

# Hanseatisches Oberlandesgericht

Az.: 15 U 83/22

333 O 107/20

LG Hamburg

Verkündet am 30.05.2024

Kunze, JAng  
Urkundsbeamtin der Geschäftsstelle



## Urteil

### IM NAMEN DES VOLKES

In der Sache

[REDACTED]

- Kläger und Berufungskläger -

Prozessbevollmächtigte:

Rechtsanwälte **Hahn Rechtsanwälte PartG mbB**, Marcusallee 38, 28359 Bremen, Gz.:

[REDACTED]

gegen

**Mercedes-Benz Group AG**, vertreten durch d. Vorstand, dieser wiederum vertreten durch den Vorsitzenden Ola Källenius, Mercedesstraße 137, 70327 Stuttgart

- Beklagte und Berufungsbeklagte -

Prozessbevollmächtigte:

[REDACTED]

erkennt das Hanseatische Oberlandesgericht - 15. Zivilsenat - durch die Richterin am Oberlandesgericht Blömer als Einzelrichterin auf Grund der mündlichen Verhandlung vom 14.03.2024 für Recht:

- I. Auf die Berufung des Klägers wird das Urteil des Landgerichts Hamburg vom 14.07.2022, Az. 333 O 107/20 wie folgt teilweise abgeändert:
  1. Die Beklagte wird verurteilt, an den Kläger 3.448,50 Euro nebst Zinsen hieraus in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 05.03.2024 zu zahlen.
  2. Im Übrigen bleibt die Klage abgewiesen.
- II. Soweit der Kläger seine Berufung im Übrigen zurückgenommen hat, wird er des Rechtsmittels für verlustig erklärt.

- III. Die Kosten des erstinstanzlichen Verfahrens tragen der Kläger zu 82 % und die Beklagte zu 18 %. Die Kosten des Berufungsverfahrens tragen der Kläger zu 79 % und die Beklagte zu 21 %.
- IV. Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar.

## Beschluss

Der Streitwert für das erstinstanzliche Verfahren wird auf 19.311,02 Euro festgesetzt.  
Der Streitwert wird für das Berufungsverfahren auf 16.275,00 Euro festgesetzt.

### Gründe:

Die Berufung des Klägers gegen das klagabweisende Urteil des Landgerichts ist zulässig und hat in ihrem verbliebenen Umfang bis auf einen Teil der Zinsen auch Erfolg.

Nach teilweiser Rücknahme seiner ursprünglich auf die Zuerkennung großen Schadensersatzes aus § 826 BGB gerichteten Berufung begehrt der Kläger nur mehr einen Differenzschadensersatz in Höhe von 15 % des Kaufpreises. Dieser Anspruch ist aus § 823 Abs. 2 BGB i.V.m. § 6 Abs. 1, § 27 Abs. 1 EG-FGV begründet. Auf die Voraussetzungen des § 826 BGB kommt es vorliegend nicht an, da keine weitergehenden Rechtsfolgen hieraus mehr begehrt werden.

Dem Kläger steht wegen des Vorhandenseins unzulässiger Abschaltvorrichtungen in seinem Mercedes E 350 CDI mit dem Motor OM 642 gegen die Beklagte ein Anspruch auf Ersatz des sog. Differenzschadens in Höhe von 15 % des von ihm entrichteten Kaufpreises, mithin 3.448,50 Euro, nebst Zinsen zu. Dabei muss sich der Kläger vorliegend im Rahmen der Vorteilsausgleichung den Restwert und die gezogenen Nutzungen nicht schadensmindernd anrechnen lassen, da diese den objektiven Fahrzeugwert im Kaufzeitpunkt nicht erreichen.

1.

Gemäß § 823 Abs. 2 BGB ist einem anderen zum Schadensersatz verpflichtet, wer schuldhaft gegen ein den Schutz dieses anderen bezweckendes Gesetz verstößt.

Schutzgesetze in diesem Sinne sind die europäischen Genehmigungsvorschriften der §§ 6 Abs. 1 und 27 Abs. 1 EG-FGV in Verbindung mit Art. 5 der Verordnung (EG) Nr. 715/2007, in deren persönlichen Schutzbereich der Käufer eines mit einer unzulässigen Abschaltvorrichtung versehenen Kraftfahrzeugs fällt (BGH, Urteil vom 26. Juni 2023 – VIa ZR 335/21, BGHZ 237, 245-280, Rn. 21 mit Verweis auf EuGH, Urteil vom 21. März 2023, - C-100/21, Rn. 81, 88).

Nach § 6 Abs. 1 Satz 1 EG-FGV hat für jedes dem genehmigten Typ entsprechende Fahrzeug der Inhaber der EG-Typgenehmigung eine (zutreffende) Übereinstimmungsbescheinigung nach Artikel 18 in Verbindung mit Anhang IX der Richtlinie 2007/46/EG auszustellen und dem Fahrzeug beizufügen. Gemäß § 27 Abs. 1 Satz 1 EG-FGV dürfen neue Fahrzeuge, für die eine Übereinstimmungsbescheinigung vorgeschrieben ist, im Inland zur Verwendung im Straßenverkehr nur

feilgeboten, veräußert oder in den Verkehr gebracht werden, wenn sie mit einer gültigen Übereinstimmungsbescheinigung versehen sind.

Letzteres ist vorliegend nicht der Fall, so dass die genannte Vorschrift als Schutzgesetz des Klägers verletzt ist. Die Beklagte hat eine unzutreffende Übereinstimmungsbescheinigung erteilt, weil das streitgegenständliche Fahrzeug Mercedes E 350 CDI Blue Efficiency mit unzulässigen Abschaltvorrichtungen i.S.d. Art. 5 Abs. 2 der Verordnung (EG) Nr. 715/2007 ausgerüstet ist, nämlich einem Thermofenster und der Kühlmittelsolltemperaturregelung (KSR). Hierbei hat die Beklagte auch schuldhaft gehandelt.

a)

Eine Übereinstimmungsbescheinigung ist unzutreffend, wenn das betreffende Kraftfahrzeug mit einer gemäß Art. 5 Abs. 2 der Verordnung (EG) Nr. 715/2007 unzulässigen Abschaltvorrichtung ausgerüstet ist, weil die Bescheinigung dann eine tatsächlich nicht gegebene Übereinstimmung des konkreten Kraftfahrzeugs mit Art. 5 Abs. 2 der Verordnung (EG) Nr. 715/2007 ausweist. Auf den Inhalt der zugrundeliegenden EG-Typgenehmigung kommt es dabei nicht an. Die Übereinstimmungsbescheinigung weist nicht nur die Übereinstimmung des konkreten Kraftfahrzeugs mit dem genehmigten Typ aus, sondern auch die Übereinstimmung des Kraftfahrzeugs mit allen Rechtsakten, also auch mit Art. 5 Abs. 2 Satz 1 der Verordnung (EG) Nr. 715/2007. Die Übereinstimmungsbescheinigung verweist nach ihrem gesetzlichen Inhalt auch auf materielle Voraussetzungen, die im Falle einer unzulässigen Abschaltvorrichtung nicht vorliegen (BGH, Urteil vom 26. Juni 2023, – VIa ZR 335/21, BGHZ 237, 245-280, Rn. 34).

