

Titel:

Aufzehrung des Differenzschadens durch aufgespieltes Software-Update

Normenketten:

BGB § 823 Abs. 2, § 826

EG-FGV § 6 Abs. 1, § 27 Abs. 1

Leitsätze:

1. Der Fahrzeughersteller, der sich unter Berufung auf einen unvermeidbaren Verbotsirrtum entlasten will, muss sowohl den Verbotsirrtum als solchen als auch die Unvermeidbarkeit des Verbotsirrtums konkret darlegen und beweisen, insbesondere dass sich sämtliche seiner verfassungsmäßig berufenen Vertreter im Sinne des § 31 BGB über die Rechtmäßigkeit der vom Käufer dargelegten und erforderlichenfalls nachgewiesenen Abschaltvorrichtung mit allen für die Prüfung nach Art. 5 Abs. 2 der Verordnung (EG) Nr. 715/2007 bedeutsamen Einzelheiten im maßgeblichen Zeitpunkt im Irrtum befanden oder im Falle einer Ressortaufteilung den damit verbundenen Pflichten genügen. (Rn. 56) (redaktioneller Leitsatz)
2. Der Anspruch auf Ersatz des Differenzschadens aus § 823 Abs. 2 BGB iVm § 6 Abs. 1, § 27 Abs. 1 EG-FGV unterliegt dem Vorteilsausgleich. Ein Software-Update kann, ebenso wie gezogene Nutzungen und der Restwert, ein dem Schadensfall zeitlich nachgelagerter Vorteil sein. (Rn. 72) (redaktioneller Leitsatz)
3. Beruft sich der Fahrzeughersteller auf die nachträgliche Verbesserung des Fahrzeugs durch ein Software-Update, kann damit eine Schadensminderung indessen nur verbunden sein, wenn und soweit das Software-Update die Gefahr von Betriebsbeschränkungen signifikant reduziert. Ein Strafschadensersatz, der weder durch den Grundsatz des vollständigen Ersatzes des erlittenen Schadens noch durch den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit veranlasst ist, ist nicht gewollt. (Rn. 72) (redaktioneller Leitsatz)

Schlagworte:

Thermofenster, Vorteilsausgleich, Verbotsirrtum, Software-Update

Vorinstanz:

LG München I, Urteil vom 20.09.2021 – 32 O 18240/20

Tenor

1. Die Berufung des Klägers gegen das Urteil des Landgerichts München I vom 20.09.2021, Az. 32 O 18240/20, wird zurückgewiesen.
2. Der Kläger hat die Kosten des Berufungsverfahrens zu tragen.
3. Dieses Urteil und das in Ziffer 1 genannte Urteil des Landgerichts München I sind vorläufig vollstreckbar. Der Kläger kann die Vollstreckung der Beklagten durch Sicherheitsleistung in Höhe von 110 % des zu vollstreckenden Betrages abwenden, wenn nicht die Beklagte vor der Vollstreckung Sicherheit in gleicher Höhe leistet.
4. Die Revision gegen dieses Urteil wird nicht zugelassen.

Entscheidungsgründe

I.

1

Die Klagepartei macht gegen die Beklagte Ansprüche im Zusammenhang mit dem sog. „Dieselskandal“ geltend.

2

Die Klagepartei erwarb mit Kaufvertrag vom 02.05.2016 von der ... Cars GmbH einen gebrauchten Mercedes Benz E 350 CDI Coupé, Euro 5, Erstzulassung 6/2012 mit einem Kilometerstand von 40.000 km zum Kaufpreis von 27.000,00 € brutto. In dem Fahrzeug ist ein OM 642 Dieselmotor verbaut.

3

Der Kilometerstand im Zeitpunkt der letzten mündlichen Verhandlung vor dem Senat betrug 84.741 km (Protokoll vom 23.01.2024, Band II, Bl. 372 d.A.).

4

Die Abgasreinigung erfolgt im streitgegenständlichen Fahrzeug über die Abgasrückführung (AGR). Dabei wird ein Teil der Abgase wieder der Verbrennung im Motor zugeführt, was zu einer Verringerung der Stickoxidemissionen führt. In der Software des Fahrzeugs ist ein sog. Thermofenster integriert, das die Menge der Abgasrückführung unter anderem in Abhängigkeit von der Außentemperatur steuert, wobei die Schadstoffemission zwischen 20°C und 30°C am geringsten ist. Eine weitere Abgasreinigung über eine Abgasnachbehandlung in Form der Selective Catalytic Reduction (SCR) kommt im streitgegenständlichen Fahrzeug nicht zum Einsatz.

5

Das Fahrzeug enthielt zum Kaufzeitpunkt zudem eine Kühlmittelsolltemperatur-Regelung (KSR). Der Schadstoffausstoß wird durch die Temperatur des Kühlmittels beeinflusst, die über ein Thermostat unter bestimmten, im einzelnen streitigen Bedingungen (jedenfalls ausschließlich bei Kaltstart) auf niedrige Temperaturen begrenzt ist, womit der Schadstoffausstoß vermindert wird.

6

Die Beklagte bietet für das Fahrzeug seit 2017 aus eigener Initiative ein freiwilliges Softwareupdate an, das am 04.05.2020 aufgespielt wurde (SS vom 30.03.2021, S. 19, Band I, Bl. 66 d.A.; SS vom 24.11.2023, S. 1, Band II, Bl. 313 d.A.). Durch das Software-Update wurde die Kühlmittelsolltemperatur-Regelung vollständig entfernt und das Thermofenster auf Umgebungslufttemperaturen von -10° bis +40°C erweitert. Die Bedutung der neuen Ausgestaltung des Temperaturbereichs wurde dem KBA mitgeteilt.

7

Das streitgegenständliche Fahrzeug ist aufgrund der Baureihe grundsätzlich vom aktuellen Rückruf des KBA vom 13.12.2023 erfasst. Die tatsächliche Betroffenheit hängt jedoch von dem aufgespielten Software-Update ab.

8

Hinsichtlich der tatsächlichen Feststellungen im übrigen wird auf den Tatbestand des angefochtenen Urteils des Landgerichts München I vom 20.09.2021, Az. 32 O 18240/20, Bezug genommen.

9

Das Landgericht München I hat die Klage abgewiesen, da es an hinreichend schlüssigem und substantiiertem Vortrag für eine etwaige deliktische Haftung der Beklagten fehle.

10

Gegen das dem Klävertreter am 24.09.2021 zugestellte Endurteil des Landgerichts München I vom 20.09.2021, Az. 32 O 18240/20 legte der Kläger mit Schriftsatz vom 20.10.2021 (Bl. 174/176 d.A.), beim Oberlandesgericht eingegangen am 21.10.2021 (Bl. 176 d.A.) Berufung ein, die er mit Schriftsatz vom 24.11.2021 (Bl. 183/228 d.A.) begründete.

