

Beglaubigte Abschrift

OBERLANDESGERICHT NAUMBURG



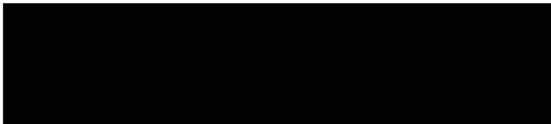
IM NAMEN DES VOLKES

URTEIL

8 U 8/20 OLG Naumburg
10 O 711/19 Landgericht Magdeburg

Verkündet am 18. September 2020
Wolf, JHS'in
als Urkundsbeamtin
der Geschäftsstelle

In dem Rechtsstreit



Kläger und Berufungskläger,

Prozessbevollmächtigte:

VON RUEDEN Partnerschaft von Rechtsanwälten, Leipziger Platz 9, 10117 Berlin,
Geschäftszeichen: 1369/19 MU43,

gegen

Daimler AG,
vertreten durch den Vorstand,
Mercedesstraße 137, 70327 Stuttgart,

Beklagte und Berufungsbeklagte,

Prozessbevollmächtigte:

Rechtsanwälte CMS Hasche Sigle, Schöttliestraße 8, 70597 Stuttgart,
Geschäftszeichen: 2020/04425,

hat der 8. Zivilsenat des Oberlandesgerichts Naumburg auf die mündliche Verhandlung vom 17.09.2020 durch den Vorsitzenden Richter am Oberlandesgericht Dr. Otparlik sowie die Richter am Oberlandesgericht Harms und Handke für Recht erkannt:

Auf die Berufung des Klägers wird das am 23.01.2020 verkündete Urteil des Landgerichts Magdeburg – 10 (O) 711/19 – abgeändert.

Die Beklagte wird verurteilt, an den Kläger 25.741,43 € zu zahlen, Zug um Zug gegen Übergabe und Übereignung des Fahrzeugs Mercedes-Benz GLK 220 CDI 4MATIC mit der Fahrzeugidentifikationsnummer [REDACTED] und an die ÖRAG Rechtsschutzversicherungs-AG, Hansaallee 199, 40549 Düsseldorf, zur Schadennummer [REDACTED] vorgerichtliche Rechtsanwaltskosten i.H.v. 1.358,86 € nebst Zinsen i.H.v. 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 15.07.2019 zu erstatten.

Im Übrigen wird die Klage abgewiesen.

Die weitergehende Berufung wird zurückgewiesen.

Von den Kosten des Rechtsstreits tragen der Kläger 36 % und die Beklagte 64 %.

Das Urteil ist ohne Sicherheitsleistung vorläufig vollstreckbar. Beide Parteien können die Vollstreckung durch Sicherheitsleistung i.H.v. 120 % des jeweils zu vollstreckenden Betrages abwenden, wenn nicht die Gegenseite zuvor Sicherheit in dieser Höhe leistet.

und beschlossen:

Der Streitwert für das Berufungsverfahren wird auf die Stufe bis 35.000,00 € festgesetzt.

Gründe:

I.

Der Kläger begehrt von der Beklagten die Rückabwicklung eines Fahrzeugerwerbs.

Am 11.09.2014 erwarb der Kläger bei der Niederlassung der Beklagten in Magdeburg von dieser im Rahmen eines Eigengeschäfts einen am 12.03.2013 produzierten (gebrauchten) Mercedes-Benz GLK 220 CDI 4MATIC mit einem Kilometerstand von 25.494 km zu einem Bruttokaufpreis von 33.950,00 €. Am 16.09.2014 zahlte der Kläger hierauf 2.500,00 € an; der Restbetrag wurde bei der Mercedes-Bank AG finanziert und sollte in 49 Monatsraten zu jeweils 452,03 € und einer am 15.09.2018 fälligen Schlussrate i.H.v. 13.580,00 € zurückgezahlt werden. In dem Fahrzeug ist ein von der Beklagten hergestellter Motor des Typs OM 651 Euro 5 verbaut, welcher über eine Kühlmittel-Solltemperatur-Regelung verfügt, die bewirkt, dass unter den Bedingungen, die bei der für die Typzulassung notwendigen Prüfung im Labor herrschen, die Kühlmitteltemperatur künstlich niedrig gehalten wird, wodurch sich die Aufwärmung des Motoröls verzögert, sodass die Stickoxidwerte auf dem Prüfstand sicher unterhalb des gesetzlichen Grenzwertes bleiben; im Straßenbetrieb wird diese Funktion hingegen oft deaktiviert und der Grenzwert überschritten. Am 21.06.2019 hat das Kraftfahrt-Bundesamt deshalb einen verpflichtenden Rückruf angeordnet, von dem das streitgegenständliche Fahrzeug betroffen ist.

Der Kläger hat vorgetragen, das Fahrzeug weise unzulässige Abschaltvorrichtungen in Gestalt eines Thermofensters sowie einer Kühlmittel-Solltemperatur-Regelung auf, weshalb er Rückabwicklung des Kaufvertrages verlangen könne.

Der Kläger hat beantragt,

die Beklagte zu verurteilen, an ihn 31.565,91 € nebst bis zum 23.01.2020 aufgelaufenen Zinsen i.H.v. 4.155,41 € sowie ab dem 23.01.2020 entstandener weiterer Zinsen i.H.v. 4 % aus 37.777,44 €, Zug um Zug gegen Übergabe und Übereignung des Fahrzeugs Mercedes-Benz GLK 220 CDI 4MATIC mit der Fahrzeugidentifikationsnummer [REDACTED], zu zahlen,

festzustellen, dass sich die Beklagte mit der Rücknahme des Fahrzeugs seit dem 30.05.2019 in Annahmeverzug befindet,

und die Beklagte zu verurteilen, ihn von vorgerichtlichen Rechtsanwaltskosten i.H.v. 2.033,00 € gegenüber seinen Prozessbevollmächtigten freizustellen.

Die Beklagte hat beantragt,

die Klage abzuweisen.

Sie hat vorgetragen, der streitgegenständliche Motor OM 651 verfüge über keine Manipulationssoftware mit Prüfstandserkennung, wie sie im VW-Motor EA 189 zum Einsatz gelangt sei.

Mit am 23.01.2020 verkündeten Urteil hat das Landgericht die Klage abgewiesen. Zur Begründung hat es ausgeführt, dass kein Anspruch des Klägers gegen die Beklagte aus § 826 BGB bestehe, weil das Vorhandensein einer illegalen Abgasmanipulationssoftware eine bloße Behauptung ins Blaue hinein darstelle, woran auch der Rückruf durch das Kraftfahrt-Bundesamt nichts ändere. Unabhängig davon fehle es hinsichtlich des angeblich installierten Thermofensters nach obergerichtlicher Rechtsprechung jedenfalls an einer vorsätzlichen sittenwidrigen Schädigung.

Hiergegen wendet sich der Kläger unter Wiederholung und Vertiefung seines erstinstanzlichen Vorbringens mit der Berufung, wobei er darauf hinweist, dass das Landgericht seinen Vortrag zur Kühlmittel-Solltemperatur-Regelung übergangen habe.

