

Aktenzeichen:
24 U 1507/22
48 O 345/21 LG Stuttgart



Oberlandesgericht Stuttgart

24. ZIVILSENAT

Im Namen des Volkes

Urteil

In dem Rechtsstreit

[REDACTED]

- Kläger und Berufungskläger -

Prozessbevollmächtigte:

Rechtsanwälte **Gansel Rechtsanwälte**, Wallstraße 59, 10179 Berlin, Gz.:

[REDACTED]

gegen

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

- Beklagte und Berufungsbeklagte -

Prozessbevollmächtigte:

Rechtsanwälte **RSM Ebner Stolz**, Ludwig-Erhard-Straße 1, 20459 Hamburg, Gz.:

[REDACTED]

wegen Schadensersatzes

hat das Oberlandesgericht Stuttgart - 24. Zivilsenat - am 13.03.2025 durch den Vorsitzenden Richter am Oberlandesgericht Dr. Rebmann, den Richter am Oberlandesgericht Dr. Bauer und die Richterin am Oberlandesgericht Schubert aufgrund der mündlichen Verhandlung vom 27.02.2025 für Recht erkannt:

- I. Auf die Berufung der Klagepartei wird das Urteil des Landgerichts Stuttgart vom 31.03.2022, Az. 48 O 345/21, wie folgt abgeändert:
1. Die Beklagte wird verurteilt, an die Klagepartei 2.150,- € nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem jeweiligen Basiszinssatz seit 23.02.2025 zu zahlen.
 2. Im Übrigen wird die Klage abgewiesen.
- II. Im Übrigen wird die Berufung der Klagepartei zurückgewiesen.
- III. Von den Kosten des Rechtsstreits I. Instanz haben die Klagepartei 67%, die Beklagte 33% zu tragen; von den Kosten II. Instanz haben die Klagepartei 62%, die Beklagte 38% zu tragen.
- IV. Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar. Das erstinstanzliche Urteil ist – soweit nicht abgeändert – ohne Sicherheitsleistung vorläufig vollstreckbar.
- V. Die Revision wird nicht zugelassen.

Beschluss

Der Streitwert wird für das Berufungsverfahren auf bis 6.000,00 € festgesetzt.

Gründe:

I.

(abgekürzt nach §§ 313a Abs. 1; 540 Abs. 2 ZPO)

II.

Die zulässige Berufung der Klagepartei hat in der Sache teilweise Erfolg. Der zuletzt in der Hauptsache allein geltend gemachte Anspruch auf den Differenzschadensersatz steht der Klagepartei in dem aus dem Tenor ersichtlichen Umfang zu.

1.

Das Vorliegen der Voraussetzungen eines Anspruchs aus § 826 BGB wird von der Klagepartei nicht mehr behauptet, so dass vom Nichtvorliegen derselben auszugehen ist (vgl. BGH, Urteil vom 26.06.2023 - VIa ZR 335/21, juris Rn. 44).

2.

Der Anspruch auf den Differenzschadensersatz ist in dem aus dem Tenor ersichtlichen Umfang begründet. Der Anspruch steht der Klagepartei aus § 823 Abs. 2 BGB i.V.m. § 6 Abs. 1, § 27 Abs. 1 EG-FGV zu (1.), wobei diesen der Senat nach § 287 ZPO mit 10% des Kaufpreises bemisst (2.). Die Klagepartei hat sich vorliegend im Rahmen der Vorteilsausgleichung weder den Veräußerungserlös und die gezogenen Nutzungen schadensmindernd anrechnen lassen, da diese den objektiven Fahrzeugwert nicht erreichen, noch das von der Beklagten angebotene Software-Update (3.). Die von der Beklagten erhobene Einrede der Verjährung greift nicht (4.).

1.

Eine Haftung der Beklagten gem. § 823 Abs. 2 BGB in Verbindung mit § 6 Abs. 1, § 27 Abs. 1 EG-FGV - welche an die Stellung der Klagepartei als Vertragspartner anknüpft und eine Eigentümerstellung nicht voraussetzt (vgl. BGH, Urteil vom 11.09.2023 – VIa ZR 1693/22, juris Rn. 7) - ist unter Berücksichtigung der unionsrechtskonformen Auslegung der Art. 18 Abs. 1, Art. 26 Abs. 1 und Art. 46 der zugrundeliegenden Rahmenrichtlinie 2007/46/EG i.V.m. Art. 5 Abs. 2 der Verordnung Nr. 715/2007 nach den Vorgaben des Europäischen Gerichtshofs (vgl. EuGH, Urteil vom 21.03.2023 – C-100/21, juris) begründet.

Denn das Fahrzeug verfügte zum Zeitpunkt des Abschlusses des Kaufvertrages über zumindest zwei unzulässige Abschaltseinrichtungen im Sinn von Art. 5 Abs. 2 Satz 1 VO (EG) Nr. 715/2007 (a.). Nach inzwischen gefestigter höchstrichterlicher Rechtsprechung (vgl. BGH, Urteile vom 26.06.2023 - VIa ZR 335/21, juris Rn. 34; vom 20.07.2023 – III ZR 267/20, juris Rn. 22ff; vom 24.10.2023 - VI ZR 493/20, juris Rn. 24; vom 26.10.2023 – VII ZR 306/21, juris Rn. 10) haftet die Beklagte daher als Herstellerin des Fahrzeuges gem. § 823 Abs. 2 BGB, soweit sie schuldhaft eine unzutreffende Übereinstimmungsbescheinigung ausgestellt und damit gegen § 6 Abs. 1 und § 27 Abs. 1 EG-FGV verstoßen hat, wobei einer solchen Haftung die grundsätzlichen und unter anderem auf Art. 80 GG gestützten Bedenken, der Beklagten nicht entgegen stehen (vgl. BGH, Urteile vom 20.07.2023 – III ZR 267/20, juris Rn. 23; vom 19.10.2023 – III ZR 221/20, juris Rn. 25; vgl. weiter BGH, Urteil vom 16.10.2023 – VIa ZR 374/22, juris Rn. 11ff). Dies ist vorliegend der Fall. Schuldhaft handelte die Beklagte vorliegend jedenfalls hinsichtlich der KSR (b.).

a.

Das Fahrzeug verfügte zum Zeitpunkt des Abschlusses des Kaufvertrages – unstreitig – über zwei technische Einrichtungen, die entgegen der Auffassung der Beklagten als Abschaltseinrichtungen im Sinne von Art. 3 Nr. 10, Art. 5 Abs. 2 Satz 1 VO (EG) Nr. 715/2007 einzuordnen sind, namentlich eine temperaturgesteuerte AGR (sog. Thermofenster) (aa)) und eine KSR (bb)). Vor diesem Hintergrund kann dahinstehen, ob im streitgegenständlichen Fahrzeug eine emissionskausale Reduzierung der AGR-Rate auch in Abhängigkeit von bestimmten Motorstarttemperaturen erfolgt.

aa.

Die temperaturgesteuerte AGR stellte bereits auf Grundlage des unstreitigen Parteivorbringens eine unzulässige Abschalteinrichtung im Sinne von Art. 3 Nr. 10, 5 Abs. 2 Satz 1 VO (EG) Nr. 715/2007 dar, da die Beklagte die klägerische Behauptung, die AGR werde innerhalb normaler Betriebsbedingungen begrenzt, in nicht erheblicher Weise bestritten hat.

(1) 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 Abschalteinrichtung.

Diese normalen Betriebsbedingungen im Sinne von Art. 3 Nr. 10, Art. 5 Abs. 1 VO (EG) Nr. 715/2007 umfassen die tatsächlichen Fahrbedingungen, wie sie im Unionsgebiet üblich sind (vgl. EuGH, Urteil vom 14.07.2022, C-128/20, Rn. 40; EuGH, Urteil vom 14.07.2022 – C-134/20, juris Rn. 47), so dass zu ihnen auch der Außentemperaturbereich gehört, der im Gebiet der Europäischen Union üblicherweise vorkommt (vgl. BGH, Urteil vom 26.06.2023 – VIa ZR 335/21, juris Rn. 50). Ausgehend von diesem rechtlich geklärten Verständnis der europarechtlichen Norm, ist es eine Tatsachenfrage, welche Temperaturen im Unionsgebiet üblicherweise, d.h. unter Ausnahme von Extremwetterereignissen, vorkommen. Danach rechnet der Außentemperaturbereich von -15°C bis +40°C, wie der Senat wiederholt entschieden hat, zu den normalen Betriebsbedingungen im Sinn von Art. 3 Nr. 10, Art. 5 Abs. 1 VO (EG) Nr. 715/2007 (vgl. Senatsurteile vom 19.10.2023 – 24 U 103/22, juris Rn. 31; vom 30.11.2023 – 24 U 153/21, juris Rn. 81; vom 11.01.2024 – 24 U 241/22, juris Rn. 7; OLG Frankfurt, Urteil vom 29.11.2023 – 19 U 185/22, juris Rn. 14; VG Schleswig, Urteil vom 20.02.2023 – 3 A 113/18, juris Rn. 267, 274; OLG Schleswig-Holstein, Urteil vom 08.12.2023 – 1 U 105/20, juris Rn. 91: zweistellige Minusgrade - etwa in Skandinavien – und Temperaturen um 40 °C – etwa in Südeuropa). Einwendungen gegen diese vom Senat mittlerweile in zahlreichen Entscheidungen gegenüber der Beklagten getroffene tatsächliche Feststellung, dass im Unionsgebiet Außentemperaturen von -15°C, u.a. in Helsinki im Winter, bis zu +40°C, u.a. in der europäischen Mittelmeerregion im Sommer, üblicherweise vorkommen, sind von der Beklagten nicht vorgetragen worden und sind auch nicht ersicht-

lich.

Die temperaturgesteuerte AGR, bei welcher nach dem Vorbringen der Beklagten eine Reduzierung der Wirksamkeit jedenfalls unterhalb einer Außentemperatur von +10°C und betriebswamem Motor erfolgt, stellt eine unzulässige Abschaltseinrichtung im Sinne von Art. 3 Nr. 10, 5 Abs. 2 Satz 1 VO (EG) Nr. 715/2007 dar.

