

I-31 U 33/22

1 O 249/20  
Landgericht Siegen



## Oberlandesgericht Hamm

### IM NAMEN DES VOLKES

#### Urteil

In dem Rechtsstreit

[REDACTED],

Klägers und Berufungsklägers,

Prozessbevollmächtigte:

Rechtsanwälte Hahn Rechtsanwälte PartG  
mbB, Marcusallee 38, 28359 Bremen,

gegen

die Mercedes-Benz Group AG, vertreten durch den Vorstand Ola Källenius  
(Vorsitzender), Jörg Burzer, Renata Jungo Brüngger, Sabine Kohleisen, Markus  
Schäfer, Britta Seeger, Hubertus Troska, Harald Wilhelm, Mercedesstr. 120,  
70372 Stuttgart,

Beklagte und Berufungsbeklagte,

Prozessbevollmächtigte:

[REDACTED]  
[REDACTED],

hat der 31. Zivilsenat des Oberlandesgerichts Hamm  
auf die mündliche Verhandlung vom 22. April 2024  
durch die Vorsitzende Richterin am Oberlandesgericht Dr. Hupe, die Richterin am  
Oberlandesgericht Dr. Telg gen. Kortmann und den Richter am Oberlandesgericht  
Dr. Züllighoven  
für Recht erkannt:

Auf die Berufung des Klägers wird das am 2. März 2022 verkündete Urteil der 1. Zivilkammer des Landgerichts Siegen unter Zurückweisung des weitergehenden Rechtsmittels teilweise abgeändert.

Die Beklagte wird verurteilt, an den Kläger 2.892,51 € nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem jeweiligen Basiszinssatz seit dem 17. September 2020 zu zahlen.

Im Übrigen bleibt die Klage abgewiesen.

Von den Kosten des Rechtsstreits erster Instanz haben der Kläger 95 % und die Beklagte 5% und zu tragen; von den Kosten des Berufungsverfahrens haben der Kläger 90 % und die Beklagte 10 % zu tragen.

Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar. Dem Kläger bleibt nachgelassen, die Vollstreckung gegen Sicherheitsleistung in Höhe von 110 % des vollstreckbaren Betrages abzuwenden, wenn nicht die Beklagte zuvor Sicherheit in Höhe von 110 % des jeweils zu vollstreckenden Betrages leistet.

Die Revision wird nicht zugelassen.

#### Gründe:

##### I.

Die Parteien streiten um Ansprüche wegen der Verwendung unzulässiger Abschaltvorrichtungen in einem vom Kläger im November 2010 bei der beklagten Herstellerin bestellten Mercedes Benz GLK 220 CDI 4Matic BlueEFFICIENCY. Der Neuwagen wurde im März 2011 zugelassen und an den Kläger ausgeliefert. Der Kaufpreis betrug 47.427,45 € (brutto).

Das Fahrzeug ist mit einem Dieselmotor der Baureihe OM651 mit 2,1-Litern Hubraum ausgestattet und in die Abgasnorm Euro 5 eingruppiert. Zur Abgasreinigung verfügt das Fahrzeug über eine außertemperaturabhängige Steuerung der Abgasrückführungsrate (Thermofenster). Zudem war in dem Fahrzeug bei Auslieferung eine sogenannte Kühlmittel-Solltemperatur-Regelung (KSR; vom Kläger Kühlmittel-Sollwert-Regelung genannt) vorhanden. Ein Abgasnachbehandlungssystem in Form eines SCR-Katalysators ist nicht verbaut. Der

Kläger ließ im Oktober 2019 ein freiwilliges Software-Update aufspielen, mit dem die KSR entfernt und der Temperaturbereich des Thermofensters so ausgeweitet wurde, dass die AGR bei betriebswarmem Motor unterhalb von 0 Grad Celsius und über von +40 Grad Celsius Außentemperatur schrittweise reduziert wird.

Unter dem 13. Dezember 2023 erließ das KBA für Fahrzeuge des vorliegenden Typs, welche nicht am freiwilligen Update teilgenommen hatten, Nebenbestimmungen wegen der temperaturabhängigen Steuerung der Abgasrückführungsrate, weil diese außerhalb eines Temperaturbereichs zwischen 4 und 30 Grad Celsius Außentemperatur abgerammt wird.

Das Landgericht hat die Klage abgewiesen. Wegen der Begründung sowie der weiteren Einzelheiten des Sach- und Streitstandes wird auf das angefochtene Urteil (Bl. 615 ff. LGA) Bezug genommen (§ 540 Abs. 1 Nr. 1 ZPO).

Gegen diese Entscheidung richtet sich die Berufung, mit welcher der Kläger zunächst seine Anträge erster Instanz weiterverfolgt hat.

Der Kläger trägt im Wesentlichen vor, das Landgericht habe unzutreffend angenommen, er habe keine greifbaren Anhaltspunkte für eine unzulässige Abschaltvorrichtung und damit einen Mangel vorgetragen. Es habe die Substantiierungsanforderungen überspannt. Beim Thermofenster und der KSR handele es sich um unzulässige Abschaltvorrichtungen. Diese Mängel habe die Beklagte auch arglistig verschwiegen, denn hierfür genüge, dass sie die mangelbegründenden Umstände gekannt habe. Unerheblich sei, ob das KBA das Fahrzeug verpflichtend zurückgerufen habe. Für die KSR habe er auch mit der Vorlage des gerichtlichen Gutachtens der 43IT GmbH (Dr. Heitz) aus einem anderen Verfahren substantiierten Vortrag für einen hinreichend engen Prüfstandsbezug der Technik gehalten. Hieraus folge, dass die Beklagte in dem Bewusstsein gehandelt habe, eine unzulässige Abschaltvorrichtung zu verwenden. Die KSR werde bei allen Fahrzeugen der Beklagten in gleicher Weise verwendet. Die Beklagte habe diese Technik im Typgenehmigungsverfahren auch nicht offengelegt und diese sei – insoweit unstreitig – mit dem freiwilligen Update auch entfernt worden, nachdem sie im Jahr 2018/2019 vom KBA entdeckt worden sei. Auf die Grenzwertkausalität der KSR komme es nicht an. Jedenfalls stehe ihm aber ein Differenzschadensersatzanspruch in Höhe von 15 % des Kaufpreises zu, weil die Beklagte ein unzulässiges Thermofenster und die KSR

verwendet habe. Sie habe damit schuldhaft gegen die Zulassungsvorschriften verstoßen. Weder für einen Verbotsirrtum noch für dessen Vermeidbarkeit sei ausreichend vorgetragen. Der aktuelle Marktwert des Fahrzeugs betrage 10.600,00 €, der allerdings nicht im Rahmen der Vorteilsanrechnung berücksichtigt werden könne, weil er das Fahrzeug nicht veräußert habe. Auch das (freiwillige) Update müsse er sich nicht entgegenhalten lassen. Es beseitige die Stilllegungsgefahr nicht und führe auch zu verschiedenen technischen Nachteilen, wie einer schnelleren Versottung, höherem Verbrauch und unruhigem Motorlauf.

Nachdem der Kläger zusätzlich einen Hilfsantrag auf Erstattung eines Differenzschadens gestellt, die Nutzungsentschädigung ausgehend von einem Kilometerstand von 134.274 km und einer zu erwartenden Gesamtleistung von 350.000 km mit 18.195,06 € beziffert und den Rechtsstreit wegen der zwischenzeitlich höheren Nutzungsentschädigung einseitig teilweise für erledigt erklärt hat, beantragt er zuletzt,

unter Aufhebung des erstinstanzlichen Urteils,

1. die Beklagte zu verurteilen, an ihn 29.232,38 € nebst Zinsen in Höhe von fünf Prozentpunkten über dem jeweiligen Basiszinssatz seit Rechtshängigkeit Zug um Zug gegen Übergabe und Herausgabe des Fahrzeuges Mercedes GLK 220 CDI 4MATIC, FIN [REDACTED] zu zahlen;
2. die Beklagte weiter zu verurteilen, an ihn Zinsen in Höhe von fünf Prozentpunkten über dem jeweiligen Basiszinssatz aus 47.427,45 € vom 12. März 2011 bis zur Rechtshängigkeit zu zahlen;
3. die Beklagte weiter zu verurteilen, an ihn die außergerichtlichen Rechtsanwaltskosten in Höhe von 1.822,96 € nebst Zinsen in Höhe von fünf Prozentpunkten über dem jeweiligen Basiszinssatz seit Rechtshängigkeit zu zahlen;
4. festzustellen, dass sich die Beklagte mit der Rücknahme des Pkws des Klägers, Mercedes GLK 220 CDI 4MATIC, FIN [REDACTED], in Annahmeverzug befindet;
5. festzustellen, dass die Beklagte verpflichtet ist, an ihn Schadensersatz für Schäden, die aus der Ausstattung des Fahrzeugs Mercedes GLK 220 CDI 4MATIC, FIN [REDACTED] mit einer unzulässigen

Abschaltvorrichtung in Form der Kühlmittel-Sollwert-Temperatur-Regelung resultieren, zu zahlen;

6. festzustellen, dass der Rechtsstreit wegen der Nutzungsentschädigung im Übrigen teilweise erledigt ist.

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

die Beklagte zu verurteilen, an den Kläger 7.114,11 € nebst Zinsen in Höhe von fünf Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit Rechtshängigkeit zu zahlen.

Die Beklagte beantragt,

die Berufung zurückzuweisen.

