Gericht:	OLG Stuttgart 24. Zivilsenat
Entscheidungsdatum:	13.03.2025
Aktenzeichen:	24 U 2421/22
ECLI:	ECLI:DE:OLGSTUT:2025:0313.24U2421.22.00
Dokumenttyp:	Urteil
Quelle:	juris
Normen:	Art 3 Nr 10 EGV 715/2007, Art 5 Abs 2 S 1 EGV 715/2007, § 6 Abs 1 EG-FGV, § 27 Abs 1 EG-FGV, § 133 BGB ... mehr

---

Diesel-Abgasskandal: Bedeutung einer Kaufvertrags-Klausel über die Abtretung von Ansprüchen aus Sachmängelhaftung für deliktische Schadenersatzansprüche

Leitsatz

1. Eine Abtretungsklausel in einem Pkw-Kaufvertrag, in der ein privater Verkäufer seine Haftung für Sach- und Rechtsmängel gegenüber dem Käufer ausschließt und diesem gleichzeitig gegebenenfalls noch gegenüber seinem früheren Verkäufer zustehende Ansprüche aus der Haftung für Sach- und Rechtsmängel abtritt, umfasst nach der wohlverstandenen Interessenlage der Parteien nach §§ 133, 157 BGB nicht deliktische Ansprüche des Verkäufers gegen den Fahrzeughersteller.(Rn.31)

2. Das gilt auch dann, wenn der private Verkäufer das Fahrzeug direkt vom Hersteller erworben hat.(Rn.42)

Orientierungssatz

Zitierungen zu Leitsatz 1: So auch OLG Celle, Urteil vom 20. Dezember 2023 - 7 U 1742/19, MDR 2024, 225; entgegen OLG Stuttgart, Urteil vom 10. September 2021 - 23 U 519/21, Justiz 2022, 135.

Verfahrensgang

vorgehend LG Stuttgart, 23. August 2022, 8 O 140/22
anhängig BGH, kein Datum verfügbar, VIII ZR 82/25

Tenor

I. Auf die Berufung der Klagepartei wird das Urteil des Landgerichts Stuttgart vom 23.08.2022 wie folgt abgeändert:

1. Die Beklagte wird verurteilt, an die Klagepartei 2.450,00 € nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem jeweiligen Basiszinssatz seit 17.07.2024 zu zahlen.

2. Im Übrigen wird die Klage abgewiesen.

II. Im Übrigen wird die Berufung der Klagepartei zurückgewiesen.

III. Von den Kosten des Rechtsstreits erster Instanz tragen die Klagepartei 87% und die Beklagte 13%; von denen zweiter Instanz tragen die Klagepartei 78% und die Beklagte 22%.

IV. Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar. Das erstinstanzliche Urteil ist – soweit nicht abgeändert – ohne Sicherheitsleistung vorläufig vollstreckbar. Beiden Parteien wird nachgelassen, die Vollstreckung des Gegners gegen Sicherheitsleistung in Höhe von 110% des vollstreckbaren Betrages abzuwenden, sofern dieser nicht vor der Vollstreckung Sicherheit in Höhe von 110% des jeweils beizutreibenden Betrages leistet.

V. Die Revision wird zugelassen.

Beschluss

Der Streitwert wird für das Berufungsverfahren auf bis 19.000,00 € festgesetzt.

Gründe

I.

A.

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

2 Die Klagepartei kaufte das streitgegenständliche Fahrzeug Mercedes-Benz B 180 CDI am 27.09.2013 von der Beklagten zum Preis von 24.500,00 €. Bei Übergabe am 01.10.2013 wies das Fahrzeug eine Laufleistung von 3.599 km auf. Das Fahrzeug war von der Beklagten unter Verwendung eines Motors mit der Bezeichnung OM 651 hergestellt worden und verfügt über eine EG-Typgenehmigung nach der Schadstoffklasse Euro 5.

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

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

5 Über ein SCR-System verfügt das Fahrzeug nicht. Die Beklagte erhebt die Einrede der Verjährung.

6 Erstinstanzlich hat die Klagepartei zuletzt beantragt für Recht zu erkennen:

7 1. Die Beklagte wird verurteilt, an die Klagepartei Schadenersatz i.H.v. 18.321,62 Euro nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem jeweiligen Basiszinssatz seit dem 31.03.2022 zu zahlen, Zug um Zug gegen Übereignung und Übergabe des Fahrzeugs Mercedes-Benz B 180 mit der FIN WDD2462001J.....

8 2. Es wird festgestellt, dass sich die Beklagte mit der Rücknahme des Fahrzeugs Mercedes-Benz B 180 mit der FIN WDD2462001J…. seit dem 31.03.2022 im Annahmeverzug befindet.

9 3. Die Beklagte wird verurteilt, an die Klagepartei die durch die Beauftragung des Prozessbevollmächtigten entstandenen vorgerichtlichen Rechtsanwaltskosten in Höhe von 619,40 Euro nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem jeweiligen Basiszinssatz seit dem 31.03.2022 zu zahlen.

10 Dazuhin erklärt der Kläger den Antrag Z. 1 in Höhe von 372,13 Euro für teilweise erledigt.

11 Die Beklagte hat beantragt,

12 die Klage abzuweisen und hat sich der Teilerledigterklärung nicht angeschlossen.

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

B.

14 Das Landgericht hat die Klage abgewiesen.

C.

15 Gegen dieses Urteil hat die Klagepartei Berufung eingelegt. Nachdem die Klagepartei erstinstanzlich allein den großen Schadensersatz begehrt hatte, hat sie in der Berufungsinstanz erstmals mit Schriftsatz vom 15.07.2024, welcher der Beklagten am 16.07.2024 zugestellt worden ist, den Differenzschadensersatz geltend gemacht.

16 Nachdem die Klagepartei in der Berufungsbegründung zunächst unter Abänderung des erstinstanzlichen Urteils folgende Sachanträge gestellt hatte:

17 1. Die Beklagte wird verurteilt, an die Klagepartei Schadenersatz i.H.v. 17.949,49 EUR nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem jeweiligen Basiszinssatz seit dem 31.03.2022 zu zahlen, Zug um Zug gegen Übereignung und Übergabe des Fahrzeugs Mercedes-Benz B 180 CDI mit der FIN WDD2462001J….

18 2. Es wird festgestellt, dass sich die Beklagte mit der Rücknahme des Fahrzeuges Mercedes-Benz B 180 CDI mit der FIN WDD2462001J…. seit dem 31.03.2022 im Annahmeverzug befindet.

19 3. Die Beklagte wird verurteilt, an die Klagepartei die durch die Beauftragung des Prozessbevollmächtigten entstandenen vorgerichtlichen Rechtsanwaltskosten in Höhe von 619.40 EUR nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem jeweiligen Basiszinssatz seit dem 31.03.2022 zu zahlen.

20 **beantragt die Klagepartei**, nachdem sie das Fahrzeug unter Verwendung eines XXXX-Kaufvertragsformulars, das folgende Klausel enthielt:

21 *„Das Kraftfahrzeug wird unter Ausschluss der Haftung für Sach- und Rechtsmängelhaftung verkauft. Dieser Ausschluss gilt nicht für Schäden, die aufgrund einer grob fahrlässigen oder vorsätzlichen Verletzung von Pflichten des Verkäufers oder seines*

Erfüllungsgehilfen beruhen sowie bei der Verletzung von Leben, Körper und Gesundheit. Ggf. noch bestehende Ansprüche aus der Haftung für Sach- und Rechtsmängel werden ebenso wie ggf. bestehende Garantieansprüche an den Käufer abgetreten."

22 am 13.03.2024 bei einem km-Stand von 93.500 km zum Preis von 9.400,00 € an eine Dritte Person weiterverkauft hatte,

23 **unter Abänderung des angefochtenen Urteils und Berufungsrücknahme im Übrigen wie folgt für Recht zu erkennen:**

24 **Die Beklagte wird verurteilt, an die Klagepartei Schadenersatz i.H.v. 3.675,00 Euro nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem jeweiligen Basiszinssatz seit dem 31.03.2022 zu zahlen.**

25 **Die Beklagte beantragt,**

26 **die Berufung zurückzuweisen.**

D.

27 Die Beklagte verteidigt das landgerichtliche Urteil. So verfüge das Fahrzeug bereits nicht über unzulässige Abschalteinrichtungen. Die AGR sei aus Motorschutzgründen zulässig; die KSR sei bereits keine Abschalteinrichtung. Zumindest führe das von ihr entwickelte und vom KBA freigegebene Software-Update im Wege der Vorteilsausgleichung zu einem Wegfall eines Schadens.

E.

28 Der Senat hat mit den Parteien am 27.02.2025 mündlich verhandelt. Wegen der weiteren Einzelheiten des Sach- und Streitstandes in der Berufung wird im Übrigen auf das Sitzungsprotokoll, die Berufungsbegründung, die Berufungserwiderung sowie die weiteren Schriftsätze der Parteien im Berufungsverfahren Bezug genommen.

II.

29 Die zulässige Berufung der Klagepartei hat in der Sache teilweise Erfolg. Im Übrigen ist sie unbegründet. Der Klagepartei steht ein Anspruch auf Differenzschadensersatz in der aus dem Tenor ersichtlichen Höhe zu; darüber hinaus besteht ein solcher Anspruch nicht. Die Voraussetzungen für einen Anspruch auf den großen Schadensersatz werden von der Klagepartei nicht mehr behauptet, weshalb Ausführungen hierzu nicht veranlasst sind.

30 Der Anspruch auf den Differenzschadensersatz ist in dem aus dem Tenor ersichtlichen Umfang begründet. Die Klagepartei ist aktivlegitimiert (1.). Der Anspruch steht der Klagepartei aus § 823 Abs. 2 BGB i.V.m. § 6 Abs. 1, § 27 Abs. 1 EG-FGV zu (2.), wobei diesen der Senat nach § 287 ZPO mit 10% des Kaufpreises bemisst (3.). Die Klagepartei muss sich vorliegend im Rahmen der Vorteilsausgleichung weder den durch den Weiterverkauf erzielten Erlös und die gezogenen Nutzungen schadensmindernd anrechnen lassen, da diese den objektiven Fahrzeugwert vorliegend nicht erreichen, noch das von der Beklagten angebotene Software-Update (4.). Die von der Beklagten erhobene Einrede der Verjährung greift nicht (5.).

1.

31 Die Klagepartei ist hinsichtlich des Anspruchs aus § 823 Abs. 2 BGB in Verbindung mit § 6 Abs. 1, § 27 Abs. 1 EG-FGV aktivlegitimiert; sie hat den deliktischen Anspruch nicht im Rahmen der Weiterveräußerung des Fahrzeuges an den neuen Erwerber abgetreten. Nach dem eindeutigen Wortlaut der Klausel werden nur die vertraglichen Ansprüche aus Sach- und Rechtsmängelhaftung aus dem Ursprungskaufvertrag abgetreten (§§ 133, 157 BGB). Da eine vorrangig zu beachtende Übereinstimmung des wirklichen Willens der Parteien gemäß § 133 BGB nicht ersichtlich ist (a.), folgt dies aus einer normativen Auslegung gemäß §§ 133, 157 BGB (b.). Eine einheitliche Auslegung der Klausel als Allgemeine Geschäftsbedingung nach ihrem objektiven Inhalt und typischen Sinn würde zum gleichen Auslegungsergebnis kommen (c.).

a.

