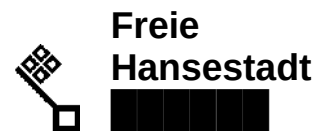


Posteingangsdatum [REDACTED] Rechtsanwälte:
22.02.2024

**Hanseatisches Oberlandesgericht
in Bremen – 5. Zivilsenat –**



Auskunft erteilt: Hanseatisches Oberlandesgericht in Bremen
Inga. [REDACTED]
Tel. 0421 361- 58600
Fax 0421 361-58599
E-Mail: Rechtsanwältinnen und Rechtsanwälte
[REDACTED]

prozessabteilung@
oberlandesgericht.bremen.de

Mein Zeichen
(bitte bei Antwort angeben):
5 U 9/22

Ihr Zeichen
735daw-53414-58175
[REDACTED], 22. Februar 2024

Sehr geehrte Damen und Herren,

in dem Rechtsstreit
[REDACTED] gegen Mercedes-Benz Group AG

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

Mit freundlichen Grüßen
Im Auftrag

[REDACTED], Justizamtsinspektorin
Diese Mitteilung wurde maschinell erstellt
und ist daher nicht unterschrieben.



Justizzentrum

██████████

Haltestelle:
Domsheide

Parkhaus:

Hochgarage

██████████

Sprechzeiten I-Punkt:

██████████

8:00 bis 16:00 Uhr

Fr

8:00 bis 15:00 Uhr

Dienstleistungen und Informationen zur Justiz und Verwaltung unter Tel. (0421) 361-0,
www.transparenz.bremen.de, www.service.bremen.de
Nähere Informationen zum Datenschutz erhalten Sie in der Fußzeile unserer Homepage
unter „Datenschutzerklärung“



Hanseatisches Oberlandesgericht in Bremen

Geschäftszeichen: 5 U 9/22 = 8 O 228/21 Landgericht
Bremen

Im Namen des Volkes

Urteil

In dem Rechtsstreit

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

Klägerin,

Prozessbevollmächtigte:

[REDACTED]
[REDACTED],

Geschäftszeichen: 735daw-53414-58175

Unterbevollmächtigter:

Rechtsanwalt Rolf Kumpfer, Engadiner Str. 36, 28325
[REDACTED],

Geschäftszeichen: 3809/24 - K/rd

gegen

Mercedes-Benz Group AG vertreten d. d. Vorstand,

[REDACTED],

Beklagte,

Prozessbevollmächtigte:

[REDACTED]
[REDACTED],
[REDACTED],

Geschäftszeichen: 053153-3053

hat der 5. Zivilsenat des Hanseatischen
Oberlandesgerichts in Bremen auf die münd-
liche Verhandlung vom 18.1.2024 durch den
Vorsitzenden Richter am Oberlandesge-

richt Lüttringhaus, den Richter am Oberlandesgericht Hoffmann und die Richterin am Oberlandesgericht Otterstedt für Recht erkannt:

- 10 -

Auf die Berufung der Klägerin gegen das Urteil der 8. Zivilkammer des Landgerichts Bremen vom 29.11.2021 (Az. 8 O 228/21) wird das Urteil wie folgt abgeändert:

1. Die Beklagte wird verurteilt, an die Klägerin 4.512,44 € nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem jeweiligen Basiszinssatz seit dem 10.3.2021 zu zahlen.
2. Im Übrigen wird die Klage abgewiesen.

Die weitergehende Berufung wird zurückgewiesen.

Die Kosten des Rechtsstreits tragen die Klägerin zu 89 % und die Beklagte zu 11 %.

Das Urteil ist ohne Sicherheitsleistung vorläufig vollstreckbar.

Der Streitwert für das Berufungsverfahren wird auf 40.805,67 festgesetzt.

Gründe:

I.

Die Klägerin nimmt die Beklagte auf Schadensersatz wegen eines von der Klägerin im Jahr 2013 erworbenen Kraftfahrzeugs im Zusammenhang mit dem sogenannten Diesel-Abgasskandal in Anspruch.

Mit Bestelldatum vom 25.4.2013 erwarb die Klägerin von der Beklagten einen von dieser hergestellten PKW Mercedes-Benz GLK 220 CDI Diesel OM 651 Euro 5 zu einem Kaufpreis von 45.124,44 €. Bei der Lieferung am 22.8.2013 betrug der Kilometerstand 10 km. Das Fahrzeug ist von einem Rückruf durch das Kraftfahrtbundesamt (KBA) betroffen. Auf dem streitgegenständlichen Fahrzeug ist ein Software-Update aufgespielt worden, dessen Auswirkungen zwischen den Parteien streitig sind.

Die Klägerin hat der Beklagten erstinstanzlich sittenwidriges Verhalten vorgeworfen und die Rückabwicklung des Kaufvertrages wegen behaupteter unzulässiger Abschaltvorrichtungen verlangt. Die Beklagte hat behauptet, dass das streitgegenständ-

liche Fahrzeug über keine unzulässige Abschaltvorrichtung verfüge.

- 10

-

Wegen der Einzelheiten des erstinstanzlichen Sach- und Streitstandes und der gestellten Anträge wird auf den Tatbestand des landgerichtlichen Urteils verwiesen (§ 540 Abs. 1 Nr. 1 ZPO).

Das Landgericht hat mit Urteil vom 29.11.2021 die Klage abgewiesen. Der Klägerin stünden die geltend gemachten Ansprüche nicht zu. Die Klägerin habe nicht dargelegt, dass die Beklagte, selbst wenn der in das Fahrzeug verbaute Motor mit einer unzulässigen Abschaltvorrichtung i.S.d. Art. 5 der VO (EG) 715/2007 ausgestattet sein sollte, dies in sittenwidriger oder in betrügerischer Schädigungsabsicht getan habe.

Gegen dieses Urteil wendet sich die Klägerin mit ihrer rechtzeitig eingelegten und begründeten Berufung, mit der sie ihr erstinstanzliches Klagebegehren zunächst weiterverfolgt hat.

Die Klägerin wiederholt und vertieft zunächst ihren erstinstanzlichen Vortrag und rügt, dass das Landgericht zu Unrecht einen Schädigungsvorsatz und ein sittenwidriges Verhalten der Beklagten verneint habe. Die Klägerin sei gezwungen gewesen das von der Beklagten angebotene Update aufzuspielen, um eine Stilllegung des Fahrzeugs zu vermeiden, habe dadurch aber die nachgewiesene Gefahr in Kauf nehmen müssen, dass ihr Fahrzeug Folgeschäden davonträgt und untauglich für eine Nutzung werde. Zu Unrecht habe das Landgericht in der Kühlmittel-Solltemperatur-Regelung (1111) keine Prüfstandserkennung gesehen. Schließlich habe das Landgericht rechtsfehlerhaft einen Anspruch aus § 823 Abs. 2 BGB i.V.m. Art. 4 und 5 VO (EG) Nr. 715/2007 verneint.

