

**Oberlandesgericht Düsseldorf
-Geschäftsstelle-**



-I-20- Oberlandesgericht Düsseldorf,
[REDACTED]

08.02.2024

Seite 1 von 1

Gansel Rechtsanwälte
[REDACTED]

Aktenzeichen
I-20 U 299/22

bei Antwort bitte angeben

Bearbeiter
Frau [REDACTED]
Durchwahl
0211/4971-757

Ihr Zeichen:
[REDACTED]

Sehr geehrte Damen und Herren,

in dem Rechtsstreit

[REDACTED] gegen Mercedes-Benz Group AG

erhalten Sie anliegendes Urteil zur Kenntnis.

Mit freundlichen Grüßen

[REDACTED]

Justizbeschäftigte (mD)

- automatisiert erstellt, ohne Unterschrift gültig -

Anschrift

[REDACTED]

Sprechzeiten

Mo - Do 08.30 - 15.00 Uhr, Fr

08.30 - 14.00 Uhr

Telefon

0211/4971-0

Telefax:

0211/4971-548

Nachbriefkasten:

[REDACTED]
[REDACTED]

Konten der Zahlstelle des

Amtsgerichts Düsseldorf:

Deutsche Bundesbank Fil.

[REDACTED] IBAN DE84

3000

0000 0030 0015 10, Postbank

IBAN DE58 3701 0050 0011

3925 01

I-20 U 299/22

2 O 205/19

Landgericht Wuppertal



Oberlandesgericht Düsseldorf

IM NAMEN DES VOLKES

Urteil

In dem Rechtsstreit

des Herrn [REDACTED], [REDACTED],
Klägers und Berufungsklägers,

- Prozessbevollmächtigte: Gansel Rechtsanwälte Rechtsanwälte-
Aktiengesellschaft, [REDACTED], 10179 [REDACTED] -

die Mercedes-Benz Group AG, gesetzlich vertreten durch den Vorstand, dieser
vertreten durch den Vorstandsvorsitzenden Herrn [REDACTED],
[REDACTED],
Beklagte und Berufungsbeklagte,

- Prozessbevollmächtigte: [REDACTED], [REDACTED], 60323
[REDACTED] -

hat der 20. Zivilsenat des Oberlandesgerichts Düsseldorf
auf die mündliche Verhandlung vom 30. Januar 2024
durch den Vorsitzenden Richter am Oberlandesgericht Schüttpelz,
die Richterin am Oberlandesgericht Dr. Schumacher
und den Richter am Oberlandesgericht Neugebauer

für R e c h t erkannt:

Auf die Berufung des Klägers wird das am 24. Oktober 2022 verkündete Urteil des Einzelrichters des Landgerichts Wuppertal – Az.: 2 O 205/19 – unter Zurückweisung des weitergehenden Rechtsmittels teilweise abgeändert und wie folgt neu gefasst:

Die Beklagte wird unter Klageabweisung im Übrigen verurteilt, an den Kläger 2.904,34 € nebst Zinsen in Höhe von fünf Prozentpunkten über dem jeweiligen Basiszinssatz seit dem 24. August 2019 zu zahlen.

Die Kosten des Rechtsstreits trägt der Kläger.

Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar.

Gründe:**I.**

Auf die Darstellung des Tatbestandes wird gemäß § 540 Abs. 2 ZPO in Verbindung mit § 313a ZPO verzichtet.

II.

Die zulässige Berufung hat in dem aus dem Tenor ersichtlichem Umfang Erfolg.

Der Kläger hat den mit der Klage ursprünglich geltend gemachten Schadensersatzanspruch gemäß § 826 BGB wegen vorsätzlich sittenwidriger Schädigung zuletzt nicht mehr weiterverfolgt und seine Berufung insoweit zurückgenommen. Damit erübrigt sich eine Auseinandersetzung mit den Gründen der erstinstanzlichen Entscheidung.

A.

Nach der geänderten höchstrichterlichen Rechtsprechung (vgl. BGH, Urteile vom 26. Juni 2023, Az.: VIa ZR 335/21, VIa ZR 533/21 und VIa ZR 1031/22 – jeweils zitiert nach juris) kann der Geschädigte nunmehr auch bei einer fahrlässigen Schutzgesetzverletzung den Ersatz des Differenzschadens in einer Bandbreite zwischen 5 % und 15 % des gezahlten Kaufpreises verlangen. Danach ist die Berufung

mit dem zuletzt gestellten Hauptantrag teilweise begründet, denn dem Kläger steht gegen die Beklagte gemäß § 823 Abs. 2 BGB in Verbindung mit § 6 Abs. 1, § 27 Abs. 1 EG-FGV ein Anspruch auf Ersatz eines Differenzschadens in Höhe von 3.952,46 € zu.

1.

Der Kläger hat seine Sachanträge mit Blick auf die am 26. Juni 2023 verkündeten Urteile des Bundesgerichtshofes Rechtsprechung (vgl. BGH, Urteile vom 26. Juni 2023, Az.: VIa ZR 335/21, VIa ZR 533/21 und VIa ZR 1031/22 – jeweils zitiert nach juris) mit Schriftsatz vom 05. September 2023 sowie nachfolgend im Termin der mündlichen Verhandlung angepasst und verlangt nunmehr statt des großen Schadensersatzes wegen vorsätzlich sittenwidriger Schädigung Ersatz des Differenzschadens.

Diese Antragsänderung im Berufungsverfahren ist zulässig. Der Kläger legt seinem Klagebegehren lediglich eine andere Methode der Schadensberechnung zugrunde, die im Kern ebenfalls an die Vertrauensinvestition des Käufers bei Abschluss des Kaufvertrages anknüpft (vgl. BGH, Urteil vom 26.6.2023, Az.: VIa ZR 335/21, zitiert nach juris). Verfahrensrechtlich ist ein Wechsel der Schadensbemessung, der auf einer Änderung der Disposition des Geschädigten beruht, gemäß § 264 Nr. 3 ZPO in Verbindung mit § 264 Nr. 2 ZPO schon nicht als Klageänderung anzusehen, sofern der Lebenssachverhalt im Übrigen unverändert bleibt (vgl. BGH, Urteil vom 22. Februar 2018, Az.: VII ZR 46/17, zitiert nach juris). Dies ist hier der Fall. Der Kläger stützt den geltend gemachten Anspruch nach wie vor auf den Einbau unzulässiger Abschaltanlagen. Hierin liegt auch eine zumindest teilweise Weiterverfolgung des in erster Instanz abgewiesenen Begehrens, was Voraussetzung für die

Zulässigkeit der Berufung ist (vgl. BGH, Beschluss vom 29. September 2011, Az.: IX ZB 106/11, zitiert nach juris). Auf das Vorliegen der Voraussetzungen der §§ 263, 533 ZPO kommt es somit nicht an.

2.

Die Voraussetzungen eines Anspruchs auf Ersatz des Differenzschadens gemäß § 823 Abs. 2 BGB in Verbindung mit § 6 Abs. 1, § 27 Abs. 1 EG-FGV liegen vor. Die Beklagte hat eine unzutreffende Übereinstimmungsbescheinigung erteilt, weil das streitgegenständliche Fahrzeug zum Zeitpunkt des Abschlusses des Kaufvertrages – unstreitig – zwei Abschaltseinrichtungen im Sinn von Art. 3 Nr. 10, Art. 5 Abs. 2 Satz 1 VO (EG) Nr. 715/2007 in Gestalt eines Thermofensters (im Folgenden: AGR) und einer Kühlmittel-Solltemperatur-Regelung (im Folgenden: ■■■■) aufgewiesen.

2.1.

