

30 U 20/22  
12 O 29/22  
Landgericht Aachen



**Oberlandesgericht Köln**  
**IM NAMEN DES VOLKES**  
**Urteil**

In dem Rechtsstreit

[REDACTED],

Klägers und Berufungsklägers,

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

gegen

die Daimler AG, vertr. d. d. Vorstand, Mercedesstr. 137, 70327 Stuttgart,  
Beklagte und Berufungsbeklagte,

Prozessbevollmächtigte:

[REDACTED]  
[REDACTED]

hat der 30. Zivilsenat des Oberlandesgerichts Köln  
auf die mündliche Verhandlung vom 13.05.2024 durch den Vorsitzenden Richter am  
Oberlandesgericht Noethen, den Richter am Oberlandesgericht Dr. Altgen und die  
Richterin am Oberlandesgericht Dr. Moewes

für R e c h t erkannt:

Auf die Berufung des Klägers wird das am 11.08.2022 verkündete Urteil der 12. Zivilkammer des Landgerichts Aachen - Az. 12 O 29/22 - unter Zurückweisung des weitergehenden Rechtsmittels teilweise abgeändert und wie folgt neu gefasst:

Die Beklagte wird verurteilt, an den Kläger 4.660 € nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem jeweiligen Basiszinssatz seit dem 12.11.2021 zu zahlen.

Im Übrigen wird die Klage abgewiesen.

Die Kosten des Verfahrens erster Instanz tragen der Kläger zu 81 % und die Beklagte zu 19 %, die Kosten zweiter Instanz tragen der Kläger zu 77 % und die Beklagte zu 23 %.

Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar. Den Parteien bleibt nachgelassen, die Vollstreckung des jeweiligen Vollstreckungsgläubigers durch Sicherheitsleistung in Höhe 110 % des jeweils zu vollstreckenden Betrages abzuwenden, wenn dieser nicht zuvor Sicherheit in Höhe von 110 % des auf Grund des Urteils vollstreckbaren Betrages leistet.

Die Revision wird nicht zugelassen.

## **Gründe**

### A.

Die Parteien streiten über Schadensersatzansprüche im Zuge des sogenannten Abgasskandals.

Der Kläger erwarb am 07.09.2011 ein von der Beklagten hergestelltes Fahrzeug des Typs C 250 CDI zu einem Kaufpreis von 46.600 € mit einer Laufleistung von null Kilometern. Das Fahrzeug verfügt über einen Motor mit der Bezeichnung „OM 651“ und

unterliegt der Abgasnorm Euro 5. Zum Zeitpunkt der Klageerhebung (s.u.) betrug der Kilometerstand 120.000 km, am 10.05.2024 betrug er 149.783 km.

Am 13.12.2023 erließ das Kraftfahrbundesamt (KBA) einen Bescheid gegenüber der Beklagten, gegen den sie Widerspruch einlegte. In dem Bescheid beanstandet das KBA bestimmte umgebungsluft- bzw. bestimmte motorstarttemperaturabhängige Steuerungen der Abgasrückführung als unzulässige Abschalteneinrichtung(en). Das streitgegenständliche Fahrzeug gehört zu einem Fahrzeugtyp, der von dem Bescheid vom 13.12.2023 erfasst ist. Konkret rügt das KBA darin u.a. Steuerungen, die in direkter oder mittelbarer Abhängigkeit von der Umgebungslufttemperatur außerhalb der Spanne von 12 C bis 33 C eine emissionserhebliche Korrektur der AGR-Rate bei betriebswarmem Motor vornehmen. Die Beklagte bietet gegenwärtig ein Software-Update an, welches im Wege der „freiwilligen Servicemaßnahme“ aufgespielt werden kann. Das Aufspielen des Software-Updates führt dazu, dass bei betriebswarmen Motor die Abgasrückführung unterhalb von 0 Grad und oberhalb von Umgebungslufttemperaturen von 40 Grad Celsius schrittweise reduziert wird; eine im Fahrzeug hinterlegte Kühlmittel-Sollwert-Temperatur-Regelung (KSR) wird entfernt.

Der Kläger hat erstinstanzlich behauptet, in dem Fahrzeug seien – unzulässige – Abschalteneinrichtungen verbaut und zwar in Form eines Thermofensters sowie der KSR. Hinsichtlich des Thermofensters hat er behauptet, bei einer Umgebungslufttemperatur von zum Beispiel 7 Grad Celsius oder darunter sei die Abgasrückführung um bis zu 48 % niedriger als bei höheren Temperaturen. Beim Unterschreiten einer bestimmten Temperatur werde die Abgasrückführung ganz abgeschaltet. Der sogenannte bundesweite Gebietsmittelwert der Lufttemperatur liege im Jahresmittel bei 8,2 Grad Celsius. Die „Thermofenster“-Funktionalität führe deshalb zu einer ständigen (teilweisen) Deaktivierung des Emissionskontrollsystems des streitgegenständlichen Fahrzeugs. Weiterhin hat der Kläger behauptet, dem Vorstand der Beklagten sei bekannt gewesen, dass die von ihnen produzierten Dieselfahrzeuge die zulässigen EU-Grenzwerte (Euronorm 5 und 6) tatsächlich im realen Straßenverkehr nicht einhalten würden. Es habe Kenntnis davon bestanden, dass die Einhaltung der Grenzwerte nur vordergründig auf dem Prüfstand erfolge.

Die Beklagte hat behauptet, die temperaturabhängige Steuerung der Abgasrückführung verbessere das Emissionsverhalten des streitgegenständlichen Fahrzeugs in einem erheblichen Anteil der Fahrten im Fahrbetrieb auf der Straße und nicht nur „punktuell“. Sie sei bei Herstellung des Fahrzeugs bekannter Industriestandard gewesen. Auch bei der KSR handele es sich nicht um eine Regelung, durch die auf dem Prüfstand eine andere Abgasreinigungsstrategie bzw. Emissionskontrollstrategie angewendet würde als im Fahrbetrieb auf der Straße unter gleichen Betriebsbedingungen. Das geregelte Kühlmittelthermostat sei vielmehr in beiden Fallgruppen - im tatsächlichen Fahrbetrieb auf der Straße und auf dem Prüfstand - aktiviert. Es liege kein Mechanismus und keine Softwarelogik vor, der bzw. die erkennen würde, ob das Fahrzeug auf dem Prüfstand oder im Straßenbetrieb sei. Die Beklagte hat im Übrigen die Verjährungseinrede erhoben.

Das Landgericht hat die - am 07.09.2021 bei dem Landgericht eingegangene und der Beklagten am 11.11.2021 zugestellte - Klage abgewiesen. Das Vorbringen des Klägers zu einer unzulässigen Abschaltvorrichtung sei bereits unsubstantiiert. Selbst wenn man mit dem Kläger davon ausgehen wolle, dass im Straßenbetrieb bei bestimmten Mercedes-Modellen die gemessenen NOx-Werte die für den Prüfstand vorgeschriebenen Grenzwerte bei bestimmten Temperaturfenstern überstiegen, reiche dies nicht aus, um auf eine Prüfstanderkennungsoftware zu schließen. Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs könne allein aus der Verwendung eines Thermofensters nicht auf sittenwidriges Verhalten des Herstellers geschlossen werden. Nichts Anderes gelte in Bezug auf die Kühlmittel-Solltemperatur-Regelung. Es sei weder unstreitig noch habe der Kläger in prozessual beachtlicher Weise dargelegt, dass die Steuerung des Emissionskontrollsystems mit der Kühlmittel-Solltemperatur-Regelung danach unterscheide, ob sich das Fahrzeug auf dem (mittelbar) erkannten Prüfstand oder im normalen Fahrbetrieb befinde. Weitere Anspruchsgrundlagen wie § 831 BGB i. V. m. § 826 BGB, § 823 Abs. 2 BGB i. V. m. § 263 StGB oder i. V. m. §§ 6 Abs. 1, 27 Abs. 1 EG-FGV kämen von vornherein nicht in Betracht.