Die Klägerin hat zunächst beantragt, unter Abänderung des erstinstanzlichen Urteils,

1. Die Beklagte wird verurteilt, an die Klägerin 40.805,67 € nebst Zinsen hieraus in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem jeweiligen Basiszinssatz seit dem 5.2.2021 zu zahlen. Die Verurteilung erfolgt Zug um Zug gegen Übereignung

2. und Herausgabe des Fahrzeugs der Marke Mercedes-Benz vom Typ GLK 220 CDI mit der Fahrzeugidentifikationsnummer (FIN) [REDACTED] nebst zwei Fahrzeugschlüsseln, KFZ-Schein und KFZ-Brief;
3. hilfsweise, -
4. Es wird festgestellt, dass die Beklagte verpflichtet ist, der Klägerin Schadensersatz zu zahlen für Schäden, die aus dem Einbau einer unzulässigen Abschalt-einrichtung i.S.v. Art. 5 Abs. 2 EG-VO 715/2007 durch die Beklagte in das Fahrzeug der Marke Mercedes-Benz vom Typ GLK 220 CDI mit der Fahrzeugidentifikationsnummer (FIN) [REDACTED] resultieren;
5. Es wird festgestellt, dass sich die Beklagte mit der Annahme der in vorge-nannten Klageanträgen genannten Zug-um-Zug-Leistung im Annahmeverzug befindet;
6. Es wird festgestellt, dass der in Antrag 1) bezeichnete Anspruch aus einer vorsätzlichen unerlaubten Handlung der Beklagten herrührt;
7. Die Beklagte wird verurteilt, die Klägerin von den durch die Beauftragung der Prozessbevollmächtigten der Klägerin entstandenen Kosten der außergerichtli-chen Rechtsverfolgung in Höhe von 2.791,74 € freizustellen.
8. Mit Beschluss vom 30.9.2022 hat der Senat das Verfahren bis zur Entscheidung des EuGH über die im Vorabentscheidungsersuchen in der Rechtssache C-100/21 aufge-worfenen Rechtsfragen ausgesetzt.
9. Nach der Entscheidung des BGH vom 26.6.2023 – VIa ZR 1031/22 – hat die Klägerin ihr „Klageanträge“ (gemeint offensichtlich Berufungsanträge) zunächst mit Schriftsatz vom 4.8.2023 und sodann mit Schriftsatz vom 9.1.2024 umgestellt und verlangt nun-mehr statt der Rückabwicklung Ersatz des Differenzschadens i.H.v. 6.768,67 €, den sie weiterhin sowohl auf § 826 BGB als auch auf § 823 Abs. 2 BGB i.V.m. den Vorga-ben der VO 715/2007/EG stützt. Insoweit geht sie beim geltend gemachten Differenz-schaden von mindestens 15% vom Kaufpreis aus.

10. Die Klägerin vertieft ihre Ansicht, dass sowohl das Thermofenster als auch die [REDACTED] im streitgegenständlichen Fahrzeug als unzulässige Abschaltvorrichtung zu qualifizieren seien, die zugleich eine Prüfstandserkennung darstellen würden. Aufgrund der [REDACTED] habe die Gefahr bestanden, dass jederzeit die Zulassung habe widerrufen werden können, weil das Fahrzeug tatsächlich die Zulassungsvoraussetzungen nicht erfüllt habe. Ein vermeidbarer Verbotsirrtum komme nicht in Betracht. Ferner würde eine schadensmindernde Anrechnung gezogener Nutzungen vor Erreichen der Gesamtleistung sowohl europäischer wie auch nationaler Rechtsprechung widersprechen. Der Restwert des streitgegenständlichen Fahrzeugs, der sich nach der Restwertplattform DAT bestimmen lasse, betrage 11.600,00 €. Eine Schadenaufzehrung liege nicht vor. Das Software-Update habe bereits deswegen nicht zu einer Kompensation geführt, da es für die Beurteilung der Frage, ob ein Schaden eingetreten ist, allein auf den Zeitpunkt des Abschlusses des Kaufvertrages ankomme. Darüber hinaus bestünden erhebliche berechnete Zweifel an der Wirksamkeit des Software-Updates. Wenn überhaupt, habe das Update nur den bisherigen Rückruf umfasst, denn dafür sei das Update durch das KBA abgenommen worden. Das Thermofenster und dessen Konfiguration wiederum, sei kein Teil des Updates gewesen. Das Update ändere auch die Funktionen und Parameter der Abgasreinigung und belastete weitere Bauteile in der Folge mehr als vor dem Update. Insofern würden bei vergleichbaren Fahrzeugen regelmäßig Folgeschäden auftreten. Ferner müsse davon ausgegangen werden, dass auch die Zulassung des vorgenommenen Updates widerrufen worden sei, da der Freigabebescheid des Updates zum aktuellen Rückruf Teil der Klage vor dem Verwaltungsgericht Schleswig sei.

11. Die Klägerin beantragt zuletzt,

1. Die Beklagte wird verurteilt, an die Klägerin einen Entschädigungsbetrag bezüglich des Fahrzeugs der Marke Mercedes-Benz GLK 220 CDI mit der Fahrzeugidentifikationsnummer [REDACTED] zu zahlen, dessen Höhe in das Ermessen des Gerichts gestellt wird, der jedoch mindestens 6.768,67 € nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit Rechtshängigkeit betragen muss.
2. Die Beklagte wird verurteilt, der Klägerin die durch die Beauftragung der Prozessbevollmächtigten der Klägerin entstandenen Kosten der außergerichtlichen

12. Rechtsverfolgung in Höhe von 2.791,74 € nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit Rechtshängigkeit zu zahlen.

-

13. Die Beklagte beantragt,

14. die Berufung zurückzuweisen.

15. Sie verteidigt das erstinstanzliche Urteil. Ergänzend hat die Beklagte zu den zuletzt gestellten Berufungsanträgen ausgeführt: § 826 BGB scheide auch nach der BGH-Entscheidung vom 26.6.2023 aus. Aber auch die vom BGH nunmehr angenommene Haftung gem. § 823 Abs. 2 BGB i. V. m §§ 6 Abs. 1, 27 Abs. 1 EG-FGV scheide aus. Sie meint nach wie vor, dass diese Vorschrift kein Schutzgesetz sei, weil keine Ermächtigungsgrundlage, Art. 80 Abs. 1 S. 2 GG, gegeben sei. Im Fahrzeug sei bereits keine unzulässige Abschaltanlage vorhanden. Dies habe die Klägerin bereits nicht ausreichend substantiiert vorgetragen. Der Rückrufbescheid entfalte keine Tatbestandswirkung. Zum Thermofenster verweist die Beklagte auf ihren bisherigen Vortrag. Die Wirkungsweise der ■■■ stellt die Beklagte ergänzend dar. Die Beklagte meint, es müsse insoweit zumindest ein Sachverständigengutachten eingeholt werden, und sie beantragt darüber hinaus, den Rechtsstreit auszusetzen bis zur erstinstanzlichen Entscheidung des VG ■■■■■■■■■■ im Verfahren betreffend die verwaltungsgerichtliche Anfechtungsklage gegen die auf die ■■■ gestützten Rückrufbescheide mit dem Az. 3 A 51/21. Ein Verschulden liege schon wegen der tatsächlichen Genehmigung durch das KBA nicht vor, jedenfalls aber wegen einer hypothetischen Genehmigung. Sofern man einen Differenzschaden annehme, läge dieser bei der Untergrenze von 5 %. Ein etwaiger Vertrauensschaden wäre jedenfalls durch das von der Beklagten angebotene Software-Update vollständig kompensiert. Schließlich be-ruht sich die Beklagte auf Verjährung und begründet dies mit der Ad-Hoc-Mitteilung von Volkswagen am 22.09.2015 und den öffentlichen Diskussionen über die Emissionen von Dieselfahrzeugen, die einem Kläger genug Anlass hätten geben müssen, Ansprüche geltend zu machen. Im Übrigen trägt die Beklagte näher zu Software-Updates vor. Sollte man zu Unrecht vor Aufspielen des Software-Updates von der Gefahr einer Betriebsuntersagung ausgehen, wäre diese spätestens nach Aufspielen des Software-Updates wie vom BGH gefordert „signifikant reduziert“. Schließlich be-

16. ruft sich die Beklagte weiter auf einen unvermeidbaren Verbotsirrtum und trägt zum Restwert des Fahrzeugs vor, dass dieser 21.850,00 € betrage.

