Oberlandesgericht Stuttgart - Urteil vom 08.05.2025 - 24 U 1736/22

Archivdruck des veröffentlichten amtlichen Entscheidungstextes

Dieser Archivdruck wurde am 31.10.2026 aus dem gespeicherten amtlichen Text erstellt. Er ist als redaktionell erstellte PDF-Fassung gekennzeichnet. Maßgeblich bleibt die angegebene amtliche Fundstelle.

Amtliche Fundstelle: https://www.landesrecht-bw.de/bsbw/document/NJRE001609885

Dieselfall: Thermofenster und KSR als unzulässige Abschalteinrichtungen; Vorliegen eines unvermeidbaren Verbotsirrtums; Abklärung des Restwerts

Leitsatz

1. Der durch den Erwerb eines mit einer unzulässigen Abschalteinrichtung versehenen Fahrzeugs Geschädigte kann seiner Obliegenheit, den marktgerechten Restwert seines Fahrzeugs vor dessen Veräußerung abzuklären (Fortführung OLG Stuttgart, Urteil vom 6. Juni 2024 - 24 U 1328/22, juris Rn. 148ff), auch dadurch genügen, dass er den Restwert auf Grundlage der konkreten Fahrzeugdaten (FIN, Erstzulassungsdatum, Laufleistung) über eine anerkannte Fachdatenbank ermittelt oder ermitteln lässt.(Rn.95)

2. Die - den Restwert rechnerisch erhöhende - Berücksichtigung von Fahrzeugschäden zu Lasten des Geschädigten in einem "Dieselfall" setzt voraus, dass der Geschädigte diese in mit Blick auf § 254 BGB vorwerfbarer Weise verursacht hat.(Rn.93)

3. Verursacht der Geschädigte Fahrzeugschäden durch ein Verhalten, welches der Sorgfalt in eigenen Angelegenheiten gemäß § 277 BGB genügt, so gehen hierdurch hervorgerufenen Minderungen des Restwerts des Fahrzeugs zu Lasten des Schädigers, weshalb nur der Restwert des beschädigten Fahrzeugs im Rahmen der Vorteilsausgleichung zu berücksichtigen ist.(Rn.110) (Rn.112)

Orientierungssatz

1. Eine temperaturgesteuerte AGR (sog. Thermofenster), bei der eine Reduzierung der Wirksamkeit jedenfalls unterhalb von +14°C und betriebswarmem Motor erfolgt, kann eine unzulässige Abschalteinrichtung im Sinne von Art. 3 Nr. 10, 5 Abs. 2 S. 1 VO (EG) Nr. 715/2007 darstellen.(Rn.31)

2. Der Ausnahmetatbestand des Art. 5 Abs. 2 S. 2 lit. a VO (EG) Nr. 715/2007 setzt kumulativ 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.(Rn.35)

3. Eine Kühlmittel-Solltemperatur-Regelung (KSR), auch als "geregeltes Kühlmittelthermostat" bezeichnet, bei der die - durch den Einsatz einer Kühlung - verzögerte Erwärmung des Motoröls zu niedrigeren NOx-Emissionen führt, kann eine unzulässige Abschalteinrichtung im Sinne von Art. 3 Nr. 10, Art. 5 Abs. 1 VO (EG) Nr. 715/2007 darstellen.(Rn.42)

4. Die Unvermeidbarkeit eines Verbotsirrtums kann sowohl durch eine tatsächlich erteilte EG-Typgenehmigung als auch durch eine hypothetische Genehmigung der zuständigen Behörde nachgewiesen werden (Anschluss BGH, Urteil vom 26. Juni 2023 - VIa ZR 335/21).(Rn.66)

5. Anders als im Fall der außentemperaturabhängig gesteuerten AGR (Thermofenster) fehlen für eine im Fahrzeug eingesetzte unzulässige KSR allgemein bekannte Indiztatsachen, welche einen Rückschluss auf einen solchen Rechtsirrtum ermöglichen könnten, wenn diese nicht vorgetragen wurden. Das Thermofenster ist flächendeckend von nahezu allen namhaften Herstellern von Dieselfahrzeugen eingesetzt worden und ist dabei sowohl in Fachkreisen als auch dem KBA bekannt gewesen, wobei es dieses auch seit Jahren in ständiger Genehmigungspraxis nicht beanstandet hat.(Rn.71)

Tenor

1. Auf die Berufung des Klägers wird das Urteil des Landgerichts Stuttgart vom 29.04.2022, Az. 2 O 24/22,

- unter Zurückweisung der Berufung im Übrigen -

teilweise abgeändert und wie folgt neu gefasst:

Die Beklagte wird verurteilt, an die Klagepartei 4.553,35 € nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz hieraus seit dem 14.12.2024 zu bezahlen.

Im Übrigen wird die Klage abgewiesen.

2. Von den Kosten des Rechtsstreits I. Instanz haben die Klagepartei 90%, die Beklagte 10% zu tragen; von den Kosten II. Instanz haben die Klagepartei 78%, die Beklagte 22% zu tragen.

3. Dieses Urteil und - soweit es nicht abgeändert wurde - das mit der Berufung angefochtene Urteil sind ohne Sicherheitsleistung vorläufig vollstreckbar. Der jeweilige Vollstreckungsschuldner kann die Vollstreckung des jeweiligen Vollstreckungsgläubigers durch Sicherheitsleistung in Höhe von 110% des vollstreckbaren Betrages abwenden, wenn nicht der Vollstreckungsgläubiger vor der Vollstreckung Sicherheit in Höhe von 110% des jeweils zu vollstreckenden Betrags leistet.

4. Die Revision wird zugelassen.

5. Streitwert für das Berufungsverfahren: bis 40.000 €

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 zum Abzug der Vorsteuer berechtigte Klagepartei kaufte das streitgegenständliche Fahrzeug Mercedes-Benz GLC 250 d 4MATIC am 25.04.2016 von der Beklagten mit einer damaligen Laufleistung von 0 km zu einem Preis von 54.184,87 € (brutto). 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 6.

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, wird also beim Unterschreiten einer Schwellentemperatur reduziert.

4
Weiter verfügt das streitgegenständliche Fahrzeug über eine sogenannte "Kühlmittel-Solltemperatur-Regelung" (KSR), auch als "geregeltes Kühlmittelthermostat" bezeichnet, bei der die - durch den Einsatz einer Kühlung - verzögerte Erwärmung des Motoröls zu niedrigeren NOx-Emissionen führt.

5
Das streitgegenständliche Fahrzeug weist weiterhin ein SCR-System (selektive katalytische Reduktion) auf. Dabei handelt es sich um eine Abgasnachbehandlung mit dem Harnstoffgemisch AdBlue, das durch die hohen Temperaturen im Abgassystem in Ammoniak umgewandelt wird, der anschließend in einem SCR-Katalysator mit den im Abgas enthaltenen Stickoxiden zu Stickstoff und Wasser reagiert.

6
Von einem auf die Funktionsweise des SCR-Systems bezogenen Rückruf des Kraftfahrt-Bundesamtes (KBA) ist das streitgegenständliche Fahrzeug nicht betroffen.

7
Das Fahrzeug wurde am 31.03.2023 bei einem Kilometerstand von 113.151 km auf Basis eines zur

Kaufpreisermittlung eingeholten Privatgutachtens vom 28.03.2023 (Anlage BK 31, eA II, Anl. Kl. Bl. 207) zum Preis von 17.600,00 € brutto (Nettopreis: 14.789,92 €) an eine Familienangehörige des Geschäftsführers der Klägerin weiterverkauft.

8
Zum Zeitpunkt des Verkaufs wies das Fahrzeug verschiedene Lackbeschädigungen und Kratzer auf; der rechte Außenspiegel war gebrochen. Hierzu hat die Klagepartei unwidersprochen vorgetragen, dass die Beschädigungen - bis auf einen während einer Autobahnfahrt erlittenen Steinschlag auf der Motorhaube - darauf zurückzuführen seien, dass das Fahrzeug im Rahmen des klägerischen Mal- und Lackierbetriebs eingesetzt und auch zum Transport von Arbeitsmitteln genutzt worden sei. Da man insoweit mit dem Fahrzeug "nicht zimperlich" umgegangen sei, habe es einer stärkeren Nutzung unterlegen. Insgesamt handele es sich um "normale Gebrauchsspuren" in einem Handwerksbetrieb. Versicherungsleistungen habe die Klagepartei vor diesem Hintergrund nicht erhalten.

9
Erstinstanzlich hat die Klagepartei beantragt für Recht zu erkennen:

10
1. die Beklagte zu verurteilen, an die Klägerin 54.346,80 EUR nebst Zinsen in Höhe von fünf Prozentpunkten über dem jeweiligen Basiszinssatz seit Rechtshängigkeit, Zug um Zug gegen Übereignung und Herausgabe des Fahrzeuges Mercedes GLC 250 d 4MATIC, FIN ..., zu zahlen, unter Anrechnung einer Nutzungsentschädigung in EUR pro gefahrenem km seit dem 31.01.2017, die sich nach folgender Formel berechnet: (54.184,87 EUR x gefahrene Kilometer) : 350.000 km;

11
2. die Beklagte weiter zu verurteilen, an die Klägerin die außergerichtlichen Rechtsanwaltskosten in Höhe von 2.002,41 EUR nebst Zinsen in Höhe von fünf Prozentpunkten über dem jeweiligen Basiszinssatz seit Rechtshängigkeit zu zahlen;

12
3. festzustellen, dass sich die Beklagte mit der Rücknahme des Pkws der Klägerin, Mercedes GLC 250 d 4MATIC, FIN ..., in Annahmeverzug befindet;

13
4. festzustellen, dass die Beklagte verpflichtet ist, an die Klägerin Schadensersatz für Schäden, die aus der Ausstattung des Fahrzeugs Mercedes GLC 250 d 4MATIC, FIN ..., mit einer unzulässigen Abschaltvorrichtung resultieren, zu zahlen;

14
5. die Beklagte zu verurteilen, an die Klägerin Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz auf 18.000,00 EUR vom 31.01.2017 bis zur Rechtshängigkeit zu zahlen.

15
Die Beklagte hat beantragt,

16
die Klage abzuweisen.

17
Wegen der weiteren Einzelheiten des Sach- und Streitstands wird auf den Tatbestand des angefochtenen Urteils Bezug genommen.

B.

18
Das Landgericht hat die Klage abgewiesen und zur Begründung u.a. ausgeführt, der Klagepartei stünden die geltend gemachten Ansprüche nicht zu, weil schon die objektiven Voraussetzungen einer Haftung aus § 826 BGB nicht dargetan und kaufrechtliche Ansprüche jedenfalls verjährt seien.

C.

19
Gegen dieses Urteil hat die Klagepartei Berufung eingelegt, mit welcher sie ihr ursprüngliches Begehren zunächst weiterverfolgt hat. Zuletzt hat die Klagepartei in der Hauptsache nurmehr den Anspruch auf Differenzschadensersatz geltend gemacht.

20
Die Klagepartei beantragt - unter Berufungsrücknahme im Übrigen - zuletzt,

21
die Beklagte zu verurteilen, an die Klägerin 4.553,35 EUR nebst Zinsen in Höhe von fünf Prozentpunkten über dem jeweiligen Basiszinssatz seit Rechtshängigkeit zu zahlen.