32 Nach § 133 BGB ist bei der Auslegung einer Willenserklärung primär der wirkliche Wille des Erklärenden zu erforschen und nicht an dem buchstäblichen Sinn des verwendeten Ausdrucks zu haften. Dementsprechend ist für den Inhalt eines Vertrages der übereinstimmende Wille der Beteiligten maßgebend, selbst wenn die Erklärungen objektiv eine andere Bedeutung haben sollten. Der übereinstimmende Wille der Vertragsparteien hat mithin Vorrang vor dem Vertragswortlaut und geht jeder anderen Interpretation vor (ständige Rechtsprechung: u.a. BGH, Urteil vom 15.11.1995 – XII ZR 72/94, juris Rn. 24 mwN.). Ein solcher übereinstimmender tatsächlicher Wille der Parteien des Weiterveräußerungskaufvertrages in dem Sinn, dass auch der deliktische Anspruch auf den Differenzschadensersatz abgetreten werden sollte, wird von der Beklagten bereits nicht vorgetragen. Sie stützt sich allein auf eine normative Auslegung der Vertragsklausel.

b.

33 Mangels eines vorgetragenen oder feststellbaren übereinstimmenden tatsächlichen Willens ist die Klausel gem. §§ 133, 157 BGB danach auszulegen, wie die beiden Vertragsparteien jeweils die Vertragsklausel nach Treu und Glauben unter Berücksichtigung der Verkehrssitte verstehen mussten. Dabei ist im Rahmen der Auslegung in erster Linie der von den Vertragsparteien gewählte Wortlaut und der dem Wortlaut zu entnehmende objektiv erklärte Parteiwille zu berücksichtigen; weiter sind sämtliche Begleitumstände und die Interessenlage der jeweiligen Vertragspartei (§§ 133, 157 BGB) zu beachten, soweit diese Umstände für den Vertragspartner bei Vertragsschluss erkennbar waren (st. Rspr. etwa BGH, Urteile vom 16.11.2022 – VIII ZR 383/20, juris Rn. 33; vom 19.09.2018 – VIII ZR 231/17, juris Rn. 17; vom 16.10.2012 – X ZR 37/12, juris Rn. 18 jew. mwN). Danach umfasst die Klausel aufgrund ihres Wortlautes (dazu unter (1) und (2)) und der in ihr erkennbar zum Ausdruck gebrachten typischen Interessenlage privater Käufer und Verkäufer (3) eindeutig allein die vertraglichen Ansprüche aus Sach- und Rechtsmängelhaftung und erfasst nicht den streitgegenständlichen deliktischen Anspruch auf den Differenzschadensersatz (so auch allgemein zu deliktischen Ansprüchen Dr. Eggert, Rechtsprobleme bei einer Kette von Kaufverträgen, DAR 2015, 541, 545). Die Möglichkeit des Bestehens einer Gesamtgläubigerschaft zwischen vertraglichen und deliktischen Ansprüchen steht dem – entgegen der Auffassung des 23. Zivilsenats des OLG Stuttgart zu einem deliktischen Anspruch aus § 826 BGB bei einer fast wortgleichen Klausel (OLG Stuttgart, Ur-

teil vom 10.09.2021 – 23 U 519/21, juris) – nicht entgegen (4). Anlass für eine ergänzende Vertragsauslegung besteht nicht (5).

34 (1) Bei der Auslegung des Terminus „*Sach- und Rechtsmängelhaftung*“ ist nicht darauf abzustellen, was der XXXX als Ersteller des Mustervertrages und rechtskundige Person hierunter verstanden wissen wollte, vielmehr hat die Auslegung sich danach auszurichten, was als Wille für denjenigen erkennbar geworden ist, für den die Erklärung bestimmt war (vgl. BGH, Urteil vom 12.03.1992 – IX ZR 141/91, juris Rn. 19 mwN). Somit kommt es darauf an, was die Parteien des Kaufvertrages als juristische Laien unter dem Begriff „Ansprüche aus Sachmängelhaftung“ verstanden hatten. Bedienen sich Laien technischer Ausdrücke der Rechtssprache, kann nicht ohne weiteres unterstellt werden, dass diese fachgerecht verwendet werden (vgl. Singer in Staudinger, BGB §§ 90-123; 130-133, 2017, § 133 Rn. 46), jedoch ist die Verwendung des Rechtsbegriffs „Sachmängelhaftung“ – auch bei einer Verwendung durch Laien – gleichwohl ein Indiz dafür, dass dies auch von den Laien so gewollt war. Dem juristischen Laien dürfte zwar eine Abgrenzung der Sachmängelhaftung nach §§ 434 ff BGB von einer Garantie nicht geläufig sein, gleichwohl ist allgemein – und damit auch einem Laien – bekannt , dass eine Sachmängelhaftung aus einem Vertrag folgt und dass eine deliktische Haftung nicht an einen Vertragsschluss anknüpft, sodass auch aus der verständigen Sicht eines Laien, auf die hier mangels gegenteiliger Anhaltspunkte abzustellen ist, der Begriff Sachmängelhaftung keine Haftung auf deliktischer Grundlage umfasst. Auch mit dem Begriff „Rechtsmangel“ wird eindeutig ein aus dem Kaufvertragsrecht (§ 435 BGB) bekannter Begriff verwendet, der im Deliktsrecht gerade keine Entsprechung findet. Konkrete Anhaltspunkte dafür, dass die Parteien von einem anderen Verständnis ausgegangen waren, sind nicht ersichtlich.

35 (2) Für den Schluss, dass die Parteien die Begriffe „Sachmängelhaftung“ und „Rechtsmängelhaftung“ auch im juristischen Sinn verwenden wollten, spricht auch die unveränderte Verwendung des XXXX-Musterkaufvertrages und damit der dargestellten Klausel. Das Vertragsmuster eines der größten Automobilverbände trägt erkennbar der typischen Interessenlage der Parteien eines privaten Pkw-Kaufvertrages Rechnung.

36 Ein privater Verkäufer will üblicherweise gegenüber seinem Vertragspartner selbst nicht gewährleistungspflichtig werden, da er diese Risiken weder zuverlässig abschätzen kann, noch im Gewährleistungsfall selbst zur Erfüllung in der Lage ist. Dem trägt Satz 1 der Klausel durch den Ausschluss der Sach- und Rechtsmängelhaftung Rechnung. Indessen kann sich die damit ausgeschlossene Sachmängelhaftung auch auf Mangelfolgeschäden beziehen (§ 437 Nr. 3, § 280 Abs. 1 Satz 1 BGB – Schadensersatz „neben der Leistung“, d.h. solche Schäden erfassen, die aufgrund der Mangelhaftigkeit des Fahrzeuges an anderen Rechten und Rechtsgütern eintreten, insbesondere Leben, Körper und Gesundheit betreffen. Nach § 309 Nr. 7 Buchstabe a BGB ist ein Ausschluss der Haftung nur wirksam, wenn solche Schäden in Allgemeinen Geschäftsbedingungen ausgenommen werden. Entsprechendes gilt nach § 309 Nr. 7 Buchstabe b BGB für die Haftung wegen Vorsatz und grober Fahrlässigkeit. Beidem trägt Satz 2 der Klausel Rechnung, dessen Funktion daher darin besteht und sich darin erschöpft, die Wirksamkeit des Gewährleistungsausschlusses nach Satz 1 auch für den Fall zu sichern, dass die Klausel einer AGB-Kontrolle standhalten muss. Soweit vertreten wurde, dass Satz 2 der Klausel einen Umkehrschluss erlaube, der zu einer Erweiterung des Begriffs der „Sachmängelhaftung“ unter Einschluss deliktischer Ansprüche führe (OLG Stuttgart, Urteil vom 10.09.2021 – 23 U 519/21, juris Rn. 51), so teilt der Senat diese Auffassung nicht.

37 (3) Diese Auslegung deckt sich mit der für die Parteien des Weiterverkaufsvertrags erkennbaren, typischen Interessenlage, die in Bezug auf den von der Klausel erfassten Regelungsbereich maßgeblich dadurch geprägt wird, dass ein privater Weiterverkäufer sich nicht der Gewährleistungshaftung aussetzen will. Da auch einem Laien die gesetzliche Gewährleistungsfrist von zwei Jahren ab Übergabe des Fahrzeuges geläufig ist, ist der typisierten Interessenlage immanent, dass die Durchsetzbarkeit abgetretener Gewährleistungsansprüche bei älteren Fahrzeugen in der Regel nicht gegeben sein wird. Die im Gegenzug für den Ausschluss der eigenen Gewährleistungshaftung des Verkäufers erfolgte Abtretung eigener Gewährleistungsansprüche vermag daher nach der typischen Interessenlage kein wirtschaftliches Äquivalent zu dieser darzustellen. Die Abtretung erfolgt daher allein deshalb, weil der Verkäufer des Weiterverkaufsvertrages an den eigenen Gewährleistungsansprüchen gegen seinen früheren Verkäufer mit der Weiterveräußerung des Fahrzeuges in der Regel kein Interesse mehr hat, weshalb ein Verlust dieser Ansprüche – selbst wenn sie noch durchsetzbar sein sollten – für ihn keine wirtschaftliche Einbuße bedeutet. Für den Neuerwerber können diese Ansprüche – sofern im Einzelfall noch durchsetzbar – hingegen einen wirtschaftlichen Wert haben.

38 Dieser erkennbaren Interessenlage trägt Satz 3 der Klausel Rechnung, nach der „*noch bestehende*“ – aber gleichwohl möglicherweise nicht mehr durchsetzbare – Gewährleistungs- und Garantieansprüche abgetreten werden. Eine damit korrespondierende Interessenlage, die für eine globale Abtretung aller, auch der deliktischen Ansprüche, sprechen könnte, fehlt hingegen. Denn eigene deliktische Ansprüche bleiben für den Weiterverkäufer erkennbar von wirtschaftlichem Wert. Schützenswerte Belange des Drittkäufers werden durch den Verbleib der deliktischen Ansprüche beim Weiterverkäufer nicht berührt, da der Neuerwerber im Regelfall kein berechtigtes Interesse daran hat, deliktische Ansprüche, die zum Ausgleich eines dem Weiterverkäufer entstandenen Schadens bestimmt sind, zu erwerben. Diese im ausdrücklichen Wortlaut der Klausel eindeutig zum Ausdruck kommende typisierte Interessenlage, welche allein auf die Abtretung von vertraglichen Gewährleistungsansprüchen und Garantieansprüchen gerichtet ist, haben sich die Parteien des Weiterverkaufsvertrags erkennbar als für sich passend zu eigen gemacht, indem sie die vorformulierte Klausel unverändert übernommen haben.

39 (4) Diesem Auslegungsergebnis steht die Möglichkeit des Bestehens einer Gesamtgläubigerschaft nicht entgegen.

