OLG München, Endurteil v. 12.09.2024 – 23 U 6607/20

Titel:

Differenzschadensersatz für vom Dieselskandal betroffenes Fahrzeug (hier: Mercedes Benz E 350 CDI BE CAB)

Normenketten:

BGB § 31, § 823 Abs. 2, § 826
Fahrzeugemissionen-VO Art. 3 Nr. 10, Art. 5 Abs. 2
EG-FGV § 6 Abs. 1, § 27 Abs. 1
ZPO § 287

Leitsätze:

1. Einen Differenzschaden bejahend auch: KG BeckRS 2024, 13983; OLG Celle BeckRS 2023, 32827; OLG Dresden BeckRS 2023, 22299; BeckRS 2023, 32835; OLG Hamburg BeckRS 2023, 26911; BeckRS 2024, 13979; OLG Hamm BeckRS 2023, 25175; BeckRS 2023, 29622; OLG München BeckRS 2024, 5142; BeckRS 2024, 5496; BeckRS 2024, 5589; BeckRS 2024, 6664; BeckRS 2024, 6950; BeckRS 2024, 7525; BeckRS 2024, 8552; BeckRS 2024, 8714; BeckRS 2024, 11301; BeckRS 2024, 23145; OLG Oldenburg BeckRS 2024, 643; BeckRS 2024, 5526; OLG Schleswig BeckRS 2023, 35465; BeckRS 2024, 3307; OLG Stuttgart BeckRS 2023, 35483; BeckRS 2024, 394; für Wohnmobil: OLG Naumburg BeckRS 2023, 27644. (redaktioneller Leitsatz)
2. Der Einsatz einer temperaturabhängigen Steuerung des Emissionskontrollsystems rechtfertigt die Bewertung als sittenwidriges Verhalten für sich genommen auch bei unterstellter Gesetzwidrigkeit der Applikation nicht. (Rn. 38) (redaktioneller Leitsatz)
3. Der Fahrzeugkäufer hat einen Anspruch gegen die Herstellerin auf Differenzschadensersatz in Höhe von 10% des Kaufpreises aus § 823 Abs. 2 iVm § 6 Abs. 1, § 27 Abs. 1 EG-FGV, wenn die Herstellerin eine Übereinstimmungsbescheinigung für das Fahrzeug ausgestellt hat, in dem jedenfalls ein Thermofenster sowie eine KSR verbaut waren. (Rn. 72 und 74) (redaktioneller Leitsatz)
4. Dass ein Softwareupdate eine von zwei Abschalteinrichtungen entfernt, rechtfertigt keinen pauschalisierenden und letztlich gegriffenen quotalen Abschlag vom Schadensersatz; vielmehr ist eine ggf. erfolgte graduelle Reduktion des Stilllegungsrisikos nur dann schadensmindernd zu berücksichtigen, wenn sich das Update in Gestalt von Restwert bzw. Weiterveräußerungserlös tatsächlich messbar kompensierend im Vermögen des Geschädigten ausgewirkt hat. (Rn. 106) (redaktioneller Leitsatz)

Schlagworte:

Diesel-Abgasskandal, OM 642, Schadensersatzanspruch, sittenwidrig, unzulässige Abschalteinrichtung, Thermofenster, KSR, Software-Update, Differenzschaden, Restwert

Vorinstanz:

LG München II, Endurteil vom 15.10.2020 – 14 O 561/20

Fundstelle:

BeckRS 2024, 24738

Tenor

1. Auf die Berufung des Klägers wird unter Zurückweisung des weitergehenden Rechtsmittels das Urteil des Landgerichts München II vom 15.10.2020, Az. 14 O 561/20, teilweise abgeändert und wie folgt neu gefasst:

Die Beklagte wird verurteilt, an den Kläger 5.770 € nebst Zinsen hieraus in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem jeweiligen Basiszinssatz seit 14.03.2020 zu zahlen. Im Übrigen wird bzw. bleibt die Klage abgewiesen.

2. Die Kosten des ersten Rechtszugs tragen der Kläger zu 90% und die Beklagte zu 10%. Die Kosten des Berufungsverfahrens tragen der Kläger zu 84% und die Beklagte zu 16%.

3. Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar. Der Kläger kann die Zwangsvollstreckung durch Sicherheitsleistung in Höhe von 110 Prozent des aufgrund des Urteils vollstreckbaren Betrags abwenden, wenn nicht die

Beklagte vor der Zwangsvollstreckung Sicherheit in Höhe von 110 Prozent des jeweils zu vollstreckenden Betrags leistet.

4. Die Revision gegen dieses Urteil wird nicht zugelassen.

Entscheidungsgründe

I.

1
Die Klagepartei begehrt von der Beklagten Schadensersatz mit der Behauptung, dass ein von ihr erworbenes Fahrzeug vom „Diesel-Abgasskandal“ betroffen sei.

2
Die Klagepartei erwarb am 08.07.2011 von der Beklagten einen gebrauchten Pkw Mercedes Benz E 350 CDI BE CAB, 170 kW, EZ […], FIN: […], zum Kaufpreis von 57.700 €. In dem Fahrzeug ist ein Dieselmotor der Beklagten des Typs OM 642 (EU5) verbaut; einen SCR-Katalysator weist das Fahrzeug nicht auf. Der Kilometerstand betrug bei Kauf 8.259 km.

3
Das Fahrzeug verfügt über ein sogenanntes Thermofenster, das bewirkt, dass die Abgasrückführungsrate (AGR-Rate) in bestimmten Temperaturbereichen abgeschaltet bzw. reduziert wird, so dass der Ausstoß an Stickoxiden steigt. Die konkrete Bedatung ist zwischen den Parteien streitig; es ist aber unstreitig, dass das Thermofenster in der ursprünglichen Bedatung bereits bei einer Umgebungslufttemperatur von +5°C die Abgasrückführung reduzierte.

4
In der Berufungsinstanz wurde unstreitig, dass das Fahrzeug über eine sog. Kühlmittel-Solltemperatur-Regelung (KSR) verfügt. Die KSR reduziert die Emissionen des Fahrzeugs, indem während des Motorwarmlaufs unter bestimmten Betriebsumständen die Solltemperatur für das Kühlmittel von 100°C auf 70°C abgesenkt wird. Dadurch werden höhere AGR-Raten ermöglicht.

5
Die Beklagte bietet für das Fahrzeug ein freiwilliges Softwareupdate an, das der Kläger am 30.09.2019 durchführen ließ. Mit dem Update wurde die KSR entfernt. Bei betriebswarmem Motor wird die Abgasrückführung nunmehr erst bei einer Umgebungslufttemperatur unterhalb von -10°C und oberhalb von +40°C schrittweise reduziert.

6
Das Kraftfahrtbundesamt (KBA) hat am 13.12.2023 einen verpflichtenden amtlichen Rückruf für den streitgegenständlichen Fahrzeugtyp aufgrund dessen AGR-Bedatung erlassen […].

7
Zum Zeitpunkt der mündlichen Verhandlung am 18.07.2024 wies das Fahrzeug einen Kilometerstand von 144.714 km auf.

8
Die Klagepartei, die weitergehende Behauptungen zur Bedatung des Thermofensters aufgestellt hat, meint, das in das Fahrzeug integrierte Thermofenster stelle eine unzulässige Abschalteinrichtung dar. Die Klagepartei hat erstinstanzlich weiter vorgetragen, die Steuerungssoftware erkenne das Durchfahren des NEFZ auf dem Prüfstand (Stichworte: Slipguard, Lenkwinkelerkennung, Erkennung der Motorwärme, Abhängigkeit von Drehzahlen). Je nachdem werde der Ausstoß an Stickoxiden nur beim Durchfahren des NEFZ optimiert und Einfluss auf die Schaltpunkte des Getriebes genommen. Sie macht geltend, die Beklagte habe sie vorsätzlich sittenwidrig geschädigt. Hätte der Kläger gewusst, dass die Motorsteuerung nicht den gesetzlichen Bestimmungen entspreche, hätte er das Fahrzeug nicht erworben.

9
Hinsichtlich der vor dem Landgericht zuletzt gestellten Anträge wird auf den Tatbestand des angefochtenen Urteils (LGU S. 3) verwiesen.

10

Die Beklagte hat erstinstanzlich vorgetragen, dass keine unzulässige Abschalteinrichtung verbaut sei. Hinsichtlich des streitgegenständlichen Fahrzeugs gebe es keinen Rückrufbescheid des KBA in Bezug auf das Emissionsverhalten. Sie meint, dass schon dem Grunde nach kein Schadensersatzanspruch gegen sie bestehe. Außerdem hat die Beklagte die Einrede der Verjährung erhoben.

11
Mit Endurteil vom 16.09.2020 hat das Landgericht, auf dessen tatsächliche Feststellungen nach § 540 Abs. 1 ZPO Bezug genommen wird, die Klage abgewiesen. Zur Begründung hat es ausgeführt, dass der Klagevortrag hinsichtlich einer vorsätzlichen sittenwidrigen Schädigung und zu einer Haftung wegen § 823 Abs. 2 BGB i. V. m. § 263 Abs. 1 StGB zu unsubstantiiert und damit prozessual nicht beachtlich sei. Ein Anspruch nach § 823 Abs. 2 BGB i. V. m. § 6 Abs. 1 und § 27 Abs. 1 EG-FGV komme nicht in Betracht, da die Normen nicht dem Schutz von Individualinteressen zu dienen bestimmt seien. Kaufrechtliche Gewährleistungsansprüche seien jedenfalls verjährt. Somit fehle es auch an den Voraussetzungen für die begehrte Feststellung des Annahmeverzugs.

