

Posteingangsdatum Gansel Rechtsanwälte: 12.02.2024

OBERLANDESGERICHT NAUMBURG

9. Zivilsenat

Die Geschäftsstelle



Oberlandesgericht, Postfach 16 55, 06606 [REDACTED]

Rechtsanwältinnen und Rechtsanwälte
Gansel Rechtsanwälte

[REDACTED]

Dienstgebäude

Nachbriefkasten

a Vermittlung

a Durchwahl

Telefax (0 34 45) 28 - 0

25. Januar 2024

Ihr

Zeichen

SB: [REDACTED]

Sehr geehrte Damen und Herren,

in dem Rechtsstreit

[REDACTED] gegen Mercedes-Benz Group AG

erhalten Sie anliegende Abschrift(en) mit der Bitte um Kenntnisnahme.

Mit freundlichen Grüßen

Höhle, Justizhauptsekretärin

Diese Mitteilung wurde maschinell erstellt
und ist daher nicht unterschrieben.

Überweisungen an das LHK-Sonderkonto des Oberlandesgerichts Naumburg

Bankverbindung: Kto.-Nr. 810 015 67 bei der [REDACTED]; Filiale [REDACTED] BLZ
810 000 00

BIC: MARKDEF1810, IBAN: DE55810000000081001567

• EU-UA_50.DOTxSpAZ: Dokument23,

OBERLANDESGERICHT NAUMBURG



IM NAMEN DES VOLKES

URTEIL

In dem Rechtsstreit

10 O 318/22 Landgericht Magdeburg

Höhle, JHS'in
als Urkundsbeglaubiger und Berufungskläger -
der Geschäftsstelle

Prozessbevollmächtigte:

Gansel Rechtsanwälte, Wallstraße 59, [REDACTED],

gegen

Mercedes-Benz Group AG, vertreten durch den Vorstand,

[REDACTED],

- Beklagte und Berufungsbeklagte -

Prozessbevollmächtigte:

[REDACTED],

hat der 9. Zivilsenat des Oberlandesgerichts Naumburg auf die mündliche Verhandlung vom 16. Januar 2024 durch den Vorsitzenden Richter am Oberlandesgericht Buchloh, die Richterin am Amtsgericht Fassian und den Richter am Oberlandesgericht Dr. Strietzel für Recht erkannt:

Auf die Berufung des Klägers wird das am 15.12.2022 verkündete Urteil des Landgerichts Magdeburg teilweise abgeändert und wie folgt neu gefasst:

Die Beklagte wird verurteilt, an den Kläger 4.300,00 € nebst Zinsen in Höhe von fünf Prozentpunkten über dem Basiszinssatz ab dem 10.01.2024 zu zahlen.

Im Übrigen wird die Klage abgewiesen.

Die weitergehende Berufung wird zurückgewiesen.

Die Kosten des Rechtsstreits beider Instanzen werden zu 10 % der Beklagten und zu 90 % dem Kläger auferlegt.

Dieses Urteil und das angefochtene Urteil sind ohne Sicherheitsleistung vorläufig vollstreckbar.

Zudem hat der Senat beschlossen:

Der Streitwert für das Berufungsverfahren wird auf bis zu 45.000,00 € festgesetzt.

Gründe

Der Kläger macht einen Schadensersatzanspruch geltend im Hinblick darauf, dass er am 12.12.2017 bei der [REDACTED] in [REDACTED] ein [REDACTED] Mercedes-Benz ML 350 BT 4 M (Anlage K 1) mit der Fahrzeugidentifikationsnummer (FIN) [REDACTED] gekauft hat, das vom „Abgasskandal“ betroffen sein soll. Der Kaufpreis für das am 06.08.2014 erstmals zugelassene [REDACTED] betrug 43.000,00 €, der Kilometerstand 21.668 km. Die Beklagte ist die Herstellerin des Fahrzeugs. In das [REDACTED] ist ein Motor des Typs OM 642 nach der Abgasnorm Euro 6 eingebaut. Ein SCR-Katalysator

