



Beglaubigte Abschrift



Oberlandesgericht Dresden

Zivilsenat

Landgericht Chemnitz, 2 O 735/20

Verkündet am: 11.01.2024

gez. Koch, Justizobersekretärin
Urkundsbeamtin der Geschäftsstelle

IM NAMEN DES VOLKES

URTEIL

In dem Rechtsstreit

- Kläger und Berufungskläger -

Prozessbevollmächtigte:

Hahn Rechtsanwälte Partnerschaft, Marcusallee 38, 28359 Bremen,

gegen

Mercedes-Benz Group AG, Mercedesstraße 137, 70327 Stuttgart

vertreten durch den Vorstand

- Beklagte und Berufungsbeklagte -

Prozessbevollmächtigte:

Rechtsanwälte **Latham & Watkins LLP**, Reuterweg 20, 60323 Frankfurt am Main, Gz.:

wegen Schadensersatz

hat der 11a. Zivilsenat des Oberlandesgerichts Dresden durch

Vorsitzenden Richter am Oberlandesgericht Dieker,
Richterin am Oberlandesgericht Schaaf und
Richterin am Oberlandesgericht Berger

aufgrund der mündlichen Verhandlung vom 23.11.2023

für Recht erkannt:

1. Auf die Berufung des Klägers wird - unter Zurückweisung der weitergehenden Berufung - das Urteil des Landgerichts Chemnitz vom 02.10.2020, 2 O 735/20, teilweise abgeändert und insgesamt wie folgt neu gefasst:

Die Beklagte wird verurteilt, an den Kläger 3.130,00 € nebst Zinsen i.H.v. fünf Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 15.11.2023 zu zahlen.

Im Übrigen wird die Klage abgewiesen.

2. Von den Kosten des Verfahrens beider Instanzen tragen der Kläger 9/10 und die Beklagte 1/10.
3. Dieses Urteil ist vorläufig vollstreckbar.
4. Die Revision wird nicht zugelassen.

Gründe:

I.

Der Kläger macht Schadenersatzansprüche geltend im Zusammenhang mit der behaupteten Abgasmanipulation seines Fahrzeuges.

Der Kläger erwarb mit Rechnung vom 18.05.2017 bei [REDACTED] in Chemnitz für 31.300,00 € einen am 17.07.2012 erstzugelassenen Mercedes Benz CLS 350 CDI, ausgestattet mit dem Motor OM 642 der Euronorm 5 und einer Laufleistung von 58.000 km. Die Abgasrückführung erfolgt unter anderem temperaturgesteuert mittels eines sog. Thermofensters. Außerdem ist eine Kühlmittel-Solltemperaturregelung (im Folgenden: KSR) enthalten, die den Kühlmittelkreislauf künstlich kalt hält, die Aufwärmung des Motoröls damit verzögert und so dafür sorgt, dass weniger Stickstoffemissionen auftreten. Sie wird von verschiedenen Faktoren beeinflusst (Zeit, Warm- oder Kaltstart, Motoröltemperatur, Außentemperatur und Umgebungsdruck). Einem Rückruf des Kraftfahrt-Bundesamtes (KBA) unterliegt das Fahrzeug nicht.

Wegen der Darstellung des Sachverhalts und des erstinstanzlichen Vortrags wird auf die angefochtene Entscheidung Bezug genommen.

Das Landgericht hat die Klage mit Urteil vom 02.10.2020 abgewiesen.

Gegen diese Entscheidung wendet sich der Kläger mit seiner Berufung. Er wiederholt seinen erstinstanzlichen Vortrag. Das Thermofenster führe bei niedrigen Temperaturen zu einer Reduzierung der Abgasreinigung bis hin zur Abschaltung. So sei bei einer Temperatur von +7° C die AGR bereits um 48 % reduziert. Hierbei handele es sich ebenso um eine unzulässige Abschaltvorrichtung wie bei der KSR, deren Bedienung dazu führe, dass sie im wesentlichen nur auf dem Prüfstand aktiv sei. Dies sei auch daran zu ersehen, dass das Fahrzeug die gesetzlichen Grenzwerte zwar auf dem Prüfstand, nicht aber im Straßenverkehr einhalte. Hierdurch habe die Beklagte den Kläger in sittenwidriger Weise geschädigt. Zumindest aber habe sie eine fehlerhafte Übereinstimmungsbescheinigung erstellen lassen und damit gegen den Kläger schützende Vorschriften verstoßen, weshalb sie ihm den hilfsweise geltend gemachten Differenzschadensersatz schulde, der angesichts der festgestellten Abschaltvorrichtungen mit mindestens 15 % des Kaufpreises zu bemessen sei.

Nachdem der Kläger zunächst seine erstinstanzlichen Anträge - unter teilweiser Verringerung des Anspruchs auf Freistellung und entsprechender Erhöhung des Zahlungsanspruchs - weiterverfolgt hat, hat er das Fahrzeug während des Berufungsverfahrens am 09.05.2022 zu einem Preis von 14.000,00 € weiterverkauft.

Der Kläger beantragt zuletzt sinngemäß,

das Urteil des Landgerichts Chemnitz vom 02.10.2020, [REDACTED] aufzuheben und

1. die Beklagte zu verurteilen, an ihn 14.627,65 EUR nebst Zinsen in Höhe von fünf Prozentpunkten über dem jeweiligen Basiszinssatz seit Rechtshängigkeit zu zahlen;
2. die Beklagte weiter zu verurteilen, an ihn die außergerichtlichen Rechtsanwaltskosten in Höhe von 1.590,91 EUR nebst Zinsen in Höhe von fünf Prozentpunkten über dem jeweiligen Basiszinssatz seit Rechtshängigkeit zu zahlen,

hilfsweise,

die Beklagte zu verurteilen, an ihn 4.695,00 EUR nebst Zinsen in Höhe von fünf Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit Rechtshängigkeit zu zahlen.

Hinsichtlich der übrigen Berufung erklärt er den Rechtsstreit für erledigt.

Die Beklagte beantragt,

die Berufung zurückzuweisen.

Die Beklagte verteidigt die angegriffene Entscheidung. Der Umstand, dass das KBA zum Fahrzeug des Klägers keinen Rückruf angeordnet habe, belege, dass das Fahrzeug nicht über unzulässige Abschaltvorrichtungen verfüge. Es gebe keine manipulative Prüfstandserkennung. Die Regelung der Kühlmittelsolltemperatur finde in gleicher Weise sowohl auf dem Prüfstand als auch im realen Straßenverkehr statt. Für die Einhaltung der Grenzwerte auf dem Prüfstand sei sie nicht erforderlich. Das Thermofenster verbessere in einem wesentlichen Teil der Fahrten im Straßenbetrieb das Emissionsverhalten und sei Industriestandard gewesen. Die AGR sei im streitgegenständlichen Fahrzeug auch bei zweistelligen Minusgraden noch aktiv. Die Übereinstimmungsbescheinigung sei zutreffend. Sofern in der temperaturabhängigen Steuerung des Abgasreinigungssystems eine unzulässige Abschaltvorrichtung gesehen werde, komme eine Haftung der Beklagten deshalb nicht in Betracht, weil davon auszugehen sei, dass das KBA die Typgenehmigung auch in Kenntnis der tatsächlichen Gegebenheiten erteilt hätte (hypothetische Genehmigung). Dasselbe gelte hinsichtlich der KSR. Ein etwaiger Differenzschaden sei im Übrigen durch die gezogenen Nutzungen und den Restwert des Fahrzeugs aufgezehrt. Der Kläger habe sein Fahrzeug unter Wert weiterverkauft.

Wegen der Einzelheiten des Sach- und Streitstandes sowie wegen des Vorbringens der Beteiligten wird auf die Gerichtsakten nebst Anlagen sowie auf das Protokoll der mündlichen Verhandlung vom 23.11.2023 Bezug genommen.