12
Gegen die Entscheidung wendet sich die Klagepartei mit ihrer Berufung. Sie wiederholt und vertieft ihren erstinstanzlichen Vortrag. Insbesondere führt sie zur KSR zuletzt weiter aus, dass das Fahrzeug das Durchfahren des Prüfstands v. a. anhand der Motordrehzahl und des Luftmassenstroms erkenne. Das in der Steuerung hinterlegte Lastprofil entspreche dem NEFZ, komme aber im realen Fahrbetrieb regelmäßig nicht vor. Durch die KSR bedingt würden AGR-Raten gefahren, mit denen der NOx-Grenzwert in der Typprüfung eingehalten werde. Sobald das Lastprofil verlassen werde, werde die Kühlmittelsolltemperatur auf 100°C erhöht. Außerdem sei ein Timer appliziert, welcher die Zeitdauer der Typprüfung umfasse; wenn dieser überschritten werde, werde eine höhere Kühlmitteltemperatur eingeregelt. Die Ausgestaltung der KSR, die vom KBA auch zum Anlass von Rückrufen genommen werde, unterscheide sich in den Fahrzeugen der Beklagten nicht.

13
Die Klagepartei behauptet weiter, in die Motorsteuerungssoftware des streitgegenständlichen Fahrzeugs sei eine Erkennung der Temperatur des Kühlmittels implementiert (hot restart). Im Rahmen der Vorkonditionierung des Fahrzeugs zum NEFZ nehme das Kühlmittel eine Temperatur zwischen 20°C und 30°C an. Weise das Kühlmittel eine solche Temperatur auf, werde das Fahrzeug in einem Modus gestartet, bei dem die Abgasrückführung erhöht und auf diese Weise die NOx-Emission gesenkt würden. Werde der Motor bei einer Temperatur des Kühlmittels von mehr als ca. 60°C gestartet, schalte der Motor in einen abweichenden Modus, bei dem die Abgasrückführung vollständig deaktiviert werde.

14
Die Beklagte habe das On-Board-Diagnose-System (OBD-System) so programmiert, dass trotz der implementierten Funktionen keine Fehlermeldung gespeichert werde.

15
Die Klagepartei ist der Auffassung, dass ihr der sogenannte große Schadensersatz zustehe; jedenfalls habe sie nach der aktuellen Rechtsprechung des BGH einen Anspruch auf Differenzschaden in Höhe von mindestens 10% des Kaufpreises.

16
Das Fahrzeug weise zum Stand 16.11.2023 einen Restwert von 11.500 € auf.

17
Die Klagepartei beantragt zuletzt, unter Abänderung des am 15.10.2020 verkündeten Urteils des Landgerichts München II, Az.: 14 O 561/20

1. die Beklagte zu verurteilen, an die Klagepartei einen Betrag in Höhe von 35.420,71 EUR nebst Zinsen in Höhe von fünf Prozentpunkten über dem jeweiligen Basiszinssatz seit dem 01.03.2019 zu zahlen, Zug-um-Zug gegen Übergabe und Übereignung des Fahrzeugs Mercedes-Benz E350 CDI, Fahrzeugidentifikationsnummer […],

2. festzustellen, dass sich die Beklagte mit der Annahme des vorbezeichneten Fahrzeugs im Verzug befindet;

hilfsweise:

die Beklagte zu verurteilen, an die Klagepartei betreffend das Fahrzeug Mercedes-Benz E350 CDI, Fahrzeugidentifikationsnummer […], einen in das Ermessen des Gerichts gestellten Betrag in Höhe von mindestens 5.770,00 EUR nebst Zinsen in Höhe von fünf Prozentpunkten über dem jeweiligen Basiszinssatz seit Rechtshängigkeit zu zahlen.

18
Die Beklagte beantragt

die Zurückweisung der Berufung.

19
Die Beklagte trägt vor, dass die KSR sowohl auf dem Prüfstand als auch im Realbetrieb unter den für die Prüfung Typ 1 maßgeblichen Bedingungen im Grundsatz in gleicher Weise arbeite. Eine Deaktivierung der emissionssenkenden Funktion erfolge bei Überschreiten bzw. Unterschreiten einer maximalen bzw. minimalen Außen- und Ansauglufttemperatur, Unterschreiten eines bestimmten Umgebungsdrucks, Überschreiten einer maximalen Last, einer maximalen Drehzahl, einer maximalen Motoröltemperatur und Überschreiten eines Zeitraums, der in Abhängigkeit von der Kühlmitteltemperatur bei Motorstart festgelegt werde. Bereits das Eintreten eines dieser Parameter genüge für die Abschaltung. Die maximal applizierte Betriebsdauer sei länger als die gesetzliche Prüfung. Eine erneute Aktivierung finde dann im laufenden Betrieb nicht mehr statt. Die Beklagte habe in einem Testing out gegenüber dem KBA nachgewiesen, dass der NOx-Grenzwert beim streitgegenständlichen Fahrzeug auch bei deaktiviertem KSR eingehalten werde. Das KBA habe aufgrund mangelnder Grenzwertrelevanz keinen Rückruf hinsichtlich der KSR angeordnet.

20
Hinsichtlich der Bedatung von Thermofenster und KSR beruft sich die Beklagte u. a. auf Gründe des Motorschutzes.

21
Die Beklagte ist der Auffassung, dass ihr ein Verschulden hinsichtlich einer unrichtigen Übereinstimmungsbescheinigung nicht vorgeworfen werden könne, und beruft sich auf einen Verbotsirrtum. Hinsichtlich des Thermofensters liege eine hypothetische Genehmigung des KBA vor, hinsichtlich der KSR eine tatsächliche, jedenfalls aber eine hypothetische Genehmigung. Die Beklagte meint, dass bei dieser Fallkonstellation ein konkretes Vorstellungsbild von der Rechtmäßigkeit der Funktionen nicht erforderlich sei; es liege aber ohnehin vor. Die Leiter der Abteilungen „[…]“ und „[…]“, denen im relevanten Zeitpunkt typischerweise die Ausstellung der Übereinstimmungsbescheinigung oblegen habe, hätten sich über die Richtigkeit der Übereinstimmungsbescheinigung für das streitgegenständliche Fahrzeug geirrt. Dass neben der EG-Typgenehmigung auch die Übereinstimmungsbescheinigung eine eigenständige Aussage über die materielle Übereinstimmung „mit allen Rechtsakten“ enthalten solle, sei für sie nicht ersichtlich gewesen.

22
Es liege zumindest wegen des durchgeführten Softwareupdates kein Schaden mehr vor. Zu berücksichtigen sei, dass das KBA das Update nach Vorlage einer Dokumentation der wesentlichen Funktionen des Emissionskontrollsystems und der technischen Gründe für zusätzliche Emissionsstrategien freigegeben und festgestellt habe, dass die Emissionsstrategien zulässig sind.

23
Der Restwert des Fahrzeugs sei zum Stand 02.01.2024 mit 14.500 € zu veranschlagen.

24
Die Beklagte beruft sich ausdrücklich auch in Bezug auf Ansprüche nach § 823 Abs. 2 BGB auf Verjährung. Spätestens seit der Ad-Hoc-Mitteilung von Volkswagen am 22.09.2015 und der darauf einsetzenden breiten Diskussion über die Emissionen von Dieselfahrzeugen im Allgemeinen hätte einem objektiven Dritten die Möglichkeit behördlicher Beanstandungen von Fahrzeugen anderer Hersteller als Volkswagen bewusst sein müssen. Dass Thermofenster auch in Fahrzeugen der Beklagten verbaut seien, sei spätestens seit dem Bericht der Untersuchungskommission Volkswagen vom 22.04.2016 bekannt.

25
Die Beklagte ist der Auffassung eine Verurteilung dürfe mit Blick auf den Gleichheitsgrundsatz nicht erfolgen, bevor die bereits laufende verwaltungsgerichtliche Klärung zur Zulässigkeit der KSR erfolgt sei.

26

Der Senat hat am 18.07.2024 mündlich verhandelt. Den Parteien sind mit Beschluss vom 02.10.2023 (Bl. 290/302 d. A.) und in der mündlichen Verhandlung Hinweise erteilt worden.

27
Die Beklagte hat mit nachgelassenem Schriftsatz vom 25.07.2024 (Bl. 385/388 d. A.) ergänzend zur Bedatung des Thermofensters nach Softwareupdate vorgetragen. Die AGR-Steuerung erfolge nicht nach Umgebungslufttemperatur, sondern nach Ladelufttemperatur. Eine verlässliche Umrechnung könne nur bei betriebswarmem Motor erfolgen. Daher könne die Beklagte keine verlässliche Aussage zum Thermofenster bei kaltem Motor treffen. Dies sei rechtlich nicht geboten.

28
Ergänzend wird auf alle gewechselten Schriftsätze der Parteien Bezug genommen.

II.

29
Die zulässige Berufung der Klagepartei hat in der Sache nur teilweise Erfolg. Der Rechtsstreit ist entscheidungsreif (1.). Die Klage ist in den Hauptanträgen unbegründet (2.). Der zulässig gestellte Hilfsantrag hat hingegen Erfolg (3.).

30
1. Der Rechtsstreit ist entscheidungsreif. Insbesondere bedarf es nicht im Hinblick auf das Verfahren vor dem VG Schleswig mit Az. 3 A 51/21 einer Aussetzung gem. § 148 Abs. 1 ZPO. Es liegen schon die Voraussetzung für eine solche Aussetzung nicht vor. Es fehlt an der Vorgreiflichkeit, da der verwaltungsgerichtlichen Entscheidung keine Bindungswirkung zukommt (BGH NJW 2023, 3430; NJW-RR 2024, 117). Es fehlt bereits an der von § 121 VwGO vorausgesetzten Identität der Beteiligten, denn die hiesige Klagepartei ist nicht am verwaltungsgerichtlichen Verfahren beteiligt und unterfällt nicht der Regelung des § 121 Nr. 2 i. V. m. § 65 Abs. 3 VwGO. Die betroffenen Verwaltungsakte entfalten auch keine Tatbestandswirkung für das hiesige Verfahren (vgl. BGH NJW 2023, 2059 Rn. 10 ff.).