22
Die Beklagte beantragt,

23
die Berufung zurückzuweisen.

24
Die Beklagte verteidigt das landgerichtliche Urteil und macht insbesondere geltend, dass das Fahrzeug bereits nicht über unzulässige Abschalteinrichtungen verfüge. Zumindest führe das von ihr entwickelte und vom KBA freigegebene Software-Update im Wege der Vorteilsausgleichung zu einem Wegfall eines Schadens. Jedenfalls sei ein etwaiger Schaden dadurch aufgezehrt, dass die Klagepartei das Fahrzeug weit unter dessen Wert (25.678,86 € - netto) verkauft habe. Insoweit seien auch die Beschädigungen des Fahrzeugs zum Nachteil der Klagepartei zu berücksichtigen, nachdem die Klagepartei diese zu vertreten habe. Darüber hinaus erhebt die Beklagte die Einrede der Verjährung.

D.

25
Der Senat hat mit den Parteien am 06.03.2025 mündlich verhandelt. Eine in die Berufungsverhandlung eingeführte Restwertabfrage bei DAT ergab einen auf den Stichtag (31.03.2023) bezogenen Händlereinkaufspreis von 20.410 € (netto). Mit Zustimmung der Parteien hat der Senat den Wechsel ins schriftliche Verfahren angeordnet und den Zeitpunkt, der dem Schluss der mündlichen Verhandlung entspricht, auf den 20.04.2025 festgesetzt. Im Übrigen wird auf das Protokoll der Berufungsverhandlung sowie die Berufungsbegründung vom 25.08.2022, die Berufungserwiderung vom 25.10.2022 und die weiteren Schriftsätze nebst Anlagen Bezug genommen.

II.

26
Die zulässige Berufung der Klagepartei hat in der Sache teilweise Erfolg. Der zuletzt in der Hauptsache allein geltend gemachte Anspruch auf den Differenzschadensersatz steht der Klagepartei in dem aus dem Tenor ersichtlichen Umfang zu.

1.

27
Das Vorliegen der Voraussetzungen eines Anspruchs aus § 826 BGB wird von der Klagepartei nicht mehr behauptet, so dass vom Nichtvorliegen derselben auszugehen ist (vgl. BGH, Urteil vom 26.06.2023 - VIa ZR 335/21, juris Rn. 44).

2.

28
Eine Haftung der Beklagten gem. § 823 Abs. 2 BGB in Verbindung mit § 6 Abs. 1, § 27 Abs. 1 EG-FGV - welche 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 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, juris) begründet.

29
Denn das Fahrzeug verfügte zum Zeitpunkt des Abschlusses des Kaufvertrages jedenfalls 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 indessen nur hinsichtlich der KSR (b)).

30
a) Das Fahrzeug hat zum Zeitpunkt des Abschlusses des Kaufvertrages - unstreitig - jedenfalls über zwei technische Einrichtungen verfügt, die als Abschalteinrichtungen im Sinne von Art. 3 Nr. 10, Art. 5 Abs. 2 Satz 1 VO (EG) Nr. 715/2007 einzuordnen sind, eine temperaturgesteuerte AGR (sog. Thermofenster) (aa)) und eine KSR (bb)). Vor diesem Hintergrund kann dahinstehen, ob das streitgegenständliche Fahrzeug - wofür sich aus dem Anhörungsschreiben des KBAs vom 05.07.2023 tatsächliche Anhaltspunkte ergeben mögen - zum Zeitpunkt des Abschlusses des Kaufvertrages über weitere Abschalteinrichtungen im SCR-System verfügte.

31
aa) Die temperaturgesteuerte AGR, bei welcher nach dem Vorbringen der Beklagten eine Reduzierung der Wirksamkeit jedenfalls unterhalb von +14°C und betriebswarmem Motor erfolgte, stellte eine unzulässige Abschalteinrichtung im Sinne von Art. 3 Nr. 10, 5 Abs. 2 Satz 1 VO (EG) Nr. 715/2007 dar.

32
(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. Anderenfalls handelt es sich um eine Abschalteinrichtung. 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 Normen, ist es eine Tatsachenfrage, welche Temperaturen im Unionsgebiet üblicherweise, d.h. unter Ausnahme von Extremwettereignissen, vorkommen. Danach rechnet der Außentemperaturbereich von -15°C bis +40°C, wie der Senat wiederholt entschieden hat, zu den normalen Betriebsbedingungen im Sinn 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 09.11.2023 - 24 U 14/21, juris Rn. 79; 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.

33
Nach dem Vorbringen der Beklagten wurde die AGR im streitgegenständlichen Fahrzeug bei Außentemperaturfensters unterhalb von +14°C in ihrer Wirksamkeit reduziert. Danach handelte es sich bei der zum Zeitpunkt des Abschlusses des Kaufvertrages in dem streitgegenständlichen Fahrzeug befindlichen AGR, deren Wirksamkeit schon innerhalb des vernünftigerweise zu erwartenden Temperaturbereichs reduziert wurde, ohne dass für eine Kompensation dieser Reduktion etwas behauptet

oder ersichtlich wäre, um eine Abschalteinrichtung.

34
(2.) Diese Abschalteinrichtung war 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 lit. a VO (EG) Nr. 715/2007 - auf den sich die Beklagte hier maßgeblich beruft - lassen sich ihrem Vortrag nicht entnehmen.

35
(a) Der Ausnahmetatbestand des Art. 5 Abs. 2 Satz 2 lit. a VO (EG) Nr. 715/2007 setzt kumulativ (vgl. EuGH, Urteil vom 21.03.2023 - C-100/21, juris 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.

36
(aa) Die Begriffe "Unfall" und "Beschädigung" in diesem Sinn 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, juris 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 a.a.O. Rn. 67). Die bloße Verschmutzung und ein Verschleiß des Motors können daher nicht als "Beschädigung" oder "Unfall" in diesem Sinn angesehen werden, da sie im Prinzip vorhersehbar und der normalen Funktionsweise des Fahrzeugs inhärent sind (EuGH a.a.O. Rn. 65; EuGH, Urteil vom 17.12.2020, C-693/18, juris Rn. 110; VG Schleswig, Urteil vom 20.02.2023 - 3 A 113/18, juris Rn. 302).

37
(bb) Auch der Begriff "Motor" ist eng auszulegen. AGR-Ventil, AGR-Kühler und Dieselpartikelfilter sind z.B. vom Motor im Sinn dieses Ausnahmetatbestandes getrennte Bauteile (vgl. EuGH, Urteil vom 14.07.2022 - C-128/20, juris Rn. 63; VG Schleswig, Urteil vom 20.02.2023 - 3 A 113/18, juris Rn. 300).

38
(cc) Notwendig im Sinn dieses Ausnahmetatbestandes ist eine Abschalteinrichtung zum Motorschutz zudem nur dann, wenn zum Zeitpunkt der EG-Typengenehmigung 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, Urteile vom 14.07.2022 - C-128/20, juris Rn. 80; C-134/20, juris Rn. 81). Mit der alternativen Technik einhergehende Mehrkosten für den Hersteller fallen dabei nicht ins Gewicht (EuGH, Urteile vom 14.07.2022 - C-145/20, juris Rn. 77, 78; C-128/20, juris Rn. 66, 67). Um notwendig im Sinne von Art. 5 Abs. 2 Satz 2 lit. 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, NJW 2023, 1111 Rn. 65f).

39
(b) Dem Vortrag der Beklagten lassen sich diese Anforderungen nicht entnehmen.

40
(aa) 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.

41
(bb) Mangels einer konkreten Darlegung der Ausgestaltung der AGR bei Vertragsschluss kann dem Vortrag der Beklagten weder entnommen werden, ob die von ihr behaupteten Ablagerungen an Bestandteilen 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 Sinn angesehen werden kann. Zudem fehlt eine Darlegung einer Kausalkette für hieraus entstehende unmittelbare Risiken für den Motor, die beim Fahren eine konkrete Gefahr hervorrufen und dass zum Zeitpunkt der Erteilung der EG-Typgenehmigung keine andere technische Lösung zur Verfügung gestanden hatte, um diese zu verhindern.

42
bb) Auch die KSR stellte - bereits auf Grundlage des Beklagtenvortrags - eine Abschalteinrichtung im Sinne von Art. 3 Nr. 10, Art. 5 Abs. 1 VO (EG) Nr. 715/2007 dar (1.), die ebenfalls unzulässig ist (2.).

43
(1.) Die KSR ist eine Abschalteinrichtung im Sinne von Art. 3 Nr. 10, Art. 5 Abs. 1 VO (EG) Nr. 715/2007.

44
(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). Diesen Anforderungen genügt die KSR aufgrund ihres begrenzten Wirkbereiches nicht. Senatsbekannt wird bei der KSR die Solltemperatur für das Kühlmittelthermostat (von 95°C oder je nach Fahrzeug: 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 Sinn 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).

45
(b) Die KSR ist darüber hinaus - innerhalb ihres begrenzten Wirkbereichs - 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).

46
(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) - wie 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 Sinn von Art. 3 Nr. 10 VO (EG) Nr. 715/2007 nicht entgegen.

47
(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 lit. a VO (EG) Nr. 715/2007 nicht. Auf die vorstehenden Ausführungen bei der AGR kann insoweit Bezug genommen werden. Unerheblich ist insoweit, ob die KSR zur Einhaltung der Grenzwerte bei der NEFZ-Prüfung erforderlich ist, da auch dies keinen Ausnahmetatbestand im Sinne von Art. 5 Abs. 2 Satz 2 Buchst. c VO (EG) Nr. 715/2007 begründet (vgl. BGH, Urteil vom 26.06.2023 - VIa ZR 335/21, juris Rn. 51 zur "Grenzwertkausalität").

48
b) 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, Urteile vom 26.06.2023 - VIa ZR 335/21, juris Rn. 63, vom 25.09.2023 - VIa ZR 1/23, juris Rn. 13f; Senatsurteil vom 28.09.2023 - 24 U 2504/22, juris Rn. 61).

49
Die Beklagte beruft sich sowohl hinsichtlich des Einsatzes der außentemperaturgesteuerten AGR als auch hinsichtlich der KSR auf einen solchen unvermeidbaren Verbotsirrtum (aa). Von dessen Voraussetzungen vermag sich der Senat jedoch nur hinsichtlich der temperaturgesteuerten AGR (bb), nicht aber hinsichtlich des Einsatzes der KSR im Sinne von § 286 ZPO zu überzeugen (cc), sodass bezüglich letzterer von einem schuldhaften Verhalten der Beklagten auszugehen ist.

50
(aa) Unvermeidbarer Verbotsirrtum:

51
(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. vgl. BGH, Beschluss vom 01.06.1977 - KRB 3/76, juris Rn. 15; BGH, Urteile vom 16.06.1977 - III ZR 179/75, juris Rn. 53ff, 55; vom 10.07.1984 - VI ZR 222/82, juris Rn. 14; vom 07.03.1996 - 4 StR 742/95, juris Rn. 19; vom 10.01.2023 - 6 StR 133/22, juris Rn. 38; vgl. weiter: Rengier in Karlsruher Kommentar zum OWiG, 5. Aufl., § 11 Rn. 56ff; BeckOK/Valerius, OWiG § 11 Rn. 30f m.w.N. [Stand: 01.07.2023]; Sternberg-Lieben/Schuster in Schönke/Schröder, StGB, 30. Aufl., § 17 Rn. 5a jew. m.w.N.).