Nach Art. 5 Abs. 2 Satz 1 der Verordnung (EG) Nr. 715/2007 ist die Verwendung von Abschaltvorrichtungen, die die Wirkung von Emissionskontrollsystemen verringern, unzulässig. Was eine solche Abschaltvorrichtung ist, definiert Art. 3 Nr. 10 der Verordnung (EG) Nr. 715/2007. Demnach ist „Abschaltvorrichtung“ ein Konstruktionsteil, das die Temperatur, die Fahrzeuggeschwindigkeit, die Motordrehzahl (UpM), 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.

Maßstab für die Frage der Zulässigkeit einer Funktionsveränderung in Abhängigkeit von bestimmten Parametern ist nach Art. 3 Nr. 10 der Verordnung (EG) Nr. 715/2007 nicht die Einhaltung des Grenzwerts, sondern die Wirksamkeit des unverändert funktionierenden Emissionskontrollsystems unter den Bedingungen des normalen Fahrbetriebs. Ob die Grenzwerte unter den Bedingungen des Neuen Europäischen Fahrzyklus (NEFZ) auch bei veränderter Funktion eingehalten würden, ist nicht von Bedeutung. Art. 3 Nr. 10 der Verordnung (EG) Nr. 715/2007 knüpft an die Verringerung der Wirksamkeit des Emissionskontrollsystems in seiner Gesamtheit an und nicht an die Einhaltung der Grenzwerte im NEFZ. Das gilt ohne Rücksicht auf die jeweils eingesetzten Technologien (vgl. erneut BGH, Urteil vom 26. Juni 2023 – VIa ZR 335/21, BGHZ 237, 245-280, Rn. 51 mit Verweis auf EuGH, Urteil vom 8. November 2022 - C-873/19, Rn. 92).

Nach allgemeinen Regeln trifft die Darlegungs- und Beweislast für das Vorliegen einer Abschaltvorrichtung als solcher im Sinne der Art. 3 Nr. 10, Art. 5 Abs. 2 Satz 1 der Verordnung (EG) Nr. 715/2007 den Kläger als Anspruchsteller, weil es sich um einen anspruchsbegründenden Um-

stand handelt. Der Kläger muss Tatsachen vortragen, die in Verbindung mit Art. 5 Abs. 2 Satz 1 der Verordnung (EG) Nr. 715/2007 geeignet und erforderlich sind, den geltend gemachten Schadensersatzanspruch zu rechtfertigen, ohne allerdings seinen Tatsachenvortrag durch die Angaben weiterer Einzelheiten substantiieren zu müssen. Die Anforderungen an den Tatsachenvortrag des Klägers zum Vorhandensein einer Abschaltvorrichtung dürfen dabei nicht überspannt werden. Der Kläger darf aber nicht willkürlich, aufs Geratewohl und ohne greifbare Anhaltspunkte Behauptungen aufstellen (BGH, Urteil vom 26. Juni 2023 – VIa ZR 335/21, BGHZ 237, 245-280, Rn. 53).

b)

Ausgehend von diesem Maßstab ist bei Würdigung des beiderseitigen Vortrags vom Vorliegen zweier unzulässiger Abschaltvorrichtungen im streitgegenständlichen Mercedes auszugehen. Zum einen ist die unstreitig im Fahrzeug vorhandene außentemperaturabhängige Steuerung der Abgasrückführung (AGR), also das sog. Thermofenster, als eine solche anzusehen. Zum anderen verstößt auch die KSR gegen die o.g. Genehmigungsvorschriften.

aa)

Zum Thermofenster hat der Kläger z.B. vorgetragen, „... bei 7°C und darunter sei die AGR um bis zu 48% niedriger als bei höheren Temperaturen. Bei Unterschreiten einer bestimmten Temperatur wird die Abgasrückführung ganz abgeschaltet“.

Dem ist die Beklagte nicht substantiiert entgegengetreten, sondern hat die Meinung vertreten, die Ausführungen des Klägers zur temperaturabhängigen Steuerung der Abgasrückführung im streitgegenständlichen Fahrzeug vermögen eine unzulässige Abschaltvorrichtung nicht zu begründen. Die temperaturabhängige Steuerung der Abgasrückführung sei bei Herstellung des Fahrzeuges bekannter Industriestandard gewesen. Die Außentemperatur sei eine technisch zwingend notwendige und daher in Fachkreisen (wie beim KBA) allgemein bekannte Führungsgröße der Abgasrückführung (Seite 14 der Klagerwiderung vom 26.10.2020).

Sofern die Beklagte im Berufungsverfahren vorträgt, das AGR-System im streitgegenständlichen Fahrzeug sei selbst bei zweistelligen Minusgraden noch aktiv, sagt dies nichts dazu, in welchem Ausmaß denn – bei bereits nach eigenem Vortrag deutlich früher beginnender Reduzierung – bei solchen Temperaturen eine Abgasrückführung tatsächlich noch stattfindet.

Ein solches Thermofenster, das bei einem Kraftfahrzeug die Abgasrückführung durch eine temperaturabhängige Steuerung des Emissionskontrollsystems bei bestimmten Außentemperaturen reduziert oder ganz abgeschaltet, ist objektiv als unzulässige Abschaltvorrichtung im Sinne des Art. 5 Abs. 2 Satz 1 Verordnung (EG) Nr. 715/2007 zu qualifizieren (BGH, Urteil vom 20. Juli 2023 – III ZR 267/20, Rn. 12; Urteil vom 24. März 2022 - III ZR 270/20, Rn. 15, jeweils zu Fahrzeugen der Beklagten).

Die Ansicht der Unzulässigkeit des im streitgegenständlichen Fahrzeug implementierten Thermofensters teilt nunmehr auch das Kraftfahrtbundesamt (KBA) in seinem Bescheid vom 13.12.2023 gegen die Beklagte, den diese nicht vorgelegt, dessen Inhalt sie aber im Schriftsatz vom 27.02.2024, Seiten 10 ff. mitgeteilt hat:

„Konkret rügt das KBA im Bescheid vom 13.12.2023 einerseits entgegen seiner bisherigen Rechtsauffassung Steuerungen, die in direkter oder mittelbarer Abhängigkeit von der

Umgebungslufttemperatur innerhalb [gemeint wohl: außerhalb] der Spanne von 12°C bis 33°C eine emissionserhebliche Korrektur der AGR-Rate bei betriebswarmem Motor vornehmen. Andererseits rügt das KBA bestimmte Steuerungen der AGR-Rate in Abhängigkeit von der Motortemperatur, bei denen eine Korrektur bei niedrigeren Motortemperaturen erfolgt, wenn die Motorstarttemperatur außerhalb einer spezifizierten Temperaturspanne liegt.“ [...]

„Die vom KBA mit Bescheid vom 13.12.2023 umfassten Umgebungsluft- bzw. Motorstarttemperatur abhängigen Steuerungen der Abgasrückführung sind im Seriidatenstand des streitgegenständlichen Fahrzeugs vorhanden.“

Damit ist vorliegend von einem Thermofenster auszugehen, welches die Abgasrückführung in dem Fahrzeug unter Bedingungen, die bei normalem Fahrzeugbetrieb vernünftigerweise zu erwarten sind, reduziert und damit die Funktion des Emissionskontrollsystems verringert. Denn unstrittig findet die Reduktion jedenfalls bei Außentemperaturen statt, die zu den Bedingungen des normalen Fahrbetriebs im Unionsgebiet zählen.