Die Beklagte verteidigt die angefochtene Entscheidung. Sie führt im Wesentlichen aus, der Kläger habe für die Verwendung einer unzulässigen Abschaltvorrichtung schon nicht hinreichend vorgetragen, denn ein Thermofenster sei nicht per se unzulässig und außerdem Teil des Motors. Jedenfalls sei es aber vorliegend gemäß Art. 5 Abs. 2 der VO (EG) 715/2007 aus Gründen des Motorschutzes und der Betriebssicherheit gerechtfertigt, weil mit der Abgasrückführungstechnik verschiedene – im Einzelnen benannte – technische Risiken einhergingen, die eine temperaturabhängige Reduzierung der AGR erforderlich machten. Durch die Technik werde auch ein günstiges Verhältnis von Stickoxid- und Partikelemissionen erreicht („trade-off“). Sie habe weder vorsätzlich noch fahrlässig gehandelt. Ein Differenzschadensersatzanspruch scheide aber auch deshalb aus, weil die vom Bundesgerichtshof herangezogenen Vorschriften kein Schutzgesetz im Sinne des § 823 Abs. 2 BGB seien. Jedenfalls könne sie sich auf einen unvermeidbaren Verbotsirrtum berufen, denn das KBA gebe ein freiwilliges Update nur frei, wenn es keine unzulässige Abschaltvorrichtung annehme. Das KBA habe das Thermofenster auch auf Grundlage der Angaben im Typgenehmigungsverfahren genehmigt. Der Rückruf vom 13. Dezember 2023 sei unerheblich, weil es auf den Zeitpunkt des Vertragsschlusses ankomme. Der Irrtum einer konkreten Person müsse nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs nicht dargelegt werden. Jedenfalls sei ein etwaiger Schaden infolge des freiwilligen

Update entfallen, weil mit diesem – insoweit unstreitig – nicht nur die KSR entfernt, sondern auch der Temperaturbereich des Thermofensters aufgeweitet worden sei. Die verbleibenden außentemperaturabhängigen Steuerungen seien jedenfalls aus Motorschutzgründen gerechtfertigt. Insbesondere müsse Verbrennungsaussetzern mit der Gefahr von Spontanverbrennungen vorgebeugt werden, die zu näher benannten Motorschäden führen könnten. Zumindest sei der Schaden aber durch die vom Kläger aufgrund des Kaufs erlangten Vorteile vollständig kompensiert. Der Restwert des Fahrzeugs betrage wenigstens 24.000,00 €. Etwaige Ansprüche des Klägers seien im Übrigen verjährt.

Wegen des weiteren Vorbringens der Parteien wird auf die gewechselten Schriftsätze nebst Anlagen verwiesen.

## II.

Die Berufung des Klägers ist nur teilweise begründet. Zu Recht hat das Landgericht einen Anspruch aus § 826 BGB verneint, weil nicht feststellbar ist, dass ein auf Seiten der Beklagten Verantwortlicher einen in der Verwendung einer unzulässigen Abschaltvorrichtung liegenden Gesetzesverstoß gebilligt hätte. Kaufrechtliche Ansprüche sind jedenfalls verjährt. Dem Kläger steht jedoch ein Anspruch auf Erstattung eines Differenzschadens gemäß § 823 Abs. 2 BGB iVm §§ 6, 27 EG-FGV in Höhe von 2.892,51 € zu.

1) Die von der Beklagten beantragte Aussetzung des Verfahrens bis zur Entscheidung über ihren Widerspruch gegen den Rückrufbescheid wegen des Thermofensters vom 13. Dezember 2023 sowie wegen des Klageverfahrens vor dem VG Schleswig (3 A 51/21) wegen der mit Blick auf die KSR erlassenen Nebenbestimmungen zur Typgenehmigung anderer Fahrzeuge kommt nicht in Betracht, weil die zu erwartenden Entscheidungen für das vorliegende Verfahren keine Bindungswirkung hätten (vgl. BGH, Beschluss vom 8. August 2023 – VIa ZB 11/21, juris Rn. 10 ff.). Wegen des Klageverfahrens gilt dies schon deshalb, weil das Fahrzeug des Klägers vom angefochtenen Bescheid nicht erfasst ist.

2) Ob ein Feststellungsinteresse für den Antrag auf Feststellung einer Schadensersatzpflicht wegen der Verwendung der Kühlmittel-Sollwert-Regelung (Antrag 5) anzunehmen ist, kann offen bleiben. Dieser Antrag ist unter Hinzuziehung der Klagebegründung (vgl. BGH, Urteil vom 5. März 2024 – VI ZR 330/21, juris Rn. 10)

und der übrigen Anträge (vgl. BGH, Urteil vom 10. Januar 2023 – VI ZR 67/20, juris Rn. 12) dahin auszulegen, dass der Kläger lediglich eine Ersatzpflicht für weitere Schäden festgestellt wissen will. Er ist jedenfalls unbegründet, so dass der Senat nicht zu entscheiden braucht, ob das grundsätzlich erforderliche Feststellungsinteresse (§ 256 Abs. 1 ZPO) gegeben ist (BGH, Urteil vom 20. Februar 2024 – VI ZR 236/20, juris Rn. 9 mwN). Ein Anspruch aus § 826 BGB oder § 437 Nr. 3 iVm § 280 BGB besteht, wie nachfolgend auszuführen ist, nicht. Aus § 823 Abs. 2 BGB iVm §§ 6, 27 EG-FGV kann ein über den bezifferbaren Differenzschaden hinausgehender Schaden nicht verlangt werden (BGH, Urteil vom 16. Oktober 2023 – VIa ZR 37/21, juris Rn. 19; siehe auch BGH, Urteil vom 18. Dezember 2023 – VIa ZR 1083/22, juris Rn. 16 mwN).

3) Der Kläger hat keinen Anspruch auf eine Erstattung des Kaufpreises unter Anrechnung einer Nutzungsentschädigung (Zug um Zug gegen Herausgabe und Übereignung des Fahrzeugs) aus § 826 BGB („großer“ Schadensersatz). Denn der Kläger hat für die Voraussetzungen einer sittenwidrigen vorsätzlichen Schädigung nicht ausreichend vorgetragen.

a) Damit eine unzulässige Abschaltvorrichtung eine Haftung wegen sittenwidriger vorsätzlicher Schädigung gemäß §§ 826, 31 BGB auslösen kann, müssen nach gefestigter Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs über den in der Verwendung einer unzulässigen Abschaltvorrichtung liegenden Gesetzesverstoß hinaus weitere Umstände hinzutreten, die das Verhalten des Fahrzeug- und Motorherstellers als besonders verwerflich erscheinen lassen.

Diese Annahme von Sittenwidrigkeit setzt jedenfalls voraus, dass der Fahrzeughersteller bei der Entwicklung und/oder Verwendung der Abschaltvorrichtung in dem Bewusstsein handelte, eine unzulässige Abschaltvorrichtung zu verwenden, und den darin liegenden Gesetzesverstoß billigend in Kauf nahm (st. Rspr., etwa BGH, Urteil vom 12. März 2024 – VIa ZR 959/22, juris Rn. 9 mwN).

Einen das Urteil der besonderen Verwerflichkeit begründenden Umstand kann es darstellen, dass die unzulässige Abschaltvorrichtung danach unterscheidet, ob das Kraftfahrzeug auf einem Prüfstand dem Neuen Europäischen Fahrzyklus unterzogen wird oder ob es sich im normalen Fahrbetrieb befindet. Bei der Prüfstandbezogenheit handelt es sich um eines der wesentlichen Merkmale, nach denen eine unzulässige Abschaltvorrichtung die Anforderungen an eine sittenwidrige vorsätzliche Schädigung

im Sinne des § 826 BGB erfüllt. 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 Abschalteneinrichtung nicht grenzwertkausal ist. Im Fall der fehlenden Grenzwertkausalität bestehen keine Anhaltspunkte für eine Täuschung der Genehmigungsbehörde mit dem Ziel, die EG-Typgenehmigung zu erhalten (BGH, Urteil vom 23. Januar 2024 – VIa ZR 165/23, juris Rn. 10 f. mwN).

b) Gemessen hieran ist nach gefestigter höchstrichterlicher Rechtsprechung kein greifbarer Anhaltspunkt für ein sittenwidriges Verhalten, dass in einem Fahrzeug eine temperaturabhängige Steuerung der Abgasrückführungsrate (Thermofenster) enthalten ist, selbst wenn man deren Unzulässigkeit in tatsächlicher und rechtlicher Hinsicht unterstellt (etwa BGH, Urteil vom 20. Juli 2023 – III ZR 267/20, juris Rn. 12; Beschluss vom 4. Mai 2022 – VII ZR 733/21, juris Rn. 13; Urteil vom 24. März 2022 – III ZR 270/20, juris Rn. 15 mwN; Beschluss vom 21. März 2022 – VIa ZR 334/21, juris Rn. 19 mwN; Urteil vom 22. Februar 2022 – VI ZR 934/20, juris Rn. 19 mwN; Beschlüsse vom 12. Januar 2022 – VII ZR 222/21, juris Rn. 31 sowie vom 13. Oktober 2021 – VII ZR 295/20, juris Rn. 11 ff.; Urteil vom 20. Juli 2021 – VI ZR 1154/20, juris Rn. 13; die Zulässigkeit des Thermofensters offenlassend siehe auch BGH, Beschluss vom 26. April 2022 – VIII ZR 197/21, juris Rn. 23). Dies gilt auch dann, wenn die Beklagte mit der Entwicklung und dem Einsatz des Thermofensters eine Kostensenkung und die Erzielung von Gewinnen erstrebt hat (BGH, Urteil vom 24. März 2022 – III ZR 263/20, juris Rn. 20). Denn ein Thermofenster ist weder per se – unabhängig von seiner konkreten Ausgestaltung – unzulässig noch verstärkt es ausschließlich auf den Prüfstand die Abgasrückführung.

