

Aktenzeichen:
23 U 856/21
29 O 446/19 LG Stuttgart



Oberlandesgericht Stuttgart

23. ZIVILSENAT

Im Namen des Volkes

Urteil

In dem Rechtsstreit

[REDACTED]
- Klägerin, Berufungsklägerin, Anschlussberufungsklägerin, Berufungsbeklagte -

Prozessbevollmächtigte:

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

gegen

- 1) **Mercedes-Benz Group AG**, vertreten durch d. Vorstand, Mercedesstraße 137, 70327 Stuttgart
- Beklagte, Berufungsklägerin, Anschlussberufungsbeklagte -

Prozessbevollmächtigte:

- 2) **Autohaus Andreas Schall GmbH**, vertreten durch d. Geschäftsführer, Zeppelinstraße 15, 89160 Dornstadt
- Beklagte, Berufungsbeklagte -

Prozessbevollmächtigte:

wegen Schadensersatzes

hat das Oberlandesgericht Stuttgart - 23. Zivilsenat - durch [REDACTED]

landesgericht Meinhof, [REDACTED]

[REDACTED] aufgrund der mündlichen Verhandlung vom 07.02.2024 für Recht erkannt:

1. Auf die Berufung der Beklagten zu 1 wird das Urteil des Landgerichts Stuttgart vom 16. Oktober 2020, Az. 29 O 446/19, teilweise abgeändert und die Klage gegenüber der Beklagten zu 1 abgewiesen.
2. Auf die Berufung der Klägerin wird das in Ziffer 1 genannte Urteil des Landgerichts Stuttgart teilweise abgeändert und wie folgt neu gefasst:
 1. Die Beklagte zu 2 wird verurteilt, an die Klägerin 30.537,74 € nebst Zinsen hieraus in Höhe von fünf Prozentpunkten über dem jeweiligen Basiszinssatz seit dem 12. Mai 2019 zu zahlen.
 2. Es wird festgestellt, dass der Rechtsstreit in der Hauptsache erledigt ist, soweit die Klägerin gegenüber der Beklagten zu 2 die Freistellung von sämtlichen Verpflichtungen, die aus dem Darlehensvertrag mit der Mercedes-Benz Bank AG zur Finanzierung des Fahrzeugs Mercedes-Benz GLE 350 d 4M, [REDACTED], resultieren, begehrt hat.
 3. Im Übrigen wird die Klage gegenüber der Beklagten zu 2 abgewiesen.
3. Im Übrigen wird die Berufung der Klägerin zurückgewiesen.
4. Die Anschlussberufung der Klägerin gegen das in Ziffer 1. genannte Urteil des Landgerichts Stuttgart wird verworfen.
5. Die Klägerin und die Beklagte zu 2 tragen die Gerichtskosten in beiden Rechtszügen je zur Hälfte. Die Klägerin trägt in beiden Rechtszügen die außergerichtlichen Kosten der Beklagten zu 1. Die Beklagte zu 2 trägt die Hälfte der außergerichtlichen Kosten der Klägerin in beiden Rechtszügen. Im Übrigen tragen die Parteien ihre außergerichtlichen Kosten in beiden Rechtszügen selbst.
6. Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar. Die Klägerin kann die Vollstreckung durch Sicherheitsleistung in Höhe von 110 % des auf Grund des Urteils vollstreckbaren Betrages abwenden, wenn nicht die Beklagte zu 1 vor der Vollstreckung Sicherheit in Höhe von 110 % des je-

weils zu vollstreckenden Betrages leistet. Die Beklagte zu 2 kann die Vollstreckung durch Sicherheitsleistung in Höhe von 110 % des auf Grund des Urteils vollstreckbaren Betrages abwenden, wenn nicht die Klägerin vor der Vollstreckung Sicherheit in Höhe von 110 % des jeweils zu vollstreckenden Betrages leistet.

7. Die Revision wird nicht zugelassen.

Beschluss

Der Streitwert wird für das Berufungsverfahren auf 61.221,88 € festgesetzt.

Gründe:

I.

Die Klägerin nimmt die Beklagten wegen der Verwendung angeblich unzulässiger Abschaltrichtungen in einem Dieselfahrzeug auf Schadensersatz in Anspruch.

Die Klägerin erwarb am 24. März 2018 von der Beklagten zu 2 einen Mercedes-Benz GLE 350d 4MATIC als Gebrauchtwagen zum Preis von 69.534,00 €. Im Kaufvertrag wurden die Gebrauchtwagen-Verkaufsbedingungen des Zentralverbandes Deutsches Kraftfahrzeuggewerbe e.V., Stand: 11/2015 verwendet. Ziffer VI., 1. der Verkaufsbedingungen lautet: „Ansprüche des Käufers wegen Sachmängeln verjähren in einem Jahr ab Ablieferung des Kaufgegenstandes an den Kunden.“ Der Erwerb wurde über ein Darlehen bei der Mercedes-Benz Bank AG finanziert. Der Darlehensvertrag enthält eine Zusatzvereinbarung über eine Plus 3-Finanzierung mit Rückkaufoption. Das erstmals am 29. November 2016 zum Straßenverkehr zugelassene Fahrzeug wurde der Klägerin am 29. März 2018 übergeben. Es wies zum Zeitpunkt des Erwerbs eine Laufleistung von 42.766 km auf. Das Fahrzeug ist mit einem von der Beklagten zu 1 entwickelten und hergestellten Dieselmotor der Baureihe OM 642, Schadstoffklasse Euro 6, ausgestattet. Es ist von einem verpflichtenden Rückruf des Kraftfahrtbundesamtes (im Folgenden: KBA) betroffen. Zur Verringerung der Stickoxidemissionen wird in dem Fahrzeug ein System zur Abgasrückführung eingesetzt. Dabei wird ein Teil des Abgases zurück in das Ansaugsystem des Motors geführt und nimmt erneut an der Verbrennung teil. Die Abgasrückführung wird unter anderem in Abhängigkeit von der Außentemperatur gesteuert (sogenanntes „Thermofenster“). Das Fahrzeug verfügt über

einen SCR-Katalysator zur Abgasreinigung.

Im Hinblick auf die am 29. März 2019 beim Landgericht Stuttgart eingegangene und am 11. Mai 2019 der Beklagten zu 2 zugestellte Klageschrift forderte das Landgericht Stuttgart bei den Klägervetretern einen Vorschuss aufgrund Verfügung vom 23. April 2019 an und die Klägervetreter zahlten diesen am 29. April 2019 ein.

Die Klägerin gab das Fahrzeug der Beklagten zu 2 nach Ausübung der Rückkaufoption gegen Zahlung eines Rücknahmepreises von 37.582,15 € mit einer Laufleistung von 58.723 km am 5. April 2021 zurück.

Die Klägerin behauptete im ersten Rechtszug,

dass das Thermofenster so ausgestaltet sei, dass die Abgasrückführung bei einer Umgebungslufttemperatur von 7 Grad Celsius oder darunter um bis zu 48 % niedriger sei als bei höheren Temperaturen. Das Fahrzeug verfüge über eine Kühlmittel-Solltemperatur-Regelung (im Folgenden: KSR). Diese nutze unter Typprüfbedingungen eine höhere AGR-Rate als außerhalb der Typprüfbedingungen. Dadurch würden unter Typprüfbedingungen geringere Stickoxide emittiert als außerhalb der Typprüfbedingungen. Weiter würden im Fahrzeug die unzulässigen Abschalteneinrichtungen Bit 13, Bit 14, Bit 15 und Slipguard verwendet. Bit 13 verschlechtere den Wirkungsgrad der Abgasreinigung, sobald der Motor nach dem Start 17,6 Gramm Stickoxide ausgestoßen hat. Die Funktion Bit 14 wechsele nach 1.200 Sekunden in einen schmutzigen Modus, in dem die Stickoxidgrenzwerte nicht eingehalten würden; der Wechsel diene ausschließlich dazu, den NEFZ-Test zu bestehen. Die Software Bit 15 sei so programmiert, dass die NOx-Reinigung die ersten 11 Kilometer vorschriftsmäßig erfolge, danach nicht mehr. Der Slipguard erkenne anhand von Geschwindigkeit und Beschleunigung, ob sich das Fahrzeug auf dem Prüfstand befindet und beeinflusse die AdBlue-Dosierung. Sie könne aufgrund der unzulässigen Abschalteneinrichtungen gegenüber der Beklagten zu 1 einen deliktischen und gegenüber der Beklagten zu 2 einen vertraglichen Anspruch herleiten.

Die Beklagte zu 1 wendete ein,

dass es bereits an einer Aktivlegitimation der Klägerin fehle, dass sie die geltend gemachten Ansprüche wirksam an die Mercedes-Benz Bank AG abgetreten habe. Der Klägerin stehe auch in der Sache kein deliktischer Schadensersatzanspruch auf Rückabwicklung des Kaufvertrags zu. Das Fahrzeug verfüge über eine wirksame EG-Typgenehmigung und könne daher von der Klägerin uneingeschränkt genutzt werden. Deshalb sei kein Schaden der Klägerin ersichtlich. Das

Fahrzeug halte zudem die geltenden NOx-Grenzwerte ein. Die Klägerin habe auch nicht substantiiert vorgetragen, dass im Fahrzeug eine unzulässige Abschaltvorrichtung verbaut sei. Das sei auch nicht der Fall. Jedenfalls sei sie bei der Herstellung des Fahrzeugs im Hinblick auf dessen NOx-Emissionen einer vertretbaren Rechtsauffassung gefolgt, weshalb für ein vorsätzliches sittenwidriges Verhalten kein Raum sei.

Die Beklagte zu 2 wendete ein,

dass die Klägerin keinen vertraglichen Rückabwicklungsanspruch herleiten könne. Das Fahrzeug sei bei Übergabe mangelfrei gewesen. Der Einbau einer „Schummel-Software“ werde mit Nichtwissen bestritten. Sie habe als Verkäuferin naturgemäß keinen Einblick in die technische Programmierung der Software. Im Hinblick auf die behaupteten Manipulationen und die technischen Einzelheiten der Software mache sie sich den Vortrag der Beklagten zu 1 zu eigen. Ein Anspruch der Klägerin bestehe auch deswegen nicht, weil es an einem ordnungsgemäßen Nachbesserungsverlangen fehle. Denn die Klägerin habe von vornherein ein Software-Update abgelehnt. Zudem seien etwaige klägerische Ansprüche verjährt. Die Einrede der Verjährung werde erhoben.

