

Aktenzeichen:
24 U 1905/22
20 O 41/22 LG Stuttgart



Oberlandesgericht Stuttgart

24. ZIVILSENAT

Im Namen des Volkes

Urteil

In dem Rechtsstreit

[REDACTED]

- Klägerin und Berufungsklägerin/Berufungsbeklagte -

Prozessbevollmächtigte:

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

[REDACTED]

gegen

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

- Beklagte und Berufungsklägerin/Berufungsbeklagte -

Prozessbevollmächtigte:

[REDACTED]

wegen Schadensersatzes

hat das Oberlandesgericht Stuttgart - 24. Zivilsenat - durch [REDACTED]

[REDACTED]

[REDACTED] aufgrund der mündlichen Verhandlung vom 29.02.2024 am
11.04.2024 für Recht erkannt:

- I. Auf die Berufung der Beklagten und die Berufung der Klagepartei wird das Urteil des Landgerichts Stuttgart vom 15.07.2022, Az. 20 O 41/22, abgeändert und wie folgt neu gefasst:
1. Die Beklagte wird verurteilt, an die Klagepartei 4.295,00 € nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem jeweiligen Basiszinssatz seit 08.12.2023 zu zahlen.
 2. Im Übrigen wird die Klage abgewiesen.
- II. Die weitergehenden Berufungen werden zurückgewiesen.
- III. Von den Kosten des Rechtsstreits in beiden Instanzen tragen die Klagepartei 89 % und die Beklagte 11 %.
- IV. Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar. Das erstinstanzliche Urteil ist – soweit nicht abgeändert – ohne Sicherheitsleistung vorläufig vollstreckbar. Beiden Parteien wird nachgelassen, die Vollstreckung des Gegners gegen Sicherheitsleistung in Höhe von 110% des vollstreckbaren Betrages abzuwenden, sofern dieser nicht vor der Vollstreckung Sicherheit in Höhe von 110% des jeweils beizutreibenden Betrages leistet.
- V. Die Revision wird nicht zugelassen.

Beschluss

Der Streitwert wird für das Berufungsverfahren auf bis 40.000,00 € festgesetzt.

Gründe:

I.

A.

Die Klagepartei verlangt von der Beklagten Schadensersatz wegen des Erwerbs des streitgegenständlichen Fahrzeugs, da dieses von der Beklagten mit unzulässigen Abschalteneinrichtungen versehen worden sei.

Der verstorbene Ehemann der Klagepartei kaufte das streitgegenständliche Fahrzeug Mercedes-Benz GLK 220 CDI am 20.10.2015 von einem Dritten zum Preis von 42.950,00 €. Bei Übergabe wies das Fahrzeug eine Laufleistung von 24.100 km auf. Das Fahrzeug war von der Beklagten unter Verwendung eines Motors mit der Bezeichnung OM 651 hergestellt worden und verfügt über eine EG-Typgenehmigung nach der Schadstoffklasse Euro 5.

In dem Fahrzeug kommt eine Abgasrückführung (AGR) zur Anwendung, bei der das im Rahmen der Verbrennung entstandene Abgas in den Brennraum zurückgeleitet wird und somit erneut an der Verbrennung teilnimmt, was sich mindernd auf die Stickoxidemissionen (NO_x-Emissionen) auswirkt. Die AGR arbeitet bei dem streitgegenständlichen Fahrzeug u.a. temperaturgesteuert.

Weiter verfügt das streitgegenständliche Fahrzeug über eine sogenannte „Kühlmittel-Solltemperatur-Regelung“ (KSR), auch als „geregeltes Kühlmittelthermostat“ bezeichnet, bei der die – aufgrund einer früheren Zuschaltung des großen Kühlkreislaufes – verzögerte Erwärmung des Motors zu niedrigeren NO_x-Emissionen führt.

Über ein SCR-System verfügt das Fahrzeug nicht.

Erstinstanzlich hat die Klagepartei beantragt,

1. die Beklagte zu verurteilen, an den Kläger 42.950,00 EUR nebst Zinsen in Höhe von fünf Prozentpunkten über dem jeweiligen Basiszinssatz seit Rechtshängigkeit, Zug um Zug gegen Übereignung und Herausgabe des Fahrzeuges Mercedes GLK 220 CDI, FIN [REDACTED], zu zahlen,

unter Anrechnung einer Nutzungsentschädigung in EUR pro gefahrenem km seit dem 21.10.2015, die sich nach folgender Formel berechnet:

$(42.950,00 \text{ EUR} \times \text{gefahrne Kilometer}) : 325.900 \text{ km};$

2. die Beklagte zu verurteilen, den Kläger von den außergerichtlichen Rechtsanwaltskosten in Höhe von 1.877,11 EUR freizustellen;

3. festzustellen, dass sich die Beklagte mit der Rücknahme des Pkws des Klägers, Mercedes GLK 220 CDI, FIN [REDACTED], in Annahmeverzug befindet;

4. festzustellen, dass die Beklagte verpflichtet ist, an den Kläger Schadensersatz für Schäden, die aus der Ausstattung des Fahrzeuges Mercedes GLK 220 CDI, FIN [REDACTED], mit einer unzulässigen Abschaltvorrichtung resultieren, zu zahlen.

Die Beklagte hat beantragt,

die Klage abzuweisen.

Wegen der weiteren Einzelheiten des erstinstanzlichen Sach- und Streitstands wird auf den Tatbestand des angefochtenen Urteils Bezug genommen.

B.

Das Landgericht hat der Klagepartei einen Anspruch auf großen Schadensersatz in Höhe von 32.247,44 € zugesprochen und die Klage im Übrigen zurückgewiesen. Den auf Feststellung der Schadensersatzpflicht gerichteten Antrag hat das Landgericht mangels Bestimmtheit für unzulässig erachtet.

C.

Gegen dieses Urteil haben beide Parteien Berufung eingelegt.

Die Klagepartei hat zunächst die erstinstanzlich gestellten Sachanträge weiterverfolgt. Erstmals mit Schriftsatz vom 06.12.2023, der Beklagten am 07.12.2023 zugestellt, berief sich die Klagepartei auf den Differenzschadensersatz.

Die Klagepartei beantragt hinsichtlich ihrer eigenen Berufung zuletzt unter Erledigerklärung im Übrigen und Aufhebung des angefochtenen Urteils,

1. die Beklagte zu verurteilen, an die Klägerin 42.950,00 EUR nebst Zinsen in Höhe von fünf Prozentpunkten über dem jeweiligen Basiszinssatz seit Rechtshängigkeit, Zug um Zug gegen Übereignung und Herausgabe des Fahrzeuges Mercedes GLK 220 CDI, [REDACTED], zu zahlen,

unter Anrechnung einer Nutzungsentschädigung in EUR pro gefahrenem km seit dem 21.10.2015, die sich nach folgender Formel berechnet:

(42.950,00 EUR x gefahrene Kilometer) : 325.900 km;

2. die Beklagte zu verurteilen, die Klägerin von den außergerichtlichen Rechtsanwaltskosten in Höhe von 1.877,11 EUR freizustellen;

3. festzustellen, dass sich die Beklagte mit der Rücknahme des Pkws der Klägerin, Mercedes GLK 220 CDI, [REDACTED], in Annahmeverzug befindet;

4. festzustellen, dass die Beklagte verpflichtet ist, an die Klägerin Schadensersatz für weitere Schäden, die aus der Ausstattung des Fahrzeugs Mercedes GLK 220 CDI, [REDACTED], mit einer unzulässigen Abschaltvorrichtung resultieren, zu zahlen.

Hilfsweise und für den Fall, dass der Klageantrag zu 1) zurückgewiesen wird, wird beantragt,

die Beklagte zu verurteilen, an die Klägerin 6.442,50 EUR nebst Zinsen in Höhe von fünf Prozentpunkten über dem Basiszinssatz hieraus seit dem 21.10.2015 zu zahlen;

Die Beklagte beantragt,

die Berufung zurückzuweisen und tritt der teilweisen Erledigungserklärung entgegen.

Des Weiteren beantragt die Beklagte hinsichtlich ihrer eigenen Berufung,

die Klage unter teilweiser Abänderung des Urteils des Landgerichts Stuttgart vom 09.06.2022 (Az.: 20 O 41/22) in vollem Umfang abzuweisen.

Die Klagepartei beantragt,

die Berufung der Beklagten zurückzuweisen.

D.

Die Klagepartei hält die vom Landgericht in Abzug gebrachte Nutzungsentschädigung für überhöht und ist der Auffassung, auch die Ansprüche auf Feststellung des Annahmeverzu-

ges und auf Freistellung von den vorgerichtlichen Rechtsanwaltskosten seien begründet.

Die Beklagte verteidigt das landgerichtliche Urteil, soweit die Klage abgewiesen wurde und ist der Auffassung, dass der Klagepartei auch kein Anspruch auf den großen Schadensersatz zustehe. So verfüge das Fahrzeug bereits nicht über unzulässige Abschaltseinrichtungen. Die AGR sei aus Motorschutzgründen zulässig; die KSR sei bereits keine Abschaltseinrichtung. Zumindest führe das von ihr entwickelte und vom KBA freigegebene Software-Update im Wege der Vorteilsausgleichung zu einem Wegfall eines Schadens. Darüber hinaus erhebt die Beklagte die Einrede der Verjährung.

E.

Der Senat hat mit den Parteien am 29.02.2024 mündlich verhandelt. Die Parteien stellten den km-Stand des streitgegenständlichen Fahrzeuges zum 27.02.2024 mit 81.153 km sowie den von der Klagepartei vorgetragene Restwert von 15.400,00 € unstreitig.

Wegen der weiteren Einzelheiten des Sach- und Streitstandes in der Berufungsinstanz wird im Übrigen auf das Sitzungsprotokoll, die Berufungsbegründung der Klagepartei vom 13.07.2022, die Berufungserwiderung der Beklagten hierzu vom 02.06.2022, die Berufungsbegründung der Beklagten vom 29.07.2022 und die Berufungserwiderung der Klagepartei hierzu vom 02.12.2022 sowie auf die weiteren Schriftsätze der Parteien nebst Anlagen Bezug genommen.

II.

Die zulässigen Berufungen der Parteien haben in der Sache jeweils teilweise Erfolg. Im Übrigen sind sie unbegründet.

Der Klagepartei steht der hilfsweise geltend gemachte Anspruch auf Differenzschadensersatz in der aus dem Tenor ersichtlichen Höhe zu; darüber hinaus besteht ein solcher Anspruch nicht (dazu unter B.). Auf den großen Schadensersatz hat die Klagepartei keinen Anspruch, weshalb ihr auch kein Anspruch auf Feststellung des Annahmeverzuges, Feststellung der teilweisen Erledigung, auf Freistellung von den vorgerichtlichen Rechtsanwaltskosten sowie kein Anspruch auf Feststellung der Verpflichtung zum Ersatz künftiger Schäden zusteht (A.). Ein Anspruch auf Freistellung von den Rechtsanwaltskosten besteht auch nicht neben dem Anspruch auf Differenzschadensersatz (C.). Gleiches gilt für den Anspruch auf Feststellung der Verpflichtung zum Ersatz künftiger Schäden (D.).

A.

Auf den großen Schadensersatzanspruch in Gestalt der Rückzahlung des Kaufpreises Zug-um-Zug gegen Rückgabe des Fahrzeuges besteht kein Anspruch. Ein solcher steht der Klagepartei weder aus §§ 826, 31 BGB bzw. § 831 BGB i.V.m. § 826 BGB (1.), noch aus § 823 Abs. 2 BGB i.V.m. § 263 StGB (2.), aus § 823 Abs. 2 BGB i.V.m. § 6 Abs. 1, § 27 Abs. 1 EG-FGV (3.) oder aus einer sonstigen Anspruchsgrundlage zu.

1.

Ein Anspruch aus §§ 826, 31 BGB bzw. § 831 BGB i.V.m. § 826 BGB besteht nicht, da die Voraussetzungen für eine vorsätzliche sittenwidrige Schädigung (a.) von der Klagepartei nicht schlüssig behauptet werden. Zwar sieht der Senat die im streitgegenständlichen Fahrzeug enthaltene temperaturgesteuerte AGR und KSR als unzulässige Abschaltvorrichtungen im Sinne von Art. 3 Nr. 8, Art. 5 Abs. 1 VO (EG) Nr. 715/2007 an, doch fehlt es an einem zu berücksichtigenden Vortrag der Klagepartei zu einem vorsätzlichen Verhalten von Reprä-

sentanten der Beklagten im Sinne von § 31 BGB (b.). Aus diesem Grund wird weder eine sekundäre Darlegungslast der Beklagten ausgelöst noch ist die Durchführung einer Beweisaufnahme erforderlich.

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. 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 (vgl. BGH, Urteil vom 30.07.2020 – VI ZR 5/20, juris Rn. 29). Dabei kann das Inverkehrbringen von mit einer Manipulationssoftware versehenen Motoren auch gegenüber Gebrauchtwagenkäufern als mittelbar Geschädigten objektiv sittenwidrig sein (vgl. BGH aaO juris Rn. 33).

Nach diesen Maßstäben kann das Verhalten eines Fahrzeugherstellers eine vorsätzlich sittenwidrige Schädigung begründen, wenn dieser aufgrund einer grundlegenden strategischen Entscheidung bei der Motorenentwicklung im eigenen Kosten- und Gewinninteresse durch bewusste und gewollte Täuschung des KBA systematisch in großer Stückzahl Fahrzeuge in Verkehr gebracht hat, deren Motorsteuerungssoftware bewusst und gewollt so programmiert war, dass die gesetzlichen Abgaswerte mittels einer unzulässigen Abschalteneinrichtung nur auf dem Prüfstand eingehalten wurden (vgl. BGH, Urteil vom 25.05.2020 - VI ZR 252/19, juris Rn. 16), mithin diese manipulativ ausgestaltet wurde.

b.

Die Klagepartei trägt mangels tatsächlicher Anhaltspunkte in nicht zu berücksichtigender Weise ins Blaue hinein (aa.) vor, dass Repräsentanten der Beklagten im Sinne von § 31 BGB oder Verrichtungsgehilfen im Sinne von § 831 BGB (insbesondere Ingenieure) hinsichtlich Entwicklung und/oder Einsatz von unzulässigen Abschaltvorrichtungen in Gestalt einer temperaturgesteuerten AGR oder der KSR vorsätzlich gehandelt hätten, insbesondere diese wissentlich zur Erschleichung der EG-Typgenehmigung eingesetzt hätten (bb.). Der Senat erörtert insoweit im Folgenden nicht nur die von der Klagepartei konkret angeführten tatsächlichen Umstände, sondern auch solche, die ihm – worauf die Parteien hingewiesen wurden – aus vergleichbaren Verfahren bekannt geworden sind. Hierdurch wird die Klagepartei nicht benachteiligt, da die weiteren behandelten tatsächlichen Umstände hinsichtlich einer Stützung ihres Vortrages (nicht aber zu dessen Widerlegung) erörtert werden. Auch eine Benachteiligung der Beklagten ist hiermit nicht verbunden, da der Senat im Ergebnis dazu kommt, dass der Klagepartei kein Anspruch aus § 826 BGB zusteht.

aa.

Ein Sachvortrag zur Begründung eines Anspruchs ist zwar 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 (vgl. BGH in ständiger Rechtsprechung u.a. BGH, Beschluss vom 28.01.2020 - VIII ZR 57/19, juris Rn. 7; BGH, Beschluss vom 14.01.2020 - VI ZR 97/19, juris Rn. 8).