Wegen der weiteren Einzelheiten des erstinstanzlichen Sach- und Streitstandes einschließlich der dort gestellten Schlussanträge sowie der Urteilsbegründung im Einzelnen wird auf den Inhalt der angefochtenen Entscheidung (Bl. 547a ff. der erstinstanzlichen Akte) Bezug genommen.

Gegen diese Entscheidung wendet sich der Kläger mit seiner Berufung. Das Ausgangsgericht habe in seiner Entscheidung die Anforderungen an die Substantiierungs- und Darlegungslast überspannt und zudem den Sachvortrag der Parteien nicht zutreffend erfasst und gewürdigt. Er habe die Bedatung der KSR dargelegt und mehrfach darauf verwiesen, dass diese prüfstandsbezogen arbeite und die Beklagte die KSR im Typengenehmigungsverfahren dem KBA gegenüber nicht offengelegt habe. Dem sei die Beklagte nicht substantiiert entgegengetreten. Das Software-Update, welches im Wege der „freiwilligen Servicemaßnahme“ aufgespielt werden solle, sei technisch mit einem Update im Zusammenhang mit einem verpflichtenden Rückruf identisch. In der Softwareprogrammierung sollten unzulässige Abschaltvorrichtungen bzw. die unzulässige Reduzierung der Wirksamkeit des Emissionskontrollsystems entfernt werden. Im Übrigen gelte, dass dieses nicht zu einer vollständigen Beseitigung der streitgegenständlichen Abschaltvorrichtungen führe und zudem die Gefahr von Folgemängeln bestehe. Zwar stütze die Klagepartei ihren Schadensersatzanspruch vornehmlich auf § 826 BGB, gleichwohl rechtfertigten die Behauptungen auch eine Haftung gemäß § 823 Abs. 2 BGB i.V. mit einem Schutzgesetz. Unter Verweis auf eine entsprechende DAT - Abfrage behauptet der Kläger einen (Zeit-)Wert des Fahrzeugs unterhalb von 10.300 €. Es sei insoweit ein Abzug geboten, als die Abfrage nur Erstzulassungen ab dem Jahr 2013 zulasse, während das streitgegenständliche Fahrzeug im Jahr 2011 erstmalig zugelassen worden sei.

Mit Schriftsatz vom 29.04.2024 hat der Kläger den Rechtsstreit hinsichtlich der sich seit Klageerhebung weiter erhöhenden Nutzungsentschädigung teilweise für erledigt erklärt. Die Beklagte hat der Teilerledigung im Termin zur mündlichen Verhandlung widersprochen.

Der Kläger beantragt zuletzt (zu Ziff. 3 sinngemäß), unter Aufhebung des erstinstanzlichen Urteils,

1.

die Beklagte zu verurteilen, an den Kläger 46.600,00 EUR nebst Zinsen in Höhe von fünf Prozentpunkten über dem jeweiligen Basiszinssatz seit Rechtshängigkeit zu zahlen, Zug um Zug gegen Übereignung und Herausgabe des Fahrzeugs Mercedes C 250 4MATIC BlueEfficiency, FIN [REDACTED],

abzüglich einer Nutzungsentschädigung in EUR pro gefahrenen Kilometer seit dem 16.08.2011, die sich nach folgender Formel berechnet: (46.600,00 EUR x gefahrene Kilometer) : 325.000 km;

2.

festzustellen, dass sich die Beklagte mit der Rücknahme des PKWs des Klägers, Mercedes C 250 4MATIC BlueEfficiency, FIN [REDACTED], in Annahmeverzug befindet.

3. festzustellen, dass der Rechtsstreit im Übrigen erledigt ist.

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

die Beklagte zu verurteilen, an den Kläger 6.990,00 € nebst Zinsen in Höhe von fünf Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit Rechtshängigkeit zu zahlen.

Die Beklagte beantragt,

die Berufung zurückzuweisen.

Sie verteidigt die angegriffene Entscheidung unter Wiederholung und Vertiefung ihres erstinstanzlichen Vorbringens. Soweit es den Bescheid vom 13.12.2023 betrifft, habe sie Widerspruch eingelegt, um die vom Bescheid erfassten Fahrzeuge zu prüfen und mit dem KBA bei Bedarf klären zu können. Bis zur Entscheidung über den Widerspruch sei, was sie insoweit beantragt, eine Aussetzung des Rechtsstreits geboten. Die Beklagte behauptet, die außentemperaturabhängige Steuerung der Abgasrückführung im streitgegenständlichen Fahrzeug minimiere Risiken, etwa des plötzlichen Ausfalls des Motors und des Eintritts von sicherheitskritischen Situationen. Die KSR diene gerade dem vom Gesetzgeber mit der Emissionsregulierung angestrebten Ziel, nämlich der Reduktion der Emissionen bei Kaltstart. Sie könne während des Warmlaufs des Fahrzeugs die Emissionen unter bestimmten Betriebsumständen reduzieren, ohne dass damit im Gegenzug erhebliche Nachteile für den Motor einhergingen. Hierbei werde unter bestimmten Betriebsumständen während des Motorwarmlaufs die Sollwerttem-

peratur für das Kühlmittelthermostat von 100 Grad Celsius auf 70 Grad Celsius abgesenkt. Würde die Regelung ohne Rücksicht auf die Betriebsumstände genutzt, gingen damit Risiken der Ölverdünnung, Ablagerungen und des Schmierverlusts einher. Die Beklagte beruft sich im Übrigen auf einen unvermeidbaren Verbotsirrtum. Die „Ausstellenden“ hätten sich hinsichtlich der Richtigkeit der Übereinstimmungsbescheinigung für das streitgegenständliche Fahrzeug geirrt. Zum Schaden vertritt sie die Auffassung, das von der Beklagten - im Verfahren erneut - angebotene Software-Update kompensiere einen etwaigen Vertrauensschaden vollständig. Es sei auch dann als Vorteil zu berücksichtigen, wenn die Klägerseite, wie hier, das Aufspielen des Software-Updates bisher verweigert habe. Im Übrigen sei für das streitgegenständliche Fahrzeug ein Wert von mindestens 14.900 € anzusetzen und auf Grund der geringen Jahreslaufleistung von einer Gesamtleistung von maximal 176.557 km auszugehen. Insoweit sei ein etwaiger Schaden aufgezehrt. Die Beklagte beruft sich weiterhin auf Verjährung. Spätestens seit der Ad-Hoc-Mitteilung von Volkswagen am 22.09.2015 sei es zu öffentlichen Diskussionen über die Emissionen von Dieselfahrzeugen gekommen. Dass Thermofenster auch in Fahrzeugen der Beklagten vorhanden sind, sei spätestens seit dem ersten Bericht der Untersuchungskommission Volkswagen vom 22.04.2016 bekannt. Sie verweist zudem auf eine eigene Pressemitteilung, in der sie ausdrücklich darauf hingewiesen habe, Kunden freiwillige Software-Updates anzubieten. Anlass zur Klage hätten auch ihre Geschäftsberichte gegeben. Seit dem Geschäftsbericht 2016 vom 14.02.2017 habe sie im Rahmen ihrer Regelberichte (jeweils veröffentlicht) explizit erklärt, es sei nicht ausschließbar, dass Funktionalitäten in ihren Fahrzeugen von den Behörden als unzulässig eingestuft werden könnten.

