

Hanseatisches Oberlandesgericht

Az.: 5 U 69/21
305 O 286/20
LG Hamburg

Verkündet am 18.04.2024

██████████
Urkundsbeamter der Geschäftsstelle



Urteil

IM NAMEN DES VOLKES

In der Sache

██
- Kläger, Berufungsbeklagter u. Anschlussberufungskläger -

Prozessbevollmächtigte:

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

gegen

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

Prozessbevollmächtigte:
██
██

erkennt das Hanseatische Oberlandesgericht - 5. Zivilsenat - durch ██████████
██ auf Grund der mündlichen Verhandlung vom
22.12.2023 für Recht:

- I. Auf die Berufung der Beklagten und die Anschlussberufung des Klägers wird das Urteil des Landgerichts Hamburg vom 04.06.2021, Az. 305 O 286/20, abgeändert und wie folgt neu gefasst:
 1. Die Beklagte wird verurteilt, an den Kläger 2.856,- € nebst Zinsen hieraus in Höhe von fünf Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 15.12.2020 zu zahlen.
 2. Im Übrigen wird die Klage abgewiesen.
- II. Die weitergehende Berufung der Beklagten und die weitergehende Anschlussberufung des Klägers werden zurückgewiesen.

- III. Die Kosten der ersten Instanz und des Berufungsverfahrens hat der Kläger zu tragen.
- IV. Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar. Jede Partei kann die Vollstreckung der jeweils anderen Partei durch Sicherheitsleistung in Höhe von 110 % des gegen die jeweilige Partei vollstreckbaren Betrags abwenden, wenn nicht die vollstreckende Partei vor der Vollstreckung Sicherheit in Höhe von 110 % des jeweils zu vollstreckenden Betrags leistet.
- V. Die Revision wird nicht zugelassen.

Beschluss

Der Streitwert wird für das Berufungsverfahren auf 30.253,07 € festgesetzt.

Gründe:

I.

Die Klagepartei begehrt von der Beklagten Schadensersatz wegen des Erwerbs eines Fahrzeugs mit der Begründung, das Fahrzeug weise unzulässige Abschaltvorrichtungen auf.

Im Jahr 2015 erwarb die Klagepartei von einem Dritten das streitgegenständliche Fahrzeug zu einem Preis von brutto 28.560,- €:

Fahrzeugtyp: E 220 CDI, Motor: OM 651, Abgasnorm: Euro 5, Erstzulassung 04.03.2011, km-Stand bei Erwerb: 22.799 km.

Der Kaufvertrag datierte auf den 06.07.2015 (Anlage K 1a).

Zur Reduktion des Stickoxidausstoßes kommt im Motor des Fahrzeugs eine Abgasrückführung (im Folgenden: AGR) zum Einsatz. Die Menge des rückgeführten Abgases und damit auch die Höhe der NO_x-Emission wird bei dem Motor auch in Abhängigkeit von der Außentemperatur gesteuert (sog. Thermofenster).

Zudem verfügte das Fahrzeug zum Zeitpunkt des Kaufs über eine Kühlmittelsolltemperatur-Regelung (im Folgenden: KSR). Mit Hilfe eines elektrisch beheizbaren Thermostats im Kühlmittelkreislauf erfolgte im streitgegenständlichen Fahrzeug in Abhängigkeit von bestimmten Bedingungen eine Sollwertabsenkung der Kühlmitteltemperatur von 100 °C auf 70 °C im Motorwarmlauf. Für die Aktivierung der reduzierten Sollwert-Temperatur von 70 °C mussten die folgenden Bedingungen kumuliert vorliegen: Die Außenlufttemperaturen und die Ansauglufttemperaturen mussten jeweils in einem bestimmten Temperaturbereich liegen. Zudem war ein Kaltstart Voraussetzung für die Aktivierung. Außerdem durften eine bestimmte

Motoröl-Temperatur nicht überschritten, bestimmte Drehzahl- und Lastbedingungen nicht überschritten sowie ein bestimmter Umgebungsdruck nicht unterschritten werden. Weiter durfte die programmierte Zeit, der Timer, nicht abgelaufen sein.

Für das streitgegenständliche Fahrzeug liegt ein verpflichtender Rückruf des Kraftfahrt-Bundesamts (im Folgenden: KBA) vor. Grund für den Rückruf war die vom KBA beanstandete KSR.

Mit anwaltlichem Schreiben vom 11.09.2020 forderte die Klägerseite die Beklagte erfolglos zur Zahlung von Schadensersatz Zug um Zug gegen Übereignung des Fahrzeugs auf (Anlage K 1f).

Die Klagepartei hat vorgetragen, das Fahrzeug weise unzulässige Abschaltvorrichtungen auf. Der Einsatz der Abschaltvorrichtungen durch die Beklagte sei sittenwidrig. Die Beklagte habe die Genehmigungsbehörden getäuscht. Faktisch wirke die KSR ausschließlich bzw. nahezu ausschließlich auf dem Prüfstand. Auch das Nachtatverhalten der Beklagten belege eine Verschleierungstaktik. Die Klagepartei hätte bei Kenntnis des wahren Sachverhalts den Kauf nicht getätigt. Der Klagepartei stehe ein Anspruch aus § 826 BGB und § 823 Abs. 2 BGB i.V.m. der Verordnung (EG) Nr. 715/2007 zu. Die zu erwartende Gesamtleistung des Fahrzeugs sei auf 500.000 km zu schätzen.

Die Klagepartei hat in erster Instanz beantragt,

1. die Beklagte zu verurteilen, an den Kläger 28.560,00 EUR nebst Zinsen in Höhe von fünf Prozentpunkten über dem jeweiligen Basiszinssatz seit Rechtshängigkeit, Zug um Zug gegen Übereignung und Herausgabe des Fahrzeugs Mercedes E 250 CDI, FIN: [REDACTED] zu zahlen, unter Anrechnung einer Nutzungsentschädigung in EUR pro gefahrenem km seit dem 06.07.2015, die sich nach folgender Formel berechnet:
 $(28.560,00 \text{ EUR} \times \text{gefahrte Kilometer}) : 477.201 \text{ km};$
2. die Beklagte zu verurteilen, den Kläger von den außergerichtlichen Rechtsanwaltskosten in Höhe von 1.437,70 EUR freizustellen;
3. festzustellen, dass sich die Beklagte mit der Rücknahme des Pkws des Klägers, Mercedes E 250 CDI, [REDACTED], in Annahmeverzug befindet;
4. festzustellen, dass die Beklagte verpflichtet ist, an den Kläger Schadensersatz für Schäden, die aus der Ausstattung des Fahrzeugs Mercedes E 250 CDI, FIN: [REDACTED], mit einer unzulässigen Abschaltvorrichtung resultieren, zu zahlen.

Die Beklagte hat beantragt,

die Klage abzuweisen.

Die Beklagte hat vorgetragen, dass das Fahrzeug nicht über unzulässige Abschaltvorrichtungen verfüge. Die außertemperaturabhängige Steuerung der Abgasrückführung und die KSR stellten keine Abschaltvorrichtungen dar, jedenfalls sei ihr Einsatz unter den Gesichtspunkten des Motor- und Bauteilschutzes und des sicheren Betriebs gerechtfertigt. Die KSR sei auch im Straßenbetrieb während einer Warmlauffahrt aktiv. Das, was der NEFZ als Betriebsbedingungen für den Warmlauf normiere, liege in der Regel auch im realen Straßenbetrieb während einer Warmlauffahrt vor. Sämtliche Aktivierungsbedingungen der KSR erlaubten eine häufige Verwendung im realen Fahrbetrieb. Es fehle an einem sittenwidrigen Verhalten der Beklagten. Die Beklagte sei bei der Herstellung des streitgegenständlichen Fahrzeugs im Hinblick auf dessen Emissionskontrollsystem einer zutreffenden, zumindest aber vertretbaren Rechtsauffassung gefolgt. Die Beklagte habe außerdem im Typgenehmigungsverfahren alle die in der Praxis des Kraftfahrt-Bundesamts (KBA) seinerzeit erwarteten Angaben gemacht. Jedenfalls fehle es an einem ersatzfähigen Schaden der Klagepartei.

Das Landgericht Hamburg hat der Klage mit Urteil vom 04.06.2021 - unter Anrechnung von Nutzungsvorteilen auf der Basis einer geschätzten Gesamtleistung von 250.000 km - überwiegend stattgegeben, wobei der Zahlbetrag gem. Ziffer 1 des Tenors 26.117,45 € beträgt und als Zinsbeginn der 15.12.2020 angegeben ist. Zur Begründung hat das Landgericht ausgeführt, dass der Einsatz der KSR, bei der es sich um eine unzulässige Abschaltvorrichtung handele, sittenwidrig gewesen sei. Dem Antrag auf Feststellung, dass die Beklagte verpflichtet ist, an den Kläger (weiteren) Schadensersatz für Schäden, die aus der Ausstattung des streitgegenständlichen Fahrzeugs mit einer unzulässigen Abschaltvorrichtung resultieren, zu zahlen, hat das Landgericht nicht stattgegeben. Wegen der Einzelheiten wird auf das angegriffene Urteil Bezug genommen.

Hiergegen richten sich die Berufung der Beklagten und die Anschlussberufung des Klägers. Die Berufung der Beklagten ist auf die vollständige Klagabweisung und die Anschlussberufung des Klägers ist auf die Zuerkennung eines höheren Zahlbetrags sowie des geltend gemachten Anspruchs auf Feststellung einer (weitergehenden) Schadensersatzpflicht der Beklagten gerichtet.

Die Beklagte trägt vor, dass das Landgericht die Tatbestandswirkung der EG-Typgenehmigung verkannt habe. Auch habe das Landgericht fehlerhaft das Vorliegen einer unzulässigen Abschaltvorrichtung angenommen. Dabei habe das Landgericht die Anforderungen an einen schlüssigen Klägervortrag verkannt und die Grundsätze der sekundären Darlegungslast rechtsfehlerhaft angewendet. Auch habe die Beklagte nicht sittenwidrig gehandelt. Eine Täuschung des KBA sei zu verneinen. Das Landgericht habe auch rechtsfehlerhaft einen

Schaden des Klägers bejaht. Auch die Entscheidung des Landgerichts zu den zuerkannten Nebenforderungen sei rechtsfehlerhaft.

Die Beklagte trägt außerdem vor, dass sich das geregelte Kühlmittelthermostat in ca. 11 % aller Fahrten auch auf der Straße auswirke.

