeugs im Zeitpunkt des Vertragsschlusses die mit der Verwendung einer unzulässigen Abschaltleinrichtung verbundenen Nachteile, insbesondere das Risiko behördlicher Anordnungen, zu berücksichtigen (BGH, Urteil vom 26. Juni 2023 - VIa ZR 335/21, juris, Rn. 73 und Urteil vom 6. Juli 2021 - VI ZR 40/20, juris, Rn. 24 = BGHZ 230, 224). Weiter hat er den Umfang in Betracht kommender Betriebsbeschränkungen und die Eintrittswahrscheinlichkeit solcher Beschränkungen mit Rücksicht auf die Einzelfallumstände in den Blick zu nehmen. Maßgebend ist dabei eine auf den Zeitpunkt des Vertragsschlusses bezogene Betrachtung (BGH, Urteil vom 26. Juni 2023 - VIa ZR 335/21, juris, Rn. 73). Über diese originär schadensrechtlichen Gesichtspunkte hinaus hat der Tatrichter das Gewicht des der Haftung zugrundeliegenden konkreten Rechtsverstößes für das unionsrechtliche Ziel der Einhaltung gewisser Emissionsgrenzwerte sowie den Grad des Verschuldens nach Maßgabe der Umstände des zu beurteilenden Einzelfalls zu bewerten, um so dem Gebot einer verhältnismäßigen Sanktionierung auch bezogen auf den zu würdigenden Einzelfall Rechnung zu tragen (BGH, Urteil vom 26. Juni 2023 - VIa ZR 335/21, juris, Rn. 77).

(2) Unter Zugrundelegung dieser Grundsätze schätzt der Senat den Differenzschaden auf 10 % des Kaufpreises.

Der Senat hat insoweit die KSR als unzulässige Abschaltleinrichtung berücksichtigt. Grundsätzlich bestand von Anfang an und damit schon im Zeitpunkt des Vertragsschlusses zumindest ein prinzipielles Risiko, dass die Zulassungsbehörde wegen der KSR als unzulässige Abschaltleinrichtung eine Betriebsbeschränkung oder -untersagung nach § 5 Abs. 1 FZV vornimmt, weil das Fahrzeug wegen der gegen Art. 5 Abs. 2 VO (EG) 715/2007 verstoßenden Abschaltleinrichtung nicht dem genehmigten Typ (§ 3 Abs. 1 Satz 2 FZV) entsprach. Dass das Risiko nicht nur unerheblich war, sondern einen Ansatz eines Differenzschadens in der Mitte des vorgegebenen Rahmens rechtfertigt, folgt daraus, dass letztlich die Abschaltleinrichtung auch vom KBA beanstandet wurde, auch wenn der Betrieb des Fahrzeugs nicht beschränkt oder untersagt wurde. Das Thermofenster (unterstellt es wäre eine unzulässige Abschaltleinrichtung und unterstellt die Beklagte handelte insoweit auch schuldhaft) wirkt sich hingegen nicht auf die Höhe des Differenzschadens

aus. Im Zeitpunkt des Vertragsschlusses bestanden insoweit keine Nachteile. Das Risiko behördlicher Anordnungen bestand im Hinblick auf das Thermofenster im Jahr 2015 nicht. Es wurde vielmehr vom KBA als gängiger Industriestandard akzeptiert. Zudem wurde dieses im streitgegenständlichen Fahrzeug ausweislich der im Streitfall eingeholten Auskunft vom KBA noch im Jahr 2024 nicht beanstandet. Jedenfalls war das Risiko einer Betriebsbeschränkung bzw. Betriebsuntersagung aufgrund des neben der unzulässigen KSR bestehenden Thermofensters gegenüber dem hypothetischen Zustand einer allein verwendeten unzulässigen KSR nicht erhöht.

(3) Dass für die Schätzung des Differenzschadens auf den Zeitpunkt des Vertragsschlusses abzustellen ist, schließt eine schadensmindernde Berücksichtigung später eintretender Umstände im Wege der Vorteilsausgleichung, deren Voraussetzungen der Fahrzeughersteller darzulegen und zu beweisen hat, sodann zwar nicht aus (BGH, Urteil vom 26. Juni 2023 - VIa ZR 335/21, juris, Rn. 80). Daraus folgt aber im Streitfall nichts anderes.

(a) Beruft sich der Fahrzeughersteller auf die nachträgliche Verbesserung des Fahrzeugs durch ein Software-Update, kann damit eine Schadensminderung verbunden sein, wenn und soweit das Software-Update die Gefahr von Betriebsbeschränkungen signifikant reduziert; das wiederum kann nur der Fall sein, wenn es nicht seinerseits eine unzulässige Abschalteneinrichtung beinhaltet (BGH, Urteil vom 26. Juni 2023 - VIa ZR 335/21, juris, Rn. 80).