Besondere Umstände, die vorliegend auf eine Billigung des in der Verwendung einer temperaturabhängigen Steuerung der Abgasrückführungsrate möglicherweise liegenden Gesetzesverstößes durch die auf Seiten der Beklagten Verantwortlichen hindeuten könnten, hat der Kläger nicht vorgetragen. Insbesondere genügt allein der Umstand, dass das KBA nunmehr mit Bescheid vom 13. Dezember 2023 einen Rückruf verfügt hat, nicht (vgl. BGH, Beschluss vom 29. September 2021 – VII ZR 126/21, juris Rn. 14).

c) Auch wegen der KSR ist eine Billigung des hierin möglicherweise liegenden Gesetzesverstößes seitens der Beklagten nicht feststellbar (vgl. BGH, Beschlüsse

vom 14. März 2022 – VIa ZR 51/21, juris Rn. 18 ff.; vom 10. November 2021 – VII ZR 415/21, juris Rn. 23; vom 13. Oktober 2021 – VII ZR 179/21, juris Rn. 24 ff.; vom 29. September 2021 – VII ZR 126/21, juris Rn. 9).

aa) Die KSR sorgt bei einem Kaltstart des Motors zwischen 15 und 35 Grad Außentemperatur und einer entsprechenden Ansauglufttemperatur bei einem Umgebungsdruck oberhalb 792 hPa (entspricht einer Höhe üNN unterhalb von etwa 2.000 m) und einer Drehzahl unterhalb von 2.500 U/min. für eine bestimmte Zeit nach dem Start des Motors (Timer) dafür, dass der große Kühlkreislauf früher geöffnet und so die Motortemperatur länger niedrig gehalten wird. Dies ermöglicht eine höhere Abgasrückführungsrate und damit niedrigere Stickoxidwerte. Zwischen den Parteien ist dabei streitig, ob die Technik im Schnitt nur in ein bis zwei Prozent der Fälle auch außerhalb des Prüfstandes für eine Verbesserung der Abgaswerte sorgt, oder ob dies bei etwa 36 Prozent aller Fahrten der Fall ist, wie die Beklagte geltend macht.

bb) Der Kläger hat für einen bewussten Gesetzesverstoß konkret in seinem Fahrzeug keine greifbaren Anhaltspunkte vorgebracht, so dass eine Beweiserhebung über den genauen Umfang der Funktion nicht veranlasst ist.

(1) Zwischen den Parteien ist allerdings unstrittig geblieben, dass wegen der KSR, die in etlichen Fahrzeugmodellen der Beklagten mit Motoren unterschiedlicher Baureihen enthalten war, für eine Vielzahl von Fahrzeugen durch das KBA Nebenbestimmungen zur Typgenehmigung erlassen wurden, weil bei den betroffenen Fahrzeugen die Grenzwerte auf dem Prüfstand ohne die KSR nicht eingehalten werden konnten. Auch hat der Kläger unter Verweis auf Presseartikel geltend gemacht, bei Fahrzeugen des Typs GLK 220 CDI habe das KBA im Rahmen der Freigabe eines freiwilligen Updates die KSR aufgedeckt und bewerte diese als unzulässig (Artikel im Spiegel vom 14. April 2019, Anlage K4; vom 13. April 2019 auf bild.de, Anlage K5; sowie vom 18. Mai 2019 auf bild.de, Anlage K6; sämtlich Anlagenband). Eine zunächst freiwillige Servicemaßnahme sei – insoweit unstrittig – auch bei Fahrzeugen des Typs Mercedes GLK 220 CDI 4Matic in einen verpflichtenden Rückruf umgewandelt worden, wie sich auch aus dem als Anlage K3 (Anlagenband) vorgelegten (anonymisierten) Rückrufschreiben vom 12. August 2019 ergebe. Widersprüche der Beklagten gegen die Anordnung von Nebenbestimmungen habe das KBA zurückgewiesen und gehe ausweislich eines Berichts des Bayrischen

Rundfunks vom 10. Februar 2021 (Anlage K27; Bl. 442 f. LGA) von einer Technik aus, die eine Prüffahrt erkenne.

(2) Nach den Umständen des Falles stellt dieser Vortrag jedoch keinen greifbaren Anhaltspunkt für ein sittenwidriges Verhalten gegenüber dem Kläger dar. Denn es ist zwischen den Parteien unstreitig geblieben, dass für sein Fahrzeug wegen der KSR keine Nebenbestimmungen zur Typgenehmigung erlassen wurden. So weisen die vom Kläger vorgelegten Presseberichte (etwa auf bild.de), soweit sie sich konkret auf den vorliegenden Fahrzeugtyp GLK 220 CDI 4Matic beziehen, auch nur Fahrzeuge der Baujahre 2012 bis 2015 als von einem Rückruf betroffen aus. Das Fahrzeug des Klägers wurde jedoch bereits im Jahr 2011 ausgeliefert.

Der Kläger selbst verweist zudem darauf, dass das KBA Rückrufe – seiner Rechtsauffassung nach fehlerhaft – nur dann verfügt hat, wenn die Technik zur Einhaltung der Grenzwerte auf dem Prüfstand erforderlich ist (Grenzwertrelevanz). Dies ergibt sich konkret für die KSR etwa auch aus der amtlichen Auskunft des KBA an das Landgericht Itzehoe vom 20. Mai 2020 zu 2 O 351/18 (Anlage B 8, Bl. 322 LGA) und der amtlichen Auskunft des KBA an das Landgericht Koblenz vom 19. April 2021 zu 1 O 342/19 (Anlage B 13, Bl. 482 f. LGA).

Danach ist zwischen den Parteien unstreitig geblieben, dass für sein Fahrzeug deshalb kein verpflichtender Rückruf des KBA wegen der KSR vorliegt, weil dieses – anders als bei anderen Fahrzeugen wie offenbar dem vom Kläger angeführten Vito (vgl. Anlage K7) – von einer Grenzwertrelevanz der KSR nicht ausgeht, und zwar nach einer Prüfung im Rahmen der Freigabe des freiwilligen Updates, wie sie etwa aus der amtlichen Auskunft des KBA für einen Mercedes C220 CDI 125 kW Euro 5 an das Landgericht Stuttgart vom 20. August 2020 zu 11 O 500/19 (Bl. 287 f. LGA) hervorgeht (siehe auch die amtliche Auskunft des KBA an das OLG Celle vom 18. März 2021 zu 7 U 284/19, Anlage B14, Bl. 480 f. LGA).

Greifbare Anhaltspunkte dafür, dass die Technik gleichwohl in grenzwertrelevanter Weise die Abgasreinigung auf dem Prüfstand verstärkt hat, hat der Kläger nicht vorgetragen. Nicht ausreichend hierfür ist der pauschale Hinweis, der Zeuge Friedrich habe „nahezu alle Motorenfamilien“ der Beklagten getestet und hierbei festgestellt, dass bei einem Prüfstandslauf im Warmstart, also abweichend von der gesetzlich vorgesehenen Vorkonditionierung nicht mit kaltem Motor, erheblich höhere

Stickoxide ausgestoßen würden. Dies lässt schon einen Bezug zum konkreten Fahrzeugmodell des Klägers nicht erkennen, das – wie ausgeführt – auch ausweislich der vom Kläger vorgelegten Presseberichte und nach der durch Prüfungen belegten Auffassung des KBA anders als beispielsweise jüngere Modelle zu bewerten ist.

Unter diesen Umständen gibt es keinen Anhaltspunkt dafür, dass die im Fahrzeug des Klägers vorhanden gewesene KSR ausschließlich auf dem Prüfstand die Abgasreinigung in grenzwertrelevanter Weise verstärkt aktiviert hat. Mithin ist eine Täuschung der Typgenehmigungsbehörde nicht indiziert. Im Gegenteil ist davon auszugehen, dass das KBA die Technik nach Prüfung als zulässig einstuft, wie sich etwa auch aus der als Anlage K 23 vorgelegten amtlichen Auskunft des KBA an die Prozessbevollmächtigten des Klägers vom 3. August 2021 (Bl. 396 LGA) konkret für das Fahrzeugmodell Mercedes GLK 220 CDI 4Matic Euro 5 mit einem Motor des Typs OM 651 ergibt. Das schließt nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs die Annahme eines vorsätzlich-sittenwidrigen Verhaltens der Beklagten selbst dann aus, wenn die dieser Bewertung zugrunde liegende Rechtsauffassung beziehungsweise Verwaltungspraxis des KBA keine Grundlage in der Verordnung (EG) Nr. 715/2007 hat (BGH, Urteil vom 12. Oktober 2023 – VII ZR 412/21, juris Rn. 17; vgl. BGH, Beschluss vom 9. Mai 2022 – VIa ZR 303/21, juris).

Dabei kommt es nicht darauf an, ob das KBA diese Rechtsauffassung erst nachfolgend geäußert hat. Denn vor dem Hintergrund der mit Blick auf das Fehlen von Grenzwerten für die Fahrten im Realbetrieb jedenfalls vertretbaren Auffassung der zuständigen Typgenehmigungsbehörde (siehe zum Streitstand vor dem Urteil des BGH vom 26. Juni 2023 – VIa ZR 335/21, juris Rn. 51 etwa OLG Koblenz, Urteil vom 24. August 2021 – 3 U 184/21, juris Rn. 34 ff. mwN) kann ein vorsätzliches Verhalten auch dann nicht festgestellt werden, wenn die Beklagte diese Auffassung vorweggenommen hat.