Die Anschlussberufung des Klägers sei unbegründet. Insoweit verteidigt die Beklagte das erstinstanzliche Urteil. Der auf den Ersatz des Differenzschadens gerichtete Hilfsantrag sei ebenfalls unbegründet. Es fehle an den Voraussetzungen eines solchen Schadensersatzanspruchs. Im Hinblick auf die Richtigkeit der Übereinstimmungsbescheinigung habe bei den maßgeblich Handelnden ein Verbotsirrtum vorgelegen. Durch das Update werde ein etwaiger Schaden vollständig kompensiert. Der Restwert des Fahrzeugs betrage mindestens 18.000,00 EUR. Die Beklagten erhebt die Einrede der Verjährung.

Die Beklagte beantragt,

die Klage unter teilweiser Abänderung des Urteils des Landgerichts Hamburg vom 04.06.2021 (Az.: 305 O 286/20) in vollem Umfang abzuweisen.

Die Klagepartei beantragt,

die Berufung der Beklagten zurückzuweisen,

und beantragt im Wege der Anschlussberufung,

das erstinstanzliche Urteil unter Aufrechterhaltung des Urteils im Übrigen wie folgt unter Ziffer 1. abzuändern sowie zudem unter Ziffer 4. zu erkennen:

1. Die Beklagte wird verurteilt, an den Kläger 28.560,00 EUR nebst Zinsen in Höhe von fünf Prozentpunkten über dem jeweiligen Basiszinssatz seit dem 15.12.2020, Zug um Zug gegen Übereignung und Herausgabe des Fahrzeugs Mercedes Benz E 250 CDI, FIN: [REDACTED], zu zahlen; unter Anrechnung einer Nutzungsentschädigung in EUR pro gefahrenem km seit dem 06.07.2015, die sich nach folgender Formel berechnet:

$(28.560,00 \text{ EUR} \times \text{gefahrte Kilometer}) : 477.201 \text{ km};$

4. Es wird festgestellt, dass die Beklagte verpflichtet ist, an den Kläger Schadensersatz für Schäden, die aus der Ausstattung des Fahrzeugs Mercedes E 250 CDI, FIN: [REDACTED], mit einer unzulässigen Abschaltvorrichtung, insbesondere in Form der Kühlmittel-Solltemperatur-Regelung resultieren, zu zahlen.

Hilfsweise für den Fall, dass der Senat der Berufung der Beklagten stattgeben und einen Anspruch des Klägers aus § 826 BGB verneinen sollte, beantragt der Kläger,

die Beklagte zu verurteilen, an den Kläger 4.284,00 EUR nebst Zinsen in Höhe von fünf Prozentpunkten über dem Basiszinssatz hieraus seit dem 06.07.2015 zu zahlen.

Die Beklagte beantragt,

die Anschlussberufung einschließlich des Hilfsantrags zurückzuweisen.

In Bezug auf die Berufung der Beklagten verteidigt der Kläger das landgerichtliche Urteil. Er trägt vor, dass der schadstoffarme Modus im Straßenverkehr nicht, jedenfalls nur in sehr geringem Umfang (ca. 1 bis 2 % der Fahrten unter normalen Betriebsbedingungen des Straßenverkehrs) aktiviert werde. Die enge Bedatung der KSR indiziere die Sittenwidrigkeit. Eine Sittenwidrigkeit folge auch aus der fehlenden Offenlegung der KSR gegenüber dem KBA.

Hinsichtlich der Anschlussberufung trägt der Kläger vor, das Landgericht habe bei der Berechnung der Nutzungsvorteile rechtsirrig eine Gesamtleistung von lediglich 250.000 km angesetzt. Auch habe das Landgericht zu Unrecht dem Feststellungsantrag nicht stattgegeben.

Mit dem mit Schriftsatz vom 12.12.2023 angekündigten Hilfsantrag werde der „Differenzschaden“ begehrt, welcher auf 15 % des Kaufpreises geschätzt werde. Die Klagepartei verweist auf die vom BGH hinsichtlich des Differenzschadens aufgestellten Grundsätze. Der aktuelle Marktwert des Fahrzeugs belaufe sich auf maximal 13.000,00 €. Ein fiktiver Fahrzeugwert sei allerdings nicht zu berücksichtigen. Das Software-Update sei nicht schadensmindernd zu berücksichtigen, weil sich auch nach dem Update eine unzulässige Abschaltvorrichtung in Form des Thermofensters in der Motorsteuerungssoftware befinde.

Zeitweilig wurde das streitgegenständliche Fahrzeug stillgelegt. Zum Zeitpunkt der mündlichen Verhandlung vor dem Senat war das Update aufgespielt worden und das Fahrzeug wieder zugelassen worden.

Am Tag vor der mündlichen Verhandlung im Berufungsverfahren wies das streitgegenständliche Fahrzeug einen km-Stand von 49.949 km auf.

Wegen des weiteren Vortrags der Parteien wird auf die eingereichten Schriftsätze nebst Anlagen sowie das Sitzungsprotokoll Bezug genommen.

II.

Die zulässige Berufung der Beklagten ist teilweise erfolgreich. Dem Kläger stehen nicht die vom Landgericht zugesprochenen Beträge zu, sondern dem Kläger steht (nur) der mit dem Hilfsantrag geltend gemachte Differenzschaden in der vorliegend tenorierten Höhe zu. Die darüber hinausgehende zulässige Anschlussberufung des Klägers ist unbegründet.

1. Der mit dem Hauptantrag des Klägers geltend gemachte große Schadensersatzanspruch in

Gestalt der Rückzahlung des Kaufpreises unter Abzug gezogener Nutzungen Zug und Zug gegen Übereignung des Fahrzeugs ist unbegründet.

a. Ein Anspruch aus §§ 826, 31 BGB besteht nicht. Zwar handelt es sich bei der beim Kauf des Fahrzeugs vorhandenen KSR und dem beim Kauf des Fahrzeugs vorhandenen Thermofenster um unzulässige Abschaltvorrichtungen im Sinn von Art. 3 Nr. 8, Art. 5 Abs. 1 VO (EG) Nr. 715/2007, doch folgt aus dem Vortrag der Klagepartei nicht ein sittenwidriges Verhalten der Beklagten.

aa. Bei dem Thermofenster und der KSR handelt es sich um Abschaltvorrichtungen i.S.d. Art. 3 Nr. 10, Art. 5 Abs. 2 S. 1 VO (EG) Nr. 715/2007. Art. 3 Nr. 10 VO (EG) Nr. 715/2007 definiert eine Abschaltvorrichtung als ein Bauteil, das die Temperatur, die Fahrzeuggeschwindigkeit, die Motordrehzahl (UpM), den eingeleiteten Getriebegang, den Unterdruck im Einlasskrümmer oder sonstige Parameter ermittelt, um die Funktion eines beliebigen Teils des Emissionskontrollsystems zu aktivieren, zu verändern, zu verzögern oder zu deaktivieren, wodurch die Wirksamkeit des Emissionskontrollsystems unter Bedingungen, die bei normalem Fahrzeugbetrieb vernünftigerweise zu erwarten sind, verringert wird. Der Begriff des normalen Fahrzeugbetriebs verweist auf die Verwendung des Fahrzeugs unter tatsächlichen Fahrbedingungen, wie sie im Unionsgebiet üblich sind (EuGH, NJW 2022, 2605, Rn. 40 – GSMB Invest GmbH & Co. KG/Auto Krainer GesmbH).

(1) Der Kläger hat erstinstanzlich vorgetragen, dass bei einer Umgebungstemperatur von 7 Grad oder darunter die Abgasrückführung niedriger sei bei höheren Temperaturen. Dem ist die Beklagte nicht in erheblicher Weise entgegengetreten. Sie hat in der Klagerwiderung vorgetragen, dass das AGR-System im streitgegenständlichen Fahrzeug „selbst bei zweistelligen Minusgraden noch aktiv“ sei. Dies schließt es nicht aus, dass für Temperaturen unter +7 °C Außentemperatur andere AGR-Raten appliziert sind als über dieser Temperaturschwelle.

Für die Bewertung einer Vorrichtung als Abschaltvorrichtung i.S.d. Art. 3 Nr. 10, Art. 5 Abs. 2 S. 1 VO (EG) 715/2007 können nicht nur die tatsächlichen Fahrbedingungen und darunter die Temperaturverhältnisse in einem Mitgliedstaat oder gar nur in bestimmten Regionen von Mitgliedstaaten von Bedeutung sein (BGH NJW 2023, 2259 Rn. 50). Zu den normalen Betriebsbedingungen gehört daher der Temperaturbereich, der im Gebiet der Europäischen Union üblicherweise vorkommt (OLG Stuttgart Ur. v. 30.11.2023 – 24 U 153/21, BeckRS 2023, 36864 Rn. 71). Temperaturen unterhalb von 7 °C stellen normale Betriebsbedingungen dar (vgl. OLG Hamburg Ur. v. 08.11.2023 – 9 U 79/22, BeckRS 2023, 32828 Rn. 23; OLG Stuttgart Ur. v. 30.11.2023 – 24 U 153/21, BeckRS 2023, 36864 Rn. 71).

(2) Auch die KSR stellt eine Abschaltvorrichtung im Sinne von Art. 5 Abs. 2, Art. 3 Nr. 10 VO (EG)

Nr. 715/2007 dar (vgl. OLG Stuttgart Urst. v. 11.01.2024 – 24 U 241/22, BeckRS 2024, 394 Rn. 17, auch zu Art. 4 Abs. 2, Art. 5 Abs. 1 VO (EG) Nr. 715/2007 („unzulässiges Emissionskontrollsystem“)). Der Kläger hat im Berufungsverfahren unbestritten vorgetragen, dass die KSR bei Umgebungslufttemperaturen außerhalb eines Bereichs von +15°C bis +35°C nicht aktiv sei. Dies führt schon für sich genommen – und ungeachtet der weiteren (De-)Aktivierungsbedingungen – zu einer Einordnung als Abschaltvorrichtung (OLG Stuttgart Urst. v. 30.11.2023 – 24 U 153/21, BeckRS 2023, 36864 Rn. 85). Die KSR führt dazu, dass die AGR-Raten für den warmlaufenden Motor länger angewendet werden. Darauf, ob ein „Trade-off“ zwischen der Reduzierung von NOx sowie der übrigen Schadstoffe der Einordnung als Abschaltvorrichtung entgegenstehen kann (vgl. VG Schleswig NVwZ 2023, 851 Rn. 208; OLG Hamm Urst. v. 13.09.2023 – I-30 U 190/21, BeckRS 2023, 26052 Rn. 103), kommt es vorliegend nicht an. Dass zur Erreichung des gewünschten „Trade-off“ Außentemperaturen ab 15 °C erforderlich sind, hat die Beklagte nicht dargelegt. Dass sich laut Beklagter bei „kalten Temperaturen“ der Warmlauf ohnehin verzögere, bedeutet ebenfalls nicht, dass die KSR bei Außentemperaturen unter 15 °C keine Wirkung für die Emissionsreduzierung erzielt.