11

In der Berufungsinstanz verfolgte die Klagepartei ihre erstinstanzlichen Ansprüche weiter. Das Erstgericht habe zu Unrecht angenommen, dass der Kläger keinen sittenwidrigen Verstoß durch eine unzulässige Abschalteinrichtung vorgetragen habe. Ein Schadensersatzanspruch wegen vorsätzlicher sittenwidriger Schädigung sei hier zu bejahen. Die Abschalteinrichtung erkenne, dass sich das Fahrzeug auf dem Prüfstand befinde. Die Software sei bewusst und gewollt so programmiert, dass die gesetzlichen Abgaswerte nur auf dem Prüfstand beachtet werden würden, im normalen Fahrbetrieb hingegen überschritten würden. Die Täuschung des Kraftfahrtbundesamtes sei objektiv sittenwidrig.

12

Nach Änderung der höchstrichterlichen Rechtsprechung hat die Klagepartei mit Schriftsatz vom 24.11.2023 ihren Antrag hilfsweise auf den Ersatz des sog. Differenzschadens nebst Zinsen und um zwei Feststellungsanträge erweitert.

13

Der Kläger beantragt daher zuletzt (Bl. 183/184 d.A.; Bl. 284/285 d.A.):

1. Die Beklagte wird verurteilt, an den Kläger einen Betrag in Höhe von 24.792,12 € abzüglich einer im Termin zu bestimmenden Nutzungsentschädigung nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 03.12.2020 Zug um Zug gegen Übergabe und Rückübereignung des Fahrzeugs Daimler E350 CDI Coupe, ... zu zahlen.

2. Es wird festgestellt, dass sich die Beklagte mit der Rücknahme des im Klageantrag zu 1) genannten Fahrzeugs im Annahmeverzug befindet.

3. Es wird festgestellt, dass die Beklagte verpflichtet ist, dem Kläger Schadensersatz zu bezahlen für Schäden, die aus der Manipulation des unter Ziffer 1 genannten Fahrzeugs resultieren.

4. Die Beklagte wird verurteilt, den Kläger von den Kosten der außergerichtlichen Rechtsverfolgung in Höhe von 2.025,36 € freizustellen.

Für den Fall, dass das erkennende Gericht nicht von einer prüfstandserkennenden oder prüfstandsoptimierten Wirkweise der Motorsteuerungssoftware ausgehen sollte, beantragt der Kläger hilfsweise zum Antrag zu 1):

Die Beklagte wird verurteilt, an den Kläger einen Betrag in Höhe von 4.050,- € (15 % des gezahlten Kaufpreises) abzüglich Nutzungsvorteile, welche in das Ermessen des Gerichts gestellt werden, nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz ab Rechtshängigkeit zu zahlen.

Für den Fall, dass der Antrag zu 1. dem Grunde nach Erfolg hat, wird beantragt:

Es wird festgestellt, dass die Beklagte verpflichtet ist, dem Kläger sämtliche Schäden (wie etwa Folgeschäden, die durch ein mögliches Update hervorgerufen werden) zu ersetzen, die daraus resultieren, dass das streitgegenständliche Fahrzeug mit einer unzulässigen Abschalteneinrichtung versehen war; beziehungsweise wird hilfsweise festgestellt, dass die Beklagte verpflichtet ist, dem Kläger im Falle einer behördlichen Betriebsuntersagung oder nicht unwesentlichen Betriebsbeschränkung des streitgegenständlichen Fahrzeugs (FIN: ...) – die daraus resultiert, dass das streitgegenständliche Fahrzeug mit einer unzulässigen Abschalteneinrichtung versehen war – eine Abhilfemaßnahme kostenfrei und unverzüglich anzubieten, mit welcher die behördliche Maßnahme beseitigt wird.

14

Die Beklagte beantragt (Bl. 180/181 d.A.).

Zurückweisung der Berufung.

15

Die Beklagte verteidigt das Ersturteil.

16

Der Senat hat am 23.01.2024 mündlich verhandelt. Hinsichtlich des Ergebnisses wird auf das Protokoll vom 23.01.2024 (Bl. 371/373 d.A.) Bezug genommen.

17

Im übrigen wird zur Ergänzung auf die im Berufungsrechtszug gewechselten Schriftsätze der Parteien nebst Anlagen sowie die sonstigen Aktenbestandteile verwiesen.

II.

18

Die zulässige Berufung des Klägers ist unbegründet.

19

1. Der Hauptantrag zu 1) auf Ersatz des sog. großen Schadens ist unbegründet.

20

Ein Schadensersatzanspruch nach §§ 826, 31 BGB steht dem Kläger nicht zu (vgl. BGH, Urteil vom 16.01.2023, Az. Via ZR 1136/22).

21

In Bezug auf das Thermofenster sind keine hinreichenden Anhaltspunkte ersichtlich, dass die für die Beklagte verantwortlich handelnden Personen bei der Entwicklung und/oder Verwendung der

temperaturabhängigen Steuerung des Emissionskontrollsystems in dem Bewusstsein handelten, eine unzulässige Abschaltvorrichtung zu verwenden, und den darin liegenden Gesetzesverstoß billigend in Kauf nahmen (vgl. BGH, Beschluss vom 19. Januar 2021 – VI ZR 433/19, juris Rn. 16; Beschluss vom 9. März 2021 – VI ZR 889/20, juris Rn. 25; Urteil vom 13. Juli 2021 – VI ZR 128/20, juris Rn. 13; Urteil vom 16. September 2021 – VII ZR 286/20, juris).

22

In Bezug auf die von dem Kläger geltend gemachte Funktion der „Kühlmittelsolltemperatur-Regelung“ gibt es keine greifbaren Anhaltspunkte, dass die für die Beklagte tätigen Personen sittenwidrig handelten. Der Kläger stellt im Hinblick auf die KSR nicht in Abrede, dass diese auch im Realbetrieb aktiv ist, wenn dort dieselben Bedingungen herrschen. Damit ist eine prüfstandsbezogene Abschaltvorrichtung nicht schlüssig vorgetragen. Ein Indikator für ein sittenwidriges Verhalten fehlt (BGH, Beschluss vom 05.09.2022, Az. VI ZR 51/21, Rn 9 nach juris). Auch eine zeitliche Begrenzung der KSR ändert nichts daran, dass sie sich auf den Prüfstand- und Straßenbetrieb des Fahrzeugs dem Grunde nach gleichermaßen auswirkt. Selbst wenn sie sich nur innerhalb eines kurzen Zeitraums auswirken sollte, lässt sich dem keine Prüfstandsbezogenheit entnehmen (BGH, Beschluss vom 29.09.2021, Az. VII ZR 126/21, Rn 17 nach juris; OLG Stuttgart, Urteil vom 29.11.2023, Az. 22 U 261/22, Rn 44 nach juris).