Eine Übereinstimmungsbescheinigung ist unzutreffend, wenn das betreffende Kraftfahrzeug mit einer gemäß Art. 5 Abs. 2 VO (EG) Nr. 715/2007 unzulässigen Abschaltseinrichtung ausgerüstet ist, denn in diesem Fall weist die Bescheinigung eine tatsächlich nicht gegebene Übereinstimmung des konkreten Kraftfahrzeugs mit Art. 5 Abs. 2 VO (EG) Nr. 715/2007 aus, ohne dass es auf den Inhalt der zugrundeliegenden

EG-Typgenehmigung ankommt. Die Übereinstimmungsbescheinigung weist nach der verbindlichen Auslegung des Unionsrechts durch den EuGH nicht nur die Übereinstimmung des konkreten Kraftfahrzeugs mit dem genehmigten Typ aus, sondern auch die Übereinstimmung des konkreten Kraftfahrzeugs mit allen Rechtsakten, also auch mit Art. 5 Abs. 2 Satz 1 VO (EG) Nr. 715/2007. Die Übereinstimmungsbescheinigung verweist nach ihrem gesetzlichen Inhalt auch auf materielle Voraussetzungen, die im Falle einer unzulässigen Abschaltseinrichtung nicht vorliegen (BGH, Urteil vom 26. Juni 2023, Az.: VIa ZR 335/21, zitiert nach juris Rn. 34).

Unter welchen konkreten Umständen von einer unzulässigen Abschaltseinrichtung auszugehen ist, richtet sich nach Art. 3 Nr. 10, Art. 5 Abs. 2 Satz 1 VO (EG) Nr. 715/2007. Bei der Subsumtion unter Art. 3 Nr. 10 VO (EG) Nr. 715/2007 ist nach der Rechtsprechung des Gerichtshofs der Europäischen Union auf die Verwendung des

Fahrzeugs unter Fahrbedingungen abzustellen, wie sie im gesamten Unionsgebiet

üblich sind (EuGH, Urteil vom 14. Juli 2022, Az.: C-128/20, zitiert nach juris Rn. 40). Für die Bewertung einer Vorrichtung als Abschaltvorrichtung im Sinne des Art. 3 Nr. 10, Art. 5 Abs. 2 Satz 1 VO (EG) Nr. 715/2007 können deshalb nicht nur die tatsächlichen Fahrbedingungen und darunter die Temperaturverhältnisse in einem Mitgliedstaat oder gar nur in bestimmten Regionen von Mitgliedstaaten von Bedeutung

sein (BGH, a.a.O., Rn. 50). Eine Abschaltvorrichtung kann schon dann vorliegen, wenn

die Funktion nur eines beliebigen Teils des Emissionskontrollsystems in Abhängigkeit von bestimmten Parametern verändert und die Wirksamkeit des Emissionskontrollsystems unter den Bedingungen des normalen Fahrbetriebs verringert wird. Ob die Grenzwerte unter den Bedingungen des Neuen Europäischen Fahrzyklus (NEFZ) auch bei veränderter Funktion eingehalten würden, ist mit Rücksicht auf den Wortlaut des Art. 3 Nr. 10 VO (EG) Nr. 715/2007 nicht von Bedeutung (BGH, a.a.O., Rn. 51).

Die Darlegungs- und Beweislast für das Vorliegen einer Abschaltvorrichtung im Sinne der Art. 3 Nr. 10, Art. 5 Abs. 2 Satz 1 VO (EG) Nr. 715/2007 trifft nach allgemeinen Regeln des Zivilprozesses den Kläger als Anspruchsteller. Der Beklagten als Anspruchsgegnerin obliegt dagegen die Darlegungs- und Beweislast dafür, dass eine festgestellte Abschaltvorrichtung zulässig ist (vgl. BGH, a.a.O., Rn. 53 f.).

a. (AGR)

Die Beklagte hat eine unzutreffende Übereinstimmungsbescheinigung erteilt, da das streitgegenständliche Fahrzeug über eine temperaturgesteuerten AGR verfügt. Diese stellt bereits auf Grundlage des eigenen Vortrages der Beklagten eine unzulässige Abschaltvorrichtung im Sinne der vorgenannten Vorschriften dar, und zwar unabhängig davon, ob die AGR bereits unterhalb von +10°C reduziert wird (so zum Zeitpunkt des für eine Haftung relevanten Zeitpunktes des Vertragsschlusses) oder erst – aufgrund der Ausweitung des Thermofensters durch das nach Vertragsschluss erfolgte Aufspielen des Software-Updates – außerhalb eines Temperaturfensters von -10°C bis +40°C.

aa. Die AGR muss als Emissionskontrollsystem unter normalen Betriebsbedingungen, die beim normalen Fahrzeugbetrieb vernünftigerweise zu erwarten sind, im Sinn von Art. 3 Nr. 10, Art. 5 Abs. 1 VO (EG) Nr. 715/2007 uneingeschränkt wirksam sein.

Andernfalls handelt es sich um eine Abschaltvorrichtung. Diese normalen Betriebsbedingungen umfassen die tatsächlichen Fahrbedingungen, wie sie im Unionsgebiet üblich sind (vgl. EuGH, Urteil vom 14. Juli 2022, Az.: C-128/20, zitiert nach juris Rn. 40), so dass zu ihnen insbesondere der Temperaturbereich gehört, der im Gebiet der Europäischen Union üblicherweise vorkommt (vgl. BGH, Urteil vom 26. Juni 2023, Az.: VIa ZR 335/21, zitiert nach juris Rn. 50). Dieser reicht nach Auffassung

des Senats von -15°C bis +40°C. Der Senat schließt sich insofern nach eigener Überprüfung den Ausführungen des Verwaltungsgerichts Schleswig an (vgl. VG Schleswig, Urteil vom 20. Februar 2023, Az.: 3 A 113/18, zitiert nach juris Rn. 267 und 274), auf die zur Vermeidung von Wiederholungen verwiesen wird.

Danach handelt es sich bei der in dem streitgegenständlichen Fahrzeug befindlichen AGR (sowohl in der hier maßgeblichen Ausgestaltung zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses, als auch in der durch das Update verbesserten Ausgestaltung) um eine Abschaltvorrichtung.

bb. Diese Abschaltvorrichtung ist auch nicht gemäß Art. 5 Abs. 2 Satz 2 VO (EG) Nr. 715/2007 ausnahmsweise zulässig, da keiner der unter lit. a bis c. genannten Ausnahmetatbestände vorliegt. Das diesbezügliche Vorbringen der hierfür darlegungs- und beweisbelasteten Beklagten (vgl. dazu BGH, Urteil vom 26. Juni 2023, Az.: VIa ZR 335/21, zitiert nach juris Rn. 54) ist unzureichend. Entgegen der Argumentation der Beklagten ist die temperaturgesteuerte AGR insbesondere nicht notwendig, um den Motor vor Beschädigung oder Unfall zu schützen und um den sicheren Betrieb des Fahrzeugs zu gewährleisten.

(1) 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, Az.: C-100/21, zitiert nach juris Rn. 62; VG Schleswig, a.a.O., 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.

(a) 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

(b) muss, den Motor vor plötzlichen und außergewöhnlichen Schäden zu schützen (EuGH, Urteil vom 14. Juli 2022, Az.: C-145/20, zitiert nach juris Rn. 72 f.), 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, a.a.O., 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, a.a.O., Rn. 65; Urteil vom 17. Dezember 2020, Az.: C-693/18, zitiert nach juris Rn. 110; VG Schleswig, a.a.O., Rn. 302).

(c) Auch der Begriff „Motor“ ist eng auszulegen, weshalb sich AGR-Ventil, AGR-Kühler

und Dieselpartikelfilter als vom Motor im Sinne dieses Ausnahmetatbestandes getrennte Bauteile darstellen (vgl. EuGH, Urteil vom 14. Juli 2002, Az.: C_145/20, zitiert nach juris, Rn. 63; VG Schleswig, a.a.O., Rn. 300).