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

Das Landgericht hat der Klage gegenüber der Beklagten zu 1 hinsichtlich der Hauptforderung unter Abzug einer Nutzungsentschädigung stattgegeben. Weiter hat es der Klägerin Zinsen und vorgerichtliche Rechtsanwaltskosten im Verhältnis zur Beklagten zu 1 zugesprochen. Zudem hat es dem Antrag auf Feststellung des Annahmeverzugs gegenüber der Beklagten zu 1 stattgegeben. Entgegen der Ansicht der Beklagten zu 1 sei die Klägerin auch hinsichtlich deliktischer Ansprüche aktivlegitimiert. Soweit sich die Beklagte zu 1 auf die Regelung II. Ziff. 3 vierter Spiegelstrich der dem Darlehensvertrag zu Grunde liegenden Darlehensbedingungen beruft, wonach die Klägerin Ansprüche gegen die Beklagte zu 1, gleich aus welchem Rechtsgrund, abgetreten hat, sei diese Regelung unwirksam. Der Klägerin stehe gegen die Beklagte zu 1 ein Anspruch aus § 826 BGB zu. Die Beklagte zu 1 habe die Klägerin vorsätzlich sittenwidrig geschädigt. Sie müsse sich das Verhalten ihres Vorstandes und ihrer Repräsentanten, deren Wissen als zugestanden anzusehen sei, zurechnen lassen. Diese hätten mit Vorsatz gehandelt. Die Klägerin könne deswegen gemäß § 249 BGB Schadensersatz verlangen. Sie habe einen Anspruch so gestellt zu werden, als ob das schädigende Ereignis nicht eingetreten wäre. Aufgrund der Umstände stehe zur Überzeugung des Gerichts fest, dass die Klägerin das Fahrzeug nicht erworben hätte, wenn ihr bekannt gewesen wäre, dass die EG-Typgenehmigung von der Beklagten zu 1 unter Verwendung einer

unzulässigen Abschaltvorrichtung erschlichen worden sei.

Im Hinblick auf die Beklagte zu 2 hat das Landgericht die Klage abgewiesen. Der Rücktritt vom Kaufvertrag sei gemäß § 218 BGB unwirksam, da zum Zeitpunkt des Zugangs der Rücktrittserklärung bei der Beklagten zu 2 Gewährleistungsansprüche verjährt gewesen seien. Nach Ziff. VI 1. der einbezogenen Gebrauchtwagen-Verkaufsbedingungen würden Ansprüche des Käufers wegen Sachmängeln in einem Jahr ab Ablieferung des Kaufgegenstandes an den Kunden verjähren, vorliegend mit Ablauf des 30. März 2019. Die Rücktrittserklärung sei der Beklagten zu 2 jedoch erst mit Zustellung der Klageschrift am 11. Mai 2019 zugegangen. Der Klägerin stehe gegen die Beklagte zu 2 auch kein Anspruch aus § 812 Abs. 1 BGB zu. Die Anfechtung wegen arglistiger Täuschung scheitere bereits daran, dass die Beklagte zu 1 „Dritter“ im Sinne des § 123 Abs. 2 BGB gewesen sei und die Klägerin nicht ansatzweise vorgetragen habe, dass die Beklagte zu 2 Kenntnis von dem Einsatz einer unzulässigen Abschaltvorrichtung hatte bzw. diese hätte kennen müssen.

Gegen das ihr am 20. Oktober 2020 zugestellte Urteil hat die Beklagte zu 1 mit am 11. November 2020 eingegangenen Schriftsatz vom selben Tag Berufung eingelegt und diese mit am 21. Januar 2021 eingegangenen Schriftsatz vom selben Tag begründet. Die Berufungsbegründungsfrist war bis 21. Januar 2021 verlängert worden.

Mit ihrer Berufung trägt die Beklagte zu 1 zur Abwehr der geltend gemachten Ansprüche insbesondere vor:

Das Urteil des Landgerichts beruhe auf mehreren Rechtsverletzungen. Bei zutreffender Rechtsanwendung und einer ordnungsgemäßen rechtlichen Würdigung des zugrundeliegenden Sachverhalts hätte das Landgericht nach ihrer Auffassung die Klage in vollem Umfang abweisen müssen. Das Landgericht habe rechtsfehlerhaft eine Aktivlegitimation der Klägerin angenommen. Zudem habe es in der Sache rechtsfehlerhaft das Vorliegen einer unzulässigen Abschaltvorrichtung bejaht. Das Urteil stehe insoweit im Widerspruch zur Rechtsprechung des EuGH, nach der im vorliegenden Fall bereits begrifflich keine unzulässige Abschaltvorrichtung vorliegen könne, weil die im streitgegenständlichen Fahrzeug vorhandenen Emissionskontrollsysteme im tatsächlichen Fahrbetrieb unter denselben Bedingungen genauso arbeiteten wie auf dem Prüfstand und dabei in vielen Situationen zu einer Emissionsverbesserung führten. Im Übrigen habe das Landgericht in den Entscheidungsgründen keine konkreten Feststellungen zu den von der Klägerin (lediglich pauschal und unsubstantiiert) behaupteten Funktionen getroffen. Das Landgericht habe insbesondere verkannt, dass sein zivilgerichtlicher Prüfungsmaßstab beschränkt sei. Die Feststellungen

der Fachbehörde in der EG-Typgenehmigung seien für die Zivilgerichte bindend – sog. Tatbestandswirkung. Zudem verkenne das Landgericht die zivilprozessualen Grundsätze der Darlegungs- und Beweislastverteilung durch Annahme einer uferlosen und überzogenen sekundären Darlegungslast zulasten der Beklagten zu 1 trotz unsubstantiierten Klägervortrags. Das Landgericht habe darüber hinaus auch nicht beachtet, dass Grenzwerte nach Anhang I der VO (EG) Nr. 715/2007/EG für realen Fahrbetrieb nicht maßgeblich seien. Im klägerischen Fahrzeug sei auch keine unzulässige Abschaltvorrichtung verbaut. Das Thermofenster stelle schon keine Abschaltvorrichtung dar. Die Funktionen des SCR-Systems arbeiteten im tatsächlichen Fahrbetrieb unter denselben Bedingungen genauso wie auf dem Prüfstand. Das Fahrzeug verfüge über kein geregeltes Kühlmittelthermostat.

Im Übrigen wiederholt und vertieft sie ihren erstinstanzlichen Vortrag.

Die Beklagte zu 1 beantragt,

die Klage unter teilweiser Abänderung des Urteils des Landgerichts Stuttgart vom 16.10.2020 (Az.: 29 O 446/19) in vollem Umfang abzuweisen.

Die Klägerin beantragt,

die Berufung der Beklagten zu 1 zurückzuweisen.

Die Klägerin verteidigt das angegriffene Urteil.

Das Urteil sei zutreffend. Richtigerweise habe das Landgericht eine Aktivlegitimation bejaht. Bei dem in dem streitgegenständlichen Fahrzeug zur Anwendung kommenden Thermofenster handle es sich um eine unzulässige Abschaltvorrichtung, die nicht von einer Ausnahme des Art. 5 Abs. 2 EG-Verordnung 715/2007 gedeckt sei. Deren Verwendung durch die Beklagte zu 1 habe das Landgericht Stuttgart in nicht zu beanstandender Weise als vorsätzlich und sittenwidrig bewertet, weil die Beklagte zu 1 ihrer sekundären Darlegungslast nicht ausreichend nachgekommen sei. Darüber hinaus hätte das Landgericht Stuttgart aber auch zu dem Ergebnis kommen müssen, dass es sich bei dem im streitgegenständlichen Fahrzeug ebenfalls zur Anwendung kommenden Regelungen des SCR-Katalysators ebenfalls um unzulässige Abschaltvorrichtungen handle, die in vorsätzlich sittenwidriger Weise von der Beklagten zu 1 verwendet worden seien. So liege es auch hinsichtlich der KSR.

Die Klägerin hat mit am 23. November 2023 eingegangenem Schriftsatz vom selben Tag zudem hilfsweise einen Schadensersatz in Höhe von 10.430,10 € geltend gemacht. Dieser Hilfsantrag

beziehe sich auf den Hauptsacheantrag. Dabei berücksichtige sie, dass sie aus § 823 Abs. 2 BGB in Verbindung mit § 6 Abs. 1, § 27 Abs. 1 EG-FGV einen Anspruch in Höhe von 15 % des Kaufpreises für das Vorhandensein unzulässiger Abschaltvorrichtungen herleiten könne.

Die Klägerin beantragt insoweit hilfsweise,

die Beklagte zu 1 zu verurteilen, an die Klägerin 10.430,10 EUR nebst Zinsen in Höhe von fünf Prozentpunkten über dem Basiszinssatz hieraus seit dem 29.03.2018 zu zahlen

Die Beklagte zu 1 beantragt, den Antrag als unzulässig zu verwerfen.

Gegen das ihr am 22. Oktober 2020 zugestellte Urteil hat die Klägerin gegenüber der Beklagten zu 2 mit am Montag, dem 23. November 2020 eingegangenem Schriftsatz vom selben Tag Berufung eingelegt und diese begründet.

Mit ihrer Berufung trägt die Klägerin zur Begründung der geltend gemachten Ansprüche insbesondere vor:

Das Landgericht Stuttgart habe die Klage gegen die Beklagte zu 2 zu Unrecht abgewiesen. Es sei zu Unrecht von einer Verjährung ihrer Gewährleistungsansprüche gegen die Beklagte zu 2 ausgegangen und habe daher fehlerhaft die Unwirksamkeit des Rücktritts nach § 218 BGB angenommen. Insbesondere finde § 167 ZPO Anwendung. Die Vorschussanforderung des Landgerichts vom 23. April 2019 sei erst am 29. April 2019 bei ihren Prozessbevollmächtigten eingegangen. Im Übrigen verweist sie auf ihren erstinstanzlichen Vortrag.

Die Klägerin beantragt zuletzt unter Abänderung von Ziff. 1 und 3. des Urteils des Landgerichts Stuttgart vom 16.10.2020 – 29 O 446/19,

1. die Beklagten zu 1. und 2. als Gesamtschuldner zu verurteilen, an die Klägerin 32.340,34 EUR nebst Zinsen in Höhe von 5 %-Punkten über dem jeweiligen Basiszinssatz seit dem 11.05.2019 zu zahlen;
2. die Beklagten zu 1. und 2. als Gesamtschuldner zu verurteilen, an die Klägerin vorgerichtliche Rechtsanwaltskosten in Höhe von 1.348,27 EUR zu zahlen.

Im Hinblick auf den Freistellungsantrag bezüglich des Darlehens und wegen des Antrags auf Feststellung des Annahmeverzugs erklärt sie den Rechtsstreit für erledigt.

Die Beklagte zu 2 tritt der Erledigungserklärung entgegen und beantragt,

die Berufung der Klägerin zurückzuweisen.

Die Beklagte zu 2 verteidigt das angegriffene Urteil.