Der Kläger beantragt zuletzt,

die Beklagte zu verurteilen, an ihn 31.104,75 € nebst Zinsen i.H.v. 4.155,41 € nebst weiterer Zinsen i.H.v. 4 Prozent pro Jahr aus 37.777,44 € seit dem 23.01.2020 zu zahlen, Zug um Zug gegen Übergabe und Übereignung des Fahrzeugs Mercedes-Benz GLK 2020 CDI 4MATIC mit der Fahrzeugidentifikationsnummer [REDACTED].

festzustellen, dass sich die Beklagte mit der Annahme des vorgenannten Fahrzeugs seit dem 30.05.2019 in Verzug befindet,

die Beklagte zu verurteilen, an die ÖRAG Rechtenschutzversicherungs-AG, Hansaallee 199, 40549 Düsseldorf, zur Schadennummer [REDACTED] vorgerichtliche

Rechtsanwaltskosten i.H.v. 1.474,89 € nebst Zinsen i.H.v. 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit Rechtshängigkeit zu erstatten, und ihn (den Kläger) von weiteren vorgerichtlichen Rechtsanwaltskosten i.H.v. 558,11 € gegenüber der VON RUEDEN Partnerschaft von Rechtsanwälten freizustellen,

hilfsweise, das angefochtene Urteil aufzuheben und das Verfahren an das Gericht des ersten Rechtszuges zurückzuverweisen.

Die Beklagte beantragt,

die Berufung zurückzuweisen.

Sie verteidigt die angefochtene Entscheidung.

Den aktuellen Kilometerstand haben die Parteien im Senatstermin vom 17.09.2020 mit 79.776 km unstreitig gestellt.

II.

Die zulässige Berufung hat in der Sache teilweisen Erfolg.

Der Kläger hat gegen die Beklagte einen Anspruch aus § 826 BGB auf Zahlung von 25.741,43 €, Zug um Zug gegen Übergabe und Übereignung des Fahrzeugs Mercedes-Benz GLK 220 CDI 4MATIC mit der Fahrzeugidentifikationsnummer [REDACTED]

Die Beklagte hat potentielle Erwerber *des streitgegenständlichen Fahrzeugs Mercedes Benz GLK 220 CDI 4MATIC* Fahrzeugs getäuscht, indem sie mit dem Inverkehrbringen dieses mit dem Motor OM 651 Euro 5 ausgestatteten Fahrzeugs konkludent erklärt hat, dass letzteres im Zeitpunkt des Vertragsschlusses über eine uneingeschränkte Betriebserlaubnis verfügen würde, deren Fortbestand nicht dadurch gefährdet sein würde, dass die erforderliche EG-Typengenehmigung durch eine Täuschung des Kraftfahrtbundesamtes erschlichen worden sei. Diese Erklärung war unzutreffend, weil in dem im streitgegenständlichen Fahrzeug verbauten Motor OM 651 Euro 5 eine gem. Art. 5 Abs. 1 und 2 VO (EG) 715/2007 unzulässige Abschaltvorrichtung in Gestalt einer Kühlmittel-Solltemperatur-Regelung zum Einsatz gelangt, wodurch der Betrieb des streitgegenständlichen Fahrzeugs Mercedes Benz GLK 220 CDI 4MATIC im öffentlichen Straßenverkehr gefährdet wird, weil die zuständige

Zulassungsbehörde dem Eigentümer oder Halter gem. § 5 Abs. 1 FZV eine angemessene Frist zur Mängelbeseitigung setzen oder den Betrieb des Fahrzeugs auf öffentlichen Straßen beschränken oder untersagen kann. Das Kraftfahrtbundesamt (KBA) hat daher am 21.06.2019 einen verpflichtenden Rückruf angeordnet (vgl. LG Wuppertal, Ur. v. 29.01.2020, 17 O 49/19, Rn. 32, zitiert nach juris); dementsprechend hat die Beklagte selbst vorgetragen, dass der weitere Betrieb des streitgegenständlichen Fahrzeugs nur nach Aufspielen eines Software-Updates zulässig ist (Bl. 103 II d.A.). Dass ausweislich eines an das LG Itzehoe adressierten Schreibens des KBA vom 20.05.2020 (Bl. 93 III d.A.) die Funktion „*geregeltes Kühlmittelthermostat*“ beim *Mercedes Benz E 220 T CDI* nicht als unzulässige Abschalteneinrichtung eingestuft worden ist (Anlage BB 08, Bl. 92 III d.A.) und ausweislich eines an das OLG Oldenburg adressierten weiteren Schreibens des KBA vom 24.06.2020 (Bl. 38 III) die Kühlmittel-Solltemperatur-Regelung beim *Mercedes Benz C 220 CDI Euro 5* nicht als unzulässige Abschalteneinrichtung beanstandet worden ist (Anlage BB 10, Bl. 38 III d.A.), obwohl in den beiden vorgenannten Fahrzeugen ebenfalls ein Motor vom Typ OM 651 verbaut ist, ändert nichts daran, dass das KBA *hinsichtlich des streitgegenständlichen Fahrzeuges Mercedes Benz GLK 220 CDI 4MATIC* nach wie vor von einer unzulässigen Abschalteneinrichtung ausgeht. Letzteres widerspricht sich auch nicht, da es – wie die Beklagte selbst vorträgt – (auch) den Motor OM 651 „*in einer Vielzahl von Varianten mit unterschiedlichen Hubräumen und Leistungsstufen*“ gibt (Bl. 5 III d.A.), sodass sich die Kühlmittel-Solltemperatur-Regelung in einer Variante des OM 651 (im Ergebnis) als unzulässige Abschalteneinrichtung darstellen kann, in einer anderen, welche mit dieser Funktion ebenfalls „*grundsätzlich ... ausgerüstet*“ ist, aber nicht, wenn dort „*auch ohne die Nutzung dieser Funktion ... die gesetzlichen Grenzwerte eingehalten werden*“ (vgl. Anlage BB 08, Bl. 92 III d.A.). Den von der Beklagten vorgelegten Anlagen BB 08 und BB 10 (Bl. 92, 38 III d.A.) lässt sich daher *zu Gunsten* der Beklagten allenfalls entnehmen, dass die im Motor OM 651 vorhandene Kühlmittel-Solltemperatur-Regelung in anderen Mercedes-Fahrzeugen (C- und E-Klasse), in denen dieser Motor ebenfalls verbaut ist, nicht aktiviert werden muss, um die Grenzwerte auf dem Prüfstand sicher einzuhalten, weshalb sie vom KBA *bei diesen Fahrzeugen* nicht als unzulässig eingestuft worden ist, wobei dem Senat in einem Verfahren, in dem es ebenfalls um die Zulässigkeit einer Abschalteneinrichtung in Gestalt einer Aufwärmstrategie (eines anderen Herstellers) ging, im Übrigen bekannt geworden ist, dass sich das KBA hinsichtlich der Einhaltung der Grenzwerte ohne Nutzung dieser Strategie schlicht auf die Messungen des Herstellers verlassen hat (vgl. den in der Sache 8 U 39/20 als Anlage K 21 vorgelegten Rückrufbescheid).