40 Insofern mag zutreffen, dass bei gegebener Anspruchskonkurrenz, die auch zwischen deliktischen Ansprüchen und Gewährleistungsansprüchen gegenüber einem Fahrzeugverkäufer bestehen kann (vgl. BGH, Urteil vom 11.02.2004 – VIII ZR 386/02, juris Rn. 12 mwN), eine beschränkte Abtretung einzelner Ansprüche nur selten dem Willen der Vertragspartner entspricht. Denn dadurch entstünde eine Gesamtgläubigerschaft, die zur Folge hat, dass der Schuldner Gefahr läuft, wegen desselben Sachverhalts von verschiedenen Gläubigern verklagt zu werden (BGH, Urteil vom 09.12.1998 – XII ZR 170/96, juris Rn. 21 mwN), weshalb eine wirksame Abtretung die Mitwirkung des Schuldners erfordern soll (vgl. etwa OLG Celle, Urteil vom 20.12.2023 – 7 U 1742/19, juris Rn. 28; MüKo/Kieninger, BGB, 9. Aufl., § 398 Rn. 89 jew. mwN).

41 Auch unter Berücksichtigung des Grundsatzes, dass die Parteien im Zweifel dasjenige wollen, was nach den Maßstäben der Rechtsordnung rechtswirksam ist und der wohlverstandenen Interessenlage entspricht (etwa BGH, Urteil vom 09.12.1998 – XII ZR 170/96, juris Rn. 22), folgt daraus nach Auffassung des Senats aber nicht, dass auch deliktsrecht-

liche Ansprüche von der vorliegenden Abtretungsklausel erfasst sein sollen. Dem steht – wie dargelegt – nicht nur der eindeutige Wortlaut Klausel und ihre Systematik entgegen, sondern gerade auch die vorstehend dargestellte wohlverstandene Interessenlage der Parteien.

42 Auch ist zu berücksichtigen, dass eine solche Gesamtgläubigerschaft nicht zwingend entsteht, sondern typischerweise voraussetzt, dass der Vorverkäufer zugleich Hersteller des Fahrzeugs ist (vgl. OLG Celle, Urteil vom 20.12.2023 – 7 U 1742/19, juris Rn. 30), da der Schuldner der abgetretenen Sachmangelhaftungsansprüche typischerweise nur dann zugleich Schuldner konkurrierender deliktischer Ansprüche sein kann. Zum anderen unterliegen die kaufvertraglichen Gewährleistungsansprüche im Regelfall einer – zudem kenntnisunabhängigen – kürzeren Verjährung (§§ 438 Abs. 1 Nr. 3, Abs. 2 BGB) als die deliktsrechtlichen Ansprüche, so dass es nicht selten vorkommen wird, dass bereits zum Zeitpunkt des Abschlusses des Weiterverkaufsvertrags eine Konkurrenz – durchsetzbarer – Ansprüche selbst dann nicht mehr besteht, wenn der Vorverkäufer auch der Deliktsschuldner ist.

43 Vor diesem Hintergrund und bei Berücksichtigung der wohlverstandenen Interessenlage der Parteien, die in der Sache, wie dargelegt, typischerweise darauf ausgerichtet ist – nur – die regelmäßig kürzer durchsetzbaren Gewährleistungsansprüche abtreten zu wollen, führt der Umstand, dass die Parteien – im Zweifel – wollen, was nach den Maßstäben der Rechtsordnung rechtswirksam wäre, in Fällen der vorliegenden Art nicht dazu, dazu, dass die Klausel entgegen ihrem Wortlaut dahin auszulegen wäre, dass auch die deliktsrechtlichen Ansprüche abgetreten sein sollen. Denn das der wohlverstandenen Interessenlage entsprechende Ergebnis ist in den Fällen, in denen der Vorverkäufer nicht zugleich der Hersteller ist, regelmäßig rechtswirksam vereinbart, weil eine Gesamtgläubigerschaft typischerweise nicht begründet wird. Aber auch im umgekehrten Fall, in dem – wie vorliegend – Hersteller und Vorverkäufer personenidentisch sind und eine isolierte Abtretung der Gewährleistungsansprüche – mangels Beteiligung des Herstellers und Vorverkäufers – unwirksam wäre, entspricht es nicht der wohlverstandenen Interessenlage der Kaufvertragsparteien, dem Neuerwerber auch die deliktischen Ansprüche zu übertragen. Die nach beiden Seiten hin interessengerechten Auslegung führt für diese Konstellation vielmehr zu dem Ergebnis, dass die Parteien – auch für diesen Fall – an der Klausel festhalten würden, weil sie das Interesse die deliktischen Ansprüche beim Weiterverkäufer zu belassen höher gewichten als das Interesse, die Gewährleistungsansprüche zu übertragen, was dem Ergebnis der Senatsauslegung der Klausel – und der damit verbundenen Unwirksamkeit der Abtretung – entspricht (anders: OLG München, Urteil vom 07.11.2024 – 23 U 3125/21, vorgelegt als Anlage ES 8).

44 Dieses Ergebnis wird zusätzlich gestützt durch den Umstand, dass die Kaufvertragsparteien nach dem Parteivortrag der Frage keine Beachtung geschenkt haben, ob das Fahrzeug vom Hersteller gekauft wurde, oder nicht. Auch damit geben sie zu erkennen, dass die für die typische Interessenlage entwickelte Klausel – unabhängig von der Frage, ob sie im Einzelfall zu einer unwirksamen Abtretung der Gewährleistungsansprüche führt – ihrer wohlverstandenen Interessenlage entspricht.

45 (5) Auch ist das Auslegungsergebnis nicht im Wege der ergänzenden Vertragsauslegung zu korrigieren (aA OLG Stuttgart, Urteil vom 10.09.2021 – 23 U 519/21, juris Rn. 56ff).

46 Es fehlt bereits an einer planwidrigen Regelungslücke, die im Wege ergänzender Vertragsauslegung zu schließen wäre. Denn ein Bedürfnis des Neuerwerbers auch deliktische Ansprüche zu erwerben besteht – wie bereits dargelegt – nicht.

47 Abgesehen davon, dass die Abtretung von Gewährleistungsansprüchen nach der wohlverstandenen Interessenlage bereits kein wirtschaftliches Äquivalent für den Ausschluss der eigenen Gewährleistungshaftung des Verkäufers darstellt, würde eine darüberhinausgehende Abtretung auch der deliktischen Ansprüche dem Dritterwerber sogar mehr Rechte verschaffen, als er ohne den Gewährleistungsschluss hätte (so zutreffend OLG Celle, Urteil vom 20.12.2023 – 7 U 1742/19, juris Rn. 34). Dies gilt umso mehr mit Blick auf die hier in Rede stehenden Ansprüche auf Grund behaupteter Abgasmanipulationen, weil der Dritterwerber mit Abschluss seines Kaufvertrages unter grundsätzlich gleichen tatsächlichen Anspruchsvoraussetzungen eigene deliktsrechtliche Ansprüche gegen den Fahrzeughersteller erwirbt.

48 Darüber hinaus, wäre eine Lücke in den Vereinbarungen der Parteien durch ergänzende Vertragsauslegung (§§ 157, 133 BGB) in der Weise zu schließen, wie die Parteien den Fall im Hinblick auf den mit dem Vertrag verfolgten Zweck bei sachgerechter Abwägung ihrer beiderseitigen Interessen nach Treu und Glauben unter Berücksichtigung der Verkehrssitte geregelt hätten (BGH, Urteil vom 20.12.1996 – V ZR 259/95, juris Rn. 12 mwN). Auch danach wäre davon auszugehen, dass die Klagepartei ihre deliktischen Ansprüche nicht abgetreten hätte und der Dritterwerber hierauf auch nicht bestanden hätte. Denn ein legitimes Interesse dafür, warum der Dritterwerber unter den Voraussetzungen des § 823 Abs. 2 BGB in Verbindung mit § 6 Abs. 1, § 27 Abs. 1 EG-FGV nicht nur betreffend des von ihm geschlossenen Kaufvertrages sondern zusätzlich auch hinsichtlich der von der Vorbesitzerin (Klagepartei) seinerzeit geschlossenen Kaufvertrages (bei dem der von ihm selbst gezahlte als Vorteil in Ansatz zu bringen ist) den Differenzschadensersatz (ermittelt aus dem im Jahr 2013 gezahlten Kaufpreis) verlangen können soll, ist nicht ersichtlich.

c.

49 Das gleiche Auslegungsergebnis würde sich auch für den Fall ergeben, dass die Klausel als Allgemeine Geschäftsbedingung nach ihrem objektiven Inhalt und typischen Sinn einheitlich auszulegen wäre. Der Frage, welche der Parteien des Weiterverkaufsvertrags den verwendete Formularvertrag in die Verhandlungen der Parteien eingebracht hat, und ob sie diesen unter Inanspruchnahme einseitiger Gestaltungsmacht zur Vertragsgrundlage erhoben und damit im Sinne von § 305 Abs. 1 Satz 1 BGB gestellt hat, womit sie als Verwender anzusehen wäre (vgl. BGH, Urteil vom 17.02.2010 – VIII ZR 67/09, juris Rn. 10ff), war daher nicht nachzugehen.

50 (1) Wäre die Klausel als Allgemeine Geschäftsbedingung anzusehen, so wäre sie nach ständiger Rechtsprechung nach ihrem objektiven Inhalt und typischen Sinn einheitlich so auszulegen, wie sie von verständigen und redlichen Vertragspartnern unter Abwägung der Interessen der normalerweise beteiligten Verkehrskreise verstanden wird, wobei die Verständnismöglichkeiten eines durchschnittlichen Vertragspartners des Verwenders zu Grunde zu legen ist. Ansatzpunkt für die bei einer Formularklausel gebotene objektive, grundsätzlich nicht am Willen der konkreten Vertragspartner zu orientierende Auslegung ist in erster Linie ihr Wortlaut. Ist der Wortlaut der Klausel nicht eindeutig, kommt es entscheidend darauf an, wie die Klausel aus der Sicht der typischerweise an

Geschäften dieser Art beteiligten Verkehrskreise zu verstehen ist (etwa BGH, Urteile vom 05.10.2022 – VIII ZR 117/21, juris Rn. 57; vom 28.09.2022 – VIII ZR 319/20, juris Rn. 24; vom 20.01.2016 – VIII ZR 152/15, juris Rn. 18 jew. mwN).

51 (2) Auch bei Zugrundelegung dieses Auslegungsmaßstabs, ergäbe sich ein von der individualvertraglichen Auslegung abweichendes Verständnis der Klausel vorliegend nicht. Denn auch die individualvertragliche Auslegung orientiert sich im Streitfall – wie dargelegt – maßgeblich am Wortlaut der Klausel und der typischen Interessenlage durchschnittlicher Vertragspartner (ebenso für einen vergleichbaren Fall: OLG Celle, Urteil vom 20.12.2023 – 7 U 1742/19, juris Rn. 30ff). Da die gegenüber der Anwendung der Unklarheitenregel vorrangige Auslegung der Klausel nach Auffassung des Senats – wie dargelegt – ein eindeutiges Ergebnis ergibt, kommt § 305c Abs. 2 BGB in Fällen der vorliegenden Art nicht zur Anwendung (aA OLG München aaO).