## B.

Die zulässige Berufung des Klägers ist teilweise begründet. Der Kläger hat einen Anspruch gegen die Beklagte auf Zahlung eines Differenzschadens in Höhe von 4.660 €.

### I.

Der Kläger hat zunächst keinen Anspruch gegen die Beklagte auf Rückzahlung des Kaufpreises (abzüglich gezogener Nutzungen) Zug um Zug gegen Rückübereignung und Rückgabe des Fahrzeuges.

1.

Ein solcher Anspruch besteht nicht nach § 826 BGB wegen vorsätzlich sittenwidriger Schädigung. 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 (BGH, Urt. vom 09.07.2004 – II ZR 217/03 –, NJW 2004, 2668 ff., Urt. vom 04.06.2013 – VI ZR 288/12 –, NJW-RR 2013, 1448 ff., Urt. vom 15.10.2013 - VI ZR 124/12 –, NJW 2014, 1380 ff., Urt. vom 20.11.2012 – VI ZR 268/11 –, NJW-RR 2013, 550 ff.-, Urt. vom 19.11.2013 – VI ZR 336/12 –, NJW 2014, 383 ff.). Dafür genügt es im Allgemeinen nicht, dass der Handelnde vertragliche Pflichten oder das Gesetz verletzt oder bei einem anderen einen Vermögensschaden hervorruft. Vielmehr muss eine besondere Verwerflichkeit seines Verhaltens hinzutreten, die sich aus dem verfolgten Ziel, den eingesetzten Mitteln, der zutage tretenden Gesinnung oder den eingetretenen Folgen ergeben kann (BGH, Urt. vom 19.10.1987 – II ZR 9/87 –, BGHZ 102, 68 ff., Urt. vom 15.10.2013 – VI ZR 124/12 –, a.a.O.). Nach der zu dem Motor EA 189 der VW AG ergangenen, gefestigten Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs liegt eine sittenwidrige Schädigung dann vor, wenn der Motorenhersteller eine Motorsteuerungssoftware einsetzt, welche so programmiert ist, dass die gesetzlich vorgeschriebenen Stickoxidwerte auf dem Prüfstand im Typengenehmigungsverfahren eingehalten werden, während im realen Fahrbetrieb andere Motorbedingungen zum Einsatz kommen, die zu Stickoxidwerten oberhalb der gesetzlichen Grenzen führen (BGH, Urt. v. 25.05.2020 – VI ZR 252/19 -, NJW 2020, 1962 ff, Rz. 18), also die tatsächlichen Schadstoffemissionen im für die Betriebsgenehmigung relevanten Prüfmodus aktiv unterdrückt (BGH, Urt. v. 30.07.2020 – VI ZR 367/19 –,NJW 2020, 2804 ff, Rz. 12), damit der Einsatz der Abschaltvorrichtung ausschließlich der manipulativen Überlistung der Typengenehmigungsbehörde dient (BGH, Beschl. v. 19.01.2021 – VI ZR 433/19 – NJW 2021, 921 ff, Rz. 17) und dadurch die Gefahr der Rücknahme der Typengenehmigung seitens des Kraftfahrtbundesamtes besteht (BGH, Urt. v. 25.05.2020, a.a.O., Rz. 21). Diese Voraussetzungen können zu Lasten der Beklagten nicht festgestellt werden:

a.

Soweit zwischen den Parteien unstreitig ist, dass das betroffene Fahrzeug dem Grunde nach mit einer außertemperaturgesteuerten Abgasrückführung ausgestattet ist (sog. Thermofenster), vermag dies den Vorwurf sittenwidrigen Verhaltens nicht zu

begründen. Bei der außertemperaturgesteuerten Abgasrückführung verhält es sich so, dass diese auf dem Prüfstand und im normalen Straßenverkehr in gleicher Weise funktioniert. Mag die Steuerung faktisch dazu führen, dass im realen Straßenbetrieb höhere Abgaswerte produziert werden, unterscheidet sie nicht gezielt danach, unter welchen Bedingungen das Fahrzeug benutzt wird. Bei einer solchen Sachlage wäre der Vorwurf der Sittenwidrigkeit gegenüber der Beklagten nur gerechtfertigt, wenn zu dem Verstoß gegen die Verordnung (EG) 715/2007 weitere Umstände hinzuträten, die das Verhalten der für sie handelnden Personen als besonders verwerflich erscheinen ließen (BGH, Beschl. v. 19.01.2021 - VI ZR 433/19 -, NJW 2021, 921 ff.). Dies setzt jedenfalls voraus, dass diese Personen bei der Entwicklung und/oder Anwendung der temperaturabhängigen Steuerung des Emissionskontrollsystems in dem Bewusstsein handelten, eine unzulässige Abschaltvorrichtung zu verwenden, und den darin liegenden Gesetzesverstoß zum Nachteil der Fahrzeugkäufer billigend in Kauf nahmen (BGH, Beschl. v. 09.03.2021 - VI ZR 889/20 -, a.a.O.). Dies kann hier in Bezug auf den Einsatz des Thermofensters nicht festgestellt werden, namentlich spricht dessen Vorhandensein nicht bereits für einen entsprechenden Schädigungsvorsatz des Fahrzeugherstellers. Die Beklagte hat zu Sinn und Zweck der Einrichtung ausgeführt, sie diene dem Schutz des Motors. Dass der Einbau darüber hinaus mit dem Ziel erfolgte, den Wagen nur unter Prüfstandbedingungen möglichst schadstoffarm zu halten und die Käufer im Übrigen durch Erwerb eines im Echtbetrieb „schmutzigen“ Fahrzeugs zu schädigen, kann nicht angenommen werden.

b.

Entsprechendes gilt auch für die Kühlmittel-Soll-Temperatur. Eine wissentliche und willentliche Manipulation der Abgassteuerung mit dem Ziel, diese auf dem Prüfstand anders zu gestalten als im realen Straßenverkehr, hat der Kläger nicht hinreichend dargelegt. Allein aus einer Existenz der Kühlmittel-Sollwert-Temperatur-Regelung kann ohne Hinzutreten weiterer Umstände nicht auf sittenwidriges Verhalten geschlossen werden.

2.

Nach Maßgabe dessen scheidet auch ein Anspruch nach § 823 Abs. 2 BGB i.V.m. § 263 StGB aus.

3.

Die beantragte Rückerstattung des Kaufpreises (abzüglich der erlangten Vorteile) steht dem Kläger auch nicht aus § 823 Abs. 2 BGB i.V.m. §§ 6 Abs. 1, 27 Abs. 1 EG-FGV zu und zwar unabhängig davon, ob der Anspruch dem Grunde nach besteht. Denn das Unionsrecht verlangt nicht, den Käufer eines mit einer unzulässigen Abschalteneinrichtung versehenen Kraftfahrzeugs so zu stellen, als habe er den Kaufvertrag nicht abgeschlossen, also das Interesse auf Rückabwicklung des Kaufvertrags in den sachlichen Schutzbereich der §§ 6 Abs. 1, 27 Abs. 1 EG-FGV einzubeziehen. Vielmehr ist der Anspruch gerichtet auf Ersatz des Schadens in Höhe des Betrages, um den der Käufer das Fahrzeug mit Rücksicht auf die mit der unzulässigen Abschalteneinrichtung verbundenen Risiken zu teuer erworben hat (Differenzschaden; vgl. dazu BGH, Ur. v. 26.06.2023 – VIa ZR 335/21 –, NJW 2023, 2259, Rn. 22, 32, 40; s. dazu unten näher).