Darauf, dass ausweislich der amtlichen Auskünfte des KBA vom 20. Mai 2020 an das Landgericht Itzehoe zu 2 O 351/18 (Anlage B5, Bl. 322 LGA) und vom 6. Oktober 2020 an das Landgericht Stuttgart (Aktenzeichen geschwärzt, Anlage B 9, Bl. 323 LGA) ohnehin bereits ein Prüfstandsbezug zu verneinen ist, kommt es unter diesen Umständen nicht an. Ebenso kommt es nicht darauf an, ob die Technik auch eine Kühlerjalousie öffnet, wie der Kläger unter Hinweis auf ein Gutachten des

Dr. Heitz (Anlage K21, Bl. 186 ff. LGA) betreffend ein anderes Fahrzeug mit stärkerem Motor (Mercedes E 250) und damit ohne Anhaltspunkt behauptet.

Ohne Bedeutung ist auch, dass die Beklagte die Technik im Typgenehmigungsverfahren nicht mitgeteilt hat. Denn vor dem Hintergrund der fehlenden Grenzwertrelevanz genügt dies nicht, um den Schluss zuzulassen, die Beklagte habe die Technik wegen des möglicherweise vorliegenden Gesetzesverstößes verheimlicht.

(3) Der Kläger hat auch keine weiteren greifbaren Anhaltspunkte für einen seitens der Beklagten gebilligten Gesetzesverstoß vorgetragen.

Wie der Kläger selbst einräumt, ist der pauschale Hinweis darauf, im Realbetrieb sei der Schadstoffausstoß deutlich höher als auf dem Prüfstand, wegen der gravierenden Unterschiede der Bedingungen, unter denen die Messung erfolgt, kein Indiz für eine Abschaltvorrichtung (vgl. BGH, Urteil vom 26. April 2022 – VI ZR 435/20, juris Rn. 15; Beschlüsse vom 15. September 2021 – VII ZR 2/21, juris Rn. 30 und VII ZR 3/21, juris Rn. 14 sowie VII ZR 101/21, Rn. 17; Urteil vom 13. Juli 2021 – VI ZR 128/20, juris Rn. 23).

Die Ermittlungen in den USA lassen schon keinen Bezug zum konkreten Fahrzeug des Klägers erkennen. Im Übrigen ist nichts dafür dargetan, dass der in den USA geltende Rechtsrahmen dem hier geltenden Recht vergleichbar wäre, so dass ein Verstoß gegen dort geltendes Recht auch auf einen Verstoß gegen hier maßgebliche Vorschriften hindeuten könnte.

Auch die Durchsuchungen der Staatsanwaltschaft Stuttgart im Jahr 2017 wegen der Funktionalitäten, die in der Klage beschrieben werden, genügen nicht. Es bleibt hier erneut offen, inwieweit das Fahrzeugmodell des Klägers Gegenstand der Ermittlungen war. Insbesondere ist aber nicht mitgeteilt, welches Ergebnis die nunmehr sieben Jahre zurückliegenden Ermittlungsmaßnahmen hinsichtlich des hier maßgeblichen Modells hatten.

Soweit der Kläger meint, eine freiwillige Kundendienstmaßnahme deute auf eine unzulässige Abschaltvorrichtung hin, weil die KSR im Rahmen des angebotenen Updates entfernt werde, ist dem nicht zu folgen. Allein die Entfernung einer Technik

besagt nichts über deren Unzulässigkeit. Das gilt vorliegend insbesondere, weil durch die bereits genannten amtlichen Auskünfte belegt ist, dass das KBA die freiwillige Maßnahme nur dann genehmigt, wenn es nach Prüfung zu dem Ergebnis kommt, dass keine unzulässige Abschaltvorrichtung vorhanden ist.

d) Ohne jeden Anhaltspunkt behauptet der Kläger, das Fahrzeug verfüge über eine Prüfstandserkennung, weil es die vor einem Prüfstandslauf durchzuführende Vorkonditionierung erkenne und bei einem Lenkwinkelschlag von mehr als 15 Grad, nach 1.200 Sekunden Betriebsdauer, dem Ausstoß von 17,6g Stickoxiden oder 11 km Fahrstrecke eine deutliche Reduzierung der Abgasreinigung vornehme. Der pauschale Hinweis auf die Tests von den Motoren auch der vorliegenden Bauart durch Axel Friedrich genügt hierfür als greifbarer Anhaltspunkt – wie ausgeführt – nicht.

4) Der Kläger kann den von ihm mit dem Antrag zu 1 verfolgten Anspruch auf „großen“ Schadensersatz auch nicht auf § 823 Abs. 2 BGB iVm § 263 StGB stützen, weil es aus dem zu § 826 BGB ausgeführten Gründen jedenfalls an einer vorsätzlichen Täuschung fehlt (vgl. BGH, Urteil vom 26. April 2022 – VI ZR 435/20, juris Rn. 25).

Schon aus diesem Grunde scheidet auch ein etwaiger Anspruch aus § 812 BGB wegen der vom Kläger erklärten Anfechtung des Kaufvertrages wegen arglistiger Täuschung (§ 123 BGB) aus.

Ein solcher Anspruch kann auch nicht aus § 823 Abs. 2 BGB iVm §§ 6, 27 EG-FGV hergeleitet werden. Denn der Schutz der Vorschriften der EG-FGV und des durch diese umgesetzten Unionsrechts erstreckt sich nicht auf das Interesse des Käufers, nicht an dem Kaufvertrag über das mit einer unzulässigen Abschaltvorrichtung versehene Fahrzeug festgehalten zu werden (BGH, Urteil vom 26. Juni 2023 – VIa ZR 335/21, juris Rn. 19)

5) Der Kläger hat auch keinen kaufrechtlichen Anspruch gegen die Beklagte aus § 437 Nr. 2, § 323 Abs. 1, § 346 Abs. 1 BGB auf Erstattung des Kaufpreises (Zug um Zug gegen Herausgabe und Übereignung des Fahrzeugs). Dabei kann dahinstehen, ob das Fahrzeug mit Blick auf das Thermofenster oder die KSR – weitere Abschaltvorrichtungen sind nicht hinreichend dargelegt – mangelhaft im Sinne des § 434 Abs. 1 BGB in der bis zum 31. Dezember 2021 geltenden Fassung ist. Denn ein möglicherweise mit der Klage konkludent erklärter Rücktritt ist jedenfalls gemäß § 218

Abs. 1 Satz 1 BGB (iVm § 437 Abs. 4 Satz 1 BGB) unwirksam, weil ein etwaiger Anspruch aus § 437 Nr. 2 BGB verjährt ist und die Beklagte sich hierauf bereits in erster Instanz sowie in der mündlichen Verhandlung vor dem Senat berufen hat.

a) Gemäß § 438 Abs. 1 Nr. 3 BGB beträgt die Verjährungsfrist für kaufrechtliche Mängelansprüche grundsätzlich zwei Jahre. Sie beginnt mit Ablieferung der Sache (§ 438 Abs. 2 BGB). Das Fahrzeug wurde im März 2011 an den Kläger übergeben, so dass der Anspruch bei Erhebung der Klage im Jahr 2020 seit langem verjährt war.

b) Es gilt auch nicht hiervon abweichend gemäß § 438 Abs. 3 Satz 1 BGB die regelmäßige Verjährungsfrist (§ 195 BGB), weil die Beklagte einen in der Verwendung unzulässiger Abschaltvorrichtung liegenden Mangel arglistig verschwiegen hätte.

Ein Verkäufer verschweigt einen offenbarungspflichtigen Mangel dann arglistig, wenn er ihn mindestens für möglich hält und gleichzeitig damit rechnet und billigend in Kauf nimmt, dass der Vertragspartner den Fehler nicht kennt und bei Kenntnis den Kaufvertrag nicht oder nicht mit dem vereinbarten Inhalt abgeschlossen hätte (st. Rspr., etwa BGH, Urteil vom 26. April 2017 – VIII ZR 233/15, juris Rn. 26 mwN). Für eine Kenntnis des Mangels genügt grundsätzlich, dass der Verkäufer die den Sachmangel begründenden Umstände kennt (oder für möglich hält). Ob er sie rechtlich zutreffend als Sachmangel im Sinne des Gesetzes einordnet, ist demgegenüber ohne Belang (BGH, Beschluss vom 8. Dezember 2006 – V ZR 249/05, juris Rn. 8 mwN).

Erfordert der Sachmangel jedoch eine über das Kaufrecht hinausgehende rechtliche Bewertung, genügt allerdings – anders als der Kläger meint – nicht nur ein Kennen der tatsächlichen Umstände, aus denen auf einen den Mangel begründende Rechtsfolge zu schließen ist. Es ist für eine Kenntnis des Sachmangels auch die Kenntnis dieser Rechtsfolge selbst erforderlich (vgl. BGH, Urteil vom 7. März 2003 – V ZR 437/01, juris Rn. 15 mwN). Insoweit genügt, wenn sich ein redlich Denkender, dem die Tatsachen bekannt sind, der zutreffenden rechtlichen Bewertung nicht verschließen würde (BGH, Urteil vom 7. März 2003 – V ZR 437/01, aaO mwN). Mithin kommt bei der Verwendung einer unzulässigen Abschaltvorrichtung ein arglistiges Verschweigen nur dann in Betracht, wenn die auf Seiten der Beklagten Verantwortlichen einen in der Verwendung der jeweiligen Technik etwa liegenden Gesetzesverstoß billigend in Kauf genommen haben. Insoweit kann deshalb auf die Ausführungen zu § 826 BGB verwiesen werden (BGH, Urteil vom 2. Juni 2022 – III ZR

216/20, juris Rn. 35 und Beschluss vom 14. März 2022 – VIa ZR 51/21, juris Rn. 29), wonach ein arglistiges Verschweigen vorliegend nicht feststellbar ist.