Der Einordnung der KSR als unzulässige Abschaltvorrichtung steht schließlich nicht entgegen, dass der Parameter Kühlmittelsolltemperatur, auf den eingewirkt wird, sich (nur) mittelbar auf die Abgaswerte auswirkt (vgl. OLG Stuttgart Urst. v. 11.01.2024 – 24 U 241/22, BeckRS 2024, 394).

bb. Es fehlt aber an einem sittenwidrigen Verhalten der Beklagten. Ein sittenwidriges Verhalten ist weder für Repräsentanten der Beklagten im Sinne von § 31 BGB noch für Verrichtungsgehilfen im Sinne von § 831 BGB (vgl. OLG Karlsruhe Urst. v. 13.12.2023 – 6 U 233/21, BeckRS 2023, 37042 Rn. 88) festzustellen.

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 (BGH NJW 2020, 2798 Rn. 29). Die

Sittenwidrigkeit ergibt sich aus einer Gesamtschau des festgestellten Verhaltens unter Berücksichtigung des verfolgten Ziels, der eingesetzten Mittel, der zutage getretenen Gesinnung und der eingetretenen Folgen (vgl. BGH NJW 2020, 1962 Rn. 16). Das Inverkehrbringen eines mit einer unzulässigen Abschaltvorrichtung ausgerüsteten Kraftfahrzeugs durch einen Fahrzeughersteller ist nicht schon wegen des darin liegenden Gesetzesverstosses als sittenwidriges Verhalten gegenüber dem Käufer des Fahrzeugs anzusehen. Damit eine unzulässige Abschaltvorrichtung eine Haftung des Fahrzeugherstellers wegen sittenwidriger vorsätzlicher Schädigung gemäß §§ 826, 31 BGB auslösen kann, müssen nach gefestigter Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs weitere Umstände hinzutreten, die sein Verhalten als besonders verwerflich erscheinen lassen (BGH Ur. v. 20.07.2023 – III ZR 303/20, BeckRS 2023, 22148 Rn. 11).

Einen derartigen Umstand kann es darstellen, dass die Abschaltvorrichtung danach unterscheidet, ob das Kraftfahrzeug auf einem Prüfstand dem Neuen Europäischen Fahrzyklus unterzogen wird oder sich im normalen Fahrbetrieb befindet (BGH Ur. v. 20.07.2023 – III ZR 303/20, BeckRS 2023, 22148 Rn. 12). Die Tatsache, dass eine Software ausschließlich im Prüfstand die Abgasreinigung verstärkt aktiviert, indiziert eine objektiv sittenwidrige arglistige Täuschung der Typgenehmigungsbehörde. Die Indizwirkung entfällt allerdings, sofern die unzulässige Abschaltvorrichtung nicht grenzwertkausal ist. Sofern die verwendete Abschaltvorrichtung nicht grenzwertkausal ist oder auf dem Prüfstand und im normalen Fahrbetrieb im Grundsatz in gleicher Weise funktioniert, kommt eine Haftung nach § 826 BGB nur in Betracht, wenn die konkrete Ausgestaltung der Abschaltvorrichtung angesichts der sonstigen Umstände die Annahme eines heimlichen und manipulativen Vorgehens oder einer Überlistung der Typgenehmigungsbehörde rechtfertigen kann. Diese Annahme setzt jedenfalls voraus, dass der Motorhersteller bei der Entwicklung der Abschaltvorrichtung in dem Bewusstsein handelte, eine unzulässige Abschaltvorrichtung zu verwenden, und den darin liegenden Gesetzesverstoß billigend in Kauf nahm. Fehlt es daran, ist bereits der objektive Tatbestand der Sittenwidrigkeit nicht erfüllt (BGH Ur. v. 06.11.2023 – VIa ZR 535/21, BeckRS 2023, 37216 Rn. 11 f.; vgl. auch BGH NJOZ 2022, 975 Rn. 20). Zu berücksichtigen ist, ob für die Behauptung, dass die für die beklagte Partei handelnden Personen das Bewusstsein hatten, eine unzulässige Abschaltvorrichtung zu verwenden, greifbare Anhaltspunkte bestehen (vgl. BGH NJOZ 2022, 975 Rn. 23; BGH Ur. v. 16.01.2024 – VIa ZR 578/21, BeckRS 2024, 1305 Rn. 9). Heutige Vorstellungen und Erkenntnisse sind hierfür nicht maßgeblich (vgl. OLG Stuttgart Ur. v. 30.11.2023 – 24 U 153/21, BeckRS 2023, 36864 Rn. 34).

(1) Entgegen der Ansicht des Landgerichts ist vorliegend nicht von einem sittenwidrigen Verhalten

der Beklagten hinsichtlich des Einsatzes der KSR auszugehen.

(a) Aus dem Vortrag der Klägerseite folgt nicht, dass die vorliegende Steuerung des Emissionskontrollsystems mit der KSR danach unterscheidet, ob sich das Fahrzeug auf dem Prüfstand oder im normalen Fahrbetrieb befindet. Ein Anknüpfungspunkt für die Annahme eines sittenwidrigen Verhaltens der für die Beklagte handelnden Personen läge darin, wenn eine KSR nur bei erkanntem Prüfstandslauf aktiviert würde (vgl. BGH Ur. v. 02.06.2022 – III ZR 216/20, BeckRS 2022, 16368 Rn. 33) und daher ausschließlich im Prüfstand die „Abgasreinigung“ verstärken würde (vgl. BGH Beschl. v. 23.02.2022 – VII ZR 602/21, BeckRS 2022, 8085 Rn. 25; BGH Beschl. v. 06.12.2023 – VII ZR 546/21, BeckRS 2023, 39069 Rn. 27). Offenbleiben kann, ob es grundsätzlich schon genügt, wenn die KSR „nahezu ausschließlich“ im Prüfstand die „Abgasreinigung“ verstärkt aktivieren würde, um auf eine arglistige Täuschung der Genehmigungsbehörden und ein entsprechendes Unrechtsbewusstsein der Beklagten schließen zu lassen (vgl. BGH Beschl. v. 10.01.2023 – VIII ZR 9/21, BeckRS 2023, 1723 Rn. 29; OLG Stuttgart Ur. v. 30.11.2023 – 24 U 153/21, BeckRS 2023, 36864 Rn. 18). Auch hierfür fehlt es an greifbaren Anhaltspunkten im klägerischen Vortrag.

(aa) Aus dem Vortrag der Klägerseite folgt nicht, dass - vergleichbar dem VW-Motor Typ EA 189 - bei Erkennen von Prüfstandsparametern in einen anderen, schadstoffärmeren Modus geschaltet wird. Aus dem Vortrag des Klägers ergibt sich nicht, dass die Werte der zur (emissionsmindernden) Einstellung des Kühlmittelthermostats verwendeten Parameter (Umgebungslufttemperatur, Ansauglufttemperatur, Luftdruck, Motorlast, Drehzahl, Motoröltemperatur, Zeitablauf und Motorstartsituation) so gewählt wurden, dass sie (nahezu) nur im Prüfstand, nicht aber im normalen Fahrbetrieb vorkommen.

Mit Außentemperaturen zwischen 15 °C und 35 °C wird an Bedingungen angeknüpft, die auch im Straßenbetrieb herrschen. Auch hinsichtlich der vom Kläger in der Berufungsinstanz unbestritten angegebenen Ansauglufttemperaturen zwischen 15 °C und 50 °C folgt aus dem Vortrag der Klägerseite nicht, dass diese außerhalb des Prüfstands (nahezu) nicht vorkommen. Auch treten Kaltstarts nicht nur außerhalb des Prüfstands auf.

Hinsichtlich des Umstands, dass eine Deaktivierung der KSR erfolgt, wenn eine bestimmte Motoröl-Temperatur überschritten wird, ist dem Vortrag der Klägerseite ebenfalls nicht zu entnehmen, dass unter dieser Schwelle liegende Temperaturen nur auf dem Prüfstand erreicht werden und nicht auch im Straßenverkehr. Die Beklagte hat demgegenüber vorgetragen, dass eine Deaktivierung erfolge, wenn das Motoröl eine Temperatur erreicht habe, die darauf hindeute, dass das System den Warmlauf verlasse, namentlich wenn die Temperatur des sich langsam erheizenden Motoröls sich der Schmelztemperatur des Wachses im Kühlmittelthermostat

annähere.

Auch hinsichtlich des Umgebungsdrucks, bei dem die Funktion aktiviert ist, ist dem klägerischen Vortrag nicht zu entnehmen, dass dieser - vom Kläger erstinstanzlich mit 930 mbar bzw. 950 mbar angegebene - Umgebungsdruck nur auf dem Prüfstand herrscht.

Hinsichtlich der Drehzahl- und Lastbedingungen hat die Klägerseite ebenfalls nicht dargelegt, dass diese außerhalb des Prüfstands (nahezu) nicht vorkommen. Der Kläger hat selbst vorgetragen, dass die KSR deaktiviert werde, wenn das Fahrverhalten einen „dynamischen Betrieb“ indiziere. Soweit die Klägerseite auf das Gutachten eines Sachverständigen (Dr. Heitz) vom 12.11.2020 (Anlage K 17) verweist, ist dies nicht geeignet, um darzulegen, dass die Bedingungen außerhalb des Prüfstands (nahezu) nicht vorkommen (vgl. OLG Stuttgart Ur. v. 09.11.2023 – 24 U 14/21, BeckRS 2023, 32415 Rn. 44). Im Gutachten findet sich zwar die Aussage, dass beim normalen Betrieb die Bedingung für eine Erhöhung der Solltemperatur auf 100 °C „bereits beim ersten Anfahren“ erfüllt werde. Der Sachverständige führt im Gutachten vom 12.11.2020 aber selbst aus, dass die Berechnung von Luftmassenströmen und Drehzahlen bei verschiedenen Fahrzuständen nicht in seinen Fachbereich falle und dass ein Kfz-Sachverständiger besser beurteilen könne, ob die von ihm beschriebene Absenkung der Kühlmittelsolltemperatur auch im normalen Fahrbetrieb auftreten könne oder ob, umgekehrt, die Umschaltung auf die normale Kühlmittelsolltemperatur beim NEFZ möglich sei (vgl. OLG Stuttgart Ur. v. 02.03.2022 – 23 U 532/21, BeckRS 2022, 5620 Rn. 47; KG Ur. v. 16.11.2023 – 4 U 101/21, BeckRS 2023, 36003 Rn. 80).