(2) Diese Abschaltseinrichtung ist auch unzulässig im Sinn von Art. 5 Abs. 2 Satz 1 VO (EG) Nr. 715/2007. Die Voraussetzungen der in Art. 5 Abs. 2 Satz 2 VO (EG) Nr. 715/2007 genannten Ausnahmetatbestände, unter denen eine Abschaltseinrichtung ausnahmsweise zulässig ist, lassen sich dem Vortrag der hierfür darlegungs- und beweisbelasteten Beklagten (vgl. dazu BGH, Urteil vom 26.06.2023 – VIa ZR 335/21, juris Rn. 54) nicht entnehmen. Die Voraussetzungen des Ausnahmetatbestandes des Art. 5 Abs. 2 Satz 2 Buchst. a VO (EG) Nr. 715/2007 (a) – auf den sich die Beklagte hier maßgeblich beruft – lassen sich ihrem Vortrag nicht entnehmen (b).

(a) Der Ausnahmetatbestand des Art. 5 Abs. 2 Satz 2 Buchst. a VO (EG) Nr. 715/2007 setzt kumulativ (vgl. EuGH, Urteil vom 21.03.2023 – C-100/21, Rn. 62; VG Schleswig, Urteil vom 20.02.2023 – 3 A 113/18, juris Rn. 310) voraus, dass eine Notwendigkeit [3] der Einrichtung zum Schutz des Motors [2] vor Beschädigung oder Unfall besteht und dass dies zum sicheren Betrieb des Fahrzeugs erforderlich ist [1].

[1] 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 sein muss, um den Motor vor plötzlichen und außergewöhnlichen Schäden zu schützen (EuGH, Urteil vom 14.07.2022 – C-145/20, Rn. 72, 73), was voraussetzt, dass unmittelbare Risiken für den Motor in Form von Beschädigung oder Unfall bestehen, die beim Fahren eines Fahrzeugs eine konkrete Gefahr hervorrufen (EuGH, Urteil vom 14.07.2022 – C-145/20, Rn. 67). Die bloße Verschmutzung und ein Verschleiß des Motors können daher nicht als „Beschädigung“ oder „Unfall“ in diesem Sinn angesehen werden, da sie im Prinzip vorhersehbar und der normalen Funktionsweise des Fahrzeugs inhärent sind (EuGH, Urteil vom 14.07.2022 – C-145/20, Rn. 65; EuGH, Urteil vom 17.12.2020 – C-693/18, Rn. 110; VG Schleswig, Urteil vom 20.02.2023 – 3 A

113/18, juris Rn. 302).

[2] Auch der Begriff „Motor“ ist eng auszulegen. AGR-Ventil, AGR-Kühler und Dieselpartikelfilter sind z.B. vom Motor im Sinn dieses Ausnahmetatbestandes getrennte Bauteile (vgl. EuGH, Urteil vom 14.07.2022 - C-145/20, Rn. 63; VG Schleswig, Urteil vom 20.02.2023 – 3 A 113/18, juris Rn. 300).

[3] Notwendig im Sinn dieses Ausnahmetatbestandes ist eine Abschaltvorrichtung zum Motorschutz zudem nur dann, wenn zum Zeitpunkt der EG-Typgenehmigung dieser Einrichtung oder des mit ihr ausgestatteten Fahrzeugs keine andere technische Lösung zur Verfügung gestanden hatte, um unmittelbare Risiken für den Motor in Form von Beschädigung oder Unfall abzuwenden, die beim Fahren eines Fahrzeugs eine konkrete Gefahr hervorrufen (EuGH, Urteil vom 14.07.2022 - C-145/20, Rn. 80; EuGH, Urteil vom 14.07.2022, C-134/20, Rn. 81). Mit der alternativen Technik einhergehende Mehrkosten für den Hersteller fallen dabei nicht ins Gewicht (EuGH, Urteil vom 14.07.2022 - C-145/20 Rn. 77, 78; EuGH, Urteil vom 14.07.2022, C-128/20, Rn. 66, 67). Um notwendig im Sinne von Art. 5 Abs. 2 Satz 2 Buchst. a VO (EG) Nr. 715/2007 zu sein, darf es sich zudem nicht so verhalten, dass die Abschaltvorrichtung unter normalen Betriebsbedingungen den überwiegenden Teil des Jahres funktionieren müsste, damit der Motor vor Beschädigung oder Unfall geschützt und der sichere Betrieb des Fahrzeugs gewährleistet wäre (EuGH, Urteil vom 21.03.2023 – C-100/21, Rn. 65f).

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

[1] 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.

[2] Mangels einer konkreten Darlegung kann dem Vortrag der Beklagten hinsichtlich der Ausgestaltung bei Vertragsschluss weder entnommen werden, ob die von ihr behaupteten Ablagerungen an Bauteilen 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, dass zum Zeitpunkt der Erteilung der EG-Typgenehmigung keine andere technische Lösung zur Verfügung gestanden hatte, um diese zu verhindern.

bb.

Auch die KSR stellt – bereits auf Grundlage des Beklagtenvortrags – eine Abschalteneinrichtung im Sinne von Art. 3 Nr. 10, Art. 5 Abs. 1 VO (EG) Nr. 715/2007 dar (1.), die ebenfalls unzulässig ist (2.).

(1.) Die KSR ist eine Abschalteneinrichtung im Sinne von Art. 3 Nr. 10, Art. 5 Abs. 1 VO (EG) Nr. 715/2007.

(a) 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 (vgl. VG Schleswig, Urteil vom 20.02.2023 – 3 A 113/18, juris Rn. 232). Diesen Anforderungen genügt die KSR aufgrund ihres begrenzten Wirkbereiches nicht. Senatsbekannt wird bei der KSR die Solltemperatur für das Kühlmittelthermostat (von 95°C oder je nach Fahrzeug: 100°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 KSR optimierte Emissionsverhalten nur während der Warmlaufphase des Motors aufrechterhalten werden kann, aber auch Fahrten jenseits der Warmlaufphase – Fahren mit betriebswarmem Motor – zu den Bedingungen des normalen Betriebs im Sinn von Art. 5 Abs. 1 VO (EG) Nr. 715/2007 gehören, handelt es sich aus diesem Grund bereits um ein nicht zulässiges Emissionskontrollsystem. Anhaltspunkte dafür, dass das durch die KSR optimierte Emissionsverhalten jenseits der Warmlaufphase, also bei betriebswarmem Motor,

durch andere Einrichtungen aufrechterhalten wird, sind weder ersichtlich noch vorgetragen (vgl. Senatsurteil vom 30.11.2023 – 24 U 153/21, juris Rn. 94).

(b) Die KSR ist darüber hinaus – innerhalb ihres begrenzten Wirkbereichs – auch mit einer Abschaltbedatung im Sinne von Art. 3 Nr. 10 VO (EG) Nr. 715/2007 versehen. So ist diese bereits bei bestimmten Umgebungslufttemperaturen außerhalb eines Bereichs von +15°C bis +35°C nicht aktiv, was schon für sich genommen – und ungeachtet der weiteren (De)Aktivierungsbedingungen – zu einer Einordnung als Abschalteinrichtung führt (vgl. Senatsurteile vom 09.11.2023 – 24 U 14/21, juris Rn. 89ff, und vom 30.11.2023 – 24 U 153/21, juris Rn. 95).

(c) Der Einwand der Beklagten, die KSR erfülle bereits tatbestandlich nicht die Voraussetzungen einer Abschalteinrichtung im Sinne von Art. 3 Nr. 10 VO (EG) Nr. 715/2007, weil der Parameter Kühlmittelsolltemperatur, auf den allein eingewirkt werde, kein Teil des Emissionskontrollsystems sei, sondern ein solcher der Motorkühlung, greift nicht durch. Denn durch die Einwirkung auf den Parameter Kühlmittelsolltemperatur wird mittelbar (Kausalkette: frühere Zuschaltung des großen Kühlkreislaufes führt zu einer Verzögerung der Erwärmung des Motors, was wiederum zur Folge hat, dass höhere AGR-Raten über einen längeren Zeitraum möglich sind, als dies bei einem sich andernfalls schneller erwärmenden Motor) – 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 Abschalteinrichtung im Sinn von Art. 3 Nr. 10 VO (EG) Nr. 715/2007 nicht entgegen.

(2) Zulässigkeitsgründe im Sinn 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 Buchst. a VO (EG) Nr. 715/2007 nicht. Auf die vorstehenden Ausführungen bei der AGR kann insoweit Bezug genommen werden. Dass die KSR zur Einhaltung der Grenzwerte bei der NEFZ-Prüfung nicht erforderlich ist, begründet auch keinen Ausnahmetatbestand im Sinn von Art. 5 Abs. 2 Satz 2 Buchst. c VO (EG) Nr. 715/2007 (vgl. BGH, Urteil vom 26.06.2023 – VIa ZR 335/21, juris Rn. 51 zur „Grenzwertkausalität“).

b.

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, juris Rn. 59). Der Hersteller kann sich insofern aber entlasten, wenn er darlegt und im Bestreitensfall nachweist, dass er sich hinsichtlich der Zulässigkeit der eingesetzten Abschalteneinrichtung in einem Verbotsirrtum befand und dieser Irrtum bei Anwendung der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt unvermeidbar war (BGH Urteil vom 26.06.2023 - VIa ZR 335/21, juris Rn. 63; OLG Stuttgart, Urteil vom 28.09.2023 – 24 U 2504/22, juris Rn. 61).

Die Beklagte beruft sich sowohl hinsichtlich des Einsatzes der temperaturgesteuerten und motorstarttemperaturabhängigen AGR als auch hinsichtlich der KSR auf einen solchen unvermeidbaren Verbotsirrtum (aa). Da dieser Einwand jedenfalls hinsichtlich der unzulässigen KSR nicht durchgreift, so dass zumindest insoweit von einem schuldhaften Verhalten der Beklagten auszugehen ist (bb), kann auf sich beruhen, ob sich die Beklagte hinsichtlich der Steuerung der AGR im Streitfall mit Erfolg auf einen unvermeidbaren Verbotsirrtum berufen könnte.

aa.