II.

Die zulässige Berufung des Klägers hat im tenorierten Umfang Erfolg. Der Kläger hat keinen Anspruch auf den in der Hauptsache begehrten großen Schadenersatz nebst Feststellung des Annahmeverzuges der Beklagten bei der Rücknahme des streitbefangenen Fahrzeuges. Allerdings sind im Fahrzeug des Klägers unzulässige Abschaltvorrichtungen verbaut. Dem Kläger ist unter Berücksichtigung der ihm aus der Nutzung des Fahrzeuges erwachsenen Vorteile sowie des Restwertes ein Schaden in Form des hilfsweise geltend gemachten Differenzschadens i.H.v. 3.130,00 € verblieben, den er noch gegenüber der Beklagten realisieren kann.

1.

Der Kläger ist aktivlegitimiert. Eine Abtretung etwaiger Schadensersatzansprüche gegen die Beklagte an die Mercedes-Benz Bank AG liegt jedenfalls nach der Veräußerung des Fahr-

zeugs durch den Kläger, der unstreitigen Ablösung des Darlehens und des Rückfalls der Sicherungsrechte an den Kläger nicht mehr vor. Sie dürfte im Übrigen auch an seiner Befugnis, Ansprüche aus unerlaubter Handlung gegen die Beklagte geltend zu machen, nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs nichts ändern, weil die vereinbarte Sicherungsabtretung sämtlicher Ansprüche gegen die im vierten Spiegelstrich der als Anlage K 1b (dort S. 7) vorgelegten Darlehensbedingungen der Mercedes-Benz AG ausdrücklich und speziell benannte Beklagte mit Ausnahme etwaiger Gewährleistungsansprüche aus Kaufvertrag einer Inhaltskontrolle nicht standhält und unwirksam ist (BGH, Urteil vom 24.04.2023, VIa ZR 1517/22, Rn 11). Auch für eine Abtretung etwaiger Ansprüche an den Erwerber des Fahrzeugs gibt es keine Anhaltspunkte. Der Senat hat in der mündlichen Verhandlung darauf hingewiesen, dass die vom Kläger vorgelegte Kopie des Weiterverkaufsvertrages keine Hinweise auf zusätzlich vereinbarte AGB enthält.

2.

Der Kläger hat keinen Anspruch gegen die Beklagte auf den begehrten großen Schadenersatz aus § 826 BGB i.V.m. § 31 BGB.

2.1

Nach § 826 BGB ist zum Ersatz des Schadens verpflichtet, wer einem anderen in einer gegen die guten Sitten verstoßenden Weise vorsätzlich Schaden zufügt. Sittenwidrig in diesem Sinne 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. Dafür genügt es im Allgemeinen nicht, dass der Handelnde eine Pflicht verletzt und einen Vermögensschaden hervorruft. Vielmehr muss eine besondere Verwerflichkeit seines Verhaltens hinzutreten, die sich aus dem verfolgten Ziel, den eingesetzten Mitteln, der zutage getretenen Gesinnung oder den eingetretenen Folgen ergeben kann. Schon zur Feststellung der Sittenwidrigkeit kann es daher auf Kenntnisse, Absichten und Beweggründe des Handelnden ankommen, die die Bewertung seines Verhaltens als verwerflich rechtfertigen. Die Verwerflichkeit kann sich auch aus einer bewussten Täuschung ergeben. Insbesondere bei mittelbaren Schädigungen kommt es ferner darauf an, 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 (BGH, Urteil vom 25.05.2020, VI ZR 252/19, Rn. 15 m.w.N.). Erforderlich ist eine Gesamtbetrachtung des Verhaltens des Schädigers bis zum Schadenseintritt.

Darlegungs- und beweisbelastet für das Vorliegen der tatbestandlichen Voraussetzungen des

§ 826 BGB ist der Kläger. Ein Sachvortrag genügt zur Begründung eines Anspruchs, 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. Das Gericht muss anhand des Parteivortrages beurteilen können, ob die gesetzlichen Voraussetzungen für die an eine Behauptung geknüpften Rechtsfolge erfüllt sind. Genügt das Parteivorbringen diesen Anforderungen an die Substantiierung, kann der Vortrag weiterer Einzelheiten, die etwa den Zeitpunkt oder den Vorgang bestimmter Ereignisse betreffen, nicht verlangt werden; es ist dann Sache des Tatrichters, bei der Beweisaufnahme die benannten Zeugen nach Einzelheiten zu befragen, die ihm für die Zuverlässigkeit der Bekundungen erforderlich erscheinen. In diesem Zusammenhang ist auch zu berücksichtigen, welche Angaben einer Partei zumutbar und möglich sind. Falls sie keinen Einblick in die Geschehensabläufe hat und ihr die Beweisführung deshalb erschwert ist, darf sie auch vermutete Tatsachen unter Beweis stellen. Sie ist grundsätzlich nicht gehindert, Tatsachen zu behaupten, über die sie keine genauen Kenntnisse hat, die sie aber nach Lage der Dinge für wahrscheinlich hält. Die Ablehnung eines angebotenen Beweises für eine grundsätzlich erhebliche Tatsache ist nur zulässig, wenn sie so ungenau bezeichnet ist, dass ihre Erheblichkeit nicht beurteilt werden kann oder wenn sie ohne greifbare Anhaltspunkte für das Vorliegen eines bestimmten Sachverhaltes willkürlich ins Blaue hinein aufgestellt worden ist, mithin aus der Luft gegriffen ist und sich deshalb als Rechtsmissbrauch darstellt. Bei der Annahme von Willkür in diesem Sinne ist allerdings Zurückhaltung geboten; in der Regel wird sie nur bei Fehlen jeglicher Anhaltspunkte vorliegen (vgl. BGH, Urteil vom 04.10.2018, III ZR 213/17, Rn. 26 m.w.N.; bestätigt z.B. im Urteil vom 26.06.2023, VIa ZR 335/21, Rn. 53).

Die Beklagte trifft eine sekundäre Darlegungslast, wenn und soweit der Kläger keine nähere Kenntnis der maßgeblichen Umstände und auch keine Möglichkeit zur weiteren Sachaufklärung hat, während die Beklagte alle wesentlichen Tatsachen kennt und es ihr unschwer möglich und zumutbar ist, nähere Angaben zu machen. Ob und inwieweit die nicht darlegungsbelastete Beklagte ihren Sachvortrag substantzieren muss, lässt sich nur aus dem Wechselspiel von Vortrag und Gegenvortrag bestimmen, wobei die Ergänzung und Aufgliederung des Sachvortrages bei hinreichendem Gegenvortrag immer zunächst Sache der darlegungs- und beweispflichtigen Partei ist (ausführlich: BGH, Urteil vom 08.03.2021, VI ZR 505/19, Rn. 22, 25ff). Die Anforderungen an die Substanziierungslast der Beklagten hängen zunächst davon ab, wie substantziiert der darlegungspflichtige Kläger vorgetragen hat. In der Regel genügt gegenüber einer Tatsachenbehauptung des darlegungspflichtigen Klägers das einfache Bestreiten des Beklagten. Im Rahmen einer ausgelösten sekundären Darlegungslast obliegt es der Beklagten gegebenenfalls auch, Nachforschungen zu unternehmen, wenn ihr dies zumutbar

ist (ausführlich: BGH, Urteil vom 20.07.2021, VI ZR 152/20, Rn. 15f; auch: BGH, Urteil vom 04.08.2022, III ZR 230/20, Rn. 19; Beschluss vom 13.01.2022, VII ZR 491/21, Rn. 26 [in den dort zu entscheidenden Fällen jeweils im Ergebnis verneint]).