Dies tut die Beklagte im Streitfall zwar, aber ohne Erfolg.

Sie führt insoweit aus, dass das vom KBA freigegebene Software-Update, die vom KBA beanstandete Funktionalität beseitige. Das KBA habe im Freigabeschreiben zum Software-Update explizit bestätigt, dass insofern keine unzulässige Abschalteneinrichtung mehr vorliege. Aber selbst wenn man unterstellt, dass mit dem Update die KSR entfernt wird, führt dies zu keiner Reduzierung oder gar Ausgleichung des Differenzschadens. Denn anders als bei der Schadensschätzung ist im Rahmen der Vorteilsausgleichung aus den dargelegten Gründen nicht auf den Zeitpunkt des Vertragsschlusses, sondern auf die Sach- und Rechtslage heute abzustellen. Nach der zwischenzeitlich ergangenen Rechtsprechung des EuGH zur Zulässigkeit von Thermofenstern werden diese - wie dem Senat aus Parallelverfahren, namentlich aus dem von den Parteien dort regelmäßig geführten Vortrag zu einem das Thermofenster betreffenden Rückruf des KBA vom 13. Dezember 2023, bekannt ist - teilweise vom KBA beanstandet. Insoweit trägt die Beklagte zwar vor, dass nach Aufspielen des Updates bei betriebswarmem Motor die Rate der Abgasrückführung nach Aufspielen des Software-Updates erst unterhalb von Umgebungslufttemperaturen von 4 Grad Celsius und oberhalb von Umgebungslufttemperaturen von 49 Grad Celsius

schrittweise reduziert werde. Diese Verbesserung des Wirkungsgrades der Abgasrückführung kann jedoch im Rahmen der Schadenskompensation nicht berücksichtigt werden. Denn die in Art. 3 Nr. 10 VO (EG) 715/2007 und Art. 5 Abs. 1 VO (EG) 715/2007 verwendeten Begriffe „normaler Fahrzeugbetrieb“ und „normalen Betriebsbedingungen“ beziehen sich auf die Nutzung des Fahrzeugs unter normalen Fahrbedingungen, und damit auf die Verwendung des Fahrzeugs unter tatsächlichen Fahrbedingungen, wie sie im Unionsgebiet üblich sind (EuGH, Urteil vom 14. Juli 2022 – C-128/20, NJW 2022, 2605 Rn. 41, beck-online). Im Unionsgebiet sind Umgebungstemperaturen von bis zu -15 Grad Celsius üblich und haben deshalb zu dem normalen Fahrzeugbetrieb bzw. den normalen Betriebsbedingungen zu zählen (VG Schleswig, Urteil vom 20. Februar 2023 – VG 3 A 113/18, BeckRS 2023, 2863 Rn. 233). Im Streitfall kann dahinstehen, ob man diesen Anforderungen vollumfänglich folgt. Ein Thermofenster, welches die Rate der Abgasrückführung bereits bei positiven Umgebungslufttemperaturen reduziert, wird den genannten Anforderungen jedenfalls nicht gerecht, nicht einmal dann, wenn man auf eine Verwendung des Fahrzeugs allein in Deutschland abstellte und muss mithin gegenwärtig als unzulässig qualifiziert werden.

Soweit die Beklagte vorträgt, dass die verbleibenden temperaturabhängigen Steuerungen jedenfalls aus Motorschutzgründen gerechtfertigt seien, erschöpft sich dies in einer bloßen Behauptung und ist für sich genommen nicht geeignet, dem Rechtfertigungsgrund des Art. 5 Abs. 2 VO (EG) 715/2007 zu genügen. Denn dieser Ausnahmetatbestand setzt kumulativ (vgl. EuGH, Urteil vom 21. März 2023 – C-100/21, juris, Rn. 62) voraus, dass eine Notwendigkeit der Einrichtung zum Schutz des Motors vor Beschädigung oder Unfall besteht und dass dies zum sicheren Betrieb des Fahrzeugs erforderlich ist.

(b) Auf den Anspruch auf Ersatz des Differenzschadens sind vorliegend auch nicht die Nutzungsvorteile und der Restwert des Fahrzeugs schadensmindernd anzurechnen. Denn diese übersteigen den tatsächlichen Wert des Fahrzeugs bei Abschluss des Kaufvertrages nicht (vgl. hierzu BGH, Urteil vom 26. Juni 2023 - VIa ZR 335/21, juris, Rn. 80 unter Hinweis auf BGH, Urteil vom 24. Januar 2022 - VIa ZR 100/21, juris, Rn. 16 ff.).