Von der Klagepartei kann daher insbesondere nicht verlangt werden, Einzelheiten zu den von ihr behaupteten Manipulationen vorzutragen. Hierbei ist es einer Partei nicht verwehrt, Umstände zu behaupten, über die sie selbst kein zuverlässiges Wissen besitzt und auch nicht erlangen kann, die sie aber nach Lage der Verhältnisse für wahrscheinlich oder möglich hält (vgl. BGH jeweils am aaO).

Dennoch nicht zu berücksichtigen ist aber ein nach Vorstehendem schlüssiger Sachvortrag, wenn die Partei ohne greifbare Anhaltspunkte für das Vorliegen eines bestimmten

Sachverhalts zu haben, willkürlich Behauptungen "aufs Geratewohl" oder "ins Blaue hinein" aufstellt. Bei der Annahme von Willkür in diesem Sinne ist Zurückhaltung geboten, so dass sie in der Regel nur beim Fehlen jeglicher tatsächlicher Anhaltspunkte gerechtfertigt ist (vgl. BGH, Beschluss vom 28.01.2020 – VIII ZR 57/19, juris Rn. 8; BGH, Beschluss vom 14.01.2020 – VI ZR 97/19, juris Rn. 8 mwN).

bb.

Tatsächliche Anhaltspunkte dafür, dass Repräsentanten oder Verrichtungsgehilfen (insbesondere Ingenieure) der Beklagten in Bezug auf die Verwendung der AGR (2) oder der KSR (3) vorsätzlich gehandelt haben, d.h. in dem Wissen oder der billigenden Inkaufnahme, dass diese Einrichtungen unzulässige Abschaltseinrichtungen darstellen, sind nicht ersichtlich (dazu bereits BGH, Urteil vom 26.06.2023 – VIa ZR 1031/22, juris Rn. 17-23).

(1) Die strafrechtlichen Ermittlungen der Staatsanwaltschaft Stuttgart begründen hinsichtlich des gegenständlichen Sachverhalts keinen tatsächlichen Anhaltspunkt für ein vorsätzliches Handeln – weder von Repräsentanten i.S.v. § 31 BGB noch von Verrichtungsgehilfen i.S.v. § 831 BGB der Beklagten. Dem Senat ist aus gegenüber dem 16a. Zivilsenat erteilten Auskünften der Staatsanwaltschaft Stuttgart vom 05.05.2021 (in 16a U 173/19), vom 21.10.2021 (16a U 60/19) und vom 17.11.2021 (ebenfalls 16a U 60/19) bekannt, dass diese strafrechtlichen Ermittlungen nur gegen Mitarbeiter der Beklagten unterhalb der Repräsentantenebene geführt wurden und sich nur auf Euro 6-Fahrzeuge beziehen, die von einem Rückrufbescheid des KBA wegen unzulässiger Abschaltseinrichtungen betroffen sind. Hierzu gehört das streitgegenständliche Fahrzeug nicht. Soweit von den Ermittlungen ursprünglich auch rückrufbetroffene Euro 5-Fahrzeuge erfasst waren, hat die Staatsanwaltschaft Stuttgart ihre strafrechtlichen Ermittlungen mittlerweile mangels hinreichenden Tatverdachts eingestellt, da sie u.a. keine Feststellungen zu einer subjektiven Tatbestandsverwirklichung treffen können (vgl. OLG Stuttgart, Urteil vom 25.01.2022 – 16a U 158/19, juris Rn. 52; OLG Stuttgart, Urteil vom 25.01.2022 – 16a U 138/19, juris Rn. 33).

Dass die Staatsanwaltschaft Stuttgart gegen die Beklagte einen Bußgeldbescheid wegen fahrlässiger Aufsichtspflichtverletzung nach § 130 OWiG verhängt hat, begründet ebenfalls keinen tatsächlichen Anhaltspunkt für ein vorsätzliches Verhalten für die Beklagte handelnd-

der Personen.

(2) Hinsichtlich der Verwendung des Thermofensters fehlen tatsächliche Anhaltspunkte für eine unterbliebene Offenlegung gegenüber dem KBA oder ein sonstiges vorsätzliches Handeln in Bezug auf den Einsatz als unzulässige Abschaltseinrichtung.

(a) Denn dem KBA war der allgemeine Einsatz von „Thermofenstern“ bekannt. Dies ergibt sich u.a. aus dem bekannten Bericht der vom Bundesminister für Verkehr und digitale Infrastruktur eingesetzten Untersuchungskommission "Volkswagen" vom April 2016 (so auch BGH, Beschluss vom 25.11.2021 – III ZR 202/20, juris Rn. 15 mwN). Das KBA wäre daher bei unzureichenden oder gar fehlenden Angaben zu einer temperaturgesteuerten AGR 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 Abschaltseinrichtung im streitgegenständlichen Fahrzeugtyp zu prüfen (vgl. BGH, Urteil vom 16.09.2021 – VII ZR 190/20, juris Rn. 26).

(b) Anhaltspunkte für ein heimliches und manipulatives Vorgehen, durch das das KBA von Nachfragen abgehalten worden wäre, oder für eine anderweitige Überlistung des KBA werden nicht vorgetragen.

(c) Raum für eine Anordnung der Vorlage der Antragsunterlagen nach § 142 Abs. 1 ZPO besteht insoweit nicht. Auch wenn die Regelung des § 142 ZPO nicht unmittelbar Beweis-zwecken dient, sondern dem Gericht als Maßnahme der materiellen Prozessleitung ermöglichen soll, sich frühzeitig einen umfassenden Überblick über den Prozessstoff zu verschaffen (vgl. Greger in Zöllner, ZPO, 34. Aufl. 2022, § 142 Rn. 1), setzt eine solche Anordnung einen schlüssigen und zu berücksichtigenden Klagevortrag voraus (vgl. Greger in Zöllner, ZPO, 34. Aufl. 2022, § 142 Rn. 7; BGH, Urteil vom 26.06.2007 – XI ZR 277/05, juris Rn. 20 am Ende) und dient nicht dazu, einen solchen erst herbeizuführen.

(d) Bei einer Abschaltseinrichtung, die – beim Vorliegen der äußeren Bedingungen – im Grundsatz auf dem Prüfstand in gleicher Weise arbeitet wie im realen Fahrbetrieb und bei der die Frage der Zulässigkeit nicht eindeutig und unzweifelhaft beantwortet werden kann, kann bei Fehlen sonstiger Anhaltspunkte – insbesondere solcher für eine manipulative Ausgestaltung – nicht ohne Weiteres unterstellt werden, dass die für die Beklagte handelnden

Personen in dem Bewusstsein handelten, eine unzulässige Abschaltvorrichtung zu verwenden, und den darin liegenden Gesetzesverstoß billigend in Kauf genommen haben (vgl. BGH, Urteil vom 16.09.2021 – VII ZR 190/20, juris Rn. 26). Eine möglicherweise nur fahrlässige Verkennung der Rechtslage genügt aber für die Feststellung der besonderen Verwerflichkeit des Verhaltens der Beklagten und deren vorsätzlichem Handeln nicht.

(e) Dass bestimmte Ausgestaltungen des Thermofensters nunmehr vom Generalanwalt beim Europäischen Gerichtshof (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 stattfindet, vgl. die Schlussanträge des Generalanwalts beim EuGH v. 23.09.2021 – C-128/20, Celex-Nr. 62020CC0128, Rn. 104, juris) und auch der EuGH solche Thermofenster als Abschaltvorrichtungen ansieht, die nur unter der eng auszulegenden Voraussetzung des Art. 5 Abs. 2 lit. a VO (EG) Nr. 715/2007 zulässig sein sollen (vgl. EuGH, Urteil vom 14.07.2022 – C-128/20 und C-145/20), ändert an der vorstehenden Beurteilung ebenso wenig etwas wie der Umstand, dass auch das KBA seine Rechtsauffassung inzwischen geändert hat und unter anderem durch den Rückrufbescheid vom 13.12.2023 Thermofenster in weiterem Umfang rügt als dies bisher der Fall war, wie die Beklagte in zahlreichen Verfahren vorgetragen hat. Denn für die Beurteilung der Sittenwidrigkeit sind die damaligen, bis zum Erwerb des streitgegenständlichen Fahrzeuges bestehenden Vorstellungen und Erkenntnisse maßgeblich (ebenso OLG Stuttgart, Urteile vom 25.01.2022 – 16a U 158/19, juris Rn. 57; vom 25.01.2022 – 16a U 138/19, juris Rn. 38).

(3) Auch die – unstrittig – in dem streitgegenständlichen Fahrzeug enthaltene KSR lässt keinen Rückschluss auf ein vorsätzliches Handeln zu. Weder kann aus ihrer Nichtangabe im EG-Typgenehmigungsverfahren auf ein vorsätzliches Handeln geschlossen werden (a) noch werden tatsächliche Anhaltspunkte zu ihrer Ausgestaltung vorgetragen, die diesen Schluss zulassen ((b) und (c)).

(a) Der Umstand, dass die KSR dem KBA zum Zeitpunkt der Erteilung der EG-Typgenehmigung nicht bekannt war, weil sie im Genehmigungsverfahren von der Beklagten nicht angegeben worden war, kann hieraus nicht ohne weiteres auf ein vorsätzlich sittenwidriges Verhalten der für die Beklagte handelnden Personen, d.h. Verrichtungsgehilfen (§ 831 BGB) als auch Repräsentanten (§ 31 BGB), geschlossen werden.

Da eine Abschaltvorrichtung nur ausnahmsweise zulässig ist, dürfte zwar davon auszuge-

hen sein, dass eine solche grundsätzlich im EG-Typgenehmigungsverfahren – auch ohne konkrete Fragen im formalisierten Antragsverfahren – offen zu legen ist, da nur dann die Genehmigungsbehörde in die Lage versetzt wird, ihre ausnahmsweise Zulässigkeit zu prüfen. Ein vorsätzliches Handeln setzt insoweit aber voraus, dass die für die Beklagte handelnden Personen, d.h. in erster Linie die die KSR entwickelnden Ingenieure, erkannt hatten, dass es sich bei dieser um eine Abschaltvorrichtung handelt und, dass diese auch unzulässig ist. Denn nur, wenn auch die Unzulässigkeit der Abschaltvorrichtung ohne weiteres erkennbar war, kann sowohl auf eine gewollte Täuschung zur Erschleichung der EG-Typgenehmigung geschlossen werden als auch darauf, dass dieser für die Beklagte wesentliche, ihre Compliance betreffende Umstand, auch intern bis zur Ebene ihrer Repräsentanten weitergeleitet worden ist. Tatsächliche Anhaltspunkte hierfür, d.h. dass die KSR konkret so ausgestaltet war, dass deren Unzulässigkeit zur Zeit des Fahrzeugerwerbs, mithin vor Erhellung der Rechtslage durch den EuGH, von Repräsentanten der Beklagten oder den entwickelnden Ingenieuren ohne weiteres hätte erkannt werden müssen, werden weder von der Klagepartei vorgetragen noch sind solche anderweitig ersichtlich. Daran ändert auch eine Zertifizierung nach der DIN EN ISO 9001 nichts.

(b) Die Klagepartei behauptet lediglich ins Blaue hinein, dass die KSR auf dem Prüfstand des NEFZ anders als im realen Fahrbetrieb funktioniere (aa) oder an eine Prüfstandserkennung geknüpft sei (bb). Tatsächliche Anhaltspunkte werden hierfür nicht vorgetragen. Der Umstand, dass die Bedienung der Einrichtung an die Prüfbedingungen des NEFZ angelehnt ist, lässt keinen Schluss auf ein vorsätzlich sittenwidriges Verhalten zu (cc).

(aa) Tatsächliche Anhaltspunkte dafür, dass die KSR im realen Fahrbetrieb – bei gleichen äußeren Bedingungen wie auf dem Prüfstand – anders funktioniere als auf dem Prüfstand des NEFZ, sind nicht ersichtlich.

Aus dem Umstand, dass nach – senatsbekanntem – Auskünften des KBA, die KSR unter Prüfbedingungen eine niedrigere Kühlmitteltemperatur einregelt, mit der Folge höherer AGR-Raten, aber nach Ablauf eines Timers eine höhere Kühlmitteltemperatur eingeregelt werde, mit der Folge geringerer AGR-Raten, kann nicht geschlossen werden, die KSR funktioniere auf dem Prüfstand des NEFZ anders als im realen Fahrbetrieb (ebenso OLG Stuttgart, Urteil vom 25.01.2022 – 16a U 158/19, juris Rn. 66; OLG Stuttgart, Urteil vom 25.01.2022 – 16a U 138/19, juris Rn. 45). Auch lassen sich den Auskünften des KBA keine

Angaben dazu entnehmen, nach Ablauf welcher konkreten Zeit und unter welchen Bedingungen der Timer die KSR in einen Modus mit einem schlechteren Emissionsverhalten versetzen soll. Zudem gibt das KBA selbst an, dass die Steuerung der KSR nicht an die Erkennung des Prüfstandes des NEFZ geknüpft, sondern lediglich an dessen Randbedingungen „angelehnt“ sei (vgl. u.a. Auskunft des KBA vom 29.03.2021 gegenüber dem Landgericht Erfurt, so bereits Senatsurteil vom 28.06.2022 – 24 U 115/22, juris Rn. 51).

(bb) Auch für eine behauptete Steuerung der KSR mittels einer sittenwidrigen Prüfstandserkennung, also einer Technik, die bei erkanntem Prüfstandsbetrieb Emissionskontrolltechniken aktiviert, welche einen gegenüber dem normalen Fahrbetrieb reduzierten Emissionsausstoß bewirken (vgl. BGH, Beschluss vom 09.03.2021 - VI ZR 889/20, juris Rn. 27) oder für eine prüfstandsbezogene Bedatung, worunter eine Bedatung mit Parametern zu verstehen ist, die im realen Betrieb praktisch in dieser Kombination nicht vorkommt (vgl. BGH, Urteil vom 13.10.2021 – VII ZR 179/21, juris Rn. 25), werden keine tatsächlichen Anhaltspunkte angeführt (vgl. dazu bereits u.a. Senatsurteil vom 28.06.2022 – 24 U 115/22, juris Rn. 52ff).

[1] Die Existenz einer Prüfstandserkennung in Bezug auf den NEFZ, über die jedes Fahrzeug verfügt, lässt keinen Schluss darauf zu, dass über diese auch das Emissionsverhalten des Fahrzeugs gesteuert wird, insbesondere die KSR. Denn nahezu alle Fahrzeuge verfügen heute über ein Anti-Blockier-System (ABS), ein Elektronisches Stabilitätsprogramm (ESP) oder vergleichbare Sensoren, die melden, dass das Fahrzeug sich nicht normal bewegt. Um ein Fahrzeug auf dem Rollenprüfstand betreiben zu können, muss dieses daher den Rollenprüfstand von sich aus erkennen oder es muss ihm gesagt werden. Dies ist senatsbekannt (vgl. ua S. 249, 252 des Berichts des 5. Untersuchungsausschusses gem. Art. 44 GG vom 22. Juni 2017, BT-Drucks. 18/12900). Dass über diese Prüfstandserkennung auch das Emissionsverhalten des Fahrzeuges gesteuert wird, folgt daraus nicht.