Unvermeidbarer Verbotsirrtum:

(1) 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 (vgl. vgl. BGH, Beschluss vom 01.06.1977 – KRB 3/76, juris Rn. 15; BGH, Urteile vom

16.06.1977 – III ZR 179/75, juris Rn. 53ff, 55; vom 10.07.1984 – VI ZR 222/82, juris Rn. 14; vom 07.03.1996 – 4 StR 742/95, juris Rn. 19; vom 10.01.2023 – 6 StR 133/22, juris Rn. 38; vgl. weiter: Rengier in Karlsruher Kommentar zum OWiG, 5. Aufl., § 11 Rn. 56ff; BeckOK/Valerius, OWiG § 11 Rn. 30f mwN [Stand: 01.07.2023]; Sternberg-Lieben/Schuster in Schönke/Schröder, StGB, 30. Aufl., § 17 Rn. 5a jew. mwN).

(2) Unvermeidbar ist der Verbotsirrtum, wenn der Schädiger diesen auch bei Anwendung der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt nicht erkennen konnte (BGH, Urteile vom 26.06.2023 - VIa ZR 335/21, juris Rn. 63; vom 11.01.1984 – VIII ZR 255/82, juris Rn. 22 jew. mwN). 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 (vgl. BGH, Urteil vom 26.06.2023 - VIa ZR 335/21, juris Rn. 64ff mwN), muss er die Rechtslage sorgfältig prüfen, soweit erforderlich Rechtsrat einholen und die höchststrichterliche Rechtsprechung (sofern vorhanden) sorgfältig beachten (vgl. BGH, Urteile vom 12.07.2006 – X ZR 157/05, juris Rn. 19; vom 25.09.2023 – VIa ZR 1/23, juris Rn. 14).

bb.

Jedenfalls hinsichtlich der in dem streitgegenständlichen Fahrzeug eingesetzten KSR und der hieraus folgenden Unrichtigkeit der Übereinstimmungsbescheinigung ist von einem schuldhaften Verhalten der „Beklagten“ auszugehen. Der Senat kann sich insoweit bereits nicht vom Vorliegen eines Irrtums überzeugen. Ausführungen zu einer Vermeidbarkeit sind daher nicht veranlasst.

(1) Der Senat kann sich bereits keine Überzeugung davon bilden, dass sich Repräsentanten (§ 31 BGB) und mit der KSR befasste Mitarbeiter der Beklagten (§ 831 BGB) in einem Verbotsirrtum befanden, zumal es den Repräsentanten der Beklagten (§ 31 BGB) im Rahmen ihrer Organisationspflichten oblegen hätte, dass alle notwendigen verfügbaren Informationen auch ihren Mitarbeitern zur Verfügung gestanden hätten.

Als Fahrzeugherstellerin traf die Beklagte die deliktsrechtlich geschützte Pflicht, keine unzutreffenden Übereinstimmungsbescheinigungen in den Verkehr zu bringen (vgl. BGH, Urteile vom 26.06.2023 - VIa ZR 335/21, NJW 2023, 2259 Rn. 61; vom 10. Juli 2023 – VIa ZR

1119/22, MDR 2023, 1042 Rn. 20ff; vom 20. Juli 2023 – III ZR 267/20, ZIP 2023, 1903 Rn. 22). Um dieser Verpflichtung zu genügen, musste die Beklagte ihre innerbetrieblichen Abläufe etwa durch interne Weisungen, Meldekettens und Überwachungs- sowie Kontrollmechanismen so organisieren, dass bei regelgerechtem Ablauf nur zutreffende Übereinstimmungsbescheinigungen in Verkehr gelangen konnten. Dies erforderte insbesondere eine Weisungslage, nach welcher technisch kritische Punkte von den für die technische Entwicklung verantwortlichen Personen an die Rechtsabteilung zur Überprüfung weiterzuleiten waren und die Weiterentwicklung und der spätere Einsatz der Technik erst nach positiver rechtlicher Bewertung und Freigabe durch hierfür qualifizierte Personen erfolgen durfte. Zudem war das rechtliche Umfeld und dessen für die Zulässigkeit der eingesetzten Technik relevante Entwicklungen weiter durch die Rechtsabteilung oder sonstiges juristisch qualifiziertes Personal zu beobachten, um erforderlichenfalls entsprechend reagieren und Abläufe stoppen zu können (vgl. BGH, Urteil vom 25.09.2023 – VIa ZR 1/23, juris Rn. 14; Senatsurteil vom 28.09.2023 – 24 U 2504/22, juris Rn. 41 mwN). Danach musste die Beklagte sicherstellen, dass die erforderlichen Informationen auch bis zum Aussteller der Übereinstimmungsbescheinigung weitergeleitet würden. Allein der Umstand, dass dieser keine Kenntnis von möglichen Bedenken bezüglich der Unzulässigkeit von Abschaltvorrichtungen hatte, wird daher, anders als die Beklagte meint, im Regelfall nicht genügen, um das Vorliegen eines Rechtsirrtums zu begründen.

(2.) Vortrag, der auf das Vorliegen eines Rechtsirrtums über die Zulässigkeit der eingesetzten KSR auf Seiten der damit befassten Repräsentanten und Mitarbeiter der Beklagten schließen lassen könnte, hat die Beklagte, worauf der Senat die Beklagte hingewiesen hat, nicht gehalten.

(a) 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 überzeugt haben wollen, was hinsichtlich des Vorliegens eines auf die KSR bezogenen Rechtsirrtums aber erforderlich gewesen wäre.

Denn anders als im Fall der außertemperaturabhängig gesteuerten AGR (Thermofenster - vgl. hierzu etwa Senatsurteil vom 28.09.2023 – 24 U 2616/22, juris Rn. 46ff) fehlen für die im streitgegenständlichen Fahrzeug eingesetzte, unzulässige KSR allgemein bekannte Indi-

zatsachen, welche einen Rückschluss auf einen solchen Rechtsirrtum ermöglichen könnten. Das Thermofenster war flächendeckend von nahezu allen namhaften Herstellern von Dieselfahrzeugen eingesetzt worden und war dabei sowohl in Fachkreisen als auch dem KBA bekannt gewesen, wobei letzteres dieses auch seit Jahren in ständiger Genehmigungspraxis nicht beanstandet hatte. Für einen vergleichbaren Sachverhalt, der im hier relevanten Zeitpunkt des Abschlusses des streitgegenständlichen Kaufvertrages vorgelegen hätte, und einen ähnlichen, den Schluss auf die Zulässigkeit der Technik ermöglichenden Vertrauenstatbestand geschaffen haben könnte, ist hinsichtlich der Steuerung des KSR weder etwas vorgetragen noch ersichtlich.

(b) Zudem hätte bereits die von ihr selbst dargelegte Ausgestaltung der KSR den Mitarbeitern der Beklagten Anlass geben müssen, die rechtliche Zulässigkeit dieser Einrichtung kritisch zu prüfen.

(aa) Da die KSR in ihrer Wirkweise auf die Warmlaufphase des Motors begrenzt ist, genügt sie erkennbar nicht Art. 4 Abs. 2, Art. 5 Abs. 1 VO (EG) Nr. 715/2007. Darüber hinaus wird sie innerhalb dieses begrenzten Bereichs u.a. durch ein Umgebungslufttemperaturfenster begrenzt, das deutlich hinter dem vernünftigerweise zu erwartenden Temperaturbereich zurückbleibt und damit abgeschaltet wird (vgl. Art. 5 Abs. 2 Satz 1 VO (EG) Nr. 715/2007). Den von der Beklagten eingenommenen Rechtsstandpunkt, die KSR unterfalle diesen Regeln bereits deshalb nicht, weil die Kühlmittelsolltemperatur, auf die allein eingewirkt werde, nicht zum Emissionskontrollsystem gehöre, hätten ihre Verantwortlichen vor diesem Hintergrund in zuverlässiger Weise absichern müssen. Dass dies geschehen ist, man sich insbesondere mit der gegenteiligen zutreffenden Rechtsansicht (mittelbare Einwirkung, zumal gewollt, reicht aus) auseinandergesetzt hat, ist nicht ersichtlich.

(bb) Daneben hätte der Umstand, dass die KSR gerade in der NEFZ-Prüfung ein optimiertes Emissionsverhalten, das das Fahrzeug im weiteren Fahrbetrieb (bei betriebswarmen Motor) nicht mehr aufrechterhalten kann, – ungeachtet des Umstandes, dass die Steuerung der KSR (nach den bisher dem Senat bekannten Auskünften des KBA) nicht an eine Prüfstandserkennung gekoppelt sein soll, sondern unter vergleichbaren Fahrbedingungen auch im normalen Fahrbetrieb funktionieren soll – Anlass zu einer rechtlichen Absicherung dieser

Einrichtung dahingeben müssen, ob es sich dabei um eine verbotene Einrichtung handelt.

(cc) Die KSR war zudem – nach Kenntnis des Senats – allein von der Beklagten 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 KSR im Rahmen des EG-Typgenehmigungsverfahrens anzugeben). Dies ist aber weder vor noch bei Beantragung der EG-Typgenehmigung geschehen.

2.

Danach steht der Klagepartei ein Anspruch auf den Differenzschadensersatz aus § 823 Abs. 2 BGB i.V.m. § 6 Abs. 1, § 27 Abs. 1 EG-FGV zu, den der Senat vorliegend mit 10% des Kaufpreises des Fahrzeuges bewertet.

a.

Die Beklagte haftet der Klagepartei sonach auf Ersatz des Differenzschadens, welcher nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs – vorbehaltlich einer im Einzelfall vorzunehmenden Vorteilsausgleichung – auf eine Bandbreite zwischen 5 und 15% des gezahlten Kaufpreises rechtlich begrenzt ist (BGH, Urteil vom 26.06.2023 – VIa ZR 335/21, juris Rn. 73; BGH, Urteil vom 20.07.2023 – III ZR 267/20, juris Rn. 34). Für die gemäß § 287 ZPO vorzunehmende Schätzung des Schadens innerhalb dieser Bandbreite sind die Umstände des Einzelfalls im Rahmen einer auf den Zeitpunkt des Vertragsschlusses bezogenen Betrachtung zu gewichten. Dabei ist insbesondere in den Blick zu nehmen, welches Ausmaß an behördlichen Anordnungen auf Grund der festgestellten unzulässigen Abschalteinrichtung droht und wie groß die Eintrittswahrscheinlichkeit solcher Anordnungen ist, welches Gewicht dem festgestellten Verstoß des Herstellers bezogen auf das unionsrechtliche Ziel der Einhaltung gewisser Emissionsgrenzwerte zukommt und schließlich mit welchem Verschuldensgrad der Hersteller den Verstoß verwirklicht hat.