Soweit im Gutachten vom 12.11.2020 der ursprünglichen Darstellung des Kennfelds (S. 2 des Gutachtens vom 12.11.2020) entnommen werden könnte, dass bei Motordrehzahlen oberhalb von 1500 U/min keine Sollwertabsenkung erfolgt, hat der Sachverständige im Folgenden selbst auf eine „merkwürdige Gestalt“ des Kennfelds hingewiesen, die sich eventuell mit einem Fehler bei der Kennfeldentwicklung bzw. bei der Übertragung der Daten erklären lasse. Der Sachverständige hat daraufhin die Achsen des Kennfelds getauscht und die Dimensionen entsprechend angepasst. Aus dem sich dann ergebenden Kennfeld (dargestellt auf S. 3 des Gutachtens) sind z.T. andere Daten ablesbar (vgl. OLG Brandenburg Ur. v. 07.09.2023 – 10 U 89/22, BeckRS 2023, 27637 Rn. 54; OLG Nürnberg Endurteil v. 14.06.2021 – 5 U 144/20, BeckRS 2021, 29942 Rn. 30).

Da das Gutachten vom 12.11.2020 in sich widersprüchlich ist, stellt auch das Zueigenmachen seines Inhalts durch die Klägerseite keinen widerspruchsfreien Vortrag dar.

Schließlich geht auch die Timerfunktion, die der Kläger im Berufungsverfahren unbestritten mit 1.300 bis 1.600 Sekunden angibt, über die Zeitspanne des Prüfstands (1.180 Sekunden) hinaus.

Im realen Straßenverkehr greift die Timerfunktion erst nach Ablauf der eingestellten Zeit und führt daher nicht dazu, dass die KSR im Straßenverkehr nicht aktiv ist (vgl. OLG Karlsruhe Ur. v. 13.12.2023 – 6 U 233/21, BeckRS 2023, 37042 Rn. 69; OLG Schleswig Ur. v. 02.01.2024 – 7 U 57/23, BeckRS 2024, 3 Rn. 20).

(bb) Auch in der Gesamtschau ist nicht von einer Programmierung auszugehen, die dazu führt, dass die KSR nahezu nur auf dem Prüfstand aktiv ist. Zwar hat die Beklagte in der Berufungsinstanz selbst eingeräumt, dass nur in ca. 11 % aller Fahrten sich die KSR auswirke. 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 ist, vgl. BGH 30.05.2022 – VIa ZR 51/21, BeckRS 2022, 15505 Rn. 4) kann aber – bei Fehlen sonstiger Anhaltspunkte – nicht geschlossen werden, dass der Einsatz der unzulässigen Abschalteneinrichtung vorsätzlich erfolgt ist (OLG Stuttgart NJW-RR 2024, 21 Rn. 65).

Erstinstanzlich hat der Kläger vorgetragen, die KSR wirke faktisch ausschließlich bzw. nahezu ausschließlich auf dem Prüfstand. Im Berufungsverfahren trägt der Kläger vor, die KSR sei unter realen Straßenverkehrsbedingungen – wenn überhaupt – nur in ca. 1-2 % der Fahrten aktiv. Für diese Behauptungen fehlt es an greifbaren Anhaltspunkten. Aus den von der Klägerseite vorgetragenen Parametern der (De-)Aktivierung der KSR ergibt sich eine derart geringe Auswirkung im realen Straßenverkehr nicht. Auch soweit die Klägerseite auf Aussagen des KBA verweist, ergeben sich hieraus keine Anhaltspunkte für einen derart engen Anwendungsbereich der KSR. In den zitierten KBA-Aussagen heißt es, es handele sich aus Sicht des KBA bei der KSR nicht um eine Prüfstandserkennung, aber die Schaltparameter der Funktion seien aus Sicht des KBA an die Randbedingungen der Typ-I-Prüfung „angelehnt“ (vgl. OLG Stuttgart Ur. v. 22.02.2024 – 24 U 254/21, BeckRS 2024, 3015 Rn. 34 und 52). Außerdem heißt es in einer Stellungnahme des KBA, dass die von der Daimler AG in den betroffenen Fahrzeugen verbaute Strategie geregeltes Kühlmittelthermostat unter Prüfbedingungen in einen „Modus“ schalte, bei dem zunächst eine niedrigere Kühlmitteltemperatur eingeregelt werde (Anlage BB 11). Dass das KBA – wie von der Klägerseite interpretiert – bestätigt habe, dass die Kühlmittel-Solltemperatur-Regelung durch die enge Bedatung ihrer Initialisierungsparameter im Straßenverkehr dadurch grundsätzlich abgeschaltet sei, ist der genannten Aussage nicht zu entnehmen (vgl. OLG Karlsruhe Ur. v. 13.12.2023 – 6 U 233/21, BeckRS 2023, 37042 Rn. 69). Soweit die Klägerseite vorträgt, das KBA habe verschiedentlich bestätigt, dass die Kühlmittel-Solltemperatur-Regelung im realen Straßenverkehr regelmäßig nicht aktiv bzw. abgeschaltet sei, folgt hieraus ebenfalls nicht, dass die KSR nur in ca. 1 bis 2 % der Fahrten im Straßenverkehr aktiv ist. Gleiches gilt für den Vortrag des Klägers, das KBA werfe der Beklagten

vor, dass die KSR im Prüfzyklus sicher zur Anwendung komme, dies aber außerhalb der Randbedingungen des Prüfzyklus bei normalen Betriebsbedingungen „oft nicht der Fall“ sei.

Auch aus den klägerseitig vorgetragene Abweichungen zwischen „NEFZ-kalt“ und „NEFZ-warm“ bei „den Diesel-Fahrzeugen der Beklagten“ ergibt sich nichts anderes. Hieraus ist nicht der Schluss auf eine prüfstandsabhängige Steuerung zu ziehen, zumal damit nicht ausgesagt wird, dass das Verhalten der Steuerung bei einem Kaltstart auf dem Prüfstand anders wäre als bei einem Kaltstart im Straßenverkehr (vgl. OLG Karlsruhe Ur. v. 13.12.2023 – 6 U 233/21, BeckRS 2023, 37042 Rn. 63).

Auch aus bei Realbetriebsmessungen ermittelten Emissionsgrenzwertüberschreitungen kann nicht auf eine das Emissionsverhalten des Fahrzeuges beeinflussende Prüfstandserkennung geschlossen werden (OLG Stuttgart Ur. v. 22.02.2024 – 24 U 254/21, BeckRS 2024, 3015 Rn. 37).

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 NOx-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 NOx Grenzwert eingehalten werde (OLG Stuttgart Ur. v. 22.2.2024 – 24 U 254/21, BeckRS 2024, 3015 Rn. 41).

Da die Klägerseite nicht erläutert, wie sie in Bezug auf das streitgegenständliche Fahrzeug zu dem Wert von ca. 1 bis 2 % der Fahrten im Straßenverkehr kommt, ist nicht ersichtlich, warum dieser Umstand für die Beklagte bei der Entwicklung der KSR ersichtlich gewesen sein soll.

Schließlich führt auch der Umstand, dass das streitgegenständliche Fahrzeug von einem Rückruf betroffen ist, nicht zu einer Bewertung des Handelns der Beklagten als sittenwidrig. Ein verpflichtender Rückruf kann zwar eine unzulässige Abschaltvorrichtung indizieren. Damit diese indes eine Haftung der Beklagten wegen sittenwidriger vorsätzlicher Schädigung gemäß § 826 BGB auslösen kann, müssen weitere Umstände hinzutreten, die das Verhalten der für sie handelnden Personen als besonders verwerflich erscheinen lassen (vgl. BGH Hinweisbeschluss v. 29.9.2021 – VII ZR 126/21, BeckRS 2021, 33038 Rn. 14). An solchen Umständen fehlt es wie

ausgeführt. Das KBA hat in einer in einem anderen Verfahren in Bezug auf die KSR erteilten Auskunft (wie von der Beklagten auf S. 14 der Klagerwiderung 01.02.2021 unbestritten vorgetragen) zudem mitgeteilt, dass es insoweit nicht von einer Prüfstandserkennung ausgehe (Anlage B 5).

(b) Die Sittenwidrigkeit folgt auch nicht aus einer fehlenden Offenlegung der KSR gegenüber dem KBA. Zwar kann sich die Sittenwidrigkeit auch aus Umständen ergeben, die die Annahme eines heimlichen und manipulativen Vorgehens oder einer Überlistung der Typgenehmigungsbehörde rechtfertigen (vgl. BGH Urt. v. 16.01.2024 – VIa ZR 578/21, BeckRS 2024, 1305 Rn. 9). Unstreitig hat die Beklagte nicht die Wirkungsweise der KSR im Typgenehmigungsverfahren offengelegt. Hieraus ergibt sich aber nicht der Schluss auf ein manipulatives Vorgehen. Die Beklagte hat bereits erstinstanzlich vorgetragen, dass sie die in der Praxis des KBA verlangten Angaben bei Erteilung der Typgenehmigung entlang des vorgesehenen Systems in den gesetzlichen Musterformularen gemacht habe, einschließlich der Angaben zum Kühlsystem (entsprechend der Vorgaben in Ziff. 3.2.7. in Anlage 3 Anhang I der Verordnung (EG) Nr. 692/2008). Ausführliche Beschreibungen der Funktionen des Emissionskontrollsystems seien im Zeitpunkt der Erteilung der Typgenehmigung für das streitgegenständliche Fahrzeug nicht vorgesehen gewesen. Dies hat die Beklagte unter Verweis auf das Muster eines Beschreibungsbogens in Anlage 3 zu Anhang I der VO (EG) Nr. 692/2008 näher erläutert (s. Schriftsatz der Beklagten vom 30.03.2021, dort u.a. S. 35 f.). Die Klägerseite hat demgegenüber darauf hingewiesen, dass es in der Einleitung des Beschreibungsbogens auszugsweise heißt:

„Weisen die Systeme, Bauteile oder selbstständigen technischen Einheiten elektronisch gesteuerte Funktionen auf, so sind Angaben zu ihren Leistungsmerkmalen zu machen.“

Wie sich aus dem - einem Schreiben des KBA vom 27.01.2021 entnommenen - Zitat auf S. 22 des Schriftsatzes der Beklagten vom 29.12.2021 ergibt, vertrat aber auch das KBA die Auffassung, dass es – vor 2016 – typgenehmigungsrechtlich vom Anforderungsformat nicht vorgesehen gewesen sei, im Typgenehmigungsantrag und im Beschreibungsbogen darzustellen, dass eine Thermostatregelung verbaut ist.