Die außentemperaturabhängige Reduzierung der Abgasrückführung ist auch nicht ausnahmsweise zulässig. Dies ist nach Art. 5 Abs. 2 Satz 2 lit. a) Verordnung (EG) Nr. 715/2007 der Fall, wenn die Abschaltelinrichtung notwendig ist, um den Motor vor Beschädigung oder Unfall zu schützen und um den sicheren Betrieb des Fahrzeugs zu gewährleisten.

Da diese Bestimmung eine Ausnahme vom Verbot der Verwendung von Abschaltelinrichtungen enthält, die die Wirkung von Emissionskontrollsystemen verringern, ist sie eng auszulegen. Eine Abschaltelinrichtung kann daher nur dann ausnahmsweise zulässig sein, wenn nachgewiesen ist, dass diese Einrichtung ausschließlich notwendig ist, um die durch eine Fehlfunktion eines Bauteils des Abgasrückführungssystems verursachten unmittelbaren Risiken für den Motor in Form von Beschädigung oder Unfall zu vermeiden, und diese Risiken derart schwer wiegen, dass sie eine konkrete Gefahr beim Betrieb des mit dieser Einrichtung ausgestatteten Fahrzeugs darstellen (EuGH, Urteil vom 21. März 2023 - C-100/21, Rn. 64). Die bloße Verschmutzung und ein Verschleiß des Motors können daher nicht als „Beschädigung“ oder „Unfall“ in diesem Sinn angesehen werden, da sie im Prinzip vorhersehbar und der normalen Funktionsweise des Fahrzeugs inhärent sind (EuGH, Urteil vom 14. Juli 2022 - C-145/20, Rn. 65; Urteil vom 17. Dezember 2020 - C-693/18, Rn. 110; VG Schleswig, Urteil vom 20. Februar 2023 – 3 A 113/18, Rn. 302).

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. Juli 2022 - C-145/20, Rn. 63; VG Schleswig, Urteil vom 20. Februar 2023 – 3 A 113/18, Rn. 300).

Notwendig im Sinn dieses Ausnahmetatbestandes ist eine Abschaltelinrichtung zum Motorschutz zudem nur dann, wenn zum Zeitpunkt der EG-Typgenehmigung dieser Einrichtung oder des mit ihr ausgestatteten Fahrzeugs keine andere technische Lösung zur Verfügung gestanden hatte, um unmittelbare Risiken für den Motor in Form von Beschädigung oder Unfall abzuwenden, die beim Fahren eines Fahrzeugs eine konkrete Gefahr hervorrufen (EuGH, Urteil vom 14. Juli 2022 - C-145/20, Rn. 80; EuGH, Urteil vom 14. Juli 2022 - C-134/20, Rn. 81). Mit der alternativen Technik einhergehende Mehrkosten für den Hersteller fallen dabei nicht ins Gewicht (EuGH, Urteil vom 14. Juli 2022 - C-145/20 Rn. 77, 78; EuGH, Urteil vom 14. Juli 2022, C-128/20, Rn. 66, 67). Um not-

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

Diese dargelegten hohen Anforderungen an eine ausnahmsweise Zulässigkeit der Abschaltvorrichtung „Thermofenster“ lassen sich dem Vortrag der Beklagten nicht entnehmen. Sie hat vorgebracht, eine Abgasrückführung bei zu niedrigen Temperaturen führe zur Kondensation von Abgasbestandteilen. Dies wiederum führe zu verschiedenen unerwünschten Ablagerungen in den Bauteilen. Ein wiederholter Betrieb des Motors in diesem Zustand könne zu einer dauerhaften Schädigung des Motors oder einem plötzlichen Ausfall führen, der im Straßenverkehr zu einer konkreten Gefahr führen könne. Bei hohen Außentemperaturen sinke die Dichte der Luft und damit der zur Verfügung stehende Luftsauerstoff. Bei gleicher Last des Motors steigen mit höheren Außentemperaturen die Partikelemissionen (aufgrund weniger vollständiger Verbrennung des Kraftstoffs). Höhere Partikelemissionen führten ihrerseits dazu, dass der Partikelfilter häufiger gereinigt werden müsse (durch Abbrennen der abgelagerten Partikel). Die Folge davon sei, dass mehr Kraftstoff ins Schmieröl gelangt, was dessen Eigenschaften negativ beeinflusst. Dies wiederum könne zu erhöhtem Verschleiß und zu Schäden des Motors führen (Steuerung, Kettenbetrieb, Lager).

Dieser Vortrag ist technisch nachvollziehbar und kann als zutreffend unterstellt werden. Die dargelegten Tatsachen genügen dennoch offensichtlich nicht den oben dargelegten hohen Anforderungen des EuGH an eine ausnahmsweise Zulässigkeit der Abschaltvorrichtung.

Die Beklagte beschreibt die Gefahr von Kondensation und unerwünschten Ablagerungen, welche zu „Verschmutzung und Verschleiß“ führen, was gerade nicht als „Beschädigung“ oder „Unfall“ im Sinne der EuGH-Rechtsprechung angesehen werden kann. Weiter ergibt sich aus dem Vortrag der Beklagten, dass die von ihr behaupteten Ablagerungen zumindest teilweise an Bestandteilen erfolgen sollen, die nach der engen Definition des Motors diesem nicht zuzurechnen sind. Zudem fehlt eine Darlegung dazu, dass zum Zeitpunkt der Erteilung der EG-Typgenehmigung keine andere technische Lösung zur Verfügung gestanden hatte, um die genannten Risiken zu verhindern.

Schließlich darf es sich nach oben gesagtem nicht so verhalten, dass die Abschaltvorrichtung unter normalen Betriebsbedingungen den überwiegenden Teil des Jahres funktionieren müsste, damit der Motor vor Beschädigung oder Unfall geschützt und der sichere Betrieb des Fahrzeugs gewährleistet wäre (EuGH, Urteil vom 21. März 2023 – C-100/21, Rn. 65 f.). So liegt es aber hier. Die Beklagte hat in erster Instanz sogar ausdrücklich vorgebracht, dass eine Abschaltvorrichtung auch ununterbrochen wirken dürfe, wenn „zum Beispiel einstellige Temperaturen im normalen Fahrbetrieb ununterbrochen vorkommen [...]“ (Klagerwiderung vom 26.10.2020, Seiten 15, 16). Diese Ansicht ist mit der oben zitierten EuGH-Rechtsprechung nicht vereinbar.

bb)

Auch die KSR, auch „geregeltes Kühlmittelthermostat“ genannt, ist eine unzulässige Abschaltvorrichtung im Sinne von Art. 3 Nr. 10, Art. 5 Abs. 1 Verordnung (EG) Nr. 715/2007.