Hiervon ausgehend erscheint dem Senat die Bemessung des Schadens im vorliegenden Fall mit 10% des Kaufpreises als sachgerecht, da es sich um einen mit Blick auf die genannten Kriterien durchschnittlichen Fall handelt. Besondere Umstände, welche diesen Fall in die eine oder andere Richtung gegenüber anderen Fällen hervorheben würden, sind weder vorgetragen noch ersichtlich.

Dies gilt unabhängig davon, ob man davon ausgehen wollte, wofür tatsächliche Anhaltspunkte bestehen mögen, dass eine Reduzierung der AGR-Rate auch in Abhängigkeit von bestimmten Motorstarttemperaturen erfolgte und ob man im Zusammenhang mit der Ausgestaltung der AGR von einem unvermeidbaren Verbotsirrtum ausgeht. Denn nach Auffassung des Senats (§ 287 ZPO) erhöht sich der Schaden auch dann nicht, wenn das Vorhandensein dieser weiteren Abschaltseinrichtung und ihre Unzulässigkeit zu Gunsten der Klagepartei unterstellt werden. Die Bemessung des Schadens ist nicht davon abhängig, ob die Beklagte mit Blick auf das Thermofenster und die fragliche Steuerung in Abhängigkeit von der Motorstarttemperatur dem Grunde nach auch für die Ausgestaltung der AGR haftet.

aa) In diesem Zusammenhang ist zu berücksichtigen, dass das insbesondere und aus der zeitlichen Warte des Vertragsschlusses heraus in den Blick zu nehmende Risiko behördlicher Anordnungen nach Auffassung des Senats nicht maßgebend von der absoluten Anzahl von Abschaltseinrichtungen der hier festgestellten Art abhängt, weil insbesondere das Stilllegungsrisiko nicht proportional mit dieser Anzahl anwächst. Denn schon zum Zeitpunkt des Fahrzeugerwerbs war überwiegend wahrscheinlich (vgl. BGH, Urteil vom 17.09.2019 – VI ZR 396/18, juris Rn. 13 mwN), dass ein mit einer Beanstandung der Typ-Genehmigungsbehörde konfrontierter Fahrzeughersteller nicht die Stilllegung bereits verkaufter Fahrzeuge riskieren - und damit den Absatz weiterer Fahrzeuge gefährden - würde, sondern stattdessen und unbeschadet der eigenen Einschätzung der Rechtslage mit der Behörde kooperieren und Maßnahmen zur Abwendung der Stilllegung entwickeln würde. Dabei war auch schon zum Zeitpunkt des Fahrzeugerwerbs überwiegend wahrscheinlich, dass diese zu erwartende Reaktion des Herstellers, im Streitfall der Beklagten, jedenfalls in dem hier fraglichen Rahmen weder von der Anzahl der festgestellten Abschaltseinrichtungen noch von der - zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses nicht vorhersehbaren - Frage abhängen würde, ob die Behörde die Abschaltseinrichtungen gleichzeitig feststellt und rügt, oder ob es zu mehreren Rügen kommen würde. Denn es war überwiegend wahrscheinlich zu erwarten, dass ihr

weiteres Absatzinteresse für die Beklagte in jedem Fall handlungsleitend sein würde und sie zu kooperativem Verhalten veranlassen würde, so wie dies im Zuge des „Abgasskandals“ später auch tatsächlich der Fall war.

bb) Auch mit Blick auf die neben diesen originär schadensrechtlichen Erwägungen in den Blick zu nehmenden Gesichtspunkte ergibt sich im Streitfall kein erheblicher Einfluss einer unterstellten Haftung auch für die temperaturgesteuerte AGR. Denn auch insoweit wäre zum einen lediglich von einem fahrlässigen Verhalten der Beklagten auszugehen, weil Anhaltspunkte dafür, dass die temperaturgesteuerte AGR auf dem NEFZ-Prüfstand nicht in gleicher Weise funktionieren würde wie im Realbetrieb weder vorgetragen noch ersichtlich sind. Zum anderen wäre auch das Gewicht des der Haftung zugrundeliegenden konkreten Rechtsverstoßes für das unionsrechtliche Ziel der Einhaltung gewisser Emissionsgrenzwerte im Streitfall kein spürbar anderes. Denn auch wenn man insoweit den Klägervortrag zu Grunde legt, wonach die einzuhaltenden Grenzwerte im Realbetrieb ganz erheblich überschritten werden - was für das Gewicht des Rechtsverstoßes maßgebend erscheint -, würde der Senat den Schaden vor dem Hintergrund der dargelegten originär schadensrechtlichen Gesichtspunkte im Streitfall auch dann mit 10% als angemessen bewertet ansehen, wenn er weiter zu Gunsten der Klagepartei unterstellt, dass diese Überschreitung auch auf der temperaturgesteuerten AGR beruht (§ 287 ZPO).

Daraus folgt, dass der Differenzschaden vorliegend mit 2.150,- € zu bemessen ist (§ 287 ZPO).

b.

Soweit die Beklagte dieser Haftung entgegenzuhalten sucht, dass sich die Klagepartei ihr gegenüber nicht auf den vom Bundesgerichtshof für die Haftung auf Differenzschadensersatz anerkannten Erfahrungssatz berufen könne, dass sie das Fahrzeug bei Kenntnis der Unrichtigkeit der Übereinstimmungsbescheinigung nicht zu dem vereinbarten Kaufpreis erworben hätte (etwa BGH, Urteil vom 26.06.2023 - VIa ZR 335/21, juris Rn. 55), verfängt dies nicht. Denn um diesen Erfahrungssatz in Frage zu stellen, muss der Hersteller darlegen und im Bestreitensfall beweisen, dass er die Ausrüstung seiner Fahrzeuge mit Motoren einer

dem erworbenen Fahrzeug entsprechenden Baureihe mit einer unzulässigen Abschalteneinrichtung in einer Art und Weise bekannt gegeben hat, die einem objektiven Dritten die mit dem Kauf eines solchen Kraftfahrzeugs verbundenen Risiken verdeutlicht (etwa BGH, Urteile vom 26.06.2023 - VIa ZR 335/21, juris Rn. 57; VIa ZR 533/21 juris Rn. 35). Davon kann mit Blick auf die Beklagte - welche das Vorhandensein unzulässiger Abschalteneinrichtungen in ihren Fahrzeugen bis zum Schluss der mündlichen Verhandlung geleugnet hat - keine Rede sein. Dass Kunden durch Mitteilungen anderer Hersteller (VW) über die Existenz von Thermofenstern und durch die jährlichen Geschäftsberichte der Beklagten, beginnend mit dem Bericht 2016 über den Umstand informiert gewesen sein mögen, dass nicht auszuschließen sei, dass die Behörden zum Schluss kommen, dass in Mercedes-Benz Dieselfahrzeugen Funktionalitäten enthalten sein könnten, die möglicherweise als unzulässig zu qualifizieren sind, ändert daran erkennbar nichts.

Mit dem verschiedentlich erhobenen Einwand, die Klagepartei habe den Erfahrungssatz durch ihr tatsächliches Verhalten selbst widerlegt, indem sie das Fahrzeug trotz der im Zuge des Abgasskandals aufgekommenen Diskussionen weitergenutzt habe, anstatt sich zeitnah um eine Rückabwicklung zu bemühen, vermag die Beklagte ebenso wenig durchzudringen. Der Einfluss einer durch eine (möglicherweise) unzulässige Abschalteneinrichtung begründeten Gefahr einer Betriebsbeschränkung (vgl. dazu BGH, Urteil vom 25.05.2020 - VI ZR 252/19, juris Rn. 51) ist mit Blick auf die Entscheidung, ein solches Fahrzeug erst zu erwerben wesentlich gewichtiger als mit Blick auf die Frage, ein bereits erworbenes Fahrzeug wieder abzustoßen und sich in den mit Ungewissheiten behafteten Prozess einer streitigen Rückabwicklung zu begeben. Ein verlässlicher Rückschluss auf das Erwerbsverhalten lässt sich daher aus dem Umstand der späteren Weiternutzung zur tatrichterlichen Überzeugung des Senats nicht ziehen (anders OLG Schleswig, Beschluss vom 14.11.2023 – 17 U 44/23, BeckRS 2023, 35794 Rn. 8f). Hinzu kommt, dass es mit Blick auf den Differenzschadensersatz nicht auf die Frage ankommt, ob die Klagepartei das Fahrzeug überhaupt erworben hätte, sondern darauf, ob sie es zu dem vereinbarten Kaufpreis erworben hätte (BGH, Urteil vom 26.06.2023 - VIa ZR 335/21, juris Rn. 55). Ein verlässlicher Rückschluss darauf, dass die Klagepartei zum vereinbarten Kaufpreis erworben hätte, lässt sich aus dem Umstand, dass sie das Fahrzeug weiternutzte anstatt nach Bekanntwerden des Abgasskandals ein - im Streitfall zudem unberechtigtes - Rückabwicklungsverlangen zu äußern, aber tatrichterlich erst Recht nicht ziehen.

3.

Im Rahmen der Vorteilsausgleichung (a.) wirken sich vorliegend die gezogenen Nutzungen, vom Senat auf Basis einer üblicherweise zu erwartenden Gesamtleistung des Fahrzeugs von 250.000 km ermittelt (b.) zusammen mit dem der Klagepartei verbleibenden Veräußerungserlös nicht schadensmindernd aus, da sie in der Summe den objektiven Fahrzeugwert nicht erreichen (c.). Das angebotene Softwareupdate muss sich die Klagepartei nicht schadensmindernd anrechnen lassen (d.).

a.