2.

52 Der Anspruch aus § 823 Abs. 2 BGB i.V.m. § 6 Abs. 1, 27 Abs. 1 EG-FGV unter Berücksichtigung der unionsrechtskonformen Auslegung der Art. 18 Abs. 1, Art. 26 Abs. 1 und Art. 46 der zugrundeliegenden Rahmenrichtlinie 2007/46/EG i.V.m. Art. 5 Abs. 2 der Verordnung Nr. 715/2007 nach den Vorgaben des Europäischen Gerichtshofs (vgl. EuGH, Urteil vom 21.03.2023 – C-100/21), der an die Stellung der Klagepartei als Vertragspartner anknüpft und eine Eigentümerstellung nicht voraussetzt (vgl. BGH, Urteil vom 11.09.2023 – VIa ZR 1693/22, juris Rn. 7), ist begründet. Denn das Fahrzeug verfügte zum Zeitpunkt des Abschlusses des Kaufvertrages über zwei unzulässige Abschalteinrichtungen im Sinne von Art. 5 Abs. 2 Satz 1 VO (EG) Nr. 715/2007 (a.). Nach inzwischen gefestigter höchstrichterlicher Rechtsprechung (vgl. BGH, Urteile vom 26.06.2023 – VIa ZR 335/21, juris Rn. 34; vom 20.07.2023 – III ZR 267/20, juris Rn. 22ff; vom 24.10.2023 – VI ZR 493/20, juris Rn. 24; vom 26.10.2023 – VII ZR 306/21, juris Rn. 10) haftet die Beklagte daher als Herstellerin des Fahrzeuges gem. § 823 Abs. 2 BGB, soweit sie – wie hier – schuldhaft eine unzutreffende Übereinstimmungsbescheinigung ausgestellt und damit gegen § 6 Abs. 1 und § 27 Abs. 1 EG-FGV verstoßen hat, wobei einer solchen Haftung die grundsätzlichen und unter anderem auf Art. 80 GG gestützten Bedenken der Beklagten nicht entgegenstehen (vgl. BGH, Urteile vom 20.07.2023 – III ZR 267/20, juris Rn. 23 und 32; vom 19.10.2023 – III ZR 221/20, juris Rn. 25; vgl. weiter BGH, Urteil vom 16.10.2023 – VIa ZR 374/22, juris Rn. 11ff). Schuldhaft handelte die Beklagte vorliegend allerdings nur hinsichtlich der KSR (b.). Die Erteilung der unzutreffenden Übereinstimmungsbescheinigung war auch für die vereinbarte Kaufpreishöhe ursächlich (c.).

a.

53 Das Fahrzeug hat zum Zeitpunkt des Abschlusses des Kaufvertrages – unstreitig – über eine temperaturgesteuerte AGR und eine KSR verfügt. Beide Funktionalitäten stellen – entgegen der Rechtsansicht der Beklagten – Abschalteinrichtungen im Sinne von Art. 3 Nr. 10, Art. 5 Abs. 2 Satz 1 VO (EG) Nr. 715/2007 dar. Für darüberhinausgehende weitere Abschalteinrichtungen sind tatsächliche Anhaltspunkte nicht ersichtlich.

aa.

54 Die temperaturgesteuerte AGR stellte bereits auf Grundlage des unstreitigen Parteivorbringens eine unzulässige Abschalteinrichtung im Sinne von Art. 3 Nr. 10, 5 Abs. 2 Satz 1 VO (EG) Nr. 715/2007 dar, da die Beklagte die klägerische Behauptung, die AGR werde

innerhalb normaler Betriebsbedingungen begrenzt, durch ihren Vortrag zu einem Verhalten bei betriebswarmem Motor ungeachtet der konkreten Ausgestaltung nicht in erheblicher Weise bestritten hat.

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

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

57 Die Beklagte räumt selbst ein, dass die AGR innerhalb dieses Bereichs reduziert wird, sodass es sich bei der in dem streitgegenständlichen Fahrzeug zum Zeitpunkt des Abschlusses des Kaufvertrages befindlichen AGR unstreitig um eine Abschalteinrichtung handelt.

58 (2) Diese Abschalteinrichtung ist auch unzulässig im Sinne von Art. 5 Abs. 2 Satz 1 VO (EG) Nr. 715/2007. Die Voraussetzungen der in Art. 5 Abs. 2 Satz 2 VO (EG) Nr. 715/2007 genannten Ausnahmetatbestände, unter denen eine Abschalteinrichtung ausnahmsweise zulässig ist, lassen sich dem Vortrag der hierfür darlegungs- und beweisbelasteten Beklagten (vgl. dazu BGH, Urteil vom 26.06.2023 – VIa ZR 335/21, juris Rn. 54) nicht entnehmen. Die Voraussetzungen des Ausnahmetatbestandes des Art. 5 Abs. 2 Satz 2 Buchst. a VO (EG) Nr. 715/2007 (a) – auf den sich die Beklagte hier maßgeblich beruft – lassen sich ihrem Vortrag nicht entnehmen (b).

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

60 [1] Die Begriffe „Unfall“ und „Beschädigung“ in diesem Sinne sind dahin auszulegen, dass eine die Wirkung des Emissionskontrollsystems verringernde Abschalteinrichtung, um nach dieser Bestimmung zulässig zu sein, notwendig sein muss, um den Motor vor plötzlichen und außergewöhnlichen Schäden zu schützen (EuGH, Urteil vom 14.07.2022 – C-145/20, Rn. 72, 73), was voraussetzt, dass unmittelbare Risiken für den Motor in Form von Beschädigung oder Unfall bestehen, die beim Fahren eines Fahrzeugs eine konkrete Gefahr hervorrufen (EuGH, Urteil vom 14.07.2022 – C-145/20, Rn. 67). Die bloße Verschmutzung und ein Verschleiß des Motors können daher nicht als „Beschädigung“ oder „Unfall“ in diesem Sinne angesehen werden, da sie im Prinzip vorhersehbar und der normalen Funktionsweise des Fahrzeugs inhärent sind (EuGH, Urteil vom 14.07.2022 - C-145/20, Rn. 65; EuGH, Urteil vom 17.12.2020 - C-693/18, Rn. 110; VG Schleswig, Urteil vom 20.02.2023 – 3 A 113/18, juris Rn. 302).

61 [2] Auch der Begriff „Motor“ ist eng auszulegen. AGR-Ventil, AGR-Kühler und Dieselpartikelfilter sind z.B. vom Motor im Sinne dieses Ausnahmetatbestandes getrennte Bauteile (vgl. EuGH, Urteil vom 14.07.2022 - C-145/20, Rn. 63; VG Schleswig, Urteil vom 20.02.2023 – 3 A 113/18, juris Rn. 300).

62 [3] Notwendig im Sinne dieses Ausnahmetatbestandes ist eine Abschalteinrichtung zum Motorschutz zudem nur dann, wenn zum Zeitpunkt der EG-Typgenehmigung dieser Einrichtung oder des mit ihr ausgestatteten Fahrzeugs keine andere technische Lösung zur Verfügung gestanden hatte, um unmittelbare Risiken für den Motor in Form von Beschädigung oder Unfall abzuwenden, die beim Fahren eines Fahrzeugs eine konkrete Gefahr hervorrufen (EuGH, Urteil vom 14.07.2022 - C-145/20, Rn. 80; EuGH, Urteil vom 14.07.2022, C-134/20, Rn. 81). Mit der alternativen Technik einhergehende Mehrkosten für den Hersteller fallen dabei nicht ins Gewicht (EuGH, Urteil vom 14.07.2022 - C-145/20 Rn. 77, 78; EuGH, Urteil vom 14.07.2022, C-128/20, Rn. 66, 67). Um notwendig im Sinne von Art. 5 Abs. 2 Satz 2 Buchst. a VO (EG) Nr. 715/2007 zu sein, darf es sich zudem nicht so verhalten, dass die Abschalteinrichtung unter normalen Betriebsbedingungen den überwiegenden Teil des Jahres funktionieren müsste, damit der Motor vor Beschädigung oder Unfall geschützt und der sichere Betrieb des Fahrzeugs gewährleistet wäre (EuGH, Urteil vom 21.03.2023 – C-100/21, Rn. 65f).

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

64 [1] Sie hat hierzu vorgetragen, im Fall einer Abgasrückführung bei zu niedrigen Temperaturen komme es zur Kondensation von Abgasbestandteilen, was zu verschiedenen unerwünschten Ablagerungen in den Bauteilen führe. Ein wiederholter Betrieb des Motors in diesem Zustand könne zu einer dauerhaften Schädigung des Motors oder einem plötzlichen Ausfall führen, weshalb es zum Schutz des Motors erforderlich sein könne, die Abgasrückführung abhängig von der Temperatur zu reduzieren.

65 [2] Mangels einer konkreten Darlegung kann dem Vortrag der Beklagten hinsichtlich der Ausgestaltung bei Vertragsschluss weder entnommen werden, ob die von ihr behaupteten Ablagerungen an Bauteilen erfolgen sollen, die nach der vorstehend engen Definition des Motors überhaupt diesem zuzurechnen sind. Ihrem Vortrag lässt sich nicht entnehmen, dass es sich bei den befürchteten Ablagerungen nicht lediglich um bloße Verschmutzungen oder einen Verschleiß des Motors handelt, was nicht als „Beschädigung“ oder „Unfall“ in diesem Sinne angesehen werden kann. Zudem fehlt eine Darlegung,

dass zum Zeitpunkt der Erteilung der EG-Typgenehmigung keine andere technische Lösung zur Verfügung gestanden hatte, um diese zu verhindern.

bb.

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

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

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

69 Diesen Anforderungen genügt die KSR aufgrund ihres begrenzten Wirkbereiches nicht. Nach der zugrunde gelegten Darstellung der Beklagten wird bei der KSR die Solltemperatur für das Kühlmittelthermostat (von 95°C, in manchen Fahrzeugen von 100°C) unter bestimmten Betriebsumständen auf 70° C abgesenkt, wodurch eine frühere Zuschaltung des großen Kühlkreislaufes bewirkt wird, welche zu einer langsameren Erwärmung des Motors führt und aufgrund der so länger vorherrschenden kühleren Motortemperaturen höhere AGR-Raten ermöglicht. Da dieses durch die KSR optimierte Emissionsverhalten nur während der Warmlaufphase des Motors aufrechterhalten werden kann, aber auch Fahrten jenseits der Warmlaufphase – Fahren mit betriebswarmem Motor – zu den Bedingungen des normalen Betriebs im Sinne von Art. 5 Abs. 1 VO (EG) Nr. 715/2007 gehören, handelt es sich aus diesem Grund bereits um ein nicht zulässiges Emissionskontrollsystem. Anhaltspunkte dafür, dass das durch die KSR optimierte Emissionsverhalten jenseits der Warmlaufphase, also bei betriebswarmem Motor, durch andere Einrichtungen aufrechterhalten wird, sind weder ersichtlich noch vorgetragen (vgl. Senatsurteil vom 30.11.2023 – 24 U 153/21, juris Rn. 94).