Die grundsätzliche Funktionsweise der Kühlmittel-Solltemperatur-Regelung in dem Motor OM 651 Euro 5 hat der Kläger – unabhängig davon, inwieweit er sein Begehren auf Gewährleistungs- oder deliktische Ansprüche stützt – unter Berufung auf zwei Spiegel-Online-Artikel vom 14.04.2019 und 19.05.2020 hinreichend substantiiert dargelegt (vgl. hierzu BGH, Beschl. v. 28.01.2020, VIII ZR 57/19, Rn. 9 ff; OLG Stuttgart, WM 2019, 1704, 1706 f); LG Heilbronn, Ur. v. 22.05.2018, Ve 6 35/18, Rn. 56, 57; jeweils zitiert nach juris). In dem von ihm zitierten Artikel vom 14.04.2019 heißt es unter Bezugnahme auf ein Schreiben des Kraftfahrtbundesamtes vom 04.04.2019: *„Aufgefallen ist dies an einem Geländewagen vom Typ GLK 220 mit der Schadstoffnorm Euro 5. ... In dem Motor vom Typ OM651 wurde eine ‚Kühlmittel-Solltemperatur-Regelung‘ eingebaut. Sie bewirkt, dass bei der für die Typzulassung notwendigen Prüfung im Labor eine niedrigere Kühlmitteltemperatur und auch eine andere Abgasreinigungsstrategie angewendet wird. Resultat: Auf dem Prüfstand hält der Wagen die Stickoxid-Grenzwerte ein, auf der Straße nicht. Dies ist, laut dem Schreiben, offensichtlich auch bei Nachprüfungen unter anderem bei Daimler so nachgewiesen worden. Jetzt droht bei rund 55.000 Autos vom Modell GLK ein amtlicher Rückruf“*. In dem Artikel vom 19.05.2019 wird hierzu ausgeführt: *„Daimler muss sich im Rahmen der Dieselfaffäre offenbar auf weitere Zwangsrückrufe gefasst machen. Wie die Zeitung ‚Bild am Sonntag‘ berichtet, sei bei Fahrzeugen des Typs GLK 220 CDI, die zwischen 212 und 2015 gebaut wurden“, eine sogenannte ‚Kühlmittel-Sollwert-Temperaturregelung‘ zur Manipulation von Abgastests verwendet worden Nach SPIEGEL-Informationen hält die Temperaturregelung den Kühlmittelkreislauf künstlich kälter und verzögert die Aufwärmung des Motoröls. So bleiben die Stickoxidwerte auf dem Prüfstand auf einem niedrigeren Niveau und unterhalb des gesetzlichen Grenzwertes. Der Autobauer bestätigte demnach, dass die Funktion bei Modellen mit den Motoren OM 651 und OM 642 (unter anderem C-, E- und S-Klasse) verwendet worden sei. Die Funktion sei legal, sagte ein Konzernsprecher gegenüber der ‚Bild am Sonntag‘. Diese Einschätzung teilt das Kraftfahrtbundesamt aber offenbar nicht. Laut ‚BaMS‘ stehe ein amtlicher Rückruf von rund 60.000 GLK 220 CDI bevor“*.

Da bereits der vorstehende klägerische Vortrag hinreichend substantiiert ist, kommt es auf die ergänzenden Ausführungen des Klägers zur technischen Funktionsweise der Kühlmittel-Solltemperatur-Regelung nicht mehr an; insbesondere spielt es keine Rolle, dass der Kläger hinsichtlich der Vorkonditionierung, an welche die Kühlmittel-Solltemperatur-Regelung nach seiner Vermutung anknüpft, auf die NEFZ-Bedingungen für Fremdzündungsmotoren (UN/ECE-Regelung Nr. 83, Anhang 8, 4.3.2) anstatt auf die für Selbstzündungsmotoren wie den OM 651 geltenden NEFZ-Bedingungen (UN/ECE-Regelung Nr. 83, Anhang 4a, 6.3.2.) verwiesen hat, und es kommt auch nicht darauf an, ob die Kühlmittel-Solltemperatur-Regelung

überhaupt an die Vorkonditionierung anknüpft (vgl. Bl. 7 f III d.A.). Entscheidend ist vielmehr allein, ob die bei dem streitgegenständlichen Fahrzeug in dem Motor OM 651 aktivierte Kühlmittel-Solltemperatur-Regelung außerhalb der auf einem Prüfstand herrschenden Bedingungen oft abgeschaltet wird, mit der Folge, dass der vorgeschriebene Stickoxid-Grenzwert nur auf dem Prüfstand sicher eingehalten wird. Wie genau der Abschaltmechanismus funktioniert, kann der Kläger als Außenstehender und technischer Laie naturgemäß nicht wissen. Dasselbe gilt hinsichtlich eines Zusammenspiels zwischen der Kühlmittel-Solltemperatur-Regelung mit dem vom Kläger behaupteten Thermofenster bzw. den im von der Beklagten lediglich vorgelegten Tenor des Rückrufbescheides vom 21.06.2019 offenbar festgestellten weiteren Abschalteinrichtungen („*alle unzulässigen Abschalteinrichtungen im Sinne von Nr. 2.16 in Verbindung mit Nr. 5.1.2.1 der UN-Regelung Nr. 83 und Artikel 3 Nr. 10 in Verbindung mit Artikel 5 Absatz 2 Satz 1 der VO (EG) Nr. 715/2007*“, Anlage BB 11, Bl. 30 III d.A.). Dementsprechend ist es auch unerheblich, ob die klägerische Behauptung, wonach die Abgaswerte im Straßenverkehr diejenigen im Labor *um ein Vielfaches* überstiegen, zutrifft, und ob die diesbezüglich vorgelegten Tabellenwerte richtig sind (vgl. Bl. 10, 10 R, 105 R ff II d.A.).

Um ihrer aufgrund des substantiierten Klägervortrags bestehenden sekundären Darlegungslast zu genügen, hätte die Beklagte daher nachvollziehbar darlegen müssen, dass und warum sich die Funktionsweise der Kühlmittel-Solltemperatur-Regelung anders darstellt, als vom Kläger behauptet (vgl. Hinweisbeschluss des Senats vom 05.06.2020, Bl. 168, 171 II d.A.; OLG Stuttgart, WM 2019, 1704, 1707 zur Kühlmittel-Solltemperatur-Regelung; LG Düsseldorf, Urт. v. 31.03.2020, 7 O 67/19, Rn. 35, 40; LG Ingolstadt, Beschl. v. 04.11.2019, 64 O 1551/18, Rn. 36; jeweils zum sog. Thermofenster; LG Offenburg, Urт. v. 30.09.2019, 3 O 474/18, Rn. 40 zu SCR), wobei sie in diesem Zusammenhang gehalten war, zu den genauen Bestimmungen des angeordneten Rückrufs vorzutragen (vgl. Hinweisbeschluss des Senats vom 05.06.2020, Bl. 168, 171 II d.A.; LG Wuppertal, Urт. v. 29.01.2020, 17 O 49/19, Rn. 33, zitiert nach juris), und zwar unter Vorlage des Schreibens des KBA vom 04.04.2019, des Bescheids des KBA vom 21.06.2019 und ihres hiergegen eingelegten Widerspruchs (siehe Hinweisbeschluss des Senats vom 05.06.2020, Bl. 168, 173 II d.A.).

Entgegen der vom Senat in seinem Beschluss vom 05.06.2020 enthaltenen Hinweise bzw. der insoweit nach § 142 Abs. 1 ZPO getroffenen Anordnungen hat die Beklagte das Schreiben des KBA vom 04.04.2019 aber überhaupt nicht, den Bescheid des KBA vom 21.06.2019, in dem – wie oben bereits erwähnt – offenbar sogar vom Vorliegen mehrerer unzulässiger Abschalteinrichtungen ausgegangen wird (vgl. Bl. 30 III d.A.), lediglich mit komplett