II.

Nach dem oben Gesagten ist auch der weitere mit dem Hauptantrag zu 2. geltend gemachte Anspruch unbegründet, da die Beklagte die Rücknahme des Fahrzeuges unter keinem rechtlichen Gesichtspunkt schuldet.

III.

Soweit der Kläger den Rechtsstreit im Übrigen einseitig für erledigt erklärt hat, besteht entsprechend auch kein Anspruch auf die begehrte Feststellung (Klageantrag zu Ziff. 3), da die Klage insoweit nicht ursprünglich begründet war.

IV.

1.

Soweit der Kläger hilfsweise - was gemäß §§ 525, 264 Nr. 2 ZPO zulässig ist, da das Klagebegehren insoweit lediglich auf eine andere Methode der Schadenberechnung gestützt wird und es sich bloß um eine in der 2. Instanz stets zulässige Antragsänderung handelt - die Erstattung des Differenzschadens aus § 823 Abs. 2 BGB i.V.m. §§ 6 Abs. 1, 27 Abs. 1 EG-FGV begehrt, ist der Antrag hinreichend bestimmt. Der Anspruch hängt der Höhe nach vom Schätzungsermessen des Gerichts ab.

2.

Dem Kläger steht ein Anspruch aus § 823 Abs. 2 BGB i. V. m. § 6 Abs. 1, § 27 Abs. 1 EG-FGV i. V. m. Art. 18 Abs. 1, Art. 26 Abs. 1, Art. 46 der Richtlinie 2007/46/EG i. V. m. Art. 5 Abs. 2 der Verordnung (EG) Nr. 715/2007 zu.

a.

Dem Käufer eines mit einer unzulässigen Abschaltvorrichtung versehenen Kraftfahrzeugs kann nach der auf dem Urteil des Gerichtshofs der Europäischen Union vom 21.03.2023 (C-100/21, NJW 2023, 1111) fußenden jüngsten Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs ein Schadensersatzanspruch gemäß § 823 Abs. 2 BGB in Verbindung mit § 6 Abs. 1, § 27 Abs. 1 EG-FGV gegen den Fahrzeughersteller zustehen (BGH, Urt. v. 26.06.2023 – VIa ZR 335/21 –, NJW 2023, 2259, Rn. 28). Er fällt – unionsrechtlich vorgegeben – in den persönlichen Schutzbereich der §§ 6 Abs. 1, 27 Abs. 1 EG-FGV (BGH, Urt. v. 26.06.2023 – VIa ZR 335/21 –, NJW 2023, 2259, 21). Das Unionsrecht verlangt indes nicht, den Käufer eines mit einer unzulässigen Abschaltvorrichtung versehenen Kraftfahrzeugs so zu stellen, als habe er den Kaufvertrag nicht abgeschlossen, also das Interesse auf Rückabwicklung des Kaufvertrags in den sachlichen Schutzbereich der §§ 6 Abs. 1, 27 Abs. 1 EG-FGV einzubeziehen, sondern nur den Ersatz des Schadens in Höhe des Betrages, um den der Käufer das Fahrzeug mit Rücksicht auf die mit der unzulässigen Abschaltvorrichtung verbundenen Risiken zu teuer erworben hat (Differenzschaden; vgl. BGH, Urt. v. 26.06.2023 – VIa ZR 335/21 –, NJW 2023, 2259, Rn. 22, 32, 40). Der Differenzschaden ist nach § 287 Abs. 1 ZPO unter Würdigung aller Umstände nach freier Überzeugung zu schätzen. Nach den Vorgaben des Unionsrechts ist das Schätzungsermessen innerhalb einer Bandbreite zwischen 5% und 15% des gezahlten Kaufpreises rechtlich begrenzt (BGH, Urt. v. 26.06.2023 – VIa ZR 335/21 –, NJW 2023, 2259, Rn. 72 f.).

Das streitgegenständliche Fahrzeug hat zum Zeitpunkt des Abschlusses des Kaufvertrages über zwei technische Einrichtungen verfügt, die als Abschaltvorrichtungen im Sinne der Verordnung einzuordnen sind, nämlich eine temperaturgesteuerte AGR (sog. Thermofenster) und eine Kühlmittel-Solltemperatur-Regelung (KSR).

aa.

Das Thermofenster stellt nach dem unstreitigen Parteivorbringen eine unzulässige Abschalteneinrichtung dar.

Eine „Abschalteneinrichtung“ ist nach Art. 3 Nr. 10 der Verordnung (EG) Nr. 715/2007 jedes Konstruktionsteil, das die Temperatur oder sonstige Parameter ermittelt, um die Funktion eines beliebigen Teils des Emissionskontrollsystems zu verändern, wodurch die Wirksamkeit des Emissionskontrollsystems unter Bedingungen, die beim normalen Fahrzeugbetrieb vernünftigerweise zu erwarten sind, verringert wird. Wegen des räumlichen Geltungsbereichs der Verordnung ist nicht auf die Fahrbedingungen in einem einzelnen Mitgliedstaat, sondern auf die Bedingungen abzustellen, wie sie im gesamten Unionsgebiet üblich sind (BGH, Urt. v. 26.06.2023 – VIa ZR 335/21 –, NJW 2023, 2259 ff., juris Rn. 50). Nach der Begriffsbestimmung der „Abschalteneinrichtung“ in Art. 3 Nr. 10 der Verordnung (EG) Nr. 715/2007 ist es ohne Belang, ob die Grenzwerte unterschritten werden; maßgeblich ist vielmehr allein, ob die Wirksamkeit des Emissionskontrollsystems unter normalen Fahrbedingungen herabgesetzt wird (BGH, Urt. v. 26.06.2023 – VIa ZR 335/21 –, NJW 2023, 2259 ff., juris Rn. 51). Unstreitig ist im von dem Kläger gekauften Fahrzeug ein Konstruktionsteil verbaut, dass die Außentemperatur misst und in Abhängigkeit von der gemessenen Temperatur die Einstellung des Abgasrückführungsventils verändert, wodurch die Wirksamkeit des Emissionskontrollsystems unter Bedingungen, die beim normalen Fahrzeugbetrieb in der Europäischen Union vernünftigerweise zu erwarten sind, verringert wird und in erhöhtem Maße Stickoxide ausgestoßen werden. Damit liegt nach der Begriffsbestimmung des Art. 3 Nr. 10 der Verordnung (EG) Nr. 715/2007 eine Abschalteneinrichtung vor.

Diese ist auch unzulässig. Eine Abschalteneinrichtung ist nach Art. 5 Abs. 2 S. 2 Buchst. a) der Verordnung (EG) Nr. 715/2007 ausnahmsweise nur dann zulässig, wenn die Einrichtung notwendig ist, um den Motor vor Beschädigung oder Unfall zu schützen und um den sicheren Betrieb des Fahrzeugs zu gewährleisten. Nur die unmittelbaren Risiken für den Motor in Form von Beschädigung oder Unfall, die beim Fahren eines Fahrzeugs eine konkrete Gefahr hervorrufen, können die Verwendung einer Abschalteneinrichtung rechtfertigen (EuGH, Urt. v. 14.07.2022 – C 134/20 –, MDR 2022, 1018 ff., juris Rn. 68). Der Begriff des „Motors“ ist dabei eng zu verstehen und vom Emissionsminderungssystem abzugrenzen (EuGH, Urt. v. 14.07.2022 – C 134/20 –, MDR 2022,