23

In Bezug auf die von dem Kläger geltend gemachten Funktionen „Bit 13, Bit 14, Bit 15“ und „Slipguard“ (SS vom 24.11.2021, S. 24, Band II, Bl. 206 d.A.; S. 34, Bl. 216 d.A.) ist zwischen den Parteien unstreitig, dass eine weitere Abgasreinigung über eine Abgasnachbehandlung in Form der Selective Catalytic Reduction (SCR) im streitgegenständlichen Fahrzeug nicht zum Einsatz kommt. Die Beklagte hat substantiiert vorgetragen (SS vom 28.05.2021, S. 8, Band I, Bl. 144 d.A., S. 12, Bl. 148 d.A.), dass die genannten Funktionen „Bit 13, Bit 14, Bit 15“ und „Slipguard“ nur im Zusammenhang mit der Dosierung von „AdBlue“ stehen, die wiederum ausschließlich bei der Abgasnachbehandlung mittels eines SCR-Katalysators verwendet wird. Diesem Vortrag ist der Kläger nicht entgegen getreten, so dass er als zugestanden anzusehen ist, § 138 Abs. 3 ZPO.

24

2. Die Hauptanträge zu 2) bis zu 4) auf Feststellung des Annahmeverzuges, der Verpflichtung zur Zahlung von Schadensersatz in Zusammenhang mit der Manipulation des Fahrzeugs und die Freistellung von Kosten der außergerichtlichen Rechtsverfolgung sind unbegründet. Mangels Rückabwicklungsanspruch befindet sich die Beklagte mit diesem nicht in Annahmeverzug, ist die Beklagte nicht zu weiterem Schadensersatz oder der Freistellung von außergerichtlichen Rechtsverfolgungskosten verpflichtet.

25

3. Der Hilfsantrag zu 1) ist unbegründet.

26

Der Kläger hat auch keinen Anspruch auf Ersatz des Differenzschadens gemäß § 823 Abs. 2 BGB in Verbindung mit § 6 Abs. 1, § 27 Abs. 1 EG-FGV.

27

Der BGH hat mit Urteil vom 26. Juni 2023 – VIa ZR 335/21 – entschieden, dass dem Käufer, dessen Fahrzeug mit einer unzulässigen Abschaltvorrichtung im Sinne des Art. 5 der Verordnung (EG) Nr. 715/2007 ausgestattet ist, ein Anspruch auf den Differenzschaden nach § 823 Abs. 2 BGB in Verbindung mit § 6 Abs. 1, § 27 Abs. 1 EG-FGV zustehen kann. Dieser Anspruch knüpft an die Pflicht des Fahrzeugherstellers an, eine zutreffende Übereinstimmungsbescheinigung auszustellen. Das unionsrechtlich geschützte Interesse, durch den Abschluss eines Kaufvertrags über ein Kraftfahrzeug nicht wegen eines Verstoßes des Fahrzeugherstellers gegen das europäische Abgasrecht eine Vermögenseinbuße im Sinne der Differenzhypothese zu erleiden, ist von § 823 Abs. 2 BGB in Verbindung mit § 6 Abs. 1, § 27 Abs. 1 EG-FGV geschützt.

28

Die Voraussetzungen eines solchen Schadensersatzanspruchs liegen zwar zunächst vor:

1. Verstoß gegen ein Schutzgesetz

29

Die Beklagte hat als Herstellerin des Fahrzeugs für dieses eine unzutreffende Übereinstimmungsbescheinigung ausgestellt und damit gegen die Schutzgesetze § 6 Abs. 1, § 27 Abs. 1 EG-FGV verstoßen.

30

Unzutreffend ist eine Übereinstimmungsbescheinigung, wenn das betreffende Kraftfahrzeug mit einer gemäß Art. 5 Abs. 2 der Verordnung (EG) Nr. 715/2007 unzulässigen Abschalteinrichtung ausgerüstet ist (BGH, a.a.O., juris Rn. 34). Im streitgegenständlichen Fahrzeug ist eine solche unzulässige Abschalteinrichtung in Form eines Thermofensters verbaut.

a) Abschalteinrichtung

31

Der Begriff der Abschalteinrichtung ist in Art. 3 Nr. 10 der Verordnung (EG) Nr. 715/2007 definiert.

32

aa) „Abschalteinrichtung“ ist danach ein Konstruktionsteil, das die Temperatur, die Fahrzeuggeschwindigkeit, die Motordrehzahl (UpM), 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.

33

Abzustellen ist dabei auf die Verwendungen des Fahrzeugs unter Fahrbedingungen, wie sie im gesamten Unionsgebiet üblich sind (BGH, a.a.O., juris Rn. 50). Eine Grenzwertkausalität ist dabei nicht von Bedeutung (BGH, a.a.O., juris Rn. 51).

34

bb) Eine Abschalteinrichtung in diesem Sinne liegt hier in Form des Thermofensters vor. Unstreitig verfügt das Fahrzeug über eine Abgasrückführung, die in Abhängigkeit von der Temperatur erfolgt, so dass ein Konstruktionsteil, das die Temperatur ermittelt, um die Funktion eines Teils des Emissionskontrollsystems zu verändern, vorliegt.

35

Hierdurch wird die Wirksamkeit des Emissionskontrollsystems unter Bedingungen, die bei normalem Fahrzeugbetrieb vernünftigerweise zu erwarten sind, verringert.

36

Ausweislich des Tatbestands des Ersturteils ist die konkrete Ausgestaltung des Thermofensters des streitgegenständlichen Fahrzeugs unstreitig, so dass das Berufungsgericht davon ausgeht, dass die Abgasrückführung nur in einem Temperaturbereich zwischen +20°C und +30°C zu 100 % vorgenommen werde. Bei kühleren Temperaturen als + 20°C und überdurchschnittlich wärmeren Temperaturen (über +30°C) wird die Abgasrückführung zurückgefahren. Da in Deutschland und Europa durchschnittlich Temperaturen unter 20°C herrschen, wird die Abgasrückführung faktisch dauerhaft reduziert, was zu einer Verschlechterung der Emissionswerte führt.