Hat das KBA über die Angaben in den einzelnen Feldern des Formulars hinaus keine weitergehenden Angaben erwartet und die erfolgten Eintragungen auch nicht zum Anlass für eine Nachfrage bei der Beklagten genommen (vgl. BGH Hinweisbeschluss v. 29.09.2021 – VII ZR 126/21, BeckRS 2021, 33038 Rn. 20), kann im Unterlassen von Angaben zur KSR kein hinreichender Anhaltspunkt für ein sittenwidriges Vorgehen erkannt werden (vgl. OLG Karlsruhe Urt. v. 13.12.2023 – 6 U 233/21, BeckRS 2023, 37042 Rn. 73; OLG Hamm NJW-RR 2024, 222 Rn. 49). Insoweit ist auch zu berücksichtigen, dass die Hersteller gemäß Art. 1 Nr. 4 i.V.m. Art. 2

VO (EU) Nr. 2016/646 erst seit dem 16.05.2016 verpflichtet sind, die Emissionsstrategien als Teil einer erweiterten Dokumentation gemäß Art. 5 Abs. 11 VO (EG) Nr. 692/2008 zu beschreiben, die den Behörden im Rahmen des Antrags auf Typgenehmigung vorgelegt wird (vgl. Anlage B 31; OLG Köln Ur. v. 19.01.2023 – 18 U 110/21, BeckRS 2023, 3804 Rn. 16; OLG Brandenburg Ur. v. 01.12.2022 – 10 U 171/22, BeckRS 2022, 40104 Rn. 55).

(c) Für die Behauptung der Klägerseite, dem Vorstand der Beklagten sei bewusst gewesen, mit der KSR eine unzulässige Abschaltvorrichtung zu verwenden, fehlt es mit Blick darauf, dass weder eine Prüfstandsbezogenheit noch ein auf ein sittenwidriges Verhalten hindeutender Verstoß gegen eine Offenlegungspflicht vorliegen, an greifbaren Anhaltspunkten (vgl. OLG Karlsruhe Ur. v. 13.12.2023 – 6 U 233/21, BeckRS 2023, 37042 Rn. 72; OLG Karlsruhe Ur. v. 28.02.2024 – 6 U 45/21, BeckRS 2024, 3237 Rn. 46; OLG München Endurteil v. 20.02.2024 – 9 U 7510/21, BeckRS 2024, 2806 Rn. 22). Dem bereits erstinstanzlich klägerseitig angebotenen Zeugenbeweis ist daher nicht nachzugehen.

Im Hinblick auf die unsichere Rechtslage – die KSR ist gerichtsbekannt nur in manchen Fällen vom KBA beanstandet worden – ist auch nicht dargetan, dass sich den für den Hersteller tätigen Personen die Gefahr einer Schädigung des Käufers hätte aufdrängen müssen (vgl. BGH Beschl. v. 12.01.2022 – VII ZR 424/21, BeckRS 2022, 7010 Rn. 38). Auch die laut Klägerseite bestehende „besondere technische Raffinesse“ bei der „diffizilen“ technischen Ausgestaltung der KSR stellt entgegen der Ansicht der Klägerseite keinen Anhaltspunkt für eine „sittenwidrige Energie“ aufseiten der Beklagten dar.

(d) Eine Sittenwidrigkeit folgt auch nicht aus einem „Nachtatverhalten“ der Beklagten (OLG Hamm Ur. v. 02.08.2023 – 30 U 23/21, BeckRS 2023, 22270 Rn. 42). Die Klägerseite hat vorgetragen, die Beklagte habe im Rahmen von freiwilligen Servicemaßnahmen ohne Kenntnis des KBAs versucht, die KSR zu beseitigen. Selbst ein „heimliches“ Entfernen ließe aber nicht erkennen, dass die Beklagte sich schon bei der Implementierung der betroffenen Funktion deren Unzulässigkeit bewusst gewesen ist (OLG Karlsruhe Ur. v. 13.12.2023 – 6 U 233/21, BeckRS 2023, 37042 Rn. 75). Gleiches gilt im Hinblick auf den Vortrag der Klägerseite zu eigenen Abgastests der Beklagten, zu Äußerungen des ehemaligen Vorstandsvorsitzenden der Beklagten nach Bekanntwerden des sog. „Dieselskandals“ im Herbst 2015 sowie zum weiteren Verhalten der Beklagten nach Bekanntwerden des „Dieselskandals“. Auch aus dem prozessualen Verhalten der Beklagten im vorliegenden sowie in anderen Verfahren kann nichts dafür hergeleitet werden, dass die Beklagte sich bei der Implementierung der betroffenen Funktion deren Unzulässigkeit bewusst gewesen ist.

(2) Auch hinsichtlich des Thermofensters liegt keine Sittenwidrigkeit aufseiten der Beklagten vor.

Beim Thermofenster erfolgt die Abgasreinigung im Grundsatz auf dem Prüfstand und im realen Betrieb in gleicher Weise. Es liegt damit kein System der Prüfstandserkennung vor (BGH NJW 2021, 3721 Rn. 19). Ob es ein Indiz für eine arglistige Applikation darstellen würde, wenn der Temperaturbereich des Thermofensters auf die Bedingungen auf dem Prüfstand exakt zugeschnitten wäre, hat der BGH offengelassen (BGH NJW 2021, 3721 Rn. 20). Hierauf kommt es vorliegend nicht an, da auf dem Prüfstand Temperaturen zwischen 20 und 30 °C vorliegen. Somit ist das vorliegende Thermofenster nicht exakt auf die Prüfstandsbedingungen zugeschnitten.

b. Der mit dem Hauptantrag geltend gemachte große Schadensersatzanspruch folgt auch nicht aus § 823 Abs. 2 BGB i.V.m. § 263 StGB. Hat die klagende Partei – wie vorliegend – das streitgegenständliche Fahrzeug als Gebrauchtwagen erworben, fehlt es jedenfalls an der erforderlichen Stoffgleichheit (vgl. BGH NJW 2020, 2798 Rn. 24).

c. Der Anspruch folgt auch nicht aus § 823 Abs. 2 BGB i.V.m. §§ 6 Abs. 1, 27 Abs. 1 EG-FGV/ Art. 5 Abs. 2 VO (EG) 715/2007. Aus diesen Anspruchsgrundlagen folgt kein Anspruch auf die Rückabwicklung des Kaufvertrags (vgl. BGH NJW 2023, 2259 Rn. 19, 23; OLG Stuttgart NJW-RR 2024, 21 Rn. 73).

2. Der Klagepartei steht aber der hilfsweise geltend gemachte Differenzschaden aus § 823 Abs. 2 BGB i.V.m. §§ 6 Abs. 1, 27 Abs. 1 EG-FGV im tenorierten Umfang zu.

a. Der Hilfsantrag ist zulässig. Im Verhältnis zum auf § 826 BGB gestützten Antrag auf „großen“ Schadensersatz handelt es sich um eine nach Maßgabe der §§ 525, 264 Nr. 2, Nr. 3 ZPO ohne weiteres zulässige Antragsänderung, da dem Hilfsantrag lediglich eine andere Methode der Schadensberechnung zugrunde gelegt wird, die im Kern ebenfalls an die Vertrauensinvestition des Käufers bei Abschluss des Kaufvertrages anknüpft (vgl. BGH NJW 2023, 2259 Rn. 45). Dies ist kein Fall einer Klageänderung nach § 263 ZPO. Nur auf diese Vorschrift bezieht sich § 533 ZPO, der die Zulässigkeit einer Klageänderung in der Berufungsinstanz einschränkt (vgl. OLG Naumburg Ur. v. 04.08.2023 – 7 U 77/22, BeckRS 2023, 22856 Rn. 18). Der Kläger hat auch fristgerecht Anschlussberufung eingelegt. Zwar hat er den Hilfsantrag erst in einem späteren Schriftsatz gestellt. Dieser geht aber nicht über das hinaus, was dem Kläger erstinstanzlich zuerkannt worden ist (vgl. BGH NJW 2015, 2812 Rn. 29).

b. Der auf den Ersatz des Differenzschadens gerichtete Hilfsantrag ist im tenorierten Umfang begründet. Die Beklagte hat gegen §§ 6 Abs. 1, 27 Abs. 1 EG-FGV verstoßen, da sie im von der Klagepartei erworbenen Fahrzeug unzulässige Abschaltvorrichtungen installiert hatte. Der Käufer eines mit einer unzulässigen Abschaltvorrichtung versehenen Kraftfahrzeugs fällt in den persönlichen Schutzbereich der §§ 6 Abs. 1 und 27 Abs. 1 EG-FGV i.V.m. Art. 5 VO (EG)

715/2007 (BGH NJW 2023, 2259 Rn. 21). Der Käufer kann daher im Grundsatz einen Vermögensschaden nach Maßgabe der Differenzhypothese, also einen Differenzschaden geltend machen (BGH NJW 2023, 2259 Rn. 28).

aa. Wie ausgeführt, handelt es sich sowohl bei dem Thermofenster als auch bei der KSR um Abschaltseinrichtungen.

bb. Zulässigkeitsgründe im Sinne von Art. 5 Abs. 2 S. 2 VO (EG) Nr. 715/2007 liegen nicht vor.

(1) Die Beklagte begründet den Einsatz des Thermofensters damit, dass es bei niedrigen Temperaturen zu unerwünschten Ablagerungen komme und bei hohen Temperaturen der Partikelfilter häufiger gereinigt werden müsse. Hierbei handelt es sich bereits nicht um „Fehlfunktionen“ im Sinne der Rechtsprechung des EuGH. Nach dieser Rechtsprechung kann eine die Wirkung des Emissionskontrollsystems verringernde Abschaltseinrichtung gem. Art. 5 Abs. 2 S. 2 lit. a VO (EG) Nr. 715/2007 nur zulässig sein, wenn sie es ermöglicht, den Motor vor plötzlichen und außergewöhnlichen Schäden, und nicht vor im Prinzip vorhersehbaren und der normalen Funktionsweise inhärenten Folgen zu schützen (vgl. EuGH NJW 2022, 2605 Rn. 53 ff. – GSMB Invest GmbH & Co. KG/Auto Krainer GesmbH; EuGH Urt. v. 14.07.2022 – C-145/20, BeckRS 2022, 16620 Rn. 65 ff. – DS/Porsche Inter Auto GmbH & Co. KG ua; EuGH NJW 2023, 1111 Rn. 64 – QB/Mercedes-Benz Group AG, vormals Daimler AG). Eine Fehlfunktion im Sinne der genannten Rechtsprechung kann danach nicht vorliegen, wenn es sich um Schäden handelt, mit denen ohne Abschaltseinrichtung unter gewöhnlichen Umständen zu rechnen ist. Ablagerungen sind eine regelmäßige Folge des ganz gewöhnlichen Betriebs des Fahrzeugs ohne Abschaltseinrichtung (vgl. OLG Karlsruhe NJW-RR 2024, 155 Rn. 49).