2.2

Ein Automobilhersteller handelt gegenüber dem Fahrzeugkäufer sittenwidrig, wenn er entsprechend seiner grundlegenden strategischen Entscheidung im eigenen Kosten- und Gewinninteresse unter bewusster Ausnutzung der Arglosigkeit der Erwerber, die die Einhaltung der gesetzlichen Vorgaben und die ordnungsgemäße Durchführung des Typgenehmigungsverfahrens als selbstverständlich voraussetzen, Fahrzeuge mit einer Motorsteuerung in Verkehr bringt, deren Software bewusst und gewollt so programmiert ist, dass die gesetzlichen Abgasgrenzwerte nur auf dem Prüfstand beachtet, im normalen Fahrbetrieb hingegen überschritten werden, und damit unmittelbar auf die arglistige Täuschung der Typgenehmigungsbehörde abzielt. Ein solches Verhalten steht einer unmittelbaren arglistigen Täuschung der Fahrzeugerber in der Bewertung gleich (z.B.: BGH, Urteil vom 25.11.2021, VII ZR 238/20; Rn. 19, so auch im Urteil vom 19.01.2021, VI ZR 433/19, Rn. 14, dieses ausdrücklich bestätigt im Urteil vom 26.06.2023, VIa ZR 335/21, Rn. 48).

2.3

Dass solche bzw. vergleichbare Umstände in Bezug auf konkret das Fahrzeug des Klägers und den hier verbauten Motor vorliegen, kann anhand des Vorbringens des Klägers nicht festgestellt werden.

Vom Kläger ist in Ansehung der eingangs genannten Anforderungen an die Darlegung der anspruchsbegründenden Tatsachen dabei nur zu fordern, dass er greifbare Umstände anführt, auf die er den Verdacht gründet, sein Fahrzeug weise eine oder mehrere in sittenwidriger Schädigungsabsicht implementierte unzulässige Abschaltvorrichtungen auf (BGH, Beschluss vom 28.01.2020, VIII ZR 57/19, Rn. 10). Auch unter Berücksichtigung dieses Maßstabes trägt der Vortrag des Klägers sein Begehren nicht oder gibt dem Senat Anlass für den Eintritt in eine Beweiserhebung. Soweit das Vorliegen einer Abschaltvorrichtung zwischen den Parteien unstrittig ist bzw. der Kläger hierzu hinreichend substantiiert zum Vorliegen solcher vorgetragen hat, fehlt es jedenfalls an greifbaren Anhaltspunkten für das Vorliegen der weiter erforderlichen tatbestandlichen Voraussetzungen einer sittenwidrigen Schädigung. Im Übrigen fehlt es bereits an greifbaren Anhaltspunkten für die behaupteten Abschaltvorrichtungen.

2.3.1

Aus dem Umstand, dass in dem streitbefangenen Fahrzeug ein Thermofenster implementiert ist, erwächst dem Kläger der in der Hauptsache geltend gemachte große Schadenersatzanspruch nicht.

Dass das Abgasreinigungssystem im Fahrzeug des Klägers außertemperaturabhängig gesteuert wird (Thermofenster), ist unstrittig. Die Beklagte hat sich zu den vom Kläger angegebenen Temperaturbereichen zunächst nicht konkret geäußert, sondern allgemein Vortrag dazu gehalten, dass die Abgasreinigung „auch bei zweistelligen Minusgraden noch aktiv“ sei, ohne auszuführen, in welchem Umfang eine Abrampung bzw. Abschaltung erfolgt. Mit Schriftsatz vom 15.11.2023 räumt sie eine schrittweise Reduzierung der Abgasrückführung unterhalb vom 10° C ein.

2.3.1.1

Die außenlufttemperaturabhängige Ausgestaltung der (Wirksamkeit der) Abgasrückführung stellt eine unzulässige Abschaltvorrichtung i.S.v. Art. 3 Nr. 10 i.V.m. Art. 5 Abs. 2 Satz 1 VO (EG) Nr. 715/2007 dar, wenn sie bereits unter den Bedingungen des normalen Fahrbetriebs die Wirksamkeit des Emissionskontrollsystems verringert. Maßstab für die Frage der Zulässigkeit einer Veränderung der Funktion des Emissionskontrollsystems ist dabei nicht die Einhaltung der Grenzwerte, sondern die Wirksamkeit des in seiner Gesamtheit unverändert funktionierenden Emissionskontrollsystems unter den Bedingungen des normalen Fahrbetriebes (BGH, Urteil vom 26.06.2023, VIa ZR 335/21, Rn. 51). Unter „normalem Fahrbetrieb“ in diesem Sinne ist die Verwendung des Fahrzeugs unter tatsächlichen Fahrbedingungen zu verstehen, wie sie im Unionsgebiet üblich sind (z.B.: EuGH, Urteil vom 14.07.2022, C-134/22, Rn. 46ff).

Der Senat geht nach dem Vortrag der Parteien von einer Bedatung des Thermofensters im streitbefangenen Fahrzeug aus, die jedenfalls eine Verringerung der Abgasrückführung bereits unter den Bedingungen (hier: Temperaturen) des normalen Fahrbetriebs bewirkt.

2.3.1.2

Der Beklagten obliegt die Darlegungs- und Beweislast dafür, dass die festgestellte Abschaltvorrichtung ausnahmsweise zulässig i.S.vom Art. 5 Abs. 2 Satz 2 der VO (EG) 715/2007 ist, weil die Verwendung einer Abschaltvorrichtung grundsätzlich unzulässig ist (vgl. BGH, Urteil vom 26.06.2023, VIa ZR 335/21, Rn. 53f). Dieser Darlegungslast hat die Beklagte mit ihrem Vortrag (Thermofenster sei nicht prüfstandsbezogen, notwendig, Industriestandard, vom KBA unbeanstandet) - auch mit dem Schriftsatz vom 15.11.2023 - nicht genügt.

2.3.1.3

Die Beurteilung des Thermofensters als unzulässige Abschaltvorrichtung rechtfertigt gleichwohl nicht die Annahme eines vorsätzlichen und sittenwidrigen Verhaltens. Es fehlt im vorliegenden Fall an greifbaren entsprechenden Anhaltspunkten für das Vorstellungsbild der für die Beklagte handelnden Personen. Der Senat folgt insoweit in ständiger Rechtsprechung der Auffassung des Bundesgerichtshofs hierzu, welcher ersichtlich hieran festhält (BGH, Urteil vom 26.06.2023, VIa ZR 335/21, Rn. 48).

Die Verwendung eines Thermofensters kommt zumindest abstrakt zum Schutz des Motors vor Beschädigung oder Unfall oder für den sicheren Betrieb des Fahrzeuges in Betracht (vgl. Art. 5 Abs. 2 Buchstabe a der VO [EG] Nr. 715/2007 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 20.07.2007). Das Thermofenster führt nicht von vornherein und gleichmäßig dazu, dass bei erkanntem Prüfstandbetrieb eine verstärkte Abgasrückführung aktiviert und der Stickoxidausstoß gegenüber dem normalen Fahrbetrieb reduziert wird, sondern arbeitet in beiden Fahrsituationen im Grundsatz in gleicher Weise. Damit handelt es sich nicht um eine prüfstandsbezogene Abschaltvorrichtung (z.B.: BGH, Urteil vom 16.09.2021, VII ZR 321/20), der Einsatz eines Thermofensters ist deshalb nicht von vornherein von Arglist geprägt (ausführlich z.B.: BGH, Beschluss vom 19.01.2021, VI ZR 433/19; Urteil vom 13.07.2021, VI ZR 128/20).