52
(2.) Unvermeidbar ist der Verbotsirrtum, wenn der Schädiger diesen auch bei Anwendung der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt nicht erkennen konnte (BGH, Urteile vom 26.06.2023 - VIa ZR 335/21, juris Rn. 63; vom 11.01.1984 - VIII ZR 255/82, juris Rn. 22 jew. m.w.N.). 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 m.w.N.), 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).

53
(bb) Hinsichtlich der Verwendung der temperaturgesteuerten AGR (Thermofenster) - in der konkreten Ausgestaltung zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses - hat sich die "Beklagte" (in Gestalt ihrer Mitarbeiter

und Repräsentanten) in Bezug auf die Zulässigkeit dieser Einrichtung nach Überzeugung des Senats in einem Verbotsirrtum (1.) befunden, der auch unvermeidbar (2.) war. Hinsichtlich des Einsatzes des Thermofensters und der hieraus insoweit folgenden Unrichtigkeit der erteilten Übereinstimmungsbescheinigung liegt daher kein schuldhaftes Verhalten vor - weder ihrer Verrichtungsgehilfen (§ 831 BGB) noch ihrer Repräsentanten (§ 31 BGB).

54
(1.) Zum Verbotsirrtum bei der AGR:

55
(a) Die Beklagte hat zum Vorliegen eines Verbotsirrtums sinngemäß vorgebracht, dass sie bis zum heutigen Tage von der Zulässigkeit des Thermofensters ausgehe, weil dieses zum Schutz des Motors und zum sicheren Betrieb des Fahrzeugs erforderlich sei. Niemand im Hause der Beklagten habe an der Zulässigkeit der von allen Herstellern eingesetzten Thermofenster, welches im Typengenehmigungsverfahren dem Grunde nach offen gelegten worden sei und im Grundsatz bis ins Jahr 2022 auch seitens des KBA unbeanstandet gebliebenen sei, gezweifelt. Eine etwaige Unzulässigkeit des Thermofensters sei daher für die Beklagte schon objektiv nicht erkennbar gewesen. Auch die maßgeblich handelnden Personen, namentlich die Leiter der Abteilungen "Vertriebsplanung PKW" und "Fahrzeugdokumentation", welche die Übereinstimmungsbescheinigungen im Namen der Beklagten unterzeichneten, hätten insofern keine Nachfrage gehalten, wenngleich ihnen schon nicht bewusst gewesen sei und nicht bewusst habe sein können, dass mit der Ausstellung der Übereinstimmungsbescheinigung eine Aussage zum Fehlen von Abschalteinrichtungen getroffen werde.

56
(b) Mit diesem Vorbringen hat die Beklagte nach Auffassung des Senats einen Verbotsirrtum konkret dargelegt, von dessen - bestrittenen - Vorliegen der Senat überzeugt ist (§ 286 ZPO).

57
(aa) Als Fahrzeugherstellerin traf die Beklagte die deliktsrechtlich geschützte Pflicht, keine unzutreffenden Übereinstimmungsbescheinigungen in den Verkehr zu bringen (vgl. BGH, Urteile vom 26.06.2023 - VIa ZR 335/21, juris Rn. 61; vom 10. Juli 2023 - VIa ZR 1119/22, juris Rn. 20ff; vom 20. Juli 2023 - III ZR 267/20, juris Rn. 22). Um dieser Verpflichtung zu genügen, musste die Beklagte ihre innerbetrieblichen Abläufe etwa durch interne Weisungen, Meldeketten und Überwachungs- sowie Kontrollmechanismen so organisieren, dass bei regelgerechtem Ablauf nur zutreffende Übereinstimmungsbescheinigungen in Verkehr gelangen konnten. Dies erforderte insbesondere eine Weisungslage, nach welcher technisch kritische Punkte von den für die technische Entwicklung verantwortlichen Personen an die Rechtsabteilung zur Überprüfung weiterzuleiten waren und die Weiterentwicklung und der spätere Einsatz der Technik erst nach positiver rechtlicher Bewertung und Freigabe durch hierfür qualifizierte Personen erfolgen durfte. Zudem war das rechtliche Umfeld und dessen für die Zulässigkeit der eingesetzten Technik relevante Entwicklungen weiter durch die Rechtsabteilung oder sonstiges juristisch qualifiziertes Personal zu beobachten, um erforderlichenfalls entsprechend reagieren und Abläufe stoppen zu können (vgl. BGH, Urteil vom 25.09.2023 - VIa ZR 1/23, juris Rn. 14; Senatsurteil vom 28.09.2023 - 24 U 2504/22, juris Rn. 41 m.w.N.). Danach musste die Beklagte sicherstellen, dass die erforderlichen Informationen auch bis zum Aussteller der Übereinstimmungsbescheinigung weitergeleitet würden. Allein der Umstand, dass dieser keine Kenntnis von möglichen Bedenken bezüglich der Unzulässigkeit von Abschalteinrichtungen hatte, wird daher, anders als die Beklagte meint, im Regelfall nicht genügen, um einen Rechtsirrtum darzulegen.

58
(bb) Indessen würdigt der Senat das Beklagtenvorbringen dahingehend, dass nicht nur der Aussteller der Übereinstimmungsbescheinigung, sondern alle mit den Fragen der Zulässigkeit des Emissionskontrollsystems befassten Personen, davon ausgegangen seien, dass das im streitgegenständlichen Fahrzeug eingesetzte Thermofenster nicht als unzulässige Abschalteinrichtung zu beurteilen sei. Dies genügt nach Auffassung des Senats für die schlüssige Darlegung eines Verbotsirrtums "der Beklagten". Auf die Darlegung subjektiver Vorstellungen einzelner Mitarbeiter, wie vom OLG Karlsruhe (vgl. Urt. v. 22.08.2023 - 8 U 86/21, juris Rn. 145ff) verlangt, kommt es vor diesem Hintergrund nicht an.

59
(cc) Der Senat ist vor dem Hintergrund der nachfolgenden Umstände - die zum Teil allgemein bekannt und zum Teil aus anderen Verfahren gerichtsbekannt sind und auf deren Vorliegen der Senat in der mündlichen Verhandlung hingewiesen hat - mit einem für das praktische Leben brauchbaren Grad von Gewissheit (vgl. BGH, Urteil vom 17. Februar 1970 - III ZR 139/67, juris Rn. 72) davon überzeugt, dass die für die Beklagte handelnden Personen hinsichtlich der Zulässigkeit des Thermofensters einem Verbotsirrtum unterlegen waren.

60
[1] So geht aus dem Bericht der vom Bundesminister für Verkehr und digitale Infrastruktur eingesetzten Untersuchungskommission "Volkswagen" vom April 2016 hervor, dass in dem hier fraglichen Zeitraum Thermofenster von allen Autoherstellern verwendet wurden. Begründet wurde dies mit dem Erfordernis des Motorschutzes, wobei diese Frage vor allem die Auslegung der Ausnahmevorschrift des Art. 5 Abs. 2 Satz 2 Buchst. a VO (EG) Nr. 715/2007 betraf. Dementsprechend haben sowohl das KBA als auch das zuständige Fachministerium den Einsatz eines Thermofensters, bei dem die Hersteller die Abgasreinigung temperaturabhängig zurückfahren, jedenfalls dann nicht grundsätzlich in Frage gestellt, wenn die Einrichtung notwendig sei, um den Motor vor Beschädigung oder Unfall zu schützen (so auch BGH, Beschluss vom 25.11.2021 - III ZR 202/20, juris Rn. 15 m.w.N.).

61
[2] Das KBA sah die Verwendung von Thermofenstern noch lange nach dem allgemeinen Bekanntwerden des "Dieselskandals" im September 2015 nicht als kritisch an. Obwohl das KBA im Zuge des Dieselskandals dazu übergegangen war, auch hinsichtlich Thermofenstern konkret zu prüfen, hatte es diese noch am 25.08.2020 nicht beanstandet. Aus einer dem Senat aus seinem anderen Verfahren bekannten Auskunft des KBA gegenüber dem Oberlandesgericht Hamm vom 25.08.2020, betreffend einen VW Touareg, Euro 5, geht hervor, dass das KBA noch zu diesem Zeitpunkt bei "Thermofenstern" aus Motorschutzgründen unter Verweis auf eine sogenannte thermodynamische Komplexität von Ablagerungseffekten, welche in einer Wechselwirkung zu Fahrweise und Fahrbedingungen stehe, nicht von einer "eindeutige(n) Unzulässigkeit" ausgegangen sei und Thermofenster daher nicht beanstandet habe.

62
[3] Folgerichtig stellte das KBA trotz Kenntnis vom flächendeckenden Einsatz von Thermofenstern und obwohl in den Antragsunterlagen zur EG-Typgenehmigung Details zur temperaturgesteuerten AGR in der Regel nicht enthalten waren, in stetiger Verwaltungspraxis diesbezüglich keine Nachfragen. Diese Genehmigungspraxis des KBA hat sich erst nach entsprechenden Rechtsäußerungen durch den Generalanwalt und den EuGH in den Jahren 2021 und 2022 geändert. Gegenüber der Beklagten wurde ein Thermofenster erstmals mit Bescheid vom 01.11.2022 als unzulässige Abschalteinrichtung beanstandet (so u.a. festgestellt im Senatsurteil vom 28.09.2023 - 24 U 2504/22, juris Rn. 48).

63
[4] Zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses konnten die Mitarbeiter der Beklagten daher bereits auf eine jahrelange Verwaltungspraxis zurückblicken, nach der Thermofenster vom KBA als der für sie maßgeblichen Genehmigungsbehörde nicht als kritisch angesehen wurden. Gerichtliche Entscheidungen, aus denen eine entgegenstehende Rechtsansicht zu entnehmen gewesen wäre, existierten zum damaligen Zeitpunkt ebenfalls nicht.

64
Nach Würdigung dieser Umstände steht daher zur Überzeugung des Senats fest (§ 286 ZPO), dass die für die Beklagte handelnden Personen auch im Erwerbszeitpunkt noch davon ausgingen, dass das streitgegenständliche Thermofenster, wie von ihnen angeführt, erlaubt war.

65
(2.) Zur Unvermeidbarkeit des Verbotsirrtums bei der AGR:

66
(a) Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs kann die Unvermeidbarkeit eines Verbotsirrtums sowohl durch eine tatsächlich erteilte EG-Typgenehmigung als auch durch eine hypothetische

Genehmigung der zuständigen Behörde nachgewiesen werden (BGH, Urteil vom 26.06.2023 - VIa ZR 335/21, juris Rn. 64ff).