Selbst wenn man dennoch von einer „Fehlfunktion“ ausginge, geht es nach dem Vortrag der Beklagten bei dieser Abschaltseinrichtung nicht darum, unmittelbare Risiken zu vermeiden, die durch die Fehlfunktion eines Bauteils des AGR-Systems entstehen, sondern es geht – dem vorgelagert – darum, bereits eine Fehlfunktion eines solchen Bauteils zu verhindern, um dadurch lediglich mittelbar Risiken zu begegnen. Dies entspricht jedoch nicht den genannten Voraussetzungen der Rechtsprechung des EuGH (vgl. auch OLG Karlsruhe NJW-RR 2024, 155 Rn. 49). Nach der Rechtsprechung des EuGH muss der Ausnahmecharakter von Abschaltseinrichtungen gewahrt werden. Blicke es den Herstellern überlassen, Bauteile des Emissionskontrollsystems durch Abschaltseinrichtungen vor Verschleiß zu schützen, um so mittelbar Beschädigungen und Unfälle zu verhindern, wäre der Ausnahmecharakter der Vorschrift ersichtlich nicht mehr gewahrt (vgl. OLG Karlsruhe NJW-RR 2024, 155 Rn. 49). Auch wenn es häufiger und kostspieliger Wartungsarbeiten bedürfen würde, um bei Verzicht auf die Abschaltseinrichtung die von der Beklagten genannten Risiken zu verringern, rechtfertigt dies nicht

den Einsatz einer Abschaltvorrichtung (OLG Celle Ur. v. 20.12.2023 – 7 U 1742/19, BeckRS 2023, 36841 Rn. 80).

Offenbleiben kann, ob vorliegend darüber hinaus eine Rechtfertigung nach Art. 5 Abs. 2 S. 2 lit. a der VO Nr. 715/2007 schon deshalb ausscheidet, weil die Abschaltvorrichtung – wegen des gewählten Temperaturbereichs – unter normalen Betriebsbedingungen „den überwiegenden Teil des Jahres“ eingreift (vgl. EuGH NJW 2022, 2605 Rn. 70, in Bezug auf ein Thermofenster zwischen 15 und 33 °C).

(2) Zur KSR trägt die Beklagte vor, dass je weiter die KSR über ihre Aktivierungsbedingungen hinaus betrieben werde, umso mehr würden bestimmte Risiken steigen. Im Einzelnen gehe es hierbei vorrangig um das Risiko von Ölverdünnung als Folge der Regeneration des Diesel-Partikel-Filters, das Risiko reduzierter Schmierfähigkeit bei Verlust der Ölqualität und das Risiko von Ablagerungen. Auch insoweit handelt es sich nicht um „Fehlfunktionen“ im Sinne der Rechtsprechung des EuGH (vgl. OLG Karlsruhe Ur. v. 28.02.2024 – 6 U 45/21, BeckRS 2024, 3237 Rn. 90).

cc. Dem Anspruch aus § 823 Abs. 2 BGB i.V.m. §§ 6 Abs. 1, 27 Abs. 1 EG-FGV steht nicht eine Tatbestandswirkung der Typgenehmigung entgegen (vgl. BGH NJW 2024, 361 Rn. 26). Eine Übereinstimmungsbescheinigung ist unzutreffend, wenn das betreffende Kraftfahrzeug mit einer gem. Art. 5 Abs. 2 VO (EG) 715/2007 unzulässigen Abschaltvorrichtung ausgerüstet ist, ohne dass es dabei auf den Inhalt der zugrunde liegenden EG-Typgenehmigung ankommt (BGH NJW 2023, 2259 Rn. 34). Nach Art. 3 Nr. 5 RL 2007/46/EG hat eine EG-Typgenehmigung die Bescheinigung eines Mitgliedstaats zum Gegenstand, dass ein Fahrzeugtyp den einschlägigen Verwaltungsvorschriften und technischen Anforderungen der Richtlinie sowie der in den Anhängen IV oder XI aufgeführten Rechtsakte entspricht. Demgemäß kann sich die Tatbestandswirkung des verfügbaren Teils einer EG-Typgenehmigung nicht über eine seitens der befassen Genehmigungsbehörde getroffene Feststellung der Rechtmäßigkeit des zur Beurteilung unterbreiteten Fahrzeugtyps hinaus erstrecken (BGH NJW 2023, 2259 Rn. 12). Aus Art. 9 Abs. 1 S. 1 lit. a RL 2007/46/EG folgt, dass die befassende Behörde die EG-Typgenehmigung weder hinsichtlich eines konkreten Fahrzeugs noch im Hinblick auf eine Gruppe konkreter Fahrzeuge im Sinne der produzierten Fahrzeuge einer bestimmten Baureihe erteilt, sondern lediglich einen Fahrzeugtyp genehmigt, der mit den Angaben in der Beschreibung übereinstimmt. Dementsprechend kann die Tatbestandswirkung einer EG-Typgenehmigung nicht über die Angaben in der Beschreibung hinausreichen (BGH NJW 2023, 2259 Rn. 13).

dd. Die Beklagte handelte schuldhaft. Derjenige, der objektiv ein Schutzgesetz verletzt hat, muss Umstände darlegen und erforderlichenfalls beweisen, die geeignet sind, die daraus folgende

Annahme seines Verschuldens in Form einer Fahrlässigkeit auszuräumen. Insofern besteht eine von der objektiven Schutzgesetzverletzung ausgehende Verschuldensvermutung. Dementsprechend muss der Fahrzeughersteller, wenn er eine Übereinstimmungsbescheinigung trotz der Verwendung einer unzulässigen Abschaltvorrichtung ausgegeben und dadurch §§ 6 Abs. 1, 27 Abs. 1 EG-FGV verletzt hat, Umstände darlegen und beweisen, die sein Verhalten ausnahmsweise nicht als fahrlässig erscheinen lassen (BGH NJW 2023, 2259 Rn. 59).

Die Beklagte hat sich vorliegend auf einen Verbotsirrtum berufen, dessen Voraussetzungen aber nicht dargelegt. Beruft sich der Fahrzeughersteller auf einen unvermeidbaren Verbotsirrtum, muss er sowohl den Verbotsirrtum als solchen als auch die Unvermeidbarkeit des Verbotsirrtums darlegen und erforderlichenfalls beweisen (BGH NJW 2023, 3796 Rn. 13). Das setzt zunächst die Darlegung und erforderlichenfalls den Nachweis eines Rechtsirrtums seitens des Fahrzeugherstellers voraus. Der Fahrzeughersteller muss darlegen und beweisen, dass sich sämtliche seiner verfassungsmäßig berufenen Vertreter i.S.d. § 31 BGB über die Rechtmäßigkeit der vom Käufer dargelegten und erforderlichenfalls nachgewiesenen Abschaltvorrichtung mit allen für die Prüfung nach Art. 5 Abs. 2 VO (EG) 715/2007 bedeutsamen Einzelheiten im maßgeblichen Zeitpunkt im Irrtum befanden oder im Falle einer Ressortaufteilung den damit verbundenen Pflichten genügten (BGH NJW 2023, 3796 Rn. 14). Erst im Anschluss an die Darlegung und den Nachweis dieser Umstände kann Bedeutung gewinnen, ob eine festgestellte Abschaltvorrichtung entweder in all ihren für die Bewertung nach Art. 5 Abs. 2 der Verordnung (EG) Nr. 715/2007 maßgebenden Einzelheiten von der damit befassten nationalen Behörde genehmigt war oder genehmigt worden wäre (BGH Urt. v. 16.10.2023 – VIa ZR 1511/22, BeckRS 2023, 31810 Rn. 13). Vorliegend hat die Beklagte vorgetragen, dass nach ihrer Betriebsorganisation die Ausstellung der Übereinstimmungsbescheinigung im relevanten Zeitpunkt die Aufgabe der Abteilungen „Vertriebsplanung PKW“ und „Fahrzeugdokumentation“ gewesen sei. Übereinstimmungsbescheinigungen seien typischerweise von den Leitern dieser Abteilungen unterzeichnet worden. Dass neben der EG-Typgenehmigung auch die Übereinstimmungsbescheinigung eine eigenständige Aussage über die materielle Übereinstimmung „mit allen Rechtsakten“ enthalten sollte, sei für die Ausstellenden nicht ersichtlich gewesen. Insbesondere hätten sich die Ausstellenden nicht zu einer Überprüfung der Konformität des Fahrzeugs auf Bauteil- oder gar Funktionsebene bzw. auf das Vorhandensein unzulässiger Abschaltvorrichtungen veranlasst gesehen. Eine solche Überprüfung nach Erteilung der Typgenehmigung habe dem Verständnis der Ausstellenden vom Zusammenspiel zwischen baureihenbezogener Typgenehmigung und fahrzeugspezifischer Übereinstimmungsbescheinigung widersprochen.

Dem Vortrag ist bereits nicht hinreichend zu entnehmen, durch wen die Ausstellung der Übereinstimmungserklärung nicht nur „typischerweise“, sondern für das streitgegenständliche Fahrzeug erfolgte. Zudem folgt aus dem Vortrag der Beklagten, dass diejenigen, welche die Übereinstimmungsbescheinigung – typischerweise – ausgestellt haben, sich keine Gedanken darüber gemacht haben, ob insbesondere die temperaturabhängige Steuerung der Abgasrückführung mit den die Emissionskontrolle regelnden Rechtsakten vereinbar ist. Entsprechend kann bei der Tathandlung gerade kein Verbotsirrtum über die Zulässigkeit dieser Ausgestaltung der Emissionskontrolle vorgelegen haben (vgl. OLG Karlsruhe Ur. v. 13.12.2023 – 6 U 198/20, BeckRS 2023, 36868 Rn. 163).

ee. Zur Erwerbskausalität kann sich die klagende Partei als Anspruchsteller bei der Inanspruchnahme der Beklagten nach § 823 Abs. 2 BGB i.V.m. §§ 6 Abs. 1, 27 Abs. 1 EG-FGV auf den Erfahrungssatz stützen, dass sie den Kaufvertrag zu diesem Kaufpreis nicht geschlossen hätte (BGH NJW 2023, 2259 Rn. 55).

ff. Der klagenden Partei ist ein Schaden in Höhe von 2.856,- € entstanden.