geschwärmtem Sachverhalt (und Begründung) sowie den von ihr hiergegen eingelegten Widerspruch wiederum überhaupt nicht vorgelegt. Was den Bescheid des KBA vom 21.06.2020 anbelangt, kann auch mitnichten von einer Vorlage der „für das vorliegende Verfahren maßgeblichen Auszüge“ (Bl. 25 III d.A.) die Rede sein, zumal der Senat die Vorlage dieses Bescheides ausdrücklich deshalb für erforderlich erachtet bzw. angeordnet hat, *„damit nachvollzogen werden kann, warum das KBA ungeachtet des Vorbringens der Beklagten, wonach es sich bei der Kühlmittelsolltemperatur nicht um eine unzulässige Abschalteneinrichtung handelt, einen verpflichtenden Rückruf angeordnet hat“* (Bl. 173 II d.A.). Damit war unmissverständlich klargestellt, dass die Beklagte nicht lediglich den Tenor, sondern auch den Sachverhalt und die Gründe des Bescheides vorlegen sollte, zumal sich der gesamte Rechtsstreit allein um den Grund des Rückrufs dreht. Insoweit kann sich die Beklagte auch nicht auf den Schutz von Betriebsgeheimnissen berufen. Die von ihr zitierte Entscheidung des Bundesgerichtshofs vom 15.03.2012 (I ZR 52/10) betraf einen Fall, in dem die klagende Markeninhaberin ihrer sekundären Darlegungslast hinsichtlich der für das Vorliegen von Produktfälschungen vorliegenden Umstände bereits durch Hinweis auf nicht übereinstimmende Codes (Produktions- und Fabriknummern), falsche Markierungen, falsche Größen, falsche Abstände und minderwertige Aufkleber nachgekommen war und sich lediglich weigerte, auch noch die firmeneigene Kodierung auf den Schuhen aufzudecken; hierzu hat der Bundesgerichtshof dann ausgeführt, dass die Klägerin Betriebsgeheimnisse grundsätzlich nicht offenzulegen brauche (BGH, a.a.O., Rn. 27, 28, zitiert nach juris). Der Entscheidung des Bundesgerichtshofs vom 12.11.1991 (KZR 18/90) ist nur zu entnehmen, dass es einem beklagten Anzeigenblatt nicht zumutbar ist, seine Kostenstruktur und seine Gewinnsituation gegenüber einem Konkurrenten offenzulegen (a.a.O., Rn. 28, zitiert nach juris). Eine derartige Offenbarung von Geschäfts- und Betriebsgeheimnissen wird der hiesigen Beklagten indes nicht abverlangt, sondern lediglich ein substantzierter Vortrag zur Funktionsweise der Kühlmittel-Solltemperatur-Regelung (vgl. LG Offenburg, Urte. v. 30.09.2019, 3 O 474/18, Rn. 40 zu SCR; OLG Düsseldorf, Urte. v. 31.03.2020, 7 O 67/19, Rn. 35, 40, zitiert nach juris, zum Thermofenster) sowie zu den genauen Bestimmungen des angeordneten Rückrufs (vgl. LG Wuppertal, Urte. v. 29.01.2020, 17 O 49/19, Rn. 33, zitiert nach juris). Im Übrigen besteht *jedenfalls dem Gericht gegenüber* kein schützenswertes Interesse an der Bewahrung von Betriebsgeheimnissen, *welche illegale Abschalteneinrichtungen betreffen* (vgl. LG Stuttgart, Urte. v. 13.07.2018, 22 O 348/16, Rn. 107; LG Heilbronn, Urte. v. 22.05.2018, Ve 6 O 35, Rn. 60). Daran vermag auch die abweichende Rechtsauffassung des KBA in dessen an das Landgericht Stuttgart gerichteten Schreiben vom 25.07.2019, mit dem das KBA die Übermittlung des streitgegenständlichen Rückrufbescheides vom 21.06.2020 abgelehnt hat, (Anlage BB 12, Bl. 28 III), nichts zu ändern, zumal das Bundesverwaltungsgericht in der vom

KBA zitierten Entscheidung vom 10.01.2009, 20 F 23/07, selbst die Zulässigkeit des Berufens eines neben dem Kläger und dem beklagten Staat am Prozess beteiligten *Dritten* auf ein Betriebsgeheimnis hinsichtlich eines alten, in Deutschland zwischenzeitlich illegalen Produktionsverfahrens gänzlich verneint und hinsichtlich des neuen, legalen Verfahrens zwar im Grundsatz bejaht, hinsichtlich der streitgegenständlichen Einzelheiten im Ergebnis aber wiederum verneint, d.h. ein Geheimhaltungsinteresse im Ergebnis abgelehnt hat (BVerwG, Beschl. v. 19.01.2009, 20 F 23/07, Rn. 9 ff, zitiert nach juris).

Der Vortrag der Beklagten zur Funktionsweise der Kühlmittel-Solltemperatur-Regelung auf S. 7 ff des Schriftsatzes vom 01.06.2020 (Bl. 139 ff = Bl. 154 ff II d.A.) sowie der von der Beklagten ohne Bezug auf den konkreten Inhalt des nach dem Hinweisbeschluss des Senats vom 05.06.2020 vorzulegenden Schreibens des KBA vom 04.04.2019, des Bescheids des KBA vom 21.06.2019 und des hiergegen von der Beklagten eingelegten Widerspruchs unter Ziff. III 1.-4. des Schriftsatzes vom 21.08.2020 (Bl. 9 ff III) unterbreitete, unter Sachverständigenbeweis gestellte weitere Vortrag zur „*technischen Einordnung der Funktion*“ ist nicht entscheidungserheblich, sondern nur dazu geeignet, den Blick auf das Wesentliche zu verstellen, nämlich dass es sich bei der Kühlmittel-Solltemperatur-Regelung nicht nur unter Zugrundelegung des gem. 138 Abs. 3 ZPO zugestandenen Kerns des klägerischen Vortrags, wonach auf dem Prüfstand eine niedrigere Kühlmitteltemperatur und eine andere Abgasreinigungsstrategie angewendet wird als im Betrieb auf der Straße, wodurch das Fahrzeug auf dem Prüfstand die Stickoxid-Grenzwerte einhält, auf der Straße aber nicht, sondern auch unter Zugrundelegung des eigenen Vortrages der Beklagten „zur Rüge des KBA“ unter Ziff. III. 5 des Schriftsatzes vom 21.08.2020 eine unzulässige Abschalteneinrichtung vorliegt. Die Beklagte trägt selbst vor, dass das KBA ihr vorwerfe, „*dass die Kühlmittelsolltemperaturregelung im Prüfzyklus sicher zur Anwendung käme, außerhalb der Randbedingungen des Prüfzyklus sei das aber bei normalen Betriebsbedingungen ,oft' nicht der Fall*“ bzw. dass aus Sicht des KBA die Einhaltung der Grenzwerte „*ohne das geregelte Kühlmittelthermostat ... nicht hinreichend sicher*“ sei und „*die Kühlmittelsolltemperaturregelung nicht unter allen normalen Betriebsbedingungen im Warmlauf greife, sondern ,oft nicht', und dass sie den Betriebszustand, in dem die AGR-Raten für den ,warmen Motor' greifen, zeitlich verzögere, so dass dieser einschließlich des entsprechenden Emissionsverhaltens des Fahrzeugs im Prüfzyklus ... nicht abgebildet werde, weil dieser Betriebszustand des warmen Motors erst am Ende des NEFZ oder danach erreicht werde*“ (Bl. 17-19 III). Dieser Vortrag korrespondiert auch mit dem Inhalt des von der Beklagten selbst als Anlage BB 08 vorgelegten Schreibens des KBA vom 20.05.2020 (Bl. 92 III), in dem die Funktionsweise der Kühlmittel-Solltemperatur-Regelung - unabhängig davon, dass sie bei