Das Landgericht habe zu Recht die Klage auf Rückzahlung des Kaufpreises Zug um Zug gegen Übergabe des Fahrzeuges zurückgewiesen. Das Fahrzeug leide nicht an einem Sachmangel. Sie mache sich insoweit auch den zweitinstanzlichen Vortrag der Beklagten zu 1 im Hinblick auf den Vorwurf unzulässiger Abschaltvorrichtungen zu eigen. Weiter habe das Landgericht zu Recht eine Verjährung gewährleistungsrechtlicher Ansprüche angenommen. Der Klägerin stehe zudem kein Anspruch zu, weil sie durch den Rückkauf des Fahrzeugs schadlos gestellt worden sei. Schließlich bleibe sie dabei, dass das Nachbesserungsverlangen nicht ordnungsgemäß erfolgt sei.

Der Senat hat durch Verfügung vom 13. Januar 2023 eine Auskunft beim KBA eingeholt. Wegen des Inhalts der Auskunft wird auf das Schreiben des KBA vom 27. Januar 2023 (Bl. 421 f. BA) Bezug genommen. Weiter hat der Senat durch Beweisbeschluss vom 29. November 2023 eine Auskunft bei der Staatsanwaltschaft Stuttgart eingeholt. Wegen des Inhalts der Auskunft wird auf das Schreiben der Staatsanwaltschaft Stuttgart vom 15. Januar 2024 (Bl. 564 BA) Bezug genommen.

Wegen der Einzelheiten des Vortrags der Parteien im zweiten Rechtszug im Übrigen wird auf die gewechselten Schriftsätze nebst Anlagen sowie auf die Sitzungsniederschrift vom 7. Februar 2023 Bezug genommen.

II.

Die zulässige Berufung der Beklagten zu 1 ist begründet (A). Bei interessengerechter Auslegung hat die Klägerin mit dem zuletzt gestellten Hilfsantrag auf Verurteilung der Beklagten zu 1 zur Zahlung des Differenzschadens eine Anschließung an die Berufung der Beklagten zu 1 im Sinne von § 524 Abs. 1 Satz 2 ZPO vorgenommen; die Anschlussberufung ist aber unzulässig (B). Die Berufung der Klägerin gegenüber der Beklagten zu 2 ist hingegen zulässig und auch begründet (C.).

A. Berufung der Beklagten zu 1

Die zulässige Berufung der Beklagten zu 1 gegen das teilweise zusprechende Urteil des Landgerichts ist begründet.

Der Klägerin steht ein Anspruch gegen die Beklagte zu 1 auf die mit ihrem Hauptantrag begehrte

Rückabwicklung des Kaufvertrags aus keinem rechtlichen Grund zu. Die Klägerin ist zwar entgegen der Auffassung der Beklagten zu 1 aktivlegitimiert, weil gemäß der nach Verkündung des erstinstanzlichen Urteils ergangenen Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs, der sich der Senat anschließt, Ziffer II. 3 der Darlehensbedingungen der Mercedes-Benz Bank AG einer Inhaltskontrolle nach §§ 307 Abs. 1 und 2 Nr. 1, 134, 361 Abs. 2 Satz 1, 355 Abs. 3 Satz 1, 358 Abs. 4 Satz 5 BGB ohne Wertungsmöglichkeit nicht standhält (BGH, Urteil vom 24. April 2023 - VIa ZR 1517/22, juris, Rn. 15 ff.). Vertragliche Ansprüche auf Rückabwicklung kommen aber nicht in Betracht, da die Klägerin das streitgegenständliche Fahrzeug nicht von der Beklagten zu 1 erworben hat. Die Voraussetzungen für einen Anspruch auf großen Schadensersatz aus deliktischen Anspruchsgrundlagen sind ebenfalls nicht gegeben, nachdem es an einem sittenwidrigen Verhalten von Repräsentanten der Beklagten zu 1 im Hinblick auf die klägerseits behaupteten unzulässigen Abschaltvorrichtungen fehlt und die Klägerin aus § 823 Abs. 2 BGB in Verbindung mit §§ 6 Abs. 1, 27 Abs. 1 EG-FGV keinen großen Schadensersatz verlangen kann (a)). Der Erledigungsfeststellungsantrag ist auch unbegründet (b)). Ein Anspruch auf die geltend gemachten Nebenforderungen steht der Klägerin ebenfalls nicht zu (c)).

a) Die Klägerin kann keinen deliktischen Schadensersatzanspruch auf Rückabwicklung des Kaufvertrags herleiten.

aa) Die Voraussetzungen für einen Anspruch aus §§ 826, 31 BGB sind nicht gegeben.

Es fehlt an einem sittenwidrigen Verhalten von Repräsentanten der Beklagten zu 1 im Sinne von § 31 BGB im Hinblick auf das Thermofenster, die KSR und das SCR-System (1). Darüber hinaus fehlt es auch an dem erforderlichen Schädigungsvorsatz (2).

(1) Ein sittenwidriges Verhalten von Repräsentanten der Beklagten zu 1 im Sinne von § 31 BGB ist nicht gegeben.

(a) Sittenwidrig ist ein Verhalten, das nach seinem Gesamtcharakter, der durch umfassende Würdigung von Inhalt, Beweggrund und Zweck zu ermitteln ist, gegen das Anstandsgefühl aller billig und gerecht Denkenden verstößt, wofür es im Allgemeinen nicht genügt, dass der Handelnde eine Pflicht verletzt und einen Vermögensschaden hervorruft, sondern vielmehr eine besondere Verwerflichkeit seines Verhaltens hinzutreten muss, die sich aus dem verfolgten Ziel, den eingesetzten Mitteln, der zutage getretenen Gesinnung oder den eingetretenen Folgen ergeben kann; schon zur Feststellung der objektiven Sittenwidrigkeit kann es daher auf Kenntnisse, Absichten und Beweggründe des Handelnden ankommen, die die Bewertung seines Verhaltens als verwerflich rechtfertigen, wobei die Verwerflichkeit sich auch aus einer bewussten Täuschung erge-

ben kann und es insbesondere bei mittelbaren Schädigungen ferner darauf ankommt, dass den Schädiger das Unwerturteil, sittenwidrig gehandelt zu haben, gerade auch in Bezug auf die Schäden desjenigen trifft, der Ansprüche aus § 826 BGB geltend macht (vgl. z. B. BGH, Urteil vom 13. Juli 2021 – VI ZR 128/20, juris, Rn. 11, m. w. N., und BGH, Urteil vom 16. September 2021 – VII ZR 190/20, juris, Rn. 13, m. w. N.).

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

(b) Umstände, die nach dieser Maßgabe das Verhalten der Beklagten zu 1 nach seinem Gesamt-charakter als sittenwidrig erscheinen lassen, sind hier weder hinsichtlich des Thermofensters, selbst wenn man unterstellt, es handle sich bei ihm um eine unzulässige Abschalt-einrichtung, noch bezüglich der weiteren von der Klägerin behaupteten Abschalt-einrichtungen ersichtlich; ins-besondere lässt sich ein Handeln im entsprechenden Bewusstsein aus dem Vortrag der Klägerin nicht feststellen.

(aa) Hinsichtlich einer Prüfstandserkennung mit Umschaltlogik fehlt es an schlüssigem Vortrag der Klägerin.

(aaa) Nach den genannten Grundsätzen als sittenwidrig zu qualifizieren ist ein Verhalten eines Automobilherstellers gegenüber einem Fahrzeugkäufer bei dem der Automobilhersteller die grundlegende strategische Frage, mit welchen Maßnahmen er strenge Stickoxidgrenzwerte ein-halten will, im eigenen Kosten- und Gewinninteresse dahingehend entscheidet, von der Einhal-tung dieser Grenzwerte im realen Fahrbetrieb vollständig abzusehen und dem KBA stattdessen

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

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

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

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

Unbeachtlich ist der auf Vermutungen gestützte Sachvortrag einer Partei erst dann, wenn die Partei ohne greifbare Anhaltspunkte für das Vorliegen eines bestimmten Sachverhalts willkürlich Behauptungen „aufs Geratewohl“ oder „ins Blaue hinein“ aufstellt (vgl. BGH, Urteil vom 13. Juli 2021

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

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

Hinsichtlich des Thermofensters geht sie selbst davon aus, dass die AGR bei identischen Bedingungen auf dem Prüfstand und im Realbetrieb in gleicher Weise funktioniert. Die Klägerin behauptet auch nicht, dass sich das Thermofenster an den für das Prüfverfahren zugelassenen Temperaturen zwischen 20 und 30 Grad Celsius orientiert, sondern trägt eine Reduzierung der AGR bei einer Umgebungslufttemperatur von 7 Grad Celsius oder darunter vor.

Hinsichtlich der KSR, deren Einbau die Beklagte zu 1 zudem bestritten hat, trägt die Klägerin zwar vor, die Bedingungen unter denen sie aktiv sei, seien besonders eng an die Bedingungen auf dem Prüfstand angelehnt. Sie stellt aber nicht in Abrede, dass die KSR auch im Realbetrieb aktiv ist, wenn dort dieselben Bedingungen herrschen. Auch der BGH hat es zwar als hinreichenden Vortrag angesehen, wenn ein Kläger eine Prüfstandsbezogenheit behauptet und ein Rückruf wegen der KSR erfolgt ist (BGH, Beschluss vom 21. September 2022 – VII ZR 471/21, juris, Rn. 16, wobei der BGH nur unterstellt hat, der Rückruf sei wegen der KSR erfolgt, weil die Beklagte nichts anderes dargelegt hat; tatsächlich dürfte der Rückruf in dem konkreten Fall, der ein Fahrzeug mit dem Motor OM 642, Euro 6 betraf, nicht wegen der KSR erfolgt sein – für diesen Motortyp ist dem Senat bisher kein Rückruf wegen der KSR bekannt geworden –, sondern wegen des SCR-Systems; zur Annahme der Substantiiertheit des Vortrags bei erfolgtem Rückruf vgl. auch BGH, Beschluss vom 4. Mai 2022 – VII ZR 733/21, juris, Rn. 23 f.). Behauptet die Klägerin aber, wie hier, dass die Bedingungen für die Abschaltung der KSR im Realbetrieb meist vorliegen, so ist damit eine prüfstandsbezogene Abschaltvorrichtung nicht schlüssig vorgetragen. Das ist kein Indikator für sittenwidriges Verhalten (BGH, Beschluss vom 5. September 2022 – VIa ZR 51/21, juris, Rn. 9; vgl. dazu auch die vorangegangenen Beschlüsse vom 30. Mai und vom 14. März 2022 in derselben Sache; im Beschluss vom 14. März ging der BGH selbst nach der Behauptung, die KSR sei nur in 3 % (a.a.O., juris, Rn. 7) aller Fälle aktiv, davon aus, dass es sich nicht um eine per se sittenwidrige Prüfstandserkennung handle). Darüber hinaus gehen sämtliche der zahlreichen Auskünfte, die der Senat bisher zur KSR vom KBA erhalten hat, davon aus, dass es sich bei der KSR nicht um eine prüfstandsbezogene Abschaltvorrichtung handelt. Zudem hat das KBA ausweislich seiner Auskunft vom 27. Januar 2023 die KSR im streitgegenständlichen Fahr-

zeug nicht beanstandet.