31
2. Die Klagepartei kann keine Rückabwicklung des Kaufvertrages oder großen Schadensersatz beanspruchen.

32
2.1. Ein solcher Anspruch ergibt sich insbesondere nicht aus § 826 BGB in Verbindung mit § 31 BGB oder § 831 BGB. Es fehlt vorliegend bereits an einem sittenwidrigen Verhalten der Beklagten.

33
2.1.1. Sittenwidrig ist ein Verhalten, das nach seinem Gesamtcharakter, der durch umfassende Würdigung von Inhalt, Beweggrund und Zweck zu ermitteln ist, gegen das Anstandsgefühl aller billig und gerecht Denkenden verstößt. Dafür genügt es im Allgemeinen nicht, dass der Handelnde eine Pflicht verletzt und einen Vermögensschaden hervorruft. Vielmehr muss eine besondere Verwerflichkeit seines Verhaltens hinzutreten, die sich aus dem verfolgten Ziel, den eingesetzten Mitteln, der zutage getretenen Gesinnung oder den eingetretenen Folgen ergeben kann (st. Rspr., vgl. BGH NJW 2020, 1962 Rn. 15 m.w.N.). Schon zur Feststellung der Sittenwidrigkeit kann es daher auf Kenntnisse, Absichten und Beweggründe des Handelnden ankommen, die die Bewertung seines Verhaltens als verwerflich rechtfertigen. Die Verwerflichkeit kann sich auch aus einer bewussten Täuschung ergeben (BGH a.a.O. Rn. 15).

34
Danach liegt ein sittenwidriges Verhalten eines Fahrzeugherstellers vor, wenn dieser sich im Rahmen einer von ihm bei der Motorenentwicklung getroffenen strategischen Entscheidung, die Typengenehmigungen durch arglistige Täuschung des Kraftfahrtbundesamts (KBA) zu erschleichen und die derart bemakelten Fahrzeuge alsdann in Verkehr zu bringen, die Arglosigkeit und das Vertrauen der Fahrzeugkäufer gezielt zunutze macht (BGH a.a.O. Rn. 25). Dies ist der Fall, wenn der Automobilhersteller dem KBA zwecks Erlangung der Typengenehmigung mittels einer eigens zu diesem Zweck entwickelten Software, die bewusst und gewollt so programmiert ist, dass die gesetzlichen Abgasgrenzwerte nur auf dem Prüfstand beachtet, im normalen Fahrbetrieb hingegen überschritten werden (Umschaltlogik), wahrheitswidrig vorspiegelt, die Fahrzeuge würden die festgelegten Grenzwerte einhalten (BGH NJW 2021, 921 Rn. 17).

35

Im Übrigen kann ein objektiv sittenwidriges Handeln der Beklagten nicht allein daraus abgeleitet werden, dass im Fahrzeug der Klagepartei Einrichtungen vorhanden sein sollen, die die Abgasemissionen beeinflussen und möglicherweise als unzulässige Abschalteinrichtungen im Sinne von Art. 5 Abs. 2 der Verordnung (EG) Nr. 715/2007 zu qualifizieren sind. Im Falle einer Abschalteinrichtung, die – anders als die Umschaltlogik – nicht danach differenziert, ob sich das Fahrzeug auf dem Prüfstand oder im normalen Fahrbetrieb befindet (BGH NJW 2021, 921 Rn. 18), ist der Vorwurf der Sittenwidrigkeit gegenüber der Beklagten nur dann gerechtfertigt, wenn zu dem Gesetzesverstoß weitere Umstände hinzutreten, die das Verhalten der für sie handelnden Personen als besonders verwerflich erscheinen lassen (BGH NJW 2021, 921 Rn. 19). Fehlt es hieran, ist bereits der objektive Tatbestand der Sittenwidrigkeit nicht erfüllt (BGH NJW 2021, 3721 Rn. 19).

36
2.1.2. Gemessen an diesen Grundsätzen fehlt es hier an einer Sittenwidrigkeit im Sinne des § 826 BGB.

37
2.1.2.1. Das unstreitig vorhandene Thermofenster erfüllt den Tatbestand des § 826 BGB vorliegend nicht.

38
Der Einsatz einer temperaturabhängigen Steuerung des Emissionskontrollsystems rechtfertigt die Bewertung als sittenwidriges Verhalten für sich genommen auch bei unterstellter Gesetzwidrigkeit der Applikation nicht (BGH NJW 2021, 921 Rn. 13; BGH NJW 2021, 3721 Rn. 16). Denn anders als die Umschaltlogik differenziert das Thermofenster im vorliegenden Fall nicht danach, ob sich das Fahrzeug auf dem Prüfstand oder im normalen Fahrbetrieb befindet (vgl. BGH NJW 2021, 921 Rn. 18).

39
Bei dieser Sachlage wäre – wie ausgeführt – der Vorwurf der objektiven Sittenwidrigkeit gegenüber der Beklagten nur dann gerechtfertigt, wenn zu dem – unterstellten – Gesetzesverstoß weitere Umstände hinzuträten, die das Verhalten der für sie handelnden Personen als besonders verwerflich erscheinen ließe (BGH NJW 2021, 921 Rn. 19).

40
Davon ist hier nicht auszugehen. Es gab seinerzeit keinen einhelligen Konsens, dass ein Thermofenster eine unzulässige Abschalteinrichtung darstellt. Der Bericht der Untersuchungskommission Volkswagen vom April 2016 ging von der Zulässigkeit von Thermofenstern aus. Daher liegt es keineswegs auf der Hand und kann nicht ohne Weiteres unterstellt werden, dass die Beklagte von der Unzulässigkeit des Thermofensters ausging oder die Augen hiervor bewusst verschlossen hätte (BGH NJW 2021, 3721 Rn. 30). Soweit die Klagepartei dies behauptet, ist der erkennbar ins Blaue hinein gemachte Vortrag prozessual unbeachtlich.

41
Dem Vortrag der Klagepartei kann auch gerade nicht entnommen werden, das Thermofenster sei speziell auf die Prüfbedingungen des NEFZ abgestimmt worden, Zweck sei eine heimliche Herabsetzung der Abgasreinigung im NEFZ. Denn gerichtsbekannt sind im Rahmen des NEFZ in den Standardprüfzyklen Temperaturen von 20° bis 30°C vorgegeben. Von einer Abschalteinrichtung, die exakt auf die Prüfbedingungen im NEFZ abgestimmt ist, kann damit schon nach dem eigenen Vortrag des Klägers, wonach die Abgasrückführung jedenfalls ab einer Außentemperatur von 15°C reduziert werde, ersichtlich keine Rede sein (vgl. auch BGH NJW 2021, 3721 Rn. 20, 24).

42
Zwar könnten sich unter Umständen aus einer etwaigen Verschleierung im Typengenehmigungsverfahren, dass die Abgasrückführungsrate (auch) temperaturabhängig ist, Anhaltspunkte für ein Bewusstsein der für die Beklagte handelnden Personen, eine unzulässige Einrichtung einzusetzen, und mithin für eine Täuschungsabsicht ergeben (BGH NJW 2021, 921 Rn. 24). Indes lässt sich aus dem Klägervortrag hier keine derartige Verschleierung ableiten, der ein solcher Indizcharakter zukäme. Eine unterbliebene Offenlegung des Thermofensters oder dessen genauer Wirkungsweise gegenüber dem KBA reichen insofern nicht aus (BGH Hinweisbeschluss v. 15.09.2021 – VII ZR 2/21, BeckRS 2021, 37995 Rn. 15; NJW 2021, 3721 Rn. 26; Urt. v. 24.03.2022 – III ZR 270/20, BeckRS 2022, 10055 Rn. 22; NJOZ 2023, 1133 Rn. 22).

43

Ebenso fehlt es an dem für § 826 BGB erforderlichen Schädigungsvorsatz. Allein aus einer etwaigen objektiven Unzulässigkeit des Thermofensters folgt kein Vorsatz hinsichtlich der Schädigung der Fahrzeugkäufer; im Hinblick auf die unsichere Rechtslage ist nicht dargetan, dass sich den für die Beklagte tätigen Personen die Gefahr einer Schädigung der Klagepartei hätte aufdrängen müssen (BGH NJW 2021, 3721 Rn. 32; BGH Beschluss vom 15.09.2021 – VII ZR 2/21, BeckRS 2021, 37995 Rn. 23).

44
2.1.2.2. Auch die KSR, die im Zeitpunkt des Kaufs des Fahrzeugs durch den Kläger unstreitig in dem Fahrzeug verbaut war, stellt keine sittenwidrige Schädigung des Klägers durch die Beklagte gemäß § 826 BGB dar.

45
2.1.2.2.1. Zwar käme ein Schluss von der Funktionsweise der KSR auf ein sittenwidriges Handeln der Beklagten in Betracht, wenn die KSR prüfstandbezogen wäre, d. h., wenn durch sie ausschließlich im Prüfstand die Abgasreinigung verstärkt würde (BGH Beschluss vom 13.10.2021 – VII ZR 99/21, BeckRS 2021, 38651 Rn. 19). Von einer derartigen Prüfstandbezogenheit der KSR ist hier indes nicht auszugehen.

