Gericht:	Saarländisches Oberlandesgericht Saarbrücken 4. Zivilsenat
Entscheidungsdatum:	14.11.2024
Aktenzeichen:	4 U 94/23
ECLI:	ECLI:DE:OLGSL:2024:1114.4U94.23.00
Dokumenttyp:	Urteil
Quelle:	juris
Normen:	§ 31 BGB, § 249 BGB, § 276 BGB, § 291 BGB, § 823 Abs 2 BGB ... mehr

Streit um Differenzschadensersatz und "kleinen Schadensersatz" wegen unzulässiger Abschalteinrichtung

Leitsatz

1. Ein Anspruch aus §§ 826 BGB i.V.m. § 31 BGB besteht in Fällen unzulässiger Abschalteinrichtungen (hier Thermofenster und KSR) nur unter der Voraussetzung, dass der darlegungs- und beweisbelastete Käufer substanziiert darlegt, dass der Hersteller auf der Grundlage einer strategischen Entscheidung im eigenen Gewinninteresse durch Täuschung des KBA ein Fahrzeug in den Verkehr gebracht hat, nach dessen Motorsteuerungssoftware die Einhaltung der gesetzlichen Abgasgrenzwerte auf dem Prüfstand vorgespiegelt wird ("Umschaltlogik"), im realen Fahrbetrieb hingegen nie gewährleistet ist.(Rn.18)

2. Zu den Voraussetzungen der Substanziierung der tatsächlichen Voraussetzungen von Sittenwidrigkeit und Vorsatz.(Rn.19) (Rn.20) (Rn.22) (Rn.24)

3. Der Käufer hat auch bei fahrlässiger Erteilung einer unzutreffenden Übereinstimmungsbescheinigung einen Anspruch aus § 823 Abs. 2 BGB i.V.m. §§ 6 Abs. 1, 27 Abs. 1 EG-FGV auf Ersatz des Differenzschadens. Dieser beläuft sich in durchschnittlichen Fällen, bei denen zwar ein gewisses Risiko von der Benutzbarkeit des Fahrzeugs entgegenstehenden behördlichen Anordnungen besteht, eine unumgängliche Betriebsuntersagung jedoch fernliegend ist, regelmäßig auf 10% des Kaufpreises des Fahrzeugs.(Rn.40) (Rn.43) (Rn.51)

4. Der Schaden entfällt oder mindert sich durch das Aufspielen eines Software-Updates auf die Motorsteuerungssoftware nur, wenn hierdurch die Gefahr einer Betriebsuntersagung ausgeräumt oder erheblich reduziert wird. Dies setzt voraus, dass alle unzulässigen Abschalteinrichtungen vollständig beseitigt werden.(Rn.58) (Rn.59)

5. Im Rahmen der Vorteilsausgleichung entspricht der Restwert im Falle einer tatsächlichen Veräußerung des Fahrzeugs dem erzielten Kaufpreis. Die Laufleistung ist nach der sog. linearen Berechnungsmethode zu ermitteln.(Rn.56)

6. Der Differenzschadensersatz ist nach § 291 BGB ab der Rechtshängigkeit der ursprünglich in der Hauptsache erhobenen Klage zu verzinsen und nicht erst ab dem Übergang auf den zunächst hilfsweise geltend gemachten Differenzschadensersatz.(Rn.70)

7. Auf der Grundlage von § 823 Abs. 2 BGB kann der Geschädigte nicht den Ersatz vorgerichtlicher Rechtsanwaltskosten verlangen.(Rn.73)

Orientierungssatz

Das KBA beanstandete beim Rückruf des streitgegenständlichen Fahrzeugtyps die temperaturabhängige Steuerung der Abgasrückführung nicht. Es ist nicht erkennbar, warum bei dieser Sachlage der Beklagten ein wenigstens billigendes Inkaufnehmen eines Gesetzesverstoßes vorzuwerfen sein soll. Selbst wenn im Typgenehmigungsverfahren Angaben zu den Einzelheiten der Abgasreinigungssysteme gefehlt haben sollten, läge darin noch kein Anhaltspunkt für eine vorsätzliche „Überlistung“ des KBA.(Rn.19) (Rn.22)

Verfahrensgang

vorgehend LG Saarbrücken, 11. März 2022, 12 O 139/21, Urteil

Tenor

I. Auf die Berufung des Klägers wird das Urteil des Landgerichts Saarbrücken vom 11.03.2022 - 12 O 139/21 - unter Zurückweisung des weitergehenden Rechtsmittels teilweise abgeändert. Die Beklagte wird unter Abweisung der Klage im Übrigen verurteilt, an den Kläger 562 € nebst Zinsen hieraus in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 05.05.2021 zu zahlen.

II. Die Kosten des Rechtsstreits beider Instanzen trägt der Kläger

III. Das Urteil ist ohne Sicherheitsleistung vorläufig vollstreckbar.

IV. Die Revision wird nicht zugelassen.

Gründe

I.

1 Der Kläger nimmt die Beklagte wegen der Verwendung unzulässiger Abschalteinrichtungen in einem Kraftfahrzeug auf Schadensersatz in Anspruch.

2 In erster Instanz hat er großen Schadensersatz geltend gemacht (Zahlung von 30.400 € nebst Zinsen abzüglich Nutzungsentschädigung). Nach Klageabweisung durch Urteil des Landgerichts vom 11.03.2022 hat der Kläger zunächst seine erstinstanzlichen Klageanträge wiederholt und zuletzt primär kleinen Schadensersatz verlangt, hilfsweise Schadensersatz auch unter dem Gesichtspunkt des § 823 Ab. 2 BGB i.V.m. § 27 Abs. 1 EG-FGV (Differenzschadensersatz, Bl. 516 ff. d.A.).

3 Von einer weiteren Darstellung des Sachverhalts wird gemäß §§ 540 Abs. 2, 313a Abs. 1 Satz 1, 543 Abs. 1 Nr. 1, 544 Abs. 2 Nr. 1 ZPO abgesehen.

II.

4 Die Berufung ist nur im Hilfsantrag auf Erstattung eines Differenzschadens teilweise erfolgreich.

1.

5 Dem Kläger steht der mit dem Hauptantrag zu 1 geltend gemachte „kleine Schadensersatzanspruch“ aus §§ 826, 31 BGB auf Zahlung eines Betrags in Höhe von mindestens 15% des Kaufpreises für das Fahrzeug nicht zu.

6 Die Voraussetzungen einer der Beklagten vorzuwerfenden vorsätzlichen sittenwidrigen Schädigung wegen der Verwendung unzulässiger Abschalteinrichtungen im Sinne von Art. 5 Abs. 2 Satz 1 VO (EG) Nr. 715/2007 sind nicht erfüllt.

a.