Vergleichbare Kriterien, die hier trotz fehlender Prüfstandsbezogenheit für die Sittenwidrigkeit des Handelns der Beklagten und deren Schädigungsabsicht streiten könnten, hat der Kläger nicht aufgezeigt und erkennt der Senat auch sonst nicht. Hinzutreten müsste in einem solchen Fall jedenfalls, dass die bei der Entwicklung und/oder Applikation entscheidungsverantwortlich handelnden Personen der Beklagten in dem Bewusstsein gehandelt hätten, eine illegale Abschaltvorrichtung zum Einsatz zu bringen und den Gesetzesverstoß billigend in Kauf zu nehmen. Fehlt es hieran, ist bereits der objektive Tatbestand der Sittenwidrigkeit nicht erfüllt (BGH, Beschluss vom 09.03.2021, VI ZR 889/20; Beschluss vom 29.09.2021, VII ZR 223/20). Solche Umstände hat der Kläger weder hinreichend dargetan, noch sind sie sonst ersichtlich. Nach dem am 22.04.2016 veröffentlichten Bericht der Untersuchungskommission Volkswagen des BMVI (BTDRs. 18/12900, siehe: www.bmvi.de/SharedDocs/DE/Anlage/VerkehrUndMobilitaet/Strasse/bericht-untersuchungskommission-volkswagen.pdf?__blob=publicationFile) wurden unterschiedlich bedatete Thermofenster bei einer Vielzahl von Dieselfahrzeugen zum Einsatz gebracht. Dies lässt darauf schließen, dass die Implementierung eines Thermofensters, auch wenn es tatsächlich nicht zum Motor- bzw. Betriebsschutz erforderlich gewesen wäre, jedenfalls in fahrlässiger Verkennung der Rechtslage erfolgt sein kann. Dies wiederum genügt für die Feststellung einer besonderen Verwerflichkeit des Verhaltens der Beklagten nicht (BGH,

Urteil vom 16.09.2021, VII ZR 286/20; Beschluss vom 16.09.2021, VII ZR 2/21). Zum Zeitpunkt des Inverkehrbringens des streitbefangenen Fahrzeuges (Erstzulassung 17.07.2012) kann insbesondere noch nicht davon ausgegangen werden, der Beklagten müsse bereits bewusst gewesen sein, dass die Annahme, das Thermofenster sei zulässig, (so) nicht haltbar sein würde. In dem vorgenannten Untersuchungsbericht ist die Auffassung des KBA zur Zulässigkeit des Einsatzes eines Thermofensters niedergelegt. Diesem zufolge war, Stand 2016, „... angesichts der Unklarheit des europäischen Rechts insbesondere bezogen auf den Ausnahmetatbestand des „Motorschutzes“ und das Kriterium der „normalen Betriebsbedingungen“ [...] jedoch [...] eine rechtssichere Beweisführung im Sinne einer eindeutigen Feststellung der Zulässigkeit oder Unzulässigkeit nicht möglich ...“ (ebenda, S. 527, 2. Absatz). In Anbetracht dieser Einschätzung war von der Beklagten im Jahr 2012 weder zu verlangen, eine solche eindeutige Feststellung zu treffen (der sie dann mit der Implementierung des Thermofensters zuwider gehandelt hätte), noch diese Problematik gegenüber den (potenziellen) Käufern zu kommunizieren (zu alledem z.B.: BGH, Beschluss vom 19.01.2021, VI ZR 433/19; Beschluss vom 09.03.2021, VI ZR 889/20; Urteil vom 13.07.2021, VI ZR 128/20; Urteil vom 16.09.2021, VII ZR 321/20; Urteil vom 16.09.2021, VII ZR 286/20; Beschluss vom 29.09.2021, VII ZR 126/21). Nach alledem kann jedenfalls der nötige Schädigungsvorsatz der für die Beklagte handelnden Mitarbeiter nicht festgestellt werden.

2.3.2

Im streitbefangenen Fahrzeug ist eine mithilfe eines „geregelten Kühlmittelthermostats“ wirkende „Kühlmittel-Solltemperatur-Regelung“ zum Einsatz gebracht worden. Auch das Vorhandensein der KSR begründet nach dem Vorbringen des Klägers einen Schadenersatzanspruch nach § 826 BGB nicht.

Bei der KSR handelt es sich um eine Software-Funktion mit einer speziellen Temperaturregelung, die unter bestimmten Bedingungen den Kühlmittelkreislauf künstlich kälter hält. Sie nimmt auf diese Weise Einfluss auf die - bei Kühlung verstärkte - Abgasreinigung. Die KSR schaltet sich abhängig von Zeit, Motorwärme, Motoröltemperatur, Außentemperatur und Umgebungsdruck ab. Die Beklagte hat den Vortrag des Klägers insoweit ausdrücklich bestätigt. Bestritten hat sie allerdings, dass die Funktion der KSR für die Einhaltung der NO_x-Grenzwerte im NEFZ ausschlaggebend sei. Der Umstand, dass die Abgasreinigung im klägerischen Fahrzeug - auch - mithilfe der KSR geregelt wird, ist daher im Folgenden als unstrittig i.S.vom § 138 Abs. 3 ZPO zugrunde zu legen.

2.3.2.1

Weil unstreitig durch die KSR die Emissionswerte des streitbefangenen Fahrzeuges beeinflusst werden, handelt es sich auch bei dieser Funktion um eine unzulässige Abschaltvorrichtung i.S.vom Art. 3 Nr. 10 der VO (EG) Nr. 715/2007. Die Beklagte hat eine Beeinflussung der Emissionswerte nicht in Abrede gestellt, sondern sich insoweit auf den Vortrag beschränkt, die KSR sei weder prüfstandsbezogen noch grenzwertrelevant. Sie arbeite im Straßenbetrieb unter denselben Bedingungen genauso wie auf dem Prüfstand und komme jeweils (nur) beim Kaltstart zum Einsatz. Ein dauerhafter Einsatz könne zu Motorschäden führen (vgl. Schriftsatz der Beklagten vom 22.03.2021, S. 33 ff). Die insoweit darlegungs- und beweisbelastete Beklagte hat mit diesem Vortrag nicht hinreichend dargestellt, warum die KSR ausnahmsweise zulässig i.S.vom Art. 5 Abs. 2 Satz 2 der VO (EG) 715/2007 sein sollte (s.o.: BGH, Urteil vom 26.06.2023, VIa ZR 335/21, Rn. 51). Auch nach Vortrag der Beklagten ist die KSR im NEFZ immer aktiv und reduziert damit die NOx-Emissionen auf dem Prüfstand. Im realen Fahrbetrieb dagegen wirkt die verbesserte Reinigungsleistung der KSR nur beim Start, nicht aber während der (gesamten) folgenden Fahrt. Die Darstellung von Nutzen und Gefahren der KSR reicht zur Darlegung der ausnahmsweisen Zulässigkeit nicht aus, ebensowenig die Feststellung, dass das KBA das Fahrzeug nicht zurückgerufen hat. Es ist unstreitig und auch dem Senat bekannt, dass das KBA bei der Beurteilung, ob eine unzulässige Abschaltvorrichtung vorliege, danach unterschieden hat, ob auch bei Deaktivierung der Funktion die Grenzwerte eingehalten werden. Diese Beurteilung ist allerdings mit Rücksicht auf den Wortlaut des Art. 3 Nr. 10 der Verordnung (EG) Nr. 715/2007 nicht zutreffend (vgl. BGH, Urteil vom 16.10.2023, VIa ZR 37/21, Rn 13).

2.3.2.2

Gleichwohl fehlt es nach dem Vortrag des Klägers an den weiter erforderlichen tatbestandlichen Voraussetzungen des § 826 BGB. Der Senat erkennt insbesondere (anders als in dem vom BGH mit Beschluss vom 21.09.2022, VII ZR 767/21, entschiedenen Fall) keine hinreichend greifbaren, den Anspruch tragenden oder zumindest Anlass zum Eintritt in eine Beweiserhebung bietenden Anhaltspunkte dafür, dass die Implementierung der KSR durch die Beklagte in besonders verwerflicher Weise und mit Schädigungsvorsatz erfolgte (so z.B. auch BGH, Urteil vom 26.04.2022, VI ZR 435/20, Rn. 25, betreffend sogar ein vom Rückruf des KBA wegen der KSR erfasstes Fahrzeug der Beklagten).