Zu dieser Funktion, bei der nach dem Start des Fahrzeuges die verzögerte Erwärmung des Motoröls für niedrigere Stickoxid-Emissionen in der Warmlaufphase sorgt, hat der Kläger vorgetragen, sie sei faktisch nur auf dem Prüfstand aktiv, den das Fahrzeug erkenne. Die Beklagte bestreitet dies und verweist darauf, dass das KBA für das streitgegenständliche Fahrzeug wegen dieser Funktion unstreitig keinen Rückruf angeordnet habe. Die KSR sei nämlich für die Einhaltung der NO<sub>x</sub>-Grenzwerte im NEFZ nicht ausschlaggebend, also nicht grenzwertkausal. Letzterer Umstand ist indessen für die Einordnung einer Funktion als (unzulässige) Abschaltvorrichtung nicht relevant.

Nach Ansicht des Senats liegt eine unzulässige Abschaltvorrichtung allerdings nicht schon deswegen vor, weil die Funktion der KSR auf die Warmlaufphase des Motors beschränkt ist und nur während dieser die anfallenden Emissionen verbessert. Hierzu hat die Beklagte plausibel erklärt, dass ein Dauerbetrieb dieser Funktion nicht vorgesehen und nicht sinnvoll sei. Sie diene gerade und nur der Emissionsverbesserung in der Startphase einer Fahrt. Unzulässig wäre die Funktion aber dann, wenn sie in der Warmlaufphase eines Fahrzeuges im realen Straßenbetrieb – also unter normalerweise zu erwartenden Fahrbedingungen – nicht in gleichem Ausmaß aktiv ist wie auf dem Prüfstand. Denn dann handelt es sich um ein „Konstruktionsteil, das die Temperatur, die Fahrzeuggeschwindigkeit, die Motordrehzahl (UpM), 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“, wie in Art. 3 Nr. 10 der Verordnung (EG) Nr. 715/2007 definiert.

Hiervon ist vorliegend auszugehen. Der Kläger hat, u.a. im Schriftsatz vom 13.06.2022, Seiten 21 ff. dezidiert zum „70°C NEFZ-Modus“ unter Prüfstandsbedingungen vorgetragen, der dafür Sorge, dass jedenfalls – und nahezu ausschließlich – auf dem Prüfstand die mit niedrigeren Betriebstemperaturen einhergehenden niedrigeren NO<sub>x</sub>-Emissionen ausgestoßen werden. Dem ist die Beklagte nur insoweit entgegengetreten, als dass keine Prüfstandserkennung vorliege. Es sei damit zu rechnen, dass das geregelte Kühlmittelthermostat auch bei einem signifikanten Anteil der Fahrten im Straßenbetrieb einen Emissionsvorteil erbringe. Die Richtigkeit dieses Vortrags unterstellt, schließt er aber die Einordnung der Funktion als unzulässige Abschaltvorrichtung nicht aus. Denn hierfür genügt es, dass bei einem gewissen Teil der Fahrten unter normalen Bedingungen die Wirksamkeit des Emissionskontrollsystems verringert wird, was auch nach dem Beklagtenvortrag der Fall ist. Hierfür spricht im Übrigen, dass auch das KBA in einer vom Landgericht Saarbrücken eingeholten Auskunft bestätigt hat, dass die Parameter der KSR so eng konfiguriert sind, dass sie vornehmlich unter Prüfstandsbedingungen eingehalten werden (LG Saarbrücken, Urteil vom 9. April 2021 – 12 O 320/19, Rn. 38, juris und Anlage K 19):

„Die von ... applizierten Schaltkriterien sind so gewählt, dass wesentliche Randbedingungen des gesetzlichen Prüfverfahrens abgedeckt sind und die Sollwertabsenkung mit Sicherheit bei der gesetzlichen Prüfung Typ 1 im NEFZ aktiv ist. Außerhalb dieser Schaltkriterien wird die Regelung abgeschaltet. Wird die Funktion „Geregeltes Kühlmittelthermostat“ gänzlich abgeschaltet, wird die AGR-Rate reduziert und die Wirksamkeit des Emissionskontrollsystems unter normalen Betriebsbedingungen verringert. Die Abschaltung führt zu höheren NO<sub>x</sub>-Emissionen und ist somit als Abschaltvorrichtung gemäß Artikel 3 Nr. 10

der VO (EG) Nr. 715/2007 einzustufen. Es handelt sich aus Sicht des KBA nicht um eine Prüfstandserkennung, aber die Schaltparameter der Funktion sind aus Sicht des KBA an die Randbedingungen der Typ-I-Prüfung angelehnt.“

Zwar betraf dieses Verfahren vor dem Landgericht Saarbrücken und damit die Auskunft des KBA ein Fahrzeug mit dem Motor OM 651 und ist damit nicht unmittelbar mit dem streitgegenständlichen vergleichbar. Da die grundsätzliche Funktionsweise der KSR aber unstrittig in allen Fahrzeugen der Beklagten identisch war, lassen diese und weitere Auskünfte des KBA den hinreichend sicheren Schluss auf ihre Einordnung als unzulässige Abschaltvorrichtung zu (vgl. hierzu auch BGH, Urteil vom 13. Juli 2021 – VI ZR 128/20, Rn. 24).

Das KBA hat gerichtsbekannt für zahlreiche weitere Fahrzeuge der Beklagten u.a. auf Grund der KSR Pflichtrückrufe ausgesprochen, bei denen mittels Softwareupdates die Programmierung geändert werden musste. Hieraus folgt bereits, dass das KBA diese Funktion grundsätzlich als Abschaltvorrichtung eingestuft hat. Dass andere Autos, wie auch das streitgegenständliche, keinem verpflichtenden, sondern nur einem freiwilligen Rückruf unterlagen, hat das KBA mit der dort fehlenden Grenzwertkausalität begründet: Wenn ein Fahrzeug auch ohne Aktivierung der KSR die Emissionsgrenzwerte auf dem Prüfstand einhielt, sog. „Testing-Out“, wurde es vom Amt nicht als unzulässige Abschaltvorrichtung angesehen (vgl. etwa Auskunft des KBA vom 03.08.2021, Anlage K 24 und Auskunft des KBA vom 27.01.2021, Anlage B 15, Seiten 2 und 3, Anlagen B 8, B 11, B 16 und QE 2, QE 7).

Dieses Kriterium der Grenzwertkausalität, das nach der Rechtsprechung des BGH für die Frage der Sittenwidrigkeit im Rahmen des § 826 BGB von Bedeutung sein mag, ist aber für die Frage, ob eine unzulässige Abschaltvorrichtung im Sinne der Verordnung (EG) Nr. 715/2007 vorliegt, nicht relevant. Entscheidend ist allein, ob die Funktion unter anderen als den NEFZ-Bedingungen, die ebenfalls als „normale Fahrbedingungen“ gelten, zu einer Verschlechterung des Emissionsverhaltens führt. Dass dies für die KSR der Fall ist, lässt sich der oben zitierten KBA-Auskunft unzweifelhaft entnehmen.