(d) Notwendig im Sinne dieses Ausnahmetatbestandes ist eine Abschalteneinrichtung zum Motorschutz zudem nur dann, wenn zum Zeitpunkt der EG-Typgenehmigung dieser Einrichtung oder des mit ihr ausgestatteten Fahrzeugs keine andere technische Lösung zur Verfügung gestanden hatte, um unmittelbare Risiken für den Motor in Form

von Beschädigung oder Unfall abzuwenden, die beim Fahren eines Fahrzeugs eine konkrete Gefahr hervorrufen (EuGH, Urteil vom 14. Juli 2022, Az.: C-145/20, zitiert nach juris Rn. 80; Urteil vom 14. Juli 2022, Az.: C-134/20, zitiert nach juris Rn. 81). Mit der alternativen Technik einhergehende Mehrkosten für den Hersteller fallen dabei nicht ins Gewicht (EuGH, Urteil vom 14. Juli 2022, Az.: C-145/20, zitiert nach juris Rn. 77 f.; Urteil vom 14. Juli 2022, Az.: C-128/20, zitiert nach juris Rn. 66 f.). Um notwendig

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

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

hat insbesondere nicht dargelegt, dass zum Zeitpunkt der Erteilung der EG-Typgenehmigung keine andere technische Lösung zur Verfügung gestanden hatte.

cc. Auf Grundlage dieser Erwägungen kommt eine Aussetzung des Rechtsstreits bis zur Entscheidung des KBA über den Widerspruch gegen den Bescheid vom 13. Dezember 2023, wie die Beklagte mit Schriftsatz vom 22. Januar 2024 beantragt hat, nicht in Betracht.

b. (■■■■)

Auch die ■■■■ stellt eine unzulässige Abschaltvorrichtung im Sinn von Art. 3 Nr. 10, Art. 5 Abs. 1 VO (EG) Nr. 715/2007 dar. Die Übereinstimmungsbescheinigung stellt sich auch unter diesem Gesichtspunkt als unzutreffend dar.


aa. Die ■■■■ ist als Abschaltvorrichtung im Sinne von Art. 3 Nr. 10, Art. 5 Abs. 1 VO (EG) Nr. 715/2007 zu qualifizieren.

(1) Der Hersteller hat gemäß Art. 4 Abs. 2 VO (EG) Nr. 715/2007 sicherzustellen, dass

die ergriffenen technischen Maßnahmen die Emissionen während der gesamten Lebensdauer des Fahrzeugs und bei normalen Nutzungsbedingungen, also auch bei betriebswarmen Motor, wirksam begrenzen. Hierzu hat er das Fahrzeug nach Art. 5 Abs. 1 VO (EG) Nr. 715/2007 entsprechend auszurüsten (vgl. ■■■■■■■■■■, a.a.O.,

Rn. 232).

(2) Diesen Anforderungen genügt die ■■■■ aufgrund ihres begrenzten Wirkbereiches nicht. Nach der zugrunde gelegten Darstellung der Beklagten wird bei der ■■■■ die Solltemperatur für das Kühlmittelthermostat (von 95°C) unter bestimmten Betriebsumständen auf 70° C 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  optimierte Emissionsverhalten nur während der Warmlaufphase des Motors aufrechterhalten werden kann, aber auch Fahrten jenseits der Warmlaufphase – Fahren 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 bereits aus diesem Grund um eine Abschaltvorrichtung (ungeachtet der zusätzlichen (De)Aktivierungsbedingungen).

bb. Zulässigkeitsgründe im Sinne von Art. 5 Abs. 2 Satz 2 VO (EG) Nr. 715/2007 sind nicht ersichtlich. 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. Zudem sind Einrichtungen, die aufgrund ihres begrenzten Wirkbereiches insbesondere verhindern, dass aus dem mit ihrer Hilfe im Rahmen des NEFZ gezeigten Emissionsverhaltens auf das im normalen Fahrbetrieb geschlossen werden, bereits aus diesem Grund unzulässig (vgl. BGH, Urteil vom 26. Juni 2023, Az.: VIa ZR 335/21, zitiert nach juris Rn. 51).

2.2.

Der Verstoß der Beklagten gegen § 6 Abs. 1, § 27 Abs. 1 EG-FGV durch die Erteilung einer unzutreffenden Übereinstimmungsbescheinigung ist schuldhaft erfolgt.

a. Der Schadensersatzanspruch aus § 823 Abs. 2 BGB setzt ein Verschulden des Schädigers voraus. Für die Haftung gemäß § 823 Abs. 2 BGB in Verbindung mit § 6 Abs. 1, § 27 Abs. 1 EG-FGV genügt ein fahrlässiger Verstoß (BGH, a.a.O., Rn. 37). Zwar ist hinsichtlich des Verschuldens, weil es sich gemäß § 823 Abs. 2 BGB um eine anspruchsbegründende Voraussetzung handelt, gewöhnlich der Kläger als Anspruchsteller darlegungs- und beweispflichtig. Es muss aber 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, a.a.O., Rn. 37 f. und 59). Hierbei ist nach dem an der Regelungssystematik des Art. 5 Abs. 2 VO (EG) Nr. 715/2007 orientierten Normverständnis, wonach Abschaltvorrichtungen nur ausnahmsweise und unter engen Voraussetzungen zulässig sein können, davon auszugehen, dass das mit § 6 Abs. 1, § 27 Abs. 1 EG-FGV verbundene und letztlich auf Art. 3 Nr. 10, Art. 5 Abs. 2 Satz 1 VO (EG) Nr. 715/2007 beruhende Verbot hinreichend konkret ist (BGH, a.a.O., Rn. 60). Daraus folgt, dass derjenige

Fahrzeughersteller, der sich unter Berufung auf einen unvermeidbaren Verbotsirrtum entlasten will, sowohl den Verbotsirrtum als solchen als auch dessen Unvermeidbarkeit darlegen und beweisen muss. Nur ein auch bei Anwendung der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt unvermeidbarer Verbotsirrtum kann entlastend wirken. Ein entlastend wirkender Verbotsirrtum kann vorliegen, wenn der Schädiger die Rechtslage unter Einbeziehung der höchstrichterlichen Rechtsprechung sorgfältig geprüft hat und er bei Anwendung der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt mit einer anderen Beurteilung durch die Gerichte nicht zu rechnen brauchte (BGH, a.a.O., Rn. 63).

b. Gemessen daran hat die Beklagte schuldhaft gehandelt; sie hat die von der objektiven Schutzgesetzverletzung ausgehende Verschuldensvermutung nicht auszuräumen vermocht. Auf einen Verbotsirrtum als solchen beruft sie sich vorliegend nicht. Sie führt in Bezug auf die temperaturgesteuerte AGR lediglich aus, sie bzw. die für die Entwicklung der Fahrzeuge bei der Beklagten zuständigen Mitarbeiter seien davon ausgegangen, dass das im streitgegenständlichen Fahrzeug implementierte Thermofenster zum Schutz des Motors und zum sicheren Betrieb des Fahrzeugs erforderlich und damit zulässig sei. Dieser allgemein gehaltene Vortrag genügt ersichtlich nicht für die konkrete Darlegung eines Verbotsirrtums. Er lässt bereits nicht erkennen, ob sich der Vorstand oder andere zuständige und maßgebliche Entscheidungsträger der Beklagten im Sinne des § 31 BGB analog mit der Zulässigkeit des im streitgegenständlichen Fahrzeug implementierten Thermofensters auseinandergesetzt und welche Überlegungen sie hierbei angestellt haben. Aus dem Vortrag der Beklagten geht insbesondere nicht hervor, dass und ob sich der Vorstand oder einzelne Mitglieder des Vorstands, vor allem die für die Motorentwicklung und für die Rechtsabteilung zuständigen, konkrete Vorstellungen über die Zulässigkeit des Thermofensters machten, die Grundlage für einen Irrtum sein könnten. Die Beklagte behauptet auch nicht, dass das Thermofenster und seine Zulässigkeit nicht Gegenstand der Erörterungen und Beschlüsse des Vorstands gewesen seien. Letztlich lässt der Vortrag der Beklagten hierzu alles offen. Auch zu den Entscheidungsprozessen bei der Beklagten im Zusammenhang mit der AGR findet sich nichts Konkretes. Hinsichtlich des Einsatzes der ■■■■ fehlt es an jedweden Darlegungen der Beklagten zu einer etwaigen Fehlvorstellung über die Zulässigkeit

c. der Abschalteinrichtung (siehe auch OLG Karlsruhe, Urteil vom 03. November 2023, Az.: 8 U 104/21, BeckRS 2023, 30542).