67
(b) Ob in einem Fall wie dem vorliegenden, wie die Beklagte verschiedentlich geltend gemacht hat, von einer tatsächlichen Genehmigung auszugehen ist, nachdem das Thermofenster im Rahmen der erteilten EG-Typgenehmigung vom KBA seinerzeit nicht beanstandet worden war, obwohl dem KBA dessen grundsätzliches Vorhandensein bereits damals bekannt war, kann insoweit offenbleiben. Denn der Verbotsirrtum der Beklagten wäre auch dann unvermeidbar, wenn man nicht vom Vorliegen einer tatsächlichen Genehmigung ausgehen wollte, weil der Senat mit einem für das praktische Leben brauchbaren Grad an Gewissheit davon überzeugt ist (§ 286 ZPO), dass das KBA das streitgegenständliche Thermofenster (in seiner konkreten Ausgestaltung zum Zeitpunkt des Abschlusses des Kaufvertrages) auch bei einer die konkrete technische Ausgestaltung umfassend offenlegenden Nachfrage zum Erwerbszeitpunkt genehmigt hätte (BGH, Urteil vom 26.06.2023 - VIa ZR 335/21, juris Rn. 66). Diese Überzeugung ergibt sich für den Senat bereits auf Grundlage der vorstehend dargelegten ständigen Verwaltungspraxis des KBA, welche sich erst nach den Entscheidungen des EuGHs vom 14.07.2022 (C-128/20, C-134/20, C-145/20), mithin erst nach dem streitgegenständlichen Erwerbszeitpunkt geändert hat (vgl. auch Senatsurteil vom 28.09.2023 - 24 U 2504/22, juris Rn. 65). Dass in dem streitgegenständlichen Fahrzeug neben dem Thermofenster weitere Abschalteinrichtungen zum Einsatz kommen, steht diesem Ergebnis - zur Überzeugung des Senats (§ 286 ZPO) - nicht entgegen, weil die bekannt gewordene Rückruf- und Genehmigungspraxis des KBAs bei der Freigabe von Software-Updates belegt, dass das KBA in der Vergangenheit Thermofenster der hier vorliegenden Art auch dann nicht beanstandet hat, wenn diese neben anderen Abschalteinrichtungen zum Einsatz gelangten.

68
(cc) Hinsichtlich des Einsatzes der KSR in dem streitgegenständlichen Fahrzeug und der hieraus folgenden Unrichtigkeit der Übereinstimmungsbescheinigung ist hingegen von einem schuldhaften Verhalten der "Beklagten" auszugehen. Der Senat kann sich insoweit bereits nicht vom Vorliegen eines Irrtums überzeugen. Ausführungen zu einer Vermeidbarkeit sind daher nicht veranlasst.

69
(1.) Der Senat kann sich bereits keine Überzeugung dazu bilden, dass sich Repräsentanten (§ 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 hätte, dass alle notwendigen verfügbaren Informationen auch ihren Mitarbeitern zur Verfügung gestanden hätten (siehe obige Darstellung).

70
Einen beachtlichen Rechtsirrtum über die Zulässigkeit der KSR hat die Beklagte schon nicht dargelegt, worauf der Senat die Beklagte hingewiesen hat. 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 hinsichtlich des - bestrittenen - Vorliegens eines auf die KSR bezogenen Rechtsirrtums aber erforderlich gewesen wäre.

71
Denn anders als im Fall der außentemperaturabhängig gesteuerten AGR (Thermofenster - vgl. hierzu etwa Senatsurteil vom 28.09.2023 - 24 U 2616/22, juris Rn. 46ff) fehlen für die im streitgegenständlichen Fahrzeug eingesetzte unzulässige 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. Für einen vergleichbaren Sachverhalt, der im hier relevanten Zeitpunkt des Abschlusses des streitgegenständlichen Kaufvertrages vorgelegen hätte, und einen ähnlichen, den Schluss auf die Zulässigkeit der Technik ermöglichender Vertrauenstatbestand geschaffen haben könnte, ist hinsichtlich der KSR weder etwas vorgetragen noch ersichtlich.

72
(2.) Zudem hätte die von ihr selbst dargelegte Ausgestaltung der KSR bei der Beklagten Anlass geben müssen, die rechtliche Zulässigkeit dieser Einrichtung kritisch zu prüfen.

73
(a) Da die KSR in ihrer Wirkweise auf die Warmlaufphase des Motors begrenzt ist und schon hinsichtlich des für ihre Aktivierung eröffneten Umgebungslufttemperaturbereichs deutlich hinter dem vernünftigerweise zu erwartenden Temperaturbereich zurückbleibt, genügt sie erkennbar nicht Art. 3 Nr. 10; Art. 4 Abs. 2, Art. 5 Abs. 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.

74
(b) Daneben hätte der Umstand, dass die KSR gerade in der NEFZ-Prüfung ein optimiertes Emissionsverhalten, das das Fahrzeug im weiteren Fahrbetrieb (bei betriebswarmem 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.

75
(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.

3.

76
Danach steht der Klagepartei ein Anspruch auf den Differenzschadensersatz aus § 823 Abs. 2 BGB i.V.m. § 6 Abs. 1, § 27 Abs. 1 EG-FGV zu, den der Senat vorliegend mit 10% des Kaufpreises des Fahrzeuges bewertet.

77
a) Die Beklagte haftet der Klagepartei wie dargelegt auf Ersatz des Differenzschadens, welcher nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs - vorbehaltlich der im Einzelfall vorzunehmenden Vorteilsausgleichung - auf eine Bandbreite zwischen 5 und 15% des gezahlten Kaufpreises rechtlich begrenzt ist (BGH, Urteile vom 26.06.2023 - VIa ZR 335/21, juris Rn. 73; vom 20.07.2023 - III ZR 267/20, juris Rn. 34). Für die gemäß § 287 ZPO vorzunehmende Festlegung 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 drohte und wie groß die Eintrittswahrscheinlichkeit solcher Anordnungen war, 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.

78
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. Dies gilt auch unter Berücksichtigung des Umstands, dass im Streitfall auf Grund des Anhörungsschreibens des

Kraftfahrtbundesamts vom 05.07.2023 tatsächliche Anhaltspunkte für das Vorliegen weiterer Abschalteinrichtungen im SCR-System bestehen mögen. Denn nach Auffassung des Senats (§ 287 ZPO) erhöht sich der Schaden auch dann nicht, wenn das Vorhandensein dieser Abschalteinrichtungen und ihre Unzulässigkeit zu Gunsten der Klagepartei unterstellt werden.

79
aa) 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 m.w.N.), 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.

80
bb) 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 lediglich von einem fahrlässigen Verhalten der Beklagten auszugehen, weil Anhaltspunkte dafür, dass die unterstellten Abschalteinrichtungen auf dem NEFZ-Prüfstand nicht in gleicher Weise funktionieren würden wie im Realbetrieb weder vorgetragen noch ersichtlich sind (vgl. zuletzt etwa: Senatsurteile vom 07.12.2023 - 24 U 73/22 juris Rn. 34ff und vom 09.11.2023 - 24 U 14/21, juris Rn. 33ff sowie - den Senat bestätigend - etwa: BGH, Urteile vom 26.06.2023 - VIa ZR 1031/22, juris Rn. 17ff; vom 11.09.2023 - VIa ZR 1470/22, juris Rn. 12). Zum anderen wäre auch das Gewicht des 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 auch weitere Abschalteinrichtungen im SCR-System beigetragen haben mögen, erscheint dem Senat - auch unter dieser Voraussetzung - eine Bemessung des Schadens mit 10% im Streitfall als angemessen (§ 287 ZPO).

81
cc) Daraus folgt, dass der Differenzschaden im Streitfall im Ausgangspunkt mit 5.418,49 € zu bemessen ist (§ 287 ZPO).

82
b) 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 sie das Fahrzeug bei Kenntnis der Unrichtigkeit der Übereinstimmungsbescheinigung nicht zu dem vereinbarten Kaufpreis erworben hätte (etwa BGH, Urteil vom 26.06.2023 - VIa ZR 335/21, juris Rn. 55), verfängt dies nicht. Denn 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. Dass Kunden durch Mitteilungen anderer Hersteller (VW) über die Existenz von Thermofenstern und durch die jährlichen Geschäftsberichte der Beklagten, beginnend mit dem Bericht 2016 über den Umstand informiert gewesen sein mögen, dass nicht auszuschließen sei, dass die Behörden zum Schluss kommen, dass in Mercedes-Benz Dieselfahrzeugen Funktionalitäten enthalten sein könnten, die möglicherweise als unzulässig zu qualifizieren sind, ändert daran erkennbar nichts.

83
Mit dem verschiedentlich erhobenen Einwand, die Klagepartei habe den Erfahrungssatz durch ihr tatsächliches Verhalten selbst widerlegt, indem sie das Fahrzeug trotz der im Zuge des Abgasskandals aufgekommenen Diskussionen weitergenutzt habe, anstatt sich zeitnah um eine Rückabwicklung zu bemühen, vermag die Beklagte ebenso wenig durchzudringen. 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). Ein verlässlicher Rückschluss darauf, dass die Klagepartei zum vereinbarten Kaufpreis erworben hätte, lässt sich aus dem Umstand, dass sie das Fahrzeug weiternutzte anstatt nach Bekanntwerden des Abgasskandals ein - im Streitfall zudem unberechtigtes - Rückabwicklungsverlangen zu äußern, aber tatrichterlich erst Recht nicht ziehen.

84
c) Im Wege des Vorteilsausgleichs muss sich der Geschädigte jedoch 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 (st. Rspr; vgl. etwa BGH, Urteil vom 25.05.2020 - VI ZR 252/19, juris Rn. 65).

85
Im Streitfall führen diese Grundsätze dazu, dass der Schaden der Klagepartei zum Schluss der mündlichen Verhandlung - dem grundsätzlich maßgeblichen Zeitpunkt für die Bewertung der anzurechnenden Vorteile (etwa: BGH, Urteil vom 24.01.2022 - VIa ZR 100/21, juris Rn. 23 m.w.N.) - vollständig bestehen bleibt.

86
aa) Eine Reduzierung des Schadens ergibt sich zunächst nicht aus der Berücksichtigung des Restwertes und der von der Klagepartei gezogenen Nutzungsvorteile; insbesondere muss sich die Klagepartei weder schadensmindernd entgegenhalten lassen, dass sie das Fahrzeug unter Wert verkauft habe, noch dass das Fahrzeug Beschädigungen aufweist. Sowohl beim Differenzschadensersatz nach § 823 Abs. 2 BGB i.V.m. § 6 Abs. 1, 27 Abs. 1 EG-FGV als auch beim kleinen Schadensersatz nach § 826 BGB 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 (vgl. zu § 823 Abs. 2 BGB i.V.m. § 6 Abs. 1, 27 Abs. 1 EG-FGV: BGH, Urteil vom 26.06.2023 - VIa ZR 335/21, juris Rn. 44, 80; zu § 826 BGB: BGH, Urteil vom 24.01.2022 - VIa ZR 100/21, juris Rn. 22). Erreichen sie den ursprünglich gezahlten Kaufpreis, besteht kein Schaden. 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 m.w.N.).

87
(1.) 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. m.w.N.) - schätzt der Senat auf Basis der vom Bundesgerichtshof für zulässig erachteten Methode der linearen Wertminderung (vgl. u.a. BGH, Urteil vom 30.07.2020 - VI ZR 354/19, juris Rn. 12f; BGH, Beschluss vom 12.10.2021 - VIII ZR 255/20, juris Rn. 22f) gemäß § 287 ZPO unter Zugrundelegung einer - auf gefestigter Schätzpraxis der Gerichte beruhenden - 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, Urteile vom 29.09.2020 - 12 U 449/19, Rn. 36; vom 02.04.2020 - 2 U 249/19, Rn. 56; vom 12.05.2021 - 9 U 17/21, Rn. 49; vom 13.04.2021 - 16a U 718/20, Rn. 88; 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).