wird verwendet. Das streitgegenständliche [REDACTED] ist von einer Anordnung nachträglicher Nebenbestimmungen betroffen, die die Beklagte für rechtswidrig hält. Das KBA hat mit Bescheid vom 23.05.2018 beanstandet, dass im dort betroffenen Fahrzeugmodell während der Fahrt keine Umschaltung in den Füllstands-Modus mehrerfolge, nachdem ein bestimmtes Roh-NOx-Integral erreicht worden sei, obwohl durch eine hinreichende Selbststabilisierung des Füllstandsmodells der Betriebszustand des Fahrzeugs einen Betrieb im Füllstatus-Modus, der in der Regel mit einem höheren AdBlue-Verbrauch einhergehe, wieder ermöglichen würde. Mit Bescheid vom 03.08.2018 (Ergänzungsbescheid) habe das KBA die angeordneten Nebenbestimmungen aus dem Bescheid vom 23.05.2018 auf weitere Fahrzeuge erstreckt („Strategie A in vergleichbarer Ausprägung“); von dem Ergänzungsbescheid ist das streitgegenständliche [REDACTED] erfasst.

Der Kilometerstand betrug am 15.01.2024 49.242 km.

Der Kläger hat das Vorhandensein eines Thermofensters, das Vorhandensein von „hot restart“, von SCR-Abschalteinrichtungen („Strategie A“), weiteren Abschalteinrichtungen und eine Manipulation des On-Bord-Diagnosesystems gerügt.

Ein Anspruch sei nach § 826 BGB begründet, außerdem auch gemäß § 823 Abs. 2 BGB i. V. m. § 263 StGB oder i. V. m. §§ 6, 27 EG-FGV bzw. Art. 4 Abs. 2 UAbs. 2, Art. 5 Abs. 1 VO (EG) Nr. 715/2007. Die Beklagte ist der Klage entgegengetreten.

Mit Urteil vom 15.12.2022 (Bd. II Bl. 174 ff. d. A.) hat das Landgericht die Klage abgewiesen.

Gegen dieses Urteil richtet sich die Berufung des Klägers. Nachdem der Kläger zunächst großen Schadensersatz geltend gemacht hat, hat er gemäß Schriftsatz vom 08.01.2024 mit der Maßgabe, dass ausschließlich die Anträge aus dem Schriftsatz vom 08.01.2024 gestellt werden, sein Anspruchsziel in der Weise umgestellt, dass er Differenzschadensersatz im Sinne der Entscheidungen des BGH vom 26.06.2023 geltend macht.

Im Übrigen wird von der Darstellung tatsächlicher Feststellungen gemäß §§ 540 Abs. 2, 313a Abs. 1, 544 Abs. 2 Nr. 1 ZPO abgesehen.

Die Berufung ist zulässig, sie hat in der Sache hinsichtlich des zuletzt noch geltend gemachten Hauptantrags überwiegend Erfolg. Dadurch, dass der Kläger ausschließlich die Anträge aus dem Schriftsatz vom 08.01.2024 gestellt hat, hat er die mit der Berufungsbeurteilung vom 14.04.2023 gestellten weitergehenden Berufungsanträge zurückgenommen.

1. Gemäß § 823 Abs. 2 BGB i. V. m. §§ 6, 27 EG-FGV ist gemäß der Entscheidung vom BGH vom 26.06.2023 zum Az. Via 335/21 (zitiert nach [REDACTED]) ein gegen die Beklagte gerichteter Anspruch auf Differenzschadensersatz begründet.