3.

d. Durch den schuldhaften Verstoß der Beklagten gegen § 6 Abs. 1, § 27 Abs. 1 EG-FGV

hat der Kläger einen Vermögensschaden in Höhe von 2.904,34 € erlitten.

3.1.

e. Der Käufer eines mit einer unzulässigen Abschalteinrichtung versehenen Kraftfahrzeugs fällt – unionsrechtlich vorgegeben – in den persönlichen Schutzbereich der § 6 Abs. 1 und § 27 Abs. 1 EG-FGV in Verbindung mit Art. 5 VO (EG) Nr. 715/2007 (BGH, Urteil vom 26. Juni 2023, Az.: VIa ZR 335/21, zitiert nach juris Rn. 21). Das Unionsrecht verlangt indes nicht, den Käufer eines mit einer unzulässigen Abschalteinrichtung versehenen Kraftfahrzeugs so zu stellen, als habe er den Kaufvertrag nicht abgeschlossen, also das Interesse auf Rückabwicklung des Kaufvertrags in den sachlichen Schutzbereich der § 6 Abs. 1, § 27 Abs. 1 EG-FGV einzubeziehen, sondern nur den Ersatz des Schadens in Höhe des Betrages, um

den der Käufer das Fahrzeug mit Rücksicht auf die mit der unzulässigen Abschalteinrichtung verbundenen Risiken zu teuer erworben hat (sogenannte Differenzschaden; vgl. BGH, Urteil vom 26. Juni 2023, Az.: VIa ZR 335/21, zitiert nach juris, Rn. 22, 32 und 40 mit weiteren Nachweisen).

a. Der Kläger kann sich im Hinblick auf die Erwerbskausalität auf den Erfahrungssatz berufen, dass er den Kaufvertrag zu diesem Kaufpreis nicht geschlossen hätte. Für die

Anwendung eines solchen Erfahrungssatzes ist nicht von Bedeutung, ob ihm beim Erwerb des Fahrzeugs die von der Beklagten ausgegebene unzutreffende Übereinstimmungsbescheinigung vorgelegen und ob er von deren Inhalt Kenntnis genommen hat. Auch ohne Kenntnisnahme 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, a.a.O.,

Rn. 55 f.).

b. Umstände, die diesen Erfahrungssatz widerlegen, sind im Streitfall weder dargetan noch sonst ersichtlich. Insbesondere hat die Beklagte nicht dargelegt, dass sie die Ausrüstung des Fahrzeugs mit einer unzulässigen Abschaltseinrichtung in einer Art und

Weise bekannt gegeben hat, die einem objektiven Dritten die mit dem Kauf des Fahrzeugs verbundenen Risiken verdeutlichen muss (vgl. BGH, a.a.O., Rn. 32).

3.2.

f. Für die Ermittlung der gemäß § 287 Abs. 1 ZPO unter Würdigung aller Umstände nach

freier Überzeugung zu schätzenden Höhe des Differenzschadens gilt, dass der Schaden aus Gründen unionsrechtlicher Effektivität und der Verhältnismäßigkeit nicht geringer als 5 % und nicht höher als 15 % des gezahlten Kaufpreises sein kann (vgl. BGH, Urteil vom 26. Juni 2023, Az.: VIa ZR 335/21, zitiert nach juris Rn. 72 ff.). Bei der Schätzung des Schadens innerhalb dieses Rahmens sind bei der Bestimmung des

objektiven Werts des Fahrzeugs im Zeitpunkt des Vertragsschlusses die mit der Verwendung einer unzulässigen Abschaltseinrichtung verbundenen Nachteile, insbesondere das Risiko behördlicher Anordnungen, zu berücksichtigen. Umfang der in Betracht kommenden Betriebsbeschränkungen und deren Eintrittswahrscheinlichkeit sind mit Rücksicht auf die Einzelfallumstände in den Blick zu nehmen. Über diese originär schadensrechtlichen Gesichtspunkte hinaus ist das Gewicht des der Haftung zugrundeliegenden konkreten Rechtsverstoßes für das unionsrechtliche Ziel der Einhaltung gewisser Emissionsgrenzwerte sowie der Grad des Verschuldens nach Maßgabe der Umstände des zu beurteilenden Einzelfalls zu bewerten. Zur Einholung eines Sachverständigengutachtens ist der Senat bei seiner Schätzung innerhalb des genannten Rahmens nicht gehalten. Eine schadensmindernde Berücksichtigung später eintretender Umstände im Wege der Vorteilsausgleichung ist geboten, wobei insofern die in der höchstrichterlichen Rechtsprechung entwickelten Maßstäbe zum "kleinen" Schadensersatz nach § 826 BGB sinngemäß gelten. Nutzungsvorteile und der Restwert des Fahrzeugs sind erst dann und nur insoweit schadensmindernd anzurechnen, als sie den Wert des Fahrzeugs bei Abschluss des Kaufvertrags (gezahlter Kaufpreis abzüglich Differenzschaden) übersteigen. 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. Im Ergebnis kann die Vorteilausgleichung auch der Gewährung eines

g. Differenzschadensersatzes entgegenstehen, wenn der Differenzschaden vollständig ausgeglichen ist.

a. Ausgehend von einem Kaufpreis in Höhe von 44.390,- € ergibt sich unter Ausübung des richterlichen Schätzungsermessens ein möglicher Differenzschaden von 4.439,- € (= 10 % des Kaufpreises).

h. aa. Unter Berücksichtigung aller besonderen Umstände des hier zu entscheidenden

Einzelfalles handelt es sich in jeder Hinsicht, sowohl was die Art als auch was die möglichen Folgen des Verstoßes gegen § 6 Abs. 1 und § 27 Abs. 1 EG-FGV in Verbindung mit Art. 5 VO (EG) Nr. 715/2007 angeht, um einen mittelschweren Fall, der

die Anwendung des mittleren Prozentsatzes von 10 % rechtfertigt. Besondere Umstände, die geeignet wären, den Streitfall in die eine oder andere Richtung gegenüber anderen Fällen hervorzuheben, sind weder vorgetragen noch ersichtlich.

i. bb. Die Einwendungen der Beklagten gegen die Schätzung des Differenzschadens

innerhalb der unionsrechtlich vorgegebenen Bandbreite sind unerheblich, weil die Grundsätze der Effektivität auf der einen und der Verhältnismäßigkeit auf der anderen Seite den Ausgleich eines Differenzschadens aus Rechtsgründen begrenzen (vgl. BGH, Urteil vom 26. Juni 2023, Az.: VIa ZR 335/21, zitiert nach juris Rn. 79).