37

cc) Eine weitere Abschalteinrichtung im o.g. Sinne lag hier zum Zeitpunkt des Kaufvertrages in Form einer KSR vor. Aufgrund des Tatbestands des Ersturteils geht der Senat davon aus, dass der Schadstoffausstoß durch die Temperatur des Kühlmittels beeinflusst wird, die über ein Thermostat unter bestimmten, im einzelnen streitigen Bedingungen (jedenfalls ausschließlich bei Kaltstart) auf niedrigere Temperaturen begrenzt ist, womit der Schadstoffausstoß vermindert wird. Da dieses durch die KSR optimierte Emissionsverhalten jedenfalls während der Warmlaufphase des Motors aufrechterhalten werden kann, aber auch Fahrten jenseits der Warmlaufphase bei normalem Fahrzeugbetrieb vernünftigerweise zu erwarten sind, handelt es sich bei der KSR um eine Abschalteinrichtung.

b) Unzulässigkeit der Abschalteinrichtung

38

Die Verwendung einer Abschaltvorrichtung, die – wie hier – die Wirkung von Emissionskontrollsystemen verringert, ist grundsätzlich unzulässig, Art. 5 Abs. 2 S. 1 der Verordnung (EG) Nr. 715/2007. Eine ausnahmsweise Zulässigkeit der Verwendung der Abschaltvorrichtung ist nicht gegeben, insbesondere nicht nach Art. 5 Abs. 2 S. 1 a) der Verordnung (EG) Nr. 715/2007, wonach die Verwendung zulässig ist, wenn die Vorrichtung notwendig ist, um den Motor vor Beschädigung oder Unfall zu schützen und um den sicheren Betrieb des Fahrzeugs zu gewährleisten.

39

aa) Ein Thermofenster wie das streitgegenständliche kann nur dann ausnahmsweise zulässig sein, wenn nachgewiesen ist, dass diese Vorrichtung ausschließlich notwendig ist, um die durch eine Fehlfunktion eines Bauteils des Abgasrückführungssystems verursachten unmittelbaren Risiken für den Motor in Form von Beschädigung oder Unfall zu vermeiden, und diese Risiken derart schwer wiegen, dass sie eine konkrete Gefahr beim Betrieb des mit dieser Vorrichtung ausgestatteten Fahrzeugs darstellen (vgl. EuGH, Urteil vom 21. März 2023 – C-100/21, juris Rn. 64).

40

„Notwendig“ im Sinne dieser Bestimmung ist eine Abschaltvorrichtung, wenn zum Zeitpunkt der EG-Typengenehmigung dieser Vorrichtung oder des mit ihr ausgestatteten Fahrzeugs keine andere technische Lösung unmittelbare Risiken für den Motor in Form von Beschädigung oder Unfall, die beim Fahren eines Fahrzeugs eine konkrete Gefahr hervorrufen, abwenden kann (EuGH, Urteil vom 14. Juli 2022 – C-134/20, juris Rn. 81).

41

Außerdem hat der Europäische Gerichtshof in Bezug auf ein Thermofenster entschieden, dass es zwar zutrifft, dass Art. 5 Abs. 2 S. 2 a) der Verordnung (EG) Nr. 715/2007 formell keine weiteren Voraussetzungen für die Anwendung der in dieser Bestimmung vorgesehenen Ausnahme vorschreibt. Doch würde eine Abschaltvorrichtung, die unter normalen Betriebsbedingungen den überwiegenden Teil des Jahres funktionieren müsste, damit der Motor vor Beschädigung oder Unfall geschützt und der sichere Betrieb des Fahrzeugs gewährleistet wäre, offensichtlich dem mit dieser Verordnung verfolgten Ziel, von dem diese Bestimmung nur unter ganz besonderen Umständen eine Abweichung zulässt, zuwiderlaufen und zu einer unverhältnismäßigen Beeinträchtigung des Grundsatzes der Begrenzung der NO_x-Emissionen von Fahrzeugen führen (vgl. EuGH, Urteil vom 21. März 2023, a.a.O., juris Rn. 65).

42

Die Darlegungs- und Beweislast für die Zulässigkeit der Abschaltvorrichtung obliegt der Beklagten (BGH, Urteil vom 26. Juni 2023, a.a.O., juris Rn. 54).

43

bb) Nach diesen Maßstäben hat die Beklagte die Zulässigkeit der Abschaltvorrichtung Thermofenster schon nicht ausreichend dargelegt.

44

Die Beklagte beruft sich zwar insbesondere darauf, dass das Thermofenster dem Motorschutz diene, was in Fachkreisen anerkannt sei, sowie auf die Gefahr von Bauteil- und Motorschäden durch unerwünschte Ablagerungen (SS vom 30.03.2021, S. 15, Band I, Bl. 62 d.A.). Dieser Vortrag genügt jedoch nicht den Anforderungen der höchstrichterlichen Rechtsprechung.

45

(1) Die Beklagte behauptet schon nicht, dass keine andere technische Lösung im Zeitpunkt der EG-Typengenehmigung vorhanden gewesen sei. Sie verweist nur auf die Anerkennung in Fachkreisen, dass die Abgasrückführung unter Berücksichtigung der Rahmenbedingungen zu steuern sei, um einerseits eine hinreichende Emissionsreduktion zu erzielen und andererseits den sicheren Betrieb des Systems zu gewährleisten (Schriftsatz vom SS vom 30.03.2021, S. 15, Band I, Bl. 62 d.A.). Damit fehlt das Kriterium der „Notwendigkeit“ und die Verwendung des Thermofensters ist schon deshalb unzulässig.

46

(2) Unabhängig hiervon behauptet die Beklagte ebenfalls nicht, dass das Thermofenster „ausschließlich“ notwendig gewesen sei.

47

(3) Zudem funktioniert die Abschalteinrichtung nach der hier streitgegenständlichen Ausgestaltung unter normalen Betriebsbedingungen den überwiegenden Teil des Jahres, denn eine Temperatur von +20°C bis +30°C ist im gesamten Unionsgebiet nicht überwiegend üblich, was auch die Beklagte nicht behauptet. Damit steht auch dieser Aspekt der Zulässigkeit des Thermofensters entgegen. Die bloß pauschale Behauptung der Beklagten, die Reduzierung der Abgasrückführung des streitgegenständlichen Fahrzeugs erfolge schrittweise bei Temperaturen unterhalb von +10°C (Schriftsatz vom 30.03.2021, S. 16, Band I, Bl. 63 d.A.; Schriftsatz vom 28.05.2021, S. 8, Band I, Bl. 144 d.A.) ist nicht geeignet, dies zu entkräften.

48

(4) Zudem trägt die Beklagte nach Ansicht des Senats auch deshalb unzureichend vor, weil sie nicht konkret ausführt, weshalb das hier verbaute Thermofenster notwendig war.

49

Die Beklagte behauptet zwar, dass das Thermofenster in seiner konkreten Ausgestaltung den regulatorischen Anforderungen entspreche, geht aber nicht näher darauf ein, weshalb gerade die hiesige Ausgestaltung (schrittweise Reduzierung der Abgasrückführung unterhalb von +10°C) notwendig gewesen sein soll (SS vom 30.03.2021, S. 16, Band I, Bl. 63 d.A.; SS vom 25.05.2021, S. 8, Band I, Bl. 144 d.A.). Ein bloß pauschales Vorbringen, in dem Fahrzeug sei keine unzulässige Abschalteinrichtung verbaut, genügt nicht der Darlegungslast (BGH, a.a.O., juris Rn. 54). Ebenso genügt es nicht, wenn generell zum Thermofenster vorgetragen wird ohne darzulegen, warum im konkreten Einzelfall die angewendete Bedatung notwendig war. Schließlich ist es ohne Weiteres denkbar, dass eine bestimmte Ausgestaltung des Thermofensters notwendig, eine andere aber nicht notwendig war.