7 Dies folgt entgegen der Annahme der Beklagten allerdings nicht schon daraus, dass der für den streitgegenständlichen Fahrzeugtyp erteilten EG-Typgenehmigung eine Tatbestandswirkung für die Rechtskonformität zukäme. Bei der Prüfung einer tatbestandlichen Schädigung im Sinne des § 826 BGB ist allein auf das konkret erworbene Fahrzeug abzustellen. Über das Vorliegen unzulässiger Abschalteinrichtungen in genau diesem Fahrzeug sagt die Typgenehmigung nichts (vgl. BGH, Urteil vom 26.06.2023 - VIa ZR 335/21 - BGHZ 237, 245, juris Rn. 10 ff.).

b.

8 Jedoch sind die tatsächlichen Voraussetzungen einer vorsätzlichen sittenwidrigen Handlung im Unternehmen der Beklagten nicht festzustellen.

(1)

9 Dass der Handelnde eine Pflicht verletzt, macht sein Verhalten noch nicht sittenwidrig im Sinne des § 826 BGB. Sein Handeln muss gegen das Anstandsgefühl „aller billig und gerecht Denkenden“ verstoßen und damit als besonders verwerflich zu bewerten sein. Bei mittelbaren Schädigungen kommt es darauf an, dass den Schädiger das Unwerturteil gerade auch in Bezug auf die Schäden desjenigen trifft, der Ansprüche aus § 826 BGB geltend macht (z.B. OLG Schleswig, Urteil vom 23.01.2024 - 7 U 22/23, juris Rn. 34, unter Bezugnahme auf BGH, Urteil vom 25.05.2020 - VI ZR 252/19, juris Rn. 15).

10 Das Inverkehrbringen von Fahrzeugen, deren technische Ausstattung europarechtlichen Vorgaben widerspricht, erfüllt für sich genommen nicht die Voraussetzungen des § 826 BGB. Es müssen weitere besondere Umstände hinzutreten (vgl. nur BGH, Urteil vom 16.09.2021 - VII ZR 190/20, juris Rn. 16).

11 Der Bundesgerichtshof hat sich mit der Frage der Haftung eines Kraftfahrzeugherstellers wegen der Verwendung unzulässiger Abschalteinrichtungen grundlegend in seiner Entscheidung vom 25.05.2020 (VI ZR 252/19), betreffend den VW-Motor EA 189, befasst. Für diesen Motor war eine Software entwickelt und eingebaut worden, die immer und nur dann, wenn sie erkannte, dass das Fahrzeug sich auf dem Prüfstand befand, in einen speziellen Prüfstandsmodus mit optimierter Abgasrückführung schaltete. Der BGH betrachtete dieses Verhalten, bei dem der Hersteller auf der Grundlage einer grundlegenden strategischen Entscheidung im eigenen Gewinninteresse durch Täuschung des KBA systematisch Fahrzeuge in Verkehr brachte, nach deren Motorsteuerungssoftware die Einhaltung der gesetzlichen Abgasgrenzwerte auf dem Prüfstand vorgespiegelt wurde („Umschaltlogik“), im realen Fahrbetrieb hingegen nie gewährleistet war, im Verhältnis zu den insoweit gutgläubigen Fahrzeugerwerbern als besonders verwerflich (BGH, Urteil vom 25.05.2020 - VI ZR 252/19, juris Rn. 16).

12 Liegt ein dem vergleichbarer Sachverhalt nicht vor und kann auch sonst nicht festgestellt werden, dass der Fahrzeughersteller bei der Entwicklung oder Verwendung der Abschalteinrichtung im Bewusstsein ihrer Unzulässigkeit gehandelt und den darin liegen-

den Gesetzesverstoß zumindest billigend in Kauf genommen hätte, ist schon der objektive Tatbestand der Sittenwidrigkeit nicht erfüllt, selbst wenn der Hersteller Kosten senken und Gewinne steigern wollte (BGH, Urteil vom 19.10.2023 - III ZR 221/20, juris Rn. 15-17; Urteil vom 20.07.2023 - III ZR 267/20, juris Rn. 12).

(2)

13 Gemessen an diesen Grundsätzen hat das Landgericht ein sittenwidriges Verhalten der Beklagten im Streitfall selbst unter der unterstellten Prämisse der Unzulässigkeit der vom Kläger gerügten Steuerungssysteme zutreffend verneint (zur Annahme einer Normwidrigkeit von Thermofenster und KSR [in einem Mercedes-Benz E 200 CDI, Motor OM 651, Euro 5], OLG Celle, Urteil vom 22.11.2023 - 7 U 40/23, juris Rn. 13-43; ebenso OLG Stuttgart, Urteil vom 19.10.2023 - 24 U 193/21, juris Rn. 31; zum SCR-Dosiersystem OLG Schleswig, Urteil vom 08.12.2023 - 1 U 105/20, juris Rn. 95-103).

14 Der - nach allgemeinen Grundsätzen als Anspruchsteller darlegungs- und beweisbelastete Kläger - hat ein sittenwidriges Agieren der Beklagten nicht schlüssig dargelegt.

15 Zwar dürfen Substanziierungsanforderungen nicht überspannt werden und es kann vom Fahrzeugerwerber insbesondere nicht verlangt werden, Einzelheiten zu behaupteten Manipulationen vorzutragen, und er darf auch Umstände behaupten, über die er selbst kein zuverlässiges Wissen besitzt. Andererseits ist ohne jeden greifbaren Anhalt willkürlich „aufs Geratewohl“ oder „ins Blaue hinein“ gehaltener Sachvortrag nicht zu berücksichtigen (vgl. allgemein BGH, Beschluss vom 25.01.2022 - VIII ZR 359/20 - BGHZ 232, 28, juris Rn. 57).

16 Letzteres ist hier der Fall.

17 Insbesondere lassen sich dem Vorbringen des Klägers keine konkreten Hinweise darauf entnehmen, dass eine Manipulationssoftware ausschließlich im Prüfstand in einen der Abgasnorm entsprechenden Modus schalten würde. Der Kläger selbst behauptet nicht, dass in seinem Fahrzeug spezifische Algorithmen eingesetzt würden, deren alleiniger Anknüpfungsparameter für die Beeinflussung der Emissionskontrollsysteme ein identifizierter Prüfbetrieb wäre.

18 Reagieren aber die hier in Streit stehenden Abschalteinrichtungen auf dem Prüfstand bei identischen Betriebsbedingungen genauso wie im Realbetrieb - mögen solche Bedingungen nur in einem geringen Prozentsatz aller Realfahrten vorliegen (vgl. BGH, Beschl. v. 30.05.2022 - VIa ZR 51/21, juris Rn. 4: 11%) - rechtfertigt dies nicht den Schluss auf einen vorsätzlichen Rechtsverstoß (vgl. OLG Stuttgart, Urteil vom 19.10.2023 - 24 U 193/21, juris Rn. 70).