Auch hinsichtlich des SCR-Systems behauptet die Klägerin zwar, dessen Bedingungen seien so ausgelegt, dass es auf dem Prüfstand sicher zum Einsatz komme. Die Bedingungen, die er beschreibt, sind aber so, dass sie auch im Realbetrieb vorliegen und auch im Realbetrieb die Abschaltung nach einer gewissen Zeitdauer erfolgt. Auch das ist kein Prüfstandsbezug im Sinne einer Umschaltlogik. Zudem gibt es auch keinen Anhaltspunkt für eine solche Umschaltlogik. Das KBA hat in seinen Auskünften zu Fahrzeugen mit dem streitgegenständlichen Motor OM 642, Euro 6 wegen der SCR-Steuerung, auch in Fällen in denen Rückrufe erfolgt sind, immer gegenüber dem Senat erklärt, eine Prüfstandserkennung liege nicht vor. So liegt es auch hinsichtlich der im Streitfall eingeholten Auskunft vom 27. Januar 2023. Zudem kann die Klägerin aus den Unterlagen betreffend den Automobilzulieferer Bosch (Bl. 255 ff. BA des Anlagenhefts Klägerin) keinen greifbaren Anhaltspunkt für eine Prüfstandserkennung im Hinblick auf das SCR-System herleiten. Hinsichtlich der Beklagten zu 1 ist in den Unterlagen lediglich allgemein ohne Nennung von Motortypen von einer „SCR-Dosierungsbegrenzung“ als „potenziell kritische Verwendung“ die Rede. Hieraus ergibt sich schon nicht die Verwendung einer unzulässigen Abschaltvorrichtung, erst Recht nicht der Einsatz einer Prüfstandserkennungsoftware und schließlich kein Bezug zum streitgegenständlichen Motortyp. Schließlich ergibt sich aus dem Gutachten des Sachverständigen Domke vom 28. September 2020 (Bl. 61 ff. BA des Anlagenhefts Klägerin) nichts anderes. Denn auch dieser konnte keine Prüfstandserkennung feststellen.

(bb) Auch aus anderen Gründen als dem Vorhandensein einer Umschaltlogik kann nicht auf sittenwidriges Verhalten der Beklagten zu 1 geschlossen werden. Eine Täuschung des KBA ist nicht erkennbar, insbesondere nicht durch wesentlich unterbliebene oder unrichtige Angaben der Beklagten zu 1 im Typgenehmigungsverfahren, die noch dazu auf ein heimliches und manipulatives Vorgehen oder eine Überlistung des KBA hindeuteten.

(aaa) Aus einer etwaig unterbliebenen Offenlegung der genauen Wirkungsweise des Thermofensters gegenüber dem KBA folgen keine Anhaltspunkte, dass für die Beklagte zu 1 tätige Personen in dem Bewusstsein handelten, eine unzulässige Abschaltvorrichtung zu verwenden. Hat die Beklagte zu 1 das Thermofenster durch die Angabe im Typgenehmigungsverfahren offengelegt, die Rate der Abgasrückführung werde unter anderem durch den Parameter „Lufttemperatur“ gesteuert, wäre, selbst wenn die Beklagte zu 1 dabei - erforderliche - Angaben zu den Einzelheiten der temperaturabhängigen Steuerung unterlassen haben sollte, die Typgenehmigungsbehörde nach dem Amtsermittlungsgrundsatz gemäß § 24 Abs. 1 Satz 1 und 2 VwVfG gehalten gewesen, diese zu erfragen, um sich in die Lage zu versetzen, die Zulässigkeit der Abschaltvorrichtung

tung im streitgegenständlichen Fahrzeug zu prüfen (vgl. BGH, Urteil vom 16. September 2021 – VII ZR 190/20, juris, Rn. 26). Nicht anders liegt es im Ergebnis hier. Die Beklagte zu 1 hat nicht verschleiert, dass die Abgasrückführungsrate durch die Außentemperatur mitbestimmt wird. Dem KBA waren nämlich die Verwendung von Thermofenstern bei allen Herstellern seit dem Jahr 2008 und die in diesem Zusammenhang geführte rechtliche Diskussion um den Motorschutz bekannt (dazu OLG Stuttgart, Urteil vom 25. Januar 2022 – 16a U 158/19, juris, Rn. 54) und es war deshalb zu einer Überprüfung des Emissionsverhaltens des Fahrzeugs – gegebenenfalls nach weiteren Rückfragen beim Hersteller – ohne Weiteres in der Lage (vgl. BGH, Beschluss vom 25. November 2021 – III ZR 202/20, juris, Rn. 15). Das KBA hätte, falls es sich hinsichtlich der ihm bekannten Verwendung eines Thermofensters nicht hinreichend informiert gesehen hätte, hierzu Näheres erfragen können.

(bbb) Zudem wurde die genaue Beschreibung der Emissionsstrategien erst ab 16. Mai 2016 mit der Verordnung (EU) 2016/646 eingeführt. Für das streitgegenständliche Fahrzeug wurde aber die Typgenehmigung deutlich früher erteilt (vgl. S. 2 der Auskunft des KBA vom 27. Januar 2023), weshalb eine solche genaue Beschreibung noch nicht verlangt wurde.

(ccc) Hinzu kommt, dass die Frage, ob es sich bei dem Thermofenster um eine unzulässige Abschaltvorrichtung handelt, in den vergangenen Jahren in der Rechtsprechung stark umstritten war und die Beklagte zu 1 einen zumindest vertretbaren Standpunkt eingenommen hat. Da die Klägerin ein vorsätzliches Verhalten der Beklagten zu 1 nachweisen muss und nicht umgekehrt, die Beklagte zu 1 sich zu entlasten hat, ist es nicht an der Beklagten zu 1, ihre Erwägungen offenzulegen, die sie zur Zulässigkeit des Thermofensters angestellt hat, sondern die Klägerin muss Anhaltspunkte dafür bezeichnen, dass die Beklagte zu 1 wusste oder billigend in Kauf nahm, dass sie eine unzulässige Abschaltvorrichtung verwendete.

(ddd) Dass bestimmte Ausgestaltungen des Thermofensters nunmehr vom EuGH als unzulässige Abschaltvorrichtungen angesehen werden (für ein Thermofenster, bei dem die volle Abgasreinigung nur in einem Außentemperatur-Fenster von 15 bis 33 Grad Celsius und bei einem Fahrbetrieb unterhalb von 1.000 Höhenmetern stattfindet, EuGH, Urteil vom 14. Juli 2022 – C-128/20, juris, 2. Leitsatz und Rn. 70; zuletzt EuGH, Urteil vom 21. März 2023 - C-100/21 = BeckRS 2023, 4652), das Verwaltungsgericht Schleswig dem gefolgt ist (Urteil vom 20. Februar 2023 - 3 A 113/18, juris) und das KBA möglicherweise mittlerweile eine anderweitige Auskunft erteilen würde, ändert an der vorstehenden Beurteilung nichts. Denn für diese sind die damaligen, vor Erwerb des am 29. November 2016 erstmals zum Verkehr zugelassenen Fahrzeuges liegenden, Vorstellungen und Erkenntnisse maßgeblich.

(eee) Soweit der Vortrag der Klägerin so zu verstehen sein sollte, dass das Thermofenster eine hinreichende Abgasreinigung nur auf dem Prüfstand bewirkt und sonst nicht, was unmittelbar als vorsätzliche sittenwidrige Schädigung einzuschätzen wäre (dazu BGH, Urteil vom 25. Mai 2020 – VI ZR 252/19, juris, Rn. 16), wäre der Vortrag der Klägerin dazu jedenfalls prozessual unbeachtlich. Die Klägerin darf nicht willkürlich, aufs Geratewohl und ohne greifbare Anhaltspunkte Behauptungen aufstellen (BGH, Urteil vom 26. Juni 2023 – VIa ZR 335/21, juris Rn. 53). Dafür, dass der Temperaturbereich ab dem die AGR zurückgefahren ist in einer Weise auf die Prüfstandsbedingungen ausgerichtet ist, die erreicht, dass die AGR (nahezu) nur auf dem Prüfstand aktiv ist, gibt es keinen Anhaltspunkt. Dagegen spricht bereits, dass die für das Prüfverfahren zugelassenen Temperaturen zwischen 20 und 30 Grad Celsius häufig auch außerhalb des Prüfverfahrens vorkommen. Davon abgesehen gibt es auch keinen Anhaltspunkt dafür, dass die AGR schon ab 20 Grad Celsius reduziert wird. Auch die Klägerin nennt keinen Beleg für solch ein Betriebsverhalten der AGR, sondern geht von einer Reduzierung der AGR (erst) ab 7 Grad Celsius aus.

(2) Darüber hinaus fehlt es auch an dem erforderlichen Schädigungsvorsatz.

(a) Allein aus der – unterstellten – objektiven Unzulässigkeit des Thermofensters folgt kein Vorsatz hinsichtlich der Schädigung der Klägerin als Fahrzeugkäuferin. Im Hinblick auf die unsichere Rechtslage ist nicht dargetan, dass die für die Beklagte zu 1 handelnden Personen die Schädigung des Klägers gekannt bzw. vorausgesehen und in ihren Willen aufgenommen, jedenfalls aber für möglich gehalten und billigend in Kauf genommen haben (BGH, Urteil vom 16. September 2021 – VII ZR 190/20, juris, Rn. 32; BGH, Beschluss vom 29. September 2021 – VII ZR 126/21, BeckRS 2021, 33038, Rn. 24).

(b) Vorsätzliches Handeln der Beklagten zu 1 war auch nicht aufgrund der Auskunft des KBA vom 27. Januar 2023 festzustellen.

Bei der Mitteilung des KBA, dass das streitgegenständliche Fahrzeug eine unzulässige Abschaltvorrichtung hinsichtlich des Emissionsverhaltens aufweise, die zu einem Rückruf geführt habe, der auf eine Beanstandung des SCR-Systems gestützt werde, handelt es sich um eine ausschließlich objektive Tatsache, der jedes subjektiv-wertende, für die Qualifizierung eines Verhaltens als sittenwidrig bzw. vorsätzlich erforderliche Element fehlt. Allein aus dieser Mitteilung kann mithin nicht auf vorsätzliches Handeln der Beklagten zu 1 geschlossen werden.