50

cc) Auch die Abschalteinrichtung der KSR ist unzulässig im Sinne von Art. 5 Abs. 2 S. 1 VO (EG) Nr. 715/2007. Der von der Beklagten aufgeführte Grund für den Einsatz der KSR sei die Reduktion der Emissionen beim Kaltstart (SS vom 30.03.2021, S. 16, Band I, Bl. 63 d.A.; SS vom 28.05.2021, S. 10, Band I, Bl. 146 d.A.). Dieser Grund erfüllt nicht die Ausnahmetatbestandsvoraussetzungen des Art. 5 Abs. 2 S. 2 lit. A VO (EG) Nr. 715/2007 (OLG Stuttgart, Urteil vom 19.10.2023, Az. 24 U 103/22; OLG Stuttgart, Urteil vom 29.11.2023, Az. 22 U 261/21, Rn 75 nach juris). Es fehlt die Darlegung einer Kausalkette, dass ohne KSR beim Kaltstart und/oder beim Fahren eine konkrete Gefahr bzw. unmittelbare Risiken für den Motor hervorgerufen werden. Weiterhin fehlt Vortrag dazu, dass zum Zeitpunkt der Erteilung der EG-Typengenehmigung keine andere technische Lösung als die KSR zur Verfügung gestanden hatte, um Gefahren für den Motor beim Kaltstart zu verhindern.

2. Erwerbskausalität

51

Die Erwerbskausalität ist gegeben. Der Kläger kann sich auf den Erfahrungssatz stützen, dass er den Kaufvertrag zu diesem Kaufpreis nicht geschlossen hätte (BGH, a.a.O., juris Rn. 55). Dem ist die Beklagte nicht entgegengetreten.

3. Verschulden

52

Die Beklagte hat hinsichtlich des Einsatzes dieser unzulässigen Abschalteinrichtung auch schuldhaft gehandelt. Gemäß § 823 Abs. 2 BGB in Verbindung mit § 6 Abs. 1, § 27 Abs. 1 EG-FGV genügt ein fahrlässiger Verstoß für die Haftung.

53

Gewöhnlich trifft den Anspruchsteller für das Verschulden die Darlegungs- und Beweislast. Jedoch muss derjenige, der objektiv ein Schutzgesetz verletzt hat, Umstände darlegen und erforderlichenfalls beweisen, die geeignet sind, die daraus folgende Annahme seines Verschuldens in Form einer Fahrlässigkeit auszuräumen. Insofern besteht eine von der objektiven Schutzgesetzverletzung ausgehende Verschuldensvermutung (BGH, a.a.O., juris Rn. 59). Weil das gesetzliche Schuldverhältnis gemäß § 823 Abs. 2 BGB in Verbindung mit § 6 Abs. 1, § 27 Abs. 1 EG-FGV erst mit dem Abschluss des Kaufvertrags über das mit einer unzulässigen Abschalteinrichtung versehene Fahrzeug entsteht, muss der Vorwurf einer zumindest fahrlässigen Inverkehrgabe einer unzutreffenden Übereinstimmungsbescheinigung für diesen Zeitpunkt widerlegt werden (BGH, a.a.O., juris Rn. 61). Dies ist der Beklagten nicht gelungen.

54

Die Beklagte behauptet, der Ansicht gewesen zu sein, dass die verwendeten Thermofenster und die verwendete KSR zulässig gewesen seien. Damit trägt sie zu einem Irrtum vor, denn tatsächlich war die Verwendung jedenfalls des streitgegenständlichen Thermofensters und der KSR unzulässig. Entlastend wirkt ein solcher Irrtum nur, wenn es sich um einen unvermeidbaren Verbotsirrtum gehandelt hat (BGH, a.a.O., juris Rn. 63).

55

a) Der Fahrzeughersteller, der sich unter Berufung auf einen unvermeidbaren Verbotsirrtum entlasten will, muss sowohl den Verbotsirrtum als solchen als auch die Unvermeidbarkeit des Verbotsirrtums konkret darlegen und beweisen (BGH, a.a.O.).

56

Hinsichtlich des Verbotsirrtums muss der Fahrzeughersteller darlegen und beweisen, dass sich sämtliche seiner verfassungsmäßig berufenen Vertreter im Sinne des § 31 BGB über die Rechtmäßigkeit der vom Käufer dargelegten und erforderlichenfalls nachgewiesenen Abschalteinrichtung mit allen für die Prüfung nach Art. 5 Abs. 2 der Verordnung (EG) Nr. 715/2007 bedeutsamen Einzelheiten im maßgeblichen Zeitpunkt im Irrtum befanden oder im Falle einer Ressortaufteilung den damit verbundenen Pflichten genügten (BGH, Urteil vom 25. September 2023 – VIa ZR 1/23, juris Rn. 14).

57

Die Unvermeidbarkeit des konkret dargelegten und im Falle des Bestreitens des Geschädigten nachgewiesenen Verbotsirrtums kann der Fahrzeughersteller zum einen mittels einer tatsächlich erteilten EG-Typgenehmigung beweisen, wenn diese die verwendete unzulässige Abschalteinrichtung in allen ihren Einzelheiten umfasst. Gelingt der Nachweis auf diesem Wege nicht, kann der Fahrzeughersteller zu seiner Entlastung zum anderen darlegen und erforderlichenfalls nachweisen, seine Rechtsauffassung von Art. 5 Abs. 2 der Verordnung (EG) Nr. 715/2007 wäre bei entsprechender Nachfrage von der für die EG-Typgenehmigung oder für anschließende Maßnahmen zuständigen Behörde bestätigt worden (hypothetische Genehmigung). Eine Entlastung auf dieser Grundlage setzt allerdings voraus, dass der Fahrzeughersteller nicht nur allgemein darlegt, dass die Behörde Abschalteinrichtungen der verwendeten Art genehmigt hätte, sondern dass ihm dies auch unter Berücksichtigung der konkret verwendeten Abschalteinrichtung in allen für die Beurteilung nach Art. 5 Abs. 2 der Verordnung (EG) Nr. 715/2007 maßgebenden Einzelheiten gelingt. Beruft sich der Fahrzeughersteller auf selbst angestellte Erwägungen, ist ihm eine Entlastung verwehrt, wenn mit Rücksicht auf die konkret verwendete Abschalteinrichtung eine nicht im Sinne des Fahrzeugherstellers geklärte Rechtslage hinreichend Anlass zur Einholung eines Rechtsrats bot. Eine Entlastung allein mit Rücksicht auf den Umstand, dass der Verwendung von Thermofenstern ein allgemeiner Industriestandard zugrunde lag oder dass jedes Kraftfahrzeug mit einem Dieselmotor mit einer Abgasrückführung über ein Thermofenster verfügt, kommt dagegen nach dem gesetzlichen Fahrlässigkeitsmaßstab nicht in Betracht (vgl. BGH, Urteil vom 26. Juni 2023, a.a.O., juris Rn. 64 ff.).