a) Mit dem Einwand, der Via. Zivilsenat des BGH habe nicht ausreichend gewürdigt, dass das Urteil des EuGH vom 21.03.2023 (C-100/21) auf unzutreffenden Prämissen des Vorlagegerichts beruht habe, dringt die Beklagte nicht durch, auch nicht mit dem Einwand, der BGH habe die Prämissen zur Effektivität der nationalrechtlichen Normen nicht geprüft und sei deswegen nicht zu dem Ergebnis gelangt, dass für eine deliktische Fahrlässigkeitshaftung kein Bedarf bestehe (Schriftsatz der Beklagten vom 23.11.2023, S. 59, Bd. IV Bl. 60 d. A.). Es mag sein, dass nicht alle Schlussfolgerungen, die der BGH aus der Entscheidung des EuGH zum Az. C-100/21 gezogen hat, alternativlos zwingend sind. Hier ist indes die Funktion des BGH im Instanzenzug zu beachten. Die ZPO sieht in § 543 vor, dass das Berufungsgericht bei grundsätzlicher Bedeutung der Rechtssache, also unter anderem bei einer beabsichtigten Abweichung von Rechtsprechung des BGH, oder zur Fortbildung des Rechts die Revision zulassen kann. Das Berufungsgericht hat dabei aber, gerade wenn der BGH eine bedeutsame Rechtsfrage bereits entschieden hat, bei seiner Entscheidung das Ziel der Einheitlichkeit der Rechtsprechung im Blick zu halten. Insbesondere bei einer derart neuen höchstrichterlichen Rechtsprechung wie derjenigen zum Differenzschadensersatz aus den Urteilen vom 26.06.2023 hat ein Instanzgericht in Betracht zu ziehen, ob ein abweichendes Berufungsurteil, das wie das hiesige Klagevorbringen damit argumentiert, die Rechtsauffassung des BGH sei rechtsfehlerhaft, Chancen hat, einer Revision der Gegenseite standzuhalten. Bei einer derart aktuellen Rechtsprechung des BGH ist die Wahrscheinlichkeit, dass der BGH seine Rechtsauffassung bereits wieder ändert, als sehr gering einzustufen. Dies trägt dazu bei, dass der Senat angesichts der aktuellen Rechtsprechung des BGH von dieser nur abweichen würde, wenn er die Entscheidungen des BGH als unhaltbar ansähe. Bei der Würdigung der Dieselpolitik sind, wie die rechtliche [REDACTED]-sion in den Jahren seit Bekanntwerden des „Abgasskandals“ gezeigt hat, verschiedene vertretbare Rechtsauffassungen vertreten worden. Der erkennende Senat respektiert, dass der BGH mit den genannten Entscheidungen auf die Einheitlichkeit der Rechtsprechung

b) abgezielt hat; es entspricht der prozessualen Aufgabe des BGH und der die Rechtsprechung des BGH auswertenden Instanzgerichte, dafür zu sorgen, dass zumindest das Maß an Rechtssicherheit, das durch die Entscheidungen des BGH vom 26.06.2023 geschaffen worden ist, erhalten bleibt und nicht erneut in Frage gestellt wird. Dass die oben zitierten Entscheidungen des BGH unhaltbar wären, vermag der Senat unter Berücksichtigung der Komplexität der Dieselpolitik und der Vielfalt der in diesem Zusammenhang vertretenen Ansichten nicht zu erkennen.