(c) Schließlich ist das Fahrzeug auch nicht vom Strafbefehl des Amtsgerichts Böblingen (Az. 266 Js 48965/21) erfasst, wie aus der vom Senat eingeholten Auskunft der Staatsanwaltschaft Stuttgart vom 15. Januar 2024 folgt. Auch dies spricht gegen ein vorsätzliches Handeln.

bb) Die Klägerin kann einen Anspruch auch nicht aus § 823 Abs. 2 BGB in Verbindung mit § 263 StGB herleiten.

Für einen Betrug im Sinne von § 263 StGB fehlt es vorliegend bereits an der tatbestandlich erforderlichen vorsätzlichen Täuschung (s. oben aa)). Zudem fehlt es beim streitgegenständlichen Erwerb eines Gebrauchtwagens von einem Dritten an der Bereicherungsabsicht und der in diesem Zusammenhang erforderlichen Stoffgleichheit des erstrebten rechtswidrigen Vermögensvorteils mit einem etwaigen Vermögensschaden (vgl. näher BGH, Urteil vom 30. Juli 2020 – VI ZR 5/20, juris, Rn. 18 ff.).

cc) Ein Anspruch aus § 823 Abs. 2 BGB in Verbindung mit §§ 6 Abs. 1, 27 Abs. 1 EG-FGV kommt ebenfalls nicht in Betracht.

(1) Unter Aufgabe seiner bisherigen ständigen Rechtsprechung (BGH, Urteil vom 25. Mai 2020 – VI ZR 252/19, juris, Rn. 72 ff.) nimmt der Bundesgerichtshof gemäß den Vorgaben des EuGH in dessen Urteil vom 21. März 2023 (Rechtssache C-100/21) nun zwar an, dass das Interesse, durch den Abschluss eines Kaufvertrags über ein Kraftfahrzeug nicht wegen eines Verstoßes des Fahrzeugherstellers gegen das europäische Abgasrecht eine Vermögenseinbuße im Sinne der Differenzhypothese zu erleiden, nach der gebotenen unionsrechtlichen Lesart von § 823 Abs. 2 BGB in Verbindung mit §§ 6 Abs. 1, 27 Abs. 1 EG-FGV geschützt wird (BGH, Urteil vom 26. Juni 2023 - VIa ZR 335/21, juris, Rn. 32).

(2) Allerdings hat der Bundesgerichtshof weiter (unter Aufrechterhaltung seiner bisherigen Rechtsprechung) dargelegt, dass die europarechtlichen Vorschriften nicht die Erstattung des Kaufpreises abzüglich eventuell angewachsener (Nutzungs-) Vorteile gegen Herausgabe des Fahrzeugs, also die Zuerkennung des großen Schadensersatzes gewähren, wie ihn die Klägerin begehrt und das Landgericht ihr zugesprochen hat (vgl. BGH, Urteil vom 26. Juni 2023 - VIa ZR 335/21, juris, Rn. 23).

b) Wenn die Anträge der Klägerin so verstanden werden, dass sie den Rechtsstreit auch gegenüber der Beklagten zu 1 teilweise (Freistellungsantrag und Antrag auf Feststellung des Annahmeverzugs) einseitig für erledigt erklärt hat, ist der darin zu sehende Erledigungsfeststellungsantrag in Ermangelung einer begründeten Klage im Zeitpunkt des erledigenden Ereignisses unbegründet. Denn der Klägerin stand aus den dargelegten Gründen zu keinem Zeitpunkt ein Anspruch gegen die Beklagte zu 1 auf Erstattung des großen Schadensersatzes zu.

c) Mangels Hauptforderung kann die Klägerin auch keinen Anspruch auf Zahlung von vorgerichtli-

chen Rechtsanwaltskosten und Zinsen herleiten.

B. Anschlussberufung der Klägerin gegenüber der Beklagten zu 1

Die Anschlussberufung der Klägerin ist unzulässig.

Soweit die Klägerin erstmals durch Schriftsatz vom 23. November 2023 angekündigt hatte, dass hilfsweise die Zahlung vom 10.430,10 € beantragt werde und sie in der mündlichen Verhandlung vom 7. Februar 2024 klargestellt hat, dass sich dieser Antrag (allein) gegen die Beklagte zu 1 richtet und sie entsprechend auch in der letzten mündlichen Verhandlung beantragt hat, hat die Klägerin diesen Antrag nicht zulässig in das Berufungsverfahren eingeführt.

Durch den Verzicht auf den einschränkenden Zusatz einer Verurteilung nur Zug um Zug gegen Übereignung und Herausgabe des Fahrzeugs, hat die Klägerin ihr Begehren über die erstinstanzliche Zug um Zug-Verurteilung hinaus zu ihren Gunsten erweitert (vgl. BGH, Urteil vom 11. September 2023 - VIa ZR 83/22, BeckRS 2023, 27835, Rn. 15). Dies setzte entweder eine zulässige eigene Berufung der Klägerin oder zumindest eine fristgemäße Anschlussberufung voraus. Die Klägerin hat selbst gegenüber der Beklagten zu 1 keine Berufung gegen das landgerichtliche Urteil eingelegt. Zwar mögen die klägerischen Anträge insoweit nicht ganz eindeutig sei; die Klägerin hat aber ausdrücklich in ihrer Berufungsbegründung vom 23. November 2020 klargestellt, dass sie mit ihrer Berufung ihr Begehren allein gegenüber der Beklagten zu 2 weiter verfolge und sie das Urteil des Landgerichts nur insoweit zur Überprüfung stelle, als dass es Ansprüche gegen die Beklagte zu 2 abgelehnt hat (vgl. Bl. 29 BA), sie sich also nicht gegen die teilweise Abweisung von Ansprüchen gegen die Beklagte zu 1 wehrt. Bei interessengerechter Auslegung (vgl. BGH, Urteil vom 11. September 2023 - VIa ZR 83/22, BeckRS 2023, 27835, Rn. 15 und Urteil vom 10. Oktober 2022 – VIa ZR 652/21, juris, Rn. 9) hat die Klägerin zwar durch die Änderung ihrer Anträge mit Schriftsatz vom 23. November 2023 eine Anschließung an die Berufung der Beklagten zu 1 im Sinne von § 524 Abs. 1 Satz 2 ZPO vorgenommen. Eine ausdrückliche Erklärung, es werde Anschlussberufung eingelegt, war nicht erforderlich (vgl. BGH, Urteil vom 7. Juli 2020 – XI ZR 320/18, Rn. 19, juris). Die Anschlussberufung ist allerdings unzulässig, weil die Anschlussschrift nach Ablauf der ordnungsgemäß gesetzten Frist zur Berufungserwiderung gemäß § 524 Abs. 2 Satz 2 ZPO eingereicht worden ist. Der Klägerin ist mit Verfügung des Vorsitzenden vom 8. März 2021 – zugestellt am 9. April 2021 – eine Frist von zwei Monaten „ab Zustellung dieser Verfügung“ zur Erwiderung auf die Berufungsbegründung gesetzt worden. Die Fristsetzung war auch ordnungsgemäß. Das aus § 329 Abs. 2 Satz 2 ZPO folgende Erfordernis der Zustellung ist eingehal-

ten worden. Die Verfügung enthält auch die nach §§ 524 Abs. 3 Satz 2, 521 Abs. 2 Satz 2, 277 Abs. 2 ZPO vorgeschriebene Belehrung des Berufungsbeklagten. Schließlich ist die Verfügung durch den Vorsitzenden elektronisch signiert worden. Die Anschlussschrift ging erst am 23. November 2023 beim Oberlandesgericht Stuttgart ein.

C. Berufung der Klägerin gegenüber der Beklagten zu 2

Die Berufung der Klägerin gegenüber der Beklagten zu 2 hat Erfolg. Sie kann einen vertraglichen Anspruch auf Rückabwicklung des Kaufvertrags herleiten, wobei sie sich allerdings einen Abzug für gezogene Nutzungen und den erzielten Veräußerungserlös entgegenhalten lassen muss (1.). Ein Anspruch auf die geltend gemachten Finanzierungskosten besteht ebenfalls (2.). Der Erledigungsfeststellungsantrag ist begründet (3.). Ein Anspruch auf die von der Klägerin geltend gemachten Nebenforderungen besteht teilweise (4.).

1. Der Klägerin steht aus §§ 346 Abs. 1, 323 Abs. 1, 437 Nr. 2 BGB gegen die Beklagte zu 2 ein Anspruch auf Zahlung von 26.597,14 € (Rückzahlung des Kaufpreises abzüglich gezogener Nutzungen und Veräußerungserlös) zu.

a) Die Klägerin hat am 24. März 2018 mit der Beklagten zu 2 einen Kaufvertrag über das streitgegenständliche Fahrzeug geschlossen.

b) Das Fahrzeug wies zum Zeitpunkt der Übergabe an die Klägerin einen Sachmangel im Sinne von § 434 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 BGB a.F. auf.

aa) § 434 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 BGB a.F. findet auf den Streitfall Anwendung. Die mit Wirkung zum 1. Januar 2022 aufgrund der Warenkauf-Richtlinie geänderte Fassung des § 434 BGB gilt gemäß Art 229 § 58 EGBGB erst für Kaufverträge, die am 1. Januar 2022 oder später geschlossen werden/wurden, also nicht für den am 24. März 2018 erfolgten streitgegenständlichen Vertragschluss.

bb) Zum maßgeblichen Zeitpunkt lag ein Sachmangel vor.

(1) Eine Sache ist gemäß § 434 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 BGB a.F. frei von Sachmängeln, wenn sie sich für die gewöhnliche Verwendung eignet und eine Beschaffenheit aufweist, die bei Sachen der gleichen Art üblich ist und die der Käufer nach der Art der Sache erwarten kann.

(2) Dies war bei Übergabe des Fahrzeugs an die Klägerin nicht der Fall.

(a) Ein Fahrzeug ist nicht frei von Sachmängeln, wenn bei Übergabe an den Käufer eine - den Stickoxidausstoß auf dem Prüfstand gegenüber dem normalen Fahrbetrieb reduzierende - Abschaltvorrichtung im Sinne von Art. 3 Nr. 10 VO 715/2007 /EG installiert ist, die gemäß Art. 5 Abs. 2 Satz 1 VO 715/2007 /EG unzulässig ist. Denn dies hat zur Folge, dass dem Fahrzeug die Eignung für die gewöhnliche Verwendung im Sinne von § 434 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 BGB a.F. fehlt, weil die Gefahr einer Betriebsuntersagung durch die für die Zulassung zum Straßenverkehr zuständige Behörde (§ 5 Abs. 1 Fahrzeug-Zulassungsverordnung – FZV) besteht und somit bei Gefahrübergang der weitere (ungestörte) Betrieb des Fahrzeugs im öffentlichen Straßenverkehr nicht gewährleistet ist (vgl. BGH, Beschluss vom 8. Januar 2019 - VIII ZR 225/17, juris, Rn. 17 ff.).