1018 ff., juris Rn. 64). Insbesondere ist das Abgasrückführungsventil nicht Teil des Motors, sondern des Emissionsminderungssystems (EuGH, Urt. v. 14.07.2022 – C 134/20 –, MDR 2022, 1018 ff., juris Rn. 64). Die Verschmutzung und der Verschleiß können zudem nicht als „Beschädigung“ oder „Unfall“ im Sinne dieses Ausnahmetatbestands angesehen werden, denn sie sind grundsätzlich vorhersehbar und der normalen Funktionsweise des Fahrzeugs inbegriffen (EuGH, Urt. v. 14.07.2022 – C 134/20 –, MDR 2022, 1018 ff., juris Rn. 66). Wegen der gebotenen engen Auslegung kann eine Abschaltvorrichtung zum Schutz des Motors vor einer Störung des Abgasystems nur dann ausnahmsweise zulässig sein, wenn nachgewiesen ist, 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 (EuGH, Urt. v. 14.07.2022 – C 134/20 –, MDR 2022, 1018 ff., juris Rn. 74 und 82). Der EuGH hat festgestellt, dass zwar der Wortlaut des Art. 5 Abs. 2 Buchst. a VO Nr. 715/2007 formell keine weiteren Voraussetzungen vorschreibt, gleichzeitig aber eine Abschaltvorrichtung, die unter normalen Betriebsbedingungen den überwiegenden Teil des Jahres funktionieren müsste, damit der Motor vor Beschädigung oder Unfall geschützt und der sichere Betrieb des Fahrzeugs gewährleistet ist, jedenfalls nicht unter die in Art. 5 Abs. 2 Buchst. a VO Nr. 715/2007 vorgesehene Ausnahme fallen kann (EuGH, aaO). Die Rechtfertigung nach Art. 5 Abs. 2 VO 715/2007 ist demnach ausgeschlossen, wenn die Abschaltvorrichtung unter Bedingungen aktiviert ist, die innerhalb eines Jahres üblicherweise während in ihrer Summe längerer Zeitintervalle herrschen, als dass dies nicht der Fall wäre.

Dies ist vorliegend im Lichte der anzunehmenden Bedeutung des Thermofensters zu bejahen: Es kann dahinstehen, inwieweit der Kläger erstinstanzlich hinreichend substantiiert zur der Ausgestaltung des Thermofensters vorgetragen hat („bei einer Umgebungslufttemperatur von zum Beispiel 7 Grad Celsius oder darunter sei die Abgasrückführung um bis zu 48 % niedriger als bei höheren Temperaturen, beim Unterschreiten einer bestimmten Temperatur werde die Abgasrückführung ganz abgeschaltet“). Denn die Beklagte trägt zweitinstanzlich selbst und ohne sich inhaltlich davon zu distanzieren vor, das KBA habe mit Bescheid von Dezember 2023 u.a. bestimmte umgebungsluft-bzw. bestimmte motorstarttemperaturabhängige Steuerungen der Abgasrückführung als unzulässige Abschaltvorrichtung beanstandet, das streitgegenständli-

che Fahrzeug gehöre zu einem Fahrzeugtyp, der vom Bescheid vom 13.12.2023 erfasst sei. Konkret rüge das KBA im Bescheid vom 13.12.2023 Steuerungen, die in direkter oder mittelbarer Abhängigkeit von der Umgebungslufttemperatur außerhalb - so die Klarstellung der Beklagten im Termin zur mündlichen Verhandlung am 13.05.2024 - der Spanne von 12 C bis 33 Grad Celsius eine emissionserhebliche Korrektur der AGR-Rate bei betriebswarmem Motor vornehmen. Eine andere Beurteilung ergibt sich auch nicht daraus, dass sie vorträgt, sie habe Widerspruch gegen den Bescheid erhoben; auch den diesbezüglichen Ausführungen lässt sich eine Distanzierung von den Beanstandungen des KBA nicht entnehmen, soweit es bloß heißt, Widerspruch sei eingelegt worden, „insbesondere um die vom Bescheid erfassten Fahrzeuge gegenzuprüfen“ und mit dem KBA bei Bedarf klären zu können“ (Bl. 12 des Schriftsatzes der Beklagten v. 08.03.2024, Bl. 295 der zweitinstanzlichen Akte). Einer Aussetzung des Verfahrens bedurfte es im Übrigen nicht, da die Frage der Bestandskraft des Bescheides vom 13.12.2023 insoweit nicht streiterheblich ist.

Lediglich ergänzend merkt der Senat an, dass sich dem Vortrag der Beklagten die oben genannten Anforderungen nicht entnehmen lassen. Sie hat hierzu lediglich vortragen, im Fall einer Abgasrückführung bei zu niedrigen Temperaturen komme es zur Kondensation von Abgasbestandteilen, was zu verschiedenen unerwünschten Ablagerungen in den Bauteilen führe. Auch ihr Vortrag, das Thermofenster vermindere das Risiko eines plötzlichen Ausfalls des Motors und des Eintritts von sicherheitskritischen Situationen genügt nicht. Mangels einer konkreten Darlegung kann dem Vortrag der Beklagten weder entnommen werden, ob die von ihr behaupteten Ablagerungen an Bestandteilen erfolgen sollen, die überhaupt dem Motor zuzurechnen sind. Ihrem Vortrag lässt sich auch nicht entnehmen, dass es sich bei den befürchteten Ablagerungen nicht lediglich um bloße Verschmutzungen oder einen Verschleiß des Motors handelt, was nicht als „Beschädigung“ oder „Unfall“ in diesem Sinn angesehen werden kann. Zudem fehlt eine Darlegung einer Kausalkette für hieraus entstehende unmittelbare Risiken für den Motor, die beim Fahren eine konkrete Gefahr hervorrufen und dass zum Zeitpunkt der Erteilung der EG-Typgenehmigung keine andere technische Lösung zur Verfügung gestanden hatte, um diese zu verhindern.

bb.

Auch die KSR stellt - bereits auf Grundlage des Beklagtenvortrags - eine Abschalt einrichtung im Sinne von Art. 3 und 5 der Verordnung (EG) Nr. 715/2007 dar, die ebenfalls unzulässig ist.

Der Hersteller hat sicherzustellen, dass die ergriffenen technischen Maßnahmen die Emissionen während der gesamten Lebensdauer des Fahrzeugs und bei normalen Nutzungsbedingungen, also auch bei betriebswarmen Motor, wirksam begrenzen. Hierzu hat er das Fahrzeug nach Art. 5 Abs. 1 der Verordnung (EG) 715/2007 entsprechend auszurüsten (vgl. VG Schleswig, Urt. v. 20.02.2023 – VG 3 A 113/18 –, NVwZ 2023, 851). Diesen Anforderungen genügt die KSR aufgrund ihres begrenzten Wirkungsbereiches nicht. Nach der zugrunde gelegten Darstellung der Beklagten wird bei der KSR die Solltemperatur für das Kühlmittelthermostat (von 100 Grad Celsius) unter bestimmten Betriebsumständen auf 70 Grad Celsius abgesenkt, wodurch eine frühere Zuschaltung des großen Kühlkreislaufes bewirkt wird, welche zu einer langsameren Erwärmung des Motors führt und aufgrund der so länger vorherrschenden kühleren Motortemperaturen höhere AGR-Raten ermöglicht. Da dieses durch die KSR optimierte Emissionsverhalten nur während der Warmlaufphase des Motors aufrechterhalten werden kann, aber auch Fahrten jenseits der Warmlaufphase - Fahren mit betriebswarmen Motor - zu den Bedingungen im Sinne von Art. 3 Nr. 10 der Verordnung (EG) Nr. 715/2007 gehören, die bei normalem Fahrzeugbetrieb vernünftigerweise zu erwarten sind, handelt es sich bereits aus diesem Grund um eine Abschalt einrichtung.