(a)

19 Selbst wenn man im Zusammenhang mit dem im Fahrzeug des Klägers verwendeten Thermofenster die Behauptung des Klägers zugrunde legt, das Emissionskontrollsystem arbeite am effizientesten in einem den genormten Temperaturen des NEFZ entsprechenden Bereich von ca. 20-30°C, bedeutet dies zugleich, dass es dies bei identischen Bedingungen im realen Fahrbetrieb ebenso tut (in diesem Sinne z.B. auch OLG Karlsruhe, Urteil vom 13.12.2023 - 6 U 198/20, juris Rn. 56 f.). Sonstige Umstände, die auf ein heimliches und manipulatives Vorgehen der Beklagten und eine Überlistung der Typgenehmigungsbehörde hindeuten könnten, wurden vom Kläger nicht mit Substanz vorgetra-

gen. Vielmehr wird Gegenteiliges dadurch indiziert, dass dem KBA der allgemeine Einsatz von Thermofenstern zur damaligen Zeit bekannt war und es diese nicht als unzulässig bewertete. Der EuGH befasste sich erst mit Urteil vom 17.12.2020 (C-693/18, NJW 2021, 1216) mit der Auslegung der Ausnahmevorschrift des Art. 5 Abs. 2 Satz 2 Buchstabe a VO (EG) Nr. 715/2007 (vgl. dazu OLG Celle, Urteil vom 22.11.2023 - 7 U 40/23, juris Rn. 93; siehe auch OLG Stuttgart, Urteil vom 19.10.2023 - 24 U 193/21, juris Rn. 46). Das KBA beanstandete beim Rückruf des streitgegenständlichen Fahrzeugtyps die temperaturabhängige Steuerung der Abgasrückführung nicht. Warum bei dieser Sachlage der Beklagten ein wenigstens billigendes Inkaufnehmen eines Gesetzesverstoßes vorzuwerfen sein soll, erschließt sich nicht (vgl. - zur KSR - BGH, Beschluss vom 13.10.2021 - VII ZR 179/21, juris Rn. 23).

(b)

20 Auch die im streitgegenständlichen Fahrzeug - jedenfalls bis zum Aufspielen des Updates - verwendete KSR lässt keinen Rückschluss auf ein vorsätzliches sittenwidriges Handeln zu (in diesem Sinne z.B. auch OLG Schleswig, Urteil vom 02.01.2024 - 7 U 57/23 -, juris, betreffend eine dem Streitfall vergleichbare Gestaltung: Mercedes Benz Vito 220 CDI mit Motor OM 651, Euro 6, EZ 10/2016, ebf. betroffen vom Pflichtrückruf des KBA mit den Bescheiden vom 23.05.2018 und vom 03.08.2018; zudem OLG Celle, Urteil vom 20.12.2023 - 7 U 1742/19, juris Rn. 48; OLG Karlsruhe, Urteil vom 13.12.2023 - 6 U 198/20, juris Rn. 72 ff.; OLG Stuttgart, Urteil vom 19.10.2023 - 24 U 193/21, juris Rn. 47 ff.). Die Behauptung des Klägers, dieses System sei nur auf dem Prüfstand aktiv, entbehrt jeglicher (greifbarer) tatsächlicher Anhaltspunkte. Die Funktion wird vom KBA nicht grundsätzlich als unzulässig angesehen. Dies wurde gegenüber anfragenden Gerichten mehrfach ausdrücklich bestätigt (vgl. die Nachweise bei OLG Schleswig, Urteil vom 02.01.2024 - 7 U 57/23, juris Rn. 27). Ebenso wenig wie beim Thermofenster hat der Kläger in Bezug auf das geregelte Kühlmittelthermostat in beachtlicher Weise dargelegt, dass eine dabei verwendete Softwarelogik angesichts der zur (emissionsmindernden) Einstellung des Kühlmittelthermostats verwendeten Parameter gezielt auf den Prüfstand zugeschnitten wäre und im normalen Fahrbetrieb nicht zum Tragen käme. Wird die Grenze von 70°C überschritten, wirkt der geregelte Kühlmittelthermostat innerhalb seiner Aktivierungsbedingungen im Realverkehr genauso wie im NEFZ (vgl. OLG Schleswig, Urteil vom 02.01.2024 - 7 U 57/23, juris Rn. 27 ff.).

21 Auch sonst sind keine greifbaren Anhaltspunkte ersichtlich, die dem Verhalten der Beklagten ein sittenwidriges Gepräge geben würden.

22 Selbst wenn im Typgenehmigungsverfahren Angaben zu den Einzelheiten der Abgasreinigungssysteme gefehlt haben sollten, läge darin noch kein Anhaltspunkt für eine vorsätzliche „Überlistung“ des KBA (vgl. BGH, Urteil vom 20.07.2023 - III ZR 267/20, juris Rn. 14; zur Offenlegungspflicht OLG Stuttgart, Urteil vom 19.10.2023 - 24 U 193/21, juris Rn. 49). Die Behörde hätte sich nach dem Amtsermittlungsgrundsatz (§ 24 Abs. 1 Satz 1 und 2 VwVfG) durch Nachfragen in die Lage versetzen müssen, die Zulässigkeit der Abschalteinrichtung zu prüfen (vgl. OLG Celle, Urteil vom 20.12.2023 - 7 U 1742/19, juris Rn. 54).

(3)

23 Unabhängig von der Frage der Sittenwidrigkeit des Verhaltens der Beklagten fehlt es in der hiesigen Konstellation auch an einem Schädigungsvorsatz.

24 Die Einschätzung des Klägers, wonach die Beklagte darzulegen habe, wie sie zu ihrer Rechtsauffassung bei der Auslegung des Art. 5 Abs. 2 a) der VO (EG) Nr. 715/2007 gelangt sei, teilt der Senat nicht. Der Sachvortrag des Klägers, der behauptet, Hintergrund der „Ausgestaltung der Abschalteinrichtungen“ könne nur „ein systematisches sittenwidriges Vorgehen sein“ (Bl. 432, 436 d.A.) genügt nicht, um auch nur eine sekundäre Darlegungslast der Beklagten zu ihren internen Entscheidungsvorgängen auszulösen (vgl. OLG Karlsruhe, Urteil vom 13.12.2023 - 6 U 198/20, juris Rn. 59; OLG Celle, Urteil vom 22.11.2023 - 7 U 40/23, juris Rn. 93; OLG Hamm, Urteil vom 14.07.2023 - 12 U 55/21, juris Rn. 23 f.).

25 Um einen Anspruch aus § 826 BGB bejahen zu können, bedürfte es weit mehr als der etwaigen fahrlässigen Verkennung dessen, was vom Fahrzeughersteller nach den §§ 6 Abs. 1, § 27 Abs. 1 EG-FGV i.V.m. Art. 5 Abs. 2 Satz 1, Art. 3 Nr. 10 der VO (EG) Nr. 715/2007 verlangt wird. Betrachtet man die Komplexität der Emissionskontrollsysteme und die Vielzahl der berücksichtigten technischen Abwägungskriterien, so mögen im Unternehmen der Beklagten auf verschiedenen Ebenen Entscheidungen getroffen worden sein, die der europäischen Zielsetzung eines hohen Umweltschutzniveaus und dem daraus abzuleitenden Interesse eines Fahrzeugerwerbers an der Normkonformität widersprochen haben. In Anbetracht der Ausführungen des beklagten Herstellers zu den technischen Hintergründen ist aber ohne weiteres plausibel, dass man z.B. das Anliegen verfolgte, den Verschleiß oder die Verschmutzung bestimmter Fahrzeugteile und damit die Wartungsintensität gering zu halten. Zwar legitimieren solche Erwägungen bei richtigem Verständnis des Art. 5 Abs. 2 Satz 1 der VO (EG) Nr. 715/2007 die Verwendung einer Abschalteinrichtung nicht (vgl. OLG Karlsruhe, Urteil vom 14.12.2023 - 4 U 32/22, juris Rn. 49). Dennoch entkräften sie die Annahme, die hiesige Beklagte hätte den Erwerbern ihrer Fahrzeuge (zumindest bedingt) vorsätzlich Schaden zufügen wollen.