(b) So liegt es im Streitfall im Hinblick auf das SCR-System.

Nach Abschluss der Beweisaufnahme steht zur Überzeugung des Senats fest, dass es sich bei der in dem Fahrzeug verwendeten Ad-Blue-Dosierungsstrategie um eine unzulässige Abschaltvorrichtung im Sinne von Art. 3 Nr. 10, Art. 5 Abs. 2 Satz 1 VO (EG) Nr. 715/2007 handelt. Diese Feststellung folgt aus den Ausführungen des KBA in dessen Auskunft vom 27. Januar 2023, die sich der Senat nach eigenverantwortlicher Prüfung und Würdigung zu eigen macht.

(aa) Das KBA teilt mit, dass das Fahrzeug für die Abgasnachbehandlung per SCR-Katalysator zwei unterschiedliche Regelstrategien (Modi) hinsichtlich der Eindüsung von AdBlue wähle, welches die Stickoxide (NOx) reduziere. Dies sei zwar grundsätzlich nicht unzulässig und werde von vielen Herstellern angewendet. Während unter Bedingungen, wie sie auch für die Typprüfung vorgegeben seien, nach Motorstart ein vergleichsweise effektiver Modus genutzt werde, werde nach dem Erreichen einer bestimmten Stickoxidmasse nach Ablauf des Prüfzyklus dauerhaft ein weniger effektiver Modus genutzt. Eine Nutzung des effektiveren Modus erfolge danach nicht mehr, sondern erst nach Motorneustart. Dies werde als unzulässige Abschaltvorrichtung bewertet.

(bb) Dies stellt auch nach Überzeugung des Senats eine unzulässige Abschaltvorrichtung im oben genannten Sinne dar.

(aaa) Diese Funktionsbeschreibung erfüllt die Voraussetzungen einer Abschaltvorrichtung gemäß Art. 3 Nr. 10 VO (EG) 715/2007. Denn die Wirkung des Emissionskontrollsystems wird verringert, indem nach dem Motorstart in einen vergleichsweise effektiveren Modus geschaltet wird, wohingegen nach dem Erreichen unter anderem einer bestimmten Stickoxidmasse nach Ablauf des Prüfzyklus dauerhaft in einen weniger effektiven Modus geschaltet wird. Die von der Beklagten zu 1 gewählte Steuerung des SCR-Katalysators ist immer, d. h. unter Bedingungen aktiv, wie sie beim üblichen Fahrbetrieb zu erwarten sind. Unerheblich ist, ob die festgelegte Grenze an Stick-

oxidemissionen, die zu einer Absenkung der Schwellenwerte führt, bei einer Vielzahl von kurzen Fahrten nicht erreicht wird. Es reicht, dass sie bei längeren Fahrten erreicht wird, die zu dem üblichen Betrieb eines Fahrzeugs gehören (s. hierzu auch OLG Schleswig, Urteil vom 2. Januar 2024 – 7 U 57/23, BeckRS 2024, 3 Rn. 31 und Urteil vom 8. Dezember 2023 – 1 U 105/20, BeckRS 2023, 35465 Rn. 86).

(bbb) Diese Abschaltvorrichtung ist auch unzulässig im Sinne von Art. 5 Abs. 2 Satz 1 VO (EG) 715/2007. Die Voraussetzungen der in Art. 5 Abs. 2 Satz 2 VO (EG) 715/2007 genannten Ausnahmetatbestände, unter denen eine Abschaltvorrichtung ausnahmsweise zulässig ist, lassen sich dem Vortrag der hierfür darlegungs- und beweisbelasteten Beklagten zu 2 (vgl. dazu BGH, Urteil vom 26. Juni 2023 – VIa ZR 335/21, juris, Rn. 54), die sich insoweit ausdrücklich den Vortrag der Beklagten zu 1 zu eigen gemacht hat, nicht entnehmen.

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

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

Notwendig im Sinne dieses Ausnahmetatbestandes ist eine Abschaltvorrichtung zum Motorschutz zudem nur dann, wenn zum Zeitpunkt der EG-Typgenehmigung dieser Einrichtung oder des mit ihr ausgestatteten Fahrzeugs keine andere technische Lösung zur Verfügung gestanden hatte, um unmittelbare Risiken für den Motor in Form von Beschädigung oder Unfall abzuwenden, die beim Fahren eines Fahrzeugs eine konkrete Gefahr hervorrufen (EuGH, Urteil vom 14. Juli

2022 - C-145/20, Rn. 80 und Urteil vom 14. Juli 2022, C-134/20, Rn. 81, jeweils juris). Mit der alternativen Technik einhergehende Mehrkosten für den Hersteller fallen dabei nicht ins Gewicht (EuGH, Urteil vom 14. Juli 2022 - C-145/20 Rn. 77, 78 und Urteil vom 14. Juli 2022, C-128/20, Rn. 66, 67, jeweils juris). Um notwendig im Sinne von Art. 5 Abs. 2 Satz 2 lit. a VO (EG) 715/2007 zu sein, darf es sich zudem nicht so verhalten, dass die Abschaltvorrichtung unter normalen Betriebsbedingungen den überwiegenden Teil des Jahres funktionieren müsste, damit der Motor vor Beschädigung oder Unfall geschützt und der sichere Betrieb des Fahrzeugs gewährleistet wäre (EuGH, Urteil vom 21. März 2023 – C-100/21, juris, Rn. 65 f.).

Dem von der Beklagten zu 2 zu eigen gemachten Vortrag der Beklagten zu 1 lassen sich diese Anforderungen nicht entnehmen. Die von der Beklagten zu 1 angeführten Gefahren des Ammoniak-Schlupfes erfüllen die Ausnahmetatbestandsvoraussetzungen des Art. 5 Abs. 2 Satz 2 lit. a VO (EG) 715/2007 nicht. Unter Ammoniak-Schlupf versteht die Beklagte zu 1 die Überdosierung von AdBlue mit der Folge, das überschüssige Ammoniak aus dem Auspuff austritt. Diesem Phänomen möchte die Beklagte zu 1 mit der AdBlue-Dosierungsstrategie ausweislich ihres Vortrags entgegenwirken. Hierin liegt kein Aspekt des Motorschutzes bzw. zur sicheren Gewährleistung des Betriebs des Fahrzeugs. Andere Gefahren als diejenige des Ammoniak-Schlupfes benennt die Beklagte zu 1 und auch die Beklagte zu 2 in ihrem eigenen Vortrag in diesem Zusammenhang nicht.

(cc) Ob auch das Thermofenster eine unzulässige Abschaltvorrichtung darstellt, kann nach alledem dahinstehen.

cc) Der Sachmangel ist auch nicht unerheblich im Sinne von § 323 Abs. 5 Satz 2 BGB.

Nach der Rechtsprechung des EuGH kann die Tatsache, dass ein Fahrzeug mit einer Abschaltvorrichtung ausgerüstet ist, deren Verwendung nach Art. 5 Abs. 2 der Verordnung Nr. 715/2007 verboten ist, nicht als geringfügige Vertragswidrigkeit im Sinne von Art. 3 Abs. 6 der RL 1999/44 angesehen werden (EuGH, Urteil vom 14. Juli 2022 - C-145/20, BeckRS 2022, 166620, Rn. 97). Der BGH hat in der Folge dargelegt, dass diese Rechtsprechung bei der Auslegung und Anwendung von § 323 Abs. 5 Satz 2 BGB zu berücksichtigen ist (BGH, Urteil vom 9. November 2022 – VIII ZR 272/20, juris, Rn. 56 f.). Dem schließt sich der Senat an, weshalb eine unerhebliche Pflichtverletzung im Sinne von § 323 Abs. 5 Satz 2 BGB im Streitfall ausscheidet.

c) Weiter hat die Klägerin die gemäß § 349 BGB erforderliche Rücktrittserklärung in der Klageschrift vom 29. März 2019 abgegeben.

d) Vor dem Rücktritt hat die Klägerin der Beklagten zu 2 auch die nach § 323 Abs. 1 BGB erforderliche angemessene Frist zur Nacherfüllung im außergerichtlichen Schreiben vom 8. Oktober 2018 erfolglos gesetzt.

aa) Die Fristsetzung war angemessen und nicht zu kurz bemessen.

Bei der Angemessenheit handelt es sich um einen unbestimmten Rechtsbegriff, dessen Konkretisierung nach den Umständen des Einzelfalls zu erfolgen hat (vgl. BeckOK/Looschelders, BGB, Stand: 01.02.2024, § 323 BGB Rn. 162). Vorliegend hat die Klägerin der Beklagten zu 2 über drei Wochen Zeit zur Nacherfüllung bis 31. Oktober 2018 gewährt, was auch die Beklagte zu 2 nicht als zu kurz beanstandet hat. Zudem ist Rechtsfolge einer zu kurz bemessenen Frist nicht die Unwirksamkeit des Rücktritts, sondern setzt diese eine angemessene Frist in Lauf (BGH, Versäumnisurteil vom 12. August 2009 – VIII ZR 254/08, juris, Rn. 11).

bb) Die Fristsetzung ist auch hinsichtlich des SCR-Systems erfolgt.

(1) Es ist anerkannt, dass der Rücktritt als solcher keiner Begründung bedarf, sondern allein das Vorliegen eines Rücktrittsgrundes im Zeitpunkt der Rücktrittserklärung ausreicht. Allerdings setzt die wirksame Ausübung des Rücktrittsrechts bezüglich des konkret geltend gemachten Sachmangels gemäß §§ 437 Ziff. 2 Fall 1, 323 Abs. 1 BGB ein Nacherfüllungsverlangen mit Fristsetzung voraus, bei mehreren Sachmängeln also bezüglich jeden Mangels gesondert (BeckOGK/Looschelders, BGB, Stand: 01.11.2023, § 323 BGB Rn. 153). Dem steht nicht entgegen, dass auch ein Nachschieben von Rücktrittsgründen bis zum Schluss der mündlichen Verhandlung grundsätzlich zulässig ist. Denn wenn es an dem Erfordernis des Nacherfüllungsverlangens mit Fristsetzung bezüglich des nachgeschobenen Rücktrittsgrundes fehlt, so ist der Käufer insoweit nicht zum Rücktritt berechtigt.

(2) Das SCR-System ist Gegenstand der Fristsetzung im außergerichtlichen Schreiben vom 8. Oktober 2018, weshalb die Klägerin den Rücktritt hierauf stützen kann.

cc) Die Fristsetzung ist auch hinreichend bestimmt.

Im Kaufrecht muss der Käufer bei einer Fristsetzung zur Nacherfüllung deutlich machen, ob er Nachbesserung oder Ersatzlieferung verlangt oder die Wahl entgegen § 439 Abs. 1 dem Verkäufer überlässt (BeckOGK/Looschelders, BGB, Stand: 01.11.2023, § 323 BGB Rn. 153).