(aa) Was die Berechnung der Nutzungsentschädigung anbelangt, so hält es der Senat für sachgerecht, diese Vorteile gemäß § 287 ZPO auf Schätzbasis anhand der üblichen Formel für gezogene Nutzungen (nämlich Bruttokaufpreis x gefahrene Kilometer / erwartete Restlaufleistung des Fahrzeugs im Erwerbszeitpunkt) zu bemessen. Dabei hält der Senat vorliegend die Annahme einer Gesamtfahrleistung von 250.000 km für angemessen (vgl. auch Urteil des Senats vom 12. März 2021 - 23 U 728/21, juris, Rn. 19), woraus eine Restlaufleistung von 240.485 km folgt. Denn das Fahrzeug wies zum Zeitpunkt des Erwerbs eine Laufleistung von 9.515 km auf.

Der Senat orientiert sich als Schätzungsgrundlage an den vom KBA veröffentlichten statistischen Daten (verlinkt unter https://www.kba.de/DE/Statistik/statistik_node.html). Hiernach hatten die Kraftfahrzeuge in Deutschland zum 1. Januar 2020 ein durchschnittliches Alter von 9,6 Jahren und lag die durchschnittliche Jahresfahrleistung für Personenkraftwagen mit Dieselmotor im Jahr 2019 bei 19.884 km. Bei einer durchschnittlichen Nutzungsdauer von 12,5 Jahren und einer durchschnittlichen Jahresfahrleistung von 20.000 km ergibt sich eine Gesamtleistung von 250.000 km (s. a. OLG Köln, Urteil vom 24. März 2020 – 4 U 235/19, juris, Rn. 128; OLG Naumburg, Urteil vom 18. September 2020 – 8 U 8/20, juris, Rn. 42). Eine entsprechende Schätzung erscheint dem Senat angesichts der genannten Daten vorliegend angemessen. Insbesondere erscheint dies näherliegend als die Annahme einer durchschnittlichen Nutzungsdauer von 15 Jahren. Besonderheiten, die vorliegend ausnahmsweise die Annahme einer abweichenden, insbesondere höheren durchschnittlichen Gesamtleistung rechtfertigen könnten, zeigt die Berufung nicht auf.

Die zwischenzeitlich ergangene höchstrichterliche Rechtsprechung gebietet keine andere Bewertung. Der Bundesgerichtshof hat vielmehr durch Urteil vom 27. April 2021 (VI ZR 812/20) klargestellt, dass die Annahme einer Gesamtleistung von 250.000 km nicht zu beanstanden ist, wenn die Umstände der Prognose im Urteil festgestellt werden (a.a.O., juris, Rn. 16). Einer näheren Begründung der Schätzung bedarf es nur dann, wenn ein Kläger weitere aussagekräftige Umstände, die die Gesamtleistung des Fahrzeugs beeinflussen, dartut (BGH, a.a.O., juris, Rn. 16). Dies ist vorliegend aber nicht geschehen.

(bb) Die Laufleistung zwei Tage vor der letzten mündlichen Verhandlung im zweiten Rechtszug betrug 109.021 km. Der Senat schätzt die Laufleistung auf dieser Grundlage gemäß § 287 ZPO für den relevanten Zeitpunkt der mündlichen Verhandlung auf 109.100 km.

Die Nutzungsentschädigung errechnet sich auf dieser Grundlage wie folgt: $(31.500,00 \text{ €} \times 99.585 \text{ km}) : 240.485 \text{ km} = 13.044,17 \text{ €}$.

(cc) Zusammen mit dem Restwert des Fahrzeuges ergibt sich im Streitfall keine Vorteilsausgleichung.

(aaa) Zu den nach den Grundsätzen der Vorteilsausgleichung dem Geschädigten zuzurechnenden Vorteilen gehört auch der Restwert des Fahrzeugs (BGH, Urteil vom 26. Juni 2023 – VIa ZR 335/21 –, juris, Rn. 44; BGH, Urteil vom 24. Januar 2022 – VIa ZR 100/21 –, juris, Rn. 22).

(bbb) Für die Berechnung des Restwertes hält es der Senat - wie bei der Nutzungsentschädigung - für sachgerecht, diesen gemäß § 287 ZPO unter Würdigung aller Umstände nach freier Überzeugung zu schätzen. Denn auch der Restwert des Fahrzeugs betrifft als Bestandteil des Vorteilsausgleichs nicht den Grund, sondern den Umfang der Haftung des Schädigers. Deshalb ist auch für dieses Merkmal der Anwendungsbereich des § 287 ZPO eröffnet (zu dieser Differenzierung: BGH, Urteil vom 15. Februar 2005 – VI ZR 74/04, juris, Rn. 11, BeckOK ZPO/Bacher, 49. Ed. 01.7.2023, ZPO § 287 Rn. 8, Zöller/Greger, ZPO, 34. Auflage 2022, § 287 Rn. 1, Staudinger/Höpfner, BGB, 2021, Vorbemerkungen zu §§ 249 ff. Rn. 102 f.).