Für eine ausnahmsweise Zulässigkeit dieser Funktion ist nichts vorgetragen und nichts ersichtlich.

c)

Der Verstoß der Beklagten gegen die §§ 6 Abs. 1, 27 Abs. 1 EG-FGV ist auch kausal für den Schaden des Klägers. Dieser hat vorgetragen, in Kenntnis der unzulässigen Abgastechnik das Fahrzeug nicht zu diesem Kaufpreis erworben zu haben. Hierfür spricht auch ein allgemeiner Erfahrungssatz. Will der Hersteller diesen Erfahrungssatz erschüttern, muss er eine Verhaltensänderung darlegen und beweisen, wonach er noch vor Erwerb durch den Kläger die Verwendung unzulässiger Abschaltvorrichtungen bekannt gegeben und die mit dem Erwerb verbundenen Risiken offengelegt hat (BGH, Urteil vom 26. Juni 2023 – VIa ZR 335/21, BGHZ 237, 245-280, Rn. 55, 57). Hieran fehlt es.

d)

Die Beklagte hat auch schuldhaft gehandelt.

Das Verschulden des Fahrzeugherstellers wird innerhalb des § 823 Abs. 2 BGB im Fall des objektiven Verstoßes gegen § 6 Abs. 1, § 27 Abs. 1 EG-FGV vermutet. Dementsprechend muss der

Fahrzeughersteller, wenn er eine Übereinstimmungsbescheinigung trotz der Verwendung einer unzulässigen Abschaltvorrichtung ausgegeben und dadurch § 6 Abs. 1, § 27 Abs. 1 EG-FGV verletzt hat, im Fall der Inanspruchnahme nach § 823 Abs. 2 BGB Umstände darlegen und beweisen, die sein Verhalten zum maßgeblichen Zeitpunkt des Kaufs des Fahrzeugs durch den Kläger ausnahmsweise nicht als fahrlässig erscheinen lassen (vgl. BGH, Urteil vom 26. Juni 2023 - VIa ZR 335/21, BGHZ 237, 245-280, Rn. 59, 61 mwN). Berufet sich der Fahrzeughersteller auf einen unvermeidbaren Verbotsirrtum, muss er sowohl den Verbotsirrtum als solchen als auch die Unvermeidbarkeit des Verbotsirrtums darlegen und erforderlichenfalls beweisen (vgl. im Einzelnen BGH, Urteil vom 25. September 2023 - VIa ZR 1/23).

Die Beklagte hat hierzu vorgetragen, es habe eine Fehlvorstellung im Hinblick auf die Ausstellung der – angeblich – fehlerhaften Übereinstimmungsbescheinigung vorgelegen. Nach der Betriebsorganisation der Beklagten oblag diese im relevanten Zeitpunkt den Abteilungen „Vertriebsplanung PKW“ und „Fahrzeugdokumentation“. Übereinstimmungsbescheinigungen wurden typischerweise von den Leitern dieser Abteilungen unterzeichnet. Diese seien irrtümlich davon ausgegangen, eine zutreffende Übereinstimmungsbescheinigung in den Verkehr zu geben. Im Hinblick auf das Rechtsverständnis in Ingenieurskreisen zum Verbot der unzulässigen Abschaltvorrichtung habe objektiv kein Anlass zu einer umfassenden Prüfung der regulatorischen Vorschriften bestanden. Die Ausstellenden hätten berechtigterweise von der Konformität des Fahrzeugs auf Bauteil- und Funktionsebene ausgehen können. Das Fahrzeug stimmte mit dem genehmigten Typ überein. Dass neben der EG-Typgenehmigung auch die Übereinstimmungsbescheinigung eine eigenständige Aussage über die materielle Übereinstimmung „mit allen Rechtsakten“ enthalten sollte, war für die Ausstellenden nicht ersichtlich. Zum damaligen Zeitpunkt und Kenntnisstand hätten auch externe Gutachten nicht zu einer anderen Bewertung geführt.

Dieser Vortrag vermag die Beklagte nicht zu entlasten. Er sagt nichts darüber aus, ob sich sämtliche ihrer verfassungsmäßig berufenen Vertreter im Sinne des § 31 BGB über die Rechtmäßigkeit der oben dargelegten Abschaltvorrichtung mit allen für die Prüfung nach Art. 5 Abs. 2 der Verordnung (EG) Nr. 715/2007 bedeutsamen Einzelheiten im maßgeblichen Zeitpunkt im Irrtum befanden oder im Falle einer Ressortaufteilung den damit verbundenen Pflichten genügten. Nur in Bezug auf einen in diesen Einzelheiten konkret festgestellten Irrtum der maßgebenden Personen kann der Sorgfaltsmaßstab der Fahrlässigkeit sinnvoll geprüft und kann die Unvermeidbarkeit festgestellt werden (BGH, Urteil vom 30. Januar 2024 – VIa ZR 1291/22, Rn. 14; Urteil vom 25. September 2023 – VIa ZR 1/23, Rn. 14 mit Verweis auf BGH, Urteil vom 6. November 2018 - II ZR 11/17, BGHZ 220, 162 Rn. 17 ff.).

Dass die die Übereinstimmungsbescheinigungen Ausstellenden in den Abteilungen „Vertriebsplanung PKW“ und „Fahrzeugdokumentation“ ein falsches Vorstellungsbild hatten, entlastet die Beklagte nicht, solange diese Abteilungen nicht von den verantwortlichen Organen nach einer hinreichenden Prüfung durch diese – etwa ihrer Rechtsabteilung – sachgerecht instruiert und überwacht worden sind. In diesem Zusammenhang fehlt es schon an jeglichem Vortrag, wer aufgrund welcher organisatorischen Vorkehrungen dazu berufen war, die Einhaltung der RL 2007/46/EG, Verordnung (EG) Nr. 715/2007 bzw. der §§ 6 Abs. 1, 27 Abs. 1 EG-FGV zu gewährleisten.

Einen Irrtum auf der Ebene ihrer verfassungsmäßig berufenen Vertreter im Sinne des § 31 BGB hat die Beklagte schon nicht dargelegt. Sie hat nichts dazu vorgetragen, dass diese die Rechtslage unter Einbeziehung der höchstrichterlichen Rechtsprechung sorgfältig geprüft hätten und bei

Anwendung der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt mit einer anderen Beurteilung durch die Gerichte nicht zu rechnen brauchten (BGH, Urteil vom 26. Juni 2023 – VIa ZR 335/21, BGHZ 237, 245-280, Rn. 63).

Damit kommt es auf die erst nachgelagerte Frage der Irrtumsunvermeidbarkeit, ob nämlich die temperaturabhängige Veränderung der AGR-Rate und die Funktionsweise der KSR in all ihren für die Bewertung nach Art. 5 Abs. 2 der Verordnung (EG) Nr. 715/2007 maßgebenden Einzelheiten von der damit befassten nationalen Behörde, dem KBA, genehmigt war oder genehmigt worden wäre, schon nicht mehr an. Insbesondere verfängt die Behauptung nicht, hinsichtlich des Thermofensters eine tatsächliche Genehmigung des KBA erhalten zu haben, als dieses bei Überprüfung im Rahmen der damals freiwilligen Servicemaßnahme das Thermofenster nicht beanstandete und auch im Übrigen keine unzulässige Abschaltvorrichtung feststellte, so dass zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses jedenfalls eine hypothetische Genehmigung anzunehmen sei. Hierzu hat der BGH bereits wiederholt entschieden, dass eine Entlastung ohne Rücksicht auf die aus den vorstehenden Erwägungen folgenden Sorgfaltspflichten, etwa mit Rücksicht auf den Umstand, dass der Verwendung von Thermofenstern ein allgemeiner Industriestandard zugrunde lag oder dass nach den zitierten Angaben des KBA rechtlich von ihm so bewertete unzulässige Abschaltvorrichtungen auch nach umfangreichen Untersuchungen nicht festgestellt worden seien, nach dem gesetzlichen Fahrlässigkeitsmaßstab nicht in Betracht kommt (vgl. BGH, Urteil vom 26. Juni 2023, – VIa ZR 335/21, BGHZ 237, 245-280, Rn. 70; BGH, Urteil vom 25. September 2023 – VIa ZR 1/23, Rn. 14).