Im Wege des Vorteilsausgleichs muss sich der Geschädigte diejenigen Vorteile anrechnen lassen, 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 (vgl. BGH st. Rspr. ua, Urteil vom 25.05.2020 – VI ZR 252/19, juris Rn. 65). Sowohl beim Differenz-Schadensersatz nach § 823 Abs. 2 BGB i.V.m. § 6 Abs. 1, 27 Abs. 1 EG-FGV als auch beim kleinen Schadensersatz nach § 826 BGB sind die Nutzungsvorteile und der Restwert des Fahrzeuges nur insoweit und erst dann schadensmindernd anzurechnen, wenn sie den Wert des Fahrzeugs bei Abschluss des Kaufvertrages (gezahlter Kaufpreis abzüglich Differenzschaden) übersteigen (vgl. zu § 823 Abs. 2 BGB i.V.m. § 6 Abs. 1, 27 Abs. 1 EG-FGV: BGH, Urteil vom 26.06.2023 – VIa ZR 335/21, juris Rn. 44, 80; zu § 826 BGB: BGH, Urteil vom 24.01.2022 – VIa ZR 100/21, juris Rn. 22). Erreichen sie den ursprünglich gezahlten Kaufpreis, besteht kein Schaden.

Ein Software-Update führt zum Wegfall des Schadens, wenn hierdurch die Gefahr von Betriebsbeschränkungen signifikant reduziert wird (so BGH, Urt. v. 26.06.2023 – VIa ZR

335/21, juris Rn. 80 zum Differenzschadensersatz; ähnlich zum kleinen Schadensersatzanspruch: BGH, Urteil vom 06.07.2021 – VI ZR 40/20, juris Rn. 24), was voraussetzt, dass das Software-Update selbst ebenfalls keine unzulässigen Abschaltvorrichtungen enthält.

Dem vollständigen Wegfall des Schadens stehen auch die Grundsätze des Unionsrechts nicht entgegen (vgl. u.a. BGH, Urteil vom 24.07.2023 – VIa ZR 752/22, juris Rn. 12 mwN).

b.

(aa) Die Bewertung der gezogenen Nutzungen - für welche es regelmäßig und auch im Streitfall der Einholung eines Sachverständigengutachtens nicht bedarf (BGH, Urteile vom 18.05.2021 – VI ZR 720/20, juris Rn. 13; vom 29.09.2021 – VIII ZR 111/20, juris Rn. 52ff jew. mwN) - schätzt der Senat auf Basis der vom Bundesgerichtshof für zulässig erachteten Methode der linearen Wertminderung (vgl. u.a. BGH, Urteil vom 30.07.2020 – VI ZR 354/19, juris Rn. 12f; BGH, Beschluss vom 12.10.2021 – VIII ZR 255/20, juris Rn. 22f) gemäß § 287 ZPO unter Zugrundelegung einer - auf gefestigter Schätzpraxis der Gerichte beruhenden - Gesamtleistung des Fahrzeugs von 250.000 km (ebenfalls von einer Gesamtleistung in Höhe von 250.000 km ausgehend – Fundstellen jeweils juris: BGH, Beschluss vom 09.12.2014 – VIII ZR 196/14, Rn. 3; OLG Stuttgart, Urteile vom 29.09.2020 – 12 U 449/19, Rn. 36; vom 02.04.2020 – 2 U 249/19, Rn. 56; vom 12.05.2021 – 9 U 17/21, Rn. 49; vom 13.04.2021 – 16a U 718/20, Rn. 88; vom 20.04.2021 – 16a U 71/20, Rn. 81; OLG Stuttgart, Beschluss vom 12.03.2021 – 23 U 728/21, Rn. 7; OLG Karlsruhe, Urteil vom 06.11.2019 – 13 U 37/19, Rn. 108; OLG Celle, Urteil vom 22.01.2020 – 7 U 445/18, Rn. 65; OLG Köln, Urteil vom 24.03.2020 – I-4 U 235/19, Rn. 128; OLG Hamm, Urteil vom 14.08.2020 – 45 U 22/19, Rn. 129).

Bei der Schätzung der (durchschnittlichen) Gesamtleistung eines Fahrzeugs, ist die unter gewöhnlichen Umständen zu erzielende Gesamtleistung in den Blick zu nehmen und nicht diejenige, die das Fahrzeug unter günstigen Bedingungen im äußersten Fall erreichen kann; abzustellen ist hierfür nicht lediglich auf den Motor, sondern auf das Fahrzeug in seiner Gesamtheit (BGH, Urteil vom 29.09.2021 – VIII ZR 111/20, juris Rn. 58, 59; Eggert, in: Reinking/Eggert, Der Autokauf, 14. Auflage 2020 Rn. 3573). Dabei ist zu beachten, dass die höhere Motorleistung heutiger Kraftfahrzeuge durch die Störungsanfälligkeit von de-

ren 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 (BeckOGK/Schall, 1.11.2020, BGB § 346 Rn. 437; OLG Stuttgart, Urteil vom 27.11.2019 – 9 U 202/19, juris Rn. 58). In aller Regel werden daher bereits wirtschaftliche Erwägungen dazu führen, dass eine mögliche Lebensdauer des Motors nicht ausgeschöpft wird und daher nicht mit der maßgeblichen Gesamtnutzungsdauer des Fahrzeugs gleichzusetzen ist (BGH, Urteil vom 29.09.2021 – VIII ZR 111/20, juris Rn. 58). Zur Annahme einer Gesamtleistung 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 24.03.2020 – 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 26.06.2023 - VIa ZR 335/21, juris Rn. 72). Höhere Gesamtleistungen kommen vor, umgekehrt aber auch geringere. Für die voraussichtliche Gesamtleistung fällt beides nicht ins Gewicht (vgl. OLG Stuttgart, Urteil vom 20.04.2021 – 16a U 71/20, juris Rn. 82).

(bb) Der Bemessung des Wertes der gezogenen Nutzungen legt der Senat den von der Klagepartei tatsächlich gezahlten Bruttokaufpreis 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 Bemessung des objektiven Werts des Fahrzeugs im Zeitpunkt des Vertragsschlusses insbesondere das Risiko der Betriebsunter-sagung 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 (BGH, Urteil vom 24.01.2022 – VIa ZR 100/21, 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).

c.

Hiervon ausgehend und unter Zugrundelegung der Laufleistung zum Zeitpunkt des Weiterverkaufs von 140.098 km muss sich die Klagepartei gezogene Nutzungen in Höhe von 2.163,72 € sowie den von ihr erzielten und unstreitig marktgerechten Veräußerungserlös in Höhe von 14.000,- €, anrechnen lassen. Da die Summe dieser Werte den Wert des Fahrzeugs bei Abschluss des Kaufvertrags (gezahlter Kaufpreis abzüglich Differenzschaden) nicht erreicht, ist insoweit keine Vorteilsausgleichung vorzunehmen (BGH, Urteile vom 26.06.2023 - VIa ZR 335/21, juris Rn. 44, 80; vom 24.01.2022 – VIa ZR 100/21, juris Rn. 22).

d.

Auch das von der Beklagten entwickelte und vom KBA freigegebene Software-Update führte nach der Darlegung der hierfür belasteten Beklagten (vgl. BGH, Urteil vom 26.06.2023 – VIa ZR 335/21, juris Rn. 80) nicht zu einem Entfallen des Schadens im Wege der Vorteilsausgleichung.

Ein Software-Update ist schadensmindernd zu berücksichtigen, wenn und soweit dieses die Gefahr von Betriebsbeschränkungen signifikant reduziert, was aber voraussetzt, dass das Software-Update nicht seinerseits eine unzulässige Abschalteneinrichtung beinhaltet (BGH, Urteil vom 26.06.2023 – VIa ZR 335/21, juris Rn. 80).

Dieser Umstand steht für die Zivilgerichte, entgegen der Auffassung der Beklagten, nicht aufgrund einer Tatbestandswirkung des Verwaltungsaktes in Gestalt der Freigabebestätigung des KBA bindend fest. Denn soweit in dieser erklärt wird, die nach dem Software-Update vorhandenen Abschalteneinrichtungen seien zulässig oder das Software-Update enthalte solche nicht, handelt es sich um Begründungselemente, die vom Regelungsgehalt und damit von der Tatbestandswirkung des Verwaltungsaktes nicht erfasst werden (vgl. BGH, Be-

schlüsse vom 14.12.2021 – VIII ZR 386/20, juris Rn. 34; vom 11.01.2022 – VIII ZR 33/20, juris Rn. 30; BGH, Urteil vom 08.12.2021 – VIII ZR 190/19, juris Rn. 81 mwN). Der Senat hat daher selbst festzustellen, ob das Software-Update diesen Anforderungen genügt (BGH, Urteil vom 08.12.2021 – VIII ZR 190/19, juris Rn. 82; BGH, Beschluss vom 11.01.2022 – VIII ZR 33/20, juris Rn. 30). Dies gilt - entgegen der Auffassung der Beklagten - auch mit Blick auf die angeführten - zum Teil aber andere Hersteller betreffenden - verwaltungsrechtlichen Rechtsstreitigkeiten mit dem KBA, welche mangels einer (zumindest teilweisen) präjudizialen Bedeutung weder eine Aussetzung gemäß § 148 ZPO erlauben noch einer eigenen Beurteilung der in Rede stehenden Rechtsfragen durch den Senat entgegenstehen (vgl. etwa: BGH, Beschluss vom 24.07.2023 – VIa ZB 10/21, juris Rn. 10ff mwN).

Damit das Software-Update die Gefahr von Betriebsbeschränkungen signifikant reduziert, muss die temperaturgesteuerte AGR, die durch das Software-Update der Beklagten modifiziert wird, als Emissionskontrollsystem unter normalen Betriebsbedingungen im Sinne von Art. 3 Nr. 10, Art. 5 Abs. 1 VO (EG) Nr. 715/2007 uneingeschränkt wirksam sein. Diese normalen Betriebsbedingungen umfassen – wie bereits ausgeführt – u.a. Umgebungstemperaturen im Bereich von -15°C bis +40°C und neben dem Fahrbetrieb mit betriebswarmem Motor auch den in der Warmlaufphase (dazu folgend unter (aa)). Dem Vortrag der Beklagten lässt sich weder entnehmen, dass die AGR unter diesen normalen Betriebsbedingungen uneingeschränkt funktioniert (bb) noch, dass Einschränkungen aus Motorschutzgesichtspunkten im Sinne von Art. 5 Abs. 2 Satz 2 Buchst. a VO (EG) Nr. 715/2007 (cc) ausnahmsweise zulässig sind.

aa.