(4)

26 Die Erhebung des vom Kläger angebotenen Sachverständigenbeweises war und ist nicht veranlasst.

27 Selbst wenn man Differenzen zwischen Abgasmesswerten im Prüfstand und im Realbetrieb unterstellt, müssen diese nicht auf eine das besonders verwerfliche Vorgehen der Beklagten indizierende Programmierung zurückgehen. Dass Abgaswerte im Realbetrieb schlechter sind als diejenigen, die seinerzeit im NEFZ erzielt wurden, liegt schon angesichts der Unterschiede der Bedingungen und unabhängig von der Verwendung einer Umschaltlogik nahe (dazu BGH, Urteil vom 19.10.2023 - III ZR 221/20, juris Rn. 22; siehe auch OLG Stuttgart, Urteil vom 19.10.2023 - 24 U 193/21, juris Rn. 55).

c.

28 Nach den vorstehenden Erwägungen scheidet zugleich die Annahme eines betrügerischen Handelns der Beklagten im Sinne von § 823 Abs. 2 BGB i.V.m. § 263 StGB aus.

d.

29 Sonstige rechtliche Grundlagen, die den mit dem Hauptantrag geltend gemachten Anspruch auf Gewährung „kleinen“ Schadensersatzes begründen könnten, sind nicht ersichtlich. Insbesondere lässt sich eine solche Rechtsfolge nicht aus § 823 Abs. 2 BGB in Verbindung mit § 6 Abs. 1, § 27 Abs. 1 EG-FGV i.V.m. Art. 5 VO (EG) Nr. 715/2007 herleiten. Der von diesen Vorschriften intendierte Schutz des Vertrauens des Käufers auf die Übereinstimmung des erworbenen Fahrzeugs mit allen maßgebenden Rechtsakten erstreckt sich nicht auf das Interesse, sich vom Kaufvertrag lösen zu können (BGH, Urteil vom 26.06.2023 - VIa ZR 335/21, juris Rn. 19 ff.).

30 Hieraus folgt zugleich die Unbegründetheit des mit dem Hauptantrag zu 2 geltend gemachten Begehrens auf Feststellung eines Annahmeverzugs der Beklagten mit der im Klageantrag zu 1 genannten Zug-um-Zug-Leistung.

2.

31 Der Kläger hat aber einen Anspruch auf Ersatz des sog. Differenzschadens gemäß den §§ 823 Abs. 2, 276, 249 BGB i.V.m. Art. 5 VO (EG) Nr. 715/2007, § 6 Abs. 1, § 27 Abs. 1 EG-FGV.

32 Seit den einschlägigen Entscheidungen des Bundesgerichtshofs vom 26.06.2023 ist anerkannt, dass den Bestimmungen der § 6 Abs. 1, § 27 Abs. 1 EG-FGV Schutzgesetzcharakter im Sinne des § 823 Abs. 2 BGB zukommt und dass diese das Interesse des Fahrzeugkäufers gegenüber dem Fahrzeughersteller wahren, durch den Kaufvertragsabschluss nicht deshalb eine Vermögenseinbuße zu erleiden, weil das Fahrzeug entgegen der vom Hersteller erteilten Übereinstimmungsbescheinigung eine unzulässige Abschalteinrichtung im Sinne des Art. 5 Abs. 2 Satz 1 VO (EG) Nr. 715/2007 aufweist (vgl. BGH, Urteil vom 26.06.2023 - VIa ZR 335/21, juris Rn. 28 ff.).

a.

33 Die haftungsbegründenden Voraussetzungen des Anspruchs sind erfüllt.

(1)

34 Objektiv hat die Beklagte Schutzgesetze im Sinne des § 823 Abs. 2 BGB verletzt.

35 Die Beklagte hat eine unzutreffende Übereinstimmungsbescheinigung erteilt und damit gegen die §§ 6 Abs. 1, 27 Abs. 1 EG-FGV i. V. m. Art. 5 Abs. 2 Satz 1 VO (EG) Nr. 715/2007 verstoßen (vgl. BGH, Urteil vom 26.06.2023 - VIa ZR 335/21, juris Rn. 34; OLG Karlsruhe, Urteil vom 13.12.2023 - 6 U 198/20, juris Rn. 117).

(a)

36 Nach Art. 3 Nr. 10 der Verordnung (EG) Nr. 715/2007 kann eine - nach Art. 5 Abs. 2 Satz 1 VO (EG) Nr. 715/2007 prinzipiell unzulässige - Abschalteinrichtung schon dann vorliegen, wenn die Funktion nur eines beliebigen Teils des Emissionskontrollsystems in Abhängigkeit von bestimmten Parametern verändert und die Wirksamkeit des Emissionskontrollsystems verringert wird. Die Wirksamkeit des unverändert funktionierenden Gesamtsystems ist mit derjenigen des verändert funktionierenden zu vergleichen, und zwar jeweils unter den Bedingungen des normalen Fahrbetriebs im gesamten Unionsgebiet (zu den Einzelheiten BGH, Urteil vom 26.06.2023 - VIa ZR 335/21, juris Rn. 51).

37 Macht ein Hersteller geltend, eine Abschalteinrichtung sei ausnahmsweise zulässig (Art. 5 Abs. 2 Satz 2 a VO (EG) Nr. 715/2007), trägt er hierfür die Darlegungs- und Beweislast (BGH, Urteil vom 26.06.2023 - VIa ZR 335/21, juris Rn. 54). Der Hersteller muss nachweisen, dass die Abschalteinrichtung notwendig ist, um den „Motor vor Beschädigung oder Unfall zu schützen und um den sicheren Betrieb des Fahrzeugs zu gewährleisten“. Bloße Verschmutzung und Verschleiß können nicht als „Beschädigung“ oder „Unfall“ in diesem Sinn angesehen werden, da sie im Prinzip vorhersehbar und der normalen Funktionsweise des Fahrzeugs inhärent sind. Auch der Begriff „Motor“ ist eng auszulegen. So ist z.B. der Dieselpartikelfilter ein vom Motor getrenntes Bauteil (vgl. OLG Stuttgart, Urteil vom 11.01.2024 - 24 U 241/22, juris Rn. 10, 11).

38 Zum Aspekt der Notwendigkeit einer Abschalteinrichtung gehört auch der Nachweis, dass zur Abwendung drohender Risiken zum Zeitpunkt der EG-Typgenehmigung keine andere technische Lösung zur Verfügung stand, selbst wenn diese für den Hersteller die Produktionskosten und für den Nutzer den Wartungsaufwand erhöht hätte (vgl. OLG Celle, Urteil vom 22.11.2023 - 7 U 40/23, juris Rn. 19-22).