Eine tatsächliche oder hypothetische Genehmigung kommt erst recht nicht für die KSR in Betracht. Diese Funktion hatte die Beklagte dem KBA unstreitig weder im Zeitpunkt der Erteilung der Übereinstimmungsbescheinigung, noch im Zeitpunkt des hiesigen Vertragsschlusses überhaupt offengelegt.

Im Übrigen sei angemerkt, dass nach allgemeinen Grundsätzen ein Irrtum über die Widerrechtlichkeit dann vermeidbar ist, wenn das Unrecht für den Täter wie für jedermann leicht erkennbar ist oder wenn sich der Täter mit den einschlägigen Vorschriften nicht bekannt gemacht hat, obwohl er seinem Beruf, seiner Beschäftigung oder sonst den Umständen nach dazu verpflichtet gewesen wäre. Genau dies gilt für die für die Emissionsstrategien Verantwortlichen im Hause der Beklagten. Aus Sicht des Senats wäre ein etwaiger Verbotsirrtum schon deshalb nicht unvermeidbar gewesen, weil die schlichte Lektüre der Art. 3 Nr. 10, Art. 5 Abs. 1 und 2 Verordnung (EG) Nr. 715/2007 für jeden Menschen genügt hätte, um die eindeutige Rechtswidrigkeit beider Abschaltvorrichtungen – Thermofenster und KSR – zu erkennen.

2.

Durch den schuldhaften Verstoß der Beklagten gegen § 6 Abs. 1, § 27 Abs. 1 EG-FGV hat der Kläger einen Differenzschaden erlitten, den die Beklagte ihm nach § 823 Abs. 1, 2 BGB zu ersetzen hat. Der Schaden besteht in Höhe des Betrages, um den er das Fahrzeug mit Rücksicht auf die mit den unzulässigen Abschaltvorrichtungen verbundenen Risiken zu teuer erworben hat.

Die Höhe des Differenzschadens beläuft sich nach der Schätzung des Senats gemäß § 287 Abs. 1 Satz 1 ZPO – anders, als in der mündlichen Verhandlung vorläufig geäußert – unter Würdigung aller Umstände auf 15 % des Kaufpreises, vorliegend also 3.448,50 Euro.

a)

Die Schätzung des Differenzschadens unterliegt in den Fällen des Vertrauens eines Käufers auf die Richtigkeit der Übereinstimmungsbescheinigung bei Erwerb eines mit einer unzulässigen Abschalteneinrichtung versehenen Kraftfahrzeugs unionsrechtlichen Vorgaben, die das Schätzungsermessen innerhalb einer Bandbreite zwischen 5 % und 15 % des gezahlten Kaufpreises rechtlich begrenzen (vgl. BGH, Urteil vom 26. Juni 2023 – VIa ZR 335/21, BGHZ 237, 245-280, Rn. 72 f.).

Bei der Schätzung des Schadens innerhalb des Rahmens zwischen 5 % und 15 % hat das Gericht bei der Bestimmung des objektiven Werts des Fahrzeugs im Zeitpunkt des Vertragsschlusses die mit der Verwendung einer unzulässigen Abschalteneinrichtung verbundenen Nachteile, insbesondere das Risiko behördlicher Anordnungen, zu berücksichtigen (vgl. BGH, Urteil vom 6. Juli 2021 - VI ZR 40/20, BGHZ 230, 224 Rn. 24). Weiter hat es den Umfang in Betracht kommender Betriebsbeschränkungen und die Eintrittswahrscheinlichkeit solcher Beschränkungen mit Rücksicht auf die Einzelfallumstände in den Blick zu nehmen. Maßgebend ist dabei eine auf den Zeitpunkt des Vertragsschlusses bezogene Betrachtung.

Über diese originär schadensrechtlichen Gesichtspunkte hinaus ist das Gewicht des der Haftung zugrundeliegenden konkreten Rechtsverstößes für das unionsrechtliche Ziel der Einhaltung gewisser Emissionsgrenzwerte sowie der Grad des Verschuldens nach Maßgabe der Umstände des zu beurteilenden Einzelfalls zu bewerten, um so dem Gebot einer verhältnismäßigen Sanktionierung auch bezogen auf den zu würdigenden Einzelfall Rechnung zu tragen (vgl. BGH, Urteil vom 26. Juni 2023 – VIa ZR 335/21, BGHZ 237, 245-280, Rn. 76, 77).

Nach diesen Maßstäben liegt der hier dem Kläger entstandene Differenzschaden am obersten Rand der dargelegten Spannbreite, also bei 15 % des Kaufpreises. Im Zeitpunkt des Kaufvertragsschlusses durch den Kläger enthielt das Fahrzeug (mindestens) zwei unzulässige Abschalteneinrichtungen. Diese mündeten zunächst in einer Aufforderung zur „freiwilligen Kundendienstmaßnahme“ im September 2019, Anlage K1b, die zumindest Unannehmlichkeiten für den Fahrzeuginhaber mit sich gebracht hätte, die er bei Kenntnis kaufpreismindernd berücksichtigt hätte. Nunmehr ist unter dem 13.12.2023 ein weiterer Bescheid durch das KBA ergangen, mit welchem die Beklagte zum Rückruf einer sechsstelligen Anzahl von Fahrzeugen, darunter auch das klägerische Fahrzeug, verpflichtet wird. In diesem Bescheid werden, so die Beklagte, bestimmte umgebungsluft- bzw. bestimmte motorstarttemperaturabhängige Steuerungen der Abgasrückführung als unzulässige Abschalteneinrichtungen beanstandet. Damit zeigt sich jedenfalls im Rückblick indiziell, dass das Risiko behördlicher Anordnungen für Kläger jederzeit hoch war. Da nach dem unbestrittenen Klägervortrag derzeit noch kein neues Update zur Behebung der nun gerügten Abschalteneinrichtungen zur Verfügung steht, stehen Betriebsbeschränkungen betroffener Fahrzeuge unmittelbar im Raum. Da die Beklagte durch verschiedene Abschalteneinrichtungen – das Thermofenster, die KSR (und die nun gerügte „motorstarttemperaturabhängige Steuerung der Abgasrückführung“?) die Emissionswerte auf dem Prüfstand verbessert hat, wohingegen ihre Fahrzeuge im realen Straßenbetrieb unstreitig deutlich schlechtere NOx-Werte liefern, wird auch das unionsrechtliche Ziel der Luftreinhaltung im besonderen Maße konterkariert.

Die Verwendung mehrerer Abschalteneinrichtungen indiziert auch ein besonders hohes Verschulden der Repräsentanten der Beklagten.