Das Bestehen eines Schadens ist nach Maßgabe der Differenzhypothese zu ermitteln. Der Schaden der klagenden Partei liegt in dem Betrag, um den sie den Kaufgegenstand mit Rücksicht auf die mit den unzulässigen Abschaltvorrichtungen verbundenen Risiken zu teuer erworben hat (vgl. BGH NJW 2023, 2259 Rn. 40). Da infolge der unzulässigen Abschaltvorrichtungen grundsätzlich Maßnahmen bis hin zu einer Betriebsbeschränkung oder -untersagung durch die Zulassungsbehörde drohen, steht die zweckentsprechende Nutzung des erworbenen Fahrzeugs infrage. Die damit einhergehende, zeitlich nicht absehbare Unsicherheit, das erworbene Kraftfahrzeug jederzeit seinem Zweck entsprechend nutzen zu dürfen, setzt den objektiven Wert des Kaufgegenstands im maßgeblichen Zeitpunkt des Abschlusses des Kaufvertrags herab, weil schon in der Gebrauchsmöglichkeit als solcher ein geldwerter Vorteil liegt (vgl. BGH NJW 2023, 2259 Rn. 41). Für die Schadensentstehung ist der Zeitpunkt des Vertragsschlusses maßgebend (BGH NJW 2023, 2259 Rn. 42). Eine etwaige Aufwertung des Fahrzeugs durch ein Software-Update als nachträgliche Maßnahme der Beklagten ist im Wege der Vorteilsausgleichung zu berücksichtigen (BGH NJW 2024, 361 Rn. 33).

Der Schaden ist nach § 287 Abs. 1 S. 1 ZPO zu schätzen. Der Differenzschaden kann nach der Rechtsprechung des BGH nicht unter 5 % und nicht über 15 % liegen (BGH NJW 2023, 2259 Rn. 74 f.). Bei der Schätzung des Schadens innerhalb eines Rahmens zwischen 5 % und 15 % sind bei der Bestimmung des objektiven Werts des Fahrzeugs im Zeitpunkt des Vertragsschlusses die mit der Verwendung einer unzulässigen Abschaltvorrichtung verbundenen Nachteile, insbesondere das Risiko behördlicher Anordnungen, zu berücksichtigen. Weiter ist der Umfang in

Betracht kommender Betriebsbeschränkungen und die Eintrittswahrscheinlichkeit solcher Beschränkungen mit Rücksicht auf die Einzelfallumstände in den Blick zu nehmen. Maßgebend ist dabei eine auf den Zeitpunkt des Vertragsschlusses bezogene Betrachtung. Über diese originär schadensrechtlichen Gesichtspunkte hinaus sind das Gewicht des der Haftung zugrundeliegenden konkreten Rechtsverstoßes für das unionsrechtliche Ziel der Einhaltung gewisser Emissionsgrenzwerte sowie der Grad des Verschuldens nach Maßgabe der Umstände des zu beurteilenden Einzelfalls zu bewerten, um so dem Gebot einer verhältnismäßigen Sanktionierung auch bezogen auf den zu würdigenden Einzelfall Rechnung zu tragen (BGH NJW 2023, 2259 Rn. 76 f.).

Dass für die Schätzung des Differenzschadens auf den Zeitpunkt des Vertragsschlusses abzustellen ist, schließt eine schadensmindernde Berücksichtigung später eintretender Umstände im Wege der Vorteilsausgleichung, deren Voraussetzungen der Fahrzeughersteller darzulegen und zu beweisen hat, allerdings nicht aus. Nutzungsvorteile und der Restwert des Fahrzeugs sind erst dann und nur insoweit schadensmindernd anzurechnen, als sie den Wert des Fahrzeugs bei Abschluss des Kaufvertrags (gezahlter Kaufpreis abzüglich Differenzschaden) übersteigen. Beruft sich der Fahrzeughersteller auf die nachträgliche Verbesserung des Fahrzeugs durch ein Software-Update, kann damit eine Schadensminderung nur verbunden sein, wenn und soweit das Software-Update die Gefahr von Betriebsbeschränkungen signifikant reduziert. Das wiederum kann nur dann der Fall sein, wenn es nicht seinerseits eine unzulässige Abschaltvorrichtung beinhaltet (BGH NJW 2023, 2259 Rn. 80). Gleiches gilt für ein von der Beklagten bislang nur angebotenes Software-Update, damit die Beklagte der klagenden Partei anspruchsmindernd entgegenhalten kann, von diesem Angebot keinen Gebrauch gemacht zu haben (BGH NJW 2024, 361 Rn. 33; BGH Urt. v. 23.10.2023 – VIa ZR 468/21, BeckRS 2023, 32492 Rn. 14).

Die Vorteilsausgleichung kann auch dann der Gewährung eines Schadensersatzes aus § 823 Abs. 2 BGB i.V.m. §§ 6 Abs. 1, 27 Abs. 1 EG-FGV entgegenstehen, wenn der Differenzschaden vollständig ausgeglichen ist. Der Schutz der unionsrechtlich gewährleisteten Rechte führt nicht zu einer ungerechtfertigten Bereicherung der Anspruchsberechtigten (BGH NJW 2023, 2259 Rn. 80).

Vorliegend schätzt der Senat den Differenzschaden auf 10 % des Kaufpreises und damit auf 2.856,- €.

(1) Bei der vorzunehmenden Gesamtbetrachtung ist zunächst einzubeziehen, dass, wie ausgeführt, von ursprünglich zwei Abschaltvorrichtungen auszugehen ist, nämlich dem Thermofenster und der KSR. Wegen der KSR ist ein Rückruf erfolgt. Nachdem das Fahrzeug

zeitweilig stillgelegt worden war, weil zuvor das Software-Update nicht aufgespielt worden war, ist das Fahrzeug nach erfolgter Aufspielung des Updates wieder zugelassen. Die Gefahr einer Betriebsuntersagung hat sich vorliegend daher sogar zeitweilig realisiert, wobei aber auch zu berücksichtigen ist, dass der Kläger zuvor das Update nicht hatte aufspielen lassen.

Der Grad des Verschuldens der Beklagten ist nach den Umständen des vorliegenden Falls nicht als sehr hoch anzusehen. Eine bewusste Erschleichung der unberechtigten Typgenehmigung liegt wie ausgeführt nicht vor.

(2) Mit dem Software-Update wird die Gefahr von Betriebsbeschränkungen nicht in einem Umfang reduziert, der zu einem unter 10 % liegenden Differenzschaden führt oder diesen sogar vollständig aufzehrt. Zwar wurde mit dem Update unstreitig die KSR entfernt. Die Beklagte trägt aber vor, dass nach dem Update bei betriebswarmem Motor die Rate der Abgasrückführung erst unterhalb von Umgebungslufttemperaturen von 0 °C und oberhalb von Umgebungslufttemperaturen von 40 °C schrittweise reduziert werde. Angesichts dessen, dass auch Temperaturen von unter 0 °C zu den Fahrbedingungen gehören, die noch im gesamten Unionsgebiet üblich sind, liegt keine signifikante Reduzierung der Gefahr einer Betriebsuntersagung vor (vgl. OLG Karlsruhe Ur. v. 28.02.2024 – 6 U 45/21, BeckRS 2024, 3237 Rn. 138; VG Schleswig NVwZ 2023, 851).

Dem Freigabebescheid kommt auch keine für das hiesige Verfahren bindende Tatbestandswirkung zu. Bei den Ausführungen des KBA zur Zulässigkeit der weiterhin temperaturgesteuerten AGR handelt es sich um Begründungselemente, die von dem Regelungsinhalt und damit der Tatbestandswirkung des Verwaltungsakts selbst nicht erfasst werden (vgl. BGH Beschl. v. 26.04.2022 – VIII ZR 19/21, BeckRS 2022, 12212 Rn. 24; BGH NJW-RR 2022, 703 Rn. 30).

(3) Schließlich wird der Differenzschaden auch nicht durch die gezogenen Nutzungen und den Restwert des Fahrzeugs aufgezehrt. Der Restwert ist im Wege der Vorteilsausgleichung ohne Rücksicht darauf anzurechnen, ob er durch eine Weiterveräußerung realisiert worden ist (BGH Ur. v. 27.11.2023 – VIa ZR 159/22, BeckRS 2023, 39066 Rn. 13). Die Voraussetzungen der Vorteilsausgleichung sind vom Fahrzeughersteller darzulegen und zu beweisen (OLG Karlsruhe Ur. v. 28.02.2024 – 6 U 45/21, BeckRS 2024, 3237 Rn. 132).

(a) Nutzungsvorteile bestehen nicht über 3.412,85 € hinaus. Zur Berechnung der Nutzungsvorteile ist nach der in der Rechtsprechung anerkannten Berechnungsmethode (vgl. BGH NJW-RR 2021, 1388 Rn. 13) der gezahlte Bruttokaufpreis für das Fahrzeug durch die voraussichtliche Restlaufleistung im Erwerbszeitpunkt zu teilen und dieser Wert mit den gefahrenen Kilometern zu

multiplizieren. Die Gesamtleistung des Fahrzeugs ist jedenfalls nicht unter 250.000 km anzusetzen. Bei einem Kilometer-Stand beim Kauf von 22.799 € und einem unstreitigen Kilometerstand von 49.949 km am Tag vor der mündlichen Verhandlung (27.150 gefahrene Kilometer) ergeben sich angesichts des Kaufpreises von 28.560,- € Nutzungsvorteile in Höhe von 3.412,85 €.

(b) Das Gericht schätzt gem. § 287 ZPO den Restwert auf nicht höher als 18.000,- €.

Der Restwert ergibt sich nicht aus dem tatsächlichen Wert beim Kauf abzüglich der Nutzungsentschädigung. Maßgeblich ist vielmehr der im Zeitpunkt der letzten mündlichen Verhandlung erzielbare Erlös (OLG Karlsruhe Ur. v. 13.12.2023 – 6 U 198/20, BeckRS 2023, 36868 Rn. 225 f.; OLG Hamm Hinweisbeschluss v. 09.12.2022 – 25 U 161/22, BeckRS 2022, 43534 Rn. 47). Die Beklagte hat den Restwert mit mindestens 18.000,- € angegeben. Soweit die Anlage BK 10 Angebote mit einer höheren Preisvorstellung aufweist, führt dies nicht dazu, von einem höheren Restwert auszugehen. Mit Blick darauf, dass es sich bei den in den Angeboten enthaltenen Preisen zunächst einmal nur um die Preisvorstellungen der Anbieter handelt (vgl. OLG Karlsruhe Ur. v. 13.12.2023 – 6 U 198/20, BeckRS 2023, 36868 Rn. 226) und es sich außerdem nur um einzelne Angebote handelt, folgt hieraus nicht, dass das streitgegenständliche Fahrzeug wahrscheinlich einen solchen Preis erzielt hätte.