- 10

-

17. Hinsichtlich des weiteren Vorbringens der Parteien in der Berufungsinstanz wird auf die gewechselten Schriftsätze verwiesen.

18. II.

19. Die Berufung der Klägerin ist zulässig und auch teilweise begründet und führt insoweit zur Abänderung des erstinstanzlichen Urteils im tenorierten Umfang, da der Klägerin in diesem Umfang Ansprüche gegen die Beklagte wegen des Inverkehrbringens des streitgegenständlichen Dieselfahrzeugs zustehen. Eine Haftung der Beklagten im weitergehend geltend gemachten Umfang besteht dagegen nicht und insoweit ist daher die Berufung im Übrigen unbegründet.

1. Ansprüche der Klägerin gegen die Beklagte sind nicht aus § 826 BGB begründet, da eine vorsätzliche sittenwidrige Schädigung nicht festzustellen ist.

20. Nach den Grundsätzen der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs kann ein Fahrzeughersteller dem Käufer eines Gebraucht-Pkw gegenüber aus vorsätzlicher sittenwidriger Schädigung nach § 826 BGB haften, wenn der Hersteller auf der Grundlage einer strategischen Entscheidung bei der Motorenentwicklung im eigenen Kosten- und damit auch Gewinninteresse durch bewusste und gewollte Täuschung des Kraftfahrtbundesamts systematisch Fahrzeuge in Verkehr bringt, deren Motorsteuerungssoftware bewusst und gewollt so programmiert ist, dass die gesetzlichen Abgasgrenzwerte mittels einer unzulässigen Abschalteinrichtung nur auf dem Prüfstand eingehalten wurden, womit einerseits eine erhöhte Belastung der Umwelt mit Stickoxiden und andererseits die Gefahr einhergeht, dass bei einer Aufdeckung dieses Sachverhalts eine Betriebsbeschränkung oder -untersagung hinsichtlich der betroffenen Fahrzeuge erfolgen könnte (st. Rspr. seit BGH, Urteil vom 25.05.2020 – VI ZR 252/19, juris Rn. 16, BGHZ 225, 316; Hanseatisches OLG in Bremen, Beschluss vom 14.10.2020 – 1 U 4/20, juris Rn. 44; Hanseatisches OLG in Bremen, Urteil vom 20.12.2023 – 1 U 12/22).

21. Mit dem Vortrag der Klägerin in erster und zweiter Instanz zu geltend gemachten unzulässigen Abschalteinrichtungen im streitgegenständlichen Fahrzeug sind die Vor-

22. aussetzungen einer solchen Haftung aber bereits nicht hinreichend substantiiert dargelegt. Aus dem Vortrag der Klägerin ergibt sich nicht, dass die behaupteten Funktionen (Thermofenster, ■■■) unter den gleichen Bedingungen im NEFZ anders funktionieren als auf der Straße. Eine vorsätzliche sittenwidrige Schädigung scheidet aber aus, wenn das Fahrzeug im Prüfbetrieb und auf der Straße unter identischen Bedingungen die gleichen Abgaswerte zeigt (BGH, Beschluss v. 10.11.2021, VII ZR 415/21, Rn. 30, m.w.N.; OLG Bremen, Beschl. v. 15.2.2022, 5 U 44/21, OLG Bremen, Beschl. v. 13.12.2021, 5 U 26/21; OLG Bremen, Beschl. v. 29.7.2021, 5 U 58/20; OLG Bremen, Beschl. v. 9.3.2021, 5 U 52/20; OLG Bremen, Beschl. v. 1.7.2021, 5 U 18/20). Erst Recht lässt sich dem Vortrag nicht entnehmen, dass eine Prüfstandserkennung im streitgegenständlichen Fahrzeug enthalten ist. Soweit sich dem Vortrag der Klägerin entnehmen lässt, die Prüfstandsbedingungen würden nicht dem realen Fahrbetrieb entsprechen, ist dies nicht der Beklagten anzulasten. Nicht der Fahrzeughersteller gibt die Bedingungen des NEFZ vor, sondern die Prüfbehörde. Wenn sich ein Fahrzeughersteller an den Prüfstandsbedingungen orientiert, um gesetzliche Vorgaben einzuhalten und zum anderen der Prüfstand selbstredend nicht sämtliche auf der Straße herrschenden Situationen abbilden kann, ist das nicht verwerflich (OLG Bremen, Beschl. v. 25.1.2022, 5 U 30/21; OLG Bremen, Beschl. v. 26.1.2022, 5 U 9/21). Soweit die Klägerin Schlüsse für das Vorhandensein von unzulässigen Abschalteneinrichtungen aus einem Rückruf des Fahrzeugs ableiten will, reicht dieser Umstand nicht aus, um eine sittenwidrige vorsätzliche Schädigung zu begründen. Die Verwendung einer Abschalteneinrichtung ist daher auch für den Fall der Unzulässigkeit derselben nicht ohne weiteres als sittenwidrig anzusehen, sondern bedarf auch des Vorliegens der zusätzlichen Voraussetzungen einer besonderen Verwerflichkeit des Verhaltens der Beklagten (vgl. OLG Bremen, Urt. v. 18.1.2024, 5 U 53/21).

2. Dagegen haftet die Beklagte der Klägerin aus § 823 Abs. 2 BGB i.V.m. § 6 Abs. 1 und § 27 Abs. 1 der Verordnung über die EG-Genehmigung für Kraftfahrzeuge (EG-FGV), dies allerdings nur im tenorierten Umfang, und die geltend gemachten weitergehenden Ansprüche der Klägerin sind auch aus dieser Anspruchsgrundlage nicht begründet.

a. Nach der jüngeren Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs kann ein Fahrzeughersteller auch bei nur fahrlässigem Verhalten aufgrund des Inverkehrbringens eines

b. Fahrzeugs mit einer der Übereinstimmungsbescheinigung nicht entsprechenden Abschaltanlage i.S.d. Art. 5 Abs. 2 S. 1 VO Nr. 715/2007 auf den Ersatz der vom Käufer durch den Kaufvertragsabschluss erlittenen Vermögenseinbuße im Sinne der Differenzhypothese haften. Die Regelungen der § 6 Abs. 1 und § 27 Abs. 1 EG-FGV i.V.m. Art. 5 Abs. 2 S. 1 VO Nr. 715/2007 stellen individualschützende Normen dar, die gerade auch den Schutz des Käufers eines mit einer unzulässigen Abschaltanlage versehenen Kraftfahrzeugs im Verhältnis zum Hersteller bezwecken (siehe BGH, Urteil vom 26.06.2023 – VIa ZR 335/21, juris Rn. 28, NJW 2023, 2259; anders noch BGH, Urteil vom 25.05.2020 – VI ZR 252/19, juris Rn. 76, BGHZ 225, 316): Wie der Europäische Gerichtshof klargestellt hat, dient die Verpflichtung des Herstellers eines Fahrzeugs aus Art. 18 Abs. 1 und 26 Abs. 1 der Richtlinie 2007/46/EG des [REDACTED] und des Rates vom 05.09.2007 zur Schaffung eines Rahmens für die Genehmigung von Kraftfahrzeugen und Kraftfahrzeuganhängern sowie von Systemen, Bauteilen und selbstständigen technischen Einheiten für diese Fahrzeuge (Rahmenrichtlinie), dem individuellen Käufer eines Fahrzeugs eine Übereinstimmungsbescheinigung auszuhändigen, wobei der Hersteller die sich aus Art. 5 VO Nr. 715/2007 ergebenden Anforderungen beachten muss, dem Schutz des Käufers davor, dass der Hersteller seine Pflicht nicht einhält, im Einklang mit dieser Bestimmung stehende Fahrzeuge auf den Markt zu bringen (siehe EuGH, Urteil vom 21.03.2023 – C-100/21, juris Rn. 82, NJW 2023, 1111). Die betreffenden Vorschriften der EG-FGV dienen in ihrer Gesamtheit der Umsetzung dieser Vorgaben der Rahmenrichtlinie und 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, wird nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs nach der gebotenen unionsrechtlichen Lesart daher auch durch die Anordnung einer Schadensersatzhaftung nach § 823 Abs. 2 BGB i.V.m. § 6 Abs. 1 und § 27 Abs. 1 EG-FGV geschützt (siehe BGH, Urteil vom 26.06.2023 – VIa ZR 335/21, juris Rn. 32, NJW 2023, 2259; zum Ganzen auch Hanseatisches OLG in Bremen, Urteil vom 20.12.2023 – 1 U 12/22).