58

b) Nach diesen Maßstäben kann sich die Beklagte nicht entlasten.

59

Dies scheitert schon daran, dass die Beklagte den Verbotsirrtum nicht ausreichend konkret dargelegt hat. Die Beklagte trägt nur allgemein dazu vor, dass „die Leiter der Abteilungen Vertriebsplanung PKW und Fahrzeugdokumentation als die Ausstellenden der Übereinstimmungsbescheinigung“ davon ausgingen, eine zutreffende Übereinstimmungsbescheinigung in den Verkehr zu geben (SS vom 24.11.2023, S. 24, Band 2, Bl. 336 d.A.). Diese Ausführungen genügen schon deshalb nicht, da aus dem Vortrag der Beklagten nicht ersichtlich ist, um welche Personen es sich bei den Abteilungsleitern handelt und ob diese als verfassungsmäßig berufene Vertreter der Beklagten im Sinne des § 31 BGB handelten. Aus der bloßen Abteilungsleiterstellung kann dies ohne weiteren Vortrag zur Betriebsstruktur der Beklagten nicht beurteilt werden. Auch ist aus dem Vortrag der Beklagten nicht ersichtlich, ob sich dieser Irrtum auf alle für die Prüfung nach Art. 5 Abs. 2 der Verordnung (EG) Nr. 715/2007 bedeutsamen Einzelheiten im maßgeblichen Zeitpunkt bezog.

60

Hinzu kommt, dass die Beklagte das Bestehen eines Verbotsirrtums auch nicht bewiesen hat. Der Kläger hat bereits erstinstanzlich vorgetragen, dass der Vorstand bzw. dessen Repräsentanten vorsätzlich handelten (SS vom 29.12.2020, S. 26, Band 1, Bl. 26 d.A.; SS vom 13.04.2021, S. 35 ff, Band I, Bl. 118 ff d.A.). Auch wenn dieser Vortrag ohne Darlegung greifbarer Anhaltspunkte für seine Richtigkeit erfolgte, liegt darin ein wirksames Bestreiten des gegenteiligen Vortrags der Beklagten, ein Beweisangebot wurde von der beweispflichtigen Beklagten nicht erbracht.

61

Unabhängig hiervon hat die Beklagte auch die Unvermeidbarkeit des Verbotsirrtums nicht ausreichend dargelegt.

62

Zu einer hypothetischen Genehmigung der zuständigen Behörde hat die Beklagte nicht ausreichend vorgetragen. Denn eine Entlastung auf dieser Grundlage setzt voraus, dass der Fahrzeughersteller nicht nur allgemein darlegt, dass die Behörde Abschalteinrichtungen der verwendeten Art genehmigt hätte, sondern dass ihm dies auch unter Berücksichtigung der konkret verwendeten Abschalteinrichtung in allen für die Beurteilung nach Art. 5 Abs. 2 der Verordnung (EG) Nr. 715/2007 maßgebenden Einzelheiten gelingt (BGH, a.a.O., juris Rn. 66). Die Beklagte legt die Einzelheiten des Thermofensters in diesem Rechtsstreit jedoch nicht offen, so dass auch nicht nachvollziehbar ist, ob das KBA die im streitgegenständlichen Fahrzeug enthaltene Abschalteinrichtung genehmigt hätte (vgl. OLG Bamberg, Urteil vom 01. August 2023 – 5 U 172/22, Anlage KU1; OLG Dresden, Urteil vom 28. August 2023 – 5a U 802/23, BeckRS 2023, 22299, Rn. 45).

4. Schaden

63

4.1 Der Kläger hat einen Differenzschaden in Höhe von 2.700,- € (= 10 % des Kaufpreises in Höhe von 27.000,00 €) erlitten, der jedoch im Wege der Vorteilsanrechnung aufgezehrt wird.

64

Der Schaden des Käufers liegt in dem Betrag, um den er den Kaufgegenstand mit Rücksicht auf die mit der unzulässigen Abschalteinrichtung verbundenen Risiken zu teuer erworben hat (BGH, a.a.O., juris Rn. 40).

65

Die Höhe dieses Schadens unterliegt der gerichtlichen Schätzung nach § 287 Abs. 1 S. 1 ZPO und bewegt sich nach der Rechtsprechung des BGH im Bereich von 5 % bis 15 % des gezahlten Kaufpreises (vgl. BGH, a.a.O., juris Rn. 72 ff.). Bei der Schätzung des Schadens innerhalb eines Rahmens zwischen 5 % und 15 % hat der Tatrichter bei der Bestimmung des objektiven Werts des Fahrzeugs im Zeitpunkt des Vertragsschlusses die mit der Verwendung einer unzulässigen Abschalteinrichtung verbundenen Nachteile, insbesondere das Risiko behördlicher Anordnungen, zu berücksichtigen. Weiter hat er den Umfang in Betracht kommender Betriebsbeschränkungen und die Eintrittswahrscheinlichkeit solcher Beschränkungen mit Rücksicht auf die Einzelfallumstände in den Blick zu nehmen. Maßgebend ist dabei eine auf den Zeitpunkt des Vertragsschlusses bezogene Betrachtung. Über diese originär schadensrechtlichen Gesichtspunkte hinaus hat der Tatrichter das Gewicht des der Haftung zugrundeliegenden konkreten Rechtsverstoßes für das unionsrechtliche Ziel der Einhaltung gewisser Emissionsgrenzwerte sowie den Grad des Verschuldens nach Maßgabe der Umstände des zu beurteilenden Einzelfalls zu bewerten, um so dem Gebot einer verhältnismäßigen Sanktionierung auch bezogen auf den zu würdigenden Einzelfall Rechnung zu tragen. Zur Einholung eines Sachverständigengutachtens ist der Tatrichter bei seiner Schätzung innerhalb des genannten Rahmens nicht gehalten (BGH, a.a.O., juris Rn. 76 ff.).

66

Unter Zugrundelegung des im Zeitpunkt des Vertragsschlusses vom 02.05.2016 als nicht unerheblich zu bewertenden Risikos, dass das Fahrzeug aufgrund der als unstreitig zu betrachtenden Bedatung des Thermofensters und / oder der KSR zurückgerufen und mit einer Nebenbestimmung zur Typengenehmigung belegt wird, aber auch unter Berücksichtigung des erheblichen Gewichts einer solchen Maßnahme, die im Falle der Unmöglichkeit der Erfüllung einer Nebenbestimmung bis zur Betriebsuntersagung bzw. Stilllegung hätte führen können, erachtet es der Senat als geboten, den Schaden vorliegend mit 10 % des Kaufpreises zu bemessen. Dies auch unter Berücksichtigung der Umstände, dass einerseits der Beklagten nur einfache Fahrlässigkeit zur Last gelegt werden kann, andererseits aber dem

Verstoß der Beklagten vor dem Hintergrund des unionsrechtlichen Ziels der Einhaltung bestimmter Emissionsgrenzwerte ein nicht unerhebliches Gewicht beizumessen ist (vgl. OLG Bamberg, a.a.O.).