46
Der klägerische Vortrag zur Prüfstanderkennung der KSR ist ersichtlich ins Blaue hinein erfolgt und mangels hinreichender Substantiierung prozessual unbeachtlich.

47
Zwar ist es einer Partei grundsätzlich nicht verwehrt, eine tatsächliche Aufklärung auch hinsichtlich solcher Umstände zu verlangen, über die sie selbst kein zuverlässiges Wissen besitzt und auch nicht erlangen kann, die sie aber nach Lage der Verhältnisse für wahrscheinlich oder möglich hält. Dies gilt insbesondere dann, wenn sie sich nur auf vermutete Tatsachen stützen kann, weil sie mangels Sachkunde und Einblicks in die Produktion des von der Gegenseite hergestellten und verwendeten Fahrzeugmotors einschließlich des Systems der Abgasrückführung oder -verminderung keine sichere Kenntnis von Einzeltatsachen haben kann (BGH, Hinweisbeschluss v. 15.09.2021 – VII ZR 2/21, BeckRS 2021, 37995 Rn. 26 f.). Eine Behauptung ist erst dann unbeachtlich, wenn sie ohne greifbare Anhaltspunkte für das Vorliegen eines bestimmten Sachverhalts willkürlich „aufs Geratewohl“ oder „ins Blaue hinein“ aufgestellt worden ist. Bei der Annahme von Willkür in diesem Sinne ist Zurückhaltung geboten; in der Regel wird sie nur beim Fehlen jeglicher tatsächlicher Anhaltspunkte gerechtfertigt werden können (BGH aaO Rn. 28; BGH NJW 2021, 3721 Rn. 23).

48
Auch unter Zugrundelegung dieser strengen Anforderungen, mit Rücksicht darauf, dass sich die Klagepartei auf Presseberichterstattung und Rückrufe des KBA zu anderen Fahrzeugen der Beklagten aus derselben Herstellungszeit mit dem Motortyp OM 651 gestützt hat, und mit Blick auf die Entscheidungen BGH NJW 2020, 1740 und NZV 2021, 525 Rn. 24, ist der klägerische Vortrag zur Aktivierung der KSR (und der Steuerung der Abgasrückführung) prozessual unbeachtlich.

49
Die Beklagte hat dargelegt, dass die Aktivierungsbedingungen für die Funktion im Grundsatz im Straßenverkehr wie im NEFZ die gleichen seien. Für die pauschale Gegenbehauptung des Klägers, dass die KSR den NEFZ erkenne und dann die NOx-Emissionen reduziere, gibt es keinen greifbaren Anhaltspunkt, an den eine Beweisaufnahme anknüpfen könnte (vgl. BGH BeckRS 2021, 38651 Rn. 54).

50
Im Gegenteil: Auch der Klägervortrag weist darauf hin, dass die Funktion gerade nicht streng prüfstandbezogen war, sondern dass das Lastprofil, das zu Beginn des NEFZ kalt gefahren werde, im realen Fahrbetrieb (nur) „regelmäßig“ nicht vorkomme (Schriftsatz vom 16.11.2024, S. 8 – Bl. 310 d. A.; im Weiteren aber: „im realen Fahrbetrieb absolut unrealistisch“).

51
Dem Vortrag der Beklagten, dass die maximal applizierte Betriebsdauer länger als die gesetzliche Prüfung sei, setzt die Klagepartei nichts entgegen.

52

Schließlich sprechen auch die von der Beklagten zitierten Auskünfte des KBA vom 19.04.2021, 26.04.2021 und 23.09.2022, in der die Behörde erklärt, dass die KSR auch im Straßenbetrieb bei Vorliegen der Eintrittsbedingungen aktiviert sei (Schriftsatz vom 02.01.2024, S. 12 – Bl. 334 d. A.), gegen eine Prüfstandbezogenheit der Funktion. Das Auskunftsverhalten des KBA wurde von der Klagepartei nicht bestritten.

53
2.1.2.2.2. Des Weiteren hat die Klagepartei nicht in prozessual erheblicher Weise (siehe zu den Voraussetzungen oben Nr. 2.1.2.2.1) zur Grenzwertrelevanz der KSR vorgetragen. Im Fall der fehlenden Grenzwertkausalität bestehen keine Anhaltspunkte für eine Täuschung der Genehmigungsbehörde mit dem Ziel, die EG-Typgenehmigung zu erhalten (vgl. BGH, Urt. v. 12.10.2023 – VII ZR 412/21, BeckRS 2023, 31560 Rn. 17; BGH Urt. v. 06.11.2023 – VIa ZR 535/21, BeckRS 2023, 37216 Rn. 11).

54
Die Klagepartei hat die Grenzwertrelevanz schon nicht klar behauptet, wenn sie geltend macht, durch die KSR „bedingt werden AGR-Raten gefahren, mit denen der NOx-Grenzwert in der Typprüfung eingehalten wird“ (Schriftsatz vom 16.11.2023, S. 8 – Bl. 311 d. A.). Denn es fehlt die Aussage, dass der Grenzwert nur so eingehalten werden kann. Eine solche Aussage findet sich speziell bezogen auf die KSR nicht.

55
Jedenfalls hat die Klagepartei eine Grenzwertrelevanz nicht prozessual beachtlich vorgetragen. Angesichts der differenzierenden Entscheidungspraxis des KBA fehlt auch mit Blick auf die Entscheidungen BGH NJW 2020, 1740 und NZV 2021, 525 Rn. 24 jeglicher konkrete Anhaltspunkt, dass bei dem streitgegenständlichen Fahrzeug eine Grenzwertrelevanz der KSR besteht. Das KBA hat nach dem eigenen Vortrag der Klagepartei und gerichtsbekannt (siehe hierzu die Liste des KBA über „Betroffene Fahrzeugvarianten im Zuständigkeitsbereich des KBA (ohne VW Motor EA 189)“, abrufbar unter: https://www.kba.de/DE/Themen/Marktueberwachung/Abgasthematik/uebersicht2_xls.xlsx?blob=publicationFile& v=6) eine Vielzahl von Fahrzeugmodellen der Beklagten wegen unzulässigen Abschalteinrichtungen zurückgerufen. Dabei nimmt das KBA, wie Anlage BK 8 belegt, nicht stets das Vorhandensein eines geregelten Kühlmittelthermostats zum Anlass für einen Rückruf, sondern ruft nur solche Fahrzeugmodelle zurück, bei denen die beanstandete Funktion für die Einhaltung der Grenzwerte wirksam genutzt wird (vgl. auch BGH Beschluss vom 12.01.2022 – VII ZR 424/21, BeckRS 2022, 7010 Rn. 36; BGH Beschluss vom 20.04.2022 – VII ZB 36/21, BeckRS 2022, 12026 Rn. 9). Danach ist es gerade nicht möglich, die Feststellungen des KBA nach den Kategorien Motortyp, Schadstoffklasse und Baujahr zu verallgemeinern. Dies leuchtet unmittelbar ein, nachdem dieselbe Motorbezeichnung in sehr unterschiedlichen Fahrzeugmodellen mit deutlich unterschiedlichen technischen Anforderungen Einsatz findet. Jedenfalls fällt aber auf, dass die Liste keinen Rückruf zu einem Fahrzeugmodell mit einem Motor des Typs OM 642 und der Schadstoffklasse EU 5 ausweist. Wenn das KBA das Fahrzeugmodell der Klagepartei, das seit immerhin mehr als zehn Jahren auf dem Markt ist, in Kenntnis der Technologie nicht wegen der KSR zurückgerufen hat, so kann die Klagepartei aus den erfolgten Rückrufen anderer Fahrzeuge der Beklagten jedenfalls keine Rechte für sich ableiten (BGH Beschluss vom 12.01.2022 – VII ZR 424/21, BeckRS 2022, 7010 Rn. 36; BGH Beschluss vom 20.04.2022 – VII ZB 36/21, BeckRS 2022, 12026 Rn. 9).

56
2.1.2.2.3. Auch aus sonstigen Umständen kann vorliegend nicht auf die Sittenwidrigkeit des Handelns der Beklagten in Bezug auf die KSR geschlossen werden.

57
Da nach dem soeben Ausgeführten davon auszugehen ist, dass die KSR – insoweit vergleichbar dem Thermofenster – nicht danach differenziert, ob sich das Fahrzeug auf dem Prüfstand oder im normalen Fahrbetrieb befindet, und nicht für die Einhaltung der Grenzwerte relevant ist, wäre der Vorwurf der Sittenwidrigkeit gegenüber der Beklagten nur dann gerechtfertigt, wenn zu dem objektiven Gesetzesverstoß weitere Umstände hinzuträten, die das Verhalten der für sie handelnden Personen als besonders verwerflich erscheinen ließen (BGH, Beschluss vom 19.1.2021, VI ZR 433/19, juris Tz. 19). Dies setzt jedenfalls voraus, dass diese Personen bei der Entwicklung und/oder Verwendung der Funktion in dem Bewusstsein handelten, eine unzulässige Abschalteinrichtung zu verwenden, und den darin liegenden Gesetzesverstoß billigend in Kauf nahmen (BGH, Urteil vom 19.1.2021, VI ZR 433/19, juris Tz. 19;

Beschluss vom 9.3.2021, VI ZR 889/20, juris Tz. 28). Anhaltspunkte hierfür wurden vom Kläger nicht dargelegt und sind nicht ersichtlich.

58
2.1.2.3. Der Vortrag der Klagepartei zur Funktion „hot restart“ führt nach dem Vorstehenden ebenfalls nicht zur Sittenwidrigkeit, weil ein Prüfstandbezug ausscheidet. Ein Motorkaltstart zählt selbstverständlich zu den üblichen Fahrbedingungen im Normalbetrieb.