23. Entgegen der Auffassung der Beklagten fehlt es insoweit nicht an den verfassungsrechtlichen Anforderungen des Art. 80 Abs. 1 GG für den Erlass der v.g. Verordnungen (Schleswig-Holsteinisches Oberlandesgericht, Urteil vom 10. Oktober 2023 – 7 U 100/22 –, Rn. 61, juris, m.w.N.; OLG Hamm, Urteil vom 1. September 2023 – I-30 U

25. Die Beklagte hat eine unzutreffende Übereinstimmungsbescheinigung erteilt und damit gegen die §§ 6 Abs. 1, 27 Abs. 1 EG-FGV verstoßen. Unzutreffend ist eine Übereinstimmungserklärung, wenn das betreffende Kraftfahrzeug mit einer gemäß Art. 5 Abs. 2 VO (EG) 715/2007 unzulässigen Abschalteinrichtung ausgerüstet ist, weil die Bescheinigung dann eine tatsächlich nicht gegebene Übereinstimmung des konkreten Kraftfahrzeugs mit Art. 5 Abs. 2 VO (EG) 715/2007 ausweist. Der Annahme einer Abschalteinrichtung nach Art. 3 Nr. 10 VO (EG) 715/2007 steht auch nicht entgegen, dass eine Funktion auch im Straßenbetrieb unter denselben Bedingungen dem Grunde nach wie auf dem Prüfstand arbeitet (Schleswig-Holsteinisches Oberlandesgericht, Urteil vom 10. Oktober 2023 – 7 U 100/22 –, Rn. 62, juris). Gemäß Art. 5 Abs. 1 VO (EG) 715/2007 rüstet der Hersteller das Fahrzeug so aus, 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 Abschalteinrichtungen, die die Wirkung von Emissionskontrollsystemen verringern, ist gemäß Art. 5 Abs. 2 S. 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 - insoweit auch abweichend von der Beurteilung durch das KBA - nicht die Einhaltung des Grenzwerts auf dem Prüfstand, sondern die Wirksamkeit des unverändert funktionierenden Emissionskontrollsystems unter den Bedingungen des normalen Fahrbetriebs. Nach Art. 3 Nr. 10 VO (EG) 715/2007 ist eine Abschalteinrichtung im Sinne dieser Verordnung und ihrer Durchführungsmaßnahmen nämlich ein Konstruktionsteil, das die Temperatur, die Fahrzeuggeschwindigkeit, die Motordrehzahl, den eingelegten 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

26. (EG) 715/2007 hingegen nicht von Bedeutung (Schleswig-Holsteinisches Oberlandesgericht, Urteil vom 10. Oktober 2023 – 710 U 100/22 –, Rn. 63, juris).

-

27. Das Fahrzeug hat zum Zeitpunkt des Abschlusses des Kaufvertrages – unstreitig – über zwei technische Einrichtungen verfügt, die als Abschaltseinrichtungen im Sinne von Art. 3 Nr. 10, Art. 5 Abs. 2 Satz 1 VO (EG) Nr. 715/2007 einzuordnen sind, eine temperaturgesteuerte AGR (sog. Thermofenster) (aa.) und eine ■■■■ (bb.).

28. aa. Die temperaturgesteuerte AGR stellt nach dem unstreitigen Parteivorbringen eine unzulässige Abschaltseinrichtung im Sinne von Art. 3 Nr. 10, 5 Abs. 2 Satz 1 VO (EG) Nr. 715/2007 dar.

29. Die AGR muss als Emissionskontrollsystem unter normalen Betriebsbedingungen, die beim normalen Fahrzeugbetrieb vernünftigerweise zu erwarten sind, im Sinne von Art. 3 Nr. 10, Art. 5 Abs. 1 VO (EG) Nr. 715/2007 uneingeschränkt wirksam sein. Anderenfalls handelt es sich um eine Abschaltseinrichtung. Diese normalen Betriebsbedingungen umfassen die tatsächlichen Fahrbedingungen, wie sie im Unionsgebiet üblich sind, sodass zu ihnen insbesondere der Temperaturbereich gehört, der im Gebiet der Europäischen Union üblicherweise vorkommt (OLG Stuttgart, Urteil vom 9. November 2023 – 24 U 14/21 –, Rn. 79, juris, m.w.N.). Dieser reicht nach Auffassung des Senats von -15°C bis +40°C (so auch OLG Stuttgart, a.a.O.). Danach handelt es sich bei der in dem streitgegenständlichen Fahrzeug befindlichen AGR, deren Wirksamkeit schon innerhalb des vernünftigerweise zu erwartenden Temperaturbereichs reduziert wird, ohne dass für eine Kompensation dieser Reduktion etwas behauptet oder ersichtlich wäre, um eine Abschaltseinrichtung. Diese Abschaltseinrichtung ist auch unzulässig im Sinne 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 Abschaltseinrichtung ausnahmsweise zulässig ist, lassen sich dem Vortrag der hierfür darlegungs- und beweisbelasteten Beklagten nicht entnehmen. Der Ausnahmetatbestand des Art. 5 Abs. 2 Satz 2 lit. a VO (EG) Nr. 715/2007 setzt kumulativ voraus, dass eine Notwendigkeit der Einrichtung zum Schutz des ■■■■-tors vor Beschädigung oder Unfall besteht und dass dies zum sicheren Betrieb des Fahrzeugs erforderlich ist. Die Begriffe „Unfall“ und „Beschädigung“ in diesem Sinn sind dahin auszulegen, dass eine die Wirkung des Emissionskontrollsystems verringernde Abschaltseinrichtung, um nach dieser Bestimmung zulässig zu sein, notwendig