[2] Auch aus bei Realbetriebsmessungen ermittelten Emissionsgrenzwertüberschreitungen kann nicht auf eine das Emissionsverhalten des Fahrzeuges beeinflussende Prüfstandserkennung geschlossen werden. Im realen Fahrbetrieb gemessene Emissionsgrenzwertüberschreitungen sind bereits als tatsächlicher Anhaltspunkt für das Vorliegen einer unzulässigen Abschaltvorrichtung im Sinne von Art. 3 Nr. 10, 5 VO (EG) Nr. 715/2007 untauglich. Der Umstand, dass die Emissionen im Realbetrieb über denen auf dem Prüfstand liegen, liegt auf der Hand (vgl. OLG Stuttgart, Urteil vom 10.12.2021 – 23 U 229/21, juris Rn. 36; OLG

München, Urteil vom 27.10.2021 – 20 U 5499/19, juris Rn. 42; BGH, Urteil vom 13.07.2021 – VI ZR 128/20, juris Rn. 23). Dies folgt neben dem Einfluss von Witterung, Straßenbelag und individuellen Fahrverhalten auch aus den – zulässigerweise – auf dem NEFZ-Prüfstand bestehenden Optimierungsmöglichkeiten (vgl. ua Urteile des OLG Stuttgart vom 16.06.2020 – 16a U 228/19, juris Rn. 94, und vom 04.05.2021 – 16a U 202/19, juris Rn. 60ff), wonach u.a. das gesamte Fahrzeug bis auf 30°C vorgewärmt werden darf, der Luftdruck in den Reifen erhöht werden, Fugen der Außenhülle abgeklebt werden und die Nachladung der Fahrzeugbatterie während des Zyklus unterbunden werden darf. Zudem darf zur Erlangung der EG-Typgenehmigung nach der NEFZ-Prüfung diese mit der leichtesten Ausstattungsvariante ohne Beladung gefahren werden.

An dieser Einschätzung ändert die Veröffentlichung der Leitlinien der Europäischen Kommission von Januar 2017 nichts. Diese Leitlinien richten sich an die Typgenehmigungsbehörden und zeigen auf, unter welchen Voraussetzungen und in welcher Weise Abweichungen der Emissionen im Vergleich zu den Emissionen im NEFZ nachgegangen werden kann. Dabei differenzieren die Leitlinien zwischen verschiedenen Kategorien und empfehlen, zur Erleichterung der Bewertung der Prüfungen in den verschiedenen Kategorien, Prüfschwellen zu entwickeln, die der annehmbaren Emissionszunahme der jeweiligen Kombinationen von Schadstoffen, Technologien und Bedingungen entsprechen. Jedes Ergebnis einer Emissionsprüfung oberhalb dieser Prüfschwellen sollte als „Verdachtsfall“ eingestuft werden. In Kategorie 3, in der die Prüfungen auf der Straße durchgeführt werden und die Werte der modifizierten Parameter – weitgehend – ungesteuert sind (z. B. die Fahrzeuggeschwindigkeit in Abhängigkeit vom Verkehr sowie die Temperatur), wird ein Schwellenwert des zwei- bis fünffachen zulässigen NO_x-Emissionswerts vorgeschlagen. Schon aus dieser differenzierten Ausgestaltung, ab wann – für die Prüfbehörde – von einem Verdachtsfall auszugehen ist, der erst weitere Nachfragen beim Hersteller veranlasst, folgt, dass ein reiner Realbetriebsmesswert für sich gesehen gerade noch keinen tatsächlichen Anhaltspunkt für das Vorliegen einer unzulässigen Abschaltvorrichtung darstellt, geschweige denn für ein diesbezügliches vorsätzliches sittenwidriges Verhalten der Beklagten bzw. deren Mitarbeiter (ebenso: BGH, Urteil vom 26.10.2023 – VII ZR 619/21, juris Rn. 11 mwN).

[3] Auch der Umstand, dass die beiden vorgenannten Umstände kumulativ vorliegen, lässt den Schluss auf einen Zusammenhang zwischen diesen beiden Umständen, mithin auf eine das Emissionsverhalten steuernde Prüfstandserkennung nicht zu. Denn diese beiden Umstände liegen kumulativ bei jedem Fahrzeug vor, also auch bei solchen ohne unzulässige

Abschalteinrichtungen.

[4] Der Artikel des Handelsblatts vom 14.04.2019, nach dessen Recherche unter Berufung auf Erkenntnisse des KBA eine Software-Funktion in Gestalt einer speziellen Temperaturregelung, die den Kühlmittelkreislauf künstlich kälter halte und die Aufwärmung des Motoröls verzögere, mit der Folge, dass die NO_x-Werte auf dem Prüfstand auf einem niedrigeren Niveau blieben, nämlich unterhalb des gesetzlichen Grenzwerts im NEFZ, während die Funktion im Straßenbetrieb deaktiviert und der NO_x-Grenzwert von 180 mg/km deutlich überschritten werde, ist ebenfalls als tatsächlicher Anhaltspunkt für das Vorhandensein einer das Emissionsverhalten des Fahrzeuges steuernden Prüfstandserkennung untauglich. Dieser Artikel stützt sich auf die Erkenntnisse des KBA. Das KBA hat in der Folge, nämlich mit Bescheid vom 21.06.2019, aufgrund dieser Erkenntnisse die Modelle GLK 200 CDI, GLK 220 CDI und GLK 220 CDI 4MATIC des Produktionszeitraumes 2012 bis 2015 zurückgerufen, weil es die KSR als unzulässige Abschaltvorrichtung beanstandet hat. Dabei ist aber das KBA - wie aus dessen vorstehend angeführten Auskunft gegenüber dem Landgericht Erfurt vom 29.03.2021 ersichtlich – aber selbst der Ansicht, dass die Steuerung der KSR nicht an eine Prüfstandserkennung geknüpft ist. Der Artikel kann daher als tatsächlicher Anhaltspunkt nicht weiterreichen als die Erkenntnisse des KBA, auf die er sich stützt. Entsprechendes gilt für den Artikel der Welt vom 22.06.2019 und die weiteren Presseartikel.

[5] Dafür, dass die KSR an eine Prüfstandserkennung geknüpft ist bzw. unter Prüfbedingungen anders geregelt werde als im Realbetrieb, begründet auch der Beitrag des Bayerischen Rundfunk vom 10.02.2021 keinen tauglichen tatsächlichen Anhaltspunkt. In dem Artikel heißt es zwar, dass *„die betroffenen Fahrzeuge eine Prüffahrt erkennen“* würden. Diese Aussage lässt sich aber der im Artikel hierzu als Beleg zitierten Auskunft des Bundesverkehrsministeriums nicht entnehmen, die wie folgt zitiert wird: *„die von Daimler in den betroffenen Fahrzeugen verbaute Strategie zum geregelten Kühlmittelthermostat schaltet unter Prüfbedingungen einen Modus, bei dem unter Regelung einer niedrigen Kühlmitteltemperatur (...) der NO_x-Grenzwert in der Typprüfung eingehalten wird“*. *„Unter Prüfbedingungen“*, d.h. immer dann, wenn diese Bedingungen vorliegen, und nicht nur auf dem Prüfstand, schaltet die KSR in einen Modus, bei dem unter Regelung einer niedrigen Kühlmitteltemperatur der NO_x Grenzwert eingehalten werde (so auch OLG Stuttgart, Urteil vom 10.12.2021 – 23 U 229/21, juris Rn. 29; OLG München, Urteil vom 27.10.2021 – 20 U 5499/19, juris Rn. 41). Abgesehen davon, dass diese Auskunft des Bundesverkehrsministeriums insoweit mit den bekannten Auskünften des KBA überein-

stimmt, kann diese nicht zuverlässiger sein als die des KBA als der zuständigen Fachbehörde, von der das Bundesverkehrsministerium seinerseits seine Informationen erhält. Das KBA hat zudem ausdrücklich klargestellt, dass die KSR nicht über eine Erkennung des Prüfstandes des NEFZ gesteuert wird. Entsprechendes gilt auch für weitere Presseartikel. Deren Reichweite als tatsächlicher Anhaltspunkt kann nicht weitergehen, als die ihnen zugrundeliegenden Aussagen des KBA und des Bundesverkehrsministeriums.

[6] Das Gutachten des Sachverständigen Dr. Heitz vom 12.11.2020 (LG Stuttgart 27 O 230/18) ist als tatsächlicher Anhaltspunkt für das Vorliegen einer die Steuerung der KSR beeinflussenden Prüfstandserkennung untauglich. Es ist bereits nicht plausibel, wie der Sachverständige aus den von ihm für die Steuerung der KSR als relevant identifizierten Parametern in Gestalt einer geringen Motordrehzahl und eines Luftmassenstroms im unteren Bereich auf eine Prüfstandserkennung oder eine prüfstandsbezogene Bedatung schließen will. Denn diese Parameter können so auch im realen Fahrbetrieb vorkommen. Abgesehen davon führt der Sachverständige eigens aus, selbst nicht beurteilen zu können, ob die von ihm beschriebene Absenkung der Kühlmittelsolltemperatur auch im normalen Fahrbetrieb auftrete oder umgekehrt, ob eine Umschaltung auf die normale Kühlmittelsolltemperatur beim NEFZ möglich sei. Der Sachverständige hat den realen Einfluss der von ihm dargestellten Bedatung auf das Emissionsverhalten des Fahrzeuges gerade nicht untersucht.

[7] Auch die weiteren Gutachten des Sachverständigen Dr. Heitz in denen dieser aus den von ihm für die Steuerung der KSR als relevant identifizierten Parametern in Gestalt einer geringen Motordrehzahl, einer Umgebungstemperatur zwischen 15°C und 35°C, einer Ansauglufttemperatur zwischen 15°C und 50°C und des Umstandes, dass sich das Fahrzeug unterhalb einer Höhe von 1950 Metern befindet, auf eine Prüfstandserkennung oder eine prüfstandsbezogene Bedatung schließen will, sind als tatsächlicher Anhaltspunkt für das Vorliegen einer die Steuerung der KSR beeinflussenden Prüfstandserkennung untauglich. Denn diese Parameter können so – auch in ihrer Kombination – auch im realen Fahrbetrieb vorkommen. Der Sachverständige hat den realen Einfluss der von ihm dargestellten Bedatung auf das Emissionsverhalten des Fahrzeuges zudem nicht untersucht.

[8] Mit Blick auf das in der Entscheidung des Bundesgerichtshofs (Beschluss vom 23.02.2022 – VII ZR 602/21) thematisierte Gutachten des Sachverständigen Dr. Heitz wird darauf hingewiesen, dass für die Behauptung, die Steuerung der KSR erfolge über eine Erkennung der Durchführung der Vorkonditionierung zum Prüfstandtest in Gestalt einer für sechs Stunden gleichbleibenden Umgebungstemperatur zwischen 20°C und 30°C, keine

tatsächlichen Anhaltspunkte ersichtlich sind. Der Sachverständige Heitz führt insoweit lediglich aus, dass die Motorstarttemperatur beim NEFZ mit der Umgebungstemperatur identisch sei und zwischen 20°C und 30°C liege. Dies ist aber nichts anderes als die Wiedergabe der Regularien der Vorkonditionierung zum NEFZ (vgl. die im Amtsblatt der Europäischen Union veröffentlichte Regelung Nr. 83 der Wirtschaftskommission der Vereinten Nationen für Europa (UN/ECE) — Einheitliche Bedingungen für die Genehmigung der Fahrzeuge hinsichtlich der Emission von Schadstoffen aus dem Motor entsprechend den Kraftstoffanforderungen des Motors, dort Ziffer 5.3.1.3. in Verbindung mit Ziffer 6.3.1. des Anhang 4a – Prüfung Typ I). Dazu, welchen Einfluss die Vorkonditionierung auf die Steuerung der KSR haben soll, trifft der Sachverständige Dr. Heitz aber gerade keine Aussage.

Entsprechendes gilt auch mit Blick auf die Entscheidung des BGH vom 21.09.2022 (Beschluss vom 21.09.2022 – VII ZR 767/21). Denn es sind auch keine tatsächlichen Anhaltspunkte dafür ersichtlich, dass die Steuerung des Abgasverhaltens des Fahrzeuges an eine Erkennung der Vorkonditionierung für die Prüfung Typ VI (Prüfung bei niedriger Umgebungstemperatur) nach dem Anhang 8 der Regelung Nr. 83 der Wirtschaftskommission der Vereinten Nationen für Europa (UN/ECE) – Abstellen des Fahrzeuges für die Dauer von mindestens 12 Stunden und höchstens 36 Stunden bei einer Umgebungstemperatur (Durchschnittstemperatur während jeder Stunde dieses Zeitraumes) von nicht weniger als -7°C +/- 3 K und nicht mehr als -1°C (vgl. Ziffer 3.1.1. und 4.3.2. des Anhang 8) – geknüpft ist.

[9] Der Sachverständige Prof. Dr. Eißler stellt in seinem Gutachten vom 16.02.2021 zwar eine unzulässige Abschaltvorrichtung in Gestalt einer KSR fest, aber eben keine Prüfstandserkennung. Auf eine solche Feststellung kann nicht aufgrund des Umstandes geschlossen werden, dass der Sachverständige die Formulierung „Umschaltlogik“ verwendet, da dieser gerade nicht feststellen konnte, dass sich die Messergebnisse im Modus „Rollentest“ signifikant von denen im Straßenmodus unterscheiden würden. Nach den Ausführungen des Sachverständigen verhielten sich die Kühlwassertemperatur und die AGR-Ventilposition bei gleichen Start- und Umgebungsbedingungen in jeweils gleichen Fahrbedingungen ebenfalls gleich (dazu auch OLG Stuttgart, Urteil vom 10.12.2021 – 23 U 229/21, juris Rn. 31).

[10] Auch das Gutachten des Sachverständigen Prof. Dr. Eißler vom 03.03.2020 (für LG Stuttgart 6 O 139/18) zu einer V-Klasse mit dem Motor OM 651 (Euro 5) begründet keinen tatsächlichen Anhaltspunkt dafür, dass die KSR durch eine Erkennung des Prüfstandes des

NEFZ gesteuert wird. Denn dies stellt der Sachverständige gerade nicht fest.

[11] Die gutachterliche Äußerung des Prof. Dr.-Ing. Wolfgang Eifler (Ruhr Universität Bochum) bezieht sich auf ein – dem Senat unbekanntes – Gutachten zum Motor EA 288 der Volkswagen AG. Dem Senat ist – aufgrund Vorlage (auch) in anderen Verfahren – nur die Seite 24 bekannt. Soweit darauf abgestellt wird, der Sachverständige habe sich auch zu der von der Beklagten eingesetzten KSR geäußert, wonach die Beklagte die KSR an die Erkennung eines Abgastests gekoppelt habe, lässt sich dies weder der zitierten Passage noch dem vorgelegten Gutachtenauszug entnehmen. Auch ist nicht ersichtlich, aufgrund welcher Umstände der Sachverständige zu dieser Aussage kommt.

[12] Der Sachverständige Hartmut Lehnert (Gutachten vom 13.04.2021) hat sich bei seiner Begutachtung auf einen Vergleich der Emissionsmessungen auf dem Rollenprüfstand und im Realbetrieb beschränkt und aus der dabei ermittelten Grenzwertüberschreitung um den Faktor von 4,84 auf das Vorliegen einer Prüfstandserkennung geschlossen. Dies ist aus den vorstehend dargestellten Gründen (bb) untauglich.