b. Dieser Differenzschaden ist vorliegend jedoch nach dem höchstrichterlich vorgegebenen Anrechnungsmodus (vgl. BGH, Urteil vom 26. Juni 2023, Az.: VIa ZR 335/21, zitiert nach juris) nach den Grundsätzen der Vorteilsausgleichung zu kürzen.

j. aa. Allgemein anerkannt ist, dass sich der Geschädigte im Wege der Vorteilsausgleichung diejenigen Vorteile anrechnen lassen muss, die ihm in adäquatem Zusammenhang mit dem Schadensereignis zugeflossen sind. Er darf einerseits im Hinblick auf das schadensersatzrechtliche Bereicherungsverbot nicht

bessergestellt werden, als er ohne das schädigende Ereignis stünde. Andererseits sind nur diejenigen durch das Schadensereignis bedingten Vorteile auf den Schadensersatzanspruch anzurechnen, deren Anrechnung mit dem jeweiligen Zweck des Ersatzanspruchs übereinstimmt, also dem Geschädigten zumutbar ist und den Schädiger nicht unangemessen entlastet (ständige Rechtsprechung; vgl. etwa BGH,

k. Urteil vom 25. Mai 2020, Az.: VI ZR 252/19, BGHZ 225, 316 Rn. 65). Der Bundesgerichtshof ha entschieden, dass sowohl beim Differenzschadensersatz nach § 823 Abs. 2 BGB in Verbindung mit § 6 Abs. 1, § 27 Abs. 1 EG-FGV als auch beim „kleinen“ Schadensersatz nach § 826 BGB die Nutzungsvorteile und der Restwert des Fahrzeuges nur insoweit und erst dann schadensmindernd anzurechnen

sind, wenn sie den Wert des Fahrzeugs bei Abschluss des Kaufvertrages (gezahlter Kaufpreis abzüglich Differenzschaden) übersteigen (vgl. zu § 823 Abs. 2 BGB in Verbindung

mit § 6 Abs. 1, 27 Abs. 1 EG-FGV: BGH, Urteil vom 26. Juni 2023, Az.: VIa ZR 335/21; zu § 826 BGB: BGH, Urteil vom 24. Januar 2022, Az.: VIa ZR 100/21). Erreichen sie den ursprünglich gezahlten Kaufpreis, besteht kein Schaden. Dem vollständigen Wegfall des Schadens stehen auch die Grundsätze des Unionsrechts nicht entgegen (vgl. u.a. BGH, Urteil vom 24. Juli 2023, Az.: VIa ZR 752/22, zitiert nach juris Rn. 12 mit weiteren Nachweisen).

l. bb. Im Streitfall übersteigen die Nutzungsvorteile und der Restwert den anfänglichen

Fahrzeugwert letztlich um 1.534,66 € mit der Folge, dass dem Kläger ein zu ersetzender Schaden in Höhe von 2.904,34 € (= 4.439,- € minus 1.534,66 €) verbleibt.

(1) Der Restwert des Fahrzeugs liegt nach Schätzung des Senats (§ 287 ZPO) nicht über 22.798,- €. Der Wert eines marktgängigen Fahrzeugs richtet im Grundsatz nach dem Preis, den der Geschädigte bei der Inzahlunggabe bei einem seriösen Händler erzielen kann (vgl. OLG Hamm, Urteil vom 20. November 2023, Az.: 18 U 225/22, zitiert nach juris Rn. 184; OLG Saarbrücken, Urteil vom 29. September 2023, Az. 3 U 20/22, zitiert nach juris unter Hinweis auf BGH, Urteil vom 13. Januar 2009, Az.: VI ZR 205/08). Schätzgrundlage ist das Vorbringen der Beklagten, unter Hinweis auf entsprechende Angebote auf Gebrauchtwagenbörsen (Anlage BB 5), die sich im Hinblick auf Fahrzeugtyp, Zulassungsdatum und Laufleistung mit dem streitgegenständlichen Fahrzeug vergleichbare Fahrzeuge beziehen, einen Restwert in Höhe von 22.798,- € nachvollziehbar gemacht hat. Soweit der Kläger einen Restwert

in Höhe von lediglich 13.300,- € unter Verweis auf eine Recherche über www.dat.de (siehe Screenshot auf Seite 22 des Schriftsatzes vom 22. Januar 2024) in Ansatz bringt, ist dem nicht zu folgen. Das Vorbringen des Klägers ist schon deshalb unzureichend, weil er versäumt hat, zu den maßgeblichen Parametern der von ihm angestellten Recherche näher vorzutragen. Hinzu kommt, dass die

m. Rechercheergebnisse, die die Beklagte erzielt hat, denen einer vom Senat im Januar

2024 getätigte Abfrage auf der Internetseite www.mobile.de entsprechen, die – wie der

Senat im Termin zur mündlichen Verhandlung offengelegt hat – ergeben hat, dass vergleichbare Fahrzeuge der Marke Mercedes-Benz Typ GLK 220 CDI und einer Motorleistung von 125 kW, Erstzulassung im Jahr 2015, mit einem Kilometerstand von

90.500 km bzw. 101.000 km zu einem Preis in Höhe von 26.990,- € bzw. 24.999,- € angeboten werden. Der Senat verkennt nicht, dass die Internetseite www.mobile.de nicht den Händlereinkaufspreis wiedergibt. Gleichwohl kann der Restwert des streitgegenständlichen Fahrzeugs gemäß § 287 ZPO anhand der sich aus dem Online-Gebrauchtwagenmarkt ergebenden konkreten Anhaltspunkten geschätzt werden. Mit dieser Maßgabe bewegt sich die Annahme eines geschätzten Restwertes in Höhe von nicht mehr als 22.798,- € im Rahmen des richterlichen Schätzungsermessens.

(a) Soweit das Oberlandesgericht Hamburg entgegen den ausdrücklichen Vorgaben des Bundesgerichtshofes (vgl. BGH, Urteil vom 26. Juni 2023, Az.: VIa ZR 335/21, zitiert nach juris Rn. 80) im Rahmen der Vorteilsausgleichung einen bei dem Kläger verbliebenen Restwert des Fahrzeugs nicht berücksichtigen will, sofern dieser nicht tatsächlich im Wege der Weiterveräußerung realisiert wurde (vgl. OLG Hamburg, Urteil

vom 06. Oktober 2023, Az.: 3 U 183/21, zitiert nach juris, Rn. 56 ff.), folgt der Senat dem nicht (vgl. BGH, Beschluss vom 27. November 2023, Az.: VIa ZR 159/22, zitiert nach juris, Rn. 13, so zuvor auch OLG Stuttgart, Urteil vom 18. Dezember 2023, Az.: 16a U 1115/22, BeckRS 2023, 38147 Rn. 71; Urteil vom 09. November 2023, Az.: 24 U 14/21, zitiert nach juris Rn. 134; OLG Hamm, Urteil vom 20. November 2023, Az.: 18 U 225/22, zitiert nach juris Rn. 193; Beschluss vom 05. Dezember 2023, Az.: 28 U 117/23, BeckRS 2023, 35193 Rn. 3; OLG Frankfurt, Urteil vom 17. November 2023, Az.: 25 U 215/22, zitiert nach juris Rn. 62; OLG Köln, Urteil vom 09. November 2023, Az.: 24 U 118/22, zitiert nach juris Rn. 57; OLG München, Urteil vom 15. November 2023, Az.: 7 U 3448/22, zitiert nach juris Rn. 63; Urteil vom 15. November 2023, Az.: 7 U 197/22, zitiert nach juris Rn. 66; OLG Karlsruhe, Urteil vom 23. November 2023,

Az.: 4 U 59/22, zitiert nach juris Rn. 68).