dem insoweit betroffenen Fahrzeug Mercedes Benz C 220 CDI nicht als unzulässige Abschalteneinrichtung eingestuft worden ist, weil die Grenzwerte bei diesem Fahrzeug auch ohne Nutzung dieser Funktion eingehalten wurden - wie folgt beschrieben wird: „Die von Daimler applizierten Schaltkriterien sind so gewählt, dass wesentliche Randbedingungen des gesetzlichen Prüfverfahrens erkannt werden können und die Sollwertabsenkung mit Sicherheit bei der gesetzlichen Prüfung Typ 1 im Neuen Europäischen Fahrzyklus (NEFZ) aktiv ist. Demgegenüber wird sie schon bei normalen Abweichungen von den Prüfbedingungen des NEFZ, die im realen Verkehr unter Bedingungen, die beim normalen Fahrzeugbetrieb vernünftigerweise zu erwarten sind (normale Betriebsbedingungen), oft abgeschaltet. Bei der Sollwertabsenkung handelt es sich um eine Einrichtung, die die Wirksamkeit des Emissionskontrollsystems beeinflusst“. Bei dem Motor OM 651 Euro 5 wird daher eine Standard-Emissionsstrategie verwendet, die beim Motorbetrieb zwischen einem genormten Prüfzyklus für die EU-Typgenehmigung und anderen Betriebsbedingungen unterscheiden kann und die zu einer geringeren Emissionsminderungsleistung führt, wenn sie nicht unter der in der EU-Typgenehmigung vorgesehenen Bedingungen arbeitet. Dies ist nach Anhang IV 2.2.3. der Verordnung (EU) 2017/654 unzulässig (vgl. LG Stuttgart, EUGH-Vorlage v. 13.03.2020, 3 O 31/20, Rn. 132, zitiert nach juris).

Bei dieser Sachlage hilft der Beklagten auch ihr – vom KBA mit Schreiben vom 20.05.2020 (Anlage BB 08, Bl. 92 III d.A.) bestätigter – Vortrag nicht weiter, wonach die Kühlmittel-Solltemperatur-Regelung anders als die sog. Kippschalterlogik beim VW-Motor EA 189 nicht ausschließlich auf dem Prüfstand aktiviert sei. Im Einzelnen hat die Beklagte hierzu vorgetragen, es liege „keine Regelung vor, aufgrund derer auf dem Prüfstand eine andere Abgasreinigungsstrategie bzw. Emissionskontrollstrategie angewendet würde als im realen Straßenbetrieb unter gleichen Betriebsbedingungen“. Es liege also „kein Mechanismus und keine Softwarelogik vor, der oder die erkennen würde, ob das Fahrzeug auf dem Prüfstand oder im Straßenbetrieb sei und in Abhängigkeit davon irgendetwas schalten oder regeln würde“; vielmehr sei die „Kühlmitteltemperaturregelung ... in beiden Fallgruppen, also auch im Straßenbetrieb und nicht nur auf dem Prüfstand, aktiviert“. Die „Regelungsbedingungen für die Kühlmittelsolltemperaturreglung“ kämen „nicht nur auf dem Prüfstand zur Anwendung“ (Bl. 102 R II). Eine „manipulative Prüfstanderkennung, wie sie beim VW-Motor EA 189“ vorliege, werde „der Beklagten bislang von keiner Behörde weltweit vorgeworfen“. Die bei der Beklagten erfolgten Rückrufe durch das KBA beträfen „jediglich unterschiedliche Auffassungen zu technischen Details des Emissionskontrollsystems in bestimmten, zeitlich abgegrenzten Software-Ständen bei einzelnen Fahrzeugmodellen“. Insoweit sei es „nie um eine manipulative Prüfstanderkennung“ gegangen (Bl. 103 R II). Anders als offenbar bei Fahrzeugen des VW-

Konzerns existiere im streitgegenständlichen Fahrzeug keine Funktion, die den Prüfstand erkenne und den Stickoxidausstoß lediglich für die Zwecke des EG-Typengenehmigungsverfahrens gezielt reduziere (Bl. 109 R II d.A.).

Sämtliche der vorstehenden Einwände widerlegen indes nicht das Vorhandensein einer unzulässigen Abschaltvorrichtung. Der Unterschied der Steuerungssoftware des VW-Motors EA 189 und derjenigen des Mercedes-Motors OM 651 besteht lediglich darin, dass die Steuerungssoftware des EA 189 über eine Lenkwinkelerkennung registrierte, ob sich das Fahrzeug auf dem Prüfstand befand, und die zur Einhaltung der Grenzwerte notwendige Abgasrückführung erst dann überhaupt aktivierte, sog. Kippschalterlogik (vgl. LG Stuttgart, EuGH-Vorlage v. 13.03.2020, 3 O 31/20, Rn. 58), wohingegen bei der streitgegenständlichen Steuerungssoftware des OM 651 die Kühlmittel-Solltemperatur-Regelung, welche die sichere Einhaltung der Grenzwerte gewährleistet, sich außerhalb von Regelungsbedingungen, wie sie auf dem Prüfstand, unter realen Fahrbedingungen aber nicht vorkommen, oft abschaltet. Einen „kategorialen“ Unterschied zwischen der „Prüfstandserkennung“ des VW EA 189 und dem Erkennen „wesentlicher Randbedingungen des gesetzlichen Prüfverfahrens“ durch den OM 651 (vgl. Bl. 6 III d.A.) vermag der Senat nicht zu erkennen. Für die Beurteilung eines Konstruktionselements als unzulässige Abschaltvorrichtung kommt es nämlich nicht darauf an, ob dieses die Funktion der Abgasreinigungsanlage unter Normalbedingungen dadurch verringert, dass es die Abgasreinigungsanlage aktiviert, oder dadurch, dass es diese deaktiviert (vgl. UN/ECE-Regelung Nr. 83 2.16). Der Unterschied zwischen beiden Motoren besteht letztlich also nur darin, dass das gleiche Ziel, nämlich die Sicherstellung der Einhaltung der Grenzwerte (nur) auf dem Prüfstand durch die im OM 651 eingesetzte, durch verschiedene Schaltkriterien aktivierte Kühlmittel-Solltemperatur-Regelung auf technisch raffiniertere Art und Weise erreicht wird als durch die vergleichsweise einfache Lenkwinkelerkennung des EA 189 und dementsprechend auch schwerer zu durchschauen ist.

Die Beklagte kann sich auch nicht darauf berufen, dass die Sollwerttemperatur für den Kühlmittelthermostat lediglich aus Gründen des Motor- und Bauteilschutzes bzw. zur Reduktion der Emissionen beim Kaltstart während der Warmlaufphase von 100 ° C auf 70 ° C abgesenkt werde (Bl. 139 ff = Bl. 154 ff II, 13 ff III d.A.). Dies bereits deshalb, weil sie das Schreiben des KBA vom 04.04.2019 überhaupt nicht sowie den Rückrufbescheid des KBA vom 21.06.2019, der sich mit Sicherheit auch zu dieser Frage verhält, lediglich mit komplett geschwärztem Sachverhalt und Entscheidungsgründen vorgelegt hat. Unabhängig davon handelt es sich hier weder um eine Abschaltvorrichtung, die notwendig ist, um den Motor vor einer Beschädigung oder einem Unfall zu schützen (Art. 5 Abs. 2 S. 2 lit. a VO EG 715/2007),