Dem genügt die Fristsetzung im außergerichtlichen Schreiben vom 8. Oktober 2018. Entgegen der Auffassung der Beklagten zu 2 fehlt es nicht an der Ordnungsgemäßheit der Fristsetzung,

weil die Klägerin von vornherein das Aufspielen eines Software-Updates verweigert habe und damit zur Entgegennahme der Nacherfüllung nicht bereit gewesen sei.

Zum einen stand es der Klägerin aus den dargelegten Gründen offen, Nacherfüllung in Form einer Ersatzlieferung zu verlangen. Zum anderen hat die Klägerin gar nicht eine Nacherfüllung in Form der Nachbesserung, auch nicht durch ein Software-Update, verweigert. Dies ergibt eine Auslegung des vorgerichtlichen Schreibens vom 8. Oktober 2018 gemäß §§ 133, 157 BGB (vgl. hierzu MüKo/Ernst, BGB, 9. Auflage, § 323 BGB Rn. 66). Die Klägerin macht in diesem Schreiben Ausführungen dazu, dass „eine Nachbesserung durch ein Softwareupdate nicht kurzfristig zu einer Lösung führen“ werde. Dies stellt lediglich eine Prognose dar, dass ein Software-Update möglicherweise nicht erfolversprechend sein könnte. Die Ablehnung eines Software-Updates liegt hierin aber nicht.

dd) Die Fristsetzung ist erfolglos geblieben. Die Beklagte zu 2 hat innerhalb der Frist keine Nacherfüllung angeboten.

e) Der Anspruch auf Nacherfüllung aus §§ 437 Nr. 1, 439 Abs. 1 BGB war zum Zeitpunkt der Rücktrittserklärung auch nicht verjährt und damit der Rücktritt nicht gemäß § 218 Abs. 1 Satz 1 BGB unwirksam.

aa) Es gilt im Streitfall eine einjährige Verjährungsfrist ab Ablieferung des Fahrzeugs

Die Parteien haben die Gebrauchtwagen-Verkaufsbedingungen des Zentralverbandes Deutsches Kraftfahrzeuggewerbe e.V. Stand: 11/2015 (Anlage B 1, Bl. 210 ff. d.A.) zum Gegenstand des Vertrags gemacht. Damit haben sie die dort geregelte einjährige Verjährungsfrist ab Ablieferung des Fahrzeugs vereinbart.

Bedenken gegen die Wirksamkeit der Klausel werden von der Klägerin nicht geäußert und sind auch sonst nicht ersichtlich. § 309 Nr. 8 lit. b ff BGB wurde beachtet. Danach darf die Erleichterung nicht zu einer weniger als ein Jahr betragenden Verjährungsfrist (ab dem gesetzlichen Fristbeginn gem. § 438 Abs. 2 BGB) führen.

bb) Die einjährige Verjährungsfrist war zum Zeitpunkt der Rücktrittserklärung noch nicht abgelaufen.

(1) Nachdem das streitgegenständliche Fahrzeug der Klägerin am 29. März 2018 übergeben worden war, trat grundsätzlich eine Verjährung des Nacherfüllungsanspruchs mit Ablauf des 29. März 2019 ein (§ 188 Abs. 2 BGB). Und die Rücktrittserklärung als empfangsbedürftige Willenser-

klärung ist der Beklagten zu 2 erst mit Zustellung der Klageschrift am 11. Mai 2019 zugegangen.

(2) Die Verjährung des Nacherfüllungsanspruchs ist aber durch Rechtsverfolgung gehemmt worden, so dass dieser zum Zeitpunkt des Zugangs der Rücktrittserklärung am 11. Mai 2019 noch nicht verjährt war.

(a) Eine Hemmungswirkung ist eingetreten.

(aa) Die Hemmungswirkung folgt im Streitfall zwar nicht allein aus § 204 Abs. 1 Nr. 1 BGB.

Die Klägerin hat mit der Klageschrift von der Beklagten zu 2 nicht Nacherfüllung verlangt, sondern die Rückabwicklung des Kaufvertrags begehrt.

Die Erhebung einer Klage hemmt die Verjährung nach § 204 Abs. 1 Nr. 1 BGB aber nur für Ansprüche in der Gestalt und in dem Umfang, wie sie mit der Klage geltend gemacht werden (st. Rspr. des BGH, vgl. BGH, Urteil vom 29. April 2016 – VIII ZR 180/14, juris, Rn. 17 = BGHZ 205, 151 (für das Verhältnis Rücktritt zu Minderung); Urteil vom 8. Mai 2007 - XI ZR 278/06, juris, Rn. 15). Danach betrifft der von der Klägerin verfolgte Anspruch auf Rückabwicklung des Kaufvertrags wegen Rücktritts einen anderen Streitgegenstand als ein Anspruch auf Nacherfüllung und konnte daher die Klageschrift nicht den Anspruch auf Nacherfüllung gemäß § 204 Abs. 1 Nr. 1 BGB hemmen.

(bb) Die Voraussetzungen des § 213 Alt. 1 BGB sind allerdings gegeben, weshalb aus diesem Grund eine Hemmung der Verjährung eingetreten ist.

Diese Regelung erstreckt die - gemäß § 204 Abs. 1 Nr. 1 BGB auf den gerichtlich geltend gemachten Rückgewähranspruch beschränkte - Hemmung der Verjährung in ihren Wirkungen auch auf den Nacherfüllungsanspruch. Denn § 213 BGB dehnt die Wirkung verjährungshemmender Maßnahmen (§§ 203 ff. BGB) auch auf Ansprüche aus, „die aus demselben Grunde wahlweise neben dem Anspruch oder an seiner Stelle gegeben sind“. Für den Fall einer Klageerhebung bedeutet dies, dass sich unter den genannten Voraussetzungen die gemäß § 204 Abs. 1 Nr. 1 BGB auf den Streitgegenstand beschränkte Hemmungswirkung auch auf nicht streitgegenständliche Ansprüche erstreckt, soweit diese wahlweise neben oder alternativ zu dem verfolgten Anspruch bestehen BGH, Urteil vom 29. April 2016 – VIII ZR 180/14, juris, Rn. 21 = BGHZ 205, 151). Deswegen greift die Vorschrift des § 213 BGB in diesen Fällen immer dann ein, wenn die Verjährung von Ansprüchen in Frage steht, die sich hinsichtlich des Klageantrags oder hinsichtlich des der Klage zugrunde liegenden Lebenssachverhalts von dem geltend gemachten prozessualen

Anspruch unterscheiden (BGH, Urteil vom 29. April 2016 – VIII ZR 180/14, juris, Rn. 21 = BGHZ 205, 151).

Nach alledem werden von der in § 213 Alt. 1 BGB angeordneten Erstreckung der Wirkung verjährungshemmender oder den Neubeginn der Verjährung auslösender Maßnahmen ohne Einschränkung sämtliche in §§ 437, 634 BGB aufgeführten kauf- und werkvertraglichen Nacherfüllungs- und Gewährleistungsrechte, die auf demselben Mangel beruhen, erfasst (BGH, Urteil vom 29. April 2016 – VIII ZR 180/14, juris, Rn. 30 = BGHZ 205, 151 m.w.N.) und damit auch die im Streitfall auf demselben Sachmangel beruhenden Nacherfüllungs- und Rückabwicklungsansprüche.

(b) Die Hemmung der Verjährung gemäß §§ 204 Abs. 1 Nr. 1, 213 Alt. 1 BGB ist bereits mit Einreichung der Klageschrift am 29. März 2019 und damit vor Eintritt der Verjährung erfolgt, § 167 ZPO, auch wenn die Klageschrift der Beklagten zu 2 erst am 11. Mai 2019 zugestellt wurde.

(aa) Die Dauer von fast 6 Wochen zwischen Einreichung und Zustellung der Klageschrift steht einer Anwendung von § 167 ZPO nicht entgegen.

(aaa) Aus Gründen des Vertrauensschutzes für den Adressaten, muss die Zustellung „demnächst“ erfolgen. Das heißt, sie muss in einem angemessenen zeitlichen Abstand zum Fristende vorgenommen werden. Das erfordert zunächst eine, auf den Einzelfall zu beziehende, zeitliche Bewertung. Eine absolute Obergrenze gibt es dabei nicht (BGH Urteil vom 21. März 2022 – VIa ZR 275/21, juris, Rn. 17). Dies gilt auch bei mehrmonatigen Verzögerungen (BGH, Urteil vom 12. September 2019 – IX ZR 262/18, juris, Rn. 23: Verzögerung von über vier Monaten).

Allerdings ist nicht nur eine zeitliche Betrachtung anzustellen. Die Partei muss alles Zumutbare veranlassen, damit die Zustellung ohne Verzögerung ausgeführt werden kann. Die der Partei zuzurechnenden Verzögerungen müssen sich dabei in einem vertretbaren Rahmen halten (BGH, Urteil vom 10. Juli 2015 – V ZR 154/14, juris, Rn. 8 f.). Verzögerungen im Zustellungsverfahren, die durch eine fehlerhafte Sachbehandlung des Gerichts verursacht sind, muss sich die Partei aber grundsätzlich nicht zurechnen lassen (BGH Urteil vom 21. März 2022 – VIa ZR 275/21, juris, Rn. 17).

Die vom Gericht angeforderte Vorschusszahlung für die Klage- bzw. Mahnbescheidszustellung darf nicht unangemessen lange (in der Regel über zwei Wochen hinaus) verzögert werden (BGH, Urteil vom 3. September 2015 – III ZR 66/14, juris, Rn. 15). Bei der Berechnung der noch hinnehmbaren Verzögerung von zwei Wochen kommt es bei der Einzahlung des Kostenvorschusses nicht auf die Zeitspanne zwischen der Aufforderung zur Einzahlung der Gerichtskosten

und deren Eingang bei der Gerichtskasse, sondern darauf an, um wie viele Tage sich der für die Zustellung der Klage ohnehin erforderliche Zeitraum infolge der Nachlässigkeit eines Klägers verzögert hat (BGH, Urteil vom 3. September 2015 – III ZR 66/14, juris, Rn. 15). Einer Partei ist in der Regel eine Erledigungsfrist von einer Woche zur Einzahlung des angeforderten Vorschusses zugestehen (BGH, Urteil vom 10. Dezember 2019 – II ZR 281/18, juris, Rn. 11).

(bbb) Vorliegend wurde der Vorschuss am 23. April 2019 angefordert und am 29. April 2019 eingezahlt. Damit kann dahinstehen, wann genau die Vorschussanforderung bei den klägerischen Prozessbevollmächtigten eingegangen ist. Die Klägerin hat in jedem Fall die Erledigungsfrist von einer Woche gewahrt hat.