(b) Ein Vorabentscheidungsersuchen gemäß Art. 267 Abs. 3 AEUV zur Anrechnung des Nutzungswertes auf den Schadenersatz ist entgegen der Auffassung des Klägers

(c) nicht veranlasst, nachdem der Gerichtshof der Europäischen Union zu den damit zusammenhängenden Fragen bereits aus europarechtlicher Sicht Stellung genommen

hat (vgl. EuGH, Urteil vom 21. März 2023, Az.: C-100/21, zitiert nach juris, Rn. 87 ff.).

(2) Der Nutzungsvorteil beträgt 18.687,67 €. Er berechnet sich aus dem Kaufpreis multipliziert mit der seit Erwerb gefahrenen Strecke geteilt durch die erwartete Restlaufleistung im Erwerbszeitpunkt (vgl. BGH, Urteil vom 24. Januar 2022, Az.: XXXXXX 100/21, zitiert nach juris Rn. 23).

(a) Die Bewertung der gezogenen Nutzungen schätzt der Senat auf Basis der vom Bundesgerichtshof für zulässig erachteten Methode der linearen Wertminderung (vgl. u.a. BGH, Urteil vom 30. Juli 2020, Az.: VI ZR 354/19, BGHZ 226, 322 Rn. 12; Beschluss vom 12. Oktober 2021, Az.: VIII ZR 255/20, NJW 2022, 194 Rn. 22) gemäß § 287 ZPO unter Zugrundelegung einer Gesamtlaufleistung des Fahrzeugs von 250.000 km, die angesichts der Größe des Motors und der Qualität als angemessen erscheint (ebenfalls von einer Gesamtlaufleistung in Höhe von 250.000 km ausgehend – Fundstellen jeweils juris: BGH, Beschluss vom 09. Dezember 2014, Az.: VIII ZR 196/14, Rn. 3; OLG Stuttgart, Urteile vom 29. September 2020, Az.: 12 U 449/19, Rn. 36; vom 02. April 2020, Az.: 2 U 249/19, Rn. 56; vom 12. Mai 2021, Az.: 9 U 17/21, Rn. 49; vom 13. April 2021, Az.: 16a U 718/20, Rn. 88; vom 20. April 2021, Az.: 16a U 71/20, Rn. 81; OLG Stuttgart, Beschluss vom 12.03.2021, Az.: 23 U 728/21, Rn. 7; OLG Karlsruhe, Urteil vom 06. November 2019, Az.: 13 U 37/19, Rn. 108; OLG Celle, Urteil vom 22. Januar 2020, Az.: 7 U 445/18, Rn. 65; OLG Köln, Urteil

vom 24. März 2020, Az.: I-4 U 235/19, Rn. 128; OLG Hamm, Urteil vom 14. August 2020, Az.: 45 U 22/19, Rn. 129; OLG Bremen, Urteil vom 20. September 2023, Az.: 1 U 96/22, Rn. 21). Bei der Einschätzung der Gesamtlaufleistung eines Fahrzeugs ist nicht lediglich auf den Motor, sondern auf das Fahrzeug in seiner Gesamtheit abzustellen (Eggert, in: Reinking/Eggert, Der Autokauf, 14. Auflage 2020 Rn. 3573). Dabei ist zu beachten, dass die höhere Motorlaufleistung heutiger Kraftfahrzeuge durch die Störungsanfälligkeit von deren Elektronik negativ kompensiert wird. Bei Versagen der Elektronik ist das Kraftfahrzeug nicht mehr einsatzfähig und häufig auch nicht mehr wirtschaftlich reparabel, obwohl Motor und Karosserie noch in vergleichsweise gutem Zustand sein mögen (OLG Stuttgart, Urteil vom 09. November 2023, Az.: 24 U 14/21, zitiert nach juris Rn. 129; Urteil vom 27. November 2019, Az.:

(b) 9 U 202/19, zitiert nach juris Rn. 58). Zur Annahme einer Gesamtaufleistung von 250.000 km führt auch die Schätzung anhand der vom KBA veröffentlichten Statistiken für das Durchschnittsalter von Personenkraftwagen und deren durchschnittlicher Jahresfahrleistung (vgl. OLG Köln, Urteil vom 24. März 2020, Az.: I-4 U 235/19, juris Rn. 128). Denkbare Schwankungen gehen nicht über die mit einer Schätzung ohnehin und immer einhergehenden Unsicherheiten hinaus, welche im Rahmen der Schadensschätzung nach § 287 ZPO vom Gesetz aber in Kauf genommen werden (vgl. BGH, Urteil vom 26. Juni 2023, Az.: VIa ZR 335/21, NJW 2023, 2259 Rn. 72). Die

von dem Kläger vorgelegten Inserate (siehe Screenshots Seite 24 bis 27 des Schriftsatzes vom 22. Januar 2024) mögen höhere Laufleistungen belegen. Höhere Gesamtaufleistungen kommen vor, umgekehrt aber auch geringere. Für die voraussichtliche Gesamtaufleistung fällt beides nicht ins Gewicht (vgl. OLG Stuttgart, Urteil vom 20. April 2021, Az.: 16a U 71/20, juris Rn. 82). Der Senat sieht sich mit seiner

Schätzung in Übereinstimmung mit der höchstrichterlichen Rechtsprechung. Der Bundesgerichtshof hat, soweit in der Revision auch die Schätzung der Gesamtaufleistung zu überprüfen war, überwiegend die Annahme einer Gesamtaufleistung von 250.000 km als im Rahmen des tatrichterlichen Schätzungsermessens liegend und damit revisionsrechtlich nicht zu beanstanden bezeichnet (siehe BGH, Urteil vom 27. April 2021, VI ZR 812/20, juris Rn. 16; Urteil vom 27. Juli 2021, Az.: VI ZR 480/19, juris Rn. 26; Urteil vom 29. September 2021, Az.: VIII ZR 111/20, juris Rn. 171; Urteil vom 25. November 2021, Az.: VII ZR 38/21, juris Rn. 40; Urteil vom 25. November 2021, Az.: VII ZR 238/20, juris Rn. 42; Urteil vom 19. Dezember 2022, Az.: VIa ZR 227/21 juris Rn. 27).

(c) Die seit Erwerb gefahrene Strecke schätzt der Senat (§ 287 ZPO) auf 93.107 km. Auszugehen ist von einem Kilometerstand am 29. Januar 2024 von 121.944 km und eines bei Abschluss des Kaufvertrages vorhandenen Kilometerstandes von 28.837.

(d) Der Bemessung des Wertes der gezogenen Nutzungen legt der Senat den vom Kläger tatsächlichen gezahlten Kaufpreis zugrunde und nicht den um den Differenzschadensersatz reduzierten objektiven Fahrzeugwert. Dies beruht darauf, dass nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs zwischen dem gezahlten Kaufpreis einerseits und dem Nutzungswert und tatsächlichen Restwert des Kraftfahrzeugs andererseits eine Rechnungseinheit besteht. Insofern ist zwar bei der

(e) Bemessung des objektiven Werts des Fahrzeugs im Zeitpunkt des Vertragsschlusses

insbesondere das Risiko der Betriebsuntersagung oder -beschränkung einzubeziehen. Hat sich dieses wertbestimmende Risiko aber nicht verwirklicht, so muss dieser Umstand im Wege der im Zeitpunkt des Schlusses der mündlichen Verhandlung vorzunehmenden Vorteilsausgleichung Berücksichtigung finden (vgl. BGH, Urteil vom 24. Januar 2022, Az.: VIa ZR 100/21, zitiert nach juris Rn. 20). Daraus

folgt, dass auch bei einer Bewertung der bislang gezogenen Nutzungen, welche von dem wertbestimmenden Risiko einer Betriebsstilllegung unbeeinflusst geblieben sind, auf den ursprünglichen Kaufpreis abzustellen ist (§ 287 ZPO).