noch um eine Abschaltvorrichtung, die nicht länger arbeitet, als dies zum Anlassen des Motors erforderlich ist (Art. 5 Abs. 2 S. 2 lit. b VO EG 715/2007). Vielmehr sind - wie oben bereits erwähnt - die für die Kühlmittel-Solltemperatur-Regelung applizierten Schaltkriterien so gewählt, „dass wesentliche Randbedingungen des gesetzlichen Prüfverfahrens erkannt werden können und die Sollwertabsenkung mit Sicherheit bei der gesetzlichen Prüfung Typ 1 im Neuen Europäischen Fahrzyklus (NEFZ) aktiv ist“, wohingegen sie „schon bei normalen Abweichungen von den Prüfbedingungen des NEFZ, die im realen Verkehr unter Bedingungen, die beim normalen Fahrzeugbetrieb vernünftigerweise zu erwarten sind (normale Betriebsbedingungen), oft abgeschaltet“ wird. Bei dieser Sachlage kann davon, dass die Kühlmittel-Solltemperatur-Regelung lediglich dem Ziel der „Reduktion der Emissionen nach Kaltstart“ diene, „wie sie auch in der gesetzlichen Prüfung abgebildet werden“ (Bl. 15 III d.A.), keine Rede sein, und es hilft der Beklagten auch ihr Vortrag nicht weiter, wonach sich die Betriebsbedingungen, unter denen sich durch das geregelte Kühlmittelthermostat nach Kaltstart eine „Emissionsoptimierung“ erzielen lasse, bzw. die Randbedingungen beim Kaltstart, „unter denen sich der günstige Stickoxid-Partikel Stickoxid-Partikel-Trade-OFF erzielen“ lasse und „technisch sinnvoll“ sei, „teilweise mit den Bedingungen, unter denen die gesetzliche Prüfung Typ 1 (NEFZ) durchzuführen“ sei, „überlappen“ würden, die Regelung aber „auch unter anderen Betriebsbedingungen als in der Prüfung Typ 1 bzw. der entsprechenden Vorkonditionierung zum Einsatz“ komme (Bl. 16 f III d.A.). Dieses Vorbringen impliziert nämlich aus gutem Grund nicht die Aussage, dass sich die Randbedingungen nach Kaltstart mit denen des gesetzlichen Prüfverfahrens weitgehend decken, und die Kühlmittel-Solltemperatur-Regelung daher, abgesehen von Ausnahmen, auch außerhalb des NEFZ zum Einsatz gelangt, denn wenn dies so wäre, würde die Kühlmittel-Solltemperatur-Regelung nicht - was unstreitig ist - im Rahmen des NEFZ immer aktiviert, außerhalb des NEFZ aber oft deaktiviert. Die Kühlmittel-Solltemperatur-Regelung dient daher ersichtlich dazu, bei erkanntem Prüfbetrieb ein vom Echtbetrieb abweichendes Emissionsverhalten des Fahrzeugs herbeizuführen, um auf diese Weise die Einhaltung der andernfalls nicht erreichten Emissionsgrenzwerte sicherzustellen. In einem solchen Fall greifen die Ausnahmetatbestände des Art. 5 Abs. 2 S. 2 lit. a und b VO (EG) Nr. 715/2007 nicht ein (so bereits OLG Koblenz, Ur. v. 05.06.2020, 8 U 1803/19, S. 10, zu einer ähnlichen Aufwärmstrategie).

Durch die Verwendung der Kühlmittel-Solltemperatur-Regelung im Mercedes Motor OM 651 wurden die Erwerber eines Mercedes Benz GLK 220 CDI im Ergebnis daher genauso getäuscht wie die Erwerber eines Fahrzeugs, in dem ein mit Kippschalterlogik versehener VW-Motor EA 189 verbaut ist (vgl. hierzu BGH, Ur. v. 25.05.2020, VI ZR 252/19; OLG Köln, Ur. v. 24.03.2020, 4 U 235/19, Rn. 40 m.w.N.; jeweils zitiert nach juris)

Der dadurch verursachte Schaden liegt bereits im Abschluss des Kaufvertrages als ungewollter Verbindlichkeit, weshalb er durch das von der Beklagten zwischenzeitlich angebotene Software-Update nicht mehr beseitigt werden kann. Auf das Bestehen bzw. Fortbestehen eines Minderwerts des Fahrzeugs kommt es daher nicht an (vgl. OLG Stuttgart, Urteil v. 28.11.2019, 14 U 89/19, Rn. 51, 52; OLG Karlsruhe, Urteil v. 06.11.2019, Rn. 33-38; jeweils zitiert nach juris).

Die Täuschung war auch ursächlich für den Schaden. Dass der Kläger vom Erwerb des Fahrzeugs Abstand genommen hätte, wenn ihm bekannt gewesen wäre, dass das Fahrzeug zwar formal über eine EG-Typengenehmigung verfügt, aber wegen Verwendung einer unzulässigen Abschaltvorrichtung diese nicht hätte erhalten dürfen, weshalb Maßnahmen der die Typengenehmigung erteilenden Behörde und dem folgend der Zulassungsstelle bis hin zur Stilllegung drohen, liegt auf der Hand. Diese Situation ist auch nicht mit derjenigen vergleichbar, die der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs zur Kausalität zwischen sittenwidriger Handlung und Schadenseintritt in Kapitalanlagefällen zugrunde liegt (vgl. OLG Karlsruhe, Urteil v. 06.11.2019, 13 U 37/19, Rn. 36-39, zitiert nach juris). Im Rahmen der Haftung aus § 826 BGB macht es auch keinen Unterschied, ob es sich um ein Neu- oder um ein Gebrauchtfahrzeug handelt (vgl. OLG Frankfurt, Urteil v. 31.03.2020, 13 U 134/19, Rn. 42, zitiert nach juris) und es kommt es auch nicht darauf an, ob der Kläger ein besonderes Umweltbewusstsein besaß und deshalb ein geringer Emissionsausstoß Motiv für die Kaufentscheidung geworden ist (vgl. OLG Stuttgart, Urteil v. 28.11.2019, 14 U 89/19, Rn. 52, zitiert nach juris).

Die Sittenwidrigkeit des Handelns der Beklagten ergibt sich aus dem nach Ausmaß (55.000 bis 60.000 betroffene Fahrzeuge) und Vorgehen (Wahl der applizierten Schaltkriterien so, dass wesentliche Randbedingungen des gesetzlichen Prüfverfahrens erkannt werden können und die Sollwertabsenkung mit Sicherheit bei der gesetzlichen Prüfung Typ 1 im NEFZ aktiv ist, vgl. Anlage BB 08, Bl. 92 III d.A.) besonders verwerflichen Charakter der Täuschung unter Ausnutzung des Vertrauens der Käufer in eine öffentliche Institution, nämlich das Kraftfahrt-Bundesamt, und unter Inkaufnahme nicht nur der Schädigung der Käufer, sondern auch der Umwelt (vgl. OLG Stuttgart, Urteil v. 28.11.2019, 14 U 89/19, Rn. 53; OLG Karlsruhe, Urteil v. 06.11.2019, 13 U 37/19, Rn. 43-46; jeweils zitiert nach juris).

Das Inverkehrbringen des Fahrzeugs mit der unzulässigen Abschaltvorrichtung ist der Beklagten entsprechend § 31 BGB bzw. § 831 BGB zurechenbar (so zum Motor OM 651

bereits LG Wuppertal, Urt. v. 29.01.2020, 17 O 49/19, Rn. 43, zitiert nach juris). Dem Vortrag des Klägers, wonach der Vorstand der Beklagten im Hinblick darauf, dass der Motor das Herzstück eines jeden Fahrzeugs darstelle, genaue Kenntnis von der unzulässigen Abschaltvorrichtung gehabt habe (Bl. 17 I d.A.), hat die Beklagte nicht bestritten, sondern trotz Kenntnis der Entscheidung des Bundesgerichtshofs vom 28.01.2020, VIII ZR 57/19, vorgetragen, es handele sich um einen nicht einlassungsfähigen Vortrag ins Blaue hinein. Nach den Grundsätzen der sekundären Darlegungslast wäre es jedoch Sache der Beklagten gewesen, vorzutragen, wie der Entscheidungsprozess hinsichtlich der Motorkonzeption abgelaufen ist, welche Mitarbeiter, die nicht als verfassungsmäßig berufene Vertreter anzusehen sind, hieran beteiligt waren (vgl. OLG Stuttgart, Urt. v. 28.11.2019, 14 U 89/19, Rn. 53, zitiert nach juris), und wie dem Vorstand bzw. ihren Abteilungsleitern die Verwendung der manipulativen Software gleichwohl entgehen konnte (vgl. OLG Koblenz, Urt. v. 25.10.2019, 3 U 819/19, 62-69, zitiert nach juris).