(ccc) Es folgt im Streitfall auch aus einer unterlassenen Nachfrage bei Gericht nichts anderes.

Bleibt die Vorschussanforderung durch das Gericht generell aus, darf die Partei aber nicht untätig bleiben, sondern sie muss nachfragen (BGH, Versäumnisurteil vom 25. September 2015 – V ZR 203/14, juris, Rn. 13). Ungeklärt ist in der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs, ab wann genau eine Obliegenheit zur Nachfrage besteht. Nach Auffassung des 6. Zivilsenats (BGH, Beschluss vom 2. Mai 2017 – VI ZR 85/16, juris, Rn. 18) liege ein Zeitraum von genau fünf Wochen „noch knapp innerhalb jenes Zeitraums“, der noch keine Nachfrageobliegenheit begründet. Der 3. Zivilsenat (BGH, Beschluss vom 5.11.2014 – III ZR 559/13, juris, Rn. 16) vertritt die Auffassung, dass die Frist längstens sechs Wochen betrage.

Vorliegend ging die Klageschrift am 29. März 2019 beim Landgericht ein und wurde der Vorschuss am 23. April 2019 angefordert. Nach beiden Auffassungen traf die Klägerin daher noch keine Nachfrageobliegenheit.

(bb) Die Klägerin hat nach alledem durch die gemäß § 167 ZPO auf den Zeitpunkt ihrer Einreichung (29. März 2018) zurückwirkende Erhebung der Klage auf Rückabwicklung gemäß §§ 213, 204 Abs. 1 Nr. 1 BGB auch die Verjährung des Nacherfüllungsanspruchs gehemmt.

f) Der Einwand der Beklagten zu 2, dass der Klägerin kein Schaden entstanden sei, ist im Rahmen des Rückabwicklungsschuldverhältnisses gemäß § 346 BGB unerheblich. Denn dieses setzt keinen Schaden voraus. Der von der Klägerin vereinnahmte Rückkaufspreis ist nach der gesetzlichen Regelung vielmehr (lediglich) im Rahmen von § 346 Abs. 2 BGB zu berücksichtigen (hierzu sogleich unter h)).

g) Dass zwischenzeitlich auf das streitgegenständliche Fahrzeug ein Software-Update aufge-

spielt ist, das alle unzulässigen Abschaltvorrichtungen beseitigt habe, ist entgegen der Auffassung der Beklagten zu 2 für den vertraglichen Rückabwicklungsanspruch unerheblich. Denn allein maßgeblich nach der gesetzlichen Regelung ist ein Mangel bei Gefahrübergang. Es geht - anders als bei Schadensersatzansprüchen - nicht um einen Schaden, der durch ein Update beseitigt sein könnte.

h) Der Klägerin steht aufgrund der Rückabwicklung des Kaufvertrags ein Anspruch gegen die Beklagte zu 2 auf Zahlung von 26.597,74 € zu.

aa) Im Ausgangspunkt steht der Klägerin gegen die Beklagte zu 2 ein Anspruch auf Rückzahlung des Kaufpreises in Höhe von 69.534,00 € zu.

bb) Die Klägerin hat allerdings die gezogenen Nutzungen gemäß § 346 Abs. 1 BGB in Höhe von 5.354,11 € herauszugeben.

(1) Was die Berechnung der Nutzungsentschädigung anbelangt, so hält es der Senat für sachgerecht, diese Vorteile gemäß § 287 ZPO auf Schätzbasis anhand der üblichen Formel für gezogene Nutzungen (nämlich Bruttokaufpreis x gefahrene Kilometer / erwartete Restlaufleistung des Fahrzeugs im Erwerbszeitpunkt) zu bemessen. Dabei hält der Senat vorliegend die Annahme einer Gesamtfahrleistung von 250.000 km für angemessen (vgl. auch Urteil des Senats vom 12. März 2021 - 23 U 728/21, juris, Rn. 19), woraus eine Restlaufleistung von 207.234 km folgt. Denn das Fahrzeug wies zum Zeitpunkt des Erwerbs eine Laufleistung von 42.766 km auf.

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

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

(2) Die Nutzungen betragen demnach 5.354,11 € ((69.534,00 € x 15.957 gefahrene km) : 207.234 km Restleistung).

cc) Weiter trifft die Klägerin gemäß § 346 Abs. 2 BGB eine Pflicht zum Wertersatz in Höhe von 37.582,15 €. Denn diesen Betrag hat sie durch die Veräußerung des Fahrzeugs an die Beklagte zu 2 (Rückgabe zum vereinbarten Rücknahmewert) erlangt.

dd) Aus der Addition des Veräußerungserlöses und der Nutzungen ergibt sich ein Betrag von 42.936,26 €. Dieser ist vom Kaufpreis in Höhe von 69.534,00 € in Abzug zu bringen, so dass sich ein Zahlbetrag in Höhe von 26.597,74 € ergibt. Gemäß § 348 Satz 1 BGB sind zwar die wechselseitigen Rückgewähransprüche Zug um Zug zu erfüllen und es erfolgt keine automatische Saldierung (vgl. auch BGH, Urteil vom 30. Juni 2017 – V ZR 134/16, juris, Rn. 13). Zu einer Saldierung kommt es aber, wenn die Aufrechnung ausdrücklich oder durch eine entsprechende Antragstellung konkludent erklärt wird (BGH, Urteil vom 20. Februar 2008 - VIII ZR 334/06, juris, Rn. 3, 23). So liegt es im Streitfall. Die Beklagte zu 2 hat sich ausdrücklich darauf berufen, dass ein entsprechender Abzug zu erfolgen hat.

2. Darüber hinaus kann die Klägerin aus §§ 280 Abs. 1, 3, 281 BGB gegen die Beklagte zu 2 einen Anspruch auf die geltend gemachten Finanzierungskosten in Höhe von 3.940,00 € herleiten. Eine Frist zur Nacherfüllung wurde - wie dargelegt - gesetzt. Der Höhe nach sind die Finanzierungskosten unstrittig.

3. Der Erledigungsfeststellungsantrag ist im Hinblick auf den Freistellungsantrag, nicht aber bezüglich des Antrags auf Feststellung des Annahmeverzugs begründet.

a) Der Freistellungsantrag war zum Zeitpunkt des erledigenden Ereignisses begründet. Denn bei Rückführung des Darlehens bestand aus den in Ziffer 1. genannten Gründen ein Anspruch auf Freistellung von den Darlehensverbindlichkeiten bei der Mercedes-Benz Bank AG.

b) Im Hinblick auf den Antrag auf Feststellung des Annahmeverzugs liegt es so aber nicht.

Am 26. Oktober 2018, den die Klägerin als Beginn des Annahmeverzugs annimmt, konnte schon deswegen kein Annahmeverzug eintreten, weil die Klägerin das Fahrzeug der Beklagten zu 2 noch gar nicht angeboten, sondern Nachbesserung verlangt hat. Annahmeverzug konnte frühestens mit der Zustellung der Klageschrift eintreten, die ein solches Angebot enthielt. Aber sowohl in der Klageschrift als auch später im Prozess hat die Klägerin durchgängig die Zahlung eines deutlich höheren Betrags verlangt, als sie hätte beanspruchen können. Sie hat sich zwar nicht gegen die Anrechnung einer Nutzungsentschädigung gewehrt, diese aber unter Zugrundelegung einer deutlich zu hohen Gesamtleistung von 500.000 km errechnet (vgl. oben 1., h). Ein zur Begründung von Annahmeverzug auf Seiten der Beklagten zu 2 geeignetes Angebot ist unter diesen Umständen nicht gegeben (vgl. BGH, Urteil vom 25. Mai 2020 - VI ZR 252/19, juris, Rn. 85 = BGHZ 225, 316; BGH, Urteil vom 20. April 2021 - VU ZR 521/19, juris, Rn. 7).

4. Ein Anspruch auf die von der Klägerin geltend gemachten Nebenforderungen besteht teilweise.

a) Sie kann einen Anspruch auf Prozesszinsen aus §§ 291, 288 Abs. 1 BGB herleiten.

b) Ein Anspruch auf vorgerichtliche Rechtsanwaltskosten besteht hingegen nicht.

Ob eine vorprozessuale anwaltliche Zahlungsaufforderung eine Geschäftsgebühr nach Nr. 2300 VV-RVG auslöst oder als der Vorbereitung der Klage dienende Tätigkeit nach § 19 Abs. 1 Satz 2 Nr. 1 RVG zum Rechtszug gehört und daher mit der Verfahrensgebühr nach Nr. 3100 VV-RVG abgegolten ist, ist eine Frage des Innenverhältnisses, nämlich der Art und des Umfangs des im Einzelfall erteilten Mandats. Erteilt der Mandant den unbedingten Auftrag, im gerichtlichen Verfahren tätig zu werden (vgl. Vorbemerkung 3 Abs. 1 Satz 1 VV RVG), lösen bereits Vorbereitungs-handlungen die Gebühren für das gerichtliche Verfahren aus, und zwar auch dann, wenn der Anwalt zunächst nur außergerichtlich tätig wird. Für das Entstehen der Geschäftsgebühr nach Nr. 2300 VV-RVG ist dann kein Raum mehr. Anders liegt es, wenn sich der Auftrag nur auf die außergerichtliche Tätigkeit des Anwalts beschränkt oder der Prozessauftrag jedenfalls unter der aufschiebenden Bedingung erteilt wird, dass zunächst vorzunehmende außergerichtliche Einigungsversuche erfolglos bleiben. Ein lediglich (aufschiebend) bedingt für den Fall des Scheiterns des vorgerichtlichen Mandats erteilter Prozessauftrag steht der Gebühr aus Nr. 2300 VV-RVG nicht entgegen (vgl. zum Ganzen, BGH, Urteil vom 22. Juni 2021 - VI ZR 353/20, juris, Rn. 7).

Im Streitfall hat die Klägerin schon nicht schlüssig dargetan, ihre Prozessbevollmächtigten zunächst lediglich mit ihrer außergerichtlichen Vertretung beauftragt oder ihnen einen nur bedingten

Prozessauftrag erteilt zu haben.

III.

Die Kostenentscheidung beruht auf §§ 91 Abs. 1 Satz 1, 92 Abs. 2 Nr. 1, 97 Abs. 1 ZPO. Die Entscheidung über die vorläufige Vollstreckbarkeit folgt aus §§ 708 Nr. 10, 711, 709 Satz 2 ZPO.

Die Voraussetzungen, die § 543 ZPO für die Zulassung der Revision aufstellt, sind nicht erfüllt. Das Urteil ergeht auf der Basis der höchstrichterlichen Rechtsprechung. Die Sache hat weder grundsätzliche Bedeutung noch erfordert die Fortbildung des Rechts oder die Sicherung der Einheitlichkeit der Rechtsprechung die Zulassung der Revision.

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