67

4.3 Der Anspruch auf Ersatz des Differenzschadens entfällt jedoch im Wege der Vorteilsausgleichung.

4.3.1 Anrechnung der gezogenen Nutzungen und des Restwerts

68

Eine Anrechnung der gezogenen Nutzungen und des Restwerts kommt vorliegend zwar nicht in Betracht.

69

Der Senat legt seiner Entscheidung folgende Rechtssätze zugrunde:

- Der Käufer muss sich die gefahrenen Kilometer als Nutzungsvorteil anrechnen lassen (BGH, Urteil vom 25. Mai 2020 – VI ZR 252/19). Der Schaden des Käufers kann dabei durch die im Wege des Vorteilsausgleichs erfolgende Anrechnung gezogener Nutzungen vollständig aufgezehrt werden (BGH, Urteil vom 30. Juli 2020 – VI ZR 354/19).
- Einem etwaig geschädigten Käufer kann bei einem Anspruch gemäß § 823 Abs. 2 BGB i.V.m. § 6 Abs. 1, § 27 Abs. 1 EG-FGV Schadensersatz in Form des Differenzschadens zustehen, wobei er das Auto behält und als Schaden den Betrag ersetzt verlangt, um den er den Kaufgegenstand – gemessen an dem objektiven Wert von Leistung und Gegenleistung im Zeitpunkt des Vertragsschlusses – zu teuer erworben hat (BGH, Urteil vom 24.01.2022 – VIa ZR 100/21, Rn. 9; Urteil vom 06.07.2021 – VI ZR 40/20, Rn. 12 ff; BGH, BGH, Urteil vom 26.06.2023 – VIa ZR 335/21, Rn 72 ff).
- Ausgangspunkt für die Berechnung dessen, was ein Käufer als Differenzschaden ersetzt verlangen kann, ist eine Schätzung dieses Minderwerts bzw. des objektiven Werts des Fahrzeugs im Zeitpunkt des Vertragsschlusses gemäß § 287 ZPO, wobei auch die mit einer etwaigen unzulässigen Abschalteinrichtung verbundenen Nachteile, insbesondere das Risiko dem Kläger nachteiliger behördlicher Anordnungen zu berücksichtigen sind (BGH, Urteil vom 24.01.2022 – VIa ZR 100/21, Rn. 15; Urteil vom 06.07.2021 – VI ZR 40/20, Rn. 23, BGH, Urteil vom 26.06.2023 – VIa ZR 335/21, Rn 76).
- Die grundsätzliche Maßgeblichkeit des Vergleichs der Werte von Leistung und Gegenleistung im Zeitpunkt des Vertragsschlusses schließt jedoch eine schadensmindernde Berücksichtigung später eintretender Umstände im Rahmen der Vorteilsausgleichung nicht aus (BGH, Urteil vom 24.01.2022 – VIa ZR 100/21, Rn. 16 ff.; Urteil vom 06.07.2021 – VI ZR 40/20, Rn. 23 f; BGH, Urteil vom 26.06.2023 – VIa ZR 335/21, Rn 80). Dabei sind Nutzungsvorteile und der Restwert des Fahrzeugs erst dann und nur insoweit schadensmindernd anzurechnen, als sie den tatsächlichen Wert des Fahrzeugs bei Abschluss des Kaufvertrages (gezahlter Kaufpreis abzüglich Differenzschaden) übersteigen.

Unter Berücksichtigung dieser Rechtssätze ergibt sich hier folgendes:

70

Nutzungsvorteile und der Restwert des Fahrzeugs übersteigen den Wert des Fahrzeugs bei Abschluss des Kaufvertrages (gezahlter Kaufpreis abzüglich Differenzschaden) in Höhe von 24.300,- € vorliegend nicht. Ausgehend vom aktuellen unstreitigen Kilometerstand von 84.741 km und einer Gesamtlauflistung von 250.000 km, die der Senat in ständiger Rechtsprechung für Fahrzeuge wie das streitgegenständliche der Berechnung zugrunde legt, ergibt sich eine Nutzungsentschädigung in Höhe von 5.752,41 €. Den Restwert schätzt der Senat auf Basis einer aktuellen SilverDAT-Auskunft auf den sich hieraus ergebenden Händlereinkaufswert in Höhe von 12.395,- €. Bei Addition dieser Werte (5.752,41 € + 12.395,- €) ergibt sich ein Betrag in Höhe von 18.147,41€, der den Wert des Fahrzeugs bei Abschluss des Kaufvertrags von 24.300,- € nicht erreicht, so dass eine Anrechnung ausscheidet.

4.3.2 Vorteilsausgleich Software-Update

71

Der Differenzschaden wird im vorliegenden Einzelfall jedoch durch das aufgespielte Software-Update aufgezehrt.

72

Der Senat legt seiner Entscheidung neben den oben bereits aufgeführten Rechtssätzen noch folgende höchststrichterlichen Rechtssätze zugrunde:

- Ein Software-Update kann, ebenso wie gezogene Nutzungen und der Restwert, ein dem Schadensfall zeitlich nachgelagerter Vorteil sein (BGH, Urteil vom 24.1.2022 – VIa ZR 100/21, a.a.O., Rn. 18). Es lässt den Schaden als solchen nicht entfallen, da dieser im Zeitpunkt des Kaufes bereits eingetreten ist und spätere Wertverbesserungen nur im Rahmen des Vorteilsausgleichs zu berücksichtigen sind (BGH, a.a.O., Rn. 42; BGH, Urteil vom 19.12.2022 – VIa ZR 371/21 – BeckRS 2022, 41431, Rn. 11).
- Beruft sich der Fahrzeughersteller auf die nachträgliche Verbesserung des Fahrzeugs durch ein Software-Update, kann damit eine Schadensminderung indessen nur verbunden sein, wenn und soweit das Software-Update die Gefahr von Betriebsbeschränkungen signifikant reduziert. Ein Strafschadensersatz, der weder durch den Grundsatz des vollständigen Ersatzes des erlittenen Schadens noch durch den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit veranlasst ist, ist nicht gewollt (BGH, Urteil vom 26. Juni 2023, Az. VIa ZR 335/21, Rn. 80, juris; BGH, Urteil vom 10. Oktober 2022, Az. VIa ZR 542/21, Rn. 22, juris; BGH, Urteil vom 6. Juli 2021, Az. VI ZR 40/20, BGHZ 230, 224, Rn. 24; BGH, Urteil vom 20.07.2023, Az. III ZR 267/20, Rn 23, juris). Auch nach der Rechtsprechung des EuGH kommt es auf den durch die Verwendung der unzulässigen Abschaltvorrichtung tatsächlich entstandenen Schaden an. Die nationalen Gerichte sind befugt, dafür Sorge zu tragen, dass der Schutz der unionsrechtlich gewährleisteten Rechte nicht zu einer ungerechtfertigten Bereicherung der Anspruchsberechtigten führt (EuGH, Urteil vom 21. März 2023 – C-100/21 –, Rn. 89 ff., 94, juris).
- Die Bedatung des Thermofensters muss so erheblich ausgeweitet sein, dass die Abschaltvorrichtung bei „normalem Fahrzeugbetrieb“, d.h. bei Verwendung des Fahrzeugs unter Fahrbedingungen, wie sie im gesamten Unionsbetrieb üblich sind (EuGH, Urteil vom 14.07.2022, Az. C-128/20, Rn. 40, juris), nicht aktiv ist (OLG Hamm, Urteil 19.09.2023, Az. 4 U 119/22, Rn 4, juris). Die Abgasrückführung muss im normalen Fahrzeugbetrieb zu 100 % funktionieren, um eine Schadensaufzehrung zu begründen.
- Die Darlegungs- und Beweislast für die signifikante Reduzierung der Gefahr von Betriebsbeschränkungen oder Stilllegung auch durch ein von der Beklagten bislang nur angebotenes Software-Update obliegt der Beklagten (BGH, Urteil vom 20.07.2023, Az. III ZR 267/20, Rn 33, juris).

73

Unter Berücksichtigung dieser Rechtssätze hat die Beklagte die signifikante Reduktion der Gefahr von Betriebsbeschränkungen ausreichend dargelegt.

74

Die Beklagte hat konkret vorgetragen, dass das Software-Update auf das streitgegenständliche Fahrzeug am 04.05.2020 aufgespielt wurde (SS vom 30.03.2021, S. 19, Band I, Bl. 66 d.A.; SS vom 24.11.2023, S. 1, Band II, Bl. 313 d.A.). Durch das Software-Update ist die Kühlmittelsolltemperatur-Regelung vollständig entfernt worden und das Thermofenster auf Umgebungslufttemperaturen von -10°C bis + 40°C aufgeweitet worden (SS vom 24.11.2023, S. 1, Band II, Bl. 313 d.A.).

75

Diesem Vortrag ist die Klagepartei nicht, wie hier angesichts des substantiierten Tatsachenvortrags der Beklagten geboten (Zöller/Greger, ZPO, 34. Auflage, Rn. 8 a; BGH, NJW 2015, 468, 469) substantiiert entgegen getreten, so dass der Vortrag der Beklagten zum Aufspielen des Software-Updates als zugestanden anzusehen ist.

76

Der als zugestanden anzusehende Vortrag der vollständigen Entfernung der KSR und Aufweitung des Thermofensters durch das Software-Update führt nach Auffassung des Senats jedenfalls zu einer signifikanten Reduzierung der Gefahr von Betriebsbeschränkungen (so auch OLG Stuttgart, Urteil vom 29.11.2023, Az. 22 U 261/21, Rn 128 nach juris). Das Thermofenster, innerhalb dessen die AGR voll wirksam ist, erreicht nunmehr den Bereich der normalen Betriebsbedingungen wie sie im Gebiet der Europäischen Union üblich sind (EuGH, Urteil vom 14.07.2022, Az. C 128/20, Rn 40; BGH, Urteil vom

26.06.2023, Az. VI a ZR 335/21, Rn 50). Denn die streitgegenständliche Aufweitung des Thermofensters auf Umgebungslufttemperaturen von -10°C bis + 40°C deckt nach Auffassung des Senats jedenfalls den Bereich der im Unionsgebiet vernünftigerweise zu erwartenden Temperaturbedingungen – auch im Minusgradbereich – ausreichend ab. Mit tatsächlichen Anhaltspunkten unterlegte, unzulässige Abschalteinrichtungen sind in dem streitgegenständlichen Fahrzeug zum Schluss der mündlichen Verhandlung folglich nicht mehr verbaut, so dass die ursprünglich bestehende Stilllegungsgefahr auf Grundlage der getroffenen Feststellungen jedenfalls signifikant reduziert, wenn nicht sogar vollständig beseitigt ist. Der Schaden ist damit durch die weitere Vorteilsanrechnung entfallen.

77

4. Auch hinsichtlich der weiteren Hilfsanträge erweist sich die Berufung als unbegründet.

78

Der weitere Hilfsantrag auf Feststellung künftiger Vermögensschäden, die aus dem Einbau einer unzulässigen Abschalteinrichtung i.S.v. Art. 5 Abs. 2 EG-VO 715/2007 resultieren, ist unzulässig. § 823 Abs. 2 BGB in Verbindung mit §§ 6 Abs. 1, 27 Abs. 1 EG-FGV gewähren nach der höchstrichterlichen Rechtsprechung dem Käufer eines vom Dieselskandal betroffenen Fahrzeugs gegen den Fahrzeughersteller neben dem der Höhe nach auf 5 % bis 15 % des gezahlten Kaufpreises begrenzten Anspruch auf Ersatz des Differenzschadens keinen Anspruch auf Ersatz weiterer möglicher Vermögensnachteile (BGH, Urteil vom 16.10.2023, Az. VI a ZR 37/21, Rn 19). Für einen auf die Pflicht zum Ersatz solcher Vermögensnachteile gerichteten Feststellungsantrag besteht daher kein Feststellungsinteresse (BGH, a.a.O.).

79

Eine Verpflichtung zum Ersatz weiterer Schäden könnte sich allenfalls aus §§ 826, 31 BGB ergeben, der jedoch – wie dargelegt – nicht gegeben ist.

80

Der weitere Hilfsantrag auf Feststellung der Verpflichtung zum Angebot einer Maßnahme, mit welcher eine Betriebsbeschränkung oder Betriebsuntersagung beseitigt wird, ist ebenfalls unzulässig. Insbesondere ist eine derartige Maßnahme auf dem streitgegenständlichen Fahrzeug bereits aufgespielt.

III.

81

Die Kostenentscheidung beruht auf § 97 Abs. 1 ZPO.

82

Die Entscheidung zur vorläufigen Vollstreckbarkeit ergibt sich aus §§ 708 Nr. 10, 711 ZPO.

83

Die Voraussetzungen für eine Zulassung der Revision nach § 543 Abs. 2 ZPO liegen nicht vor. Die maßgeblichen Rechtsfragen sind durch höchstrichterliche Entscheidungen geklärt, die der Senat seinem Urteil zugrunde gelegt hat.