In Anbetracht all dessen schätzt der Senat im vorliegenden Fall den Differenzschaden auf 15 % des vom Kläger bezahlten Kaufpreises. Um diesen hat er das Fahrzeug zu teuer erworben. Das Gewicht des Rechtsverstosses der Beklagten und dessen Folgen rechtfertigen den Ansatz des Höchstwertes.

b)

Dieser Schaden wird entgegen der Ansicht der Beklagten nicht durch ihre bereits vor Jahren bereitgestellte und dem Kläger mit Anlage K1b angebotene „freiwillige Kundendienstmaßnahme“ reduziert. Beruft sich der Fahrzeughersteller auf die nachträgliche Verbesserung des Fahrzeugs durch ein Software-Update, kann damit eine Schadensminderung indessen nur verbunden sein, wenn und soweit das Software-Update die Gefahr von Betriebsbeschränkungen signifikant reduziert (vgl. BGH, Urteil vom 26. Juni 2023 – VIa ZR 335/21, BGHZ 237, 245-280, Rn. 80).

Dass hiervon aktuell in Anbetracht des jüngsten KBA-Bescheides nicht mehr ausgegangen werden kann, hat die Beklagte selbst eingeräumt. Sie trägt vor (Schriftsatz vom 27.02.24, Seite 11, Bl. 97 eA):

„Im Nachgang zur Rechtsprechung des EuGH des Jahres 2022 fordert das KBA mit dem Bescheid nun in Bezug auf diese Software-Updates die Erbringung eines Nachweises zu den Motorschutzgründen entsprechend eines bestimmten Prüfkonzepts, das sich an den Anforderungen des EuGH zu den Motorschutzgründen orientiert. [...]“

Dies lässt sich nicht anders interpretieren als dass, solange der Nachweis zu den Motorschutzgründen nicht erbracht ist, das (alte) Software-Update zur Herstellung vorschriftsmäßiger Zustände der betroffenen Fahrzeuge nicht geeignet ist.

Eine signifikante Verringerung des Schadens folgt auch nicht daraus, dass mit dem dem Kläger 2019 angebotenen Software-Update die KSR entfernt worden wäre. Die Berücksichtigung eines Software-Updates setzt voraus, dass hierdurch eine Verbesserung der Emissionen des Fahrzeugs erzielt wird, die bloße Beseitigung der illegalen Software genügt hierfür nicht. Nach dem Verständnis des Senates macht die Entfernung der KSR das Fahrzeug nicht sauberer. Die Funktion verbessert die NOx-Emissionen in der Warmlaufphase des Motors unter Prüfstandsbedingungen. Die Ausbedatung der KSR würde damit die Fahrzeugwerte unter diesen Bedingungen verschlechtern, für den normalen Straßenbetrieb ergäbe sich kein Unterschied.

c)

Nutzungsvorteile und der Restwert des Fahrzeugs sind erst dann und nur insoweit schadensmindernd anzurechnen, als sie den objektiven Wert des Fahrzeugs bei Abschluss des Kaufvertrags (gezahlter Kaufpreis abzüglich Differenzschaden) übersteigen (vgl. BGH, Urteil vom 24. Januar 2022, - VIa ZR 100/21, Rn. 17). Dies ist vorliegend nicht der Fall.

Der tatsächliche/objektive Wert des Fahrzeugs bei Abschluss des Kaufvertrags betrug 19.541,50 Euro.

Die Nutzungsentschädigung berechnet sich nach der üblichen Formel „Bruttokaufpreis multipliziert mit den vom Kläger gefahrenen Kilometern dividiert durch die erwartbare Restlaufleistung im Kaufzeitpunkt“, wobei der Senat für vergleichbare hochwertige Dieselfahrzeuge eine Gesamtleistung von 300.000 km annimmt. Damit ergibt sich angesichts des vom Kläger vorgetragenen

und mit Anlage BK 35 untermauerten Kilometerstandes von 137.225 km vorliegend folgender Nutzungsvorteil des Klägers:

$$\frac{22.990 \text{ Euro} \times 87.791 \text{ km}}{250.566 \text{ km}} = 8.055,02 \text{ Euro.}$$

Das Bestreiten der Beklagten im Hinblick auf den vom Kläger vorgetragene Kilometerstand ist unbeachtlich. Der mit einem aktuellen Foto belegte Stand passt schlüssig zu den zuvor behaupteten Kilometerständen (121.536 km bei Klagerhebung im Juli 2020, 132.705 km im Zeitpunkt der mündlichen Verhandlung vor dem Landgericht am 04.05.21) und der sodann im Herbst 2021 erfolgten Abmeldung des Fahrzeuges zum jetzigen Kilometerstand. Angesichts dieses substantiierten Klägervortrags reicht das einfache Bestreiten, ohne jeden Anhaltspunkt für die Unrichtigkeit des genannten Kilometerstandes, nicht aus.

Der Restwert des klägerischen Mercedes E 350 CDI Coupé wird gemäß § 287 ZPO auf 11.000 Euro geschätzt. Hierbei hat der Senat folgende Umstände berücksichtigt:

Die von der Beklagten als Anlage QE 10 eingereichte Ergebnisliste einer Suchabfrage auf der Plattform mobile.de enthielt zwei mit dem klägerischen Fahrzeug vergleichbare Treffer mit Angebotspreisen von 11.950 Euro und 16.999 Euro. Der dritte Treffer betrifft ein Cabriolet und ist deshalb nicht vergleichbar. Der Kläger hat seine Suchergebnisse auf mobile.de als Anlage BK 29 eingereicht und für vergleichbare Fahrzeuge Angebotspreise von 11.700 Euro und 13.900 Euro ermittelt. Der hieraus zu bildende Durchschnittswert von 13.637,25 Euro kann allerdings nicht unmittelbar zur Ermittlung des Restwertes herangezogen werden. Denn die zu Grunde liegenden Werte sind Angebots- bzw. Händlerverkaufspreise, die sich regelmäßig durch einen Privatverkauf nicht werden erzielen lassen. Hier ist ein deutlicher Abschlag vorzunehmen. Des Weiteren besteht die nicht fernliegende Möglichkeit, dass sich der im Dezember 2023 erlassene KBA-Bescheid zum Rückruf betroffener Fahrzeuge im Markt herumsprechen und auf deren Preise niederschlagen wird. Zuletzt und entscheidend ist beim streitgegenständlichen Fahrzeug erheblich wertmindernd zu berücksichtigen, dass dieses seit Oktober 2021 stillgelegt ist, seither nicht gefahren wurde und derzeit nicht fahrbereit ist. Die Stilllegung des Wagens hat der Kläger mit dem als Anlage BK 36 eingereichten Foto seiner Zulassungsbescheinigung Teil I nachgewiesen, der zufolge das Fahrzeug am 21.10.21 außer Betrieb gesetzt wurde. Auch hier gilt, dass das schlichte Bestreiten der Beklagten nicht beachtlich ist.

Bei Würdigung sämtlicher genannter Umstände geht der Senat deshalb von einem Restwert des Fahrzeuges von maximal 11.000 Euro aus.