2.3.2.2.1

Es ist fraglich, ob hinreichend dargelegt ist, dass - was der Kläger behauptet und die Beklagte bestreitet - die KSR nicht prüfstandsbezogen aktiv ist.

Die prüfstandsbezogene Wirkung einer Abschaltvorrichtung würde ein Indiz für eine sittenwidrige Schädigungsabsicht der Beklagten darstellen (BGH, Beschluss vom 10.01.2023, VIII ZR 9/21; Beschluss vom 23.02.2022, VII ZR 602/21). Der Kläger hat allerdings hierfür keine hinreichenden Anhaltspunkte aufgezeigt. Er beschränkt sich auf die allgemeine Darstellung der Funktionsweise der KSR und die Behauptung, aus dem eigenen Vortrag der Beklagten ergebe sich, dass die KSR prüfstandsbezogen arbeite. Denn die Beklagte behauptete lediglich, die KSR werde auch im realen Straßenverkehr aktiv, wenn die gleichen Bedingungen vorlägen wie auf dem Prüfstand. Dies sei aber in der Realität nie der Fall. Der Kläger übersieht hier allerdings den bereits erstinstanzlich erfolgten umfassenden Vortrag der Beklagten zur Funktionsweise der KSR im Straßenbetrieb und verweist im Folgenden auf eine Vielzahl von Entscheidungen anderer Gerichte sowie auf den Umstand, dass die Beklagte die KSR in sämtlichen Fahrzeugtypen rechtswidrig programmiert habe. Hinreichend konkreten Sachvortrag zum Fahrzeug des Klägers enthält der Vortrag nicht. Ebenso wenig äußert sich der Kläger zur umfassenden Darstellung der Beklagten zur Funktionsweise der KSR und der fehlenden Prüfstandsbezogenheit in der Berufungserwiderung.

2.3.2.2.2

Anhaltspunkte, die trotz der fehlenden Prüfstandsbezogenheit für ein vergleichbar sittenwidriges Verhalten der Beklagten bei der Verwendung der KSR streiten könnten, hat der Kläger nicht aufgezeigt (vgl. hierzu insbesondere: BGH, Beschluss vom 29.09.2021, VII ZR 126/21; Beschluss vom 12.01.2022, VII ZR 424/21). Zum einen hat sich der Kläger nicht mit dem Vortrag der Beklagten dazu auseinandergesetzt, dass das KBA auch in Kenntnis der KSR für das klägerische Fahrzeug - anders als zu anderen Fahrzeugen der Beklagten - keinen Rückruf ausgesprochen hat. Zum anderen und vor allem hat sich der Kläger nicht mit den umfangreichen Angaben der Beklagten zu dem komplexen Zusammenspiel zwischen NOx- und sonstigen Emissionen des Motors und den in diesem Zusammenhang bestehenden - behaupteten - Vorteilen der KSR in der Warmlaufphase des Motors (insbesondere in der Berufungserwiderung, dort S. 23ff.) und deren Behauptung auseinandergesetzt, sie sei bei der Verwendung einem vertretbaren Rechtsverständnis gefolgt. Jedes dieser Argumente streitet jeweils für sich betrachtet gegen die Annahme einer objektiven und subjektiven Sittenwidrigkeit des Handelns der Beklagten. Der Kläger hat seinen diesbezüglichen Vortrag ausdrücklich mit der - vom Senat nicht gesehenen - Prüfstandsbezogenheit der KSR verknüpft und ansonsten lediglich pauschal behauptet, die für die Beklagten handelnden Personen hätten in dem Bewusstsein gehandelt, eine illegale Abschaltvorrichtung zu verwenden und diesen Gesetzesverstoß billigend in Kauf genommen zu haben.

2.3.2.2.3

Im Übrigen würde die Annahme der Sittenwidrigkeit bei der Verwendung der KSR - auch bei der Annahme einer Prüfstandsbezogenheit - jedenfalls daran scheitern, dass die Bedatung der KSR zur Überzeugung des Senats nicht grenzwertrelevant ist. Die gegenteilige Behauptung des Klägers findet in den von ihm vorgelegten Unterlagen keine hinreichende Stütze, diese bieten auch keinen hinreichenden Anlass zum Eintritt in eine Beweiserhebung.

Das Verhalten der Beklagten wäre nicht erforderlich gewesen, um die Typgenehmigung zu erlangen. Das KBA hat auch bis heute in Kenntnis der Applikationen zum klägerischen Fahrzeug keinen Rückruf veranlasst. Zu beachten ist hier insbesondere, dass das KBA - welches die Grenzwertrelevanz zu einem erklärten Kriterium machte für sein Handeln - auch die Fahrzeuge der Beklagten mittlerweile getestet und eine Reihe dieser Fahrzeuge auch wegen oder im Zusammenhang mit Bedatung und Wirkung der KSR zurückgerufen hat. Einen solchen Rückruf gibt es in Bezug auf das streitbefangene Fahrzeug nicht. Der Zeitablauf streitet mittlerweile hinreichend deutlich gegen eine Grenzwertrelevanz der KSR. Auch der Kläger selbst weist darauf hin, dass das KBA bei der Frage, ob ein Rückruf zu erfolgen hat, nach der Grenzwertkausalität unterscheidet; sei die KSR zwar aktiv, könne der Grenzwert des NEFZ aber auch bei deaktivierter KSR eingehalten werden, werde die Funktion als nicht unzulässig bewertet. (Schriftsatz vom 02.06.2022, S. 33). Vorliegend wurde eine Grenzwertüberschreitung offensichtlich nicht festgestellt.

Es ist nicht nur die Gesinnung der Verantwortlichen der Beklagten, sondern auch der objektive Inhalt der ergriffenen Maßnahmen in den Blick zu nehmen. Hier kann nicht unberücksichtigt bleiben, dass eine unzulässige Abschaltvorrichtung, die objektiv zur Erlangung der Typgenehmigung überflüssig war, weil auch ohne die täuschenden Handlungen im Rahmen des Prüfstandes auch in dem Modus, in dem das Fahrzeug im realen Straßenverkehr betrieben wird, die Grenzwerte im Prüfstand eingehalten würden und mithin objektiv kein Erfordernis für eine Täuschung der Zulassungsbehörden bestanden hat, nicht als so gravierend eingestuft werden kann, dass ihre Verwendung den schweren Vorwurf der vorsätzlichen sittenwidrigen Schädigung trägt. Nicht nur die Umwelt wurde weniger belastet als bei den Vorgängen um den EA 189-Motor des Volkswagen-Konzerns. Auch den Käufern solcher Fahrzeuge drohten nur weniger einschneidende Maßnahmen, da eine Stilllegungsverfügung der Aufsichtsbehörde hinsichtlich eines zwar nicht der Typgenehmigung entsprechenden, aber auch im „Straßenmodus“ genehmigungsfähigen Fahrzeugs unverhältnismäßig wäre. Der Senat stellt mithin letztlich darauf ab, dass rein objektiv das Fehlverhalten der Beklagten noch kein hinreichendes Ge-

wicht für den Vorwurf des § 826 BGB erreicht.

2.4

Aus vorstehenden Gründen ist auch keine teilweise Erledigung der Hauptsache eingetreten.

3.