c) Entgegen der Auffassung der Beklagten fehlt es auch nicht an den verfassungsrechtlichen Anforderungen des Art. 80 Abs. 1 GG für den Erlass der vorgenannten Verordnungen. Gesetz im Sinne von § 823 Abs. 2 BGB ist nicht nur ein Gesetz im formellen Sinne, sondern gemäß § 2 EGBGB jede Rechtsnorm. Ein den Schutz eines anderen bezweckendes Gesetz kann mithin jede Norm des objektiven Rechts sein, sofern darin ein bestimmtes Gebot oder Verbot ausgesprochen wird. Die Beklagte vermag auch nicht mit Erfolg geltend zu machen, die Bundesministerien für Verkehr, Bau und Stadtentwicklung sowie des Innern seien nicht ermächtigt gewesen, die Richtlinie 2007/46/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 05.09.2007 mit der Verordnung über die EG-Genehmigung für Kraftfahrzeuge und ihre Anhänger sowie für Systeme, Bauteile und selbstständige technische Einheiten für diese Fahrzeuge (EG-Fahrzeuggenehmigungsverordnung - EG-FGV) in deutsches Recht umzusetzen, wenn diese Richtlinie - wie vom Europäischen Gerichtshof und nachfolgend auch vom Bundesgerichtshof angenommen - auch Normen mit drittschützender Wirkung beinhaltet. Dass eine - hinreichende - grundsätzliche Ermächtigung zur Umsetzung dieser Rahmenrichtlinie betreffend die Genehmigung von Kraftfahrzeugen bestanden hat, stellt auch die Beklagte nicht in Frage. Weshalb von dieser Ermächtigung aber Normen mit drittschützender Wirkung ausgenommen sein sollen, zeigt sie selbst nicht auf. Die drittschützende Wirkung rührt aus den europäischen Vorschriften - der Richtlinie - her. Zu deren Umsetzung sind die Mitgliedstaaten der Europäischen Union gemäß Art. 288 Abs. 3 AEUV verpflichtet. Nur die Wahl der Form und Mittel ist ihnen nach dieser Vorschrift überlassen. Dass der Gesetzgeber und Ermächtigende entgegen dieser seiner Verpflichtung nicht eine vollständige Umsetzung der Richtlinie gewollt haben könnte, da sie nicht nur die verkehrsrechtliche Genehmigung von Fahrzeugtypen, sondern darüber hinaus auch den Erwerb von Kraftfahrzeugen schützende Normen enthielt, ist nicht anzunehmen. Ermächtigte er zur Umsetzung einer solchen Richtlinie die vorbezeichneten Bundesministerien, ist daher davon auszugehen, dass diese Ermächtigung auch solche Normen betraf, die drittschützende Wirkung haben (OLG Hamm, Urteil vom

d) 01.09.2023, 30 U 78/21, Rn. 77; OLG Schleswig, Urteil vom 10.10.2023, 7 U 100/22, Rn. 61, jeweils zitiert nach [REDACTED]).

e) Das Verfahren ist nicht auszusetzen bis zur Entscheidung im Verwaltungsprozess vor dem VG [REDACTED] wegen der SCR-Kat-Abschalteinrichtung. Geht der Hersteller eines vom sogenannten Dieselskandal betroffenen Fahrzeugs mit der Anfechtungsklage gegen die nachträgliche Anordnung von Nebenbestimmungen zu einer EG-Typgenehmigung vor, ist der Ausgang des verwaltungsgerichtlichen Verfahrens für einen Zivilrechtsstreit nicht vorgreiflich, in dem der Käufer des Fahrzeugs den [REDACTED]-hersteller wegen einer deliktischen Schädigung in Anspruch nimmt (BGH, Beschlüsse vom 24.07.2023, Via ZB 10/21, sowie vom 08.08.2023, Via ZB 11/21 und Via ZB 13/21, jeweils zitiert nach [REDACTED]).

f) Die Beklagte hat eine unzutreffende Übereinstimmungsbescheinigung erteilt und damit gegen die §§ 6 Abs. 1, 27 Abs. 1 EG-FGV verstoßen. Aus oben dargestellten Gründen stellt der Senat die von der Beklagten beanstandete (Bd. IV Bl. 63 f. d.A.) weite Auslegung des BGH zum Inhalt der Übereinstimmungsbescheinigung nicht in Frage.

g) Die folgenden Ausführungen sind aus dem Urteil des OLG Hamm vom 13.09.2023 zum Az. 30 U 81/21, Rn. 104 bis 113 übernommen; der Senat macht sich diese Ausführungen zu Eigen:

h) Unzutreffend ist eine Übereinstimmungserklärung, wenn das betreffende Kraftfahrzeug mit einer gemäß Art. 5 Abs. 2 VO (EG) 715/2007 unzulässigen Abschalteinrichtung ausgerüstet ist, weil die Bescheinigung dann eine tatsächlich nicht gegebene Übereinstimmung des konkreten Kraftfahrzeugs mit Art. 5 Abs. 2 VO (EG) 715/2007 ausweist (BGH, Urteil vom 26.06.2023 - Via ZR 335/21, Juris, Rn. 34).