30. sein muss, um den Motor vor plötzlichen und außergewöhnlichen Schäden zu schützen, was voraussetzt, dass unmittelbare Risiken für den Motor in Form von Beschädigung oder Unfall bestehen, die beim Fahren eines Fahrzeugs eine konkrete Gefahr hervorrufen. 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. Auch der Begriff „Motor“ ist eng auszulegen. AGR-Ventil, AGR-Kühler und Dieselpartikelfilter sind z.B. vom Motor im Sinn dieses Ausnahmetatbestandes getrennte Bauteile. Notwendig im Sinn dieses Ausnahmetatbestandes ist eine Abschaltvorrichtung zum Motorschutz zudem nur dann, wenn zum Zeitpunkt der EG-Typengenehmigung 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. Mit der alternativen Technik einhergehende Mehrkosten für den Hersteller fallen dabei nicht ins Gewicht. 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 (zum Ganzen: OLG Stuttgart, Urteil vom 9. November 2023 – 24 U 14/21 –, Rn. 79 ff., juris, m.w.N.). Dem Vortrag der Beklagten lassen sich diese Anforderungen nicht entnehmen. Sie hat hierzu vorgetragen, im Fall einer Abgasrückführung bei zu niedrigen Temperaturen komme es zur Kondensation von Abgasbestandteilen, was zu verschiedenen unerwünschten Ablagerungen in den Bauteilen führe. Ein wiederholter Betrieb des Motors in diesem Zustand könne zu einer dauerhaften Schädigung des Motors oder einem plötzlichen Ausfall führen, weshalb es zum Schutz des Motors erforderlich sein könne, die Abgasrückführung abhängig von der Temperatur zu reduzieren. Mangels einer konkreten Darlegung kann dem Vortrag der Beklagten weder entnommen werden, 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 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. Zudem fehlt eine Darlegung einer Kausalkette für hieraus entstehende unmittelbare Risiken für den Motor, die beim Fahren eine konkrete

31. Gefahr hervorrufen und dass zum Zeitpunkt der Erteilung der EG-Typgenehmigung keine andere technische Lösung zur Verfügung gestanden hatte, um diese zu verhindern.

-

32. bb. Auch die ■■■ stellt – bereits auf Grundlage des Beklagtenvortrags – eine Abschaltvorrichtung im Sinne von Art. 3 Nr. 10, Art. 5 Abs. 1 VO (EG) Nr. 715/2007 dar, die ebenfalls unzulässig ist.

33. Die ■■■ ist eine Abschaltvorrichtung im Sinne von Art. 3 Nr. 10, Art. 5 Abs. 1 VO (EG) Nr. 715/2007. Der Hersteller hat nach 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 betriebswarmem Motor, wirksam begrenzen. Hierzu hat er das Fahrzeug nach Art. 5 Abs. 1 VO (EG) Nr. 715/2007 entsprechend auszurüsten. 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 100° C) unter bestimmten Betriebsumständen auf 70° C abgesenkt. Der Nutzen des geregelten Kühlmittelthermostats sei auf bestimmte Betriebsumstände begrenzt. Würde die Regelung dagegen ohne Rücksicht auf die Betriebsumstände genutzt, würden damit Risiken der Ölverdünnung, Ablagerungen und des Schmierverlustes einhergehen. Die Aktivierungsbedingungen würden die Nutzung der Funktion in einem technisch sinnvollen Anwendungsbereich gestatten. 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. Danach handelt es sich bei der in dem streitgegenständlichen Fahrzeug befindlichen ■■■, deren Wirksamkeit schon unter Bedingungen des vernünftigerweise zu erwartenden Fahrzeugbetriebs reduziert wird, ohne dass für eine Kompensation dieser Reduktion etwas behauptet oder ersichtlich wäre, um eine Abschaltvorrichtung.

34. Die ■■■ erfüllt auch unabhängig davon tatbestandlich die Voraussetzungen einer Abschaltvorrichtung im Sinne von Art. 3 Nr. 10 VO (EG) Nr. 715/2007, dass der Parameter Kühlmittelsolltemperatur, auf den allein eingewirkt wird, kein Teil des Emissi-

35. onskontrollsystems ist, sondern ein solcher der Motorkühlung. Denn durch die Einwirkung auf den Parameter Kühlmittelsolltemperatur wird mittelbar (Kausalkette: frühere Zuschaltung des großen Kühlkreislaufes¹⁰ 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) – wie von der Beklagten gerade bezweckt – auf das Emissionskontrollsystem in Gestalt der AGR-Raten eingewirkt. 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. 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. Auf die vorstehenden Ausführungen bei der AGR kann insoweit Bezug genommen werden. 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 wird, bereits aus diesem Grund unzulässig (zum Ganzen: vgl. OLG Stuttgart, Urteil vom 9. November 2023 – 24 U 14/21 –, Rn. 78 - 95, juris, m.w.N.).

36. Schließlich ergibt sich auch aus der vom Senat eingeholten Auskunft des KBA vom 2.8.2022, dass das streitgegenständliche Fahrzeug die Schadstoff- und Abgasstrategie „Geregeltes Kühlmittelthermostat“ im Motorwarmlauf aufweist und diese auch aktiv genutzt wird. Die Abschaltung führt nach Angaben des KBA zu höheren NOx-Emissionen und ist somit als Abschaltvorrichtung gemäß Artikel 3 Nr. 10 der VO (EG) Nr. 715/2007 einzustufen.

37. Die Beklagte hat auch schuldhaft gehandelt. Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs ist das Verschulden des Fahrzeugherstellers, der eine unrichtige Übereinstimmungsbescheinigung in Verkehr bringt, zu vermuten (BGH, Urteil vom 26.06.2023 - VIa ZR 335/21, NJW 2023, 2259 Rn. 59). Der Hersteller kann sich insofern aber entlasten, wenn er darlegt und im Bestreitensfall nachweist, dass er sich hinsichtlich der Zulässigkeit der eingesetzten Abschaltvorrichtung in einem Verbotsirrtum befand und dieser Irrtum bei Anwendung der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt

38. unvermeidbar war (BGH, Urteile vom 26.06.2023 - VIa ZR 335/21, NJW 2023, 2259 Rn. 63, vom 25.09.2023 – VIa ZR 1/23, juris Rn. 13f; OLG Stuttgart, Urteil vom 9. November 2023 – 24 U 14/21 –, Rn. 96, juris;)¹⁰

39. Die Beklagte beruft sich sowohl hinsichtlich des Einsatzes der temperaturgesteuerten AGR als auch hinsichtlich der ■■■ auf einen solchen unvermeidbaren Verbotsirrtum. Von dessen Voraussetzungen vermag sich der Senat jedoch nur hinsichtlich der temperaturgesteuerten AGR, nicht aber hinsichtlich des Einsatzes der ■■■ im Sinne von § 286 ZPO zu überzeugen, sodass bezüglich letzterer von einem schuldhaften Verhalten der Beklagten auszugehen ist (so auch OLG Stuttgart, Urteil vom 9. November 2023 – 24 U 14/21 –, Rn. 96 - 97, juris). Voraussetzung des Verbotsirrtums ist, dass der Schädiger entweder positiv von der Zulässigkeit des eigenen Verhaltens ausgeht, oder – sofern er bei einer zweifelhaften Rechtslage die Möglichkeit der Unzulässigkeit des eigenen Handelns erkannt hat – dass der Schädiger darauf vertraut, sich dennoch im Rahmen des gesetzlich Zulässigen zu bewegen. Rechnet der Schädiger dagegen mit der Möglichkeit, Unrecht zu tun und nimmt er diese Möglichkeit in derselben Weise wie beim bedingten Vorsatz in seinen Willen auf, so kann er sich nicht mit Erfolg darauf berufen, dass ihm die Einsicht gefehlt habe, Unerlaubtes zu tun (OLG Stuttgart, Urteil vom 9. November 2023 – 24 U 14/21 –, Rn. 99, juris). Unvermeidbar ist der Verbotsirrtum, wenn der Schädiger diesen auch bei Anwendung der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt nicht erkennen konnte. Da der Verpflichtete das Risiko eines Irrtums über die Rechtslage selbst trägt, sind an das Vorliegen eines unverschuldeten Rechtsirrtums strenge Maßstäbe anzulegen. Soweit sich der Schuldner nicht auf eine tatsächlich oder hypothetisch erteilte behördliche Genehmigung stützt, muss er die Rechtslage sorgfältig prüfen, soweit erforderlich Rechtsrat einholen und die höchstrichterliche Rechtsprechung (sofern vorhanden) sorgfältig beachten (OLG Stuttgart, Urteil vom 9. November 2023 – 24 U 14/21 –, Rn. 100, juris).