[13] Auch das Gutachten des Sachverständigen Dr. Pley vom 12.02.2020 begründet keinen tatsächlichen Anhaltspunkt dafür, dass in dem streitgegenständlichen Fahrzeug eine das Emissionsverhalten des Fahrzeuges steuernde Prüfstandserkennung zum Einsatz kommt. Denn in dem Gutachten wird der Einfluss von Außentemperaturen auf das Emissionsverhalten des Fahrzeuges dargestellt. Außentemperaturen zwischen 20°C bis 30°C kommen aber auch im realen Fahrbetrieb vor. Dass diese Bedingungen im Realbetrieb nicht stets vorliegen, ist unerheblich.

[14] Aus dem Gutachten des Sachverständigen Felix Domke vom 28.09.2020 zu einem nach der Schadstoffklasse Euro 6 typgenehmigten Fahrzeug der Beklagten mit der Bezeichnung E 350 T mit dem Motor OM 642 können bereits mangels einer Vergleichbarkeit des untersuchten Fahrzeuges mit dem streitgegenständlichen Fahrzeug keine Schlüsse für letzteres gezogen werden. Die Schadstoffklasse Euro 6 verlangt bei Diesel-Pkw insbesondere die Einhaltung erheblich strengerer NOx-Grenzwerte (80mg/km) als die Schadstoffklasse Euro 5 (180mg/km) (vgl. Verordnung (EG) Nr. 715/2007, Anhang I Tabellen 1 und 2). Dies hat konkrete Auswirkungen auf die unterschiedliche Auslegung der Motoren. So verfügen Euro 6-Fahrzeuge meist über einen SCR-Katalysator, während Euro 5-Fahrzeuge nicht mit einem solchen ausgestattet sind (vgl. ua OLG Stuttgart, Urteil vom 19.01.2021 – 16a U

196/19, juris Rn. 54; Urteil vom 14.12.2020 – 16a U 155/19, juris Rn. 56; Urteil vom 16.06.2020 – 16a U 228/19, juris Rn. 91). Bereits aufgrund dieser Unterschiede handelt es sich mit Blick auf das Emissionsmanagement erkennbar um nicht miteinander vergleichbare Aggregate.

(cc) Der Umstand, dass die KSR nach Auskunft des KBA an die Randbedingungen des NEFZ „*angelehnt*“ sein soll, lässt ebenfalls keinen Schluss auf ein vorsätzliches Handeln zu. Aus einer auf dem Prüfstand und im Realbetrieb bei jeweils identischen Betriebsbedingungen in gleicher Weise arbeitenden Einrichtung (selbst, wenn das nur in 11% aller Realfahrten der Fall wäre, so BGH, Beschluss vom 30.05.2022 - VIa ZR 51/21, juris Rn. 4) kann – bei Fehlen sonstiger Anhaltspunkte – nicht geschlossen werden, dass der Einsatz der unzulässigen Abschaltvorrichtung vorsätzlich erfolgt ist (vgl. BGH, Beschluss vom 09.03.2021 – VI ZR 889/20, juris Rn. 27; BGH, Urteil vom 16.09.2021 – VII ZR 190/20, juris Rn. 30; BGH, Beschluss vom 13.10.2021 – VII ZR 99/21, BeckRS, 38651 Rn. 19, 24). Ob das auch gilt, wenn die die KSR steuernden Parameter „exakt“ auf die Randbedingungen des Prüfstandes des NEFZ abstimmt sind (bisher vom BGH offengelassen, vgl. BGH, Urteil vom 16.09.2021 – VII ZR 190/20, juris Rn. 20) oder als „prüfstandsbezogen“ anzusehen sind, muss hier – mangels tatsächlicher Anhaltspunkte für eine solche Bedingung – nicht entschieden werden. Denn der Aussage des KBA, die Bedingung sei an die Bedingungen des NEFZ „*angelehnt*“, kann nicht entnommen werden, dass diese Bedingungen in Kombination im realen Fahrbetrieb praktisch nicht vorkommen.

(c) In einem solchen Fall, in dem keine tatsächlichen Anhaltspunkte dafür vorliegen, dass das Emissionsverhalten des Fahrzeugs an eine Erkennung des Prüfstandes gekoppelt ist und/oder auf dem Prüfstand – bei gleichen äußeren Bedingungen – grundsätzlich in anderer Weise funktioniert als im realen Fahrbetrieb, sowie dem Umstand, dass die Frage der Zulässigkeit (relevant im Zeitpunkt des Abschlusses des Kaufvertrages) nicht ohne Weiteres eindeutig und unzweifelhaft beantwortet werden kann, kann bei Fehlen sonstiger Anhaltspunkte nicht unterstellt werden, dass die für die Beklagte handelnden Personen in dem Bewusstsein agierten, eine unzulässige Abschaltvorrichtung zu verwenden, und den darin liegenden Gesetzesverstoß billigend in Kauf nahmen, so dass es bereits an der objektiven Sittenwidrigkeit fehlt (vgl. BGH, Urteil vom 16.09.2021 – VII ZR 190/20, juris Rn. 30 mwN und BGH, Urteil vom 16.09.2021 – VII ZR 321/20, juris Rn. 30 mwN, jeweils zum Ther-

mofenster; sowie BGH, Beschluss vom 13.10.2021 – VII ZR 99/21, BeckRS 2021, 38651, Rn. 26 zur KSR).

(4) Auch die weiteren Umstände sind als tatsächliche Anhaltspunkte für eine Repräsentantenkenntnis oder ein vorsätzliches Verhalten von Verrichtungsgehilfen in Bezug auf die Verwendung einer unzulässigen Abschaltvorrichtung ungeeignet.

(a) Die Pressemitteilungen der Europäischen Kommission vom 05.04.2019 und vom 08.07.2021 sind als tatsächlicher Anhaltspunkt für eine Kenntnis von Repräsentanten von der Verwendung unzulässiger Abschaltvorrichtungen in dem streitgegenständlichen Fahrzeugtyp untauglich. Die Pressemitteilung bezieht sich auf den Vorwurf wettbewerbswidriger Absprachen im Zeitraum 2006 bis 2014 zwischen namhaften deutschen Automobilherstellern, u.a. unter Beteiligung der Beklagten, betreffend der AdBlue-Dosierstrategien und der Größen der AdBlue-Tanks. Das streitgegenständliche Fahrzeug kann von dieser Absprache nicht betroffen sein, weil es als Euro 5-Fahrzeug weder über einen SCR-Katalysator noch über einen AdBlue-Tank verfügt.

(b) Auch aus einer behaupteten Manipulation des OBD-Systems i.S.v. Art. 3 Nr. 9 VO (EG) Nr. 715/2007 lässt sich weder ein tatsächlicher Anhaltspunkt für das Vorliegen einer unzulässigen Abschaltvorrichtung noch für ein diesbezüglich vorsätzlich sittenwidriges Handeln von Mitarbeitern der Beklagten ableiten. Eine Manipulation des OBD-Systems, durch die das Vorhandensein einer unzulässigen Abschaltvorrichtung kaschiert werden sollte, hat bereits – mangels tatsächlicher Anhaltspunkte für eine solche Manipulation – als Behauptung ins Blaue hinein außer Betracht zu bleiben. Zudem ist die Argumentation, dass jedwede Überschreitung der auf die NEFZ-Prüfung bezogenen Emissionsgrenzwerte im Realbetrieb vom OBD-System als Fehler anzuzeigen wäre, unzutreffend (s.o.) und auch zirkelschlüssig, weil sie das voraussetzt, was belegt werden soll. Das OBD-System soll Fehlfunktionen erkennen und melden, wofür es an die hinterlegten Anforderungen anknüpft.

(c) Die US-Ermittlungen begründen ebenfalls keinen tatsächlichen Anhaltspunkt in Bezug auf die EU-Modelle. Unabhängig davon, dass ein Bezug zum streitgegenständlichen Fahrzeugtyp nicht einmal dargelegt wird, kann aufgrund der regulatorischen Unterschiede zwischen Europa und den USA und den hieraus folgenden unterschiedlichen Anforderungen an

die Fahrzeug- und Motorenhersteller von möglichen Manipulationen in US-Fahrzeugen nicht auf solche in EU-Fahrzeugen geschlossen werden.

(d) Aus den von der Deutschen Umwelthilfe (DUH) am 17.11.2022 veröffentlichten Papieren der Robert Bosch GmbH, in Gestalt von „Info-1“ („Sensible Funktionen @ DGS-EC hinsichtlich behördenkonformer Applikation V1.2; 02.10.2015“), „Info-2“ („CDQ0306 (Besondere Merkmale)“) und „Info-3“ (Protokoll über Termin vom „14.9.06, 13.00 Uhr-16.30 Uhr“, Thema „Durchsprache SCR-Funktionen“) ergeben sich keine tatsächlichen Anhaltspunkte für ein vorsätzliches Handeln von Repräsentanten oder Mitarbeitern (insbes. Ingenieuren) der Beklagten in Bezug auf die Verwendung unzulässiger Abschaltvorrichtungen. Dies folgt bereits daraus, dass sich die vorgenannten Papiere allein mit der Bedienung der Motorsteuerungssoftware in Bezug auf die Abgasnachbehandlung (insbes. SCR) befassen, über die das streitgegenständliche Euro 5-Fahrzeug aber überhaupt nicht verfügt.

2.

Ein Anspruch aus § 823 Abs. 2 BGB i.V.m. § 263 StGB scheidet ebenfalls mangels tatsächlicher Anhaltspunkte für ein vorsätzliches Verhalten aus.

3.

Auch auf § 823 Abs. 2 BGB i.V.m. § 6 Abs. 1, § 27 Abs. 1 EG-FGV kann ein Anspruch auf schadensrechtliche Rückabwicklung des Kaufvertrags nach inzwischen gefestigter höchstgerichtlicher Rechtsprechung (vgl. BGH, Urteile vom 26.06.2023 - VIa ZR 335/21, NJW 2023, 2259 Rn. 25; vom 20.07.2023 – III ZR 267/20, ZIP 2023, 1903 Rn. 20; vom 24.10.2023 - VI ZR 493/20, juris Rn. 23; vom 26.10.2023 – VII ZR 306/21, juris Rn. 10) nicht gestützt werden. Denn das Interesse, nicht zur Eingehung einer ungewollten Verbindlichkeit veranlasst zu werden, wird von den § 6 Abs. 1, § 27 Abs. 1 EG-FGV nicht geschützt (BGH, Urteile vom 24.10.2023 - VI ZR 493/20, juris Rn. 23; vom 19.10.2023 - III ZR 221/20, juris Rn. 30 jew. mwN); es fehlt damit an dem für eine Haftung erforderlichen Schutzzweckzusammenhang, der voraussetzt, dass der geltend gemachte Schaden durch die verletzte Norm

verhütet werden soll (etwa: BGH, vom 07.07.2015 – VI ZR 372/14, juris Rn. 26 mwN).

4.

Da der Klagepartei ein Anspruch auf den großen Schadensersatz nicht zusteht, kann sie auch weder die Feststellung beanspruchen, dass die Beklagte sich mit der Rücknahme des streitgegenständlichen Fahrzeugs im Annahmeverzug befinde noch die Feststellung, dass sich ihr Begehren - soweit es auf Ansprüche aus sittenwidriger Schädigung gestützt war - nach Eintritt der Rechtshängigkeit in Folge der weiteren Fahrzeugnutzung teilweise erledigt habe und die Beklagte verpflichtet ist, ihr für weitere Schäden Ersatz zu leisten.

B.

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

1.

Der Anspruch aus § 823 Abs. 2 BGB i.V.m. § 6 Abs. 1, 27 Abs. 1 EG-FGV unter Berücksichtigung der unionsrechtskonformen Auslegung der Art. 18 Abs. 1, Art. 26 Abs. 1 und Art. 46 der zugrundeliegenden Rahmenrichtlinie 2007/46/EG i.V.m. Art. 5 Abs. 2 der Verordnung Nr. 715/2007 nach den Vorgaben des Europäischen Gerichtshofs (vgl. EuGH, Urteil vom 21.03.2023 – C-100/21), der an die Stellung der Klagepartei als Vertragspartner

anknüpft und eine Eigentümerstellung nicht voraussetzt (vgl. BGH, Urteil vom 11.09.2023 - Via ZR 1693/22, juris Rn. 7), ist begründet. Denn das Fahrzeug verfügte zum Zeitpunkt des Abschlusses des Kaufvertrages über zwei unzulässige Abschaltvorrichtungen im Sinne von Art. 5 Abs. 2 Satz 1 VO (EG) Nr. 715/2007 (a.). Nach inzwischen gefestigter höchstrichterlicher Rechtsprechung (vgl. BGH, Urteile vom 26.06.2023 - VIa ZR 335/21, juris Rn. 34; vom 20.07.2023 – III ZR 267/20, juris Rn. 22ff; vom 24.10.2023 - VI ZR 493/20, juris Rn. 24; vom 26.10.2023 – VII ZR 306/21, juris Rn. 10) haftet die Beklagte daher als Herstellerin des Fahrzeuges gem. § 823 Abs. 2 BGB, soweit sie schuldhaft eine unzutreffende Übereinstimmungsbescheinigung ausgestellt und damit gegen § 6 Abs. 1 und § 27 Abs. 1 EG-FGV verstoßen hat, wobei einer solchen Haftung die grundsätzlichen und unter anderem auf Art. 80 GG gestützten Bedenken, der Beklagten nicht entgegen stehen (vgl. BGH, Urteile vom 20.07.2023 – III ZR 267/20, juris Rn. 23; vom 19.10.2023 – III ZR 221/20, juris Rn. 25; vgl. weiter BGH, Urteil vom 16.10.2023 – VIa ZR 374/22, juris Rn. 11ff). Dies ist vorliegend der Fall. Schuldhaft handelte die Beklagte vorliegend allerdings nur hinsichtlich der KSR (b.).

a.

Das Fahrzeug hat zum Zeitpunkt des Abschlusses des Kaufvertrages – unstrittig – zwei Abschaltvorrichtungen im Sinne von Art. 3 Nr. 10, Art. 5 Abs. 2 Satz 1 VO (EG) Nr. 715/2007 aufgewiesen, eine temperaturgesteuerte AGR (sog. Thermofenster) (aa.) und eine KSR (bb.). Für darüberhinausgehende weitere Abschaltvorrichtungen sind tatsächliche Anhaltspunkte nicht ersichtlich.

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

(1) Die AGR muss als Emissionskontrollsystem unter normalen Betriebsbedingungen, die beim normalen Fahrzeugbetrieb vernünftigerweise zu erwarten sind, im Sinne von Art. 3 Nr. 10, Art. 5 Abs. 1 VO (EG) Nr. 715/2007 uneingeschränkt wirksam sein. Andernfalls handelt es sich um eine Abschaltvorrichtung. Diese normalen Betriebsbedingungen im Sinne von

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

Danach handelt es sich bei der in dem streitgegenständlichen Fahrzeug befindlichen AGR um eine Abschaltvorrichtung. Dass die AGR, wie vom Kläger behauptet, innerhalb dieses Temperaturbereichs eingeschränkt wurde, hat die Beklagte nicht bestritten, sondern der Sache nach eingeräumt, indem sie geltend gemacht hat, dass eine Abrampung der AGR jedenfalls bei niedrigen Außentemperaturen zum Schutz des Motors erforderlich sei.