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

71 (c) Der Einwand der Beklagten, die KSR erfülle bereits tatbestandlich nicht die Voraussetzungen einer Abschalteinrichtung im Sinne von Art. 3 Nr. 10 VO (EG) Nr. 715/2007, weil der Parameter Kühlmittelsolltemperatur, auf den allein eingewirkt werde, kein Teil des Emissionskontrollsystems sei, sondern ein solcher der Motorkühlung, greift nicht durch. Denn durch die Einwirkung auf den Parameter Kühlmittelsolltemperatur wird mittelbar (Kausalkette: frühere Zuschaltung des großen Kühlkreislaufes führt zu einer Verzögerung der Erwärmung des Motors, was wiederum zur Folge hat, dass höhere AGR-Raten

über einen längeren Zeitraum möglich sind, als dies bei einem sich andernfalls schneller erwärmenden Motor) – von der Beklagten gerade bezweckt – auf das Emissionskontrollsystem in Gestalt der AGR-Raten eingewirkt. Zumindest weil diese Folge von den entwickelnden Ingenieuren bei der Beklagten intendiert gewesen war, steht die Mittelbarkeit der Einwirkung der Annahme einer Abschalteinrichtung im Sinne von Art. 3 Nr. 10 VO (EG) Nr. 715/2007 nicht entgegen.

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

b.

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

74 Die Beklagte beruft sich sowohl hinsichtlich des Einsatzes der temperaturgesteuerten AGR als auch hinsichtlich der KSR auf einen solchen unvermeidbaren Verbotsirrtum (aa.). Von dessen Voraussetzungen kann sich der Senat vorliegend zumindest nicht hinsichtlich des Einsatzes der KSR überzeugen im Sinne von § 286 ZPO (bb.), sodass zumindest diesbezüglich von einem schuldhaften Verhalten der Beklagten auszugehen ist. Ob die Beklagte sich hinsichtlich des Thermofensters, insbesondere mit Blick auf eine unter Umständen vorhandene Motorstarttemperaturfunktion, in einem unvermeidbaren Verbotsirrtum befunden hat, kann daher dahinstehen.

aa.

75 Unvermeidbarer Verbotsirrtum:

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

222/82, juris Rn. 14; BGH, Urteil vom 07.03.1996 – 4 StR 742/95, juris Rn. 19; BGH, Urteil vom 10.01.2023 – 6 StR 133/22, juris Rn. 38; OLG Stuttgart, Urteil vom 28.09.2023 – 24 U 2504/22, juris Rn. 44 mwN).

77 (2) Unvermeidbar ist der Verbotsirrtum, wenn der Schädiger diesen auch bei Anwendung der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt nicht erkennen konnte (BGH, Urteil vom 11.01.1984 – VIII ZR 255/82, juris Rn. 22; BGH, Urteil vom 12.05.1992 – VI ZR 257/91, juris Rn. 20). Da der Verpflichtete das Risiko eines Irrtums über die Rechtslage selbst trägt, sind an das Vorliegen eines unverschuldeten Rechtsirrtums strenge Maßstäbe anzulegen. Soweit sich der Schuldner nicht auf eine tatsächlich oder hypothetisch erteilte behördliche Genehmigung stützt (vgl. BGH, Urteil vom 26.06.2023 – VIa ZR 335/21, juris Rn. 64ff), muss er die Rechtslage sorgfältig prüfen, soweit erforderlich Rechtsrat einholen und die höchstrichterliche Rechtsprechung (sofern vorhanden) sorgfältig beachten (vgl. BGH, Urteile vom 12.07.2006 – X ZR 157/05, juris Rn. 19; vom 25.09.2023 – VIa ZR 1/23, juris Rn. 14).

bb.

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

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

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

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

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

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

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

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

c.

86 Soweit die Beklagte dieser Haftung entgegenzuhalten sucht, dass sich die Klagepartei ihr gegenüber nicht auf den vom Bundesgerichtshof für die Haftung auf Differenzschadensersatz anerkannten Erfahrungssatz berufen könne, dass auszuschließen ist, dass ein Käufer ein Fahrzeug zu diesem Preis erwirbt, dem eine Betriebsbeschränkung droht und bei dem im Zeitpunkt des Erwerbs in keiner Weise absehbar ist, ob und gegebenenfalls zu welchem Zeitpunkt dieses Problem - insbesondere ohne Nachteil für den Käufer - behoben werden kann (etwa BGH, Urteil vom 26.06.2023 – VIa ZR 335/21, juris Rn. 55), verfängt dies nicht.

aa.

87 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, Urteil vom 26.06.2023 – VIa ZR 335/21 –, juris Rn. 55 f.; Senatsurteile vom 29.02.2024 – 24 U 1424/22, juris Rn 89; vom 22.02.2024 – 24 U 254/21, juris Rn. 122; OLG Stuttgart, Urteil vom 29.11.2023 – 22 U 261/21, juris Rn. 103; OLG Karlsruhe, Urteil vom 12.03.2024 – 8 U 397/22, juris Rn. 46).

bb.

88 Um diesen Erfahrungssatz in Frage zu stellen, muss der Hersteller darlegen und im Bestreitensfall beweisen, dass er die Ausrüstung seiner Fahrzeuge mit Motoren einer dem erworbenen Fahrzeug entsprechenden Baureihe mit einer unzulässigen Abschalteinrichtung in einer Art und Weise bekannt gegeben hat, die einem objektiven Dritten die mit dem Kauf eines solchen Kraftfahrzeugs verbundenen Risiken verdeutlicht (etwa BGH, Urteile vom 26.06.2023 – VIa ZR 335/21, juris Rn. 57; VIa ZR 533/21 juris Rn. 35). Davon kann mit Blick auf die Beklagte – welche das Vorhandensein unzulässiger Abschalteinrichtungen in ihren Fahrzeugen bis zum Schluss der mündlichen Verhandlung geleugnet hat – keine Rede sein. Der Umstand, dass Kunden durch Mitteilungen anderer Hersteller (VW) über die Existenz von Abschalteinrichtungen sowie durch Geschäftsberichte der Beklagten über den Umstand informiert gewesen sein mögen, dass nicht auszuschließen sei, dass die Behörden zum Schluss kommen, dass auch in Fahrzeugen der Beklagten Funktionalitäten enthalten sein könnten, die möglicherweise als unzulässig zu qualifizieren seien, ändert daran erkennbar nichts.

cc.

89 Durch den Umstand, dass die Klagepartei das Fahrzeug trotz der im Zuge des Abgasskandals aufgekommenen Diskussionen weitergenutzt hat, anstatt sich zeitnah um eine Rückabwicklung zu bemühen, hat sie den vorgenannten Erfahrungssatz auch nicht durch ihr tatsächliches Verhalten selbst widerlegt. Der Einfluss einer durch eine (möglicherweise) unzulässige Abschalteinrichtung begründeten Gefahr einer Betriebsbeschränkung (vgl. dazu BGH, Urteil vom 25.05.2020 - VI ZR 252/19, juris Rn. 51) ist mit Blick auf die Entscheidung, ein solches Fahrzeug erst zu erwerben, wesentlich gewichtiger als mit Blick auf die Frage, ein bereits erworbenes Fahrzeug wieder abzustoßen und sich in den mit Ungewissheiten behafteten Prozess einer streitigen Rückabwicklung zu begeben. Ein verlässlicher Rückschluss auf das Erwerbsverhalten lässt sich daher aus dem Umstand der späteren Weiternutzung zur tatrichterlichen Überzeugung des Senats nicht ziehen (anders OLG Schleswig, Beschluss vom 14.11.2023 – 17 U 44/23, BeckRS 2023, 35794 Rn. 8f). Hinzu kommt, dass es mit Blick auf den Differenzschadensersatz nicht auf die Frage ankommt, ob die Klagepartei das Fahrzeug überhaupt erworben hätte, sondern darauf, ob sie es zu dem vereinbarten Kaufpreis erworben hätte (BGH, Urteil vom 26.06.2023 - VIa ZR 335/21, juris Rn. 55).

3.

90 Die Beklagte haftet der Klagepartei sonach auf Ersatz des Differenzschadens, welcher nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs – vorbehaltlich einer im Einzelfall vorzunehmenden Vorteilsausgleichung – auf eine Bandbreite zwischen 5 und 15% des gezahlten Kaufpreises rechtlich begrenzt ist (BGH, Urteil vom 26.06.2023 – VIa ZR 335/21, juris Rn. 73; BGH, Urteil vom 20.07.2023 – III ZR 267/20, juris Rn. 34). Für die gemäß § 287 ZPO vorzunehmende Schätzung des Schadens innerhalb dieser Bandbreite sind die Umstände des Einzelfalls im Rahmen einer auf den Zeitpunkt des Vertragsschlusses bezogenen Betrachtung zu gewichten. Dabei ist insbesondere in den Blick zu nehmen, welches Ausmaß an behördlichen Anordnungen auf Grund der festgestellten unzulässigen Abschalteinrichtung droht und wie groß die Eintrittswahrscheinlichkeit solcher Anordnungen ist, welches Gewicht dem festgestellten Verstoß des Herstellers bezogen auf

das unionsrechtliche Ziel der Einhaltung gewisser Emissionsgrenzwerte zukommt und schließlich mit welchem Verschuldensgrad der Hersteller den Verstoß verwirklicht hat.

a.

91 Hiervon ausgehend erscheint dem Senat die Bemessung des Schadens im vorliegenden Fall mit 10% des Kaufpreises als sachgerecht, da es sich um einen mit Blick auf die genannten Kriterien durchschnittlichen Fall handelt. Besondere Umstände, welche diesen Fall in die eine oder andere Richtung gegenüber anderen Fällen hervorheben würden, sind weder vorgetragen noch ersichtlich.

b.

92 Daran würde auch der Umstand nichts ändern, wenn – entgegen der Ansicht des Senats – eine unzulässige Ausgestaltung der temperaturgesteuerten AGR und gegebenenfalls eine Motorstarttemperaturregelung vorliegend bei der Bemessung des Differenzschadensersatzes zu berücksichtigen wären.

aa.

93 Insoweit ist zu berücksichtigen, dass das insbesondere und aus der zeitlichen Warte des Vertragsschlusses heraus in den Blick zu nehmende Risiko behördlicher Anordnungen nach Auffassung des Senats nicht maßgebend von der absoluten Anzahl von Abschalteinrichtungen der hier festgestellten, beziehungsweise zu unterstellenden Art abhängt, weil insbesondere das Stilllegungsrisiko nicht proportional mit dieser Anzahl anwächst. Denn schon zum Zeitpunkt des Fahrzeugerwerbs war überwiegend wahrscheinlich (vgl. BGH, Urteil vom 17.09.2019 – VI ZR 396/18, juris Rn. 13 mwN), dass ein mit einer Beanstandung der Typ-Genehmigungsbehörde konfrontierter Fahrzeughersteller nicht die Stilllegung bereits verkaufter Fahrzeuge riskieren - und damit den Absatz weiterer Fahrzeuge gefährden - würde, sondern stattdessen und unbeschadet der eigenen Einschätzung der Rechtslage mit der Behörde kooperieren und Maßnahmen zur Abwendung der Stilllegung entwickeln würde. Dabei war auch schon zum Zeitpunkt des Fahrzeugerwerbs überwiegend wahrscheinlich, dass diese zu erwartende Reaktion des Herstellers, im Streitfall der Beklagten, jedenfalls in dem hier fraglichen Rahmen weder von der Anzahl der festgestellten Abschalteinrichtungen noch von der - zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses nicht vorhersehbaren - Frage abhängen würde, ob die Behörde die Abschalteinrichtungen gleichzeitig feststellt und rügt, oder ob es zu mehreren Rügen kommen würde. Denn es war überwiegend wahrscheinlich zu erwarten, dass ihr weiteres Absatzinteresse für die Beklagte in jedem Fall handlungsleitend sein würde und sie zu kooperativem Verhalten veranlassen würde, so wie dies im Zuge des „Abgasskandals“ später auch tatsächlich der Fall war.

bb.