Zulässigkeitsgründe im Sinne von Art. 5 Abs. 2 S. 2 der Verordnung (EG) Nr. 715/2007 sind nicht ersichtlich. Auch hier fehlt die Darlegung einer Kausalkette für hieraus entstehende unmittelbare Risiken für den Motor, die beim Fahren eine konkrete Gefahr hervorrufen. Dass die KSR zur Einhaltung der Grenzwerte bei der NEFZ-Prüfung nicht erforderlich ist, begründet auch keinen Ausnahmetatbestand im Sinne von Art. 5 Abs. 2 S. 2 der Verordnung (EG) Nr. 715/2007 (vgl. BGH, Urt. v. 26.06.2023 – VIa ZR 335/21 –, NJW 2023, 2259, Rn. 51 zur „Grenzwertkausalität“). Vor diesem Hintergrund kommt es auch auf die Tatsache, dass das KBA die KSR im streitgegenständlichen Fahrzeug – anders als in anderen Fällen – nicht als unzulässige Abschalt einrichtung bewertet, nicht an. Denn diese Einschätzung beruht – wie die Beklagte selbst ausführt – im Wesentlichen darauf, dass die Emissionsverbesserungen durch die KSR für das

Bestehen des NEFZ nicht notwendig sind (Bl. 313 der zweitinstanzlichen Akte). Auf die damit angesprochene „Grenzwertkausalität“ kommt es indes nach dem Vorstehenden nicht an.

c.

Zur Erwerbskausalität kann sich der Kläger auf den Erfahrungssatz stützen, dass er den Kaufvertrag zu diesem Kaufpreis nicht geschlossen hätte. Für die Anwendung eines solchen Erfahrungssatzes ist nicht von Bedeutung, ob ihm beim Erwerb des Fahrzeugs die von der Beklagten ausgegebene unzutreffende Übereinstimmungsbescheinigung vorgelegen und ob er von deren Inhalt Kenntnis genommen hat. Auch ohne Kenntnisnahme der vom Fahrzeughersteller ausgegebenen Übereinstimmungsbescheinigung geht der Käufer typischerweise davon aus, dass der Hersteller für das erworbene Fahrzeug eine Übereinstimmungsbescheinigung ausgegeben hat und dass diese die gesetzlich vorgesehene Übereinstimmung mit allen maßgebenden Rechtsakten richtig ausweist (BGH, Urt. v. 26.06.2023 – VIa ZR 335/21 –, NJW 2023, 2259, Rn. 55 f.).

d.

Die Beklagte hat den Verstoß gegen das Schutzgesetz auch verschuldet. Gegen die Beklagte spricht zunächst aufgrund der objektiven Schutzgesetzverletzung eine Verschuldensvermutung (BGH, Urt. vom 26.06.2023 – VIa ZR 335/21 –, NJW 2023, 2259, 2267, Rn. 59; vgl. auch BGH, Urt. v. 03.05.2016 – II ZR 311/14 –, NJW 2017, 886, 887, Rn. 16). Es ist daher an der Beklagten, Umstände darzulegen und zu beweisen, die geeignet sind, die Annahme des Verschuldens in Form einer Fahrlässigkeit auszuräumen (BGH, Urt. v. 26.06.2023 – VIa ZR 335/21 –, NJW 2023, 2259, 2267). Soweit sich die Beklagte zur Entlastung auf einen Verbotsirrtum stützt, muss sie sowohl den Verbotsirrtum als solchen als auch die Unvermeidbarkeit desselben konkret darlegen und beweisen (BGH, Urt. v. 26.06.2023 – VIa ZR 335/21 –, NJW 2023, 2259, 2267, Rn. 62). Nach ständiger Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs fordert der Geltungsanspruch des Rechts grundsätzlich, dass der Verpflichtete das Risiko eines Irrtums über die Rechtslage selbst trägt; an das Vorliegen eines unverschuldeten Rechtsirrtums sind daher strenge Maßstäbe anzulegen. Der Schuldner muss die Rechtslage sorgsam prüfen, soweit erforderlich Rechtsrat einholen und die höchstrichterliche Rechtsprechung sorgfältig beobachten. Entschuldigt ist ein Rechtsirrtum nur

dann, wenn der Irrende bei Anwendung der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt mit einer anderen Beurteilung durch die Gerichte nicht zu rechnen brauchte (BGH, Urt. v. 12.07.2006 – X ZR 157/05 –, NJW 2006, 3271, 3272). Unter Berücksichtigung dieser hohen Anforderungen kann sich die Beklagte nicht entlasten:

Die Beklagte hat bereits die Voraussetzungen eines Rechtsirrtums nicht ausreichend dargetan. Die Beklagte muss zunächst darlegen und - im Bestreitensfall - beweisen (vgl. BGH, Urt. v. 26.06.2023 – VIa ZR 335/21 –, NJW 2023, 2259, 2267, Rn. 64), dass überhaupt eine Fehlvorstellung über die Zulässigkeit einer Abschaltvorrichtung vorlag. Die Beklagte muss dartun, dass ihre verantwortlichen Entscheidungsträger im hier maßgeblichen Zeitpunkt des Fahrzeugerwerbs rechtsirrig davon ausgegangen sind, dass eine Abschaltvorrichtung selbst bei genauer und umfassender Darlegung sämtlicher Einzelheiten ihrer Wirkungsweise von der zuständigen Behörde als zulässig eingestuft worden wäre. Dieses Vorstellungsbild muss auch berücksichtigt haben, dass eine Abschaltvorrichtung nach Art. 5 Abs. 2 a) Verordnung EG Nr. 715/2007 grundsätzlich nur dann zulässig ist, wenn sie zum Motorschutz zwingend erforderlich ist. Die Vorstellung der Handelnden muss ebenso in Betracht gezogen haben, dass das Abgassystem aufgrund der Abschaltvorrichtung während eines Großteils der Nutzungszeit die Grenzwerte nicht einhält und die Ziele der Verordnung (EG) Nr. 715/2007 verfehlt werden. Auf der Grundlage dieses Vorstellungsbildes müssen die Handelnden den irrigen Schluss gezogen haben, dass die Einrichtung zulässig war. Die Beklagte hat einen solchen Rechtsirrtum nicht ausreichend dargelegt. Es fehlt insgesamt an einer Darlegung, welche konkreten für die Beklagte handelnden Verantwortlichen i.S.v. § 31 BGB sich zu welchem Zeitpunkt auf welcher Grundlage eine Meinung über die Zulässigkeit der Abschaltvorrichtung gebildet haben, soweit es insoweit heißt, die „Ausstellenden“ hätten sich hinsichtlich der Richtigkeit der Übereinstimmungsbescheinigung für das streitgegenständliche Fahrzeug geirrt (vgl. Bl. 302 der zweitinstanzlichen Akte). Da es hiernach bereits an der Darlegung eines Rechtsirrtums fehlt, kommt es auf die weitere Frage, ob dieser wegen der tatsächlich vom KBA erteilten Typgenehmigung oder wegen einer hypothetisch erteilten Genehmigung (vgl. hierzu BGH Urt. v. 26.06.2023 – VIa ZR 335/21 –, NJW 2023, 2259, 2267, Rn. 65) unvermeidbar war, nicht an. Der Umstand, dass in (nahezu) jedem Fahrzeug mit Dieselmotor ein Thermofenster eingesetzt worden ist, lässt den Fahrlässigkeitsvorwurf ebenso nicht entfallen (BGH, Urt. v. 26.06.2023 – VIa ZR 335/21, NJW 2023, 2259 ff., Rn. 70).

e.