(2) Diese Abschaltvorrichtung ist auch unzulässig im Sinne von Art. 5 Abs. 2 Satz 1 VO (EG) Nr. 715/2007. Die Voraussetzungen der in Art. 5 Abs. 2 Satz 2 VO (EG) Nr. 715/2007 genannten Ausnahmetatbestände, unter denen eine Abschaltvorrichtung ausnahmsweise zulässig ist, lassen sich dem Vortrag der hierfür darlegungs- und beweisbelasteten Beklagten (vgl. dazu BGH, Urteil vom 26.06.2023 – VIa ZR 335/21, juris Rn. 54) nicht entnehmen.

Die Voraussetzungen des Ausnahmetatbestandes des Art. 5 Abs. 2 Satz 2 Buchst. a VO (EG) Nr. 715/2007 (a) – auf den sich die Beklagte hier maßgeblich beruft – lassen sich ihrem Vortrag nicht entnehmen (b).

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

[1] Die Begriffe „Unfall“ und „Beschädigung“ in diesem Sinne sind dahin auszulegen, dass eine die Wirkung des Emissionskontrollsystems verringernde Abschalteneinrichtung, um nach dieser Bestimmung zulässig zu sein, notwendig sein muss, um den Motor vor plötzlichen und außergewöhnlichen Schäden zu schützen (EuGH, Urteil vom 14.07.2022 – C-145/20, Rn. 72, 73), was voraussetzt, dass unmittelbare Risiken für den Motor in Form von Beschädigung oder Unfall bestehen, die beim Fahren eines Fahrzeugs eine konkrete Gefahr hervorrufen (EuGH, Urteil vom 14.07.2022 – C-145/20, Rn. 67). Die bloße Verschmutzung und ein Verschleiß des Motors können daher nicht als „Beschädigung“ oder „Unfall“ in diesem Sinne angesehen werden, da sie im Prinzip vorhersehbar und der normalen Funktionsweise des Fahrzeugs inhärent sind (EuGH, Urteil vom 14.07.2022 - C-145/20, Rn. 65; EuGH, Urteil vom 17.12.2020 - C-693/18, Rn. 110; VG Schleswig, Urteil vom 20.02.2023 – 3 A 113/18, juris Rn. 302).

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

[3] Notwendig im Sinne dieses Ausnahmetatbestandes ist eine Abschalteneinrichtung zum Motorschutz zudem nur dann, wenn zum Zeitpunkt der EG-Typgenehmigung dieser Einrichtung oder des mit ihr ausgestatteten Fahrzeugs keine andere technische Lösung zur Verfügung gestanden hatte, um unmittelbare Risiken für den Motor in Form von Beschädigung oder Unfall abzuwenden, die beim Fahren eines Fahrzeugs eine konkrete Gefahr hervorrufen (EuGH, Urteil vom 14.07.2022 - C-145/20, Rn. 80; EuGH, Urteil vom 14.07.2022, C-134/20, Rn. 81). Mit der alternativen Technik einhergehende Mehrkosten für den Hersteller fallen dabei nicht ins Gewicht (EuGH, Urteil vom 14.07.2022 - C-145/20 Rn. 77, 78;

EuGH, Urteil vom 14.07.2022, C-128/20, Rn. 66, 67). Um notwendig im Sinne von Art. 5 Abs. 2 Satz 2 Buchst. a VO (EG) Nr. 715/2007 zu sein, darf es sich zudem nicht so verhalten, dass die Abschaltvorrichtung unter normalen Betriebsbedingungen den überwiegenden Teil des Jahres funktionieren müsste, damit der Motor vor Beschädigung oder Unfall geschützt und der sichere Betrieb des Fahrzeugs gewährleistet wäre (EuGH, Urteil vom 21.03.2023 – C-100/21, Rn. 65f).

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

[1] Sie hat hierzu vorgetragen, im Fall einer Abgasrückführung bei zu niedrigen Temperaturen komme es zur Kondensation von Abgasbestandteilen, was zu verschiedenen unerwünschten Ablagerungen in den Bauteilen führe. Ein wiederholter Betrieb des Motors in diesem Zustand könne zu einer dauerhaften Schädigung des Motors oder einem plötzlichen Ausfall führen, weshalb es zum Schutz des Motors erforderlich sein könne, die Abgasrückführung abhängig von der Temperatur zu reduzieren.

[2] Mangels einer konkreten Darlegung kann dem Vortrag der Beklagten hinsichtlich der Ausgestaltung bei Vertragsschluss weder entnommen werden, ob die von ihr behaupteten Ablagerungen an Bauteilen erfolgen sollen, die nach der vorstehend engen Definition des Motors überhaupt diesem zuzurechnen sind. Ihrem Vortrag lässt sich nicht entnehmen, dass es sich bei den befürchteten Ablagerungen nicht lediglich um bloße Verschmutzungen oder einen Verschleiß des Motors handelt, was nicht als „Beschädigung“ oder „Unfall“ in diesem Sinne angesehen werden kann. Zudem fehlt eine Darlegung, dass zum Zeitpunkt der Erteilung der EG-Typgenehmigung keine andere technische Lösung zur Verfügung gestanden hatte, um diese zu verhindern.

bb.

Auch die KSR – ebenfalls auf Grundlage der eigenen Beschreibung durch die Beklagte – stellt eine Abschaltvorrichtung im Sinne von Art. 3 Nr. 10, Art. 5 Abs. 1 VO (EG) Nr. 715/2007 dar (1), die auch unzulässig ist (2).

(1) Die KSR ist nicht nur eine Abschaltvorrichtung im Sinne von Art. 3 Nr. 10, Art. 5 Abs. 2 Satz 1 VO (EG) Nr. 715/2007 (b) sondern bereits ein unzulässiges Emissionskontrollsystem im Sinne von Art. 5 Abs. 1 VO (EG) Nr. 715/2007 (a).

(a) Der Hersteller hat nach Art. 4 Abs. 2 VO (EG) Nr. 715/2007 sicherzustellen, dass die ergriffenen technischen Maßnahmen die Emissionen während der gesamten Lebensdauer des Fahrzeugs und bei normalen Nutzungsbedingungen, also auch bei betriebswarmem Motor, wirksam begrenzen. Hierzu hat er das Fahrzeug nach Art. 5 Abs. 1 VO (EG) Nr. 715/2007 entsprechend auszurüsten (vgl. VG Schleswig, Urteil vom 20.02.2023 – 3 A 113/18, juris Rn. 232).

Diesen Anforderungen genügt die KSR aufgrund ihres begrenzten Wirkungsbereiches nicht. Nach der zugrunde gelegten Darstellung der Beklagten wird bei der KSR die Solltemperatur für das Kühlmittelthermostat (von 95°C) unter bestimmten Betriebsumständen auf 70° C abgesenkt, wodurch eine frühere Zuschaltung des großen Kühlkreislaufes bewirkt wird, welche zu einer langsameren Erwärmung des Motors führt und aufgrund der so länger vorherrschenden kühleren Motortemperaturen höhere AGR-Raten ermöglicht. Da dieses durch die KSR optimierte Emissionsverhalten nur während der Warmlaufphase des Motors aufrechterhalten werden kann, aber auch Fahrten jenseits der Warmlaufphase – Fahren mit betriebswarmem Motor – zu den Bedingungen des normalen Betriebs im Sinne von Art. 5 Abs. 1 VO (EG) Nr. 715/2007 gehören, handelt es sich aus diesem Grund bereits um ein nicht zulässiges Emissionskontrollsystem. Anhaltspunkte dafür, dass das durch die KSR optimierte Emissionsverhalten jenseits der Warmlaufphase, also bei betriebswarmem Motor, durch andere Einrichtungen aufrechterhalten wird, sind weder ersichtlich noch vorgetragen (vgl. Senatsurteil vom 30.11.2023 – 24 U 153/21, juris Rn. 94).

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

(c) Der Einwand der Beklagten, die KSR erfülle bereits tatbestandlich nicht die Voraussetzungen einer Abschalteinrichtung im Sinne von Art. 3 Nr. 10 VO (EG) Nr. 715/2007, weil der Parameter Kühlmittelsolltemperatur, auf den allein eingewirkt werde, kein Teil des Emissionskontrollsystems sei, sondern ein solcher der Motorkühlung, greift nicht durch. Denn durch die Einwirkung auf den Parameter Kühlmittelsolltemperatur wird mittelbar (Kausalkette: frü-

here Zuschaltung des großen Kühlkreislaufes führt zu einer Verzögerung der Erwärmung des Motors, was wiederum zur Folge hat, dass höhere AGR-Raten über einen längeren Zeitraum möglich sind, als dies bei einem sich andernfalls schneller erwärmenden Motor) – von der Beklagten gerade bezweckt – auf das Emissionskontrollsystem in Gestalt der AGR-Raten eingewirkt. Zumindest weil diese Folge von den entwickelnden Ingenieuren bei der Beklagten intendiert gewesen war, steht die Mittelbarkeit der Einwirkung der Annahme einer Abschaltvorrichtung im Sinne von Art. 3 Nr. 10 VO (EG) Nr. 715/2007 nicht entgegen.

(2) Zulässigkeitsgründe im Sinne von Art. 5 Abs. 2 Satz 2 VO (EG) Nr. 715/2007 sind nicht ersichtlich. Die von der Beklagten angeführten Gefahren der Ölverdünnung, des Verlusts der Schmierfähigkeit und von Ablagerungen an den Wänden der Abgasrückführung erfüllen die Ausnahmetatbestandsvoraussetzungen des Art. 5 Abs. 2 Satz 2 Buchst. a VO (EG) Nr. 715/2007 nicht. Auf die vorstehenden Ausführungen bei der AGR kann insoweit Bezug genommen werden. Dass die KSR zur Einhaltung der Grenzwerte bei der NEFZ-Prüfung nicht erforderlich ist, begründet auch keinen Ausnahmetatbestand im Sinne von Art. 5 Abs. 2 Satz 2 Buchst. c VO (EG) Nr. 715/2007 (vgl. BGH, Urteil vom 26.06.2023 – VIa ZR 335/21, juris Rn. 51 zur „Grenzwertkausalität“).

b.

Die Beklagte hat auch schuldhaft gehandelt. Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs ist das Verschulden des Fahrzeugherstellers, der eine unrichtige Übereinstimmungsbescheinigung in Verkehr bringt, zu vermuten (BGH, Urteil vom 26.06.2023 - VIa ZR 335/21, juris Rn. 59). Der Hersteller kann sich insofern aber entlasten, wenn er darlegt und im Bestreitensfall nachweist, dass er sich hinsichtlich der Zulässigkeit der eingesetzten Abschaltvorrichtung in einem Verbotsirrtum befand und dieser Irrtum bei Anwendung der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt unvermeidbar war (BGH Urteil vom 26.06.2023 - VIa ZR 335/21, juris Rn. 63; OLG Stuttgart, Urteil vom 28.09.2023 – 24 U 2504/22, juris Rn. 61).

Die Beklagte beruft sich sowohl hinsichtlich des Einsatzes der temperaturgesteuerten AGR als auch hinsichtlich der KSR auf einen solchen unvermeidbaren Verbotsirrtum (aa.). Von dessen Voraussetzungen kann sich der Senat vorliegend zwar hinsichtlich der temperaturgesteuerten AGR überzeugen im Sinne von § 286 ZPO (bb.), nicht aber hinsichtlich des

Einsatzes der KSR (cc.), sodass bezüglich letzterer von einem schuldhaften Verhalten der Beklagten auszugehen ist.

aa.

Unvermeidbarer Verbotsirrtum:

(1) Voraussetzung des Verbotsirrtums ist, dass der Schädiger entweder positiv von der Zulässigkeit des eigenen Verhaltens ausgeht, oder – sofern er bei einer zweifelhaften Rechtslage die Möglichkeit der Unzulässigkeit des eigenen Handelns erkannt hat – dass der Schädiger darauf vertraut, sich dennoch im Rahmen des gesetzlich Zulässigen zu bewegen. Rechnet der Schädiger dagegen mit der Möglichkeit, Unrecht zu tun und nimmt er diese Möglichkeit in derselben Weise wie beim bedingten Vorsatz in seinen Willen auf, so kann er sich nicht mit Erfolg darauf berufen, dass ihm die Einsicht gefehlt habe, Unerlaubtes zu tun (vgl. BGH, Beschluss vom 01.06.1977 – KRB 3/76, juris Rn. 15; BGH, Urteil vom 16.06.1977 – III ZR 179/75, juris Rn. 53ff; BGH, Urteil vom 10.07.1984 – VI ZR 222/82, juris Rn. 14; BGH, Urteil vom 07.03.1996 – 4 StR 742/95, juris Rn. 19; BGH, Urteil vom 10.01.2023 – 6 StR 133/22, juris Rn. 38; OLG Stuttgart, Urteil vom 28.09.2023 – 24 U 2504/22, juris Rn. 44 mwN).

(2) Unvermeidbar ist der Verbotsirrtum, wenn der Schädiger diesen auch bei Anwendung der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt nicht erkennen konnte (BGH, Urteil vom 11.01.1984 – VIII ZR 255/82, juris Rn. 22; BGH, Urteil vom 12.05.1992 – VI ZR 257/91, juris Rn. 20). Da der Verpflichtete das Risiko eines Irrtums über die Rechtslage selbst trägt, sind an das Vorliegen eines unverschuldeten Rechtsirrtums strenge Maßstäbe anzulegen. Soweit sich der Schuldner nicht auf eine tatsächlich oder hypothetisch erteilte behördliche Genehmigung stützt (vgl. BGH, Urteil vom 26.06.2023 – VIa ZR 335/21, juris Rn. 64ff), muss er die Rechtslage sorgfältig prüfen, soweit erforderlich Rechtsrat einholen und die höchstrichterliche Rechtsprechung (sofern vorhanden) sorgfältig beachten (vgl. BGH, Urteil vom 12.07.2006 – X ZR 157/05, juris Rn. 19).

bb.

Hinsichtlich der Verwendung der temperaturgesteuerten AGR (Thermofenster) – in der konkreten Ausgestaltung zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses – hat sich die „Beklagte“ (in Gestalt ihrer Mitarbeiter und Repräsentanten) in Bezug auf die Zulässigkeit dieser Einrichtung nach Überzeugung des Senats in einem Verbotsirrtum (1) befunden, der auch unvermeidbar (2) gewesen war. Hinsichtlich des Einsatzes des Thermofensters und der hieraus insoweit folgenden Unrichtigkeit der erteilten Übereinstimmungsbescheinigung liegt daher kein schuldhaftes Verhalten vor – weder ihrer Verrichtungsgehilfen (§ 831 BGB) noch ihrer Repräsentanten (§ 31 BGB).

(1) Zum Verbotsirrtum bei der AGR:

(a) Die Beklagte hat zum Vorliegen eines Verbotsirrtums Sinngemäß vorgebracht, dass sie bis zum heutigen Tage von der Zulässigkeit des Thermofensters ausgehe, weil dieses zum Schutz des Motors und zum sicheren Betrieb des Fahrzeugs erforderlich sei. Niemand im Hause der Beklagten habe an der Zulässigkeit der von allen Herstellern eingesetzten Thermofenster, welches im Typengenehmigungsverfahren dem Grunde nach offen gelegt worden sei und im Grundsatz bis ins Jahr 2022 auch seitens des KBA unbeanstandet gebliebenen sei, gezweifelt. Eine etwaige Unzulässigkeit des Thermofensters sei daher für die Beklagte schon objektiv nicht erkennbar gewesen. Auch die maßgeblich handelnden Personen, namentlich die Leiter der Abteilungen „Vertriebsplanung PKW“ und „Fahrzeugdokumentation“, welche die Übereinstimmungsbescheinigungen im Namen der Beklagten unterzeichneten, hätten insofern keine Nachfrage gehalten, wenngleich ihnen schon nicht bewusst gewesen sei und nicht bewusst habe sein können, dass mit der Ausstellung der Übereinstimmungsbescheinigung eine Aussage zum Fehlen von Abschaltvorrichtungen getroffen werde.