6) Die Klage hat aber mit dem Hilfsantrag auf Erstattung eines Differenzschadens gemäß § 823 Abs. 2 BGB iVm §§ 6, 27 EG-FGV mit Blick auf das Thermofenster teilweise Erfolg.

a) Nach diesen Vorschriften kann dem Fahrzeugkäufer eines Fahrzeugs mit unzulässiger Abschaltvorrichtung ein Anspruch gegen die Herstellerin des Fahrzeugs auf Erstattung eines Differenzschadens zustehen, wenn diese in zumindest fahrlässiger Verkennung der Rechtslage eine unzulässige Abschaltvorrichtung verwendet und daher eine insoweit unzutreffende Übereinstimmungsbescheinigung ausgestellt hat (BGH, Urteil vom 26. Juni 2023 – VIa ZR 335/21, juris Rn. 28 ff.).

b) Eine Abschaltvorrichtung im Sinne des Art. 3 Nr. 10 der Verordnung (EG) Nr. 715/2007 liegt im unstreitig vorhandenen Thermofenster, weil dieses in seiner vorliegenden Ausgestaltung bei im Unionsgebiet üblichen Temperaturen die Abgasrückführungsrate so drosselt, dass die Wirksamkeit des Emissionskontrollsystems in Gänze beeinträchtigt wird.

aa) Nach dem zugrunde zu legenden Vortrag der Parteien wird im Fahrzeug des Klägers zumindest einem Bereich unterhalb von + 4 Grad Celsius und oberhalb von + 30 Grad Celsius Außentemperatur bei betriebswarmem Motor die Abgasrückführungsrate reduziert. Die Beklagte hat zwar in erster Instanz bestritten, dass eine Reduzierung der Abgasrückführungsrate – wie der Kläger geltend macht – bei +7 Grad Celsius Außentemperatur nur noch 48 % betrage. Zwischen den Parteien ist jedoch unstreitig geblieben, dass das KBA von einer emissionserheblichen Änderung der Abgasrückführungsrate zumindest innerhalb des eingangs genannten Temperaturbereichs ausgeht und deshalb mit Bescheid vom 13. Dezember 2023 Nebenbestimmungen zur Typgenehmigung erlassen hat.

Hiernach wird die Abgasrückführungsrate unter üblichen Betriebsbedingungen reduziert, ohne dass erkennbar wäre, dass die Wirksamkeit des Emissionskontrollsystems anderweitig sichergestellt wäre. Auf die Frage, ob die Abgasrückführungsrate, wie der Kläger behauptet, noch früher abgerampft wird, kommt es daher nicht an. Anders als die Beklagte meint, ist der Senat im vorliegenden Fall

nicht gehalten, die Grenzen der „üblichen Betriebsbedingungen“ zu definieren. Denn es kommt bei Temperaturen zu einer Abrampung der Abgasrückführungsrate, die offenkundig im Unionsgebiet regelmäßig und nicht nur unter außergewöhnlichen Umständen vorkommen.

Eine Abschaltvorrichtung kann auch nicht verneint werden, wenn mit der Reduzierung der AGR ein günstigeres Verhältnis von Stickoxid- und Partikelemissionen erreicht wird („trade off“). Unabhängig davon, dass die Beklagte dies nur pauschal behauptet, wäre ein solches Verständnis mit den Zielen der europarechtlichen Vorgaben, den Stickoxidausstoß zu minimieren, nicht vereinbar (OLG Celle, Urteil vom 20. Dezember 2023 – 7 U 1742/19, juris Rn. 63)

bb) Die danach gegebene Abschaltvorrichtung ist gemäß Art. 5 Abs. 2 Satz 1 der Verordnung (EG) Nr. 715/2007 unzulässig. Eine von der Beklagten darzulegende und zu beweisende (BGH, Urteil vom 26. Juni 2023 – VIa ZR 335/21, juris Rn. 54) Ausnahme für den normalen Fahrbetrieb nach der eng auszulegenden (EuGH, Urteile vom 14. Juli 2022 – C-145/20, juris Rn. 61; vom 17. Dezember 2020 – C-693/18, EU:C:2020:1040, Rn. 111) Vorschrift des Art. 5 Abs. 2 Satz 2 lit. a der Verordnung (EG) Nr. 715/2007 ist von ihr schon nicht hinreichend vorgetragen worden.

Die Zulässigkeit einer Abschaltvorrichtung setzt nach Art. 5 Abs. 2 Satz 2 lit. a der Verordnung (EG) Nr. 715/2007 den Nachweis voraus, dass diese Einrichtung ausschließlich notwendig ist, um die durch eine Fehlfunktion eines Bauteils des Abgasrückführungssystems verursachten unmittelbaren Risiken für den Motor in Form von Beschädigung oder Unfall zu vermeiden, wobei die Risiken so schwer wiegen müssen, dass sie eine konkrete Gefahr beim Betrieb des mit dieser Einrichtung ausgestatteten Fahrzeugs darstellen.

Der Vortrag der Beklagten bezieht sich demgegenüber nur allgemein auf verschiedene Risiken der Abgasrückführungstechnik, ohne jedoch darauf einzugehen, warum konkret ein bestimmter Temperaturbereich gewählt wurde. Die von der Beklagten wiedergegebene Rechtfertigung könnte so für viele Temperaturbereiche herangezogen werden. Die Zulässigkeit der Abschaltvorrichtung ist damit nicht hinreichend dargetan.

c) Ein Verschulden (§ 276 Abs. 1 BGB) der Beklagten ist zu vermuten (BGH, Urteil vom 26. Juni 2023 – VIa ZR 335/21, juris Rn. 44).

aa) Ohne Erfolg beruft sich die Beklagte insoweit auf einen unvermeidbaren Verbotsirrtum mit Blick auf eine hypothetische Genehmigung des KBA (vgl. zum Verbotsirrtum BGH, Urteil vom 26. Juni 2023 – VIa ZR 335/21, juris Rn. 64 ff.). Ein unvermeidbarer und entlastender Verbotsirrtum kann nur angenommen werden, wenn der Hersteller darlegt und gegebenenfalls beweist, dass sich sämtliche seiner verfassungsmäßig berufenen Vertreter im Sinne des § 31 BGB über die Rechtmäßigkeit der vom Käufer dargelegten und erforderlichenfalls nachgewiesenen Abschaltanlage mit allen für die Prüfung nach Art. 5 Abs. 2 der Verordnung (EG) Nr. 715/2007 bedeutsamen Einzelheiten im maßgeblichen Zeitpunkt des Kaufs (vgl. BGH, Urteil vom 26. Juni 2023 – VIa ZR 335/21, juris Rn. 62) im Irrtum befanden (BGH, Urteile vom 20. Februar 2024 – VIa ZR 1283/22, juris Rn. 17; vom 25. September 2023 – VIa ZR 1/23, juris Rn. 14). Derr Irrtum ist mithin konkret in Bezug auf die nach § 31 BGB Verantwortlichen darzulegen (BGH, Urteil vom 19. März 2024 – VIa ZR 1318/22, juris Rn. 14 mwN). Im Falle einer Ressortaufteilung ist darzulegen und zu beweisen, dass die nach § 31 BGB Verantwortlichen den damit verbundenen Pflichten genügen (BGH, Urteile vom 20. Februar 2024 – VIa ZR 1283/22, juris Rn. 17; vom 25. September 2023 – VIa ZR 1/23, juris Rn. 14). Eine solche Ressortaufteilung auf der Ebene der Geschäftsführung setzt eine klare und eindeutige Abgrenzung der Geschäftsführungsaufgaben auf Grund einer von allen Mitgliedern des Organs mitgetragenen Aufgabenzuweisung voraus, die die vollständige Wahrnehmung der Geschäftsführungsaufgaben durch hierfür fachlich und persönlich geeignete Personen sicherstellt und ungeachtet der Ressortzuständigkeit eines einzelnen Geschäftsführers die Zuständigkeit des Gesamtorgans insbesondere für nicht delegierbare Angelegenheiten der Geschäftsführung wahrt (BGH, Urteil vom 6. November 2018 – II ZR 11/17, juris Rn. 17).

Anders als die Beklagte meint, gelten diese Voraussetzungen auch bei der hypothetischen Genehmigung. Der Bundesgerichtshof hat ausdrücklich entschieden, dass allein die Bewertung der Typgenehmigungsbehörde für die Darlegung eines unvermeidbaren Verbotsirrtums nicht genügt (BGH, Urteile vom 30. Januar 2024 – VIa ZR 1291/22, juris Rn. 14; vom 4. Dezember 2023 – VIa ZR 1285/22, juris Rn. 16). Gleiches gilt für den Umstand, dass das Thermofenster Industriestandard gewesen

sein mag (BGH, Urteile vom 30. Januar 2024 – VIa ZR 1291/22, aaO; vom 4. Dezember 2023 – VIa ZR 1285/22, aaO).

bb) Gemessen an diesen Vorgaben hat die Beklagte einen unvermeidbaren Verbotsirrtum nicht hinreichend dargelegt.