(f) (c) Auf Grundlage dieser Erwägungen ergibt sich folgende Berechnung: Wird der

Kaufpreis (44.390 €) mit der seit Erwerb gefahrenen Strecke von 93.107 km (= 121.944

km minus 28.837 km) multipliziert und durch die erwartete Restlaufleistung im Erwerbszeitpunkt von 221.163 km (=250.000 km minus 28.837 km) geeilt, so beläuft sich der Nutzungsvorteil auf 18.687,67 €.

(3) Die vom Summe von Restwert (22.798,- €) und Nutzungsvorteilen (18.687,67 €) beträgt 41.485,66 €. Diesem Betrag ist der tatsächliche Wert des Fahrzeugs bei Abschluss des Kaufvertrages – gezahlter Kaufpreis abzüglich Differenzschaden - gegenüberzustellen. Der tatsächliche Wert des streitgegenständlichen Fahrzeugs beträgt damit 39.951,- € (= 44.390,- € minus 4.439,- €).

(g) cc. Nach alledem übersteigt die Summe der Vorteile (41.485,66 €) den tatsächlichen

Wert des streitgegenständlichen Fahrzeugs (39.951,- €) um 1.534,66 €, so dass die Voraussetzungen für eine Vorteilsausgleichung vorliegen (vgl. BGH, Urteil vom 22. Januar 2022, Az.: ■■■■■ 100/21, zitiert nach juris Rn. 22). Es findet folglich eine Anrechnung auf den Differenzschaden statt, so dass ein zu ersetzender Schaden in Höhe von 2.904,34 € (= 4.439,- € minus 1.534,66 €) verbleibt.

(h) 3.4.

(i) Eine weitere Reduzierung des durch den Erwerb des streitgegenständlichen Fahrzeugs erlittenen Schadens mit Blick auf das Aufspielen des Software-Updates war

nicht vorzunehmen, § 287 ZPO. Im Grundsatz kann mit einem Software-Update eine

Schadensminderung im Wege der Vorteilsausgleichung verbunden sein, wenn und

(j) soweit das Software-Update die Gefahr von Betriebsbeschränkungen signifikant reduziert (BGH, Urteil vom 26. Juni 2023, Az.: VIa ZR 335/21, zitiert nach juris Rn. 80).

Davon kann im Streitfall auf Grundlage des Vortrages der der insoweit darlegungspflichtigen Beklagten nicht ausgegangen werden, denn es ist nicht dargetan, dass das aufgespielte Update behördliche Maßnahmen wegen unzulässiger Abschaltvorrichtungen vollständig ausschließt. Zwar wurde die ■■■■ nach dem Vorbringen der Beklagten vollständig entfernt. Es kann aber nicht davon ausgegangen

werden, dass das Temperaturfenster, innerhalb dem die AGR voll wirksam ist, den Bereich der normalen Betriebsbedingungen erfasst, der – wie dargetan - zwischen -15°C und +40°C liegt. Darauf kommt es jedoch an, denn nur in diesem Fall käme die Annahme einer signifikanten Reduzierung der Gefahr von Betriebsbeschränkungen in Betracht. Die Beklagte hat nicht behauptet, dass das Temperaturfenster innerhalb dem

die AGR voll wirksam ist, den Bereich der normalen Betriebsbedingungen erfasst. Sie legt selbst dar, dass die AGR nach Aufspielen des Software-Updates erst unterhalb von Umgebungslufttemperaturen von 4 °C schrittweise reduziert wird. Im Übrigen bleibt ihr Vorbringen, es sei aufgrund fortgeschrittener Erkenntnisse aus Forschung und dem Feldbetrieb der Motoren möglich geworden, den Umfang des AGR-Betriebs „stark auszuweiten“, pauschal und ohne die im Zivilprozess erforderliche Substanz.

4.

(k) Soweit die Beklagte die Einrede der Verjährung erhebt, bleibt dies erfolglos, denn der Anspruch des Klägers ist nicht verjährt.

4.1.

(l) Gemäß § 195 BGB beträgt die regelmäßige Verjährungsfrist, die auch für Ansprüche

aus § 823 Abs. 2 BGB einschlägig ist, drei Jahre. Sie beginnt gemäß § 199 Abs. 1 BGB mit Ablauf des Jahres, in dem der Anspruch entstanden ist und der Gläubiger von den anspruchsbegründenden Umständen und der Person des Schuldners Kenntnis erlangt hat oder ohne grobe Fahrlässigkeit hätte erlangen müssen – wobei die Darlegungs- und Beweislast für diese ihr günstigen Voraussetzungen bei der Beklagten liegt. Die erforderliche Kenntnis im Sinne des § 199 Abs. 1 BGB ist gegeben, wenn dem Geschädigten die Erhebung einer Schadensersatzklage, sei es auch nur in Form der Feststellungsklage, Erfolg versprechend, wenn auch nicht risikolos möglich ist (vgl. BGH, NJW 2021, 918, Rn. 8). Grob fahrlässige Unkenntnis

(m) liegt dann vor, wenn dem Gläubiger die Kenntnis fehlt, weil er die im Verkehr erforderliche Sorgfalt in ungewöhnlich grobem Maße verletzt und auch 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. Die grob fahrlässige Unkenntnis bezieht sich ebenso wie die Kenntnis auf Tatsachen, auf eine zutreffende rechtliche Würdigung kommt es demgegenüber grundsätzlich nicht an (BGH, NJW 2020, 2534, Rn. 19 f.; BGH, NJW 2021, 918, Rn. 8 f.).

4.2.

(n) Nach diesem Maßstab ist im Streitfall schon deshalb keine Verjährung eingetreten,

weil die Beklagte nicht hinreichend dargelegt hat, wann der Kläger Kenntnis vom Vorhandensein unzulässiger Abschalteinrichtungen erlangt hat bzw. hätte erlangen müssen. Weder hat die Beklagte die Verwendung unzulässiger Abschalteinrichtungen öffentlich bekannt gegeben, noch hatte der Kläger aus anderen Quellen Anlass zu der Annahme, dass in dem von ihm erworbenen Fahrzeug unzulässige Abschalteinrichtungen verbaut waren.

5.

(o) Der Zinsanspruch ergibt sich aus §§ 288, 291 ZPO.

5.1.

(p) Da sich der Streitgegenstand beim Übergang vom großen Schadensersatz zum

Differenzschaden bei unverändertem Lebenssachverhalt – wie dargetan - nicht ändert,

kann der Kläger Rechtshängigkeitszinsen aus dem in der Hauptsache zugesprochenen Betrag, der den mit der Klageerhebung geltend gemachten Betrag nicht übersteigt, ab dem auf die Zustellung der Klage folgenden Tag und nicht erst ab dem auf die Zustellung des Schriftsatzes mit dem geänderten Klageantrag folgenden Tag beanspruchen.

5.2.

(q) Verzugszinsen kann der Kläger indes nicht beanspruchen, er in dem Anwaltsschreiben

vom 07. Mai 2019 (Anlage K 40) den großen Schadensersatz geltend machte und die

3
0

Zahlung eines Betrages beanspruchte, der den letztlich geschuldeten Betrag um ein

(r) Vielfaches überstieg. Unter diesen Umständen musste die Beklagte die Erklärung nicht als Aufforderung zur Bewirkung der tatsächlich geschuldeten Leistung verstehen, und es kann nicht angenommen werden, dass der Kläger auch zur Annahme der gegenüber seinen (damaligen) Vorstellungen wesentlich geringeren geschuldeten Leistung bereit war (vgl. BGH, Urteil vom 5. Oktober 2005, Az.: X ZR 276/02 –, juris Rn. 24).