(b) Mit diesem Vorbringen hat die Beklagte nach Auffassung des Senats einen Verbotsirrtum konkret dargelegt, von dessen – bestrittenen – Vorliegen der Senat überzeugt ist (§ 286 ZPO).

Als Fahrzeugherstellerin traf die Beklagte die deliktsrechtlich geschützte Pflicht, keine unzutreffenden Übereinstimmungsbescheinigungen in den Verkehr zu bringen (vgl. BGH, Urteil

vom 26.06.2023 - VIa ZR 335/21, juris Rn. 61; BGH, Urteil vom 10.07.2023 – VIa ZR 1119/22, juris Rn. 20ff; BGH, Urteil vom 20.07.2023 – III ZR 267/20, juris Rn. 22). Um dieser Verpflichtung zu genügen, musste die Beklagte ihre innerbetrieblichen Abläufe etwa durch interne Weisungen, Meldekettens und Überwachungs- sowie Kontrollmechanismen so organisieren, dass bei regelgerechtem Ablauf nur zutreffende Übereinstimmungsbescheinigungen in Verkehr gelangen konnten. Dies erforderte insbesondere eine Weisungslage, nach welcher technisch kritische Punkte von den für die technische Entwicklung verantwortlichen Personen an die Rechtsabteilung zur Überprüfung weiterzuleiten waren und die Weiterentwicklung und der spätere Einsatz der Technik erst nach positiver rechtlicher Bewertung und Freigabe durch hierfür qualifizierte Personen erfolgen durfte. Zudem war das rechtliche Umfeld und dessen für die Zulässigkeit der eingesetzten Technik relevante Entwicklungen weiter durch die Rechtsabteilung oder sonstiges juristisch qualifiziertes Personal zu beobachten, um erforderlichenfalls entsprechend reagieren und Abläufe stoppen zu können (vgl. BGH, Urteil vom 25.09.2023 – VIa ZR 1/23, juris Rn. 14; OLG Stuttgart, Urteil vom 28.09.2023 – 24 U 2504/22, juris Rn. 41 mwN). Danach musste die Beklagte sicherstellen, dass die erforderlichen Informationen auch bis zum Aussteller der Übereinstimmungsbescheinigung weitergeleitet würden. Allein der Umstand, dass dieser keine Kenntnis von möglichen Bedenken bezüglich der Unzulässigkeit von Abschaltvorrichtungen hatte, wird daher im Regelfall nicht genügen, um einen Rechtsirrtum darzulegen.

(c) Der Senat würdigt das Beklagtenvorbringen dahingehend, dass nicht nur der Aussteller der Übereinstimmungsbescheinigung, sondern alle mit den Fragen der Zulässigkeit des Emissionskontrollsystems befassten Personen, davon ausgegangen seien, dass das im streitgegenständlichen Fahrzeug eingesetzte Thermofenster nicht als unzulässige Abschaltvorrichtung zu beurteilen sei. Dies genügt nach Auffassung des Senats für die schlüssige Darlegung eines Verbotsirrtums „der Beklagten“. Auf die Darlegung subjektiver Vorstellungen einzelner Mitarbeiter, wie vom OLG Karlsruhe (vgl. Urteil vom 22.08.2023 – 8 U 86/21, juris Rn. 145ff) verlangt, kommt es vor diesem Hintergrund nicht an.

(c) Der Senat ist vor dem Hintergrund der nachfolgenden Umstände – die zum Teil allgemein bekannt und zum Teil aus anderen Verfahren gerichtsbekannt sind und auf deren Vorliegen der Senat in der mündlichen Verhandlung hingewiesen hat – mit einem für das praktische Leben brauchbaren Grad von Gewissheit (vgl. BGH, Urteil vom 17.02.1970 – III ZR 139/67, juris Rn. 72) davon überzeugt, dass die für die Beklagte handelnden Personen hin-

sichtlich der Zulässigkeit des Thermofensters einem Verbotsirrtum unterlegen waren.

[1] So geht aus dem Bericht der vom Bundesminister für Verkehr und digitale Infrastruktur eingesetzten Untersuchungskommission "Volkswagen" vom April 2016 hervor, dass in dem hier fraglichen Zeitraum Thermofenster von allen Autoherstellern verwendet wurden. Begründet wurde dies mit dem Erfordernis des Motorschutzes, wobei diese Frage vor allem die Auslegung der Ausnahmevorschrift des Art. 5 Abs. 2 Satz 2 Buchst. a VO (EG) Nr. 715/2007 betraf. Dementsprechend haben sowohl das KBA als auch das zuständige Fachministerium den Einsatz eines Thermofensters, bei dem die Hersteller die Abgasreinigung temperaturabhängig zurückfahren, jedenfalls dann nicht grundsätzlich in Frage gestellt, wenn die Einrichtung notwendig sei, um den Motor vor Beschädigung oder Unfall zu schützen (so auch BGH, Beschluss vom 25.11.2021 – III ZR 202/20, juris Rn. 15 mwN).

[2] Das KBA sah die Verwendung von Thermofenstern noch lange nach dem allgemeinen Bekanntwerden des „Dieselskandals“ im September 2015 nicht als kritisch an. Obwohl das KBA im Zuge des Dieselskandals dazu übergegangen war, auch hinsichtlich Thermofenstern konkret zu prüfen, hatte es diese noch am 25.08.2020 nicht beanstandet. Aus einer dem Senat aus seinem anderen Verfahren bekannten Auskunft des KBA gegenüber dem Oberlandesgericht Hamm vom 25.08.2020, betreffend einen VW Touareg, Euro 5, geht hervor, dass das KBA noch zu diesem Zeitpunkt bei „Thermofenstern“ aus Motorschutzgründen unter Verweis auf eine sogenannte thermodynamische Komplexität von Ablagerungseffekten, welche in einer Wechselwirkung zu Fahrweise und Fahrbedingungen stehe, nicht von einer „eindeutige(n) Unzulässigkeit“ ausgegangen sei und Thermofenster daher nicht beanstandet habe.

[3] Folgerichtig stellte das KBA trotz Kenntnis vom flächendeckenden Einsatz von Thermofenstern und obwohl in den Antragsunterlagen zur EG-Typgenehmigung Details zur temperaturgesteuerten AGR in der Regel nicht enthalten waren, in stetiger Verwaltungspraxis diesbezüglich keine Nachfragen. Diese Genehmigungspraxis des KBA hat sich erst nach entsprechenden Rechtsäußerungen durch den Generalanwalt und den EuGH in den Jahren 2021 und 2022 geändert. Gegenüber der Beklagten wurde ein Thermofenster erstmals mit Bescheid vom 01.11.2022 als unzulässige Abschalteneinrichtung beanstandet (so u.a. festgestellt im Senatsurteil vom 28.09.2023 – 24 U 2504/22, juris Rn. 48).

[4] Zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses konnten die Mitarbeiter der Beklagten daher bereits auf eine jahrelange Verwaltungspraxis zurückblicken, nach der Thermofenster vom

KBA als der für sie maßgeblichen Genehmigungsbehörde nicht als kritisch angesehen wurden. Gerichtliche Entscheidungen, aus denen eine entgegenstehende Rechtsansicht zu entnehmen gewesen wäre, existierten zum damaligen Zeitpunkt ebenfalls nicht.

Nach Würdigung dieser Umstände steht daher zur Überzeugung des Senats fest (§ 286 ZPO), dass die für die Beklagte handelnden Personen auch im Erwerbszeitpunkt noch davon ausgingen, dass das streitgegenständliche Thermofenster, wie von ihnen angeführt, erlaubt war.

(2) Zur Unvermeidbarkeit des Verbotsirrtums bei der AGR:

(a) Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs kann die Unvermeidbarkeit eines Verbotsirrtums sowohl durch eine tatsächlich erteilte EG-Typgenehmigung als auch durch eine hypothetische Genehmigung der zuständigen Behörde nachgewiesen werden (BGH, Urteil vom 26.06.2023 - VIa ZR 335/21, juris Rn. 64ff).

(b) Ob im Streitfall, wie die Beklagte geltend macht, von einer tatsächlichen Genehmigung auszugehen ist, nachdem das Thermofenster im Rahmen der erteilten EG-Typgenehmigung vom KBA seinerzeit nicht beanstandet worden war – obwohl dem KBA dessen Vorhandensein bereits damals bekannt gewesen war, (möglicherweise) ohne Kenntnis von dessen konkreter Ausgestaltung, kann insoweit offenbleiben. Denn der Verbotsirrtum der Beklagten wäre auch dann unvermeidbar, wenn man nicht vom Vorliegen einer tatsächlichen Genehmigung ausgehen wollte. Denn der Senat ist mit einem für das praktische Leben brauchbaren Grad an Gewissheit davon überzeugt (§ 286 ZPO), dass das KBA das streitgegenständliche Thermofenster (in seiner konkreten Ausgestaltung zum Zeitpunkt des Abschlusses des Kaufvertrages) auch bei einer die konkrete technische Ausgestaltung umfassend offenlegenden Nachfrage zum Erwerbszeitpunkt genehmigt hätte (BGH, Urteil vom 26.06.2023 - VIa ZR 335/21, juris Rn. 66). Diese Überzeugung ergibt sich für den Senat bereits auf der Grundlage der vorstehend dargelegten ständigen Verwaltungspraxis des KBA, welche sich erst nach den Entscheidungen des EuGH vom 14.07.2022 (C-128/20, C-134/20, C-145/20), mithin erst nach dem streitgegenständlichen Erwerbszeitpunkt geändert hat (vgl. auch Senatsurteil vom 28.09.2023 – 24 U 2504/22, juris Rn. 65).

cc.

Hinsichtlich des Einsatzes der KSR in dem streitgegenständlichen Fahrzeug und der hieraus folgenden Unrichtigkeit der Übereinstimmungsbescheinigung ist hingegen von einem schuldhaften Verhalten der „Beklagten“ auszugehen. Der Senat kann sich insoweit bereits nicht von einem Irrtum überzeugen. Ausführungen zu einer Vermeidbarkeit sind daher nicht veranlasst.

(1) Der Senat kann sich bereits keine Überzeugung dazu bilden, dass sich Repräsentanten der Beklagten (§ 31 BGB) und mit der KSR befasste Mitarbeiter der Beklagten (§ 831 BGB) in einem Irrtum befunden haben, zumal es den Repräsentanten der Beklagten (§ 31 BGB) im Rahmen ihrer Organisationspflichten oblegen hatte Sorge dafür zu tragen, dass alle notwendigen verfügbaren Informationen auch ihren Mitarbeitern zur Verfügung gestanden hatten (siehe obige Darstellung).

Einen beachtlichen Rechtsirrtum über die Zulässigkeit der KSR hat die Beklagte schon nicht dargelegt, worauf der Senat die Beklagte hingewiesen hat. Ihrem Vortrag lässt sich bereits nicht entnehmen, wie die Mitarbeiter der Beklagten sich von der Richtigkeit der auch vorliegend von der Beklagten vertretenen unzutreffenden Rechtsansicht überzeugt haben wollen, was mit Blick auf das – bestrittene – Vorliegen eines auf die KSR bezogenen Rechtsirrtums aber erforderlich gewesen wäre.

Denn anders als beim Thermofenster fehlen für die KSR allgemein bekannte Indiztatsachen, welche einen Rückschluss auf einen solchen Rechtsirrtum ermöglichen könnten. Das Thermofenster war flächendeckend von nahezu allen namhaften Herstellern von Dieselfahrzeugen eingesetzt worden und war dabei sowohl in Fachkreisen als auch dem KBA bekannt gewesen, wobei letzteres dieses auch seit Jahren in ständiger Genehmigungspraxis nicht beanstandet hatte. Im Gegensatz dazu fehlt für die KSR, insbesondere für den hier relevanten Zeitpunkt des Abschlusses des streitgegenständlichen Kaufvertrages, ein vergleichbarer, den Schluss auf die Zulässigkeit der Technik ermöglichender Vertrauensstatbestand.

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

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

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

(c) Die KSR war zudem – nach Kenntnis des Senats – allein von der Beklagten eingesetzt worden, sodass es mangels bestehender Erfahrungen hinsichtlich der rechtlichen Behandlung zudem nahegelegen hätte, eine Einschätzung des KBA als der zuständigen Genehmigungsbehörde einzuholen (unabhängig von der Frage einer Pflicht, die KSR im Rahmen des EG-Typgenehmigungsverfahrens anzugeben). Dies ist aber weder vor noch bei Beantragung der EG-Typgenehmigung geschehen.

2.

Die Beklagte haftet der Klagepartei sonach auf Ersatz des Differenzschadens, welcher nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs – vorbehaltlich einer im Einzelfall vorzunehmenden Vorteilsausgleichung – auf eine Bandbreite zwischen 5 und 15% des gezahlten Kaufpreises rechtlich begrenzt ist (BGH, Urteil vom 26.06.2023 – VIa ZR 335/21, juris Rn.

73; BGH, Urteil vom 20.07.2023 – III ZR 267/20, juris Rn. 34). Für die gemäß § 287 ZPO vorzunehmende Schätzung des Schadens innerhalb dieser Bandbreite sind die Umstände des Einzelfalls im Rahmen einer auf den Zeitpunkt des Vertragsschlusses bezogenen Betrachtung zu gewichten. Dabei ist insbesondere in den Blick zu nehmen, welches Ausmaß an behördlichen Anordnungen auf Grund der festgestellten unzulässigen Abschalteneinrichtung droht und wie groß die Eintrittswahrscheinlichkeit solcher Anordnungen ist, welches Gewicht dem festgestellten Verstoß des Herstellers bezogen auf das unionsrechtliche Ziel der Einhaltung gewisser Emissionsgrenzwerte zukommt und schließlich mit welchem Verschuldensgrad der Hersteller den Verstoß verwirklicht hat.

Hiervon ausgehend erscheint dem Senat die Bemessung des Schadens im vorliegenden Fall mit 10% des Kaufpreises als sachgerecht, da es sich um einen mit Blick auf die genannten Kriterien durchschnittlichen Fall handelt. Besondere Umstände, welche diesen Fall in die eine oder andere Richtung gegenüber anderen Fällen hervorheben würden, sind weder vorgetragen noch ersichtlich. Daraus folgt, dass der Differenzschaden vorliegend mit 4.295,00 € zu bemessen ist (§ 287 ZPO).

3.

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

a.