40. Hinsichtlich der Verwendung der temperaturgesteuerten AGR (Thermofenster) – in der konkreten Ausgestaltung zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses – hat sich die „Beklagte“ (in Gestalt ihrer Mitarbeiter und Repräsentanten) in Bezug auf die Zulässigkeit dieser Einrichtung nach Überzeugung des Senats in einem Verbotsirrtum befunden, der auch unvermeidbar war. Hinsichtlich des Einsatzes des Thermofensters und der hieraus insoweit folgenden Unrichtigkeit der erteilten Übereinstimmungsbescheini-

41. gung liegt daher kein schuldhaftes Verhalten vor – weder ihrer Verrichtungsgehilfen (§ 831 BGB) noch ihrer Repräsentanten (§ 31 BGB) (vgl. OLG Stuttgart, Urteil vom 9. November 2023 – 24 U 14/21 –, Rn. 101, 102 juris). Die Beklagte hat zum Vorliegen eines Verbotsirrtums sinngemäß vorgebracht, dass sie bis zum heutigen Tage von der Zulässigkeit des Thermofensters ausgehe, weil dieses zum Schutz des Motors und zum sicheren Betrieb des Fahrzeugs erforderlich sei. Niemand im Hause der Beklagten habe an der Zulässigkeit der von allen Herstellern eingesetzten Thermofenster, welches im Typengenehmigungsverfahren dem Grunde nach offen gelegt worden sei und im Grundsatz bis ins Jahr 2022 auch seitens des KBA unbeanstandet geblieben sei, gezweifelt. Eine etwaige Unzulässigkeit des Thermofensters sei daher für die Beklagte schon objektiv nicht erkennbar gewesen. Mit diesem Vorbringen hat die Beklagte nach Auffassung des Senats einen Verbotsirrtum ausreichend konkret dargelegt, von dessen – bestrittenen – Vorliegen der Senat überzeugt ist (§ 286 ZPO).

42. Als Fahrzeugherstellerin traf die Beklagte die deliktsrechtlich geschützte Pflicht, keine unzutreffenden Übereinstimmungsbescheinigungen in den Verkehr zu bringen (zu den Pflichten im Einzelnen: OLG Stuttgart, Urteil vom 9. November 2023 – 24 U 14/21 –, Rn. 105, 106 juris, m.w.N.). Der Senat ist vor dem Hintergrund der nachfolgenden Umstände – die zum Teil allgemein bekannt und zum Teil aus anderen Verfahren gerichtsbekannt sind – mit einem für das praktische Leben brauchbaren Grad von Gewissheit davon überzeugt, dass die für die Beklagte handelnden Personen hinsichtlich der Zulässigkeit des Thermofensters einem Verbotsirrtum unterlegen waren (so auch OLG Stuttgart, Urteil vom 9. November 2023 – 24 U 14/21 –, Rn. 107, juris). Sowohl das KBA als auch das zuständige Fachministerium haben den Einsatz eines Thermofensters, bei dem die Hersteller die Abgasreinigung temperaturabhängig zurückfahren, jedenfalls dann nicht grundsätzlich in Frage gestellt, wenn die Einrichtung notwendig sei, um den Motor vor Beschädigung oder Unfall zu schützen. Das KBA sah die Verwendung von Thermofenstern noch lange nach dem allgemeinen Bekanntwerden des „Dieselskandals“ im September 2015 nicht als kritisch an. Folgerichtig stellte das KBA trotz Kenntnis vom flächendeckenden Einsatz von Thermofenstern und obwohl in den Antragsunterlagen zur EG-Typgenehmigung Details zur temperaturgesteuerten AGR in der Regel nicht enthalten waren, in stetiger Verwaltungspraxis diesbezüglich keine Nachfragen. Diese Genehmigungspraxis des KBA hat sich erst nach entsprechenden Rechtsäußerungen durch den Generalanwalt und den EuGH in den Jahren 2021 und 2022 geändert. Zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses konnten die

43. Mitarbeiter der Beklagten daher bereits auf eine jahrelange Verwaltungspraxis zurückblicken, nach der Thermofenster vom KBA als der für sie maßgeblichen Genehmigungsbehörde nicht als kritisch angesehen wurden. Gerichtliche Entscheidungen, aus denen eine entgegenstehende Rechtsansicht zu entnehmen gewesen wäre, existierten zum damaligen Zeitpunkt ebenfalls nicht. Nach Würdigung dieser Umstände steht daher zur Überzeugung des Senats fest (§ 286 ZPO), dass die für die Beklagte handelnden Personen auch im Erwerbszeitpunkt noch davon ausgingen, dass das streitgegenständliche Thermofenster, wie von ihnen angeführt, erlaubt war (so auch OLG Stuttgart, Urteil vom 9. November 2023 – 24 U 14/21 –, Rn. 108 - 112, juris).

44. Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs kann die Unvermeidbarkeit eines Verbotsirrtums sowohl durch eine tatsächlich erteilte EG-Typgenehmigung als auch durch eine hypothetische Genehmigung der zuständigen Behörde nachgewiesen werden (BGH, Urteil vom 26. Juni 2023 – VIa ZR 335/21 –, Rn. 64 ff., juris). Ob im Streitfall, wie die Beklagte geltend macht, von einer tatsächlichen Genehmigung auszugehen ist, nachdem das Thermofenster im Rahmen der erteilten EG-Typgenehmigung vom KBA seinerzeit nicht beanstandet worden war, obwohl dem KBA dessen grundsätzliches Vorhandensein bereits damals bekannt war, kann insoweit offenbleiben. Denn der Verbotsirrtum der Beklagten wäre auch dann unvermeidbar, wenn man nicht vom Vorliegen einer tatsächlichen Genehmigung ausgehen wollte, weil der Senat mit einem für das praktische Leben brauchbaren Grad an Gewissheit davon überzeugt ist (§ 286 ZPO), dass das KBA das streitgegenständliche Thermofenster (in seiner konkreten Ausgestaltung zum Zeitpunkt des Abschlusses des Kaufvertrages) auch bei einer die konkrete technische Ausgestaltung umfassend offenlegenden Nachfrage zum Erwerbszeitpunkt genehmigt hätte. Diese Überzeugung ergibt sich für den Senat bereits auf Grundlage der vorstehend dargelegten ständigen Verwaltungspraxis des KBA, welche sich erst nach den Entscheidungen des EuGH vom 14.07.2022 (C-128/20, C-134/20, C-145/20), mithin erst nach dem streitgegenständlichen Erwerbszeitpunkt geändert hat (so auch OLG Stuttgart, Urteil vom 9. November 2023 – 24 U 14/21 –, Rn. 115, juris).