Der hilfsweise geltend gemachte Anspruch auf Differenzschadenersatz hat in dem im Tenor ersichtlichen Umfang Erfolg. Er ist in § 823 Abs. 2 i.v.m. §§ 6 Abs.1 und 27 Abs. 1 EG-FGV begründet.

Nach § 823 Abs. 2 BGB ist zum Schadenersatz verpflichtet, wer gegen ein den Schutz eines anderen bezweckendes Gesetz verstößt. Die Ersatzpflicht tritt, sofern nicht gesetzlich im Einzelfall anderes bestimmt ist, nur im Falle des Verschuldens ein. Gemäß § 6 Abs. 1 EG-FGV hat der Inhaber der EG-Typgenehmigung eine Übereinstimmungsbescheinigung ("CoC-Papier") nach Artikel 18 in Verbindung mit Anhang IX der RL (EG) 2007/46 auszustellen und dem Fahrzeug beizufügen. Neue Fahrzeuge dürfen gemäß § 27 Abs. 1 EG-FGV nur mit dieser Übereinstimmungsbescheinigung in den (Rechts-)Verkehr (Zulassung, Verkauf und/oder Inbetriebnahme) gebracht werden.

3.1

Wie mittlerweile höchstrichterlich entschieden ist, sind die §§ 6 Abs.1 und 27 Abs. 1 EG-FGV Schutzgesetze i.S.vom § 823 Abs. 2 BGB, die auch dem Schutz der Einzelinteressen der Fahrzeugkäufer zu dienen bestimmt sind (EuGH, Urteil vom 21.03.2023, C-100/21; BGH, Urteil vom 26.06.2023, VIa ZR 335/21, Rn. 21).

3.2

Die Verwendung unzulässiger Abschaltvorrichtungen sowohl in Form eines Thermofensters als auch der KSR im streitbefangenen Fahrzeug erfüllt den sachlichen Anwendungsbereich der genannten Normen: Die von der Beklagten ausgestellte Übereinstimmungsbescheinigung beurkundet neben der (formellen) Übereinstimmung mit der EG-Typgenehmigung auch die Einhaltung aller im Zusammenhang mit der Erlangung dieser Typgenehmigung einzuhaltenen Rechtsakte, d.h. sie bestätigt die materiell-rechtliche Richtigkeit der EG-Typgenehmigung. Entgegen der erteilten Typgenehmigung allerdings ist, wie ausgeführt, das streitbefangene Fahrzeug mit unzulässigen Abschaltvorrichtungen i.S.vom Art. 3 Nr. 10, Art. 5 Abs. 2 VO (EG) 715/2007 - Thermofenster und KSR - ausgestattet. Die Übereinstimmungsbescheinigung ist also inhaltlich falsch. Der Senat macht sich insoweit die ausführliche Begründung des Bun-

desgerichtshofs im Urteil vom 26.06.2023, VIa ZR 335/21, Rn. 29 unter Bezugnahme auf EuGH, Urteil vom 21.03.2023, C-100/21, Rn. 80, zu eigen, auf die Bezug genommen wird.

3.3

Die Beklagte hat auch schuldhaft, jedenfalls fahrlässig, gehandelt.

3.3.1

Zwar trifft hinsichtlich des Verschuldens als anspruchsbegründender Voraussetzung gewöhnlich den Anspruchsteller die Darlegungs- und Beweislast. Jedoch muss derjenige, der - wie hier - gemäß § 823 Abs. 2 BGB objektiv ein Schutzgesetz verletzt hat, die Umstände darlegen und erforderlichenfalls beweisen, die geeignet sind, die daraus folgende Annahme seines Verschuldens in Form einer Fahrlässigkeit auszuräumen. Insofern besteht eine von der objektiven Schutzgesetzverletzung ausgehende Verschuldensvermutung (BGH, Urteil vom 26.06.2023, VIa ZR 335/21, Rn. 44, 59 m.w.N.). Dementsprechend muss der Fahrzeughersteller, wenn er eine Übereinstimmungsbescheinigung trotz der Verwendung einer unzulässigen Abschalt einrichtung ausgegeben und dadurch § 6 Abs. 1, § 27 Abs. 1 EG-FGV verletzt hat, Umstände darlegen und beweisen, die sein Verhalten ausnahmsweise nicht als fahrlässig erscheinen lassen. Zu messen ist das Verhalten der Beklagten an Systematik und Normverständnis des Art. 5 Abs. 2 VO (EG) Nr. 715/2007, wonach Abschalt einrichtungen grundsätzlich unzulässig sind und nur unter engen Voraussetzungen ausnahmsweise zulässig sein können (BGH, Urteil vom 26.06.2023, VIa ZR 335/21 Rn. 60 m.w.N.). Dies gilt in gleicher Weise im Zusammenhang mit der Erteilung einer EG-Übereinstimmungsbescheinigung auf der Grundlage einer (sonst) materiell-rechtlich unrichtigen EG-Typgenehmigung.

3.3.2

Diese Verschuldensvermutung hat die Beklagte nicht zu widerlegen und insbesondere einen unvermeidbaren Verbotsirrtum nicht darzulegen und nicht zu belegen vermocht.

Jedenfalls in Bezug auf die Verwendung der Abschalt einrichtung KSR fehlt es bereits an hinreichendem Vortrag der Beklagten zu dem Vorstellungsbild des Vorstandes der Beklagten zur Zulässigkeit dieser Abschalt einrichtung und dazu, auf der Grundlage welcher Überlegungen und eingeholter fachkundiger Informationen hierzu sie von einer Genehmigungsfähigkeit der KSR ausgegangen sein könnte. Darüber hinaus drängt sich für den Senat auf, dass die Beklagte von einer solchen Genehmigungsfähigkeit bei entsprechender Rückfrage beim KBA auch nicht hätte ausgehen können. Dies ergibt sich bereits daraus, dass das KBA nach Kenntnis von der KSR zu einer Vielzahl dieser Abschalt einrichtungen Nebenbestimmungen er-

lassen hat. Auch wenn das klägerische Fahrzeug - wegen der konkreten Bedatung der KSR - von einem amtlichen Rückruf nicht betroffen ist, so streiten die Beanstandungen des KBA doch hinreichend deutlich dagegen, dass die Beklagte einem unvermeidbaren Verbotsirrtum unterlegen gewesen sein könnte oder von einer hypothetischen Genehmigung hätte ausgehen können.

Auf die Frage, ob die Beklagte bei der Verwendung des Thermofensters im Jahr 2012 einem unvermeidbaren Verbotsirrtum unterlag, kommt es daneben entscheidungserheblich nicht an. Allerdings dürfte die Beklagte auch insoweit keinen hinreichenden Vortrag zum Vorstellungsbild ihres damaligen Vorstandes gehalten haben, um einen Irrtum annehmen zu können (vgl. hierzu OLG Karlsruhe, Urteil vom 22.08.2023, 8 U 271/21, Rn. 64ff, juris).

3.4

Der Kläger kann aus § 823 Abs. 2 BGB i.v.m. § 6 Abs. 1 und § 27 Abs. 1 EG-FGV nur einen Anspruch auf Differenzschadenersatz für sich herleiten. Ihm kann als Erwerber eines mit unzulässigen Abschaltvorrichtungen versehenen Fahrzeuges und folglich auch einer fehlerhaft ausgestellten Übereinstimmungsbescheinigung im Rahmen des § 823 Abs. 2 BGB lediglich ein Vermögensschaden nach Maßgabe der Differenzhypothese, also ein Differenzschaden, entstanden sein (BGH, Urt vom 26.06.2023, VIa ZR 335/21, Rn. 28ff; BGH, Urteil vom 23.06.2023, VIa ZR 1031/22, Rn. 24 [dort zur KSR]).