Im Wege des Vorteilsausgleichs muss sich der Geschädigte diejenigen Vorteile anrechnen lassen, die ihm in adäquatem Zusammenhang mit dem Schadensereignis zugeflossen sind. Er darf einerseits im Hinblick auf das schadensersatzrechtliche Bereicherungsverbot nicht bessergestellt werden, als er ohne das schädigende Ereignis stünde. Andererseits sind nur diejenigen durch das Schadensereignis bedingten Vorteile auf den Schadenser-

satzanspruch anzurechnen, deren Anrechnung mit dem jeweiligen Zweck des Ersatzanspruchs übereinstimmt, also dem Geschädigten zumutbar ist und den Schädiger nicht unangemessen entlastet (vgl. BGH st. Rspr. ua, Urteil vom 25.05.2020 – VI ZR 252/19, juris Rn. 65). Sowohl beim Differenz-Schadensersatz nach § 823 Abs. 2 BGB i.V.m. § 6 Abs. 1, 27 Abs. 1 EG-FGV als auch beim kleinen Schadensersatz nach § 826 BGB sind die Nutzungsvorteile und der Restwert des Fahrzeuges nur insoweit und erst dann schadensmindernd anzurechnen, wenn sie den Wert des Fahrzeugs bei Abschluss des Kaufvertrages (gezahlter Kaufpreis abzüglich Differenzschaden) übersteigen (vgl. zu § 823 Abs. 2 BGB i.V.m. § 6 Abs. 1, 27 Abs. 1 EG-FGV: BGH, Urteil vom 26.06.2023 – VIa ZR 335/21, juris Rn. 44, 80; zu § 826 BGB: BGH, Urteil vom 24.01.2022 – VIa ZR 100/21, juris Rn. 22). Erreichen sie den ursprünglich gezahlten Kaufpreis, besteht kein Schaden.

Ein Software-Update führt zum Wegfall des Schadens, wenn hierdurch die Gefahr von Betriebsbeschränkungen signifikant reduziert wird (so BGH, Urte. v. 26.06.2023 – VIa ZR 335/21, juris Rn. 80 zum Differenzschadensersatz; ähnlich zum kleinen Schadensersatzanspruch: BGH, Urteil vom 06.07.2021 – VI ZR 40/20, juris Rn. 24), was voraussetzt, dass das Software-Update selbst ebenfalls keine unzulässigen Abschaltvorrichtungen enthält.

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

b.

Die Bewertung der gezogenen Nutzungen schätzt der Senat auf Basis der vom Bundesgerichtshof für zulässig erachteten Methode der linearen Wertminderung (vgl. u.a. BGH, Urteil vom 07.11.2022 – VIa ZR 325/21, juris Rn. 25) gemäß § 287 ZPO unter Zugrundelegung einer Gesamtleistung des Fahrzeuges von 250.000 km (ebenfalls von einer Gesamtleistung in Höhe von 250.000 km ausgehend – Fundstellen jeweils juris: BGH, Beschluss vom 09.12.2014 – VIII ZR 196/14, Rn. 3; OLG Stuttgart, Urteil vom 29.09.2020 – 12 U 449/19, Rn. 36; OLG Stuttgart, Urteil vom 02.04.2020 – 2 U 249/19, Rn. 56; OLG Stuttgart, Urteil vom 12.05.2021 – 9 U 17/21, Rn. 49; OLG Stuttgart, Urteil vom 13.04.2021 – 16a U 718/20, Rn. 88; OLG Stuttgart, Urteil vom 20.04.2021 – 16a U 71/20, Rn. 81; OLG Stuttgart, Beschluss vom 12.03.2021 – 23 U 728/21, Rn. 7; OLG Karlsruhe, Urteil vom 06.11.2019 –

13 U 37/19, Rn. 108; OLG Celle, Urteil vom 22.01.2020 – 7 U 445/18, Rn. 65; OLG Köln, Urteil vom 24.03.2020 – I-4 U 235/19, Rn. 128; OLG Hamm, Urteil vom 14.08.2020 – 45 U 22/19, Rn. 129).

Bei der Einschätzung der Gesamtleistung eines Fahrzeugs ist nicht lediglich auf den Motor, sondern auf das Fahrzeug in seiner Gesamtheit abzustellen (Eggert, in: Reinking/Eggert, Der Autokauf, 14. Auflage 2020 Rn. 3573). Dabei ist zu beachten, dass die höhere Motorleistung heutiger Kraftfahrzeuge durch die Störungsanfälligkeit von deren Elektronik negativ kompensiert wird. Bei Versagen der Elektronik ist das Kraftfahrzeug nicht mehr einsatzfähig und häufig auch nicht mehr wirtschaftlich reparabel, obwohl Motor und Karosserie noch in vergleichsweise gutem Zustand sein mögen (BeckOGK/Schall, 1.11.2020, BGB § 346 Rn. 437; OLG Stuttgart, Urteil vom 27.11.2019 – 9 U 202/19, juris Rn. 58). Zur Annahme einer Gesamtleistung von 250.000 km führt auch die Schätzung anhand der vom KBA veröffentlichten Statistiken für das Durchschnittsalter von Personenkraftwagen und deren durchschnittlicher Jahresfahrleistung (vgl. OLG Köln, Urteil vom 24.03.2020 – I-4 U 235/19, Rn. juris 128). Denkbare Schwankungen gehen nicht über die mit einer Schätzung ohnehin und immer einhergehenden Unsicherheiten hinaus, welche im Rahmen der Schadensschätzung nach § 287 ZPO vom Gesetz aber in Kauf genommen werden (vgl. BGH, Urteil vom 26.06.2023 – VIa ZR 335/21, juris Rn. 72). Höhere Gesamtleistungen kommen vor, umgekehrt aber auch geringere. Für die voraussichtliche Gesamtleistung fällt beides nicht ins Gewicht (vgl. OLG Stuttgart, Urteil vom 20.04.2021 – 16a U 71/20, juris Rn. 82).

Weiter legt der Senat bei seiner Schätzung des Wertes der gezogenen Nutzungen auf Basis der – vom Bundesgerichtshof anerkannten – Methode der linearen Wertminderung den von der Klagepartei tatsächlichen gezahlten Kaufpreis zugrunde und nicht den um den Differenzschadensersatz reduzierten objektiven Fahrzeugwert. Dem liegt die Überlegung zugrunde, dass wenn sich dieses wertbestimmende Risiko bis zum Ende der Gesamtlauzeit des Fahrzeugs nicht verwirklicht hat, dieser Umstand auch im Wege der im Zeitpunkt des Schlusses der mündlichen Verhandlung vorzunehmenden Vorteilsausgleichung Berücksichtigung zu finden hat (BGH, Urteil vom 24.01.2022 – VIa ZR 100/21, juris Rn. 20).

c.

Ausgehend von der aktuellen Laufleistung von 81.153 km und dem gezahlten Kaufpreis er-

geben sich somit gezogene Nutzungen in Höhe von 10.847,39 €. Zusammen mit dem bei der Klagepartei verbliebenen Restwert des Fahrzeuges, dessen Höhe die Parteien mit 15.400,00 € unstreitig gestellt haben, ergibt dies in der Summe einen Betrag, der den objektiven Fahrzeugwert (Nettokaufpreis abzüglich Differenzschadensersatz, vorliegend 10% vom Kaufpreis) nicht erreicht, mit der Folge, dass insoweit der Differenzschadensersatz durch diese Vorteile nicht geschmälert wird (vgl. BGH, Urteil vom 26.06.2023 – VIa ZR 335/21, juris Rn. 80).

d.

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

Ein Software-Update ist schadensmindernd zu berücksichtigen, wenn und soweit das Software-Update die Gefahr von Betriebsbeschränkungen signifikant reduziert, was aber voraussetzt, dass das Software-Update nicht seinerseits eine unzulässige Abschalteneinrichtung beinhaltet (BGH, Urteil vom 26.06.2023 – VIa ZR 335/21, juris Rn. 80). Dieser Umstand steht für die Zivilgerichte, entgegen der Auffassung der Beklagten, nicht aufgrund einer Tatbestandswirkung des Verwaltungsaktes in Gestalt der Freigabebestätigung des KBA bindend fest. Denn soweit in dieser erklärt wird, die nach dem Software-Update vorhandenen Abschalteneinrichtungen seien zulässig oder das Software-Update enthalte solche nicht, handelt es sich um Begründungselemente, die vom Regelungsgehalt und damit von der Tatbestandswirkung des Verwaltungsaktes nicht erfasst werden (vgl. BGH, Beschlüsse vom 14.12.2021 – VIII ZR 386/20, juris Rn. 34; vom 11.01.2022 – VIII ZR 33/20, juris Rn. 30; BGH, Urteil vom 08.12.2021 – VIII ZR 190/19, juris Rn. 81 mwN). Der Senat hat daher selbst festzustellen, ob das Software-Update diesen Anforderungen genügt (BGH, Urteil vom 08.12.2021 – VIII ZR 190/19, juris Rn. 82; BGH, Beschluss vom 11.01.2022 – VIII ZR 33/20, juris Rn. 30). Dies gilt - entgegen der Auffassung der Beklagten - auch mit Blick auf die angeführten - zum Teil aber andere Hersteller betreffenden - verwaltungsrechtlichen Rechtsstreitigkeiten mit dem KBA, welche mangels einer (zumindest teilweisen) präjudiziel-

len Bedeutung weder eine Aussetzung gemäß § 148 ZPO erlauben noch einer eigenen Beurteilung der in Rede stehenden Rechtsfragen durch den Senat entgegenstehen (vgl. etwa: BGH, Beschluss vom 24.07.2023 – VIa ZB 10/21, juris Rn. 10ff mwN).

Hierfür muss die temperaturgesteuerte AGR, die durch das Software-Update der Beklagten modifiziert wird, als Emissionskontrollsystem unter normalen Betriebsbedingungen im Sinne von Art. 3 Nr. 10, Art. 5 Abs. 1 VO (EG) Nr. 715/2007 uneingeschränkt wirksam sein. Diese normalen Betriebsbedingungen umfassen – wie bereits ausgeführt – u.a. Umgebungstemperaturen im Bereich von -15°C bis +40°C und neben dem Fahrbetrieb mit betriebswarmem Motor auch den in der Warmlaufphase (dazu folgend unter aa.).

Dem Vortrag der Beklagten lässt sich weder entnehmen, dass die AGR unter diesen normalen Betriebsbedingungen uneingeschränkt funktioniert (bb.) noch, dass Einschränkungen aus Motorschutzgesichtspunkten im Sinne von Art. 5 Abs. 2 Satz 2 Buchst. a VO (EG) Nr. 715/2007 (cc.) ausnahmsweise zulässig sind.

aa.

Auch der Kaltstart des Motors stellt eine normale Betriebsbedingung im Sinne von Art. 3 Nr. 10, Art. 5 Abs. 1 VO (EG) Nr. 715/2007 dar. Denn das Starten des Motors und zwar auch das erstmalige Starten nach einer gewissen Standzeit bei kalten Umgebungstemperaturen gehört denkwürdigerweise zu den Betriebsbedingungen, die vernünftigerweise zu erwarten sind, weil ein Betrieb des Fahrzeugs mit betriebswarmem Motor ohne Durchlaufen dieses Betriebszustands (Warmlaufphase) nicht möglich ist (vgl. auch OLG Celle, Urteil vom 20.12.2023 – 7 U 1742/19, juris Rn. 62 mwN). Auch während der Warmlaufphase muss das Emissionskontrollsystem, vorliegend die AGR, daher innerhalb des vorgenannten Außentemperaturfensters von -15°C bis +40°C uneingeschränkt funktionieren, sofern nicht die Voraussetzungen eines der Ausnahmetatbestände nach Art. 5 Abs. 2 Satz 2 VO (EG) Nr. 715/2007 vorliegen. Hiervon geht auch der europäische Gesetzgeber aus, der insoweit Ausnahmen zwar für das SCR-System normiert hat (vgl. Nr. 10 des Anhangs XVI zur VO (EG) Nr. 692/2008 und – wie von der Beklagten selbst angeführt – Art. 3 Abs. 9 VO (EG) Nr. 692/2008), nicht aber für die AGR.

Soweit die Beklagte mit Blick auf Art. 3 Abs. 9 VO (EG) Nr. 692/2008 geltend macht, dass

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

bb.

Dem Vortrag der Beklagten ist nicht zu entnehmen, dass die AGR sowohl in der Warmlaufphase als auch bei Fahrten mit betriebswarmem Motor innerhalb des vorstehend genannten Außentemperaturfensters von -15°C bis $+40^{\circ}\text{C}$ uneingeschränkt wirksam ist.

(1) Vielmehr trägt die Beklagte hinsichtlich der Fahrt mit betriebswarmem Motor für eine unbeschränkte AGR lediglich ein Außentemperaturfenster von $+4^{\circ}\text{C}$ bis $+49^{\circ}\text{C}$ vor.

Soweit die Beklagte in verschiedenen Verfahren vorgetragen hat, die Reduzierung der AGR außerhalb des von ihr vorgetragenen Rahmens sei jeweils nur geringfügig und wirke sich hin zu kalten Umgebungstemperaturen am Auspuff nicht auf die NO_x-Emissionen aus, da die NO_x-Emissionen mit sinkenden Umgebungstemperaturen bei im Übrigen gleichen Bedingungen abnehmen würden, so dass der NO_x-erhöhende Einfluss der AGR-Reduktion und der NO_x-verringemde Einfluss der niedrigen Umgebungstemperatur sich in etwa gegenseitig aufheben würden, lässt dieser Vortrag das Vorliegen einer Abschaltvorrichtung nicht entfallen. Die Beklagte verkennt insoweit dass Bezugspunkt für die Frage der Emissionskausalität des Eingriffs in das Emissionskontrollsystem, welche für das Vorliegen einer Abschaltvorrichtung im Sinne von Art. 3 Nr. 10 VO (EG) Nr. 715/2007 notwendig ist, nicht

das Über- oder Unterschreiten eines bestimmten Wertes ist. Denn außerhalb der NEFZ-Prüfung gibt es keine bestimmten Emissionsgrenzwerte; vorgeschrieben ist aber, dass durch das Emissionskontrollsystem innerhalb normaler Betriebsbedingungen die Auspuffemissionen wirkungsvoll begrenzt werden (EuGH, Urteil vom 14.07.2022 – C-134/20, juris Rn. 48), somit die Wirkweise des Emissionskontrollsystems nicht reduziert oder dieses gar abgeschaltet wird (sofern kein Ausnahmetatbestand nach Art. 5 Abs. 2 Satz 2 VO (EG) Nr. 715/2007 vorliegt).

Maßgebend für das Vorliegen von Emissionskausalität ist deshalb ein Vergleich der Wirksamkeit des unverändert funktionierenden und derjenigen des verändert funktionierenden Gesamtemissionskontrollsystems (BGH, Urteil vom 26.06.2023 - VIa ZR 335/21, juris Rn. 51). Dass die Gesamtemissionen (NO_x) in Folge der Abrampung der AGR bei niedrigen Temperaturen höher sind als ohne eine solche Abrampung, räumt die Beklagte aber selbst ein, wenn sie geltend macht, dass der – vorhandene – negative Effekt der Abrampung in etwa durch das bei niedrigen Temperaturen geringere NO_x-Aufkommen kompensiert werde.

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

cc.