45. Hinsichtlich des Einsatzes der ■■■ in dem streitgegenständlichen Fahrzeug und der hieraus folgenden Unrichtigkeit der Übereinstimmungsbescheinigung ist hingegen von einem schuldhaften Verhalten der „Beklagten“ auszugehen. Der Senat kann sich in-

46. soweit bereits nicht vom Vorliegen eines Irrtums überzeugen. Ausführungen zu einer Vermeidbarkeit sind daher nicht veranlasst. Der Senat kann sich bereits keine Überzeugung dazu bilden, dass sich Repräsentanten (§ 31 BGB) und mit der ■■■■ befass- te Mitarbeiter der Beklagten (§ 831 BGB) in einem Irrtum befunden haben, zumal es den Repräsentanten der Beklagten (§ 31 BGB) im Rahmen ihrer Organisationspflich- ten oblegen hätte, dass alle notwendigen verfügbaren Informationen auch ihren Mitar- beitern zur Verfügung gestanden hätten. Einen beachtlichen Rechtsirrtum über die Zulässigkeit der ■■■■ hat die Beklagte, schon nicht dargelegt. Ihrem Vortrag lässt sich bereits nicht entnehmen, wie die Mitarbeiter der Beklagten sich von der Richtigkeit der auch vorliegend von der Beklagten vertretenen unzutreffenden Rechtsansicht über- zeugt haben wollen, was hinsichtlich des – bestrittenen – Vorliegens eines auf die ■■■■ bezogenen Rechtsirrtums aber erforderlich gewesen wäre. Denn anders als beim Thermofenster fehlen für die ■■■■ allgemein bekannte Indiztatsachen, welche einen Rückschluss auf einen solchen Rechtsirrtum ermöglichen könnten. Das Thermofenster war flächendeckend von nahezu allen namhaften Herstellern von Die- selfahrzeugen eingesetzt worden und war dabei sowohl in Fachkreisen als auch dem KBA bekannt gewesen, wobei letzteres dieses auch seit Jahren in ständiger Geneh- migungspraxis nicht beanstandet hatte. Im Gegensatz dazu fehlt für die ■■■■, insbe- sondere für den hier relevanten Zeitpunkt des Abschlusses des streitgegenständli- chen Kaufvertrages, ein vergleichbarer, den Schluss auf die Zulässigkeit der Technik ermöglichender Vertrauensstatbestand. (so auch OLG Stuttgart, Urteil vom 9. Novem- ber 2023 – 24 U 14/21 –, Rn. 118 - 119, juris). Insbesondere hätte der Umstand, dass die ■■■■ gerade in der NEFZ-Prüfung ein optimiertes Emissionsverhalten, das das Fahrzeug im weiteren Fahrbetrieb (bei betriebswarmen Motor) nicht mehr aufrechter- halten kann, – ungeachtet des Umstandes, dass die Steuerung der ■■■■ (nach den bisher dem Senat bekannten Auskünften des KBA) nicht an eine Prüfstandserken- nung gekoppelt sein soll, sondern unter vergleichbaren Fahrbedingungen auch im normalen Fahrbetrieb funktionieren soll – Anlass zu einer rechtlichen Absicherung dieser Einrichtung dahin geben müssen, ob es sich dabei um eine verbotene Einrich- tung handelt (so auch OLG Stuttgart, Urteil vom 9. November 2023 – 24 U 14/21 –, Rn. 122, juris). Die ■■■■ war zudem – nach Kenntnis des Senats – allein von der Be- klagten eingesetzt worden, sodass es mangels bestehender Erfahrungen hinsichtlich der rechtlichen Behandlung zudem nahegelegen hätte, eine Einschätzung des KBA als der zuständigen Genehmigungsbehörde einzuholen (unabhängig von der Frage einer Pflicht, die ■■■■ im Rahmen des EG-Typgenehmigungsverfahrens anzugeben).

47. Dies ist aber weder vor noch bei Beantragung der EG-Typgenehmigung geschehen (so auch OLG Stuttgart, Urteil vom 9. November 2023 – 24 U 14/21 –, Rn. 123, juris).

-

c. Der Klägerin steht daher ein Anspruch auf Erstattung des Differenzschadens zu, den der Senat im vorliegenden Fall mit 4.512,44 € annimmt. 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 Prozent des gezahlten Kaufpreises sein kann (BGH, Urteil vom 26.06.2023 – VIa ZR 335/21, juris Rn. 72 ff.; Schleswig-Holsteinisches Oberlandesgericht, Urteil vom 2. Januar 2024 – 7 U 57/23 –, Rn. 50, juris). 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 Abschaltvorrichtung 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 höchstgerichtlichen 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 (vgl. Schleswig-Holsteinisches Oberlandesgericht, Urteil vom 2. Januar 2024 – 7 U 57/23 –, Rn. 50, juris). Auf den Differenzschaden ist der Restwert des Fahrzeugs im Wege der Vorteilsausgleichung ohne Rücksicht darauf anzurechnen, ob er durch eine Weiterveräußerung realisiert worden ist (BGH, Urteil vom 27. November 2023 - VIa ZR 159/22).

48. Der Senat geht im vorliegenden Fall davon aus, dass der Differenzschaden hier 10 % des gezahlten Bruttokaufpreises, also 4.512,44 €, beträgt. Bei der Schätzung hat der Senat berücksichtigt, dass die Wahrscheinlichkeit des Eintritts behördlicher Beschränkungen gering war und ist. Dies ergibt sich aus dem bisherigen Verhalten des KBA. Das KBA hat ein von der Beklagten entwickeltes Software-Update freigegeben und danach von (weiteren) betriebseinschränkenden Maßnahmen abgesehen.

49. Die Beklagte hat jedoch nicht substantiiert vorgetragen, dass das Fahrzeug der Klägerin durch das Software-Update eine relevante Aufwertung erfahren hat. Insbesondere hat die Beklagte nicht substantiiert vorgetragen, dass die ■■■ durch ein Software-Update aus dem streitgegenständlichen Fahrzeug vollständig entfernt wurde. Vielmehr ist der Vortrag der Beklagten widersprüchlich. Zwar trägt sie in ihrer Stellungnahme zur Auskunft des KBA vom 2.8.2022 sowie im Schriftsatz vom 5.1.2024 und in der mündlichen Verhandlung vor, das streitgegenständliche Fahrzeug habe bereits vor Erlass der nachträglichen Nebenbestimmung ein Software-Update erhalten, nämlich am 13.05.2019. Dieses Update habe das KBA nach umfangreicher Prüfung bereits früher freigegeben. Die auf dem streitgegenständlichen Fahrzeug mit dem Update installierte Motorsteuerungssoftware enthalte die vom KBA kritisierte Funktion somit nicht. Dies steht jedoch im Widerspruch zu der insoweit eindeutigen Feststellung des KBA vom 2.8.2022, „dass das streitgegenständliche Fahrzeug Mercedes-Benz GLK 220 CDI 2.11 Diesel 125 kW Euro 5 mit der Fahrzeug-Identifizierungsnummer (FIN) ■■■ eine unzulässige Abschalteinrichtung hinsichtlich des Emissionsverhaltens aufweist. Es wurden daher mit Bescheid vom 12.09.2019 Nebenbestimmungen zu diesem Fahrzeug angeordnet und es besteht ein Rückruf. Das streitgegenständliche Fahrzeug weist die Schadstoff- und Abgasstrategie „Geregeltes Kühlmittelthermostat“ im Motorwarmlauf auf und nutzt diese auch aktiv. Die Abschaltung führt zu höheren NOx-Emissionen und ist somit als Abschalteinrichtung gemäß Artikel 3 Nr. 10 der VO (EG) Nr. 715/2007 einzustufen.“ Ferner ist der Vortrag der Beklagten insoweit widersprüchlich, weil mit Schriftsatz vom 4.9.2023 ausführlich zur ■■■ und deren technischer Details und Notwendigkeit vorgetragen wird. Nach dem Update hielten die Fahrzeuge nach dem Vortrag der Beklagten auch ohne die vom KBA in Einzelfällen beanstandete Funktion die Grenzwerte ein. Entferne man bei den rückrufbetroffenen Fahrzeugen das geregelte Kühlmittelthermostat ersatzlos, d.h. ohne die Software weiter anzupassen, so entfalle ein ursprünglich vorhandener Baustein der Emissionskontrolle. Das Gesamtsystem verhalte sich da-

50. durch anders als ursprünglich konzipiert. Dass mit einer derart „unvollständigen“ Software die Grenzwerte auf dem Prüfstand ggf. nicht eingehalten werden, habe keinen Aussagegehalt. Zugleich regt die Beklagte an, auch hinsichtlich der Funktionalität des geregelten Kühlmittelthermostats den Ausgang der verwaltungsgerichtlichen Anfechtungsklage gegen die auf die ■■■ gestützten Bescheide abzuwarten. Dieser Vortrag macht nur dann Sinn, wenn das Fahrzeug noch eine ■■■ enthält.