59
2.1.2.4. Dem – unklaren – Vortrag der Klagepartei zu weiteren prüfstandbezogenen Abschalteinrichtungen mangelt es an konkreten Anhaltspunkten. Er ist ersichtlich ins Blaue hinein aufgestellt worden.

60
Ein verpflichtender Rückruf durch das KBA ist zwar nicht Voraussetzung für eine Haftung gem. § 826 BGB. Er kann jedoch einen tatsächlichen Anhaltspunkt bilden, der den klägerischen Vortrag stützt. Daran fehlt es vorliegend. Der Rückruf vom 13.12.2023 betrifft ersichtlich nicht prüfstandbezogene Abschalteinrichtungen.

61
Eine freiwillige Kundenmaßnahme bietet keinen hinreichenden Anhaltspunkt dafür, dass eine – noch dazu prüfstandbezogene – unzulässige Abschalteinrichtung verbaut ist (BGH BeckRS 2022, 12054 Rn. 15). Eine solche Maßnahme kann viele Gründe haben.

62
Der Vorwurf der Klagepartei, die Beklagte habe ferner mittels eines manipulierten On-Board-Diagnosesystems (OBD) getäuscht, rechtfertigt gleichfalls nicht die Annahme eines Anspruchs aus § 826 BGB. Nach Absatz 3.3.2 des Anhangs 11 der UN/ECE-Regelung Nr. 83 muss das OBD-System die Fehlfunktion eines emissionsrelevanten Bauteils oder Systems anzeigen, wenn diese Fehlfunktion dazu führt, dass die Abgasemissionen bestimmte Schwellenwerte übersteigen. Danach ist es plausibel und deutet gerade nicht auf eine Manipulation hin, wenn eine Fehlermeldung nicht erscheint, wenn und weil die Fahrzeugkomponenten programmgemäß – und also aus der Perspektive der Fahrzeugtechnik ordnungsgemäß und nicht fehlerhaft – arbeiten (OLG Karlsruhe Urt. v. 26.1.2022 – 6 U 128/20, BeckRS 2022, 2263 Rn. 44). Soweit die Klagepartei unterstellt, dass das OBD nicht aufzeichne, wenn das Abgasrückführungsventil aufgrund einer Prüfstanderkennung geschlossen sei, fehlt erneut jeder greifbare Anhaltspunkt für die offenbar ins Blaue hinein gemachte Annahme.

63
Soweit sich die Klagepartei zur Untermauerung ihres Vortrags auf Messwerte der Deutschen Umwelthilfe (DUH), der Untersuchungskommission Volkswagen, der Universität Basel sowie in der Berufungsbegründung darüber hinausgehend der Berner Fachhochschule und erneut der DUH stützt, ergibt sich hieraus kein Anhaltspunkt für das Vorliegen einer über das oben dargestellte Thermofenster hinausgehenden Umschaltlogik. Dass Messwerte außerhalb des Prüfstands und insbesondere im Realbetrieb diejenigen ggf. erheblich übertreffen, die im seinerzeit maßgeblichen NEFZ erzielt werden, ist schon angesichts der Unterschiede der Bedingungen und unabhängig vor Verwendung einer Umschaltlogik zu erwarten und stellt deshalb weder für sich allein (BGH NZV 2021, 525 Rn. 23 a. E.; BGH Hinweisbeschluss v. 15.09.2021 – VII ZR 2/21, BeckRS 2021, 37995 Rn. 30) noch in Zusammenschau mit dem unstreitigen Sachverhalt bzw. dem weiteren Vortrag der Klagepartei (vgl. BGH Beschluss vom 25.11.2021 – III ZR 202/20, BeckRS 2021, 41003 Rn. 17; Urt. v. 26.4.2022 – VI ZR 435/20, BeckRS 2022, 12054 Rn. 15) einen hinreichenden Ansatzpunkt dafür dar, dass der entsprechende Motor zur Täuschung der zuständigen Behörde auf dem Prüfstand in einem anderen Modus als außerhalb des Prüfstandes betrieben wird. Im Übrigen fehlt eine nachvollziehbare Darlegung, inwiefern die genannten Messergebnisse auf das streitgegenständliche Fahrzeug übertragbar sein sollen, zumal die Klagepartei nicht einmal zur Motorleistung vorgetragen hat.

64
Soweit die Klagepartei auf Straf- bzw. Ordnungswidrigkeitenverfahren rekurriert, wird der Bezug zum konkreten Streitgegenstand nicht klar.

65

Auch in einer Gesamtschau aller und insbesondere der vorbezeichneten Aspekte fehlt es an hinreichenden Anhaltspunkten zur Stützung des klägerischen Vortrags. Bei der gegebenen Sach- und Rechtslage ist auch vorsätzliches Handeln der Beklagten nicht beachtlich vorgetragen.

66
2.2. Mangels vorsätzlichen Verhaltens scheidet § 823 Abs. 2 BGB i. V. m. § 263 StGB, § 31 BGB oder § 831 BGB als Anspruchsgrundlage aus.

67
2.3. Die Beklagte hat die Einrede der Verjährung erhoben. Damit kann dahinstehen, ob tatsächlich ein Sachmangel in Gestalt einer unzulässigen Abschalteinrichtung vorliegt, denn kaufvertragliche Gewährleistungsansprüche wären jedenfalls vor Klageerhebung 2019 verjährt (§ 438 Abs. 1 Nr. 3 BGB); ein Rücktrittsrecht besteht gem. §§ 218, 438 Abs. 4 Satz 1 BGB nicht. Hiergegen kann sich die Klägerin nicht auf ein arglistiges Verschweigen des – unterstellten – Mangels berufen (§ 438 Abs. 3 Satz 1 BGB), da es wie gezeigt an einem vorsätzlichen Handeln der Beklagten fehlt.

68
Damit erübrigt sich ein Eingehen auf den – ohne Substanz vorgetragenen – klägerischen Vorwurf zu einem angeblich erhöhten Treibstoffverbrauch und CO□-Ausstoß.

69
2.4. In Ermangelung eines Rückabwicklungsanspruchs geht der Feststellungsantrag zum Annahmeverzug ins Leere.

70
3. Der mit Schriftsatz vom 16.11.2023 (Bl. 303/321 d. A.) gestellte Hilfsantrag hat hingegen Erfolg.

71
Über ihn war zu entscheiden, weil die zulässige innerprozessuale Bedingung, unter der die Klagepartei ihn gestellt hat – die Erfolglosigkeit der Hauptanträge zum großen Schadensersatz – eingetreten ist.

72
Der Hilfsantrag ist zulässig und begründet. Die Klagepartei hat einen Anspruch gegen die Beklagte auf Differenzschadensersatz in Höhe von 5.770 € (10% des Kaufpreises) aus § 823 Abs. 2 i. V. m. § 6 Abs. 1, § 27 Abs. 1 EG-FGV.

73
3.1. Die §§ 6 Abs. 1, 27 Abs. 1 EG-FGV sind Schutzgesetze im Sinne des § 823 Abs. 2 BGB, weil sie das individuelle Interesse des Fahrzeugerwerbers schützen, durch den Abschluss eines Kaufvertrages über ein Fahrzeug nicht wegen eines Verstoßes des Fahrzeugherstellers gegen das europäische Abgasrecht eine Vermögenseinbuße im Sinne der Differenzhypothese zu erleiden (BGH NJW 2023, 2259 Rn. 32).

74
3.2. Die Beklagte hat hiergegen verstoßen, indem sie die Übereinstimmungsbescheinigung für das streitgegenständliche Fahrzeug ausstellte, in dem jedenfalls das Thermofenster sowie eine KSR verbaut waren.

75
Eine Übereinstimmungsbescheinigung verstößt gegen §§ 6, 27 EG-FGV, wenn sie unzutreffend ist, weil das betreffende Fahrzeug mit einer unzulässigen Abschalteinrichtung gemäß Art. 5 Abs. 2 VO (EG) 715/2007 ausgestattet ist (BGH NJW 2023, 2259 Rn. 34). Denn dann weist die Bescheinigung eine tatsächlich nicht gegebene Übereinstimmung des Fahrzeugs mit Art. 5 Abs. 2 der VO 715/2007 aus (BGH NJW 2023, 2259 Rn. 34).

76
3.2.1. Das unstreitig in der ursprünglichen Motorsteuerungssoftware implementierte Thermofenster wird vom Senat in Übereinstimmung mit dem KBA, welches aufgrund dieser Funktion einen verbindlichen Rückruf angeordnet hat, als unzulässige Abschalteinrichtung gewertet.

77
3.2.1.1. Das Thermofenster ist eine Abschalteinrichtung gemäß Art. 3 Nr. 10 VO (EG) 715/2007.

78
3.2.1.1.1. Gemäß Art. 3 Nr. 10 der VO (EG) Nr. 715/2007 ist Abschalteinrichtung ein Konstruktionsteil, das die Temperatur, die Fahrzeuggeschwindigkeit, die Motordrehzahl, den eingelegten Getriebegang, den Unterdruck im Einlasskrümmer oder sonstige Parameter ermittelt, um die Funktion eines beliebigen Teils des Emissionskontrollsystems zu aktivieren, zu verändern, zu verzögern oder zu deaktivieren, wodurch die Wirksamkeit des Emissionskontrollsystems unter Bedingungen, die bei normalem Fahrzeugbetrieb vernünftigerweise zu erwarten sind, verringert wird. Der Begriff „normaler Fahrzeugbetrieb“ verweist dabei auf die Verwendung des Fahrzeugs unter tatsächlichen Fahrbedingungen, wie sie im Unionsgebiet üblich sind (EuGH NJW 2022, 2605 Rn. 40, 43).

79
3.2.1.1.2. Die Voraussetzungen sind hier auch unter Zugrundelegung des Beklagtenvortrags erfüllt.