(s) B.

(t) Den zunächst geltend gemachten Anspruch auf Feststellung der Verpflichtung zum Schadensersatz verfolgt der Kläger ausweislich seiner zuletzt gestellten Anträge nicht mehr weiter und hat die Berufung insofern zurückgenommen.

(u) C.

(v) Der Kläger hat keinen Anspruch auf Ersatz vorgerichtlicher Rechtsanwaltskosten (vgl. BGH, Urteil vom 18. Dezember 2023, Az.: VIa ZR 1083/22, zitiert nach juris Rn. 16; Urteil vom 16. Oktober 2023, Az.: VIa ZR 14/22, zitiert nach juris Rn. 13 mit weiteren Nachweisen).

(w) III.

1.

(x) Die Kostenentscheidung beruht auf §§ 92 Abs. 2, 97 Abs. 1, 516 Abs. 3 ZPO.

2.

(y) Der Ausspruch zur vorläufigen Vollstreckbarkeit folgt aus §§ 708 Nr. 10, 711, 713 ZPO.

Aufgrund der zuletzt gestellten Berufungsanträge liegen die Voraussetzungen für eine Nichtzulassungsbeschwerde gemäß § 544 Abs. 2 Nr. 1 ZPO und damit für ein Rechtsmittel unzweifelhaft nicht vor.

3.

(z) Die Revision ist nicht zuzulassen, weil die Voraussetzungen des § 543 Abs. 2 ZPO

nicht vorliegen. Gründe für die Zulassung der Revision liegen auch mit Blick auf die Entscheidung des OLG Hamburg vom 06. Oktober 2023 (Az.: 3 U 183/21) nicht vor, weil die Frage des Restwertansatzes nach Auffassung des Senats bereits höchstrichterlich geklärt ist (siehe auch BGH, Beschluss vom 27. November 2023, Az.:

Vla ZR 159/22, zitiert nach juris, Rn. 13).

4.

(aa) Der Streitwert für das Berufungsverfahren wird auf 36.862,99 € festgesetzt.
Eine nach
Zeitabschnitten gestaffelte Streitwertfestsetzung ist nicht veranlasst, weil die Streitwertfestsetzung gemäß § 63 Abs. 2 Satz 1 GKG lediglich der Bemessung der Gerichtsgebühren dient.

(bb) Auf Antrag der Prozessbevollmächtigten der Beklagten gemäß § 33 Abs. 1, § 2 Abs. 1 RVG wird der Gegenstandswert für die anwaltliche Terminsgebühr nach Nr. 3104 VV RVG im Rahmen des zweitinstanzlichen Verfahrens auf 6.658,50 € festgesetzt.

(cc)
(dd)
(ee)



(ji)

(d) Informationsblatt zum elektronischen

(kk) für Rechtsanwälte, Notare, Gerichtsvollzieher,
Behörden und Körperschaften oder Anstalten des
öffentlichen Rechts

(ii) Sehr geehrte Empfängerin, sehr geehrter Empfänger,
der elektronische Rechtsverkehr ist seit dem 1. Januar 2018
flächendeckend eröffnet. Um die elektronische
Kommunikation weiter zu fördern, versenden seit dem 1.
Januar 2022

nunmehr alle nordrhein-westfälische Gerichte auch über die
EGVP-Infrastruktur.

(mm) Der förmliche elektronische Versand an Rechtsanwälte,
Notare, Gerichtsvollzieher, Behörden und juristische
Personen des öffentlichen Rechts erfolgt hierbei – parallel
zum förmlichen analogen Versand – gegen ein
elektronisches Empfangsbekenntnis (eEB). **Dieser
elektronischen Nachricht ist ein solches eEB beigelegt.**

(nn) Rechtsanwälte, Notare, Gerichtsvollzieher, Behörden
und Körperschaften oder Anstalten des öffentlichen Rechts
sind gesetzlich verpflichtet, bei dessen Rücksendung den

strukturierten, maschinenlesbaren Datensatz, der Ihnen mit dem zugestellten Dokument zur Verfügung gestellt wurde, zu verwenden (§ 173 Abs. 2, 3 ZPO; § 113 FamFG; § 37 Abs. 1 StPO; § 31a Abs. 6 BRAO, § 14 BORA; § 78n BNotO). Andernfalls muss nochmals förmlich an Sie zugestellt

werden, was erheblichen Mehraufwand, vor allem aber vermeidbare Kosten verursacht und zusätzlich zu Verfahrensverzögerungen führt.

(oo) Auf Seite 2 dieses Informationsblatts finden Sie Hinweise zur Abgabe des eEB über das besondere elektronische

Anwaltspostfach (beA), das besondere elektronische Notarpostfach (beN) sowie das besondere elektronische Behördenpostfach (beBPo).

(pp) Bitte helfen Sie uns, die elektronische Kommunikation weiter zu etablieren.

(qq) Vielen Dank!

(rr) Hinweise zum elektronischen Empfangsbekenntnis (eEB)

(ss) Die Rücksendung des eEB kann direkt über das besondere elektronische Anwaltspostfach (beA), das besondere elektronische Notarpostfach (beN) oder das besondere elektronische Behördenpostfach (beBPo) vorgenommen werden.

(tt) Hat das Gericht ein eEB angefordert, wird in der geöffneten Nachricht oberhalb des Betreffs der Hinweis **Empfangsbekenntnis angefordert (1)** eingeblendet.

(uu) Mit der Schaltfläche **Anzeigen (2)** kann der Inhalt des eEB eingesehen werden, wobei Sie hier lediglich einen technischen Datensatz angezeigt bekommen. Eine gesonderte PDF-Datei wird nicht mit versendet.

(vv) Mit der Schaltfläche **Abgabe erstellen (3)** wird die Rückantwort für das Gericht erzeugt. Nach Eingabe des Zustellungsdatums kann der Datensatz automatisiert elektronisch zurückgesandt werden. Das Gericht erhält innerhalb weniger Minuten diesen Datensatz zur Weiterverarbeitung.

(ww) Sollten Sie das eEB nicht abgeben wollen, verwenden Sie bitte die

h MK. V P M-U. à wunuees [] .y 6 o g Luter V O 'PTH U.

0 Vrum V O undnuanu

Abender:	[]
Empfänger:	[]
Status Signaturprüfung:	<input type="button" value="Keine Nachschremsignatur"/> <input type="button" value="Signaturen prüfen"/>

Emplangab []

Bat iff Ladung h Sechn
Ailiann / Schumle

Schaltfläche **Ablehnung erstellen (4)** und begründen Sie diese.

3
7

(xx)
(yy)

NKhkhenfyp NbemoineNochncht
Akrzekhen der Jut i23 C i2Wi?

(zz) Dr

(aaa)

Gelindat Zugigirgin Entall woh

(bbb)

w l -

(ccc)
(ddd)
(eee)
(fff)

{AAA}

(iii) t Oateinume * Brechong

Amuangilyp « M

(jjj) t galt wwhet imi

Srmsdiwas ui

(kkk) no a

(III) [Quelle: Bundesrechtsanwaltskammer](#)

(mmm)

Protokoll

(nnn) Folgende Dokumente wurden durch [REDACTED] untrennbar verbunden:

(ooo) Blatt	(ppp) Dokumentname	(qqq) Originalname	(rrr) Typ
(sss) 468 - 489	(ttt) 20240208.Urteil. 20 U	(uuu) 20240208.Urteil. 20 U [REDACTED]	(www) Urteil
(xxx) 490	(yyy) VT-Vermerk	(zzz) [REDACTED]	(aaaa) Verfügung

(bbbb) Die untrennbare Verbindung wurde am 08.02.2024 um 12:01 Uhr erstellt.