51. Der Schaden ist vorliegend durch die Berücksichtigung der Grundsätze der Vorteilsausgleichung nicht aufgezehrt. Auszugehen ist von einem Kaufpreis von 45.124,44 € (brutto) und einem sich daraus ergebenden möglichen Differenzschaden von 4.512,44 € (= 10 % des Kaufpreises). Bezogen auf den Bruttokaufpreis (45.124,44 €) errechnet sich hieraus nach der Formel (Multiplikation des Bruttokaufpreises mit den seit dem Erwerb gefahrenen Kilometern [hier 61.054 km, nämlich 61.064 km am 17.1.2024 abzüglich 10 km bei Erwerb], dividiert durch die im Kaufzeitpunkt zu erwartende Gesamtleistung [250.000 km \cdot 10 km = 249990 km]) ein Nutzungsvorteil von 11.020,55 €. Da es sich um ein Mittelklasse-Fahrzeug handelt, schätzt der Senat die Gesamtleistung auf 250.0000 km (insoweit auch: Schleswig-Holsteinisches Oberlandesgericht, Urteil vom 2. Januar 2024 – 7 U 57/23 –, Rn. 53, juris; OLG Stuttgart, Urteil vom 9. November 2023 – 24 U 14/21 –, Rn. 129, juris). Bei der Einschätzung der Gesamtleistung eines Fahrzeugs ist dabei nicht lediglich auf den Motor, sondern auf das Fahrzeug in seiner Gesamtheit abzustellen. Dabei ist zu beachten, dass die höhere Motorleistung 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 (so auch OLG Stuttgart, Urteil vom 9. November 2023 – 24 U 14/21 –, Rn. 130, juris). 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. Höhere Gesamtleistungen kommen vor, umgekehrt aber auch geringere. Für die voraussichtliche Gesamtleistung fällt beides nicht ins Gewicht (OLG Stuttgart, Urteil vom 9. November 2023 – 24 U 14/21 –, Rn. 130, juris).

52. Den Restwert des Fahrzeugs schätzt der Senat auf 15.000 €. Diesen hat der Senat

53. auf der Basis der bekannten Fahrzeugdaten und der mitgeteilten Laufleistung durch eine Wertermittlung im Internet durchgeführt (■■■■-Onlineberechnung).

54. Die Summe aus Nutzungsvorteil (11.020,55 €) und Restwert (15.000 €) beträgt hier-¹⁰nach 26.020,55 € und übersteigt damit den tatsächlichen Fahrzeugwert bei Erwerb von 40.612 € (Kaufpreis abzüglich des Differenzschadens) nicht.

d. Der Anspruch der Klägerin ist nicht verjährt. Nach § 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. Grob fahrlässige Unkenntnis 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 (zum Ganzen: Schleswig-Holsteinisches Oberlandesgericht, Urteil vom 2. Januar 2024 – 7 U 57/23 –, Rn. 55, juris, m.w.N.). Nach diesem Maßstab ist bereits deshalb keine Verjährung eingetreten, weil die Beklagte nicht hinreichend dargelegt hat, wann die Klägerin Kenntnis vom Vorhandensein unzulässiger Abschaltseinrichtungen erlangt hat bzw. hätte erlangen müssen. Weder hat die Beklagte die Verwendung unzulässiger Abschaltseinrichtungen öffentlich bekannt gegeben, noch hatte die Klägerin aus anderen Quellen Anlass zu der Annahme, dass in dem von ihm erworbenen Fahrzeug unzulässige Abschaltseinrichtungen verbaut waren. Die Beklagte bestreitet – im Gegenteil – weiterhin, überhaupt unzulässige Abschaltseinrichtungen zu verwenden (vgl. Schleswig-Holsteinisches Oberlandesgericht, Urteil vom 2. Januar 2024 – 7 U 57/23 –, Rn. 56, juris; OLG Köln, Urteil vom 26. Oktober 2023 – 24 U 205/21 –, Rn. 60, juris).

3. Der Zinsausspruch folgt aus §§ 288, 291 ZPO.

- 10

4. Ein Anspruch auf vorgerichtliche Anwaltskosten besteht nicht. Allein auf der Grundlage des § 823 Abs. 2 BGB i.V.m. § 6 Abs. 1 und § 27 Abs. 1 EG-FGV kann neben dem Anspruch auf Ersatz des Differenzschadens eine Erstattung vorgerichtlicher Rechtsanwaltskosten nicht verlangt werden, sofern nicht insoweit etwa die Voraussetzungen einer Verzugshaftung gegeben sein sollten (siehe BGH, Urteil vom 16.10.2023 – VIa ZR 14/22, juris Rn. 13, WM 2023, 2193). Das Vorliegen dieser Voraussetzungen ist nicht ersichtlich.

5. Die Kostenentscheidung folgt aus § 92 Abs. 1 ZPO. Soweit die Klägerin die Ansicht vertritt, aufgrund der neugearteten Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs und der damit verbundenen Antragsumstellung dürfe der Klägerin keine Kostenquote auferlegt werden, die sich aus dem zuvor gestellten sog. „großen“ Schadensersatz berechne, kann dem nicht gefolgt werden. Mit einer Änderung der Rechtsprechung müssen Parteien eines Rechtsstreits grundsätzlich rechnen. Die Entscheidung über die vorläufige Vollstreckbarkeit beruht auf den §§ 708 Nr. 10, 711, 713 ZPO.

6. Die Revision war nicht zuzulassen, da weder die Rechtssache grundsätzliche Bedeutung hat, noch die Fortbildung des Rechts oder die Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung eine Entscheidung des Revisionsgerichts erfordern (§ 543 Abs. 2 ZPO). Der Senat ist im Rahmen der vorliegenden Entscheidung von den Maßstäben ausgegangen, die der Gerichtshof der Europäischen Union und der Bundesgerichtshof, letzterer insbesondere in seinem Urteil vom 26.06.2023 (VIa ZR 335/21), zu den sogenannten „Dieselfällen“ aufgestellt haben. Unterschiedliche Ergebnisse, zu denen Berufungsgerichte gelangen, begründen für sich allein selbst dann nicht die Notwendigkeit einer Entscheidung des Revisionsgerichts zur Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung im Sinne von § 543 Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 Alt. 2 ZPO, wenn beiden Urteilen ein völlig identischer Sachverhalt zugrunde lag (vgl. Schleswig-Holsteinisches Oberlandesgericht, Urteil vom 2. Januar 2024 – 7 U 57/23 –, Rn. 60, juris, m.w.N.).

55.

Lüttringhaus

Hoffmann



56. Protokoll

57. Folgende Dokumente wurden durch [REDACTED] untrennbar verbunden:

58. Blatt	59. Dokumentname	60. Originalname	61. Typ
62. 824 - 846	63. Urteil	64. Ur~5U009.22~01	65. Urteil
66. 847	67. Verkündungsverm erk	68. [REDACTED] [REDACTED]	69. Verfüg ung

70. Die untrennbare Verbindung wurde am **22.02.2024** um **12:09** Uhr erstellt.