88
Bei der Schätzung der (durchschnittliche) Gesamtfahrleistung 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 äußersten Fall 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). 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, juris Rn. 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).

89
(2.) Der Bemessung des Wertes der gezogenen Nutzungen legt der Senat den von der Klagepartei tatsächlichen gezahlten Kaufpreis zugrunde und nicht den um den Differenzschadensersatz reduzierten "Wert des Fahrzeugs" bei Vertragsschluss (BGH, Urteil vom 26.06.2023 - VIa ZR 335/21, juris Rn. 44, 80). Dies beruht darauf, dass nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs zwischen dem gezahlten Kaufpreis einerseits und dem Nutzungswert und tatsächlichen Restwert des Kraftfahrzeugs andererseits eine Rechnungseinheit besteht. Insofern ist zwar bei der Bemessung des Werts des Fahrzeugs im Zeitpunkt des Vertragsschlusses insbesondere das Risiko der Betriebsuntersagung oder -beschränkung einzubeziehen. Hat sich dieses wertbestimmende Risiko aber nicht verwirklicht, so muss dieser Umstand im Wege der im Zeitpunkt des Schlusses der mündlichen Verhandlung vorzunehmenden Vorteilsausgleichung Berücksichtigung finden (BGH, Urteil vom 24.01.2022 - VIa ZR 100/21, juris Rn. 20). Daraus folgt, dass auch bei einer Bewertung der bislang gezogenen Nutzungen, welche von dem wertbestimmenden Risiko einer Betriebsstilllegung unbeeinflusst geblieben sind, auf den ursprünglichen Kaufpreis abzustellen ist (§ 287 ZPO).

90
Dabei sind die Nutzungen nach Auffassung des Senats auch mit Blick auf die zwischen den Parteien

unstreitige Vorsteuerabzugsberechtigung der Klagepartei aus dem Bruttokaufpreis zu errechnen (§ 287 ZPO). Maßgebend für die Bewertung der Nutzungen ist der objektive Wert der Fahrzeugnutzung. Dieser knüpft an den objektiven Wert des Fahrzeugs an, für welchen wiederum der - im Regelfall (und im Streitfall) auch von einem vorsteuerabzugsberechtigten Käufer an den Verkäufer zu entrichtende - Bruttokaufpreis einen tauglichen Anhaltspunkt bietet (vgl. BGH, Urteil vom 13.04.2021 - VI ZR 274/20, juris Rn. 23 sowie zur Bewertung der Nutzungen nach Rücktritt: BGH, Urteil vom 26.06.1991 - VIII ZR 198/90, juris Rn. 13). Folglich bleibt der objektive Gebrauchswert sowohl davon unbeeinflusst, dass der Käufer subjektiv mehr aufwenden muss, um in den Genuss der Nutzungen zu kommen, weil er den Kaufpreis finanzieren muss (BGH, Urteil vom 13.04.2021 - VI ZR 274/20, juris Rn. 23) wie er davon unbeeinflusst bleiben muss, dass der Käufer subjektiv letztlich weniger aufwenden muss, weil er einen Teil der Erwerbskosten vom Finanzamt erstattet erhalten kann (ebenso: Zurlinden, NJW 2024, 1910, 1912).

91
(3.) Ausgehend von der Laufleistung von 113.151 km im Weiterverkaufszeitpunkt sind gezogene Nutzungen in Höhe von 24.524,29 € sowie der von der Klagepartei erzielte Veräußerungserlös in Höhe von 14.789,92 € (netto), welcher auch im Rahmen des Anspruchs auf Differenzschadensersatz bei der Vorteilsausgleichung an die Stelle des Fahrzeugrestwertes tritt (BGH, Urteil vom 25.09.2023 - VIa ZR 1687/22, juris Rn. 12), zu berücksichtigen. Dabei ist der Veräußerungserlös mit Blick auf die zwischen den Parteien unstreitige Vorsteuerabzugsberechtigung der Klagepartei mit dem Nettowert in Höhe von 14.789,92 € einzustellen, weil der Klagepartei nur in dieser Höhe ein wirtschaftlicher Vorteil verbleibt (vgl. Zurlinden, NJW 2024, 1910, 1912). Die Berücksichtigung eines höheren Restwertes an Stelle des erzielten Veräußerungserlöses kommt vorliegend nicht in Betracht. Weder trifft die Klagepartei ein Mitverschulden mit Blick auf eine etwaige Unterschreitung des marktgerechten Restwertes (hierzu (a)) noch hat sie die wertmindernden Beschädigungen im Verhältnis zur Beklagten zu vertreten (hierzu (b)). Folglich muss sie sich nicht gem. § 254 Abs. 2, Satz 1, Fall 2 BGB im Ergebnis so behandeln lassen als habe sie das unbeschädigte Fahrzeug für 18.369,08 € veräußert (vgl. dazu BGH, Urteil vom 23.10.2023 - VIa ZR 468/21 -, juris Rn. 14 m.w.N. sowie Senatsurteil vom 06.06.2024 - 24 U 1328/22, juris Rn. 150).

92
(a) Die Berücksichtigung eines höheren Restwertes an Stelle des erzielten Veräußerungserlöses im Rahmen der Bewertung der zum Schluss der mündlichen Verhandlung im Vermögen der Klagepartei (noch) vorhandenen Vorteile setzt voraus, dass der (teilweise) Untergang des Vorteils durch Austausch des marktgerechten Fahrzeugrestwerts gegen einen nicht marktgerechten Veräußerungserlös auf einem dem Geschädigten anzulastenden Verstoß gegen die ihn treffende Schadensminderungsobliegenheit (§ 254 Abs. 2, Satz 1, Fall 2 BGB) beruht (vgl. dazu BGH, Urteil vom 23.10.2023 - VIa ZR 468/21, juris Rn. 14 m.w.N. sowie bereits Senatsurteil vom 29.02.2024 - 24 U 1424/22, juris Rn. 98ff). Von einer solchen Verletzung der Schadensminderungsobliegenheit kann nach ständiger höchstrichterlicher Rechtsprechung nur ausgegangen werden, wenn der Geschädigte es schuldhaft unterlassen hat, den Schaden abzuwenden oder zu mindern. Dieses Verschulden bedeutet nicht die vorwerfbare Verletzung einer gegenüber einem anderen bestehenden Leistungspflicht, sondern ein Verschulden gegen sich selbst, wovon nur ausgegangen werden kann, wenn der Geschädigte es unter Verstoß gegen Treu und Glauben unterlässt, diejenigen Maßnahmen zu ergreifen die ein ordentlicher und verständiger Mensch an seiner Stelle ergriffen hätte (vgl. etwa: BGH, Urteile vom 07.12.2022 - VIII ZR 81/21, juris Rn. 36; vom 21.09.2021 - VI ZR 91/19, juris Rn. 10 jew. m.w.N.).

93
In Fällen der vorliegenden Art setzt ein Verstoß gegen die Schadensminderungsobliegenheit zum einen voraus, dass das Fahrzeug zu einem nicht marktgerechten Preis veräußert wurde und zum anderen, dass dies für den Geschädigten - im Rahmen der ihm gemäß § 254 Abs. 2 BGB obliegenden, zumutbaren Anstrengungen zur Geringhaltung des Schadens - erkennbar und damit vorwerfbar war (vgl. Senatsurteil vom 29.02.2024 - 24 U 1424/22, juris Rn. 99, vgl. weiter BGH, Urteile vom 12.07.2005 - VI ZR 132/04, juris Rn. 14; vom 01.06.2010 - VI ZR 316/09, juris Rn. 9f).

94
Von diesen Grundsätzen ausgehend hat die Klagepartei die sie treffende Schadensminderungsobliegenheit nach Auffassung des Senats nicht verletzt, indem sie das Fahrzeug zu

einem Preis von 14.789,92 € (netto) veräußert hat.

95
(aa) Der marktgerechte Veräußerungserlös für das streitgegenständliche Fahrzeug - ohne Berücksichtigung der durch den Privatgutachter festgestellten und zwischen den Parteien unstreitigen Beschädigungen (siehe Anl. BK 31, eA II, Anl. Kl. Bl. 211) - beläuft sich im Streitfall, anders als die Beklagte meint, nicht auf 25.678,86 € netto, sondern lediglich auf 20.410 € netto (§ 287 ZPO). Denn zur Ermittlung des Marktwertes sind nach Auffassung des Senats weder die - lediglich Angebote und keine realen Verkaufspreise wiedergebenden - Preisangaben auf Gebrauchtwagenbörsen noch der zwar auf Grundlage stattgehabter Verkäufe ermittelte, aber eine nicht im Vermögen des Geschädigten vorhandene Gewinnspanne umfassende, durchschnittliche Händlerverkaufspreis zu Grunde zu legen. Heranzuziehen ist vielmehr der Händlereinkaufspreis, mithin der Preis zu welchem der Geschädigte sein Fahrzeug ohne Weiteres an einen Händler veräußern kann (Senatsurteil vom 09.11.2023 - 24 U 14/21, juris Rn. 133 und ständig). Diesen auf den Stichtag des Verkaufs bezogenen Restwert des streitgegenständlichen Fahrzeugs hat der Senat über die allgemein bekannte Datenbank der Deutschen Automobil Treuhand GmbH unter Angabe der FIN des Fahrzeuges, seines Erstzulassungsdatums und der Laufleistung zum Stichtag ermittelt und in die Berufungsverhandlung eingeführt (vgl. etwa BGH, Urteil vom 12.04.2011 - VI ZR 300/09, VersR 2011, 769 Rn. 17 m.w.N.). Die Abfrage hat einen Händlereinkaufspreis von 20.410 € (netto) ergeben.

96
(bb) Im Streitfall kann offen bleiben, ob die Differenz zwischen dem durch den Senat ermittelten Händlereinkaufspreis (20.410 € - netto) und dem durch den Privatgutachter ermittelten und im Rahmen der Veräußerung realisierten Zeitwert (14.870,66 € - netto) - welcher nach dem Verständnis des Senats dem Händlereinkaufspreis entspricht - allein auf den durch den Privatgutachter festgestellten wertmindernden - aber schadensrechtlich zu Lasten der Beklagten gehenden (hierzu sogleich (b)) - Beschädigungen beruht, oder ob die Einschätzung des Sachverständigen auch unabhängig hiervon hinter dem durch den Senat ermittelten, marktgerechten Restwert zurückgeblieben wäre. Denn selbst wenn man zu Gunsten der Beklagten unterstellt, dass der Privatgutachter auch unabhängig von den Beschädigungen zu einem Wertansatz von weniger als 90% des Händlereinkaufspreises gelangt wäre (vgl. zur Relevanz dieses Wertes Senatsurteil vom 06.06.2024 - 24 U 1328/22, juris Rn. 150), wäre der Klagepartei keine schuldhafte Verletzung ihrer Schadensminderungsobliegenheit vorzuwerfen.