(b)

39 Im streitgegenständlichen Fahrzeug wurden, ohne dass es auf die Details der gerade auf dieses Fahrzeug bezogenen die genaue Funktionsweise bestimmenden Parameter ankäme, nach diesen Maßstäben als unzulässig zu betrachtende Abschalteinrichtungen verbaut.

40 Zunächst ist das „Thermofenster“ jenseits seiner Spreizung eine Abschalteinrichtung, weil in diesen Bereichen die Abgasrückführung und -reinigung heruntergeregelt wird. Die Beklagte hat zumindest den - nicht willkürlichen - Kern des Klagevorbringens, dass in Abhängigkeit von der Außentemperatur mindestens eine Reduktion der AGR stattfinde, nicht bestritten (vgl. OLG Karlsruhe, Urteil vom 28.02.2024 - 6 U 45/21 - BeckRS 2024, 3237, Rn. 71). Zudem wird durch das Thermofenster in der streitgegenständlichen Ausgestaltung die Wirksamkeit des Emissionskontrollsystems unter Bedingungen, die bei normalem Fahrzeugbetrieb vernünftigerweise zu erwarten sind, verringert. Hierzu hatte die Beklagte zunächst eingeräumt, dass die Abgasrückführung ab einer unteren Grenze von 14°C Umgebungslufttemperatur reduziert wurde (S. 17 der Berufungserwiderung, Bl. 356 d.A.). Mit kurz vor der mündlichen Verhandlung eingegangenem Schriftsatz vom 14.10.2024 hat sie erklärt, nach dem inzwischen aufgespielten Software-Update aus dem Jahr 2019 liege die untere Grenze bei 4°C. In beiden Fällen wären Fahrbedingungen betroffen, die im Unionsgebiet üblicherweise auftreten. Nicht maßgeblich ist, ob die Temperaturen in Europa im überwiegenden Teil des Jahres innerhalb eines Bereichs liegen, in welchem die AGR voll aktiv ist. Der EuGH hat in seiner Entscheidung vom 14.07.2022 (Az. C-128/10, NJW 2022, 2605 Rn. 65) im Zusammenhang mit der Prüfung einer Ausnahmeregelung nach Art. 5 Abs. 2 Satz 2 der VO (EG) Nr. 715/2007 die Kontrollüberlegung angestellt, dass eine Abschalteinrichtung aus Gründen des Motorschutzes, welche unter normalen Betriebsbedingungen den überwiegenden Teil des Jahres funktionieren müsste, offensichtlich dem mit der Verordnung Nr. 715/2007 verfolgten Ziel zuwiderlaufen würde. Begrifflich setzt diese Überlegung zunächst eine Abschalteinrichtung voraus. Der Umkehrschluss, ein Konstruktionsteil, welches den überwiegenden Teil des Jahres nicht wirksam werde, sei schon keine Abschalteinrichtung oder stets

zulässig, kann daraus nicht gezogen werden (vgl. OLG München, Urteil vom 12.09.2024 - 23 U 6607/20, juris Rn. 85 f.).

41 Ähnlich lag es bei der jedenfalls zum Erwerbszeitpunkt vorhandenen KSR. Die Kühlmittel-Sollwert-Absenkung, die die Emissionen unter bestimmten Betriebsbedingungen reduziert, war nicht ständig aktiviert (vgl. OLG Karlsruhe, Urteil vom 28.02.2024 - 6 U 45/21 - BeckRS 2024, 3237, Rn. 86 f.).

42 Es war nun Sache der Beklagten, die Voraussetzungen der in Art. 5 Abs. 2 Satz 2 a VO (EG) Nr. 715/2007 geregelten Ausnahme darzutun. Sie hätte zum einen vortragen müssen, warum die genannten Einrichtungen nach den strengen Anforderungen dieser Vorschrift notwendig waren, um unmittelbare, über Verschmutzung oder Verschleiß hinausgehende Risiken für den Motor oder die Betriebssicherheit zu vermeiden, und zum anderen, dass dieses Ziel nicht auf andere Weise hätte erreicht werden können. Das ist ihr für die hier in Rede stehenden Systeme nicht gelungen (vgl. - Thermofenster und KSR betreffend - OLG Karlsruhe, Urteil vom 28.02.2024 - 6 U 45/21 - BeckRS 2024, 3237, Rn. 80 f., 90).

43 Den Ausführungen der Beklagten lässt sich nicht entnehmen, dass die befürchteten Auswirkungen über Verschmutzung oder Verschleiß hinausgegangen wären. Ebenso wenig legt sie dar, warum es keine andere technische Lösung zur Abwendung der behaupteten Risiken gegeben haben sollte. Ob eine solche Lösung im Sinne einer anderen Konzeption, Konstruktion oder Werkstoffwahl möglicherweise unwirtschaftlich und/oder für den Kunden weniger attraktiv gewesen wäre, ist ohne Belang. Denn das europarechtlich angestrebte Ziel eines hohen Umweltschutzniveaus wäre in Frage gestellt, würde eine Abschalteinrichtung allein deshalb zugelassen, weil die Kosten für die Forschung hoch sind, die technische Ausrüstung teuer oder die für den Nutzer anfallenden Wartungsarbeiten häufiger und kostspieliger (vgl. OLG Celle, Urteil vom 22.11.2023 - 7 U 40/23, juris Rn. 21; OLG Karlsruhe, Urteil vom 28.02.2024 - 6 U 45/21 - BeckRS 2024, 3237, Rn. 76). Der Europäische Gerichtshof hat zur Erreichung des Ziels eines hohen Umweltschutzniveaus insbesondere auch einen erhöhten und teureren Wartungsaufwand als hinnehmbar betrachtet (vgl. EuGH, Urteil vom 08.11.2022 - C-873/19 - juris Rn. 92 f.; OLG Celle, Urteil vom 20.12.2023 - 7 U 1742/19 -, juris Rn. 85; siehe auch OLG Stuttgart, Urteil vom 22.02.2024 - 24 U 254/21, juris Rn. 74 ff.).

44 Dass die Beklagte alles ihr Mögliche und unter Berücksichtigung dieser Vorgaben Zumutbare getan hätte, ist auch auf der Grundlage ihres eigenen Sachvortrags nicht ersichtlich.