Der vom Kläger erlangbare Differenzschaden ermittelt sich anhand eines Vergleichs der infolge des haftungsbegründenden Ereignisses eingetretenen Vermögenslage mit der Vermögenslage, die ohne jenes Ereignis eingetreten wäre (BGH, Urteil vom 26.06.2023, VIa ZR 335/21, Rn. 40; Urteil vom 14.06.2012, IX ZR 145/11, Rn. 42). Ein Vermögensschaden des Käufers im Sinne der Differenzhypothese liegt vor, wenn dieser Vergleich der infolge des haftungsbegründenden Ereignisses eingetretenen Vermögenslage mit der Vermögenslage ohne das haftungsbegründende Ereignis ein rechnerisches Minus ergibt (BGH, Urteil vom 25.05.2020, VI ZR 252/19, Rn. 45) bzw. der objektive Wert des erworbenen Fahrzeuges hinter dem Kaufpreis zurückbleibt (BGH, Urteil vom 06.07.2021, VI ZR 40/20, Rn. 19). Der Geschädigte wird durch Gewährung des Differenzschadens wegen der Enttäuschung des Käufervertrauens so behandelt, als wäre es ihm in Kenntnis der wahren Sachlage und der damit verbundenen Risiken gelungen, den Vertrag zu einem niedrigeren Preis abzuschließen. Sein Schaden liegt daher in dem Betrag, um den er den Kaufgegenstand mit Rücksicht auf die mit der unzulässigen Abschaltvorrichtung verbundenen Risiken zu teuer erworben hat. Insofern unterscheidet sich

der Anspruch auf Ersatz eines Differenzschadens gemäß § 823 Abs. 2 BGB i.v.m. § 6 Abs. 1, § 27 Abs. 1 EGFGV nicht von dem unter den Voraussetzungen der §§ 826, 31 BGB auch zu gewährenden "kleinen" Schadensersatz (BGH, Urteil vom 06.07.2021, VI ZR 40/20, Rn. 16; BGH, Urteil vom 26.06.2023, VIa ZR 335/21, Rn 40).

3.5

Der dem Kläger entstandene Differenzschaden beziffert sich, betrachtet zum Zeitpunkt der mündlichen Verhandlung vor dem Senat am 23.11.2023, auf 3.130,00 €.

3.5.1

Die Schadensschätzung erfolgt nach § 287 Abs. 1 Satz 1 ZPO unter Würdigung aller Umstände nach freier Überzeugung des Senats. Mit der Einräumung der Befugnis der Schadensschätzung nimmt das Gesetz in Kauf, dass das Ergebnis der Schätzung die Wirklichkeit nicht vollständig abbildet, solange sie nur möglichst nahe an diese heranführt. Zu berücksichtigen sind bei Schadensschätzung alle wesentlichen Gesichtspunkte, die Erfahrungssätze und die Denkgesetze (BGH, Urteil vom 10.07.1984, VI ZR 262/82, Rn. 85f).

Die Schätzung des Differenzschadens unterliegt in den Fällen des Vertrauens eines Käufers auf die Richtigkeit der Übereinstimmungsbescheinigung bei Erwerb eines mit einer unzulässigen Abschalteinrichtung versehenen Kraftfahrzeugs unionsrechtlichen Vorgaben. Der Europäische Gerichtshof hat festgehalten, dass die vorzusehenden Sanktionen nach Art. 46 RL 2007/46/EG und Art. 13 Abs. 1 VO (EG) Nr. 715/2007 wirksam, verhältnismäßig und abschreckend sein müssen und dass nationale Vorschriften dem Käufer die Erlangung eines angemessenen Schadensersatzes nicht praktisch unmöglich machen oder übermäßig erschweren dürfen. Daraus ergeben sich Vorgaben des Unionsrechts für die Anwendung des nationalen Rechts sowohl in Bezug auf die Untergrenze als auch auf die Obergrenze des nach § 823 Abs. 2 BGB i.v.m. § 6 Abs. 1, § 27 Abs. 1 EG-FGV zu gewährenden Schadensersatzes, die das Schätzungsermessen des Tatsachengerichts innerhalb einer Bandbreite zwischen 5 % und 15 % des gezahlten Kaufpreises rechtlich begrenzen (BGH, Urteil vom 26.06.2023, VI ZR 335/21, Rn. 73 m.w.N.).

3.5.2

Der Senat schätzt in Anwendung dieser Grundsätze den dem Kläger mit dem Kauf des streitbefangenen Fahrzeuges im vorliegenden Fall entstandenen Schaden gemäß § 287 Abs. 1 Satz 1 ZPO auf 10 % des Betrages, den der Kläger für dieses Fahrzeug (31.300,- € brutto) aufgewendet hat, also auf 3.130,00 €.

Dem liegen folgende Erwägungen zugrunde: Im Fahrzeug sind mit Thermofenster und KSR gleich zwei unzulässige Abschaltvorrichtungen verbaut. Nach Bekanntwerden der KSR hat das KBA zu verschiedenen Fahrzeugmodellen behördliche Maßnahmen angeordnet. Auch wenn das klägerische Fahrzeug hiervon nicht betroffen war, war das Risiko einer Betriebsstilllegung wegen der KSR doch höher als wegen des Thermofensters. Zugunsten der Beklagten berücksichtigt der Senat, dass das Thermofenster im Jahr 2012 - das streitgegenständliche Fahrzeug wurde erstmals zugelassen am 17.07.2012 - erkennbar allgemein für „Industriestandard“ gehalten und weder vom KBA noch von einer sonstigen europäischen Zulassungsbehörde beanstandet worden ist. Der Vorwurf, der der Beklagten insoweit zu machen ist, wiegt jedenfalls nicht so schwer. Insoweit musste der Kläger keine die Nutzung des Fahrzeuges beeinträchtigende Maßnahme fürchten. Auch der Umstand, dass das Fahrzeug tatsächlich nicht rückrufbetroffen ist, ist in die Abwägung einzustellen.

3.5.3

Auf den so festgestellten Schaden sind Nutzungsvorteile und der Restwert des Fahrzeugs - nur dann und insoweit - schadensmindernd anzurechnen, als sie den tatsächlichen, d.h. den um den Differenzschaden geminderten Wert des Fahrzeugs bei Abschluss des Kaufvertrags übersteigen (BGH, Urteil vom 26.06.2023, VIa ZR 335/21, Rn. 80; Urteil vom 24.01.2022, VIa ZR 100/21, Rn. 22).

3.5.3.1

Der Kläger hat das streitgegenständliche Fahrzeug ausweislich der vorgelegten Rechnung vom 18.05.2017 für 31.300,00,- € brutto mit einer Laufleistung von 58.000 km gekauft. Am 09.05.2022 wurde es mit einem Kilometerstand von 117.000 km weiterveräußert. Der dem Kläger zuzurechnende Nutzungsvorteil berechnet sich nach der allgemein anerkannten Formel:

$$\frac{\text{Brutto-Kaufpreis} \times \text{gefahrte Strecke (seit Erwerb)}}{\text{Restlaufleistung im Erwerbszeitraum}} = \text{Nutzungsvorteil}$$

(vgl. BGH, Urteil vom 26.09.2022, VIa ZR 614/21). Auch bei der Bestimmung der Restlaufleistung (d.h. der Gesamtlaufleistung abzüglich der bei Kauf bereits gefahrenen Strecke) steht dem Senat gemäß § 287 ZPO ein Ermessen zu (BGH, Urteil vom 23.03.2021, VI ZR 3/20). Der Senat schätzt bei PKW regelmäßig die Gesamtlaufleistung von Dieselfahrzeugen auf 250.000 km. Die auf einer Prognose beruhende Schätzung einer Gesamtfahrleistung von

250.000 km ist vor dem Hintergrund, dass allgemein zugänglichen Quellen zu entnehmen ist, dass Kraftfahrzeuge im Jahr 2019 in Deutschland ein durchschnittliches Alter von 9,5 Jahren hatten, die durchschnittliche „Lebensdauer“ von Diesel-Kraftfahrzeugen ca. 12 Jahre beträgt, und die durchschnittliche Jahresfahrleistung für Dieselfahrzeuge (PKW) 20.000 km jährlich betragen hat, realistisch, da sich hieraus bei der Schätzung von 250.000 km bereits ein erreichbares Fahrzeugalter von 12,5 Jahren errechnet (vgl. hierzu z.B. auch: OLG Naumburg, Urteil vom 09.04.2021, 8 U 68/20). Anlass, von dieser betreffenden Schätzung abzuweichen und eine höhere Gesamtleistung anzunehmen, bieten Sachverhalt und Vortrag des Klägers nicht. Das Fahrzeug ist bereits über 10 Jahre alt. Der Kläger hat es seit Erwerb pro Jahr nur etwa 15.800 km bewegt und ist damit deutlich unter der durchschnittlichen Jahresfahrleistung geblieben.