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

Der Ausnahmetatbestand des Art. 5 Abs. 2 Satz 2 Buchst. a VO (EG) Nr. 715/2007 setzt – wie bereits dargelegt - kumulativ (vgl. EuGH, Urteil vom 21.03.2023 – C-100/21, Rn. 62; VG Schleswig, Urteil vom 20.02.2023 – 3 A 113/18, juris Rn. 310) voraus, dass eine Notwendigkeit der Einrichtung zum Schutz des Motors vor Beschädigung oder Unfall besteht und dass dies zum sicheren Betrieb des Fahrzeugs erforderlich ist. Zudem darf zur Erreichung dieser Ziele zum Zeitpunkt der EG-Typgenehmigung dieser Einrichtung oder des mit ihr ausgestatteten Fahrzeugs keine andere technische Lösung zur Verfügung gestanden haben (vgl. dazu EuGH, Urteil vom 14.07.2022 - C-145/20, Rn. 80; EuGH, Urteil vom 14.07.2022, C-134/20, Rn. 81; VG Schleswig, Urteil vom 20.02.2023 – 3 A 113/18, juris Rn. 317, 370, 373). Mit der alternativen Technik einhergehende Mehrkosten für den Hersteller fallen dabei nicht ins Gewicht (EuGH, Urteil vom 14.07.2022 - C-145/20 Rn. 77, 78; EuGH, Urteil vom 14.07.2022, C-128/20, Rn. 66, 67). Das Vorliegen dieser Voraussetzungen hat die Beklagte nicht dargetan.

(1) So ist eine Beurteilung der Notwendigkeit einer Reduzierung der AGR während der Warmlaufphase auf Grundlage des Beklagtenvortrags bereits deshalb nicht möglich, weil diesem das Maß der Einschränkungen der AGR während der Warmlaufphase in Bezug auf die normalen Betriebsbedingungen (Umgebungstemperaturbereichs von -15°C bis +40°C), welche zum Motorschutz erforderlich sein soll, nicht entnommen werden kann. Sofern die AGR während der Warmlaufphase in Abhängigkeit zur Ladelufttemperatur gesteuert wird, wäre daher die Darstellung der Reduzierung in Bezug zur Umgebungslufttemperatur erforder-

derlich gewesen, d.h. bei welchem Betriebsstand welche Ladelufttemperatur welcher Außentemperatur entspricht (vgl. dazu ua VG Schleswig, Urteil vom 20.02.2023 - 3 A 113/18, Rz. 76).

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

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

(b) Nach gefestigter Rechtsprechung des EuGHs ist die Ausnahmegesamtheit des Art. 5 Abs. 2 Satz 2 Buchst. a VO (EG) Nr. 715/2007 aber eng auszulegen, weshalb Verschmutzung

und Verschleiß des Motors nicht als „Beschädigung“ oder „Unfall“ im Sinne der Vorschrift angesehen werden können, da sie im Prinzip vorhersehbar und der normalen Funktionsweise des Fahrzeugs inhärent sind; das grundsätzliche Verbot von Abschaltvorrichtungen würde ausgehöhlt und jeder praktischen Wirksamkeit beraubt, wenn es zulässig wäre, dass die Hersteller Fahrzeuge allein deshalb mit Abschaltvorrichtungen ausstatten, um den Motor vor Verschmutzung und Verschleiß zu schützen (etwa EuGH, Urteile vom 17.12.2020, C-693/18, juris Rn. 110ff; vom 14.07.2022 – C-145/20, juris Rn. 65; vom 31.03.2023, C-100/21, juris Rn. 63). Soweit die Beklagte vorliegend Verschleiß- und Verschmutzungserscheinungen in nicht zum Motor gehörenden Bauteilen behauptet, aus denen sich erst im Laufe einer Kausalkette eine Gefahr für den Motor und den sicheren Fahrzeugbetrieb ergeben soll, vermag dies eine andere Beurteilung offensichtlich nicht zu rechtfertigen (ebenso: VG Schleswig, Urteil vom 20.02.2023 – 3 A 113/18, juris Rn. 344). Denn die durch den EuGH vorgenommene Erstreckung der Motorschutz Ausnahme auf motorferne Bauteile kann bei der europarechtlich gebotenen engen Auslegung der Vorschrift nicht dazu führen, dass der Schutz dieser Bauteile in weiterem Umfang erlaubt wäre als der Schutz des Motors selbst. Für diesen aber kommt eine Rechtfertigung der Abschaltvorrichtung, wie dargelegt, nur zum Schutz vor plötzlichen und unmittelbaren Beschädigungsrisiken, die zu einer konkreten Gefahr während des Betriebs des Fahrzeugs führen, nicht aber zur Vermeidung von vorhersehbaren Verschmutzungs- und Verschleißerscheinungen in Betracht (EuGH, Urteil vom 17.12.2020, C-693/18, juris Rn. 110ff, 114). Danach kann eine Abschaltvorrichtung, die – wie hier von der Beklagten angeführt – letztlich vor vorhersehbaren Folgen schützen soll, die dem ganz gewöhnlichen Betrieb des Fahrzeugs und der normalen Funktionsweise des Dieselmotors mit Abgasrückführungssystem – ohne Abschaltvorrichtung – inhärent sind, namentlich vor der Bildung von Partikelbrocken durch Kondensatablagerungen und dem Einlagern nicht verbranntem Kraftstoffes, nicht durch Art. 5 Abs. 2 Satz 2 Buchst. a VO (EG) Nr. 715/2007 gerechtfertigt werden (ebenso etwa: VG Schleswig, Urteil vom 20.02.2023 – 3 A 113/18, juris Rn. 342ff; OLG Karlsruhe, Urteil vom 03.11.2023 – 8 U 104/21, juris Rn. 41ff; OLG Köln, Urteil vom 21.12.2023 – 10 U 61/21, juris Rn. 52).

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

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

(b) Unabhängig hiervon ist mit Blick auf das Vorhandensein technischer Alternativen auch zu berücksichtigen, dass eine solche Alternative nach der Rechtsprechung des EuGHs auch dann besteht, wenn sich der mit der Abschaltseinrichtung bezweckte Schutz durch Wartungsarbeiten erreichen ließe, wobei der Umstand, dass diese Wartungsarbeiten häufig und kostspielig sind, es nicht rechtfertigt, zu Lasten des Ziels eines hohen Umweltschutzniveaus eine Abschaltseinrichtung zuzulassen (vgl. EuGH, Urteile vom 14.07.2022, C-134/20, juris Rn. 80f; C-145/20, juris, Rn. 79f; EuGH, Urteil vom 08.11.2022, C-873/19, juris Rn. 93). Dass den von der Beklagten geltend gemachten, vorhersehbaren Verschleißerscheinungen nicht durch entsprechende Wartungsmaßnahmen begegnet werden könnte, macht die Beklagte schon nicht geltend. Dafür ist auch nichts ersichtlich (vgl. zur Thematik etwa: VG Schleswig, Urteil vom 20.02.2023 – 3 A 113/18, juris Rn. 363ff; OLG Celle, Urteil vom 20.12.2023 – 7 U 1742/19, juris Rn. 84f).

dd.

Das auf das streitgegenständliche Fahrzeug entwickelte Software-Update vermochte somit wegen des weiteren Vorhandenseins eines Thermofensters in der AGR keinen Fall der Vorteilsausgleichung zu begründen. Dem steht der Umstand, dass die Beklagte hinsichtlich der temperaturgesteuerten AGR aufgrund des unvermeidbaren Verbotsirrtums nicht haftet, nicht entgegen. Dies ist im Rahmen der Vorteilsausgleichung unerheblich, weil es insoweit nur auf das objektive Vorliegen oder Nichtvorliegen eines Vorteils ankommt, nicht aber darauf, ob sein (Nicht-)Vorliegen von der Beklagten verschuldet ist. Mit Blick auf das Thermofenster besteht aber die Gefahr, dass das KBA zu einem späteren Zeitpunkt eine Betriebsuntersagung oder -beschränkung anordnet, unabhängig davon fort, ob das Kraftfahrtbundesamt bis zum Schluss der mündlichen Verhandlung bereits Maßnahmen eingeleitet hat. Denn nachdem das Fahrzeug weiterhin eine unzulässige Abschalteneinrichtung enthält, besteht auch die rechtliche Möglichkeit, dass die zuständige Typgenehmigungsbehörde dagegen vorgeht (vgl. BGH, Urteil vom 27.11.2023 – VIa ZR 1425/22, juris Rn. 26; BGH Beschluss vom 11.01.2022 – VIII ZR 33/20, juris Rn. 31). Damit ist die Stilllegungsgefahr nicht (signifikant) reduziert (§ 287 ZPO), weshalb auf sich beruhen kann, ob diese Gefahr - wie die Beklagte geltend macht - auch anteilig (signifikant) beseitigt werden könnte.

ee.

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

4.

Soweit sich die Beklagte auch mit Blick auf die Haftung aus § 823 Abs. 2 BGB in Verbind-

dung mit § 6 Abs. 1, § 27 Abs. 1 EG-FGV ausdrücklich auf die Einrede der Verjährung beruft, verfängt dies nicht. Die Haftung knüpft entscheidend an das Vorliegen der Kühlmittelsolltemperaturregelung an. Zu welchem Zeitpunkt der Kläger von der KSR in verjährungsrechtlich relevanter Weise Kenntnis erlangt haben soll, trägt die hierfür darlegungsbelastete (etwa BGH, Urteil vom 03.09.2020 – III ZR 136/18, NJW 2021, juris 765 Rn. 55) Beklagte nicht vor. Für eine verjährungsrechtlich relevante Kenntnis der Klagepartei von auf die KSR bezogenen Umständen ist im Übrigen auch nichts ersichtlich, nachdem selbst das KBA erst deutlich nach Bekanntwerden des „Dieselskandals“ von der KSR erfahren hat. Zudem ist darauf hinzuweisen, dass die beim Landgericht erhobene Klage, mit der der Anspruch auf den großen Schadensersatz geltend gemacht wurde, auch die Verjährung des Anspruchs auf den Differenzschadensersatz gem. § 204 Abs. 1 Nr. 1 BGB hemmt (vgl. Senatsurteil vom 11.01.2024 – 24 U 241/22, juris Rn. 60ff).

5.

Der Zinsauspruch folgt gemäß §§ 291 Satz 1, 288 Abs. 1 BGB aufgrund der Zustellung des Schriftsatzes vom 06.12.2023 am 07.12.2023, in dem sich die Klagepartei erstmals auf den Differenzschadensersatz berufen und diesen konkret geltend gemacht hat (vgl. Senatsurteil vom 11.01.2024 – 24 U 241/22, juris Rn. 63).

Entgegen der Ansicht anderer Oberlandesgerichte (so ua Schleswig-Holsteinisches Oberlandesgericht, Urteil vom 02.01.2024 – 7 U 57/23, juris Rn. 57; OLG München, Urteil vom 10.11.2023 – 36 U 2864/22, juris Rn. 77; OLG Karlsruhe, Urteil vom 03.11.2023 – 8 U 104/21, juris Rn. 79; OLG Celle, Urteil vom 11.10.2023 – 7 U 794/21, juris Rn. 85) wurde durch die auf den großen Schadensersatz gestützte Klageschrift beim Landgericht hinsichtlich des Differenzschadensersatzes noch kein Anspruch auf Rechtshängigkeitszinsen begründet (ebenso: OLG Karlsruhe, Urteil vom 02.02.2024 – 4 U 32/22, juris Rn. 109). Zwar handelt es sich bei dem Differenzschadensersatz aus § 823 Abs. 2 BGB in Verbindung mit § 6 Abs. 1, § 27 Abs. 1 EG-FGV und dem aus § 826 BGB folgenden großen Schadensersatz um einheitlichen materiell-rechtlichen Anspruch (vgl. BGH, Urteil vom 13.06.2022 – VIa ZR 680/21, juris Rn. 26) mit lediglich unterschiedlichen Methoden der Schadensberechnung (BGH, Urteil vom 26.06.2023 – VIa ZR 335/21, juris Rn. 45), doch wird durch die Rechts-

hängigkeit dieses einheitlichen Anspruchs eine Verzinsung nach § 291 BGB nur hinsichtlich der Schadensberechnung ausgelöst, auf die sich die Klagepartei in dem bestimmenden Schriftsatz – zumindest hilfsweise – berufen hat (vgl. BGH, Urteil vom 28.07.2016 – I ZR 252/15, juris Rn. 22). Dies ist hier vorliegend erstmals mit dem vorstehend genannten Schriftsatz der Klagepartei erfolgt.

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

C.

Ein Anspruch auf Freistellung von den Kosten der außergerichtlichen Rechtsverfolgung steht der Klagepartei ebenfalls nicht zu. Nach dem Dargelegten kommt als Grundlage für einen Anspruch auf Freistellung von den Rechtsverfolgungskosten einzig § 823 Abs. 2 BGB in Verbindung mit § 6 Abs. 1, § 27 Abs. 1 EG-FGV in Betracht. Auf diese Bestimmungen kann der Anspruch indessen nicht gestützt werden. Denn das Interesse, keinen Vermögensnachteil in Form von Rechtsverfolgungskosten zu erleiden, wird von den § 6 Abs. 1, § 27 Abs. 1 EG-FGV nicht geschützt (BGH, Urteil vom 16.10.2023 - VIa ZR 14/22, juris Rn. 10, 13), so dass es an dem für eine Haftung erforderlichen Schutzzweckzusammenhang - welcher voraussetzt, dass der geltend gemachte Schaden durch die verletzte Norm verhütet werden sollte (etwa: BGH, vom 07.07.2015 – VI ZR 372/14, juris Rn. 26 mwN) - fehlt.

D.

Der Feststellungsantrag Ziffer 4. (Feststellung der Ersatzpflicht für weitere Schäden) erweist sich als jedenfalls unbegründet.

Auf Grundlage der, wie dargelegt, allein als Anspruchsgrundlage in Betracht kommenden § 823 Abs. 2 BGB i.V.m. § 6 Abs. 1, § 27 Abs. 1 EG-FGV sind mögliche künftige Vermö-

gensnachteile infolge der Verwendung einer unzulässigen Abschaltvorrichtung bereits bei der Bemessung des Differenzschadens zu berücksichtigen und daher nicht gesondert ersatzfähig (BGH, Urteil vom 16.10.2023 - VIa ZR 37/21, juris Rn. 19). Ein über den Differenzschaden hinausgehender weiterer Schaden kann auf dieser Grundlage folglich nicht ersetzt verlangt werden (vgl. u.a. BGH, Urteile vom 25.09.2023 – VIa ZR 1/23, juris Rn. 19, vom 18.09.2023 – VIa ZR 632/22, juris Rn. 14; vom 11.09.2023 – VIa ZR 1669/22, juris Rn. 18).

III.

Die Kostenentscheidung folgt aus § 97 Abs. 1, § 92 Abs. 1 ZPO. Das Obsiegen der Klagepartei mit dem erstmals in der Berufungsinstanz begehrten Differenzschadensersatz wirkt sich auch auf die Kostenverteilung in erster Instanz aus (vgl. BGH, Urteil vom 29. 1. 1957 – VIII ZR 204/56, NJW 1957, 543).

Die Revision war nicht zuzulassen. Die Voraussetzungen des § 543 Abs. 2 Satz 1 ZPO liegen nicht vor; die erheblichen Rechtsfragen sind höchstrichterlich bereits geklärt (vgl. u.a. BGH, Urt. v. 26.06.2023 – VIa ZR 335/21). Entsprechendes gilt – trotz abweichender Ansicht anderer Oberlandesgerichte – auch für den Beginn der Rechtshängigkeitszinsen, da dies vom Bundesgerichtshof bereits im Sinne des Senats entschieden worden ist.

Der Ausspruch über die vorläufige Vollstreckbarkeit beruht auf §§ 708 Nr. 10, 711 ZPO.