97
[1.] Die höchstrichterlich nicht geklärte Frage, unter welchen Umständen der Käufer eines mit einer unzulässigen Abschalteinrichtung ausgestatteten Fahrzeugs, der dieses Fahrzeug weiter veräußert und dabei - wie hier unterstellt - den Händlereinkaufspreis unterschreitet, seine Obliegenheit verletzt den Schaden gering zu halten (§ 254 Abs. 2 BGB), ist nach der Rechtsprechung des Senats (Senatsurteil vom 06.06.2024 - 24 U 1328/22, juris Rn. 148ff und ständig) unter Anlehnung an die ständige Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs zur Restwertverwertung von Unfallfahrzeugen zu beantworten. Dort ist anerkannt, dass der Geschädigte sich zwar in den für die Schadensbehebung durch § 249 Abs. 2 Satz 1 BGB gezogenen Grenzen hält, wenn er die Veräußerung seines beschädigten Kraftfahrzeuges zu demjenigen Preis vornimmt, den ein von ihm eingeschalteter Sachverständiger in einem Gutachten, das eine korrekte Wertermittlung erkennen lässt, als Wert auf dem allgemeinen regionalen Markt ermittelt hat. Veräußert der Geschädigte das Fahrzeug auf dieser Erkenntnisgrundlage zu dem ermittelten Preis, kann ihm grundsätzlich nicht anspruchskürzend entgegengehalten werden, dass tatsächlich ein höherer Restwert erzielbar gewesen wäre (st. Rspr. vgl. etwa BGH, Urteile vom 27.09.2016 - VI ZR 673/15, juris Rn. 9f; vom 01.06.2010 - VI ZR 316/09, juris Rn. 9f; vom 12.07.2005 - VI ZR 132/04, juris Rn. 11 jew. m.w.N.). Anders verhält es sich aber dann, wenn der Geschädigte den Restwert ohne eine solche, hinreichende Absicherung realisiert und der Erlös sich später im Prozess als zu niedrig erweist; in diesem Fall ist das Risiko eines Mindererlöses vom Geschädigten zu tragen (BGH, Urteil vom 12.07.2005 - VI ZR 132/04, juris Rn. 14; ebenso für den Fall der Beauftragung eines überteuerten Sachverständigen ohne vorherige Plausibilisierung des Preises: BGH, Urteil vom 29.10.2019 - VI ZR 104/19, juris Rn. 13). Hieran anknüpfend trifft auch den Käufer eines mit einer unzulässigen Abschalteinrichtung ausgestatteten Fahrzeugs die Obliegenheit, den Marktwert des Fahrzeugs vor der Veräußerung des Fahrzeugs abzuklären, was in zumutbarer Weise etwa durch die Einholung verschiedener Ankaufsangebote von

KfZ-Händlern geschehen kann. Unterlässt der Geschädigte eine hinreichende Abklärung des Marktwertes, so hat er im Prozess das Risiko einer Veräußerung unter Wert zu tragen.

98
[2.] Dieser Obliegenheit, den Marktwert des Fahrzeugs vor der Veräußerung des Fahrzeugs abzuklären, hat die Klagepartei nach Auffassung des Senats im Streitfall aber genügt, weshalb sie sich nicht so behandeln lassen muss, als habe sie das Fahrzeug zu 90% des Händlereinkaufspreises nach DAT verkauft (vgl. dazu Senatsurteil vom 06.06.2024 - 24 U 1328/22, juris Rn. 150 und ständig). Der Umstand, dass die Klagepartei im Streitfall ein Gutachten eingeholt hat, das den höchstrichterlichen Vorgaben im Rahmen der Restwertverwertung nicht genügt, steht dem nach Auffassung des Senats nicht entgegen, weil diese Vorgaben auf die hier in Rede stehende Konstellation nicht vollumfänglich übertragen werden können.

99
Dabei verkennt der Senat nicht, dass der private - nicht gewerblich mit dem An- und Verkauf von Gebrauchtfahrzeugen befasste (vgl. hierzu BGH, Urteil vom 25.06.2019 - VI ZR 358/18, juris Rn. 15ff) - Geschädigte nach der gefestigten Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs im Rahmen der parallel gelagerten Fragestellung der Restwertverwertung von Unfallfahrzeugen seiner Schadensminderungsobliegenheit nur dann genügt, wenn er drei Angebote des allgemeinen, regionalen Marktes einholt oder sich auf ein Gutachten zu stützen vermag, welches diesen Anforderungen genügt (vgl. BGH, Urteile vom 13.01.2009 - VI ZR 205/08, juris Rn. 10, 13; vom 13.2009 - VI ZR 318/08, juris Rn. 11 sowie Katzenstein in Geigel, Haftpflichtprozess, 29. Auflg., 1. Teil, Kap. 3, Rn. 85ff m.w.N.). Diese Rechtsprechung lässt sich nach Auffassung des Senats aber nur insoweit auf die hier vorliegende Fallkonstellation übertragen, als der durch den Erwerb eines mit einer unzulässigen Abschalteinrichtung versehenen Dieselfahrzeugs Geschädigte im Rahmen seiner Obliegenheit, den Schaden gering zu halten, grundsätzlich nicht dazu verpflichtet werden kann, bei der Abklärung des marktgerechten Preises auch die Angebote von räumlich entfernten Interessenten zu berücksichtigen. Denn auch ihm muss es grundsätzlich möglich bleiben, das Fahrzeug einer ihm vertrauten Vertragswerkstatt oder einem angesehenen Gebrauchtwagenhändler des regionalen Marktes bei dem Erwerb eines Ersatzwagens in Zahlung zu geben (vgl. zu diesem Aspekt: BGH, Urteil vom 27.09.2016 - VI ZR 673/15, juris Rn. 13).

100
Indessen würde es nach der Überzeugung des Senats eine Überspannung der an den Geschädigten zu stellenden Anforderungen bedeuten, welche sich, wie dargelegt, auf dasjenige beschränken, was ein ordentlicher und verständiger Mensch unter Beachtung der Gebote von Treu und Glauben an seiner Stelle getan hätte, wenn man von dem Geschädigten verlangte, stets drei Angebote des regionalen Marktes einzuholen. Insofern ist zu berücksichtigen, dass der Geschädigte diese Angebote im Regelfall selbst einholen muss, weil in den Fällen der vorliegenden Art anders als bei einem KFZ-Unfallgeschädigten kein Versicherer involviert ist, der dem Geschädigten - in der Praxis - die erforderliche Abklärung abnimmt, indem er damit einen Gutachter beauftragt oder jedenfalls finanziert. Dass die Klagepartei im Streitfall tatsächlich vor der Veräußerung einen Privatgutachter beauftragt hat, rechtfertigt insofern keine Ausdehnung der Marktaufklärungsobliegenheit, weil sich der Umfang der von dem Gutachter im Rahmen seines Auftrags geschuldeten Aufklärung nach den Pflichten richtet, die den Geschädigten treffen (BGH, Urteil vom 13.01.2009 - VI ZR 205/08, juris Rn. 10) und nicht umgekehrt eine Erweiterung derselben bewirkt. Nach Auffassung des Senats genügt der Geschädigte seiner Obliegenheit zur Abklärung des marktgerechten Restwerts im Regelfall aber auch dann, wenn er den Händlereinkaufspreis des Fahrzeugs mittels einer Fachdatenbank auf Grundlage der konkreten Fahrzeugdaten (FIN, Erstzulassungsdatum, Laufleistung) ermittelt. Ob der Geschädigte bei einem Fahrzeug, welches wie das streitgegenständliche Fahrzeug Beschädigungen aufweist, die über altersgerechte Verschleißerscheinungen hinausgehen, stets einen Sachverständigen hinzuziehen muss - sofern er den Marktpreis nicht durch Einholung verschiedener Händlerankaufsangebote abklärt - kann hier offenbleiben, da sich die Klagepartei im Streitfall der Hilfe eines Sachverständigen bedient hat.

101
[3.] Hiervon ausgehend ist die Klagepartei im Streitfall ihrer Obliegenheit zur Aufklärung des marktgerechten Fahrzeugrestwerts in ausreichender Weise nachgekommen. Wie aus dem Gutachten hervorgeht, hat der - dort als Diplom-Ingenieur und Betreiber eines Ingenieurbüros für Fahrzeugtechnik ausgewiesene - Privatgutachter den Zeitwert des Fahrzeugs mit Hilfe der allgemein bekannten Datenbank

"audatex" unter Angabe der FIN des Fahrzeuges, seines Erstzulassungsdatums und der Laufleistung ermittelt und dabei die streitgegenständlichen Beschädigungen als wertmindernd berücksichtigt. Damit genügt das Gutachten inhaltlich den nach Auffassung des Senats zu stellenden inhaltlichen Anforderungen. Inwiefern die - auch in formeller Hinsicht nicht zu beanstandende - privatgutachterliche Bewertung unrichtig sein soll und insbesondere weshalb dies für die Klagepartei hätte erkennbar sein sollen, zeigt die insoweit darlegungs- und beweisbelastete (etwa: BGH, Urteil vom 26.05.2023 - VI ZR 274/22, juris Rn. 18) Beklagte nicht auf. Dafür sind auch keine Anhaltspunkte ersichtlich.

102
Vor diesem Hintergrund durfte die Klagepartei sich auf das eingeholte Privatgutachten verlassen und das Fahrzeug ohne Verstoß gegen die Schadensminderungsobliegenheit zu dem dort ermittelten Preis von 14.789,92 € (netto) veräußern.

103
(b) Entgegen der Auffassung der Beklagten muss sich die Klagepartei auch die unstreitig vorliegenden Beschädigungen des Fahrzeugs nicht schadensmindernd entgegenhalten lassen. Soweit die Klagepartei diese Beschädigungen nach ihrem eigenen Vortrag verursacht hat, steht einer Anspruchskürzung der in Fällen der vorliegenden Art heranzuziehende Rechtsgedanke des § 346 Abs. 3, Satz 1, Nr. 3 BGB ([1.]) entgegen, weil die Beschädigungen auf einem der Sorgfalt in eigenen Angelegenheiten genügenden Verhalten beruhen ([2.]). Vor diesem Hintergrund war der Frage, in welchem Umfang die Beschädigungen den Wert des Fahrzeugs gemindert haben, nicht nachzugehen. Da die Klagepartei nach ihrem unbestritten gebliebenen Vortrag auch keine Versicherungsleistungen erhalten hat, stellt sich die Frage nach deren Berücksichtigung im Rahmen der Vorteilsausgleichung (vgl. hierzu Senatsurteil vom 21.11.2024 - 24 U 891/22, juris Rn. 104ff) schon im Ansatz nicht.

104
[1.] Wie dargelegt, sind im Rahmen der Vorteilsausgleichung zum Zeitpunkt des Schlusses der mündlichen Verhandlung im Ausgangspunkt diejenigen Vermögensvorteile zu berücksichtigend und zu bewerten, die sich noch im Vermögen des Geschädigten befinden. Hat sich der Wert des Fahrzeugs auf Grund einer Einwirkung auf das Fahrzeug verschlechtert, stellt sich die Frage, ob dieses Risiko dem Geschädigten oder dem Schädiger zuzuweisen ist, indem entweder der Wert des Fahrzeugs ohne die Beschädigung im Rahmen der Vorteilsausgleichung Berücksichtigung findet oder aber der Geschädigte hinzunehmen hat, dass der Vorteil nur noch in geringerem Umfang vorliegt. Richtschnur ist nach Auffassung des Senats insoweit die Frage, ob der Geschädigte seiner sich aus § 254 Abs. 2 BGB ergebenden Obliegenheit zur Geringhaltung des Schadens genügt hat oder ob er diese verletzt hat.