80
Es handelt sich bei dem Thermofenster um ein Konstruktionsteil, das in Abhängigkeit zur Außentemperatur das Emissionskontrollsystem in Form der Abgasrückführungsrate verändert.

81
Zudem wird durch das Thermofenster in der streitgegenständlichen Ausgestaltung die Wirksamkeit des Emissionskontrollsystems unter Bedingungen, die bei normalem Fahrzeugbetrieb vernünftigerweise zu erwarten sind, verringert. Hierzu hat die Beklagte konzediert, dass das Emissionsverhalten des Fahrzeugs in der ursprünglichen Bedatung bereits bei +5°Celsius reduziert wird (Klageerwiderung, S. 3 – Bl. 76 d. A.). Damit sind Fahrbedingungen betroffen, die im Unionsgebiet üblicherweise auftreten. Außentemperaturen von +5°C treten zumindest in den Wintermonaten auch in Mitteleuropa regelmäßig auf. So liegen beispielsweise im Januar die durchschnittlichen Höchsttemperaturen in den Städten Luxemburg, Berlin, Brüssel, Frankfurt, München, Straßburg und Prag (vgl. https://klima.org) jeweils unter +5°C. Es handelt sich dabei nicht um Extrembedingungen.

82
Nicht maßgeblich ist, ob die Temperaturen in Europa im überwiegenden Teil des Jahres innerhalb eines Bereichs liegen, in welchem die AGR voll aktiv ist. Der EuGH hat in seiner Entscheidung vom 14.07.2022 (Az. C-128/10, NJW 2022, 2605 Rn. 65) im Zusammenhang mit der Prüfung einer Ausnahmeregelung nach Art. 5 Abs. 2 Satz 2 der VO (EG) Nr. 715/2007 die Kontrollüberlegung angestellt, dass eine Abschalteinrichtung aus Gründen des Motorschutzes, welche unter normalen Betriebsbedingungen den überwiegenden Teil des Jahres funktionieren müsste, offensichtlich dem mit der Verordnung Nr. 715/2007 verfolgten Ziel zuwiderlaufen würde. Begrifflich setzt diese Überlegung zunächst eine Abschalteinrichtung voraus. Der Umkehrschluss, ein Konstruktionsteil, welches den überwiegenden Teil des Jahres nicht wirksam werde, sei schon keine Abschalteinrichtung oder stets zulässig, kann daraus nicht gezogen werden.

83
Schließlich ist der Senat davon überzeugt, dass durch das Thermofenster die Wirksamkeit des Emissionskontrollsystems insgesamt reduziert wird.

84
3.2.1.2. Das Thermofenster ist nicht ausnahmsweise nach Art. 5 Abs. 2 Satz 2 der VO (EG) Nr. 715/2007 zulässig.

85
Die Ausnahmen gemäß Art. 5 Abs. 2 VO (EG) 715/2007 sind grundsätzlich eng auszulegen (EuGH NJW 2022, 2605 Rn. 50; BGH NJW 2023, 2259 Rn. 60). Allein auf die Schonung von Anbauteilen kann sich die Beklagte dabei nicht berufen (EuGH NJW 2022, 2605 Rn. 70). Die Abschalteinrichtung muss zum Motorschutz und zur Gewährleistung des sicheren Betriebs des Fahrzeugs nicht nur geeignet, sondern auch unbedingt erforderlich sein. Eine Abschalteinrichtung ist nur dann notwendig im Sinne dieser Bestimmung, wenn zum Zeitpunkt der Erteilung der EG-Typgenehmigung keine andere technische Lösung unmittelbare Risiken für den Motor in Form von Beschädigung oder Unfall abwenden kann (EuGH NJW 2022, 2605 Rn. 69). Das geht über den Maßstab einer dem Stand der Technik entsprechenden Abschalteinrichtung hinaus. Auf Kostenargumente kann sich der Hersteller in Anbetracht des mit der Verordnung Nr. 715/2007 verfolgten Ziels, ein hohes Umweltschutzniveau sicherzustellen, nicht berufen

(vgl. EuGH NJW 2022, 2605 Rn. 67 f.). Überdies lässt sich eine Abschalteinrichtung dann nicht mit der Notwendigkeit des Motorschutzes rechtfertigen, wenn sie dazu unter normalen Betriebsbedingungen den überwiegenden Teil des Jahres funktionieren müsste (EuGH NJW 2022, 2605 Rn. 70).

86
Vor diesem Maßstab sind die Voraussetzungen für eine ausnahmsweise Rechtfertigung des Thermofensters, hinsichtlich derer die Beklagte die Darlegungs- und Beweislast trifft (BGH NJW 2023, 2259 Rn. 54), nicht dargetan.

87
Die Beklagte trägt vor, dass das Thermofenster das Risiko eines plötzlichen Ausfalls des Motors und des Eintritts von sicherheitskritischen Situationen minimiere (Schriftsatz vom 02.01.2024, S. 10 – Bl. 332 d. A.). Auf fehlende technische Alternativen zur Sicherstellung des gefahrlosen Betriebs im Zeitpunkt des EG-Typzulassungsverfahrens – etwa durch regelmäßige Wartung – lässt sich aus dem Vortrag der Beklagten allerdings nicht schließen.

88
3.2.2. Auch die in dem streitgegenständlichen Fahrzeug im Kaufzeitpunkt unstreitig verbaute KSR stellte eine unzulässige Abschalteinrichtung gemäß Art. 3 Nr. 10, Art. 5 Abs. 2 VO (EG) 715/2007 dar.

89
3.2.2.1. Der Senat ist insoweit nicht an die Einschätzung des KBA gebunden, sondern trifft eine eigenständige Entscheidung anhand der Subsumtion unter die gesetzlichen Vorgaben. Eine Tatbestandswirkung ist nicht anzuerkennen (BGH NJW 2022, 1238 Rn. 81 m. w. N.; OLG Celle Urt. v. 20.12.2023 – 7 U 1742/19, BeckRS 2023, 36841 Rn. 140).

90
3.2.2.2. Die Ausschaltung der KSR bei Vorliegen bestimmter Parameter ist eine Abschalteinrichtung gemäß Art. 3 Nr. 10 der VO (EG) 715/2007 (vgl. OLG Stuttgart BeckRS 2024, 6251 Rn. 98; OLG Schleswig BeckRS 2023, 27262 Rn. 59).

91
Es handelt sich bei dem geregelten Kühlthermostat um ein Konstruktionsteil, das auch nach Beklagtenvortrag in Gestalt der KSR in Abhängigkeit diverser der in Art. 3 Nr. 10 VO (EG) 715/2007 genannten Parameter das Emissionskontrollsystem in Form der AGR-Rate verändert, indem durch eine vorzeitige Zuschaltung des großen Kühlkreislaufes die Erwärmung des Motors verzögert wird, was zur Folge hat, dass höhere AGR-Raten über einen längeren Zeitraum möglich sind, als dies bei einem sich andernfalls schneller erwärmenden Motor der Fall wäre. Diese Kausalkette war von der Beklagten gerade bezweckt.

92
Auch unter Zugrundelegung des Beklagtenvortrags ist evident, dass eine Deaktivierung der KSR gerade auch innerhalb des üblichen Betriebs des Fahrzeugs erfolgt. Dies hat das KBA auch zum Anlass von Rückrufen bei – nach Beklagtenvortrag – im Grundsatz gleichbedateter KSR-Funktionalität genommen, wenn es eine Grenzwertrelevanz angenommen hat.

93
3.2.2.3. Die KSR war nicht ausnahmsweise nach Art. 5 Abs. 2 Satz 2 der VO (EG) Nr. 715/2007 zulässig.

94
Vor dem oben dargestellten Maßstab (Ziff. 3.2.1.1.2) sind die Voraussetzungen für eine in engen Grenzen mögliche ausnahmsweise Rechtfertigung der KSR, hinsichtlich derer die Beklagte die Darlegungs- und Beweislast trifft (BGH NJW 2023, 2259 Rn. 54), nicht dargetan. Die Beklagte trägt vor, dass die Abschaltung der KSR außerhalb ihrer Aktivierungsbedingungen erforderlich sei, um Risiken für den Motor und den sicheren Betrieb des Fahrzeugs durch Ölverdünnung, Schmierverlust und Ablagerungen entgegenzuwirken (Schriftsatz vom 02.04.2024, S. 15 ff. – Bl. 337 ff. d. A.). Auf fehlende technische Alternativen zur Sicherstellung des gefahrlosen Betriebs im Zeitpunkt des EG-Typzulassungsverfahrens lässt sich aus dem Vortrag der Beklagten allerdings nicht schließen.

95

Hinzu kommt, dass die Beklagte erläutert hat, dass die Funktion bereits bei Eintreten nur eines von mehreren verschiedenen Parametern deaktiviert und dann im laufenden Betrieb nicht wieder aktiviert werde (Schriftsatz vom 02.04.2024, S. 17 – Bl. 339 d. A., s.o.). Dem lässt sich gerade nicht entnehmen, dass die Funktion nicht unter normalen Betriebsbedingungen die überwiegende Zeit abgeschaltet ist (vgl. den Rechtsgedanken aus EuGH NJW 2022, 2605 Rn. 70).