Die Summe dieses Restwerts und der vom Kläger gezogenen Nutzungsvorteile in Höhe von 8.055,02 Euro ergibt 19.055,02 Euro und liegt damit unterhalb des tatsächlichen Fahrzeugwertes bei Abschluss des Kaufvertrags von 19.541,50 Euro. Mithin sind nach der oben zitierten BGH-Rechtsprechung Restwert und Nutzungen auf den Differenzschadensersatz nicht anzurechnen.

3.

Der Anspruch des Klägers ist nicht verjährt.

Gemäß § 195 BGB beträgt die regelmäßige Verjährungsfrist drei Jahre. Sie beginnt mit dem Schluss des Jahres, in dem der Anspruch entstanden ist und der Gläubiger von den den An-

spruch begründenden Umständen und der Person des Schuldners Kenntnis erlangt oder ohne grobe Fahrlässigkeit erlangen müsste, § 199 Abs. 1 BGB. Die Kenntnis im Sinne von § 199 Abs. 1 Nr. 2 BGB ist vorhanden, wenn dem Geschädigten die Erhebung einer Schadensersatzklage, sei es auch nur in Form der Feststellungsklage, Erfolg versprechend, wenn auch nicht risikolos, möglich ist (BGH, Urteil vom 13. Dezember 2022 – VI ZR 1008/20, Rn. 10; Urteil vom 29. Juli 2021 - VI ZR 1118/20, BGHZ 231, 1 Rn. 15). 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.

Für eine positive Kenntnis des Klägers in verjährungsrelevanter Zeit ist nichts ersichtlich. Die Beklagte selbst hat ihn erstmals im Jahr 2019 durch den freiwilligen Rückruf, Anlage K1b, darüber informiert, dass an seinem Auto die Software des Motorsteuergerätes aktualisiert werden soll, um so die Stickoxid-Emissionen im Fahrbetrieb weiter zu senken.

Zu einem früheren Zeitpunkt hatte der Kläger keinen Anlass, an der Ordnungsgemäßheit seines Fahrzeuges auch nur zu zweifeln. Weder hat die Beklagte die Verwendung unzulässiger Abschaltvorrichtungen öffentlich bekannt gegeben noch hatte der Kläger aus anderen Quellen Anlass zu der Annahme, dass in dem erworbenen Fahrzeug unzulässige Abschaltvorrichtungen verbaut waren.

Hierzu hat die Beklagte lediglich vorgetragen, die Tatsache, dass sog. Thermofenster auch in Fahrzeugen der Beklagten vorhanden sind, sei spätestens seit dem ersten Bericht der Untersuchungskommission Volkswagen vom 22.04.2016 bekannt. Dies genügt aber nicht, um eine mindestens grob fahrlässige Unkenntnis des Klägers anzunehmen. Es ist nicht ersichtlich, warum der Kläger hiervon hätte Kenntnis nehmen und entsprechende Rückschlüsse auf sein eigenes Fahrzeug hätte ziehen müssen. Im Übrigen war die Rechtswidrigkeit von Thermofenstern zu diesem Zeitpunkt umstritten.

Nach der Rechtsprechung des BGH (Urteil vom 10. Februar 2022 – VII ZR 396/21, Rn. 19; Urteil vom 29. Juli 2021 - VI ZR 1118/20, Rn. 18 f.,) durfte selbst in VW EA189-Fällen nicht von der festgestellten Öffentlichkeitsarbeit der Herstellerin und des KBA sowie der sich hieran anschließenden umfangreichen Medienberichterstattung über den sogenannten Dieselskandal ohne Weiteres auf eine grob fahrlässige Unkenntnis der jeweiligen Klagepartei im Sinne von § 199 Abs. 1 Nr. 2 Fall 2 BGB geschlossen werden. Erst recht muss dies in Fällen wie dem vorliegenden gelten, in dem die Herstellerin die Verwendung unzulässiger Abschaltvorrichtungen bis heute bestreitet.

Schließlich ist für eine verjährungsrechtlich relevante Kenntnis des Klägers von auf die KSR bezogenen Umständen nichts ersichtlich, nachdem selbst das KBA erst deutlich nach Bekanntwerden des „Dieselskandals“ von der KSR erfahren hat.

4.

Der Zinsanspruch folgt aus §§ 288 Abs. 1, 291 BGB.

Die hieraus begründeten Prozesszinsen sind allerdings erst ab dem Tag nach Rechtshängigkeit des nunmehr zuerkannten Anspruches zuzusprechen. Der Antrag auf Zahlung des Differenz-

schadensersatzes in Höhe von 3.448,50 Euro wurde mit Schriftsatz vom 04.03.2024 erstmals hilfsweise gestellt. Zuvor war nur eine auf großen Schadensersatz gerichtete Zahlungsklage anhängig. Der aus § 823 Abs. 2 BGB hergeleitete und nur als „kleiner“ Schadensersatz berechnete Anspruch auf Differenzschadensersatz ist zwar nur eine andere Form der Schadensberechnung (vgl. BGH, Urteil vom 26. Juni 2023 – VIa ZR 335/21, BGHZ 237, 245-280, Rn. 44 f.); gleichwohl ist er nicht von Amts wegen einem auf Rückabwicklung gerichteten Klagebegehren als bloßes Minus zu entnehmen und daher auch nicht ab Rechtshängigkeit des Rückabwicklungsbegehrens zu verzinsen (so auch OLG Karlsruhe, Urteil vom 2. Februar 2024 – 4 U 32/22, Rn. 109, m.V.a. Schleswig-Holsteinisches Oberlandesgericht, Urteil vom 14. Dezember 2023 – 17 U 49/23, Rn. 43; OLG Stuttgart, Urteil vom 19. Oktober 2023 – 24 U 103/22; Rn. 81; OLG Stuttgart, Urteil vom 29. November 2023 – 22 U 261/21, Rn. 130).

5.

Die Kostenentscheidung folgt aus §§ 92 Abs. 2, 516 Abs. 3 ZPO.

Da der Kläger seinen Hauptantrag auf großen Schadensersatz erst in der mündlichen Berufungsverhandlung zurückgenommen hat, sind sämtliche Gebühren nach dem vollen Berufungstreitwert angefallen, im Verhältnis zu dem der Kläger lediglich zu ca. 21 % obsiegt hat. Entsprechendes gilt für die Kosten der ersten Instanz.

Der Streitwert für das erstinstanzliche Verfahren war gemäß § 63 Abs. 3 Nr. 1 ZPO von Amts wegen abzuändern. Der Senat hat ihn wie vom Kläger auf Seite 26 seiner Klageschrift berechnet beziffert, wobei den Nebenforderungen zu Ziffern 2. bis 5. der Klageschrift kein eigener Streitwertanteil zukommt.

Der Streitwert für das Berufungsverfahren bemisst sich nach dem ursprünglich gestellten Klagantrag, nämlich Rückzahlung des Kaufpreises von 22.990 Euro abzüglich der nach der vom Kläger im Antrag genannten Formel ausgerechneten Nutzungsschädigung im Zeitpunkt der mündlichen Berufungsverhandlung in Höhe von 6.715 Euro. Den ursprünglich weiter gestellten Anträgen kommt wiederum kein eigener Streitwertanteil zu.

6.

Der Ausspruch zur vorläufigen Vollstreckbarkeit beruht auf §§ 708 Nr. 10, 713 ZPO.

Blömer  
Richterin am Oberlandesgericht