94 Auch mit Blick auf die neben diesen originär schadensrechtlichen Erwägungen in den Blick zu nehmenden Gesichtspunkte ergibt sich ein erheblicher Einfluss der hier unterstellten, weiteren unzulässigen Abschalteinrichtungen im Streitfall nicht. Denn auch insoweit wäre zum einen – wie bereits dargelegt – lediglich von einem fahrlässigen Verhalten der Beklagten auszugehen, weil Anhaltspunkte dafür, dass die unterstellten weiteren Abschalteinrichtungen auf dem NEFZ-Prüfstand nicht in gleicher Weise funktionieren würden wie im Realbetrieb, weder vorgetragen noch ersichtlich sind. Zum anderen wäre auch das Gewicht eines der Haftung zugrundeliegenden konkreten Rechtsverstoßes

für das unionsrechtliche Ziel der Einhaltung gewisser Emissionsgrenzwerte im Streitfall kein spürbar anderes. Denn auch wenn man insoweit den Klägervortrag zu Grunde legt, wonach die einzuhaltenden Grenzwerte im Realbetrieb ganz erheblich überschritten werden und hierzu die weiteren unterstellten Abschalteinrichtungen beigetragen haben mögen, erscheint dem Senat – auch unter diesen Voraussetzungen – eine Bemessung des Schadens mit 10% des gezahlten Kaufpreises im Streitfall angemessen (§ 287 ZPO).

c.

95 Daraus folgt, dass der Differenzschaden vorliegend mit 2.450,00 € zu bemessen ist (§ 287 ZPO).

4.

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

a.

97 Im Wege des Vorteilsausgleichs muss sich der Geschädigte diejenigen Vorteile anrechnen lassen, die ihm in adäquatem Zusammenhang mit dem Schadensereignis zugeflossen sind. Er darf einerseits im Hinblick auf das schadensersatzrechtliche Bereicherungsverbot nicht bessergestellt werden, als er ohne das schädigende Ereignis stünde. Andererseits sind nur diejenigen durch das Schadensereignis bedingten Vorteile auf den Schadensersatzanspruch anzurechnen, deren Anrechnung mit dem jeweiligen Zweck des Ersatzanspruchs übereinstimmt, also dem Geschädigten zumutbar ist und den Schädiger nicht unangemessen entlastet (vgl. BGH st. Rspr. ua, Urteil vom 25.05.2020 – VI ZR 252/19, juris Rn. 65).

98 Im Rahmen des Differenz-Schadensersatzes nach § 823 Abs. 2 BGB i.V.m. § 6 Abs. 1, 27 Abs. 1 EG-FGV sind die Nutzungsvorteile und der Restwert des Fahrzeuges nur insoweit und erst dann schadensmindernd anzurechnen, wenn sie den Wert des Fahrzeugs bei Abschluss des Kaufvertrages (gezahlter Kaufpreis abzüglich Differenzschaden) übersteigen (grundlegend: BGH, Urteil vom 26.06.2023 – VIa ZR 335/21, juris Rn. 44, 80). Erreichen sie den ursprünglich gezahlten Kaufpreis, besteht kein Schaden.

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

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

b.

101 Die Bewertung der gezogenen Nutzungen – für welche es regelmäßig und auch im Streitfall der Einholung eines Sachverständigengutachtens nicht bedarf (BGH, Urteile vom 18.05.2021 – VI ZR 720/20, juris Rn. 13; vom 29.09.2021 – VIII ZR 111/20, juris Rn. 52ff jew. mwN) – schätzt der Senat auf Basis der vom Bundesgerichtshof für zulässig erachteten Methode der linearen Wertminderung (vgl. u.a. BGH, Urteil vom 07.11.2022 – VIa ZR 325/21, juris Rn. 25) gemäß § 287 ZPO unter Zugrundelegung einer Gesamtlaufleistung des Fahrzeugs von 250.000 km (ebenfalls von einer Gesamtlaufleistung in Höhe von 250.000 km ausgehend – Fundstellen jeweils juris: BGH, Beschluss vom 09.12.2014 – VIII ZR 196/14, Rn. 3; OLG Stuttgart, Urteil vom 29.09.2020 – 12 U 449/19, Rn. 36; OLG Stuttgart, Urteil vom 02.04.2020 – 2 U 249/19, Rn. 56; OLG Stuttgart, Urteil vom 12.05.2021 – 9 U 17/21, Rn. 49; OLG Stuttgart, Urteil vom 13.04.2021 – 16a U 718/20, Rn. 88; OLG Stuttgart, Urteil vom 20.04.2021 – 16a U 71/20, Rn. 81; OLG Stuttgart, Beschluss vom 12.03.2021 – 23 U 728/21, Rn. 7; OLG Karlsruhe, Urteil vom 06.11.2019 – 13 U 37/19, Rn. 108; OLG Celle, Urteil vom 22.01.2020 – 7 U 445/18, Rn. 65; OLG Köln, Urteil vom 24.03.2020 – I-4 U 235/19, Rn. 128; OLG Hamm, Urteil vom 14.08.2020 – 45 U 22/19, Rn. 129).

102 Bei der Schätzung der zu erwartenden durchschnittlichen Gesamtlaufleistung eines Fahrzeugs ist die unter gewöhnlichen Umständen zu erzielende Gesamtlaufleistung in den Blick zu nehmen und nicht diejenige, die das Fahrzeug unter günstigen Bedingungen im Einzelfall erreichen kann; abzustellen ist hierfür nicht lediglich auf den Motor, sondern auf das Fahrzeug in seiner Gesamtheit (BGH, Urteil vom 29.09.2021 – VIII ZR 111/20, juris Rn. 58, 59; Eggert, in: Reinking/Eggert, Der Autokauf, 14. Auflage 2020 Rn. 3573). Dabei ist zu beachten, dass die höhere Motorlaufleistung heutiger Kraftfahrzeuge durch die Störungsanfälligkeit von deren Elektronik negativ kompensiert wird. Bei Versagen der Elektronik ist das Kraftfahrzeug nicht mehr einsatzfähig und häufig auch nicht mehr wirtschaftlich reparabel, obwohl Motor und Karosserie noch in vergleichsweise gutem Zustand sein mögen (BeckOGK/Schall, 1.11.2020, BGB § 346 Rn. 437; OLG Stuttgart, Urteil vom 27.11.2019 – 9 U 202/19, juris Rn. 58). In aller Regel werden daher bereits wirtschaftliche Erwägungen dazu führen, dass eine mögliche Lebensdauer des Motors nicht ausgeschöpft wird und daher nicht mit der maßgeblichen Gesamtnutzungsdauer des Fahrzeugs gleichzusetzen ist (BGH, Urteil vom 29.09.2021 – VIII ZR 111/20, juris Rn. 58).

103 Zur Annahme einer Gesamtlaufleistung von 250.000 km führt auch die Schätzung anhand der vom KBA veröffentlichten Statistiken für das Durchschnittsalter von Personenkraftwagen und deren durchschnittlicher Jahresfahrleistung (vgl. OLG Köln, Urteil vom 24.03.2020 – I-4 U 235/19, Rn. juris 128). Denkbare Schwankungen gehen nicht über die mit einer Schätzung ohnehin und immer einhergehenden Unsicherheiten hinaus, welche im Rahmen der Schadensschätzung nach § 287 ZPO vom Gesetz aber in Kauf genommen werden (vgl. BGH, Urteil vom 26.06.2023 – VIa ZR 335/21, juris Rn. 72). Höhere Gesamtlaufleistungen kommen vor, umgekehrt aber auch geringere. Für die voraussichtliche Gesamtlaufleistung fällt beides nicht ins Gewicht (vgl. OLG Stuttgart, Urteil vom 20.04.2021 – 16a U 71/20, juris Rn. 82).

104 Weiter legt der Senat bei seiner Schätzung des Wertes der gezogenen Nutzungen auf Basis der – vom Bundesgerichtshof anerkannten – Methode der linearen Wertminderung den von der Klagepartei tatsächlichen gezahlten Kaufpreis zugrunde und nicht den um den Differenzschadensersatz reduzierten objektiven Fahrzeugwert. Dem liegt die Überlegung zugrunde, dass wenn sich dieses wertbestimmende Risiko bis zum Ende der Gesamtlaufzeit des Fahrzeugs nicht verwirklicht hat, dieser Umstand auch im Wege der im

Zeitpunkt des Schlusses der mündlichen Verhandlung vorzunehmenden Vorteilsausgleichung Berücksichtigung zu finden hat (BGH, Urteil vom 24.01.2022 – VIa ZR 100/21, juris Rn. 20).

c.

105 Ausgehend von der Laufleistung im Zeitpunkt der Weiterveräußerung von 93.500 km und dem gezahlten Kaufpreis ergeben sich somit gezogene Nutzungen in Höhe von 8.938,98 €. Zusammen mit dem von der Klagepartei durch den Weiterverkauf erzielten Erlös von 9.400,00 € ergibt dies in der Summe einen Betrag, der den objektiven Fahrzeugwert (gezahlter Kaufpreis abzüglich Differenzschadensersatz, vorliegend 10% vom Kaufpreis) nicht erreicht, mit der Folge, dass insoweit der Differenzschadensersatz durch diese Vorteile nicht geschmälert wird (vgl. BGH, Urteil vom 26.06.2023 – VIa ZR 335/21, juris Rn. 80). Eine Veräußerung unter Wert wird von der Beklagten nicht behauptet.

d.

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

107 Ein Software-Update ist schadensmindernd zu berücksichtigen, wenn und soweit das Software-Update die Gefahr von Betriebsbeschränkungen signifikant reduziert, was aber voraussetzt, dass das Software-Update nicht seinerseits eine unzulässige Abschalteinrichtung beinhaltet (BGH, Urteil vom 26.06.2023 – VIa ZR 335/21, juris Rn. 80).