Auch der Kaltstart des Motors stellt eine normale Betriebsbedingung im Sinne von Art. 3 Nr. 10, Art. 5 Abs. 1 VO (EG) Nr. 715/2007 dar. Denn das Starten des Motors und zwar auch das erstmalige Starten nach einer gewissen Standzeit bei kalten Umgebungstemperaturen gehört denknotwenig zu den Betriebsbedingungen, die vernünftigerweise zu erwarten sind, weil ein Betrieb des Fahrzeugs mit betriebswarmem Motor ohne Durchlaufen dieses Betriebszustands (Warmlaufphase) nicht möglich ist (vgl. auch OLG Celle, Urteil vom 20.12.2023 – 7 U 1742/19, juris Rn. 62 mwN). Auch während der Warmlaufphase muss das

Emissionskontrollsystem, vorliegend die AGR, daher innerhalb des vorgenannten Außentemperaturfensters von -15°C bis +40°C uneingeschränkt funktionieren, sofern nicht die Voraussetzungen eines der Ausnahmetatbestände nach Art. 5 Abs. 2 Satz 2 VO (EG) Nr. 715/2007 vorliegen. Hiervon geht auch der europäische Gesetzgeber aus, der insoweit Ausnahmen zwar für das SCR-System normiert hat (vgl. Nr. 10 des Anhangs XVI zur VO (EG) Nr. 692/2008 und – wie von der Beklagten selbst angeführt – Art. 3 Abs. 9 VO (EG) Nr. 692/2008), nicht aber für die AGR.

Soweit die Beklagte mit Blick auf Art. 3 Abs. 9 VO (EG) Nr. 692/2008 geltend macht, dass sich aus den dort mit Blick auf die AGR geregelten Informationspflichten ergäbe, dass der Verordnungsgeber einen Kaltstart bei niedrigen Temperaturen vom Bereich der normalen Betriebsbedingungen habe ausnehmen wollen, so verfängt dies nicht. Das Statuieren einer Informationspflicht vermag schon keine Ausnahme vom Bereich der normalen Betriebsbedingungen zu begründen. Vielmehr ergibt das Auferlegen einer Verpflichtung zu „Angaben zur Arbeitsweise des Abgasrückführungssystems (AGR), einschließlich [seines] Funktionierens“ im Gegenteil nur dann Sinn, wenn die AGR in dem berichtspflichtigen Bereich funktionieren muss. Dies wiederum deckt sich mit dem Umstand, dass die VO (EG) Nr. 692/2008, wie dargelegt, eine Ausnahme für die Funktionalität bei niedrigen Temperaturen und Kaltstartbedingungen zwar für das SCR-System, aber gerade nicht für die AGR formuliert.

bb.

Dem Vortrag der Beklagten ist nicht zu entnehmen, dass die AGR sowohl in der Warmlaufphase als auch bei Fahrten mit betriebswarmem Motor innerhalb des vorstehend genannten Außentemperaturfensters von -15°C bis +40°C uneingeschränkt wirksam ist. Vielmehr trägt die Beklagte hinsichtlich der Fahrt mit betriebswarmem Motor für eine unbeschränkte AGR lediglich den Temperaturbereich von -10°C bis +40°C vor.

(1) Soweit die Beklagte in verschiedenen Verfahren vorgetragen hat, die Reduzierung der AGR außerhalb des von ihr vorgetragenen Rahmens sei jeweils nur geringfügig und wirke sich hin zu kalten Umgebungstemperaturen am Auspuff nicht auf die NO_x-Emissionen aus, da die NO_x-Emissionen mit sinkenden Umgebungstemperaturen bei im Übrigen gleichen Bedingungen abnehmen würden, so dass der NO_x-erhöhende Einfluss der AGR-Reduktion

und der NO_x-verringende Einfluss der niedrigen Umgebungstemperatur sich in etwa gegenseitig aufheben würden, lässt dieser Vortrag das Vorliegen einer Abschalteneinrichtung nicht entfallen.

Die Beklagte verkennt insoweit dass Bezugspunkt für die Frage der Emissionskausalität des Eingriffs in das Emissionskontrollsystem, welche für das Vorliegen einer Abschalteneinrichtung im Sinne von Art. 3 Nr. 10 VO (EG) Nr. 715/2007 notwendig ist, nicht das Über- oder Unterschreiten eines bestimmten Wertes ist. Denn außerhalb der NEFZ-Prüfung gibt es keine bestimmten Emissionsgrenzwerte; vorgeschrieben ist aber, dass durch das Emissionskontrollsystem innerhalb normaler Betriebsbedingungen die Auspuffemissionen wirkungsvoll begrenzt werden (EuGH, Urteil vom 14.07.2022 – C-134/20, juris Rn. 48), somit die Wirkweise des Emissionskontrollsystems nicht reduziert oder dieses gar abgeschaltet wird (sofern kein Ausnahmetatbestand nach Art. 5 Abs. 2 Satz 2 VO (EG) Nr. 715/2007 vorliegt). Maßgebend für das Vorliegen von Emissionskausalität ist deshalb ein Vergleich der Wirksamkeit des unverändert funktionierenden und derjenigen des verändert funktionierenden Gesamtemissionskontrollsystems (BGH, Urteil vom 26.06.2023 - VIa ZR 335/21, juris Rn. 51).

Diesen Bezugspunkt verkennt die Beklagte auch in ihrem in verschiedenen Verfahren erfolgten Verweis auf Simulationen von Prof. Mauß zu einem GLK ohne SCR, nach welchen die höhere AGR-Rate (von 26,34%) bei den für die NEFZ-Prüfung maßgeblichen Umgebungstemperatur (Mittelwert von 25°C) in etwa auf dem Niveau der niedrigeren AGR-Rate (von 24%) bei -15°C Umgebungstemperatur liegen würde. Denn maßgeblich ist nicht, ob das Emissionsniveau bei Vorliegen bestimmter normaler Betriebsbedingungen (s.o.) – trotz der Abrampung – dem Emissionsniveau bei Vorliegen anderer, ebenfalls normaler Betriebsbedingen entspricht, sondern ob sich das Emissionsniveau in Folge der Abrampung unter den bei der Abrampung vorliegenden (normalen) Betriebsbedingungen erhöht. Insoweit belegt die Simulation von Prof. Mauß, dass durch die Reduzierung der AGR-Rate auch eine Verschlechterung des Emissionsverhaltens zur Folge hat.

Dass die Gesamtemissionen (NO_x) in Folge der Abrampung der AGR bei niedrigen Temperaturen höher sind als ohne eine solche Abrampung, räumt die Beklagte auch selbst ein, wenn sie geltend macht, dass der – vorhandene – negative Effekt der Abrampung in etwa durch das bei niedrigen Temperaturen geringere NO_x-Aufkommen kompensiert werde.

(2) Hinsichtlich einer Steuerung der AGR während der Warmlaufphase lässt der Vortrag der Beklagten eine Beurteilung hinsichtlich normaler Betriebsbedingungen, insbesondere ihrer Funktionsweise bei Umgebungstemperaturen zwischen -15°C und $+40^{\circ}\text{C}$ nicht zu. In verschiedenen Verfahren hat die Beklagte indessen pauschal geltend gemacht, dass Ablagerungs- und Kondensationsrisiken insbesondere zu Beginn einer Fahrt mit kaltem Motor erhöht seien, weshalb gerade in diesem Bereich der Betrieb der AGR entsprechend reduziert werden müsse. Einen konkreten Bezug zu den Umgebungstemperaturen hat die Beklagte – trotz Hinweis des Senats – nicht dargestellt, sodass eine Beurteilung, ob und in welchem Umfang die AGR ohne Einschränkungen unter normalen Betriebsbedingungen (Kaltstart bei Außentemperaturbereich von -15°C bis $+40^{\circ}\text{C}$) funktioniert, nach dem Beklagtenvortrag nicht möglich ist. Damit aber hat die im Rahmen der Vorteilsausgleichung darlegungsbelastete Beklagte das Fehlen von Abschaltseinrichtungen nach dem Softwareupdate auch hinsichtlich der Kaltstartbedingungen schon nicht dargelegt.

cc.

Der Umstand, dass die nach dem Vortrag der Beklagten auch nach dem Software-Update noch vorhandenen Reduzierungen der AGR – wie die Beklagte geltend macht – durch die Motorschutzausnahme in Art. 5 Abs. 2 Satz 2 Buchst. a. VO (EG) Nr. 715/2007 erlaubt seien, lässt sich ihrem Vortrag ebenfalls nicht entnehmen.

Der Ausnahmetatbestand des Art. 5 Abs. 2 Satz 2 Buchst. a VO (EG) Nr. 715/2007 setzt – wie bereits dargelegt - kumulativ (vgl. EuGH, Urteil vom 21.03.2023 – C-100/21, Rn. 62; VG Schleswig, Urteil vom 20.02.2023 – 3 A 113/18, juris Rn. 310) voraus, dass eine Notwendigkeit der Einrichtung zum Schutz des Motors vor Beschädigung oder Unfall besteht und dass dies zum sicheren Betrieb des Fahrzeugs erforderlich ist. Zudem darf zur Erreichung dieser Ziele zum Zeitpunkt der EG-Typgenehmigung dieser Einrichtung oder des mit ihr ausgestatteten Fahrzeugs keine andere technische Lösung zur Verfügung gestanden haben (vgl. dazu EuGH, Urteil vom 14.07.2022 - C-145/20, Rn. 80; EuGH, Urteil vom 14.07.2022, C-134/20, Rn. 81; VG Schleswig, Urteil vom 20.02.2023 – 3 A 113/18, juris Rn. 317, 370, 373). Mit der alternativen Technik einhergehende Mehrkosten für den Hersteller fallen dabei

nicht ins Gewicht (EuGH, Urteil vom 14.07.2022 - C-145/20 Rn. 77, 78; EuGH, Urteil vom 14.07.2022, C-128/20, Rn. 66, 67). Das Vorliegen dieser Voraussetzungen hat die Beklagte nicht dargetan.