Hinsichtlich des Thermofensters bezieht sie sich zwar darauf, das KBA habe dieses zunächst nach Prüfung nicht beanstandet, weshalb im maßgeblichen Zeitpunkt des Kaufs bzw. der Auslieferung im Jahr 2011 von einer Billigung der zuständigen Typgenehmigungsbehörde auszugehen sei. Diese Darlegungen beziehen sich aber in erster Linie auf die Vermeidbarkeit eines etwaigen Verbotsirrtums. Zum Vorstellungsbild der auf Seiten der bei der Beklagten im Sinne des § 31 BGB Verantwortlichen verhält sich dieser Vortrag hingegen nicht. Insoweit bezieht sie sich auf die nicht namentlich genannten Leiter der Abteilungen „Vertriebsplanung PKW“ und „Fahrzeugdokumentation“, welche „typischerweise“ die Übereinstimmungsbescheinigungen unterzeichneten. Das genügt nicht, um darzulegen, dass und welche fachlich und persönlich geeigneten Personen (auf welchem Wege) die Einhaltung der gesetzlichen Vorschriften nicht nur bescheinigt, sondern sicherstellt haben und welches Vorstellungsbild diese hatten.

Soweit die Beklagte darüber hinaus darauf abstellt, das KBA habe das Fahrzeug aufgrund der Angaben im Typgenehmigungsverfahren genehmigt, hat sie zudem schon nicht dargelegt, dass dem KBA das Thermofenster in allen für die Beurteilung maßgeblichen Einzelheiten mitgeteilt wurde.

d) Zur Erwerbskausalität kann sich der Kläger auf den Erfahrungssatz stützen, dass er den Kaufvertrag zu dem gezahlten Kaufpreis nicht geschlossen hätte (BGH, Urteil vom 26. Juni 2023 – VIa ZR 335/21, juris Rn. 55).

Der Umstand, dass ab Herbst 2015 der „Dieselskandal“ betreffend einen anderen Hersteller breit in der Presse war und auch die Beklagte sich zur Verwendung von Thermofenstern geäußert haben mag, ist unerheblich. Das folgt vorliegend bereits daraus, dass der Kläger das Fahrzeug zu dieser Zeit bereits erworben hatte.

e) Die grundsätzlichen Bedenken der Beklagten gegen einen Anspruch aus § 823 Abs. 2 BGB iVm §§ 6, 27 EG-FGV stehen in Widerspruch zur zwischenzeitlich

gefestigten Rechtsprechung des BGH (vgl. BGH, Urteil vom 26. Juni 2023 – VIa ZR 335/21, juris Rn. 28; Urteil vom 16. Oktober 2023 – VIa ZR 374/22, juris Rn. 11 ff. sowie Urteil vom 25. September 2023 – VIa ZR 1643/22, juris Rn. 11) und der gebotenen unionsrechtlichen Lesart (vgl. BGH, Beschluss vom 8. November 2023 – VII ZR 629/21, juris Rn. 21; Urteil vom 20. Juli 2023 – III ZR 267/20, juris Rn. 22).

Auch eine Tatbestandswirkung der Typgenehmigung steht dem Anspruch nicht entgegen, weil das Thermofenster in seiner konkreten Ausgestaltung – wie die Beklagte selbst geltend macht – im Typgenehmigungsverfahren nicht mitgeteilt wurde, da eine Verpflichtung hierzu zu dieser Zeit nicht bestand (vgl. BGH, Urteile vom 26. Juni 2023 – VIa ZR 335/21, juris Rn. 10 ff; siehe auch BGH, Urteil vom 20. Juli 2023 – III ZR 267/20, juris Rn. 26 ff.).

f) Danach steht dem Kläger unter Anrechnung der zu berücksichtigen Vorteile (Wert der bisherigen Nutzung und Restwert) wegen des Thermofensters ein Anspruch auf Erstattung eines Differenzschadens in Höhe von 2.892,37 € zu.

aa) Bei der Schätzung des dem Kläger danach zu ersetzenden Schadens innerhalb eines Rahmens zwischen 5% und 15% des Kaufpreises 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 (BGH, Urteil vom 26. Juni 2023 – VIa ZR 335/21, juris Rn. 76 mwN).

Dabei ist unter Abwägung der maßgeblichen Kriterien (siehe hierzu BGH, Urteil vom 26. Juni 2023 – VIa ZR 335/21, juris Rn. 76 f.) zu sehen, dass lediglich ein fahrlässiges Verhalten vorliegt und der Kläger das Fahrzeug bislang ungehindert nutzen konnte. Die Gefahr von Betriebsbeschränkungen ist gering, weil das KBA das Thermofenster bis zum Rückruf vom 13. Dezember 2023 als zulässig erachtet hat und im Zeitpunkt dieses Rückrufs bereits ein Update vorlag, welches das KBA bislang akzeptiert hat. Der Kläger hat auch bei seiner Anhörung bekundet, seit dem Software-Update im Oktober 2019 keine weiteren Aufforderungen von dem KBA oder der Beklagten zur Überprüfung des Motors erhalten zu haben.

bb) Für einen Anspruch auf Erstattung eines Differenzschadens gelten hinsichtlich der Vorteilsanrechnung die in der höchstrichterlichen Rechtsprechung

entwickelten Maßstäbe zum „kleinen“ Schadensersatz nach § 826 BGB sinngemäß (BGH, Urteil vom 26. Juni 2023 – VIa ZR 335/21, juris Rn. 80; zum „kleinen“ Schadensersatz siehe BGH, Urteile vom 24. Januar 2022 – VIa ZR 100/21, juris Rn. 17 und vom 6. Juli 2021 – VI ZR 40/20, juris Rn. 23 f.). Danach werden beim geschädigten Käufer Nutzungsvorteile und der Restwert des Fahrzeugs dann schadensmindernd angerechnet, wenn sie den Wert des Fahrzeugs bei Abschluss des Kaufvertrags (gezahlter Kaufpreis abzüglich Differenzschaden) übersteigen (BGH, Urteil vom 24. Oktober 2023 – VI ZR 131/20, juris Rn. 51; vom 26. Juni 2023 – VIa ZR 335/21, aaO), ohne dass es darauf ankommt, ob der Kläger den Restwert realisiert hat (BGH, Urteil vom 27. November 2023 – VIa ZR 159/22, juris Rn. 13). Der Kläger muss sich gegebenenfalls zudem im Rahmen der Vorteilsanrechnung eine Aufwertung durch das freiwillige Software-Update entgegenhalten lassen (vgl. BGH, Urteil vom 26. Juni 2023 – VIa ZR 335/21, juris Rn. 80; Beschluss vom 3. Juli 2023 – VIa ZR 1216/22, juris).

Voraussetzung einer von der Beklagten zu beweisenden Aufwertung durch ein Update ist, dass dieses Update die Gefahr von Betriebsbeschränkungen signifikant reduziert, was wiederum nur dann der Fall sein kann, wenn es nicht seinerseits eine unzulässige Abschaltvorrichtung beinhaltet (BGH, Urteil vom 26. Juni 2023 – VIa ZR 335/21, juris Rn. 80). Bei der Beurteilung, ob und inwieweit sich durch das Software-Update die Wertdifferenz zwischen Leistung und Gegenleistung reduziert hat, ist zu prüfen, ob und inwieweit sich Nachteile tatsächlicher und rechtlicher Art (etwa Stilllegungsgefahr wegen des Thermofensters und Risiken technischer Art) sich auf die Bewertung dieses Vorteils auswirken (BGH, Urteil vom 6. Juli 2021 – VI ZR 40/20, juris Rn. 24).

Danach kommt eine Aufwertung durch das Update im vorliegenden Verfahren schon deshalb nicht in Betracht, weil die Beklagte nicht hinreichend dargelegt hat, dass nach dem Update eine unzulässige Abschaltvorrichtung nicht mehr vorhanden und die Stilllegungsgefahr beseitigt ist. Anders als die Beklagte im nicht nachgelassenen Schriftsatz vom 6. Mai 2024 meint, hat der Kläger auch bestritten, dass nach dem Update keine unzulässige Abschaltvorrichtung mehr vorhanden ist, denn er hat in Abrede gestellt, dass das Update die Stilllegungsgefahr endgültig beseitigt.

Die Beklagte hat – insoweit unwidersprochen – vortragen lassen, nach dem Update finde eine Abrampung innerhalb eines Temperaturbereichs von 0 Grad Celsius

bis 40 Grad Celsius bei betriebswarmem Motor nicht mehr statt. Damit liegt weiterhin eine Abschaltvorrichtung im Sinne von Art. 3 Nr. 3 der Verordnung (EG) 215/2007 vor, denn es findet eine Korrektur der Abgasrückführungsrate ab 0 Grad Celsius und damit – wie allgemeinkundig ist – bei im Unionsgebiet üblichen Betriebsbedingungen statt.

Die Beklagte hat zur hiernach erforderlichen Rechtfertigung der weiterhin bestehenden Abschaltvorrichtung nach Art. 5 Abs. 2 Buchst a der Verordnung (EG) 215/2007) keinen ausreichenden Vortrag gehalten. Sie macht geltend, die verbleibenden außentemperaturabhängigen Steuerungen seien durch Motorschutzgründe gerechtfertigt (Art. 5 Abs. 2 Buchst a der Verordnung (EG) 215/2007). Zur Begründung verweist die Beklagte darauf, die verbleibende Reduzierung der AGR-Rate solle Verbrennungsaussetzern mit der Gefahr von Spontanverbrennungen von Kraftstoff vermindern, der wegen einer zu hohen Abgasmenge nicht im Motor gezündet hat. Diese Aussetzer könnten zu einem Brand des Diesel-Oxidationskatalysators (DOC) führen, der sich zu einem Motorbrand ausweiten könne. Weiterer Grund sei die Verhinderung von Ablagerungen, die zu einer Kollision mit Kolben und Ventilen führen könne, die bei Ablagerungen nicht mehr richtig schließen und daher so weit in den Brennraum hereinragen, dass sie mit dem Kolben kollidieren. Das zerstöre den Motor.