(ccc) Als Schätzungsgrundlage orientiert sich der Senat in ständiger Rechtsprechung neben Angeboten aus Verkaufsportalen wie mobile.de und autoscout24.de unter anderem an Auskünften der Deutschen Automobil Treuhand GmbH (DAT), ermittelt mit dem Programm SilverDAT, auf Grundlage der für das streitgegenständliche Fahrzeug vergebenen Fahrzeug-Identifikationsnummer, dem Datum der Erstzulassung und der aktuellen Laufleistung. Der Senat berücksichtigt hinsichtlich der auf den Plattformen genannten Preise ferner, dass diese eine Verhandlungsbasis darstellen und gerade noch nicht als Preise anzusehen sind, die sodann auch im Rahmen des Kaufvertrages tatsächlich vereinbart werden, so dass insoweit ein Abschlag vorzunehmen ist. Eine auf dieser Grundlage mit dem Programm SilverDat der DAT eingeholte Auskunft ergibt einen Händler-Einkaufswert von 13.695,35 €.

(ddd) Bei der Anrechnung der Nutzungsvorteile auf den Anspruch auf den Differenzschaden sind diese allerdings erst dann und nur insoweit schadensmindernd anzurechnen, als sie den tatsächlichen Wert des Fahrzeugs bei Abschluss des Kaufvertrags übersteigen (BGH, Urteil vom 26. Juni 2023 – VIa ZR 335/21 –, Rn. 44, juris).

Unter Berücksichtigung des Werts des klägerischen Fahrzeugs bei Vertragsschluss in Höhe von 28.350,00 € (Kaufpreis [31.500,00 €] abzüglich 10 Prozent [3.150,00 €]), übersteigt der Restwert zusammen mit den Nutzungsvorteilen (13.044,17 €) den Wert selbst dann nicht, wenn man bezüglich des Restwertes zugunsten der Beklagten den bei DAT ausgewiesenen Händlereinkaufspreis im Hinblick auf höhere Angebote auf den unter (ccc) genannten Plattformen um 1.000,00 € auf damit 14.695,35 € erhöht. In Addition mit der Nutzungsentschädigung ergibt sich dann ein Betrag von 27.739,52 €, der unterhalb des Werts bei Vertragsschluss in Höhe von 28.350,00 € liegt. Somit verbleibt es bei einem Differenzschaden in Höhe von 3.150,00 €.

g) Dem Kläger steht ein Anspruch auf Prozesszinsen aus § 291 Satz 1 BGB im Hinblick auf den

zuzusprechenden Anspruch auf Ersatz des Differenzschadens zu, wobei § 187 Abs. 1 BGB analog für den Zinsbeginn Anwendung findet. Die Zinshöhe folgt aus § 291 Satz 2 BGB in Verbindung mit § 288 Abs. 1 Satz 2 ZPO.

h) Ein Anspruch auf vorgerichtliche Rechtsanwaltskosten besteht hingegen nicht.

Aus § 826 BGB kann der Kläger aus den dargelegten Gründen keinen Anspruch herleiten. Auf der Grundlage des § 823 Abs. 2 BGB in Verbindung mit § 6 Abs. 1, § 27 Abs. 1 EG-FGV kann neben dem Anspruch auf Ersatz des Differenzschadens eine Erstattung vorgerichtlicher Rechtsanwaltskosten nicht verlangt werden (BGH, Urteil vom 16. Oktober 2023 - VIa 14/22, juris, Rn. 13).

III.

Die Kostenentscheidung beruht auf §§ 92 Abs. 1 Satz 1 ZPO, 97 Abs. 1 ZPO. Die Entscheidung über die vorläufige Vollstreckbarkeit folgt aus §§ 708 Nr. 10, 711, 709 Satz 2 ZPO.

Die Voraussetzungen, die § 543 ZPO für die Zulassung der Revision aufstellt, sind nicht erfüllt. Das Urteil ergeht auf der Basis der höchstrichterlichen Rechtsprechung (vgl. u.a. BGH, Urteil vom 26. Juni 2023 - VIa ZR 335/21). Die Sache hat weder grundsätzliche Bedeutung noch erfordert die Fortbildung des Rechts oder die Sicherung der Einheitlichkeit der Rechtsprechung die Zulassung der Revision.

Der Streitwert wurde nach §§ 63 Abs. 2 Satz 1, 47 Abs. 1 Satz 1 GKG festgesetzt.

Meinhof
Vorsitzender Richter
am Oberlandesgericht

Titze
Richter
am Oberlandesgericht

Michel
Richter
am Oberlandesgericht

Vermerk:

Verkündet am
15.01.2025



Urkundsbeamtin der Geschäftsstelle