(c) Der tatsächliche Wert beim Kauf betrug 25.704,- € (28.560,- € abzüglich 10 %). Da die sich aus dem Restwert und den Nutzungsvorteilen ergebende Summe nicht über 21.412,85 € hinausgeht, liegt kein anrechenbarer Vorteil vor. Selbst wenn man von einer - aus Sicht des Senats zu niedrigen - Gesamtleistung von 200.000 km ausgehen würde, die die Beklagte in der mündlichen Verhandlung in der Berufungsinstanz angeführt hat, würde sich kein anrechenbarer Vorteil ergeben.

gg. Der Anspruch ist nicht verjährt. Dass dem Kläger die KSR drei Jahre vor der Ende des Jahres 2020 erfolgten Erhebung der Klage bekannt oder grob fahrlässig nicht bekannt war (§§ 195, 199 BGB), obwohl die KSR dem KBA nicht vor 2018 bekannt geworden ist, hat die Beklagte schon nicht vorgetragen. Aber auch hinsichtlich des Thermofensters ergibt sich aus dem Vortrag der Beklagten nicht, dass vor 2017 Umstände vorlagen, die eine Kenntnis oder grob fahrlässige Unkenntnis begründet haben. Der Hinweis auf Vorgänge bei VW im Jahr 2015 und der allgemeine Verweis auf den ersten Bericht der Untersuchungskommission Volkswagen vom 22.04.2016, eine Pressemitteilung zu freiwilligen Software-Updates und zwei Medienartikel zu „Thermofenstern“ bei „Daimler“ begründen solche Umstände nicht.

Dass die Klagepartei ihren Klageantrag erst wesentlich später – im Anschluss an die Grundsatzentscheidung des Bundesgerichtshofs vom 26.06.2023 – auf den Differenzschaden

umgestellt hat, lässt die Verjährungshemmung durch die Klagerhebung unberührt, da es sich dabei lediglich um einen Wechsel der Schadensberechnungsart handelt (vgl. OLG Karlsruhe Ur. v. 02.02.2024 – 4 U 32/22, BeckRS 2024, 1420 Rn. 102).

hh. Der Klagepartei stehen Prozesszinsen i.S.d. § 291 BGB zu. Da dem auf §§ 826, 31 BGB gestützten „großen“ Schadensersatz einerseits und einem Differenzschaden nach § 823 Abs. 2 BGB iVm §§ 6 Abs. 1, 27 Abs. 1 EG-FGV andererseits lediglich unterschiedliche Methoden der Schadensberechnung zugrundeliegen (vgl. BGH NJOZ 2023, 1133 Rn. 25), das Gericht einer Klagepartei, die sich auf §§ 826, 31 BGB stützt, daher Gelegenheit geben muss, sein in erster Linie auf einen Anspruch aus §§ 826, 31 BGB gestütztes Begehren ergänzend auch auf den Differenzschaden als andere Form der Schadensberechnung zu stützen und den von ihr geltend gemachten Schaden im Sinne des Differenzschadens zu berechnen (BGH NJW 2023, 2259 Rn. 18 und 45), und sich der Lebenssachverhalt nicht verändert hat, auf den die klagende Partei ihre Ansprüche stützt (vgl. BGH NJW 2023, 2270 Rn. 34; OLG Stuttgart Ur. v. 11.01.2024 – 24 U 241/22, BeckRS 2024, 394 Rn. 59), kann die klagende Partei Rechtshängigkeitszinsen aus dem in der Hauptsache zugesprochenen Betrag ab dem auf die Zustellung der Klage folgenden Tag und nicht erst ab Zustellung des den auf den Differenzschaden bezogenen Antrag enthaltenen Schriftsatzes beanspruchen (vgl. OLG Karlsruhe NJW-RR 2024, 155 Rn. 93; OLG Schleswig Ur. v. 23.01.2024 – 7 U 22/23, BeckRS 2024, 970 Rn. 58 m.w.N.; a.A. OLG Stuttgart Ur. v. 29.11.2023 – 22 U 261/21, BeckRS 2023, 35483 Rn. 119; OLG Frankfurt a. M. Ur. v. 17.11.2023 – 4 U 192/22, BeckRS 2023, 32994 Rn. 97).

Verzugszinsen sind hingegen nicht geschuldet, weil die Beklagte vor Rechtshängigkeit nicht in Verzug war. Die vorgerichtliche Leistungsaufforderung zur Rückzahlung des Kaufpreises war eine Zuvielforderung. Eine solche wirkt nur verzugsbegründend, wenn der Schuldner sie nach den Umständen des Falls als Aufforderung zur Bewirkung der tatsächlich geschuldeten Leistung verstehen muss und der Gläubiger zur Annahme der gegenüber seinen Vorstellungen geringeren Leistung bereit ist (OLG Karlsruhe Ur. v. 02.02.2024 – 4 U 62/20, BeckRS 2024, 1518 Rn. 143). Daran fehlt es vorliegend. Dem anwaltlichen Schreiben ist nicht hinreichend zu entnehmen, dass die klagende Partei die Zahlung des nunmehr geltend gemachten Differenzschadens als Leistung akzeptiert hätte.

3. Da der Klagepartei kein Anspruch auf den „großen“ Schadensersatz zusteht, ist auch der Antrag auf Feststellung des Annahmeverzugs hinsichtlich des streitgegenständlichen Fahrzeugs nicht begründet.

4. Auch der Antrag auf Feststellung des Anspruchs auf den Ersatz weiterer Schäden ist nicht begründet. Auf der Grundlage von § 823 Abs. 2 BGB in Verbindung mit § 6 Abs. 1, § 27 Abs. 1

EG-FGV sind mögliche künftige Vermögensnachteile infolge der Verwendung einer unzulässigen Abschaltanlage bereits bei der Bemessung des Differenzschadens zu berücksichtigen und deshalb nicht gesondert ersatzfähig (BGH Urt. v. 16.10.2023 – VIa ZR 37/21, BeckRS 2023, 31572 Rn. 19). Einschränkungen im Betrieb und Zusatzkosten im Zusammenhang mit dem angebotenen Update sind bereits in den Differenzschaden „eingepreist“.

5. Auch steht einer Klagepartei auf der Grundlage des § 823 Abs. 2 BGB i.V.m. §§ 6 Abs. 1, 27 Abs. 1 EG-FGV neben dem Anspruch auf Ersatz des Differenzschadens ein Anspruch auf Erstattung vorgerichtlicher Rechtsanwaltskosten – oder wie vorliegend auf Freistellung von Rechtsanwaltskosten – nicht zu (vgl. BGH Urt. v. 16.10.2023 – VIa ZR 14/22, BeckRS 2023, 32287 Rn. 13).

6. Soweit die Klägerseite einen Teil ihres Antrags auf „großen“ Schadensersatz wegen während des Verfahrens gezogener Nutzungen für erledigt erklärt hat, hat sich die Beklagte der Teilerledigung nicht angeschlossen. Eine einseitig gebliebene Teilerledigungserklärung ist dahingehend auszulegen, dass die klagende Partei nunmehr beantragt festzustellen, dass die Klage im Umfang der Teilerledigungserklärung im Zeitpunkt des erledigenden Ereignisses zulässig und begründet gewesen und erst durch dieses unzulässig oder unbegründet geworden ist (vgl. Schulz in MüKoZPO, 6. Aufl., § 91a Rn. 80). Mangels Bestehens eines großen Schadensanspruchs ist nicht zugunsten der Klagepartei eine solche Feststellung zu treffen.

7. Eine Aussetzung des Rechtsstreits gemäß § 148 Abs. 1 ZPO im Hinblick auf das beim Verwaltungsgericht Schleswig unter dem Aktenzeichen 3 A 51/21 rechtshängige Verfahren ist entgegen der Ansicht der Beklagten nicht veranlasst. Denn eine die Aussetzung rechtfertigende Voreiligkeit der zu erwartenden verwaltungsgerichtlichen Entscheidung für den vorliegenden Rechtsstreit besteht nicht. Vorliegend fehlt es bereits an der von § 121 VwGO vorausgesetzten Identität der Beteiligten. Zudem erstreckt sich die Rechtskraftwirkung des zu erwartenden verwaltungsgerichtlichen Urteils in sachlicher Hinsicht nicht auf die Frage der Rechtmäßigkeit der vom KBA beanstandeten Funktionsweise der KSR. Denn in dem Verfahren kann allenfalls eine rechtskräftige Entscheidung über die Rechtmäßigkeit des angefochtenen Rückrufbescheides ergehen. Dabei wäre die Zulässigkeit der vom KBA beanstandeten Funktionsweise nur eine Vorfrage (vgl. BGH NJW-RR 2024, 117 Rn. 19; BGH NJW 2023, 3430 Rn. 19; OLG Schleswig Urt. v. 10.10.2023 – 7 U 100/22, BeckRS 2023, 27262 Rn. 61; OLG Karlsruhe Urt. v. 13.12.2023 – 6 U 233/21, BeckRS 2023, 37042 Rn. 284).

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

9. Die Voraussetzungen für eine Zulassung der Revision nach § 543 Abs. 2 ZPO liegen nicht vor.

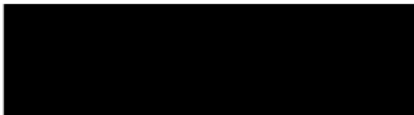
Die Rechtssache hat weder grundsätzliche Bedeutung noch erfordern die Fortbildung des Rechts oder die Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung eine Entscheidung des Revisionsgerichts. Im vorliegenden Fall geht es um die Anwendung anerkannter Rechtsprechungsgrundsätze auf den vorliegenden Einzelfall.

11. Der Streitwert ist für das Berufungsverfahren auf 30.253,07 € festzusetzen. Hiervon entfallen 26.117,45 auf die Berufung und 4.135,62 auf die Anschlussberufung.

Nach der vom Kläger in der Anschlussberufung angegebenen Formel zur Berechnung der Nutzungsvorteile beträgt der vom Kläger zum Zeitpunkt der Anschlussberufung begehrte „große“ Schadensersatz unter Berücksichtigung des Kilometerstandes zu diesem Zeitpunkt 27.397,07 €. Hinzu kommt der Feststellungsantrag, dessen Wert der Senat in Übereinstimmung mit der Angabe des Klägers in der Klagschrift mit 2.856,- € (10 % des Kaufpreises) ansetzt.

Der Hilfsantrag führt bei wirtschaftlicher Betrachtung nicht zu einer Erhöhung des Streitwerts.

Der Antrag auf Feststellung des Annahmeverzugs führt nicht zu einer Streitwerterhöhung. Gleiches gilt für die als Nebenforderung geltend gemachten Rechtsanwaltskosten.



Für die Richtigkeit der Abschrift
Hamburg, 18.04.2024


Urkundsbeamter der Geschäftsstelle