(2)

45 Die Beklagte hat auch schuldhaft gehandelt (§§ 823 Abs. 2, 276 BGB).

(a)

46 Insoweit gilt (vgl. u.a. BGH, Urteil vom 26.06.2023 - VIa ZR 335/21, juris Rn. 59 ff.; BGH, Urteil vom 11.12.2023 - VIa ZR 340/22 -, juris; BGH, Urteil vom 30.01.2024 - VIa ZR 1291/22 -, juris):

47 Der Fahrzeughersteller, der eine Übereinstimmungsbescheinigung trotz der Verwendung einer unzulässigen Abschalteinrichtung ausgegeben und dadurch § 6 Abs. 1, § 27 Abs. 1 EG-FGV verletzt hat, muss Umstände darlegen und beweisen, die sein Verhalten aus-

nahmsweise nicht als fahrlässig erscheinen lassen. Für die Auslegung der §§ 6 Abs. 1, 27 Abs. 1 EG-FGV i.V.m. Art. 3 Nr. 10, Art. 5 Abs. 2 Satz 1 VO (EG) Nr. 715/2007 ist nicht die Rechtsauffassung des KBA maßgebend, sondern das an der Systematik des Art. 5 Abs. 2 der genannten Verordnung orientierte Normverständnis, nach dem Abschalteinrichtungen nur ausnahmsweise und unter engen Voraussetzungen zulässig sein können (BGH, Urteil vom 26.06.2023 - VIa ZR 335/21, juris Rn. 60).

48 Beruft sich der Hersteller zu seiner Entlastung auf einen unvermeidbaren Verbotsirrtum im Zeitpunkt des Vertragsschlusses des Klägers, muss er zunächst konkret darlegen und beweisen, dass sich sämtliche seiner verfassungsmäßig berufenen Vertreter im Sinne des § 31 BGB über die Rechtmäßigkeit der vom Käufer dargelegten und erforderlichenfalls nachgewiesenen Abschalteinrichtung mit allen für die Prüfung nach Art. 5 Abs. 2 VO (EG) Nr. 715/2007 bedeutsamen Einzelheiten im maßgeblichen Zeitpunkt des objektiven Pflichtverstoßes sowie zusätzlich des Vertragsschlusses (dazu BGH, Urteil vom 11.12.2023 - VIa ZR 340/22 - juris Rn. 12) im Irrtum befanden oder im Falle einer Ressortaufteilung den damit verbundenen Pflichten genügten. Der Irrtum muss außerdem die Rechtmäßigkeit der konkreten, in Rede stehenden Abschalteinrichtung mit allen für die Prüfung nach Art. 5 Abs. 2 VO (EG) Nr. 715/2007 bedeutsamen Einzelheiten betreffen. Nur in Bezug auf einen in diesen Einzelheiten konkret festgestellten Irrtum der maßgebenden Personen kann der Sorgfaltsmaßstab der Fahrlässigkeit sinnvoll geprüft und kann die Unvermeidbarkeit festgestellt werden (zu den Maßstäben vgl. BGH, Urteil vom 26.06.2023 - VIa ZR 335/21, juris Rn. 63 ff.). Eine Entlastung ohne Rücksicht auf die aus den vorstehenden Erwägungen folgenden Sorgfaltspflichten, etwa mit Rücksicht darauf, dass der Verwendung von Thermofenstern ein allgemeiner Industriestandard zugrunde lag oder dass nach den vom Berufungsgericht zitierten Angaben des KBA rechtlich von ihm so bewertete unzulässige Abschalteinrichtungen auch nach umfangreichen Untersuchungen nicht festgestellt worden seien, kommt dagegen nach dem gesetzlichen Fahrlässigkeitsmaßstab nicht in Betracht (BGH, Urteil vom 30.01.2024 - VIa ZR 1291/22, juris Rn. 14).

(b)

49 Nach diesen Maßstäben hat die Beklagte die gegen sie sprechende Vermutung eines schuldhaften Schutzgesetzverstoßes nicht entkräftet.

50 Sie hat schon die Voraussetzungen eines Irrtums im Sinne einer Verkennung der rechtlichen Anforderungen des Art. 5 Abs. 2 VO (EG) Nr. 715/2007 nicht hinreichend vorgetragen.

51 Mit dem Vorbringen im Schriftsatz vom 14.10.2024, in dem die Beklagte sich auf einen von ihr als unvermeidbar erachteten Irrtum der Leiter der Abteilungen „Vertriebsplanung Pkw“ und „Fahrzeugdokumentation“ beruft, ist nicht dargelegt, dass sich sämtliche im Sinne des § 31 BGB verantwortlichen Personen über die Rechtmäßigkeit der hier in Rede stehenden konkreten Kombination von Abschalteinrichtungen mit sämtlichen Einzelheiten im maßgeblichen Zeitpunkt geirrt hätten. Die Beklagte trägt auch nichts dazu vor, dass ihre Repräsentanten im Rahmen ihrer Organisationspflichten ihren Mitarbeitern alle notwendigen Informationen zur Verfügung gestellt hätten. Ebenso wenig erklärt sie, welche Personen welche Überlegungen zur rechtlichen Einordnung der behaupteten drohenden Nachteile - z.B. unerwünschte Ablagerungen, schnellere Verschmutzung des Partikelfilters, erhöhter Verschleiß, Gefahr des Entweichens von Ammoniak - als „Beschädigung“ des Motors angestellt haben. Es ist nicht ersichtlich, dass man die Frage nach

der Vereinbarkeit der gewählten Lösung mit den strengen Vorgaben der Verordnung und nach etwaigen technischen Alternativen überhaupt aufgeworfen hätte und dass und auf welcher Grundlage man letztlich zu der Überzeugung gelangt wäre, die konkret verwendeten Kombination von Abschalteinrichtungen im streitgegenständlichen Motor sei normkonform (zur unzureichenden Darlegung eines Rechtsirrtums auch OLG Celle, Urteil vom 22.11.2023, 7 U 40/23, juris Rn. 50 ff.; OLG Stuttgart, Urteil vom 30.11.2023 - 24 U 153/21, juris Rn. 118, und Urteil vom 11.01.2024 - 24 U 241/22, juris Rn. 41 ff. [zur KSR]; ausführlich OLG Karlsruhe, Urteil vom 14.12.2023 - 4 U 32/22, juris Rn. 56 ff.; siehe auch - Fahrlässigkeit bzgl. KSR - OLG Stuttgart, Urteil vom 22.02.2024 - 24 U 254/21, juris Rn. 111 ff.).

(3)

52 Zur Erwerbskausalität kann sich der Kläger als Anspruchsteller bei der Inanspruchnahme der Beklagten nach § 823 Abs. 2 BGB in Verbindung mit §§ 6 Abs. 1, 27 Abs. 1 EG-FGV auf den Erfahrungssatz stützen, dass er den Kaufvertrag zum vereinbarten Kaufpreis nicht geschlossen hätte, hätte er von der Gefahr drohender Maßnahmen nach § 5 Abs. 1 FZV mit Rücksicht auf unzulässige Abschalteinrichtungen gewusst (vgl. BGH, Urteil vom 26.06.2023 - VIa ZR 335/21, juris Rn. 55).

b.