(1) So ist eine Beurteilung der Notwendigkeit einer Reduzierung der AGR während der Warmlaufphase auf Grundlage des Beklagtenvortrags bereits deshalb nicht möglich, weil diesem das Maß der Einschränkungen der AGR während der Warmlaufphase in Bezug auf die normalen Betriebsbedingungen (Umgebungstemperaturbereichs von -15°C bis +40°C), welche zum Motorschutz erforderlich sein soll, nicht entnommen werden kann. Sofern die AGR während der Warmlaufphase in Abhängigkeit zur Ladelufttemperatur gesteuert wird, wäre zudem die Darstellung der Reduzierung in Bezug zur Umgebungslufttemperatur erforderlich gewesen, d.h. bei welchem Betriebsstand welche Ladelufttemperatur welcher Außentemperatur entspricht (vgl. dazu ua VG Schleswig, Urteil vom 20.02.2023 - 3 A 113/18, Rn. 76).

(2) Soweit die Beklagte wiederholt geltend gemacht hat, dass die Reduzierung der AGR auch nach dem Update noch notwendig sei, um zum einen der Gefahr eines Brandes des Diesel-Oxidationskatalysators („DOC-Brand“) zu begegnen, welcher eine Inbrandsetzung des Motors und letztlich des gesamten Fahrzeugs zur Folge haben könne, sowie um die Gefahr von Kolben-Ventil-Kollisionen in Form einer Kollision des Zylinders mit einem klemmenden oder verbogenen Einlassventil, welche zum plötzlichen Stillstand des Motors führen könnten, zu vermeiden, vermag auch dies das Eingreifen der Motorschutzausnahme nicht zu rechtfertigen. Nach diesem Vorbringen sei ursächlich für den DOC-Brand die Einlagerung von Kraftstoff im Diesel-Oxidationskatalysator, weil der Kraftstoff – ohne die AGR-Reduzierung – möglicherweise nicht (vollständig) verbrannt werde. Ursächlich für die Kolben-Ventil-Kollisionen seien Blockaden durch sich lösende Partikelbrocken, welche sich – ohne die AGR-Reduzierung – bei niedrigen Temperaturen durch Ablagerungsprozesse bilden würden. Damit aber dient die nach dem Software-Update verbliebene AGR-Reduzierung nicht der Vermeidung von Risiken, welche die Motorschutzausnahme tragen könnten..

(a) Das folgt zwar noch nicht daraus, dass die Beklagte mit Blick auf die Gefahren eines

DOC-Katalysatorbrandes keine unmittelbare Gefahr für den Motor behauptet, da nach der Rechtsprechung des EuGHs (etwa Urteil vom 14.07.2022 - C 128/20, juris Rn. 62) auch der Schutz eines anderen, nicht zum Motor selbst gehörenden Bauteils den Einsatz einer Abschaltvorrichtung rechtfertigen könnte, sofern die Fehlfunktion dieses Bauteils zu unmittelbaren Risiken für den Motor in Form von Beschädigung oder Unfall führen würde, Risiken, die so schwer wiegen, dass sie eine konkrete Gefahr beim Betrieb des mit dieser Einrichtung ausgestatteten Fahrzeugs darstellten.

(b) Nach gefestigter Rechtsprechung des EuGHs ist die Ausnahmegesetzgebung des Art. 5 Abs. 2 Satz 2 Buchst. a VO (EG) Nr. 715/2007 aber eng auszulegen, weshalb Verschmutzung und Verschleiß des Motors nicht als „Beschädigung“ oder „Unfall“ im Sinne der Vorschrift angesehen werden können, da sie im Prinzip vorhersehbar und der normalen Funktionsweise des Fahrzeugs inhärent sind; das grundsätzliche Verbot von Abschaltvorrichtungen würde ausgehöhlt und jeder praktischen Wirksamkeit beraubt, wenn es zulässig wäre, dass die Hersteller Fahrzeuge allein deshalb mit Abschaltvorrichtungen ausstatten, um den Motor vor Verschmutzung und Verschleiß zu schützen (etwa EuGH, Urteile vom 17.12.2020, C-693/18, juris Rn. 110ff; vom 14.07.2022 – C-145/20, juris Rn. 65; vom 31.03.2023, C-100/21, juris Rn. 63). Soweit die Beklagte vorliegend Verschleiß- und Verschmutzungerscheinungen in nicht zum Motor gehörenden Bauteilen behauptet, aus denen sich erst im Laufe einer Kausalkette eine Gefahr für den Motor und den sicheren Fahrzeugbetrieb ergeben soll, vermag dies eine andere Beurteilung offensichtlich nicht zu rechtfertigen (ebenso: VG Schleswig, Urteil vom 20.02.2023 – 3 A 113/18, juris Rn. 344). Denn die durch den EuGH vorgenommene Erstreckung der Motorschutzausnahme auf motorferne Bauteile kann bei der europarechtlich gebotenen engen Auslegung der Vorschrift nicht dazu führen, dass der Schutz dieser Bauteile in weiterem Umfang erlaubt wäre als der Schutz des Motors selbst. Für diesen aber kommt eine Rechtfertigung der Abschaltvorrichtung, wie dargelegt, nur zum Schutz vor plötzlichen und unmittelbaren Beschädigungsrisiken, die zu einer konkreten Gefahr während des Betriebs des Fahrzeugs führen, nicht aber zur Vermeidung von vorhersehbaren Verschmutzungs- und Verschleißerscheinungen in Betracht (EuGH, Urteil vom 17.12.2020, C-693/18, juris Rn. 110ff, 114). Danach kann eine Abschaltvorrichtung, die – wie von der Beklagten angeführt – letztlich vor vorhersehbaren Folgen schützen soll, die dem ganz gewöhnlichen Betrieb des Fahrzeugs und der normalen Funktionsweise des Dieselmotors mit Abgasrückführungssystem – ohne Abschaltvorrichtung – inhärent sind, na-

mentlich vor der Bildung von Partikelbrocken durch Kondensatablagerungen und dem Einlagern nicht verbranntem Kraftstoffes, nicht durch Art. 5 Abs. 2 Satz 2 Buchst. a VO (EG) Nr. 715/2007 gerechtfertigt werden (ebenso etwa: VG Schleswig, Urteil vom 20.02.2023 – 3 A 113/18, juris Rn. 342ff; OLG Karlsruhe, Urteil vom 03.11.2023 – 8 U 104/21, juris Rn. 41ff; OLG Köln, Urteil vom 21.12.2023 – 10 U 61/21, juris Rn. 52).

(3) Zudem hat die Beklagte die Notwendigkeit der Reduzierung der AGR zur Vermeidung eines DOC-Brandes und einer Kolben-Ventil-Kollision auch deshalb nicht ausreichend dargelegt, weil sich aus ihrem Vortrag nicht ergibt, dass zum Zeitpunkt der EG-Typgenehmigung dieser Einrichtung oder des mit ihr ausgestatteten Fahrzeugs andere technische Lösungen zur Erreichung dieser Ziele nicht vorhanden gewesen waren (vgl. dazu EuGH, Urteil vom 14.07.2022 - C-145/20, Rn. 80; EuGH, Urteil vom 14.07.2022, C-134/20, Rn. 81; VG Schleswig, Urteil vom 20.02.2023 – 3 A 113/18, juris Rn. 317, 370, 373). Mit der alternativen Technik einhergehende Mehrkosten für den Hersteller fallen dabei nicht ins Gewicht (EuGH, Urteil vom 14.07.2022 - C-145/20 Rn. 77, 78; EuGH, Urteil vom 14.07.2022, C-128/20, Rn. 66, 67).

(a) Der verschiedentlich erfolgte, pauschale Hinweis der Beklagten, eine andere technische Lösung habe es nicht gegeben, genügt hierzu – worauf der Senat die Beklagte hingewiesen hatte – schon deshalb nicht, weil dem Senat aus anderen Verfahren bekannt ist (§ 291 ZPO), dass die Beklagte in anderen Fahrzeugen AGR-Steuerungen zum Einsatz bringt, bei denen die AGR innerhalb des Umgebungstemperaturfensters normaler Betriebsbedingungen von -15°C bis +40°C – jedenfalls in betriebswarmem Zustand – nicht reduziert wird.

(b) Unabhängig hiervon ist mit Blick auf das Vorhandensein technischer Alternativen auch zu berücksichtigen, dass eine solche Alternative nach der Rechtsprechung des EuGHs auch dann besteht, wenn sich der mit der Abschaltseinrichtung bezweckte Schutz durch Wartungsarbeiten erreichen ließe, wobei der Umstand, dass diese Wartungsarbeiten häufig und kostspielig sind, es nicht rechtfertigt, zu Lasten des Ziels eines hohen Umweltschutzniveaus eine Abschaltseinrichtung zuzulassen (vgl. EuGH, Urteile vom 14.07.2022, C-134/20, juris Rn. 80f; C-145/20, juris, Rn. 79f; EuGH, Urteil vom 08.11.2022, C-873/19, juris Rn. 93). Dass den von der Beklagten geltend gemachten, vorhersehbaren Verschleißerscheinungen nicht durch entsprechende Wartungsmaßnahmen begegnet werden könnte, macht die Be-

klagte schon nicht geltend. Dafür ist auch nichts ersichtlich (vgl. zur Thematik etwa: VG Schleswig, Urteil vom 20.02.2023 – 3 A 113/18, juris Rn. 363ff; OLG Celle, Urteil vom 20.12.2023 – 7 U 1742/19, juris Rn. 84f).

dd.

Das für das streitgegenständliche Fahrzeug entwickelte Software-Update vermochte somit wegen des weiteren Vorhandenseins eines Thermofensters in der AGR keinen Fall der Vorteilsausgleichung zu begründen.