96
3.2.3. Der Senat ist überzeugt, dass die Schutzgesetzverletzung für die Kaufentscheidung der Klagepartei kausal war. Hierfür trifft die Klagepartei die Darlegungs- und Beweislast. Für sie streitet indes der Erfahrungssatz, dass sie den Kaufvertrag zu diesem Kaufpreis nicht geschlossen hätte (BGH NJW 2023, 2259 Rn. 55; NJW 2021, 3041 Rn. 21). Denn erwirbt ein Käufer ein zugelassenes oder zulassungsfähiges Fahrzeug auch zur Nutzung im Straßenverkehr, wird er regelmäßig darauf vertrauen, dass die Zulassungsvoraussetzungen, zu denen nach § 6 Abs. 3 Satz 1 FZV die Übereinstimmungsbescheinigung gehört, vorliegen und dass außerdem keine ihn einschränkenden Maßnahmen nach § 5 Abs. 1 FZV mit Rücksicht auf unzulässige Abschalteinrichtungen erfolgen können (BGH a.a.O. Rn. 56). Letzteres traf hier im Zeitpunkt des Kaufes des Klägers im Juli 2011 auf die objektiv unzulässigen Abschalteinrichtungen in Form des Thermofensters und der KSR zu.

97
3.2.4. Die Beklagte handelte schuldhaft. Voraussetzung für einen Anspruch nach § 823 Abs. 2 BGB i. V. m. § 6 Abs. 1, § 27 Abs. 1 EG-FGV ist ein schuldhaftes Handeln des Anspruchsgegners, wobei ein fahrlässiger Verstoß genügt (BGH NJW 2023, 2259 Rn. 36, 38). Es besteht eine von der objektiven Schutzgesetzverletzung ausgehende Verschuldensvermutung, die von der Beklagten ausgeräumt werden muss (BGH NJW 2023, 2259 Rn. 36, 38). Dies ist ihr nicht gelungen.

98
Insbesondere ist die Beklagte darlegungs- und beweisbelastet sowohl für einen Verbotsirrtum als auch für dessen Unvermeidbarkeit (BGH NJW 2023, 2259 Rn. 63). Ein entlastend wirkender Verbotsirrtum kann dabei zum einen vorliegen, wenn der Schädiger die Rechtslage unter Einbeziehung der höchstrichterlichen Rechtsprechung sorgfältig geprüft hat und er bei Anwendung der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt mit einer anderen Beurteilung durch die Gerichte nicht zu rechnen brauchte (BGH NJW 2023, 2259 Rn. 63). Zum anderen kann der Fahrzeughersteller die Unvermeidbarkeit seines Irrtums mittels einer tatsächlich erteilten EG-Typgenehmigung führen, wenn diese Genehmigung die verwendete unzulässige Abschalteinrichtung in allen ihren maßgebenden Einzelheiten umfasst (BGH NJW 2023, 2259 Rn. 64). Schließlich kann der Fahrzeughersteller sich dadurch entlasten, dass er darlegt und erforderlichenfalls nachweist, dass seine Rechtsauffassung bei entsprechender Nachfrage von der für die EG-Typgenehmigung oder für anschließende Maßnahmen zuständigen Behörde bestätigt worden wäre (hypothetische Genehmigung, BGH NJW 2023, 2259 Rn. 65). Steht fest, dass eine ausreichende Erkundigung des einem Verbotsirrtum unterliegenden Schädigers dessen Fehlvorstellung bestätigt hätte, scheidet eine Haftung nach § 823 Abs. 2 BGB infolge eines unvermeidbaren Verbotsirrtums auch dann aus, wenn der Schädiger eine entsprechende Erkundigung nicht eingeholt hat (BGH NJW 2023, 2259 Rn. 65). Der BGH hat klargestellt, dass dann, wenn mehrere Abschalteinrichtungen Verwendung gefunden haben, für die Frage einer (hypothetischen) Genehmigungen die Einzelheiten der konkret verwendeten Kombination in den Blick zu nehmen sind (BGH NJW 2023, 2259 Rn. 66).

99
Anders als die Beklagte meint, kann auf eine konkrete Fehlvorstellung über die Rechtmäßigkeit der Abschalteinrichtungen – sei es auch in Form des sachgedanklichen Mitbewusstseins und dem (bloßen) Fehlen eines diesbezüglichen Unrechtsbewusstseins – gerade auch in den Fallkonstellationen der tatsächlichen oder hypothetische Genehmigung nicht verzichtet werden. Dies hat der BGH in seiner Entscheidung vom 26.06.2023 – VIa ZR 335/21, NJW 2023, 2259 Rn. 63 f., auf die der Senat mit Beschluss vom 02.10.2023 (Bl. 290/302 d. A.) hingewiesen hat, ausdrücklich klargestellt. Vielmehr muss der Fahrzeughersteller stets in einem ersten Schritt darlegen und ggf. beweisen, dass sich sämtliche seiner verfassungsmäßig berufenen Vertreter im Sinne des § 31 BGB über die Rechtmäßigkeit der Abschalteinrichtung im maßgeblichen Zeitpunkt im Irrtum befanden oder im Falle einer Ressortaufteilung den damit verbundenen Pflichten genügten (BGH Urt. v. 25.09.2023 – VIa ZR 1/23, BeckRS 2023, 29219 Rn. 14; NZG 2019, 225 Rn. 17 ff.).

100
Diesen Anforderungen genügt der Vortrag der Beklagten weder in personeller (nur bezogen auf zwei Abteilungsleiter) noch in inhaltlicher Hinsicht (behauptet wird ein Irrtum über den Erklärungsinhalt bei Ausstellung der Übereinstimmungserklärung, nicht über die Rechtmäßigkeit der Abschalteinrichtungen).

101
In Ermangelung eines entscheidungserheblichen Vortrags zum Rechtsirrtum kommt es auf die Frage, ob die Voraussetzungen für einer tatsächliche oder hypothetische Genehmigung des Fahrzeugs durch das KBA vorliegen, hier nicht an.

102
3.2.5. Der Klagepartei ist ein Vermögensschaden entstanden, der auf der Verringerung des objektiven Werts des von ihr erworbenen Fahrzeugs infolge der Ausrüstung mit einer unzulässigen Abschalteinrichtung beruht und hier mit 10% des Bruttokaufpreises in Ansatz zu bringen ist.

103
3.2.5.1. Der Anspruch aus § 823 Abs. 2 BGB ist auf den Ersatz des sogenannten Differenzschadens gerichtet (BGH NJW 2023, 2259 Rn. 39 ff., 71 ff.). Es handelt sich um das rechnerische Minus, welches sich daraus ergibt, dass der objektive Wert des erworbenen Fahrzeugs hinter dem Kaufpreis zurückbleibt (BGH NJW 2023, 2259 Rn. 40). Abzustellen ist dabei auf den Zeitpunkt des Vertragsschlusses (BGH NJW 2023, 2259 Rn. 41, 42, 76). Die Höhe dieses Schadens ist nach § 287 ZPO zu schätzen, und zwar im Bereich zwischen 5% und 15% des Kaufpreises (BGH NJW 2023, 2259 Rn. 73 ff.). Dabei ist insbesondere auf das Risiko behördlicher Anordnungen in Bezug auf die Nutzbarkeit des Fahrzeugs, vor allem auf Umfang und Eintrittswahrscheinlichkeit möglicher Betriebsbeschränkungen im Zeitpunkt des Vertrages abzustellen (BGH NJW 2023, 2259 Rn. 76). Ferner ist, um dem europarechtlichen Gebot hinreichender Sanktionierung Rechnung zu tragen, auf das Gewicht des Rechtsverstoßes und den Grad des Verschuldens abzustellen (BGH NJW 2023, 2259 Rn. 77). Der Erholung eines Sachverständigengutachtens bedarf es nicht (BGH NJW 2023, 2259 Rn. 78).

104
Der Senat schätzt nach diesen Grundsätzen den Differenzschaden vorliegend auf 10% des Bruttokaufpreises. Auszugehen ist von einem nicht unbeträchtlichen, aber nur fahrlässigen Verstoß gegen die europarechtlichen Anforderungen. Dieser hat zur Zeit des Kaufs des Fahrzeugs durch den Kläger zumindest zu der rechtlichen Möglichkeit geführt, dass das KBA Maßnahmen bis hin zur Stilllegung ergreift. Schon dies beeinträchtigt die geldwerte jederzeitige Verfügbarkeit des Fahrzeugs (BGH NJW 2023, 2259 Rn. 42). Das Risiko einer unmittelbaren Stilllegung des Fahrzeugs durch das KBA erschien zwar angesichts der am Grundsatz der Verhältnismäßigkeit ausgerichteten Praxis des KBA, im Zweifel zunächst einmal die Entwicklung eines Updates zu präferieren, eher gering. Gleichzeitig stellt schon die Notwendigkeit, ein solches Pflichtupdate aufspielen zu lassen, einen erheblichen Eingriff in die Dispositionsfreiheit des Klägers dar; weigert er sich, droht ihm doch die Stilllegung. Dem Senat erscheint es daher im Rahmen einer Gesamtbetrachtung angemessen, sich in der Mitte des vorgegebenen Rahmens zu halten.

105
3.2.5.2. Der Schadensersatzanspruch ist nicht unter dem Aspekt der Vorteilanrechnung zu kürzen.

106
3.2.5.2.1. Der Schaden wurde nicht durch das am 30.09.2019 aufgespielte Softwareupdate ausgeglichen, ohne dass es einer Betrachtung der tatsächlich dem Vermögen des Geschädigten zufließenden geldwerten Vorteile bedürfen würde. Beruft sich der Fahrzeughersteller auf die nachträgliche Verbesserung des Fahrzeugs durch ein Softwareupdate, kann damit eine Schadensminderung nur verbunden sein, wenn und soweit das Softwareupdate die Gefahr von Betriebsbeschränkungen signifikant reduziert (BGH NJW 2023, 2259 Rn. 80). Das wiederum kann nur dann der Fall sein, wenn es nicht seinerseits eine unzulässige Abschalteinrichtung beinhaltet (BGH NJW 2023, 2259 Rn. 80; Urt. v. 13.2.2024 – VIa ZR 1356/22, BeckRS 2024, 3634 Rn. 16). Dass ein Softwareupdate eine von zwei Abschalteinrichtungen entfernt, rechtfertigt keinen pauschalisierenden und letztlich gegriffenen quotalen Abschlag vom Schadensersatz. Vielmehr ist eine ggf. erfolgte graduelle Reduktion des Stilllegungsrisikos nur dann schadensmindernd zu berücksichtigen, wenn sich das Update in Gestalt von Restwert bzw. Weiterveräußerungserlös tatsächlich messbar kompensierend im Vermögen des Geschädigten ausgewirkt hat (dazu unten Nr. 3.2.5.2.2).