53 Der Schaden des Klägers beträgt 562 €.

(1)

54 Ein Vermögensschaden des Käufers im Sinne der Differenzhypothese (§ 249 BGB) setzt voraus, dass der Vergleich der infolge des haftungsbegründenden Ereignisses eingetretenen Vermögenslage mit der Vermögenslage ohne das haftungsbegründende Ereignis ein rechnerisches Minus ergibt bzw. der objektive Wert des erworbenen Fahrzeugs hinter dem Kaufpreis zurückbleibt. Der Käufer eines mit einer unzulässigen Abschalteinrichtung versehenen Fahrzeugs ist um den Betrag geschädigt, um den er den Kaufgegenstand mit Rücksicht auf die mit der unzulässigen Abschalteinrichtung verbundenen Risiken drohender - nicht notwendig bereits erfolgter - Maßnahmen der Zulassungsbehörde bis hin zu einer Betriebsbeschränkung oder -untersagung zu teuer erworben hat. Da die Beklagte wegen des enttäuschten Vertrauens des Käufers auf die Richtigkeit der Übereinstimmungsbescheinigung für die aus dem Vertragsschluss folgenden Schäden haftet, kommt es - ebenso wie bei dem nach § 826 BGB wahlweise eröffneten „kleinen“ Schadensersatz - für den Vermögensvergleich nicht auf den Zeitpunkt des Schlusses der mündlichen Verhandlung an, sondern auf den Zeitpunkt des Vertragsschlusses (BGH, Urteil vom 26.06.2023 - VIa ZR 335/21, juris Rn. 39-42).

55 Der geschätzte Schaden kann aus Gründen unionsrechtlicher Effektivität nicht geringer sein als 5% des gezahlten Kaufpreises, umgekehrt aus Gründen der Verhältnismäßigkeit aber auch nicht höher als 15% des gezahlten Kaufpreises. Bei der Schätzung des Schadens innerhalb dieses Rahmens sind insbesondere folgende Umstände zu berücksichtigen: der objektive Wert des Fahrzeugs im Zeitpunkt des Vertragsschlusses, Umfang und Eintrittswahrscheinlichkeit in Betracht kommender Betriebsbeschränkungen bei einer auf den Zeitpunkt des Vertragsschlusses bezogenen Betrachtung, das Gewicht des haftungsbegründenden konkreten Rechtsverstoßes für das unionsrechtliche Ziel der Einhal-

tung gewisser Emissionsgrenzwerte sowie der Grad des Verschuldens (BGH, Urteil vom 26.06.2023 - VIa ZR 335/21 -, BGHZ 237, 245, juris Rn. 74-78).

56 Auch der Schadensersatzanspruch aus § 823 Abs. 2 BGB i.V.m. § 6 Abs. 1, § 27 Abs. 1 EG-FGV unterliegt der Vorteilsausgleichung. Als anzurechnender Vorteil kommt neben den Nutzungen, die der Geschädigte durch den Gebrauch des Fahrzeugs zieht, insbesondere dessen Restwert in Betracht (BGH, Urteil vom 26.06.2023 - VIa ZR 335/21 -, BGHZ 237, 245-280, juris Rn. 44, 80). Der Restwert ist unabhängig davon zu berücksichtigen, ob der Geschädigte ihn durch eine Weiterveräußerung des Fahrzeugs in seinem Vermögen realisiert hat (BGH, Urteil vom 27.11.2023 - VIa ZR 159/22, juris Rn. 13). Nutzungsvorteile und Restwert sind dabei erst dann und nur insoweit schadensmindernd anzurechnen, als sie den Wert des Fahrzeugs bei Abschluss des Kaufvertrags (gezahlter Kaufpreis abzüglich Differenzschaden) übersteigen (vgl. BGH, Urteil vom 26.06.2023, a.a.O., juris Rn. 80). Die Anrechnung kann im Einzelfall zu einem vollständigen Wegfall des Schadensersatzanspruchs führen, ohne dass Grundsätze des Unionsrechts dem entgegenstehen (vgl. BGH, Urteil vom 24.07.2023 - VIa ZR 752/22, juris Rn. 12).

57 Die aus der Nutzung des Fahrzeugs gezogenen Vorteile schätzt der Senat gemäß § 287 ZPO anhand der so genannten linearen Berechnungsmethode, bei der der Kaufpreis für das Fahrzeug durch die im Erwerbszeitpunkt zu erwartende Restlaufleistung geteilt und das Ergebnis mit den gefahrenen Kilometern multipliziert wird (vgl. BGH, Urteil vom 25.05.2020 - VI ZR 252/19, a.a.O., Rn. 64). Dabei legt der Senat für den Regelfall, der ständigen Rechtsprechung des Saarländischen Oberlandesgerichts entsprechend (vgl. z.B. OLG Saarbrücken, Urteil vom 29.09.2023 - 3 U 20/22, juris Rn. 16), eine zu erwartende Gesamtlaufleistung von 250.000 km zugrunde (ebenso OLG Stuttgart, Urteil vom 19.10.2023 - 24 U 193/21, juris Rn. 84).

(2)

58 Ein nach diesen Berechnungsgrundsätzen ersatzfähiger Vermögensschaden des Klägers entfällt bzw. mindert sich nicht schon dadurch, dass auf sein Fahrzeug ein Update für die Motorsteuerungssoftware aufgespielt wurde, zu dem die Beklagte vorträgt, es habe das geregelte Kühlmittelthermostat vollständig beseitigt.

(a)

59 Dass für die Schätzung des Differenzschadens auf den Zeitpunkt des Vertragsschlusses abzustellen ist, schließt eine schadensmindernde Berücksichtigung später eintretender Umstände im Wege der Vorteilsausgleichung, deren Voraussetzungen der Fahrzeughersteller darzulegen und zu beweisen hat, allerdings nicht aus. Beruft sich der Fahrzeughersteller auf die nachträgliche Verbesserung des Fahrzeugs durch ein Software-Update, kann damit eine Schadensminderung indessen nur verbunden sein, wenn das Software-Update nicht seinerseits eine unzulässige Abschalteinrichtung beinhaltet und soweit es die Gefahr von Betriebsbeschränkungen signifikant reduziert (BGH, Urteil vom 26.06.2023 - VIa ZR 335/21, juris Rn. 80). Insbesondere die nachträgliche Beseitigung einer unzulässigen KSR kann gegebenenfalls zu einer Aufwertung des Fahrzeugs führen, die im Wege der Vorteilsausgleichung zu einer Minderung oder, sofern keine anderen Abschalteinrichtungen vorhanden sind, auch zum Wegfall des Differenzschadens führen kann (BGH, Urteil vom 31.07.2024 - VIa ZR 910/22 -, juris, Rn. 12).

(b)

60 Im Streitfall ist nicht davon auszugehen, dass die den Schaden begründende Gefahr einer Betriebsuntersagung durch ein Update ausgeräumt oder auch nur erheblich reduziert worden wäre.

61 Selbst nach Beseitigung der KSR blieb immer noch das Risiko einer Betriebsuntersagung wegen des „Thermofensters“ (vgl. OLG Karlsruhe, Urteil vom 24.04.2024 - 6 U 88/21 - juris Rn. 161 ff., 165). Die Beklagte selbst behauptet nicht, dass das Software-Update (auch) die - wie ausgeführt unzulässige - Temperaturabhängigkeit der Abgasrückführung vollständig beseitigt hätte. Sie hat insoweit auch zuletzt noch erklärt, die temperaturabhängige Steuerung der Abgasrückführung werde im unteren Temperaturbereich ab 4°C, mithin unter im gesamten Unionsgebiet üblichen Fahrbedingungen, schrittweise reduziert. In Anbetracht dessen bewirkte das Software-Update nach der Überzeugung des Senats keine so signifikante Reduktion der Gefahr der Betriebseinschränkung, dass der Differenzschaden gemindert wäre (vgl. OLG Karlsruhe, Urteil vom 25.09.2024 - 6 U 155/21 -, juris, Rn. 137-142; siehe auch OLG Celle, Urteil vom 10.07.2024 - 7 U 395/22, juris Rn. 16: eine Schadensminderung durch ein Update setze voraus, dass keine unzulässigen, eventuell behördliche Maßnahmen auslösenden Abschalteinrichtungen verblieben).