Dieser Vortrag lässt jedoch – wie der Kläger zutreffend hervorhebt – zum einen offen, welche Steuerungen nach dem Update vorgenommen werden, wenn der Motor noch nicht betriebswarm ist. Dies kann ohne näheren Vortrag nicht vernachlässigt werden, denn nach dem Vorbringen der Beklagten machen Kurzstreckenfahrten und damit Fahrten, bei denen nicht ohne Weiteres von einem betriebswarmen Motor ausgegangen werden kann, im Schnitt etwa 25 % aller Fahrten aus. Die Beklagte bezieht sich zum anderen auch insoweit lediglich auf eine allgemein gehaltene Darstellung der Risiken, welche die Abrampung rechtfertigen sollen, die so auch für einen anderen Temperaturbereich angeführt werden könnte. Das genügt im Rahmen des Updates ebenso wenig wie für den Serienstand der Software. Dabei ist insbesondere zu sehen, dass der Temperaturbereich innerhalb dessen keine Abrampung stattfindet, nach unten auch lediglich um 4 Grad Celsius ausgeweitet wurde. Warum genau diese Aufweitung gewählt wurde, bleibt nach dem Vortrag der Beklagten letztlich offen. Aus diesem Grund war der Kläger auch nicht gehalten, dem Vortrag der Beklagten detaillierter entgegenzutreten.

Auf die Frage, ob der Vortrag der Beklagten hiervon unabhängig zur Darlegung einer Rechtfertigung ungeeignet sein könnte, weil die Verschmutzung und der Verschleiß des Motors eine Abschaltvorrichtung grundsätzlich nicht rechtfertigen können, da sie im Prinzip vorhersehbar und der normalen Funktionsweise des Fahrzeugs inhärent sind (EuGH, Urteil vom 14. Juli 2022 – C-145/20, juris Rn. 65 mwN), kommt es daher nicht an. Ebenso kann offen bleiben, ob mit dem Update technische Nachteile verbunden sind, was die Ausführungen des Beklagten zu der Notwendigkeit des Thermofensters im Seriendatenstand nahelegen könnten. Entsprechendes gilt, soweit der Kläger im Termin auf ein Anschreiben der Beklagten hingewiesen hat, wonach das Software-Update zu einem erhöhten Verschleiß der Motorteile führen könne.

Der Beklagten war zu den Erörterungen im Termin, dass der Senat den Vortrag zu einer Vorteilsanrechnung nicht genügt, keine Schriftsatzfrist zu gewähren. Denn der Senat hat insoweit keinen gerichtlichen Hinweis nach § 139 Abs. 5 ZPO erteilt und war zu einem Hinweis auch nicht gehalten, sondern lediglich die bereits vorgetragenen Positionen der Parteien dargestellt und seine vorläufige Rechtsauffassung mitgeteilt. Die Aufwertung durch das Update ist einer der Kernpunkte des Verfahrens gewesen, was die Beklagte auch nicht übersehen hat; dies belegt ohne weiteres ihr Vortrag in der Berufungserwiderung, auf welchen sie im Termin nochmals Bezug genommen hat.

cc) Unter Abwägung der zuvor genannten Umstände schätzt der Senat den von der Beklagten zu ersetzenden Differenzschaden wegen des Thermofensters auf 10 % des Kaufpreises.

dd) Die Nutzungsvorteile bemisst der Senat nach der gängigen und auch in Fällen der vorliegenden Art sachgerechten Methode des linearen Wertschwundes (vgl. BGH, Urteile vom 23. März 2021 – VI ZR 3/20, juris Rn. 9 ff.).

Die zu erwartende Laufleistung des erstmals im Jahr 2011 zugelassenen Mercedes-Benz GLK 220 CDI 4Matic Euro 5 schätzt der Senat bei Fahrzeugen aus dem entsprechenden Preissegment mit einem Dieselmotor der für vergleichsweise langlebige Dieselmotoren bekannten Beklagten, die – wie vorliegend – mit einem 4-Zylinder Motor mit 2,1 Litern Hubraum ausgestattet sind, auf 250.000 km (vgl. die Nachweise bei Reinking/Eggert, Der Autokauf, 14. Aufl., Rn. 3574). Mit dieser Schätzung bewegt sich der Senat innerhalb der Bandbreite der von anderen Gerichten

jeweils vorgenommenen Schätzung der gesamten Laufleistung (BGH, Urteile vom 27. Juli 2021 – VI ZR 480/19, juris Rn. 26; vom 27. April 2021 – VI ZR 812/20, juris Rn. 16). Zusätzliche Umstände, mit denen sich das Gericht im Rahmen der Schätzung auseinandersetzen müsste (vgl. BGH, Urteil vom 27. April 2021 – VI ZR 812/20, juris Rn. 18; siehe auch BGH, Urteil vom 23. März 2021 – VI ZR 3/20, juris Rn. 11), haben die Parteien nicht vorgetragen.

Die Nutzungsvorteile betragen demnach ausgehend vom unstreitigen Kilometerstand im Zeitpunkt der mündlichen Verhandlung von 134.600 km 25.534,94 €:

Kaufpreis	47.427,45 €
Kilometerstand bei Kauf	0
Kilometerstand Berechnungszeitpunkt	134.600
zu erwartende Gesamtlaufleistung in km	250.000
gefahrte Kilometer	134.600
Nutzungsentschädigung	25.534,94 €

ee) Der Restwert des Fahrzeugs entspricht nach allgemeinen schadensrechtlichen Grundsätzen dem Preis, den der Geschädigte im Falle der Veräußerung auf dem Markt erzielen könnte (vgl. BGH, Urteil vom 13. Januar 2009 - VI ZR 205/08, juris Rn. 13). Aus diesem Grunde kann nicht unbesehen eine Kurzbewertung der Deutschen Automobiltreuhand (DAT) – hier vom Kläger mit 10.600,00 € vorgetragen – übernommen werden, denn hierbei handelt es sich um einen ohne Berücksichtigung von Sonderausstattungen ermittelten Händlereinkaufspreis. Ein Geschädigter kann auf dem Markt daher in zumutbarer Weise höhere Preise erzielen.

Die Beklagte macht unter Hinweis auf zwei Angebote auf einer Verkaufsplattform im Internet (Anlage BB8; Bl. 522 d.A.) einen Restwert von mindestens 24.000,00 € geltend.

Eigene Recherchen zu Fahrzeugen des vorliegenden Typs aus dem Jahr 2011 mit einem Kilometerstand zwischen 129.000 km und 144.800 km haben zwar einen Durchschnittspreis von gerundet lediglich 16.750,00 € ergeben. Der Senat hält es jedoch angesichts der vom Kläger in der mündlichen Verhandlung geschilderten Sonderausstattungen, die rund 5.000,00 € des Fahrzeugpreises ausmachten, für

geboten, auch die von der Beklagten vorgelegten höheren Angebote zu berücksichtigen und nicht als „Ausreißer“ zu werten. Nimmt man die von der Beklagten vorgetragenen Angebote hinzu, ergibt sich ein Durchschnittspreis aus den dann vorliegenden – insgesamt sieben – Angeboten von rund 19.000,00 €, so dass der Senat den Restwert des Fahrzeugs gemäß § 287 ZPO auf diesen Betrag schätzt.

Danach hat der Kläger Vorteile in Höhe von insgesamt 44.534,94 € erlangt, nämlich den Wert der Nutzung des Fahrzeugs (25.534,94 €) und den Restwert (19.000,00 €). Der tatsächliche Wert des Fahrzeugs betrug – ausgehend von einem Differenzschaden in Höhe von 10 % des Kaufpreises – 42.684,71 €, so dass sich der Kläger Vorteile im Wert von 1.850,23 € (44.534,94 € abzgl. 42.684,71 €) auf seinen Differenzschadensersatzanspruch anrechnen lassen muss. Es verbleibt danach ein Anspruch in Höhe von 2.892,51 € (47.427,45 € abzgl. 44.534,94 €).

g) Unter diesen Umständen kann offen bleiben, ob wegen der fahrlässigen Verwendung einer als unzulässig zu wertenden KSR dem Grunde nach ein weitergehender Schadenersatzanspruch des Klägers in Frage kommen könnte; hiergegen spricht, dass das KBA für die Fahrzeugvariante des Klägers nicht von einer unzulässigen Abschaltvorrichtung ausgeht und die KSR durch das Update vollständig entfernt wurde, ohne dass technische Nachteile erkennbar sind, weil nun unter bestimmten Bedingungen höhere – im Grundsatz für den Motor belastendere – Abgasrückführungsleistungen nicht mehr durch die KSR ermöglicht werden. Selbst wenn man eine Anhebung des Schadensersatzbetrages von 10 % auf den Höchstbetrag von 15 % (BGH, Urteil vom 26. Juni 2023 – VIa ZR 335/21, juris Rn. 75) annähme, ergäbe sich kein höherer Betrag. Denn der Kläger müsste sich auch dann Vorteile in Höhe von insgesamt 44.534,94 € anrechnen lassen, so dass der Anspruch sich ebenfalls auf den Betrag von 2.892,51 € beschränkte.

h) Die Einrede der Verjährung (§ 214 BGB) greift nicht durch. Der Anspruch unterliegt der regelmäßigen Verjährung von drei Jahren (§ 195 BGB), die mit dem Schluss des Jahres beginnt, in dem der Anspruch entstanden ist (§ 199 Abs. 1 Nr. 1 BGB) und der Gläubiger von den den Anspruch begründenden Umständen und der Person des Schuldners Kenntnis erlangt oder ohne grobe Fahrlässigkeit erlangen müsste (§ 199 Abs. 1 Nr. 2 BGB; vgl. BGH, Urteil vom 24. April 2023 – VIa ZR 1072/22, juris Rn. 11 mwN).