105
Eine Verletzung der Schadensminderungsobliegenheit liegt vor, wenn der Geschädigte es unter Verstoß gegen Treu und Glauben unterlässt, diejenigen Maßnahmen zu ergreifen, die ein ordentlicher und verständiger Mensch an seiner Stelle ergriffen hätte. Entscheidender Abgrenzungsmaßstab ist also der Grundsatz von Treu und Glauben. In anderen Vorschriften zum Ausdruck kommende Grundentscheidungen des Gesetzgebers dürfen dabei nicht unterlaufen werden (vgl. etwa: BGH, Urteile vom 07.12.2022 - VIII ZR 81/21, juris Rn. 36; vom 21.09.2021 - VI ZR 91/19, juris Rn. 10 jew. m.w.N.). Dabei ergibt sich aus der Anknüpfung an die Gebote von Treu und Glauben, dass der Maßstab dafür, welches Verhalten dem Geschädigten im Rahmen der ihn treffenden Schadensminderungsobliegenheit abzuverlangen ist, grundsätzlich nicht die subjektive Sicht des Geschädigten ist, sondern die objektivierte Sicht eines ordentlichen und verständigen Menschen an seiner Stelle (BGH, Urteil vom 07. 02.2017 - VI ZR 182/16, juris Rn. 9, 12).

106
[a] Danach scheidet eine Berücksichtigung der Beschädigung an der Motorhaube, welche nach dem unbestrittenen Vorbringen der Klagepartei durch einen Steinschlag auf der Autobahn verursacht wurde, schon deshalb aus, weil sie auf Zufall oder dem Verschulden eines Dritten beruht. Dass die Beschädigung darauf beruhe, dass die Klagepartei insoweit ihrer Schadensminderungsobliegenheit nicht gerecht geworden sei, macht die insoweit darlegungs- und beweisbelastete (etwa: BGH, Urteil vom 26.05.2023 - VI ZR 274/22, juris Rn. 18) Beklagte schon nicht geltend. Dafür ist auch nichts ersichtlich.

107
[b] Aber auch mit Blick auf die übrigen Beschädigungen, welche nach dem unbestrittenen Vorbringen der Klagepartei auf den "wenig zimperlich[en]" Umgang mit dem Fahrzeug in dem klägerischen Handwerksbetrieb zurückzuführen sind, scheidet eine Berücksichtigung der hierauf beruhenden Wertminderung zum Nachteil der Klagepartei aus.

108
[aa] Nach Auffassung des Senats ist in diesem Zusammenhang zu berücksichtigen, dass die Obhutspflichten, die dem Geschädigten durch § 254 Abs. 2 BGB mit Blick auf das zu bewertende Fahrzeug auferlegt sind, eine Sache betreffen, die in seinem Eigentum steht und - nachdem eine Rückabwicklung des Erwerbsgeschäfts im Rahmen des hier in Rede stehenden Anspruchs auf Ersatz des Differenzschadens ausscheidet - in seinem Eigentum verbleiben soll. Unter Beachtung der Gebote von Treu und Glauben kann aber der Umstand, dass der Hersteller das Fahrzeug mit einer unzulässigen Abschalteinrichtung ausgestattet hat, dem Geschädigten folglich zum Ersatz des Differenzschadens verpflichtet - und der Wert des Fahrzeugs in Folge dessen für die Bemessung des Schadens von Bedeutung - ist, nicht dazu führen, dass der Geschädigte dazu gezwungen wird, mit dem Fahrzeug zu verfahren wie mit einer fremden Sache. Denn auch ein ordentlicher und verständiger Mensch kann dazu neigen, mit einer fremden Sache einen anderen Umgang zu pflegen als mit einer in seinem Eigentum stehenden (zutreffend: Schall in BeckOGK, BGB, § 346 BGB Rn. 614 [Stand: 01.08.2024]). Der Umstand, dass der Hersteller rechtswidrig und schuldhaft die Ursache dafür gesetzt hat, dass die Gefahr verteilt werden muss, die daraus erwächst, dass der durch das Verhalten des Herstellers Geschädigte das Fahrzeug - der Rechtslage entsprechend - behandelt hat wie sein eigenes, rechtfertigt es vielmehr, ebendiese Gefahr dem Hersteller zuzuweisen. Die Interessenlage ist insoweit derjenigen eines Rücktrittsgläubigers vergleichbar, welcher im Falle eines gesetzlichen Rücktrittsrechts gem. § 346 Abs. 3, Satz 1, Nr. 3 BGB nicht nur die Gefahr einer zufälligen Verschlechterung des empfangenen Gegenstands zu tragen hat, sondern auch die Gefahr, die sich aus einer Behandlung der Sache im Rahmen der eigenüblichen Sorgfalt (§ 277 BGB) des Rücktrittsschuldners ergibt. Die gesetzgeberische Wertung, dass diese Risikoverteilung schon im Falle einer kein Verschulden erfordernden Schlechtleistung sachgerecht ist, weil derjenige, der nicht ordnungsgemäß geleistet hat, nicht darauf vertrauen darf, dass der Gefahrübergang auf den anderen Teil endgültig ist (vgl. Gesetzentwurf zur Modernisierung des Schuldrechts, BT.Drcks. 14/6040, S. 196), trägt im Falle eines deliktsrechtlich sanktionierten und schuldhaften Verhaltens des Anspruchsgegners erst recht (iE ebenso mit Blick auf § 826 BGB: Staudinger/Oechsler (2021) BGB § 826 Rn. 296).

109
Vor diesem Hintergrund und weil der Geschädigte im Rahmen der Differenzschadenshaftung sein Fahrzeug behält, besteht die Befugnis des Geschädigten, mit dem Fahrzeug eigenüblich sorgfältig umzugehen, nach Auffassung des Senats auch dann fort, wenn der Geschädigte weiß oder wissen muss, dass der Restwert des Fahrzeugs bei der Bemessung seines Anspruchs auf Ersatz des Differenzschadens Berücksichtigung finden wird. Auf die im Rahmen des § 346 Abs. 3, Satz 1, Nr. 3 BGB umstrittene Frage, ob der Anwendungsbereich der Vorschrift auf die Zeit vor Kenntnis oder Kennenmüssens der gesetzlichen Rücktrittberechtigung teleologisch zu reduzieren ist (vgl. etwa Faust in jurisPK/BGB, 23. Aufl., § 346 Rn. 80 mit Nachweisen zum Streitstand), kommt es daher im vorliegenden Kontext nicht an.

110
[bb] Danach bleiben auch die übrigen Beschädigungen im Rahmen der Vorteilsausgleichung unberücksichtigt, weil diese nach dem unbestritten gebliebenen Vorbringen der Klagepartei auf eigenüblich sorgfältigem Verhalten beruhen (§ 277 BGB).

111
Bei der eigenüblichen Sorgfalt gilt - abweichend von § 276 BGB - kein objektiver, sondern ein subjektiver, die Veranlagung und das gewohnheitsmäßige Verhalten des Handelnden zu Grunde legender Maßstab. Abzustellen ist auf das generelle Verhalten des Schädigers in dem entsprechenden Pflichtenkreis. Zu berücksichtigen ist danach auch ein bei dem Schädiger üblicher "Schlendrian", jedoch nur, soweit dieser nicht schon grob fahrlässig ist, da von der Haftung nicht befreit ist, wer grob fahrlässig handelt. Will sich der Schädiger auf den Maßstab der Sorgfalt in eigenen Angelegenheiten berufen, trifft ihn die Darlegungs- und Beweislast dafür, dass er in eigenen Angelegenheiten eine geringere als die im Verkehr erforderliche

Sorgfalt anzuwenden pflegt (vgl. BGH, Urteil vom 19.01.2021 - VI ZR 210/18, juris Rn. 14; OLG Braunschweig, Urteil vom 20.05.2021 - 9 U 8/20, juris Rn. 29; Lorenz in BeckOK/BGB, § 277 Rn. 8 [Stand: 01.02.2025] jew. m.w.N.).

112
Dies zu Grunde gelegt, hat die Klagepartei die weiteren Beschädigungen nicht zu vertreten. Sie hat insoweit vorgetragen, dass die Fahrzeuge in ihrem Betrieb wie ein Arbeitsmittel und wenig zimperlich behandelt würden, weshalb sich die im Wesentlichen auf Rangiervorgängen auf dem Betriebsgelände beruhenden Beschädigungen aus ihrer Sicht als normale Gebrauchsspuren darstellten. Dem ist die Beklagte nicht entgegengetreten. Da die Beschädigungen folglich im Rahmen eines bei der Klagepartei üblichen Schlendrians - der nicht als grob fahrlässig zu beurteilen ist - verursacht wurden, kann sich die Klagepartei auf § 277 BGB berufen und die auf die Beschädigungen entfallenden Wertminderungen bleiben im Rahmen der Vorteilsausgleichung außer Betracht.

113
(c) Hiervon ausgehend kommt es im Streitfall auch bei Berücksichtigung des in der Vorsteuerabzugsberechtigung liegenden weiteren Vorteils (vgl. BGH, Beschluss vom 25.07.2022 - VIa ZR 622/21, juris Rn. 9) nicht zu einer Vorteilsausgleichung. Denn auch bei Berücksichtigung der beim Erwerb angefallenen Umsatzsteuer (8.651,37 €) neben den anderen anzurechnenden Vermögensvorteilen - hier Nutzungen von 24.524,29 € und ein Restwert von 14.789,92 € - wird der Wert des Fahrzeugs bei Abschluss des Kaufvertrags (gezahlter Kaufpreis abzüglich Differenzschaden) nicht erreicht, so dass eine Vorteilsausgleichung nicht vorzunehmen ist (BGH, Urteile vom 26.06.2023 - VIa ZR 335/21, juris Rn. 44, 80; vom 24.01.2022 - VIa ZR 100/21, juris Rn. 22) und sich ein Anspruch in der beantragten Höhe ergibt (§ 308 ZPO).

114
bb) 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.

115
(1.) 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).

116
Dieser Umstand steht für die Zivilgerichte, entgegen der Auffassung der Beklagten, 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, Beschlüsse vom 14.12.2021 - VIII ZR 386/20, juris Rn. 34; vom 11.01.2022 - VIII ZR 33/20, juris Rn. 30; BGH, Urteil vom 08.12.2021 - VIII ZR 190/19, juris Rn. 81 m.w.N.). Der Senat hat daher selbst festzustellen, ob das Software-Update diesen Anforderungen genügt (BGH, 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). Dies gilt - entgegen der Auffassung der Beklagten - auch mit Blick auf die angeführten - zum Teil aber andere Hersteller betreffenden - verwaltungsrechtlichen Rechtsstreitigkeiten mit dem KBA, welche mangels einer (zumindest teilweisen) präjudiziellen Bedeutung weder eine Aussetzung gemäß § 148 ZPO erlauben noch einer eigenen Beurteilung der in Rede stehenden Rechtsfragen durch den Senat entgegenstehen (vgl. etwa: BGH, Beschluss vom 24.07.2023 - VIa ZB 10/21, juris Rn. 10ff m.w.N.).