(3)

62 Unter Anwendung der oben dargelegten Berechnungsgrundsätze beträgt der ersatzfähiger Differenzschaden des Klägers 562 €.

(a)

63 Der Senat schätzt die Höhe des so zunächst entstandenen Schadens nach § 287 Abs. 1 ZPO unter Berücksichtigung der oben genannten Bemessungskriterien auf 10% des Kaufpreises, mithin auf 3.040 €.

64 Es handelt sich um einen durchschnittlichen Fall. Die im Zeitpunkt des Vertragsschlusses mit der Verwendung einer unzulässigen Abschalteinrichtung verbundenen Nachteile lagen in einem gewissen Risiko behördlicher Anordnungen, die einer unveränderten Benutzbarkeit des Fahrzeugs entgegenstehen würden. Schon im maßgeblichen Zeitpunkt des Vertragsschlusses waren allerdings Anordnungen von sehr weitreichendem Umfang, namentlich eine unumgängliche Betriebsuntersagung, fernliegend. Der Senat ist davon überzeugt, dass die vorliegende Motorsteuerung jedenfalls so beschaffen ist, dass zwar eine gewisse, aber nicht hohe Wahrscheinlichkeit gegeben war, dass ein vorschriftsmäßiger (oder behördlich unbeanstandeter) Zustand des Fahrzeugs selbst durch Anpassungen der Motorsteuerung (Update) nicht zu erreichen sein würde. Dafür spricht der - als Indiz für die maßgebliche Prognose zum Zeitpunkt des Kaufvertrags geeignete - Umstand, dass derartige unbedingte Betriebsuntersagungen wegen der vorliegenden Abschalteinrichtungen bislang nicht bekannt sind.

(b)

65 Ausgehend von der vom Kläger im Schriftsatz vom 02.01.2024 mitgeteilten Laufleistung von 141.500 km zum Zeitpunkt der Weiterveräußerung seines Fahrzeugs (15.03.2022) betragen die Vorteile aus der Nutzung des mit einem Kilometerstand von 31.000 km für 30.400 € erworbenen Fahrzeugs 15.338,81 (30.400 € / [250.000 km - 31.000 km] x [141.500 - 31.000])

66 Als Restwert setzt der Senat im Rahmen des ihm gemäß § 287 ZPO eröffneten Schätzungsermessens den vom Kläger bei der Weiterveräußerung erzielten Erlös von 14.500 € an.

67 Die Höhe der Vorteile beläuft sich auf insgesamt 29.838,81 €.

(c)

68 Der tatsächliche Wert des Fahrzeugs bei Kaufvertragsabschluss beträgt 27.360 € (90% von 30.400 €).

69 Die Vorteile übersteigen den tatsächlichen Fahrzeugwert bei Kauf um 2.478 € und sind in dieser Höhe auf den Differenzschaden von 3.040 € anzurechnen. Damit verbleibt ein Schaden von 562 €.

3.

70 Der Differenzschadensersatz ist gemäß § 291 BGB seit dem 05.05.2021 zu verzinsen. Bei der Umstellung von dem ursprünglich in der Hauptsache geltend gemachten „kleinen“ Schadenersatz gemäß § 826 BGB auf den zunächst nur hilfsweise verfolgten Differenzschadensersatzanspruch handelt es sich nicht um eine Klageerweiterung (§ 264 Nr.2 ZPO) oder Klageänderung (§ 263 ZPO) (vgl. Becker-Eberhard in MünchKommZPO, 6. Auflage 2020, § 261 Rn. 30), sondern um eine stets zulässige Klageänderung, die den Klageanspruch nicht quantitativ erhöht (vgl. OLG Karlsruhe, Urteil vom 28.02.2024 - 6 U 45/21, juris Rn. 188; OLG Schleswig, Urteil vom 02.01.2024 - 7 U 57/23, juris Rn. 57). Damit ist auf den Tag nach Eintritt der durch die Zustellung der Klage am 04.05.2021 bewirkten Rechtshängigkeit abzustellen.

4.

71 Mit dem Hilfsantrag zu Ziff. 2. begehrt der Kläger die gesonderte Feststellung, dass die Beklagte die Kosten des Rechtsstreits zu tragen hat.

72 Unabhängig von der Frage des zweifelhaften Feststellungsinteresses (verneinend wegen Vorrangs der Kostenregelungen der ZPO als besserer Rechtsschutzmöglichkeit OLG Düsseldorf, Urteil vom 12.12.2023 - 23 U 199/22, juris Rn. 56) ist der Antrag jedenfalls unbegründet (zum Offenlassen des Feststellungsinteresses Becker-Eberhard in: MünchKommZPO, 6. Auflage 2020, § 256 Rn. 38). Eine materiellrechtliche Kostenerstattungspflicht der Beklagten besteht nicht. Der mit der ursprünglichen Klage primär gestellte Antrag auf „großen“ Schadensersatz war von vornherein unbegründet.

5.

73 Der Kläger kann nicht die Zahlung vorgerichtlicher Anwaltskosten verlangen. Als Anspruchsgrundlage käme nur § 826 BGB (bzw. §§ 823 Abs. 2, 263 StGB oder 831 BGB) in Betracht. Die Voraussetzungen dieser Vorschriften sind, wie dargelegt, nicht erfüllt. Allein auf der Grundlage des § 823 Abs. 2 BGB in Verbindung mit § 6 Abs. 1, § 27 Abs. 1 EG-FGV kann neben einem Anspruch auf Ersatz des Differenzschadens eine Erstattung vorgerichtlicher Rechtsanwaltskosten nicht verlangt werden (BGH, Urteil vom 16.10.2023 - VIa ZR 14/22 - juris Rn. 13; siehe auch OLG Hamm, Urteil vom 20.11.2023 - 18 U 225/22, juris Rn. 219).

6.

74 Die Kostenentscheidung folgt aus § 92 Abs. 2 Nr. 1 ZPO, die Entscheidung über die vorläufige Vollstreckbarkeit aus den §§ 708 Nr. 10, 713 ZPO.

75 Die Revision ist nicht zuzulassen, da die Voraussetzungen des § 543 Abs. 2 ZPO nicht gegeben sind. Die Grundsatzfragen sind höchstrichterlich geklärt. Ansonsten geht es um die Anwendung dieser Grundsätze auf die konkrete Konstellation des Streitfalls, so dass eine Entscheidung des Revisionsgerichts auch nicht zur Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung erforderlich ist.