(a) Ob die Beklagte auch hinsichtlich der Außentemperaturgesteuerten AGR dem Grunde nach haftet oder ob dem ein unvermeidbarer Verbotsirrtum entgegensteht, ist im Rahmen der Vorteilsausgleichung unerheblich. Denn im Rahmen der Vorteilsausgleichung kommt es nur auf das objektive Vorliegen oder Nichtvorliegen eines Vorteils an, nicht aber darauf, ob sein (Nicht-)Vorliegen von der Beklagten verschuldet ist. Mit Blick auf das Thermofenster besteht aber die Gefahr, dass das KBA zu einem späteren Zeitpunkt eine Betriebsuntersagung oder -beschränkung anordnet, unabhängig davon fort, ob das Kraftfahrtbundesamt bis zum Schluss der mündlichen Verhandlung bereits Maßnahmen eingeleitet hat. Denn nachdem das Fahrzeug weiterhin eine unzulässige Abschalteneinrichtung enthält, besteht auch die rechtliche Möglichkeit, dass die zuständige Typgenehmigungsbehörde dagegen vorgeht (vgl. BGH, Urteil vom 27.11.2023 – VIa ZR 1425/22, juris Rn. 26; BGH Beschluss vom 11.01.2022 – VIII ZR 33/20, juris Rn. 31).

(b) Soweit die Beklagte weiter geltend macht, dass sich aus der Entscheidung des Bundesgerichtshofs vom 31.07.2024 (Az. VIa ZR 910/22, Rn. 12) ergäbe, dass die bloße Entfernung einer Abschalteneinrichtung zu einer Reduzierung des Schadens im Wege der Vorteilsausgleichung führen müsse, lässt sich dies der Entscheidung nicht entnehmen. Durch den Verweis auf seine bisherige Rechtsprechung gibt der Bundesgerichtshof vielmehr zu erkennen, dass ein Software-Update im Rahmen der Vorteilsausgleichung weiterhin nur dann zu einer Reduzierung des Schadens führen kann, wenn es die Stilllegungsgefahr signifikant reduziert. Daran kann es fehlen, wenn das Software-Update seinerseits eine Abschalteneinrichtung beinhaltet (BGH, aaO, mit Verweis auf Urteil vom 26.06.2023 - VIa ZR 335/21, juris, Rn. 80) oder in dem Fahrzeug auch nach dem Software-Update unzulässige Abschalteneinrichtungen vorhanden sind (vgl. BGH, aaO). Ein vollständiges Entfallen des Schadens im

Wege der Vorteilsausgleichung setzt darüber hinaus – auch bei Entfernung aller unzulässigen Abschaltseinrichtungen – voraus, dass das Software-Update nicht mit Nachteilen tatsächlicher oder rechtlicher Art verbunden ist, die den in dem Software-Update liegenden Vorteil wieder mindern (BGH, aaO, mit Verweis auf BGH, Urteil vom 6. Juli 2021 – VI ZR 40/20, juris, Rn. 24). Da im streitgegenständlichen Fahrzeug auch nach dem Software-Update zumindest mit dem Thermofenster eine unzulässige Abschaltseinrichtung verbleibt, ist die Stilllegungsgefahr im Streitfall nach Auffassung des Senats nicht (signifikant) reduziert, so dass es weder zu einem Entfallen noch zu einer Minderung des Differenzschadens kommt (§ 287 ZPO).

ee.

Weitere im Rahmen der Vorteilsausgleichung zu berücksichtigende Vorteile hat die Beklagte nicht geltend gemacht, so dass eine Vorteilsausgleichung im Streitfall unterbleibt.

4.

Soweit sich die Beklagte auch mit Blick auf die Haftung aus § 823 Abs. 2 BGB in Verbindung mit § 6 Abs. 1, § 27 Abs. 1 EG-FGV ausdrücklich auf die Einrede der Verjährung beruft, verfängt dies nicht. Die Haftung knüpft entscheidend an das Vorliegen der Kühlmittelsolltemperaturregelung an. Zu welchem Zeitpunkt der Kläger hiervon in verjährungsrechtlich relevanter Weise Kenntnis erlangt haben soll, trägt die hierfür darlegungsbelastete (etwa BGH, Urteil vom 03.09.2020 – III ZR 136/18, NJW 2021, juris 765 Rn. 55) Beklagte nicht vor. Für eine verjährungsrechtlich relevante Kenntnis der Klagepartei von auf die KSR bezogenen Umständen ist im Übrigen auch nichts ersichtlich, nachdem selbst das KBA erst deutlich nach Bekanntwerden des „Dieselskandals“ von der KSR erfahren hat. Da die Erhebung der ursprünglich auf den kleinen Schadensersatz gerichteten Klage im Jahr 2021 den Lauf der Verjährung auch hinsichtlich des zuletzt geltend gemachten Anspruchs auf Differenzschadensersatz gemäß § 204 Abs. 1 Nr. 1 BGB gehemmt hat (vgl. BGH, Urteil vom 30.10.2023 – VIa ZR 183/21- juris Rn. 11, sowie ausführlich: Senatsurteil vom 11.01.2024 –

24 U 241/22, juris Rn. 62 mwN), greift der Verjährungseinwand nicht durch.

5.

Der Zinsausspruch folgt gemäß §§ 291 Satz 1, 288 Abs. 1 BGB aufgrund der Zustellung des Schriftsatzes vom 22.02.2025, in dem sich die Klagepartei erstmals auf den Differenzschadensersatz berufen und diesen konkret geltend gemacht hat (vgl. Senatsurteil vom 11.01.2024 – 24 U 241/22, juris Rn. 63).

Entgegen der Ansicht anderer Oberlandesgerichte (so ua Schleswig-Holsteinisches Oberlandesgericht, Urteil vom 02.01.2024 – 7 U 57/23, juris Rn. 57; OLG München, Urteil vom 10.11.2023 – 36 U 2864/22, juris Rn. 77; OLG Karlsruhe, Urteil vom 03.11.2023 – 8 U 104/21, juris Rn. 79; OLG Celle, Urteil vom 11.10.2023 – 7 U 794/21, juris Rn. 85) wurde durch die auf den kleinen Schadensersatz gestützte Klageschrift beim Landgericht hinsichtlich des Differenzschadensersatzes noch kein Anspruch auf Rechtshängigkeitszinsen begründet. Zwar handelt es sich bei dem Differenzschadensersatz aus § 823 Abs. 2 BGB in Verbindung mit § 6 Abs. 1, § 27 Abs. 1 EG-FGV und dem aus § 826 BGB folgenden kleinen Schadensersatz um einen einheitlichen materiell-rechtlichen Anspruch (vgl. BGH, Urteil vom 13.06.2022 – VIa ZR 680/21, juris Rn. 26) mit lediglich unterschiedlichen Methoden der Schadensberechnung (BGH, Urteil vom 26.06.2023 – VIa ZR 335/21, juris Rn. 45), doch wird durch die Rechtshängigkeit dieses einheitlichen Anspruchs eine Verzinsung nach § 291 BGB nur hinsichtlich der Schadensberechnung ausgelöst, auf die sich die Klagepartei in dem bestimmenden Schriftsatz – zumindest hilfsweise – berufen hat (vgl. BGH, Urteil vom 28.07.2016 – I ZR 252/15, juris Rn. 22). Dies ist vorliegend erstmals mit dem vorstehend genannten Schriftsatz der Klagepartei erfolgt. Insbesondere kann der Klageschrift nicht der mutmaßliche Parteiwille entnommen werden, das Klagebegehren hilfsweise auf Grundlage des - zum Zeitpunkt der Abgabe der Prozesserklärung tatsächlich noch unbekannten - Differenzschadensersatz berechnen zu wollen (vgl. hierzu - mit Blick auf den großen Schadensersatz - bereits Senatsurteil vom 21.11.2024 - 24 U 2106/22, juris Rn. 130 mwN).

In entsprechender Anwendung des § 187 Abs. 1 BGB sind Zinsen nach § 291 BGB erst ab dem auf die Rechtshängigkeit des Zahlungsanspruchs folgenden Tag zuzusprechen (BGH, Urteil vom 24.01.1990 – VIII ZR 296/88, juris Rn. 25).

III.

Die Kostenentscheidung beruht auf §§ 92 Abs. 1, 97 Abs. 1, 516 ZPO und berücksichtigt sowohl den Umstand des Teilunterliegens der Klagepartei hinsichtlich der Nebenforderungen (etwa: BGH, Urteil vom 14.02.2014 - V ZR 102/13, juris Rn. 20) als auch den Umstand, dass die Klagepartei die Berufung bereits vor dem Termin zur mündlichen Verhandlung II. Instanz überwiegend zurückgenommen hat. Das Obsiegen der Klagepartei mit dem erstmals in der Berufungsinstanz begehrten Differenzschadensersatz wirkt sich dabei auch auf die Verteilung der erstinstanzlich angefallenen Kosten aus (vgl. BGH, Urteil vom 29. 01. 1957 – VIII ZR 204/56, NJW 1957, 543).

Der Ausspruch über die vorläufige Vollstreckbarkeit beruht auf §§ 708 Nr. 10, 713 ZPO; die Voraussetzungen, unter denen ein Rechtsmittel gegen das Urteil stattfindet (§ 544 Abs. 2 Nr. 1 ZPO), liegen unzweifelhaft nicht vor.

Gründe für die Zulassung der Revision nach § 543 ZPO liegen nicht vor, weil die erheblichen Rechtsfragen bereits höchstrichterlich geklärt sind. Aus dem gleichen Grund ergibt sich auch aus der dem Senat beklagtenseits zur Kenntnis gebrachten abweichenden Rechtsauffassung des 16a. Zivilsenates im Hause zur Beachtlichkeit eines Verbotsirrtums der Beklagten im Rahmen der Vorteilsausgleichung keine Notwendigkeit, im Streitfall die Revision zuzulassen (näher dazu: Senatsurteil vom 12.12.2024 – 24 U 746/22, juris Rn. 81). Eine Revisionszulassung durch den erkennenden Senat ist sodann auch nicht mit Blick auf die Frage geboten, ob die Entfernung einzelner Abschaltseinrichtungen zur signifikanten Reduzierung der Betriebsbeschränkungsfahr führt, oder nicht, weil es sich insoweit - wie dargelegt - um eine tatrichterliche Rechtsanwendung im Einzelfall handelt.

Der Streitwert für das Berufungsverfahren wurde gemäß den §§ 47, 48 GKG in Höhe des

im Berufungsverfahren weiter verfolgten Anspruches der Klagepartei festgesetzt.

Dr. Rebmann
Vorsitzender Richter
am Oberlandesgericht

Dr. Bauer
Richter
am Oberlandesgericht

Schubert
Richterin
am Oberlandesgericht

Vermerk:

Verkündet am 13.03.2025



Urkundsbeamtin der Geschäftsstelle