117
(2.) Damit das Software-Update die Gefahr von Betriebsbeschränkungen signifikant reduziert, 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 - u.a. Umgebungstemperaturen im Bereich von -15°C bis +40°C und neben dem

Fahrbetrieb mit betriebswarmem Motor auch den in der Warmlaufphase (dazu folgend unter (a). Dem Vortrag der Beklagten lässt sich weder entnehmen, dass die AGR unter diesen normalen Betriebsbedingungen uneingeschränkt funktioniert (b) noch, dass Einschränkungen aus Motorschutzgesichtspunkten im Sinne von Art. 5 Abs. 2 Satz 2 Buchst. a VO (EG) Nr. 715/2007 (c) ausnahmsweise zulässig sind.

118
(a) 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 m.w.N.). 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 einer der Ausnahmetatbestände nach Art. 5 Abs. 2 Satz 2 VO (EG) Nr. 715/2007 vorliegt. 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.

119
Soweit die Beklagte mit Blick auf Art. 3 Abs. 9 VO (EG) Nr. 692/2008 geltend gemacht hat, 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 Sinn, 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.

120
(b) 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. Vielmehr trägt die Beklagte hinsichtlich der Fahrt mit betriebswarmem Motor für eine unbeschränkte AGR lediglich ein Außentemperaturfenster von -10°C bis +49°C vor. Damit liegt indessen weiterhin eine Abschalteinrichtung vor.

121
(aa) 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.

122
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). 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).

123
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 NOx-Emissionen bei 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 würden. Denn maßgeblich ist nicht, ob das Emissionsniveau bei Vorliegen bestimmter normaler Betriebsbedingungen (s.o.) - trotz der Abrampung - dem Emissionsniveau bei Vorliegen anderer, ebenfalls normaler Betriebsbedingen 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. aber, dass die Reduzierung der AGR-Rate auch eine Verschlechterung des Emissionsverhaltens zur Folge hat

124
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.

125
(bb) 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. 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 entsprechend reduziert werden müsse. Einen konkreten Bezug zu den Umgebungstemperaturen hat die Beklagte - trotz Hinweis des Senats - jedoch 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.

126
(c) 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.

127
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, juris 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, juris 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, juris Rn. 77, 78; EuGH, Urteil vom 14.07.2022, C-128/20, juris Rn. 66, 67). Das Vorliegen dieser Voraussetzungen hat die Beklagte nicht dargetan.

128
(aa) 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, juris Rn. 76).

129
(bb) Soweit die Beklagte wiederholt geltend gemacht hat, 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, vermag auch dies das Eingreifen der Motorschutzausnahme nicht zu rechtfertigen. Nach diesem Vorbringen sei ursächlich für den DOC-Brand die Einlagerung von Kraftstoff im Diesel-Oxidationskatalysator, weil der Kraftstoff - ohne die AGR-Reduzierung - möglicherweise nicht (vollständig) verbrannt werde. Ursächlich für die 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.

130
[1] Das folgt zwar noch nicht daraus, dass damit mit Blick auf die Gefahren eines DOC-Katalysatorbrandes keine unmittelbare Gefahr für den Motor behauptet wird, 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.

131
[2] 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 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 (etwa 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).

132
[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 sie nicht darlegt, dass zum Zeitpunkt der EG-Typgenehmigung 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, juris Rn. 77, 78; EuGH, Urteil vom 14.07.2022, C-128/20, juris Rn. 66, 67).

133
[a] Der verschiedentlich erfolgte, 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.

134
[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; 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).

135
(3.) Das für das streitgegenständliche Fahrzeug entwickelte Software-Update vermochte somit wegen des weiteren Vorhandenseins eines Thermofensters in der AGR keinen Fall der Vorteilsausgleichung zu begründen.

136
(a) Nach höchstrichterlicher Rechtsprechung kann mit einem Software-Update eine Reduzierung des Differenzschadens im Wege der Vorteilsausgleichung "nur verbunden sein, wenn und soweit das Software-Update die Gefahr von Betriebsbeschränkungen signifikant reduziert" (BGH, Urteil vom 26.06.2023 - VIa ZR 335/21, juris Rn. 80). Ob die danach im Rahmen der Vorteilsausgleichung maßgebliche Gefahr einer Betriebsuntersagung besteht oder nicht, ist "an der objektiven Rechtslage zu messen" (BGH, Urteile vom 26.01.2022 - VIII ZR 140/20, juris Rn. 36; vom 25.09.2024 - VIa ZR 347/22, juris Rn. 15). Die zivilgerichtliche Beurteilung, ob dem Fahrzeug aufgrund des Vorhandenseins einer unzulässigen Abschalteinrichtung - jedenfalls latent - die Gefahr einer Betriebsuntersagung droht, hängt folglich nicht 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 (BGH, Urteil vom 26.01.2022 - VIII ZR 140/20, juris Rn. 36). In gleicher Weise unerheblich für das objektive Vorliegen der Gefahr von Betriebsbeschränkungen ist, ob die Beklagte auch hinsichtlich der Ausgestaltung der AGR dem Grunde nach haftet oder ob dem ein unvermeidbarer Verbotsirrtum entgegensteht, sie also subjektiv vom Nichtvorliegen der objektiv vorhandenen Gefahr ausgehen mag. Mit Blick auf das auch nach dem Software-Update vorhandene Thermofenster besteht vorliegend die Gefahr, dass die zuständige Typgenehmigungsbehörde zu einem späteren Zeitpunkt eine

Betriebsuntersagung oder -beschränkung anordnet, objektiv auch nach dem Software-Update fort, weil die rechtliche Möglichkeit fortbesteht, dass das KBA gegen die verbliebene unzulässige Abschalteinrichtung vorgeht (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).

137
(b) Soweit die Beklagte weiter geltend macht, dass sich aus der Entscheidung des Bundesgerichtshofs vom 31.07.2024 (Az. VIa ZR 910/22, juris Rn. 12) ergäbe, dass die Entfernung einer Abschalteinrichtung jedenfalls 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 - wie dargelegt - 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, a.a.O., 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, a.a.O.). 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, a.a.O., mit Verweis auf BGH, Urteil vom 6. Juli 2021 - VI ZR 40/20, juris, Rn. 24). Da im streitgegenständlichen Fahrzeug auch nach dem Software-Update mit dem Thermofenster eine unzulässige Abschalteinrichtung verbleibt, droht dem Fahrzeug weiter latent die Stilllegung, weil hierfür das Vorhandensein einer unzulässigen Abschalteinrichtung ausreicht. Da diese Gefahr folglich fortbesteht und sie - wie der Senat im Rahmen der Bemessung des Differenzschadens bereits dargelegt hat - nach seiner tatrichterlichen Bewertung des Schadens nicht proportional von der Anzahl der Abschalteinrichtungen abhängt, genügt - jedenfalls unter den Umständen des Streitfalls - die Entfernung der KSR und gegeben falls weiterer Abschalteinrichtungen nicht, um die - objektiv betrachtet - fortbestehende Gefahr von Betriebsbeschränkungen als signifikant reduziert anzusehen (§ 287 ZPO).

138
cc) Weitere im Rahmen der Vorteilsausgleichung zu berücksichtigende Vorteile hat die Beklagte nicht geltend gemacht, so dass eine Vorteilsausgleichung im Streitfall unterbleibt.

4.

139
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 die Klagepartei in verjährungsrechtlich relevanter Weise Kenntnis von deren Existenz und auch der Betroffenheit des streitgegenständlichen Fahrzeugs (vgl. dazu etwa: BGH, Urteil vom 17.03.2022 - III ZR 226/20, juris Rn. 17ff, 22) erlangt haben soll, trägt die hierfür darlegungsbelastete (etwa BGH, Urteil vom 03.09.2020 - III ZR 136/18, 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. Da die Erhebung der ursprünglich nur auf den großen Schadensersatz gerichteten Klage im Jahr 2022 den Lauf der Verjährung auch hinsichtlich des zuletzt geltend gemachten Anspruchs auf Differenzschadensersatz gemäß § 204 Abs. 1 Nr. 1 BGB gehemmt hat (vgl. BGH, Urteil vom 30.102023 - VIa ZR 183/21, juris Rn. 11, sowie ausführlich: Senatsurteil vom 11.01.2024 - 24 U 241/22, juris Rn. 62 m.w.N.), greift der Verjährungseinwand nicht durch.

5.

140
Der Zinsausspruch folgt gemäß §§ 291 Satz 1, 288 Abs. 1 BGB aufgrund der Zustellung des Schriftsatzes vom 12.12.2024, 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).

141
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 großen Schadensersatz um einen 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 vorliegend erstmals mit dem vorstehend genannten Schriftsatz der Klagepartei erfolgt.

142
In entsprechender Anwendung des § 187 Abs. 1 BGB sind Zinsen nach § 291 BGB vorliegend erst ab dem auf die Geltendmachung folgenden Tag zuzusprechen (vgl. BGH, Urteil vom 24.01.1990 - VIII ZR 296/88, juris Rn. 25).

III.

143
Die Kostenentscheidung beruht auf §§ 92 Abs. 1; 97 Abs. 1; 516 Abs. 3 ZPO und berücksichtigt sowohl den Umstand des Teilunterliegens der Klagepartei hinsichtlich der Nebenforderungen (etwa: BGH, Urteil vom 14.02.2014 - V ZR 102/13, juris Rn. 20) als auch den Umstand, dass die Klagepartei die Berufung bereits vor dem Termin zur mündlichen Verhandlung II. Instanz überwiegend zurückgenommen hat. Das Obsiegen der Klagepartei mit dem erstmals in der Berufungsinstanz begehrten Differenzschadensersatz wirkt sich dabei auch auf die Verteilung der erstinstanzlich angefallenen Kosten aus (vgl. BGH, Urteil vom 29. 01. 1957 - VIII ZR 204/56, NJW 1957, 543).

144
Die Entscheidung zur vorläufigen Vollstreckbarkeit beruht auf den §§ 708 Nr. 10, 711 ZPO. Die Zulassung der Revision erfolgt beschränkt auf die Fragen des Mitverschuldenseinwands wegen einer Veräußerung des Fahrzeugs unter Marktwert und der Maßstäbe zur Berücksichtigung wertmindernder Beschädigungen im Rahmen der Vorteilsausgleichung, da die insoweit anzuwenden Maßstäbe höchstrichterlich nicht geklärt sind, beziehungsweise obergerichtlich unterschiedlich beurteilt werden (vgl. etwa: OLG Celle, Urteil vom 20.12.2023 - 7 U 1742/19, juris Rn. 156ff). Im Übrigen liegen keine Gründe für die Zulassung der Revision nach § 543 ZPO vor, weil die erheblichen Rechtsfragen bereits höchstrichterlich geklärt sind. Aus dem gleichen Grund ergibt sich auch aus der dem Senat beklagtenseits zur Kenntnis gebrachten abweichenden Rechtsauffassung des 16a. Zivilsenates im Hause zur Beachtlichkeit eines Verbotsirrtums der Beklagten im Rahmen der Vorteilsausgleichung keine Notwendigkeit, im Streitfall die Revision zuzulassen (näher dazu: Senatsurteil vom 12.12.2024 - 24 U 746/22, juris Rn. 81).

145
Der Streitwert für das Berufungsverfahren wurde gemäß den §§ 47, 48 GKG in Höhe des im Berufungsverfahren weiter verfolgten Anspruches der Klagepartei festgesetzt.

Permalink

Diesen Link können Sie kopieren und verwenden, wenn Sie genau dieses Dokument verlinken möchten:
https://www.landesrecht-bw.de/perma?d=NJRE001609885