108 Die Behauptung der Beklagten, dass das Software-Update selbst keine unzulässige Abschalteinrichtung aufweist, steht für die Zivilgerichte auch nicht aufgrund einer Tatbestandswirkung des Verwaltungsaktes in Gestalt der Freigabebestätigung des KBA bindend fest. Denn soweit in dieser erklärt wird, die nach dem Software-Update vorhandenen Abschalteinrichtungen seien zulässig oder das Software-Update enthalte solche nicht, handelt es sich um Begründungselemente, die vom Regelungsgehalt und damit von der Tatbestandswirkung des Verwaltungsaktes nicht erfasst werden (vgl. BGH, Beschluss vom 14.12.2021 – VIII ZR 386/20, juris Rn. 34; BGH, Urteil vom 08.12.2021 – VIII ZR 190/19, juris Rn. 81 mwN; BGH, Beschluss vom 11.01.2022 – VIII ZR 33/20, juris Rn. 30). Der Senat hat daher selbst festzustellen, ob das Software-Update diesen Anforderungen genügt (Urteil vom 08.12.2021 – VIII ZR 190/19, juris Rn. 82; BGH, Beschluss vom 11.01.2022 – VIII ZR 33/20, juris Rn. 30).

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

110 Dem Vortrag der Beklagten lässt sich weder entnehmen, dass die AGR unter diesen normalen Betriebsbedingungen uneingeschränkt funktioniert (bb.) noch, dass Einschränkun-

gen aus Motorschutzgesichtspunkten im Sinne von Art. 5 Abs. 2 Satz 2 Buchst. a VO (EG) Nr. 715/2007 (cc.) ausnahmsweise zulässig sind.

aa.

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

112 Soweit die Beklagte mit Blick auf Art. 3 Abs. 9 VO (EG) Nr. 692/2008 geltend macht, dass sich aus den dort mit Blick auf die AGR geregelten Informationspflichten ergäbe, dass der Verordnungsgeber einen Kaltstart bei niedrigen Temperaturen vom Bereich der normalen Betriebsbedingungen habe ausnehmen wollen, so verfängt dies nicht. Das Statuieren einer Informationspflicht vermag schon keine Ausnahme vom Bereich der normalen Betriebsbedingungen zu begründen. Vielmehr ergibt das Auferlegen einer Verpflichtung zu „Angaben zur Arbeitsweise des Abgasrückführungssystems (AGR), einschließlich [seines] Funktionierens“ im Gegenteil nur dann Sinne, wenn die AGR in dem berichtspflichtigen Bereich funktionieren muss. Dies wiederum deckt sich mit dem Umstand, dass die VO (EG) Nr. 692/2008, wie dargelegt, eine Ausnahme für die Funktionalität bei niedrigen Temperaturen und Kaltstartbedingungen zwar für das SCR-System, aber gerade nicht für die AGR formuliert.

bb.

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

114 (1) Vielmehr trägt die Beklagte hinsichtlich der Fahrt mit betriebswarmem Motor für eine unbeschränkte AGR lediglich ein Außentemperaturfenster von +0°C bis +40°C vor.

115 Soweit die Beklagte in verschiedenen Verfahren vorgetragen hat, die Reduzierung der AGR außerhalb des von ihr vorgetragenen Rahmens sei jeweils nur geringfügig und wirke sich hin zu kalten Umgebungstemperaturen am Auspuff nicht auf die NOx-Emissionen aus, da die NOx-Emissionen mit sinkenden Umgebungstemperaturen bei im Übrigen gleichen Bedingungen abnehmen würden, so dass der NOx-erhöhende Einfluss der AGR-Reduktion und der NOx-verringernde Einfluss der niedrigen Umgebungstemperatur sich in etwa gegenseitig aufheben würden, lässt dieser Vortrag das Vorliegen einer Abschalteinrichtung nicht entfallen. Die Beklagte verkennt insoweit dass Bezugspunkt für die Frage der Emissionskausalität des Eingriffs in das Emissionskontrollsystem,

welche für das Vorliegen einer Abschalteinrichtung im Sinne von Art. 3 Nr. 10 VO (EG) Nr. 715/2007 notwendig ist, nicht das Über- oder Unterschreiten eines bestimmten Wertes ist. Denn außerhalb der NEFZ-Prüfung gibt es keine bestimmten Emissionsgrenzwerte; vorgeschrieben ist aber, dass durch das Emissionskontrollsystem innerhalb normaler Betriebsbedingungen die Auspuffemissionen wirkungsvoll begrenzt werden (EuGH, Urteil vom 14.07.2022 – C-134/20, juris Rn. 48), somit die Wirkweise des Emissionskontrollsystems nicht reduziert oder dieses gar abgeschaltet wird (sofern kein Ausnahmetatbestand nach Art. 5 Abs. 2 Satz 2 VO (EG) Nr. 715/2007 vorliegt).

116 Maßgebend für das Vorliegen von Emissionskausalität ist deshalb ein Vergleich der Wirksamkeit des unverändert funktionierenden und derjenigen des verändert funktionierenden Gesamtemissionskontrollsystems (BGH, Urteil vom 26.06.2023 - VIa ZR 335/21, juris Rn. 51).

117 Diesen Bezugspunkt verkennt die Beklagte auch in ihrem in verschiedenen Verfahren erfolgten Verweis auf Simulationen von Prof. M. zu einem GLK ohne SCR, nach welchen die höherer AGR-Rate (von 26,34%) bei den für die NEFZ-Prüfung maßgeblichen Umgebungstemperaturen (Mittelwert von 25°C) in etwa auf dem Niveau der niedrigeren AGR-Rate (von 24%) bei -15°C Umgebungstemperatur liegen würde. Denn maßgeblich ist nicht, ob das Emissionsniveau bei Vorliegen bestimmter normaler Betriebsbedingungen (siehe oben) – trotz der Abrampung – dem Emissionsniveau bei Vorliegen anderer, ebenfalls normaler Betriebsbedingungen entspricht, sondern ob sich das Emissionsniveau in Folge der Abrampung unter den bei der Abrampung vorliegenden (normalen) Betriebsbedingungen erhöht. Insoweit belegt die Simulation von Prof. M., dass die Reduzierung der AGR-Rate auch eine Verschlechterung des Emissionsverhaltens zur Folge hat.

118 Den Umstand, dass die Gesamtemissionen (NOx) in Folge der Abrampung der AGR bei niedrigen Temperaturen höher sind als ohne eine solche Abrampung, räumt die Beklagte zudem selbst ein, wenn sie geltend macht, dass der – vorhandene – negative Effekt der Abrampung in etwa durch das bei niedrigen Temperaturen geringere NOx-Aufkommen kompensiert werde.

119 (2) Hinsichtlich einer Steuerung der AGR während der Warmlaufphase lässt der Vortrag der Beklagten eine Beurteilung hinsichtlich normaler Betriebsbedingungen, insbesondere ihrer Funktionsweise bei Umgebungstemperaturen zwischen -15°C und +40°C nicht zu.

120 (a) Soweit die Beklagte darauf verweist, dass im Software-Update weder im Motorwarmlauf noch für den betriebswarmen Motor AGR-Korrekturen in Abhängigkeit von der Umgebungsluft vorgesehen seien, sondern diese in Abhängigkeit von der Ladelufttemperatur erfolgen würden, macht dies einen Vortrag zur Funktionsweise der AGR in Bezug auf die Umgebungslufttemperaturen nicht entbehrlich. Denn die Ladelufttemperatur wird neben der Temperatur der umgebenden Bauteile und Strömungsgeschwindigkeit der Luft auch durch die Umgebungslufttemperatur bestimmt. Zur Beurteilung der ungeschmählerten Funktionsweise des Emissionskontrollsystems bei normalen Betriebsbedingungen hat die Beklagte – entsprechend ihres Vortrages zum betriebswarmen Motor – auch für die Warmlaufphase vorzutragen unter welchen Umgebungslufttemperaturen es – mittelbar – zu einer Reduktion der AGR kommt.

121 (b) In verschiedenen Verfahren hat die Beklagte indessen pauschal geltend gemacht, dass Ablagerungs- und Kondensationsrisiken insbesondere zu Beginn einer Fahrt mit kaltem Motor erhöht seien, weshalb gerade in diesem Bereich der Betrieb der AGR entspre-

chend reduziert werden müsse. Einen konkreten Bezug zu den Umgebungstemperaturen hat die Beklagte – trotz Hinweis des Senats – nicht dargestellt, sodass eine Beurteilung, ob und in welchem Umfang die AGR ohne Einschränkungen unter normalen Betriebsbedingungen (Kaltstart bei Außentemperaturbereich von -15°C bis +40°C) funktioniert, nach dem Beklagtenvortrag nicht möglich ist. Damit aber hat die im Rahmen der Vorteilsausgleichung darlegungsbelastete Beklagte das Fehlen von Abschalteinrichtungen nach dem Softwareupdate auch hinsichtlich der Kaltstartbedingungen schon nicht dargelegt.

cc.

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

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

124 (1) So ist eine Beurteilung der Notwendigkeit einer Reduzierung der AGR während der Warmlaufphase auf Grundlage des Beklagtenvortrags bereits deshalb nicht möglich, weil diesem das Maß der Einschränkungen der AGR während der Warmlaufphase in Bezug auf die normalen Betriebsbedingungen (Umgebungstemperaturbereichs von -15°C bis +40°C), welche zum Motorschutz erforderlich sein soll, nicht entnommen werden kann. Sofern die AGR während der Warmlaufphase in Abhängigkeit zur Ladelufttemperatur gesteuert wird, wäre zudem die Darstellung der Reduzierung in Bezug zur Umgebungslufttemperatur erforderlich gewesen, d.h. bei welchem Betriebsstand welche Ladelufttemperatur welcher Außentemperatur entspricht (vgl. dazu ua VG Schleswig, Urteil vom 20.02.2023 - 3 A 113/18, Rn. 76).

125 (2) Unbeschadet dessen vermag auch der weitere Beklagtenvortrag das Eingreifen der Motorschutzausnahme nicht zu rechtfertigen. Die Beklagte macht geltend, dass die Reduzierung der AGR auch nach dem Update noch notwendig sei, um zum einen der Gefahr eines Brandes des Diesel-Oxidationskatalysators („DOC-Brand“) zu begegnen, welcher eine Inbrandsetzung des Motors und letztlich des gesamten Fahrzeugs zur Folge haben könne, sowie um die Gefahr von Kolben-Ventil-Kollisionen in Form einer Kollision des Zylinders mit einem klemmenden oder verbogenen Einlassventil, welche zum plötzlichen Stillstand des Motors führen könnten, zu vermeiden. Dabei sei ursächlich für den DOC-Brand die Einlagerung von Kraftstoff im Diesel-Oxidationskatalysator, weil der Kraftstoff – ohne die AGR-Reduzierung – möglicherweise nicht (vollständig) verbrannt wer-

de. Ursächlich für die von Kolben-Ventil-Kollisionen seien Blockaden durch sich lösende Partikelbrocken, welche sich – ohne die AGR-Reduzierung – bei niedrigen Temperaturen durch Ablagerungsprozesse bilden würden. Damit aber dient die nach dem Software-Update verbliebene AGR-Reduzierung nicht der Vermeidung von Risiken, welche die Motorschutzausnahme tragen könnten.