Der Schädigungsvorsatz der Beklagten bzw. ihrer verfassungsmäßig berufenen Vertreter bzw. ihrer Verrichtungsgehilfen ergibt sich bereits aus der heimlichen und manipulativen Vorgehensweise (vgl. OLG Koblenz, Urt. v. 25.10.2019, 3 U 819/19, 90, 91, zitiert nach juris). Die Software wurde zur Überzeugung des Senats (§ 286 ZPO) gezielt zur Beeinflussung des Emissionsverhalten im Prüfzyklus programmiert unter Inkaufnahme eines Widerrufs der Typengenehmigung und der Stilllegung der Fahrzeuge (vgl. OLG Koblenz, Urt. v. 05.06.2020, 8 U 1803/19, S. 14 f, 16 f zu einer vergleichbaren Strategie). Von einem Handeln aufgrund vertretbarer Rechtsansicht kann bei der Verwendung einer Einrichtung zur Emissionskontrolle, welcher nur auf dem Prüfstand stets aktiviert wird, sodass die Grenzwerte sicher auch nur dort eingehalten werden, unter realen Fahrbedingungen aber oft abgeschaltet wird, auch unter dem Gesichtspunkt des Motor- und Bauteilschutzes bzw. der Emissionsreduktion beim Kaltstart nicht gesprochen werden. Die von der Beklagten in diesem Zusammenhang bemühte obergerichtliche Rechtsprechung, wonach Motorenherstellern wegen der Installation von sog. Thermofenstern zumindest keine vorsätzliche sittenwidrige Schädigung i.S.d. § 826 BGB vorgeworfen werden könne, weil insofern eine rechtliche Grauzone bestehe und – anders als hinsichtlich der beim VW-Motor EA 189 manipulierten Abgasrückführung – auch keine Betriebsbeschränkung oder -untersagung drohe (vgl. OLG München, Beschl. v. 16.03.2020, 3 U 7524/19, Rn. 16; Beschl. v. 10.02.2020, 3 U 7524/19, Rn. 10 ff; Urt. v. 20.01.2020, 21 U 5072/19, Rn. 29 ff; OLG Celle, Urt. v. 29.01.2020, 7 U 575/18, Rn. 49 ff; Urt. v. 13.11.2019, 7 U 367/18, Rn. 37 ff; Brandenburgisches OLG, Urt. v. 19.12.2019, 5 U 103/18, Rn. 26 ff; OLG Koblenz, Urt. v. 09.12.2019, 12 U 555/19, Rn. 25 ff; OLG Köln, Urt. 28.11.2019, 15 U 93/19, Rn. 24 ff; Beschl. v. 30.07.2019, 3 U 43/19, Rn. 9; Schleswig-Holsteinisches OLG, Urt. v.

13.11.2019, 9 U 120/19, Rn. 18; Urt. v. 18.09.2019, 12 U 123/18, Rn. 44 ff; OLG Frankfurt, Urt. v. 07.11.2019, 6 U 119/18, Rn. 32 ff; OLG Koblenz, Urt. v. 21.10.2019, 12 U 246/19, Rn. 41 ff; OLG Stuttgart, Urt. v. 30.07.2019, WM 2019, 1704, 1709 ff; Urt. v. 30.07.2019, 10 U 134/19, Rn. 81 ff; OLG Nürnberg, Urt. v. 19.07.2019, 5 U 1670/18, Rn. 40), ist vorliegend nicht einschlägig, da es sich bei der streitgegenständlichen Kühlmittel-Solltemperatur-Regelung nicht um ein Thermofenster im Sinne der vorgenannten Rechtsprechung, d.h. um eine Einrichtung handelt, bei der eine Kühlung der rückgeführten Abgase nur in einem bestimmten, auch unter normalen Betriebsbedingungen vorkommenden Temperaturbereich zwischen 15 und 33 Grad Celsius (vgl. OLG Celle, a.a.O., LG Düsseldorf, Urt. v. 31.03.2020, 7 O 67/19, Rn. 41) stattfindet.

Selbst wenn eine Haftung nach §§ 826, 31 BGB ausscheiden würde, träfe die Beklagte jedenfalls eine gleichartige Haftung aus §§ 831 Abs. 1 S. 1, 826 BGB (vgl. OLG Karlsruhe, Urt. v. 06.11.2019, 13 U 37/19, Rn. 93 ff; zitiert nach juris).

Dem Kläger steht daher, Zug um Zug gegen Übergabe und Übereignung des Fahrzeugs, ein Anspruch auf Rückzahlung des Kaufpreises zu, wobei er sich wegen des schadensrechtlichen Bereicherungsverbots im Wege des Vorteilsausgleichs eine Nutzungsentschädigung anrechnen lassen muss.

Die teilweise gegen die Vorteilsausgleichung erhobenen Einwände teilt der Senat nicht. Da der Anspruch aus § 826 BGB keinen Strafcharakter hat und auch europarechtliche Vorschriften nicht dazu zwingen, dem Schadensrecht ein pönales Element zu verleihen, verbietet sich die Verweigerung der Vorteilsausgleichung unter Berufung auf den hohen Unrechtsgehalt der Tat und des Verdikts der Sittenwidrigkeit. Auch zwingt die europarechtlich vorgegebene Unentgeltlichkeit der kaufrechtlichen Nacherfüllung, welche die Anrechnung von Nutzungen ausschließt, nicht dazu, diese Regelung generell auf die Rückabwicklung von Verträgen zu erstrecken. Da sich der Mangel letztlich nicht in einer Nutzungseinschränkung niedergeschlagen hat, besteht auch kein Anlass, den Nutzungersatz im Hinblick auf den der Sache anhaftenden Mangel herabzusetzen (vgl. OLG Celle, Urt. v. 22.01.2020, 7 U 445/18, Rn. 58 ff; OLG Stuttgart, Urt. v. 28.11.2019, 14 U 89/19, Rn. 63; Urt. v. 12.12.2019, 13 U 13/19, Rn. 120 ff; OLG Karlsruhe, Urt. v. 06.11.2019, Rn. 110-119; Schleswig-Holsteinisches OLG, Urt. v. 31.01.2019, 17 U 95/19, Rn. 41; jeweils zitiert nach juris). Eine Berechnung des Vorteilsausgleichs unter Abzug eines Minderwerts vom Kaufpreis nimmt der Senat daher nicht vor. Gleiches gilt für eine Saldierung der Nutzungen des Erwerbers mit den Nutzungen der Beklagten in Form der Eigenkapitalrente seit Kaufpreiszahlung, da dies zu einer

Überkompensation des Schadens und damit zu einer Besserstellung des Klägers führen würde (vgl. OLG Koblenz, Urt. v. 25.10.2019, 3 U 819/19, Rn. 120, 121, zitiert nach juris). Es ist auch keine Beschränkung des Nutzungersatzes auf die Zeit bis zum Rückabwicklungsverlangen geboten, denn der Schadensersatzanspruch des Klägers wird nicht durch den bloßen Zeitablauf, sondern durch die tatsächliche Nutzung „aufgezehrt“ (vgl. OLG Köln, Urt. v. 24.03.2020, 4 U 235/19, Rn. 122, 123, zitiert nach juris).