Der Anspruch auf Ersatz des Differenzschadens aus § 823 Abs. 2 BGB i.V.m. §§ 6 Abs. 1, 27 Abs. 1 EG-FGV steht dem Kläger in Höhe von 4.660 € zu.

aa.

Der Senat schätzt gemäß § 287 Abs. 1 S. 1 ZPO den nach § 823 Abs. 2 BGB i.V.m. §§ 6 Abs. 1, 27 Abs. 1 EG-FGV geschuldeten Differenzschaden innerhalb des vom Bundesgerichtshof vorgegebenen Rahmens von 5% bis 15% auf 10% des Kaufpreises und demnach auf 4.660 €. Bei der Schätzung des Schadens – bezogen auf den Zeitpunkt des Vertragsabschlusses – sind die mit der Verwendung einer unzulässigen Abschaltvorrichtung verbundenen Nachteile, insbesondere das Risiko behördlicher Anordnungen, zu berücksichtigen (BGH, Urt. v. 26.06.2023 – VIa ZR 335/21 –, NJW 2023, 2259 ff., Rn. 80). Nach Maßgabe der Umstände des hier zu beurteilenden Einzelfalls ist die Bewertung des Gewichts des der Haftung zugrundeliegenden konkreten Rechtsverstoßes mit 10% Kaufpreises auch unter Einbeziehung des rechtlichen Ziels der Einhaltung der Emissionsgrenzwerte sowie dem Grad des Verschuldens der Beklagten erforderlich, aber auch ausreichend (vgl. hierzu: BGH, Urt. v. 26.06.2023 – VIa ZR 335/21 –, NJW 2023, 2259 ff., Rn. 77).

Der Differenzschaden ist im Hinblick auf die Nutzungsvorteile und den Restwert nicht gemindert. Nutzungsvorteile und der Restwert des Fahrzeugs sind dann und insoweit schadensmindernd anzurechnen, als sie den Wert des Fahrzeugs bei Abschluss des Kaufvertrags (gezahlter Kaufpreis abzüglich Differenzschaden) übersteigen (BGH, Urt. v. 26.06.2023 – VIa ZR 335/21, NJW 2023, 2259 ff., Rn. 80).

Der Senat schätzt die Gesamtleistung hier unter Berücksichtigung des Fahrzeugtyps und des Baujahres (vgl. dazu BGH, Urt. v. 27.04.2021 - VI ZR 812/20 -, juris Rn. 16) auf 250.000 km. Dem liegt die Annahme eines Fahrverhaltens zugrunde, durch das die angenommene Gesamtleistung die Gesamtnutzungsdauer des Fahrzeugs angemessen abbildet. Hierbei hat der Senat in den Blick genommen, dass die Lebensdauer des (gesamten) Fahrzeugs maßgebend ist, da Fahrzeuge aus verschiedenen Bauteilen mit unterschiedlicher Lebensdauer bestehen und bei zunehmender Nutzung die Reparaturanfälligkeit steigt. Das streitgegenständliche Fahrzeug hat am 10. Mai 2024 und insoweit nach gut 12,5 Jahren Nutzung eine Laufleistung von 149.783 km

erreicht. Im Lichte dessen und unter Beachtung der (anzunehmenden) Wertigkeit des hier streitgegenständlichen Wagens kann eine Gesamtleistung von 250.000 km erwartet werden. Soweit in der obergerichtlichen Rechtsprechung mitunter - im Einzelfall vom Bundesgerichtshof revisionsrechtlich nicht beanstandet (vgl. etwa BGH, Urt. v. 19.12.2022 - VIa ZR 227/21 -, juris Rn. 27), vertreten wird, es sei ein niedrigerer Wert in Ansatz zu bringen, sofern die typische jährliche Fahrleistung von Dieselfahrzeugen - insoweit angesetzt im Bereich zwischen 15.000 und 25.000 km - "deutlich verlassen" werde („Kurzläufer-Rechtsprechung“, vgl. dazu etwa Schleswig-Holsteinisches Oberlandesgericht, Urt. v. 31.08.2021 - 7 U 187/20 -, juris), gibt dies vorliegend keinen Anlass zu einer abweichenden Beurteilung. Losgelöst davon, dass hier eine jährliche Fahrleistung von immerhin knapp 12.000 km in Rede steht, hinsichtlich derer sich die Annahme einer relevanten Abweichung nicht per se aufdrängt, bedarf es einer - nicht schematischen - Gesamtbetrachtung, die aus den angeführten Gründen zu der angenommenen Gesamtleistung führt.

Gerechnet auf die mögliche Gesamtfahrleistung ergibt dies unter Berücksichtigung des - vollen - Kaufpreises einen Nutzungsvorteil von 27.919,55 €.

Den Restwert des Fahrzeugs schätzt der Senat gem. § 287 ZPO auf 10.300 €. Der Restwert bestimmt sich nach allgemeinen schadensrechtlichen Grundsätzen zufolge nach dem Preis, den der Geschädigte bei Inzahlunggabe seines Fahrzeugs bei einem Gebrauchtwagenhändler erzielen kann (vgl. BGH, Urt. v. 13.01.2009 – VI ZR 205/08 –, juris Rn. 9 f.). Maßgeblich abzustellen ist damit auf den Zeitwert bzw. den Händlerverkaufspreis und nicht auf den Wiederbeschaffungswert bzw. den Händlerverkaufspreis. Eine Verkaufsmarge verbleibt der Klagepartei, die das Fahrzeug weiterhin nutzt, gerade nicht. Die Beklagte hat insoweit lediglich dargelegt, Fahrzeuge desselben Typs, die mit dem streitgegenständlichen Fahrzeug hinsichtlich Zulassungsdatum und Laufleistung vergleichbar sind, würden auf Gebrauchtwagenbörsen zum Preis von ca. 14.900 € angeboten. Dagegen hat der Kläger unter Verweis auf eine entsprechende DAT - Abfrage (Bl. 440 der zweitinstanzlichen Akte) einen - nach dem oben Gesagten maßgeblichen - (Zeit-)Wert unterhalb von 10.300 € behauptet. Dabei hält er einen Abzug insoweit für geboten, als die Abfrage nur Erstzulassungen ab dem Jahr 2013 zulässt, während das streitgegenständliche Fahrzeug im Jahr 2011 erstmalig zugelassen wurde. Ob ein weiterer Abzug geboten ist, kann letztlich dahinstehen. Denn auch aus-

gehend von dem nach Überzeugung des Senats maximal in Ansatz zu bringenden Wert von 10.300 € hat ein Vorteilsausgleich nicht zu erfolgen. Denn die Summe aus den von dem Kläger erlangten Nutzungsvorteilen von 27.919,55 € und dem Restwert des Fahrzeugs von 10.300 € (= 38.219,55 €) übersteigt den tatsächlichen Wert des Fahrzeugs im Zeitpunkt des Erwerbs durch den Kläger in Höhe von 41.940 € nicht, so dass nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs eine Anrechnung nicht geboten ist.

bb.