Der Nutzungsvorteil durch gefahrene Kilometer, den sich der Kläger zum Zeitpunkt der mündlichen Verhandlung vor dem Senat anrechnen lassen muss, errechnet sich ausgehend von den vorstehenden Überlegungen, deshalb wie folgt:

$$\frac{31.300,00 \text{ €} \times 59.000 \text{ km}}{192.000 \text{ km}} = 9.618,23 \text{ €}$$

3.5.3.2

Den Restwert des klägerischen Fahrzeuges stellt der Senat gemäß § 287 ZPO mit dem vom Kläger beim Verkauf am 09.05.2022 erzielten Erlös von 14.000,00 € in seine Schadensschätzung ein. Dabei geht der Senat davon aus, dass der Kläger das Fahrzeug nicht, wie die Beklagte behauptet, unter Wert, sondern vielmehr marktwertgerecht veräußert hat. Der erlangte Kaufpreis indiziert den tatsächlichen Wert der Sache zum Zeitpunkt der Veräußerung (vgl. BGH, Urteil vom 22.02.2018, VII ZR 46/17, Rn 28; OLG Oldenburg, Urteil vom 20.11.2018, 2 U 37/17, Rn 38, juris). Diese Indizwirkung hat die Beklagte nicht erschüttert. Es handelte sich um ein zehn Jahre altes Auto, das der Kläger 2017 für rund 31.000,00 € erworben hatte. Dass dieses Fahrzeug fünf Jahre später für knapp die Hälfte des gezahlten Kaufpreises an einen Händler weiterverkauft wird, ist jedenfalls nicht so augenscheinlich ungewöhnlich niedrig, dass die Angaben bereits deshalb unglaubwürdig wären. Der Kläger hat den Kaufvertrag vorgelegt. Darlegungs- und beweisbelastet für einen Verstoß gegen die Schadensminderungspflicht, der in einem zumindest fahrlässigen Verkauf des Fahrzeugs unter Wert zu sehen sein könnte, ist die Beklagte. Sie hat sich allerdings nur mit Nichtwissen dazu erklärt, dass der vom Kläger erzielte Weiterveräußerungserlös dem Marktwert entspreche oder dass sonstige Umstände für einen geringen Verkaufserlös ursächlich sein könnten. Dieser Vortrag genügt den Anforderun-

gen an eine substantiierte Darlegung nicht; er ist auch nicht ausreichend, um eine sekundäre Darlegungslast des nicht darlegungs- und beweisbelasteten Klägers auszulösen.

3.5.3.3

In der Summe übersteigen die Vorteile (Verkaufserlös 14.000,00 € + Nutzungsvorteil 9.618,23 € = 23.618,23 €) den geschätzt um 10 % geminderten Wert des Fahrzeuges zum Kaufzeitpunkt (28.170,00 €) nicht.

3.6

Der dem Kläger entstandene Differenzschaden ist nicht durch später eingetretene schadensmindernde Umstände im Wege der Vorteilsausgleichung gemindert worden oder gar weggefallen. Auch insoweit obliegt der Beklagten die Darlegungs- und Beweislast (vgl. im Einzelnen hierzu: BGH, Urteil vom 26.06.2023, VIa ZR 335/21, Rn. 80; Urteil vom 20.07.2023, III ZR 267/20, Rn. 33), der sie nicht genügt hat. Insoweit fehlt es bereits an hinreichendem Vortrag dazu, dass auch das Thermofenster durch das dem Kläger angebotene Software-Update beseitigt werden könnte. Im Übrigen hat die Beklagte keinen Vortrag dazu gehalten, welche (messbare) Wertsteigerung durch das Software-Update am Fahrzeug bewirkt würde.

4.

Der Zinsanspruch folgt aus § 291 BGB. Der Kläger kann Rechtshängigkeitszins erst ab dem Zeitpunkt der Zustellung des Hilfsantrags verlangen. Den Antrag auf Differenzschaden hat er erstmals mit Schriftsatz vom 14.11.2023, zugestellt am gleichen Tag, gegenüber dem Oberlandesgericht angekündigt. Der Differenzschaden stellt ein Aliud gegenüber dem zuvor vom Kläger geltend gemachten großen Schadensersatz dar, so dass nicht auf einen früheren Verzugs- bzw. Rechtshängigkeitseintritt abgestellt werden kann.

5.

Der Kläger hat keinen Anspruch auf Erstattung vorgerichtlich aufgewendeter Rechtsanwaltskosten.

Die Kosten der vorgerichtlichen Rechtsverfolgung gehören zu den nach § 249 BGB ersatzfähigen Schadenspositionen. Nach ständiger Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs hat der Schädiger allerdings nur jene durch das Schadensereignis verursachten Rechtsanwaltskosten zu ersetzen, die aus der Sicht des Geschädigten zur Wahrnehmung seiner Rechte erforderlich und zweckmäßig waren. Insoweit kommt es auf die Gesamtumstände des Einzelfalles an, deren Würdigung dem Tatrichter obliegt (BGH, Urt. v. 28.05.2013, XI ZR 148/11; Urt. v.

23.10.2003, IX ZR 249/02).

Der Kläger hat bereits nicht dargetan, seine Prozessbevollmächtigten zunächst lediglich mit seiner außergerichtlichen Vertretung beauftragt oder ihnen einen nur bedingten Prozessauftrag erteilt zu haben. Nur in diesem Fall aber fällt eine Geschäftsgebühr i. S. v. Nr. 2300 VV RVG an (BGH, Urteil vom 22.06.2021, VI ZR 353/20). Er hat mit Schreiben seiner Prozessbevollmächtigten vom 10.03.2020 (vorgelegt als Anlage K 1f), vielmehr die Beklagte aufgefordert, bis zum 17.03.2020 die bis dahin geleisteten Darlehensraten in Höhe von 12.427,28 € an den Kläger zu erstatten und ihn von sämtlichen weiteren Darlehensverbindlichkeiten aus dem Fahrzeugerwerb freizustellen, Zug um Zug gegen Rückübertragung des Fahrzeugs. Für den Fall des fruchtlosen Verstreichens der Frist hat der Kläger das unbedingte Beschreiten des Gerichtsweges angekündigt, wie dies nachfolgend mit Klageerhebung auch umgesetzt worden ist.

III.

Die Kostenentscheidung beruht auf § 92 Abs. 1 ZPO. Die Entscheidung über die vorläufige Vollstreckbarkeit ergibt sich aus §§ 708 Nr. 10, 713 ZPO. Die Revision ist nicht zuzulassen (§ 543 Abs. 2 Nr. 2 ZPO).

Dieker

Schaaf

Berger

Für die Richtigkeit der Abschrift:
Dresden, 12.01.2024

Koch
Justizobersekretärin
als Urkundsbeamtin der Geschäftsstelle