Der Höhe nach ist die Nutzungsentschädigung nicht entsprechend dem ersparten Wertverlust (in diesem Sinne OLG Frankfurt, Beschl. v. 25.09.2019, 17 U 45/19, Rn. 42, zitiert nach juris), sondern nach der bewährten und praktikablen Formel Bruttokaufpreis x gefahrene Kilometer / voraussichtliche Restlaufleistung im Erwerbszeitpunkt zu berechnen (vgl. KG Berlin, Urt. v. 26.09.2019, 4 U 77/18, Rn. 123 ff; OLG Karlsruhe, Urt. v. 06.11.2019, 13 U 37/19, Rn. 109; Beschl. v. 05.03.2019, 13 U 142/18, Rn. 112 ff; OLG Koblenz, Urt. v. 25.10.2019, 3 U 819/19, Rn. 99 ff; Urt. v. 12.06.2019, 5 U 1318/18, Rn. 102 ff; OLG Köln, Beschl. v. 03.01.2019, 18 U 70/18, Rn. 49; OLG Stuttgart, Urt. v. 28.11.2019, 14 U 89/19, Rn. 62 ff). Die Gesamtlauflistung schätzt der Senat auf 250.000 km (vgl. BGH, Beschl. v. 09.12.2014, VIII ZR 196/14, Rn. 3; Urt. v. 16.09.2009, VIII ZR 243/08, Rn. 14 f; OLG Köln, Urt. v. 24.03.2020, 4 U 235/19, Rn. 128; OLG Saarbrücken, Urt. v. 14.02.2020, 2 U 128/19; OLG Celle, Urt. v. 22.01.2020, 7 U 445/18, Rn. 65; Schleswig-Holsteinisches OLG, Urt. v. 20.11.2019, 9 U 12/19, Rn. 59; OLG Karlsruhe, Urt. v. 06.11.2019, 13 U 37/19, Rn. 108; Beschl. v. 06.12.2018, 17 U 4/18, Rn. 50; jeweils zitiert nach juris). Im Jahr 2019 hatten Kraftfahrzeuge in der Bundesrepublik Deutschland ein durchschnittliches Alter von 9,5 Jahren; die durchschnittliche Jahresfahrleistung für Dieselfahrzeuge betrug ca. 20.000 km (vgl. OLG Köln, a.a.O.). Bei der Schätzung der Gesamtlauflistung von 250.000 km ist daher bereits ein erreichbares Fahrzeugalter von 12,5 Jahren berücksichtigt. Dass Mercedes-Fahrzeuge – was für die Annahme einer Gesamtlauflistung von 300.000 km erforderlich wäre – ein durchschnittliches Alter von 15 Jahren erreichen, ist weder vorgetragen noch ersichtlich. Die Nutzungsentschädigung beträgt demnach 8.208,57 € (33.950 € Kaufpreis x 54.282 km (79.776 km im Senatstermin vom 17.09.2020 unstreitig gestellter Kilometerstand - 25.494 km Kilometerstand beim Erwerb) / 224.506 km (250.000 km - 25.494 km). Die Differenz zum Kaufpreis beläuft sich mithin auf 25.741,43 €.

Seine (teilweise) aufgewandten Finanzierungskosten kann der Kläger nicht verlangen, weil diese auch beim Erwerb eines anderen Fahrzeugs entstanden wären und daher nicht adäquat kausal verursacht sind (a.A. OLG Hamm, Urt. v. 10.09.2019, 13 U 149/18, Rn. 83 ff; KG Berlin, Urt. v. 26.09.2019, 4 U 77/18, Rn. 174 ff, zitiert nach juris).

Die hinsichtlich der Hauptforderung vom Kläger allein geltend gemachten (vgl. § 308 Abs. 1 ZPO) Deliktzinsen (§§ 849, 246 BGB) stehen ihm nicht zu, weil er für den Kaufpreis eine gleichwertige Gegenleistung, nämlich die uneingeschränkte Möglichkeit, den erworbenen Pkw zu nutzen, erhalten hat, und außerdem den Kaufpreis bei Kenntnis der Abschaltautomatik für den Erwerb eines anderen Pkw eingesetzt hätte (vgl. BGH, Urt. v. 30.07.2020, VI ZR 397/19, Rn. 20 ff; OLG Frankfurt, Urt. v. 31.03.2020, 13 U 134/19, Rn. 64; KG Berlin, Urt. v. 26.09.2019, Rn. 203 ff; OLG Karlsruhe, Urt. v. 06.11.2019, 13 U 37/19, Rn. 108 ff; OLG Stuttgart, Urt. v. 28.11.2019, 14 U 89/19, Rn. 66 ff; a.A. OLG Köln, Urt. v. 24.03.2020, 4 U 219/19, Rn. 144 ff; Brandenburgisches OLG, Urt. v. 25.02.2020, 3 U 64/19, Rn. 76 ff; jeweils zitiert nach juris).

Der Antrag auf Feststellung, dass sich die Beklagte mit der Rücknahme des Fahrzeugs gem. §§ 293-295, 298 BGB in Annahmeverzug befindet, ist aufgrund der Zuvielforderung des Klägers unbegründet (vgl. OLG Köln, Urt. v. 24.03.2020, 4 U 235/19, Rn. 160; OLG Saarbrücken, Urt. v. 14.02.2020, 2 U 128/19, Rn. 67, zitiert nach juris).

Die vorgerichtlichen Anwaltskosten sind erstattungsfähig, allerdings nur mit einer 1,3 Geschäftsgebühr aus dem Wert der berechtigten Klageforderung (vgl. KG Berlin, Urt. v. 26.09.2019, 4 U 77/18, Rn. 188; 4 U 51/19, Rn. 186 ff; OLG Koblenz, Urt. v. 25.10.2019, 3 U 819/19, 132, 133; Urt. v. 12.06.2019, 5 U 1318/18, Rn. 117-120; OLG Stuttgart, Urt. v. 28.11.2019, 14 U 89/19, Rn. 70; jeweils zitiert nach juris). Der diesbezügliche Zinsanspruch ergibt sich aus §§ 286 Abs. 1 S. 2, 288 Abs. 1, 291 BGB.

III.

Die Kostenentscheidung beruht auf §§ 92 Abs. 2 Nr. 1, 97 Abs. 1 ZPO, wobei auch das Unterliegen hinsichtlich der Deliktzinsen zu berücksichtigen ist (vgl. Zöller-Herget, ZPO, 33. Aufl., § 92, Rn. 3).

Die Entscheidung über die vorläufige Vollstreckbarkeit ergeht gem. §§ 708 Nr. 10 S. 1, 709 S. 2, 711 S. 1 und 2 ZPO.

Der Streitwert für das Berufungsverfahren wurde gem. §§ 43 Abs. 1, 47 Abs. 1, 48 Abs. 1 GKG, 3 ZPO festgesetzt.

Die Revision ist nicht zuzulassen, weil die Voraussetzungen des § 543 Abs. 2 S. 1 ZPO aufgrund der mittlerweile ergangenen Grundsatzentscheidungen des Bundesgerichtshofs vom 25.05.2020 (VI ZR 252/19) und 30.07.2020 (VI ZR 397/19 und VI ZR 5/20) nicht mehr vorliegen.

Dr. Otparlik

Harms

RiOLG Handke
ist nach erfolgter
Beratung an der
Unterschriftsleistung
infolge Abwesenheit
verhindert.

Dr. Otparlik

**Vorstehende Abschrift stimmt mit
dem mir in Urschrift vorliegenden Schriftstück überein
und wird hiermit beglaubigt.**

Naumburg, den 18.09.2020


Wolf, Justizhauptsekretärin
als Urkundsbeamtin der Geschäftsstelle