Der Kläger hat auch nicht durch Nichtaufspielen eines Software-Updates gegen eine Schadensminderungspflicht verstoßen. Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs ist eine etwaige Aufwertung des Fahrzeugs durch das Software-Update zwar unter gewissen Voraussetzungen als Vorteil im Rahmen der Schadensbemessung zu berücksichtigen (vgl. BGH, Urt. v. 26.06.2023 – VIa ZR 335/21 –, NJW 2023, 2259, Rn. 80). Entsprechend könnte der Kläger, wenn er sich dem Aufspielen eines solchen Software-Updates verschlossen hätte, gegen seine Schadensminderungspflicht aus § 254 Abs. 2 Satz 1 Fall 2 BGB verstoßen haben (vgl. BGH, Urt. v. 23.10.2023 – VIa ZR 468/21 –, BeckRS 2023, 32492, Rn. 14). Bislang ist dem Kläger jedoch ein Software-Update lediglich im Rahmen einer freiwilligen Kundendienstmaßnahme angeboten worden. Das Nichtaufspielen eines Updates im Rahmen einer freiwilligen Kundendienstmaßnahme kann ihm indes nicht im Rahmen der Verletzung einer Schadensminderungspflicht vorgeworfen werden. Soweit das Kraftfahrtbundesamt zwischenzeitlich einen Bescheid gegenüber der Beklagten erlassen hat, betont die Beklagte selbst, dieser sei nicht bestandskräftig. Es ist auch weder dargetan noch ersichtlich, dass die Fahrzeughalter bereits unmittelbar angeschrieben worden sind mit der Maßgabe, es bestehe ein verpflichtender Rückruf. Nachdem die Beklagte sich zudem vorrangig weiterhin auf den Standpunkt stellt, es liege keine unzulässige Abschaltvorrichtung vor und betont, den Bescheid des Kraftfahrtbundesamtes angegriffen zu haben, sind die Voraussetzungen für einen Verstoß des Klägers gegen die Schadensminderungspflicht nicht dargetan.

Letztlich gilt aber ohnehin, dass das durch das Software - Update nach dem eigenen Vortrag der Beklagten die streitgegenständlichen Abschaltvorrichtungen nicht vollumfänglich beseitigt werden. Zwar wird die KSR entfernt, dagegen führt das Update be-

zogen auf das Thermofenster „allein“ dazu, dass bei betriebswarmen Motor die Abgasrückführung erst unterhalb von 0 Grad und oberhalb von Umgebungslufttemperaturen von 40 Grad Celsius schrittweise reduziert wird. Es bedarf keines näheren Eingehens darauf, wie es sich wie auswirkt, dass im Süden des Unionsgebiets Umgebungstemperaturen von über 40 Grad Celsius in den Sommermonaten durchaus auftreten. Denn jedenfalls sind Temperaturen von unter 0 Grad Celsius in den Wintermonaten beim normalen Fahrzeugbetrieb in der Europäischen Union vernünftigerweise zu erwarten, sodass auch insoweit von einer Abschaltvorrichtung auszugehen ist, zu deren Zulässigkeit nicht hinreichend vorgetragen ist (s.o., Bl. 14f.).

f.

Der Anspruch des Klägers aus § 823 Abs. 2 BGB ist auch nicht verjährt. Nach § 195 BGB beträgt die regelmäßige Verjährungsfrist, die auch für Ansprüche aus § 823 Abs. 2 einschlägig ist, drei Jahre. Sie beginnt gemäß § 199 Abs. 1 BGB mit Ablauf des Jahres, in dem der Anspruch entstanden ist und der Gläubiger von den anspruchsbegründenden Umständen und der Person des Schuldners Kenntnis erlangt hat oder ohne grobe Fahrlässigkeit hätte erlangen müssen, wobei die Darlegungs- und Beweislast für diese ihr günstigen Voraussetzungen bei der Beklagten liegt. Die erforderliche Kenntnis im Sinne des § 199 Abs. 1 BGB ist gegeben, wenn dem Geschädigten die Erhebung einer Schadensersatzklage, sei es auch nur in Form der Feststellungsklage, Erfolg versprechend, wenn auch nicht risikolos möglich ist. Grob fahrlässige Unkenntnis liegt dann vor, wenn dem Gläubiger die Kenntnis fehlt, weil er die im Verkehr erforderliche Sorgfalt in ungewöhnlich grobem Maße verletzt und auch ganz naheliegende Überlegungen nicht angestellt oder das nicht beachtet hat, was jedem hätte einleuchten müssen. Ihm muss persönlich ein schwerer Obliegenheitsverstoß in seiner eigenen Angelegenheit der Anspruchsverfolgung vorgeworfen werden können. Die grob fahrlässige Unkenntnis bezieht sich ebenso wie die Kenntnis auf Tatsachen, auf eine zutreffende rechtliche Würdigung kommt es demgegenüber grundsätzlich nicht an (BGH, Urt. v. 17.12.2020 – VI ZR 739/20 – juris). Nach diesem Maßstab ist keine Verjährung eingetreten. Eine Obliegenheitsverletzung kann dem Kläger nicht angelastet werden. Soweit die Beklagte darauf verweist, in der Presse sei bereits im Jahr 2016 über die Existenz von Thermofenster (auch) in Fahrzeugen der Beklagten berichtet worden, ist dem Vortrag nicht zu entnehmen, dass das vorliegende Fahrzeug Gegenstand der Berichterstattung gewesen sein soll. Nichts Anderes gilt, soweit die

Beklagte zu der Pressemitteilung ausführt, in der sie ausdrücklich darauf hingewiesen habe, Kunden freiwillige Software-Updates anzubieten. Losgelöst von dem Umstand der (betonten) Freiwilligkeit der Maßnahme, die - im Übrigen bis heute - gerade nicht mit der Erklärung verbunden ist, es liege eine unzulässige Abschaltvorrichtung vor, ist auch insoweit weder dargetan noch ersichtlich, seit wann dieses „Angebot“ das vorliegende Fahrzeug umfasste. Anderes ergibt sich auch nicht mit Blick auf die Geschäftsberichte der Beklagten, so dass es schon nicht mehr darauf ankommt, ob von diesen Kenntnis zu nehmen, überhaupt Anlass bestand.

V.

Rechtshängigkeitszinsen stehen dem Kläger zu ab dem 12.11.2021 (Tag nach Zustellung der Klage), §§ 291 S. 1, § 187 Abs. 1 BGB entsprechend (vgl. zur Fristberechnung nur BGH, Urt. v. 24.01.1990, VIII ZR 296/88, NJW-RR 1990, 518 [519]).

C.

Die prozessualen Nebenentscheidungen beruhen auf §§ 92 Abs. 1, 97 Abs. 1, 544 Abs. 2 Nr. 1, 708 Nr. 10, 711 ZPO.

Der Streitwert für die 1. Instanz wird in Abweichung der landgerichtlichen Entscheidung auf 24.232 € festgesetzt; dabei ist eine Nutzungsentschädigung - errechnet aus einem Kaufpreis von 46.000 €, einer Laufleistung von 120.000 km bei Klageerhebung und einer Gesamtlauflistung von 250.000 km (s.o.) - in Höhe von 22.368 € in Ansatz gebracht.

Für die Berufungsinstanz wird der Streitwert wie folgt festgesetzt: Bis zum 29.04.2024 (Eingang Schriftsatz der Beklagten vom 29.04.2024) auf 24.232 €, danach auf 20.100,59 €. In Abzug gebracht ist hier unter Beachtung des Kilometerstandes von 149.793 € eine Nutzungsentschädigung von 27.919,55 €, woraus sich ein Wert von 18.680,45 € (46.600 € - 27.919,55 €) errechnet. Dieser Betrag ist erhöht um den Wert des Feststellungsantrages nach einseitiger Teilerledigungserklärung, der sich errechnet aus den auf den erledigten Teil entfallenden, bis dahin entstandenen Kosten und hier 1.420,14 € beträgt.

Die Voraussetzungen für die Zulassung der Revision liegen nicht vor (§ 543 Abs. 2 S. 1 ZPO). Die verfahrensgegenständlichen Rechtsfragen sind, wie ausgeführt, höchstrichterlich geklärt.

Noethen

Dr. Altgen

Dr. Moewes