Eine Kenntnis von den anspruchsbegründenden Tatsachen setzt nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs in Fällen der vorliegenden Art voraus, dass der geschädigte Fahrzeugkäufer Kenntnis vom „Diesel-“ beziehungsweise „Abgasskandal“ im Allgemeinen, von der konkreten Betroffenheit seines Fahrzeugs und von der Relevanz dieser Betroffenheit für seine Kaufentscheidung hat, wobei letztere Kenntnis nicht gesondert festgestellt werden muss, sondern naturgemäß beim Geschädigten vorhanden ist (BGH, Urteil vom 21. Februar 2022 – VIa ZR 8/21, juris Rn. 36; Beschluss vom 15. September 2021 – VII ZR 294/20, juris Rn. 6; grundlegend BGH, Urteil vom 17. Dezember 2020 – VI ZR 739/20, juris Rn. 7 ff.).

Das hat die Beklagte nicht hinreichend vorgetragen. Sie bezieht sich darauf, dass ab Herbst 2015 der „Dieselskandal“ eines anderen Herstellers Gegenstand einer Ad-Hoc-Mitteilung war, die zu öffentlichen Diskussionen und Presseberichten führte. Die Verwendung von Thermofenstern sei schon im „Ersten Bericht der Untersuchungskommission ‚Volkswagen‘“ erwähnt worden und die Beklagte habe in einer Pressemitteilung über freiwillige Updates informiert. Die „Tagesschau“ und das „Handelsblatt“ hätten im April 2016 berichtet, dass bei „zahlreichen Herstellern“ Thermofenster verwendet würden.

Die Beklagte hat damit schon nicht dargelegt, dass der Kläger – was er bestreitet – diese Quellen zur Kenntnis genommen hat. Selbst wenn dies der Fall sein sollte, sind diese aber auch ungeeignet, um eine Kenntnis von der konkreten Betroffenheit des Fahrzeugs des Klägers zu vermitteln. Ein Rückruf durch das KBA ist erst während des Verfahrens zweiter Instanz verfügt worden. Eine freiwillige Maßnahme, die ohnehin erst ein Jahr vor Klageerhebung angeboten wurde, vermittelt aus den bereits zu § 826 BGB ausgeführten Gründen keine Kenntnis davon, dass das eigene Fahrzeug von einer unzulässigen Abschaltvorrichtung betroffen ist. Die Beklagte selbst macht im Übrigen geltend, dass Rückrufe, die andere Fahrzeugmodelle betreffen, keine Schlüsse auf das Fahrzeug des Klägers zuließen.

Auch für eine grob fahrlässige Unkenntnis des Klägers sind keine hinreichenden Anhaltspunkte vorgetragen. Einen Geschädigten trifft im Allgemeinen weder eine Informationspflicht noch besteht für ihn eine generelle Obliegenheit, im Interesse des Schädigers an einem möglichst frühzeitigen Beginn der Verjährungsfrist Initiative zur Klärung von Schadenshergang oder Person des Schädigers zu entfalten. Inwieweit der Gläubiger zur Vermeidung der groben Fahrlässigkeit zu einer aktiven Ermittlung

gehalten ist, hängt von den Umständen des Einzelfalls ab. Das Unterlassen einer solchen Ermittlung ist nur dann als grob fahrlässig einzustufen, wenn weitere Umstände hinzutreten, die das Unterlassen aus der Sicht eines verständigen und auf seine Interessen bedachten Gläubigers als unverständlich erscheinen lassen. Für den Gläubiger müssen konkrete Anhaltspunkte für das Bestehen eines Anspruchs ersichtlich sein, so dass er aus verständiger Sicht gehalten ist, die Voraussetzungen des Anspruchs aufzuklären, soweit sie ihm nicht ohnehin bekannt sind (st. Rspr., etwa BGH, Urteil vom 14. Juli 2022 – VII ZR 422/21, juris Rn. 18 mwN). Das kann angesichts der geringen Zahl der von der Beklagten angeführten Verlautbarungen nicht angenommen werden.

7) Der vom Kläger wegen des Differenzschadens geltend gemachte Anspruch auf Prozesszinsen folgt aus §§ 291, 288 BGB.

Einem Zinsanspruch ab dem Tag nach Zustellung steht nicht entgegen, dass der Kläger neben den kaufrechtlichen Ansprüchen nur einen Anspruch auf „großen“ Schadensersatz „Zug um Zug“ gegen Übergabe und Übereignung des Fahrzeugs verlangt hat, da der Zahlungsantrag allein aufgrund des vorzunehmenden Vorteilsausgleichs beschränkt worden ist (BGH, Urteil vom 25. Januar 2013 – V ZR 118/11, NJW-RR 2013, 825 Rn. 11; Grüneberg/Grüneberg, BGB, 83. Aufl. 2023, § 291 Rn. 5). Da es sich bei der Umstellung vom „großen“ Schadensersatz auf den Differenzschaden lediglich um unterschiedliche Arten der Schadensberechnung handelt (vgl. BGH, Urteile vom 26. Oktober 2023 – VII ZR 306/21, juris Rn. 11 mwN und vom 6. Juli 2021 – VI ZR 40/20, juris Rn. 21), nicht aber um einen neuen Anspruch (vgl. BGH, Urteil vom 22. November 1990 – IX ZR 73/90, juris Rn. 10 ff.), war danach auf den Zeitpunkt der Klagezustellung abzustellen (OLG Karlsruhe, Urteil vom 15. September 2023 – 8 U 383/21, juris Rn. 98; Schleswig-Holsteinisches Oberlandesgericht, Urteil vom 2. Januar 2024 – 7 U 57/23, juris Rn. 57 mwN; a.A. OLG Karlsruhe, Urteil vom 2. Februar 2024 – 4 U 32/22, juris Rn. 109; OLG Stuttgart, Urteil vom 19. Oktober 2023 – 24 U 103/22, juris Rn. 81; vgl. BGH, Urteil vom 28. Juli 2016 – I ZR 252/15, juris Rn. 22).

8) Die Anträge 2 bis 5 sind aus den zu § 826 BGB und § 438 Abs. 1 Nr. 3 BGB genannten Gründen beziehungsweise deshalb unbegründet, weil weitere Schäden neben dem Differenzschaden nach § 823 Abs. 2 BGB iVm. §§ 6, 27 EG-FGV nicht

verlangt werden können (vgl. BGH, Urteil vom 16. Oktober 2023 – VIa ZR 37/21, juris Rn. 19).

Für die Voraussetzungen eines Anspruchs auf Erstattung vorgerichtlicher Rechtsanwaltskosten wegen Verzuges ist nichts vorgetragen. Dem rechtenschutzversicherten Kläger ist insoweit auch kein Schaden entstanden, was er in der mündlichen Verhandlung vor dem Senat eingeräumt hat.

9) Auf die einseitig gebliebene Erledigungserklärung des Klägers mit Blick auf die seit Klageerhebung höhere Nutzungsentschädigung, ist eine teilweise Erledigung nicht festzustellen. Soweit der Kläger Ansprüche aus § 826 BGB bzw. kaufrechtliche Ansprüche geltend gemacht hat, scheidet eine Erledigungsfeststellung aus, weil die Klage von Anfang an unbegründet gewesen ist. Wegen des Anspruchs auf Erstattung des Differenzschadens ist eine Erledigung nicht feststellbar, denn der Kläger hat keinen Vortrag dazu gehalten, wie sich die anzurechnenden Vorteile seit Klageerhebung entwickelt haben.

10) Ein Grund für die Zulassung der Revision (§ 543 Abs. 2 ZPO) besteht nicht, weil die streitentscheidenden Rechtsfragen durch die zitierte Rechtsprechung geklärt sind und es sich bei der Feststellung und Bemessung des Schadens um eine Einzelfallentscheidung handelt.

11) Die prozessualen Nebenentscheidungen beruhen auf § 92 Abs. 1, § 708 Nr. 10, §§ 711, 713 ZPO.

12) Der Streitwert des Berufungsverfahrens beträgt bis 40.000,00 €. Davon entfallen 31.185,99 € auf den Antrag 1, 6.829,42 € auf mit dem Antrag 2 nicht als Nebenforderung geltend gemachte Zinsen, 348,07 € auf mit dem Antrag 3 nicht als Nebenforderung geltend gemachte vorgerichtliche Rechtsanwaltskosten sowie 1.000,00 € auf den Antrag 5. Dem Antrag auf Feststellung des Annahmeverzuges (Antrag 4) kommt neben dem Antrag 1 kein eigenständiger Wert zu.

13) Der nicht nachgelassene Schriftsatz vom 6. Mai 2024 hat dem Senat – wie ausgeführt – vorgelegen. Er gibt keinen Anlass zur Wiedereröffnung der mündlichen Verhandlung, da die Voraussetzungen des § 156 ZPO nicht vorliegen.

Dr. Hupe

Dr. Telg gen. Kortmann

Dr. Züllighoven