107
Für die Voraussetzungen der Vorteilsausgleichung ist die Beklagte als Schädiger darlegungs- und beweisbelastet (Grüneberg, in: Grüneberg, BGB, 83. Aufl. 2024, Vor § 249 Rn. 75 m. w. N.). Diese Voraussetzungen sind nicht erfüllt, nachdem zwar nach unstreitigem Vortrag die KSR entfernt wurde, aber die Beklagte nicht ausreichend dargelegt hat, dass das weiterhin applizierte Thermofenster nicht wiederum eine unzulässige Abschalteinrichtung darstellt. Insofern reicht auch nicht der weitergehende Vortrag im nachgelassenen Schriftsatz vom 25.07.2024 (Bl. 385/388 d. A.) aus, sodass ein Wiedereintritt in die mündliche Verhandlung nicht geboten ist.

108
Für eine Berücksichtigung des Updates als Vorteilkompensation wäre es erforderlich, dass die Beklagte darlegt, dass die Abgasrückführung, die unstreitig temperaturabhängig reduziert wird, bei normalen Fahrbedingungen noch nicht reduziert wird oder dass das verbleibende Thermofenster ausnahmsweise nicht unzulässig ist. Die Beklagte trifft allerdings nur Aussagen zu den Temperaturspannen bei einem betriebswarmen Motor. Dem ist entgegenzuhalten, dass – worauf der Senat in der mündlichen Verhandlung hingewiesen hat – auch Fahrten während der Motorwarmlaufphase zum normalen Fahrbetrieb zählen. Es fehlt mithin an Vortrag dazu, ob z. B. bei einer Motorstarttemperatur von 0°C die Abgasrückführung über die unmittelbare Anlassphase hinaus reduziert ist (dann Abschalteinrichtung) oder nicht. Wenn die Beklagte meint, hierzu nicht vortragen zu können, hat sie die prozessualen Folgen zu tragen. Auffällig, aber aufgrund der Verteilung der Darlegungslast nicht entscheidungserheblich ist in diesem Zusammenhang, dass die Beklagte Vortrag zu den Grenzen des Thermofensters nach Update bezogen auf die Ladelufttemperaturen unterlässt.

109
In diesem Zusammenhang ist nicht erheblich, dass das KBA das Update selbst freigegeben und im Freigabebescheid attestiert hat, dass keine unzulässigen Abschalteinrichtungen mehr enthalten seien. Eine diesbezügliche Tatbestandswirkung besteht nicht (BGH NJW 2022, 1238 Rn. 81 m. w. N.; OLG Celle Urt. v. 20.12.2023 – 7 U 1742/19, BeckRS 2023, 36841 Rn. 140). Die Beklagte kann sich insoweit auch nicht mit Erfolg darauf berufen, dass das faktische Stilllegungsrisiko deshalb auf Null reduziert sei. Denn gleichwohl besteht weiterhin die rechtliche Möglichkeit von Eingriffsmaßnahmen durch das KBA, welche die geldwerte Nutzungsmöglichkeit des Fahrzeugs beeinträchtigt (BGH NJW 2023, 2259 Rn. 42). Ferner ist gerichtsbekannt, dass das KBA im Gefolge der neueren EuGH-Rechtsprechung zum Thermofenster seine vormalige großzügige Haltung hinterfragt und zu bereits akzeptierten Thermofenstern neuerliche Anhörungsverfahren eingeleitet hat. Dies ist auch gerade der Beklagten bekannt, die Adressatin solcher Verfahren ist.

110
3.2.5.2.2. Auf den Differenzschaden sind der Weiterverkaufserlös, gezogene Nutzungsvorteile und ggf. eine Vorsteuerabzugsberechtigung nur dann anzurechnen, wenn und soweit sie in Summe den tatsächlichen Wert des Fahrzeugs bei Abschluss des Kaufvertrags übersteigen (BGH NJW 2024, 496 Rn. 13; NJW 2023, 2259 Rn. 80; Urt. v. 25.09.2023 – VIa ZR 1687/22, BeckRS 2023, 28299 Rn. 12). Daran fehlt es.

111
Selbst wenn man zuungunsten der Klagepartei von einer Gesamtlaufleistung von nur 250.000 km ausgehen wollte, erreichen Nutzungen (32.569,79 €) zuzüglich Restwert (nach Vortrag der Beklagten im Schriftsatz vom 02.01.2024, S. 35 – Bl. 357 d. A., 14.500 €) nicht den tatsächlichen Wert des Fahrzeugs im Erwerbszeitpunkt in Höhe von 51.930 € (= 90% von 57.700 €).

112
Den Wert der gezogenen Nutzungen bemisst der Senat dabei nach der vom BGH (NJW 2021, 3594 Rn. 32) gebilligten Formel Nutzungsentschädigung = Bruttokaufpreis * gefahrene Kilometer / vss. Restlaufleistung im Kaufzeitpunkt.

113
Der Senat folgt ausdrücklich nicht dem Ansatz, den Wert der Nutzung eines Neuwagens höher anzusetzen als den eines älteren Fahrzeugs. Die lineare Berechnung ist dem Geschädigten zumutbar und entlastet die Schädigerin nicht unangemessen. Der Nutzungsersatz ist eben nicht mit dem eingetretenen Wertverlust eines Fahrzeugs gleichzusetzen (BGH NJW 2021, 3594 Rn. 33).

114
3.3. Es kann offenbleiben, ob die vom Kläger zweitinstanzlich behauptete Hot Start-Funktion überdies als unzulässige Abschalteinrichtung zu werten ist. Insofern würde der Senat nicht zu einem höheren Schadensersatzanspruch gelangen. Es handelt sich lediglich um eine weitere technische Stellschraube der insgesamt als unzulässig zu wertenden Motorsteuerung, die im konkreten Fall nicht zu einer abweichenden Qualifikation des Normverstoßes oder seiner Auswirkungen führt.

115
3.4. Die von der Beklagten erhobene Einrede der Verjährung gegen den deliktischen Anspruch geht fehl.

116
Das kaufrechtliche Gewährleistungsregime des § 438 BGB gilt nicht für den inmitten stehenden deliktischen Anspruch (Weidenkaff in: Grüneberg, BGB, 83. Aufl. 2024, § 438 Rn. 3).

117
In Fällen der vorliegenden Art ist es für den Beginn der Verjährung des deliktischen Anspruchs gem. § 199 Abs. 1 BGB ausreichend, aber auch erforderlich, dass der geschädigte Fahrzeugkäufer Kenntnis von dem sogenannten „Diesel-“ bzw. „Abgasskandal“ im Allgemeinen, von der konkreten Betroffenheit seines Fahrzeugs und von der Relevanz dieser Betroffenheit für seine Kaufentscheidung hat, wobei letztere Kenntnis nicht gesondert festgestellt werden muss, sondern naturgemäß beim Geschädigten vorhanden ist (NJW-RR 2022, 740 Rn. 36). Die Darlegungs- und Beweislast für die Voraussetzungen des Verjährungseintritts trägt die Beklagte als Schuldnerin des Anspruchs (Ellenberger in: Grüneberg, BGB, 82. Aufl. 2023, § 199 Rn. 50).

118
Zu einer Kenntnis des Klägers bzw. einer grob fahrlässigen Nichtkenntnis von der individuellen Betroffenheit des streitgegenständlichen Fahrzeugs trägt die Beklagte schon gar nicht vor.

119
3.5. Der Zinsanspruch ergibt sich unter dem rechtlichen Aspekt der Prozesszinsen gem. § 288 Abs. 1, § 291 BGB. Zinsbeginn ist analog § 187 Abs. 1 BGB der Tag nach der Zustellung der Klage an die Beklagte, hier also der 14.03.2020. Dabei war der zugesprochene Differenzschadensersatz schon im ursprünglichen Klageantrag auf großen Schadensersatz enthalten: Der Übergang von großem auf Differenzschadensersatz ist keine Änderung des Klagegrundes (BGH BeckRS 2024, 10736 Rn. 14).

120
4. Die Kostenentscheidung richtet sich gem. § 92 Abs. 1 Satz 1, § 97, § 269 Abs. 3 Satz 1 ZPO. In erster Instanz war der ursprünglich erhobene Anspruch auf Deliktszinsen zu berücksichtigen, auch wenn es sich um eine Nebenforderung handelte.

121
5. Die Entscheidung zur vorläufigen Vollstreckbarkeit richtet sich nach § 708 Nr. 10 ZPO in Verbindung mit § 711 ZPO (hinsichtlich der Vollstreckung durch die Beklagte) bzw. mit § 713 ZPO (hinsichtlich der Vollstreckung durch die Klagepartei).

122
6. Die Revision war nicht nach § 543 Abs. 2 ZPO zuzulassen. Es handelt sich um eine Einzelfallentscheidung ohne grundsätzliche Bedeutung. Auch die Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung erfordert die Entscheidung des Revisionsgerichts nicht. Die maßgeblichen Rechtssätze sind höchstrichterlich geklärt.