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

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

128 (3) Zudem hat die Beklagte die Notwendigkeit der Reduzierung der AGR zur Vermeidung eines DOC-Brandes und einer Kolben-Ventil-Kollision auch deshalb nicht ausreichend dargelegt, weil sich aus ihrem Vortrag nicht ergibt, dass zum Zeitpunkt der EG-Typge-

nehmigung dieser Einrichtung oder des mit ihr ausgestatteten Fahrzeugs andere technische Lösungen zur Erreichung dieser Ziele nicht vorhanden gewesen waren (vgl. dazu EuGH, Urteil vom 14.07.2022 - C-145/20, Rn. 80; EuGH, Urteil vom 14.07.2022, C-134/20, Rn. 81; VG Schleswig, Urteil vom 20.02.2023 – 3 A 113/18, juris Rn. 317, 370, 373). Mit der alternativen Technik einhergehende Mehrkosten für den Hersteller fallen dabei nicht ins Gewicht (EuGH, Urteil vom 14.07.2022 - C-145/20 Rn. 77, 78; EuGH, Urteil vom 14.07.2022, C-128/20, Rn. 66, 67).

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

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

dd.

131 Das für das streitgegenständliche Fahrzeug entwickelte Software-Update verfügt damit selbst über eine unzulässige Abschalteinrichtung in Gestalt der Einschränkung der AGR über ein Thermofenster und ist deshalb im Rahmen der Vorteilsausgleichung nicht zu berücksichtigen.

132 (1) Bereits das Vorhandensein einer unzulässigen Abschalteinrichtung begründet die rechtliche Möglichkeit, dass die zuständige Typgenehmigungsbehörde dagegen vorgeht, weshalb sich bereits hieraus – ohne dass es auf das tatsächliche Ergreifen von Maßnahmen der zuständigen Behörde ankommt – ein Schaden bei Abschluss des Kaufvertrages ergibt (vgl. BGH, Urteil vom 27.11.2023 – VIa ZR 1425/22, juris Rn. 26; BGH Beschluss vom 11.01.2022 – VIII ZR 33/20, juris Rn. 31). An dieser Situation hat das Software-Update aufgrund der in ihm enthaltenen unzulässigen Abschalteinrichtung nichts geändert. Daher verlangt der Bundesgerichtshof für eine Berücksichtigung des Software-Updates im Rahmen der Vorteilsausgleichung, dass dieses selbst keine unzulässige Abschalteinrichtung enthält (BGH, Urteil vom 26.06.2023 – VIa ZR 335/21, juris Rn. 80).

133 (2) Soweit die Beklagte geltend macht, dass sich aus der Entscheidung des Bundesgerichtshofs vom 31.07.2024 (Az. VIa ZR 910/22, Rn. 12) ergäbe, dass die bloße Entfernung der KSR zu einer Reduzierung des Schadens im Wege der Vorteilsausgleichung führen müsse, lässt sich dies der Entscheidung nicht entnehmen. Durch den Verweis auf seine bisherige Rechtsprechung gibt der Bundesgerichtshof vielmehr zu erkennen, dass

ein Software-Update im Rahmen der Vorteilsausgleichung weiterhin nur dann zu einer Reduzierung des Schadens führen kann, wenn es die Stilllegungsgefahr signifikant reduziert. Daran kann es fehlen, wenn das Software-Update seinerseits eine Abschalteinrichtung beinhaltet (BGH, aaO, mit Verweis auf Urteil vom 26.06.2023 - VIa ZR 335/21, juris, Rn. 80) oder in dem Fahrzeug auch nach dem Software-Update unzulässige Abschalteinrichtungen vorhanden sind (vgl. BGH, aaO). Ein vollständiges Entfallen des Schadens im Wege der Vorteilsausgleichung setzt darüber hinaus – auch bei Entfernung aller unzulässigen Abschalteinrichtungen – voraus, dass das Software-Update nicht mit Nachteilen tatsächlicher oder rechtlicher Art verbunden ist, die den in dem Software-Update liegenden Vorteil wieder mindern (BGH, aaO, mit Verweis auf BGH, Urteil vom 6. Juli 2021 – VI ZR 40/20, juris, Rn. 24).

134 Da im streitgegenständlichen Fahrzeug auch nach dem Software-Update mit dem Thermofenster eine unzulässige Abschalteinrichtung verbleibt, ist die Stilllegungsgefahr im Streitfall nach Auffassung des Senats nicht (signifikant) reduziert, so dass es weder zu einem Entfallen noch zu einer Minderung des Differenzschadens kommt (§ 287 ZPO).

135 (3) Der Umstand, dass die Beklagte hinsichtlich der temperaturgesteuerten AGR aufgrund des unvermeidbaren Verbotsirrtums nicht haftet, steht dem nicht entgegen. Denn im Rahmen der Vorteilsausgleichung kommt es nur auf das objektive Vorliegen oder Nichtvorliegen eines Vorteils an. Einen solchen Vorteil begründet das Software-Update aufgrund des nach wie vor vorhandenen Thermofensters nicht. Die Gefahr, dass das KBA zu einem späteren Zeitpunkt eine Betriebsuntersagung oder -beschränkung aufgrund des Vorhandenseins dieser unzulässigen Abschalteinrichtung anordnet, besteht damit objektiv fort. Die zivilgerichtliche Beurteilung, ob die Gefahr einer Betriebsuntersagung oder -beschränkung – jedenfalls latent – droht, ist allein an der objektiven Rechtslage zu messen (BGH, Urteil vom 26.01.2022 – VIII ZR 140/20, juris Rn. 36 mwN; Urteil vom 25.09.2024 – VIa ZR 347/22, juris Rn. 15). Diese objektive Rechtslage hängt weder davon ab, ob die im jeweiligen Einzelfall zuständige Zulassungsbehörde eine entsprechende Betriebsuntersagung nach § 5 Abs. 1 FZV ausgesprochen hat oder eine solche – wie hier – (zunächst) unterblieben ist, noch davon, ob die Beklagte aufgrund eines unvermeidbaren Verbotsirrtums subjektiv vom Nichtvorliegen der Gefahr einer Betriebsuntersagung oder -beschränkung ausgegangen sein mag (aA.: 16a. Zivilsenat des OLG Stuttgart, Hinweisbeschluss vom 18.11.2024 – 16a U 177/21).

4.

136 Soweit sich die Beklagte auch mit Blick auf die Haftung aus § 823 Abs. 2 BGB in Verbindung mit § 6 Abs. 1, § 27 Abs. 1 EG-FGV ausdrücklich auf die Einrede der Verjährung beruft, verfängt dies nicht. Die Haftung knüpft entscheidend an das Vorliegen der Kühlmittelsolltemperaturregelung an. Zu welchem Zeitpunkt der Kläger von der KSR in verjährungsrechtlich relevanter Weise Kenntnis erlangt haben soll, trägt die hierfür darlegungsbelastete (etwa BGH, Urteil vom 03.09.2020 – III ZR 136/18, NJW 2021, juris 765 Rn. 55) Beklagte nicht vor. Für eine verjährungsrechtlich relevante Kenntnis der Klagepartei von auf die KSR bezogenen Umständen ist im Übrigen auch nichts ersichtlich, nachdem selbst das KBA erst deutlich nach Bekanntwerden des „Dieselskandals“ von der KSR erfahren hat. Zudem ist darauf hinzuweisen, dass die beim Landgericht erhobene Klage, mit der der Anspruch auf den großen Schadensersatz geltend gemacht wurde, auch die Verjährung des Anspruchs auf den Differenzschadensersatz gem. § 204 Abs. 1 Nr. 1 BGB hemmt (vgl. Senatsurteil vom 11.01.2024 – 24 U 241/22, juris Rn. 60ff).

5.

137 Der Zinsausspruch folgt gemäß §§ 291 Satz 1, 288 Abs. 1 BGB aufgrund der Zustellung des Schriftsatzes vom 15.07.2024, in dem sich die Klagepartei erstmals auf den Differenzschadensersatz berufen und diesen konkret geltend gemacht hat (vgl. Senatsurteil vom 11.01.2024 – 24 U 241/22, juris Rn. 63).

138 Entgegen der Ansicht anderer Oberlandesgerichte (so ua Schleswig-Holsteinisches Oberlandesgericht, Urteil vom 02.01.2024 – 7 U 57/23, juris Rn. 57; OLG München, Urteil vom 10.11.2023 – 36 U 2864/22, juris Rn. 77; OLG Karlsruhe, Urteil vom 03.11.2023 – 8 U 104/21, juris Rn. 79; OLG Celle, Urteil vom 11.10.2023 – 7 U 794/21, juris Rn. 85) wurde durch die auf den großen Schadensersatz gestützte Klageschrift beim Landgericht hinsichtlich des Differenzschadensersatzes noch kein Anspruch auf Rechtshängigkeitszinsen begründet (ebenso: OLG Karlsruhe, Urteil vom 02.02.2024 – 4 U 32/22, juris Rn. 109). Zwar handelt es sich bei dem Differenzschadensersatz aus § 823 Abs. 2 BGB in Verbindung mit § 6 Abs. 1, § 27 Abs. 1 EG-FGV und dem aus § 826 BGB folgenden große Schadensersatz um einheitlichen materiell-rechtlichen Anspruch (vgl. BGH, Urteil vom 13.06.2022 – VIa ZR 680/21, juris Rn. 26) mit lediglich unterschiedlichen Methoden der Schadensberechnung (BGH, Urteil vom 26.06.2023 – VIa ZR 335/21, juris Rn. 45), doch wird durch die Rechtshängigkeit dieses einheitlichen Anspruchs eine Verzinsung nach § 291 BGB nur hinsichtlich der Schadensberechnung ausgelöst, auf die sich die Klagepartei in dem bestimmenden Schriftsatz – zumindest hilfsweise – berufen hat (vgl. BGH, Urteil vom 28.07.2016 – I ZR 252/15, juris Rn. 22). Dies ist hier vorliegend erstmals mit dem vorstehend genannten Schriftsatz der Klagepartei erfolgt.

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

140 Ein weitergehender Zinsanspruch aus §§ 286 Abs. 1, 288 Abs. 1 BGB aufgrund vorgerichtlicher Aufforderung zur Zahlung des großen Schadensersatzes in Gestalt einer Rückabwicklung des Kaufvertrages scheidet aus den gleichen Gründen aus, zumal die Beklagte aufgrund dieser nicht zuverlässig erkennen konnte, dass die Klagepartei auch mit der Leistung des Differenzschadensersatzes zufrieden gewesen wäre (vgl. OLG Karlsruhe, Urteil vom 02.02.2024 – 4 U 32/22, juris Rn. 110 mwN).

III.

141 Die Kostenentscheidung folgt aus § 97 Abs. 1, § 92 Abs. 1, § 516 Abs. 3 ZPO. Das Obsiegen der Klagepartei mit dem erstmals in der Berufungsinstanz begehrten Differenzschadensersatz wirkt sich auch auf die Kostenverteilung in erster Instanz aus (vgl. BGH, Urteil vom 29. 1. 1957 – VIII ZR 204/56, NJW 1957, 543).

142 Gründe für die Zulassung der Revision nach § 543 ZPO liegen mit Blick auf die Frage der Aktivlegitimation vor, nachdem diese in der obergerichtlichen Rechtsprechung divergent beurteilt wird.

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