i) Gemäß Art. 5 Abs. 1 VO (EG) 715/2007 rüstet der Hersteller das [REDACTED] so aus, dass die Bauteile, die das Emissionsverhalten voraussichtlich beeinflussen, so konstruiert, gefertigt und montiert sind, dass das [REDACTED] unter normalen Betriebsbedingungen dieser Verordnung und ihren Durchführungsmaßnahmen entspricht. Die Verwendung von Abschalteinrichtungen, die die Wirkung von Emissionskontrollsystemen verringern, ist gemäß Art. 5 Abs. 2 S. 1 VO (EG) 715/2007 unzulässig.

j) Nach Art. 3 Nr. 10 VO (EG) 715/2007 ist eine Abschalteinrichtung im Sinne dieser Verordnung und ihrer Durchführungsmaßnahmen 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. Insofern ist Maßstab für die Frage der Zulässigkeit einer Funktionsveränderung in Abhängigkeit von bestimmten Parametern nach Art. 3 Nr. 10 VO (EG) 715/2007 nicht die Einhaltung des Grenzwerts, sondern die Wirksamkeit des unverändert funktionierenden Emissionskontrollsystems unter den Bedingungen des normalen Fahrbetriebs. In diesem Zusammenhang bedarf es eines Vergleichs der Wirksamkeit des unverändert funktionierenden und derjenigen des verändert funktionierenden Gesamtsystems, und zwar jeweils unter Bedingungen des normalen Fahrbetriebs im gesamten Unionsgebiet. Ob die Grenzwerte unter den Bedingungen des NEFZ auch bei veränderter Funktion eingehalten wurden, ist mit Rücksicht auf den Wortlaut des Art. 3 Nr. 10 VO (EG) 715/2007 hingegen nicht von Bedeutung (BGH, Urteil vom 26.06.2023 - Via ZR 335/21, juris, Rn. 51).

k) Damit steht der Annahme einer Abschalteinrichtung nach Art. 3 Nr. 10 VO (EG) 715/2007 nicht etwa entgegen, dass eine Funktion auch im Straßenbetrieb unter denselben Bedingungen dem Grunde nach wie auf dem Prüfstand arbeitet.

l) Ob sich das vorliegend verbaute Thermofenster nach diesen Grundsätzen als eine unzulässige Abschalteinrichtung erweist, bedarf keiner Entscheidung. Denn die Beklagte handelte insoweit jedenfalls aus den nachfolgend noch darzulegenden Gründen nicht schuldhaft, weshalb der Kläger sein Schadensersatzverlangen hierauf nicht mit Erfolg stützen kann.

m) Bezüglich der Ad-Blue-Dosierungsstrategie schließt sich der Senat folgenden Ausführungen des 7. Zivilsenats des OLG Naumburg im Urteil vom 24.11.2023 zum Az. 7 U 18/23 auf S. 13-15 an; das Urteil ist nicht veröffentlicht, aber den Prozessbevollmächtigten der Parteien, die auch im Verfahren 7 U 18/23 beteiligt waren, bekannt. Das Verfahren zum Az. 7 U 18/23 betrifft auch einen Motor OM642 Euro 6 mit 190 kW in einem Fahrzeug ML 350

n) BlueTEC; auch das dortige [REDACTED] war von dem Ergänzungsbescheid des KBA vom 03.08.2018 erfasst:

o) cc) Nach den oben genannten Grundsätzen ist davon auszugehen, dass die Beklagte im Hinblick auf die Funktionsweise des SCR-Katalysators eine unzutreffende Übereinstimmungsbescheinigung erteilt hat. Der Kläger hat unter Verweis auf den Ergänzungsbescheid des Kraftfahrtbundesamtes vom 03.08.2018 und der darin beanstandeten besonderen Ausgestaltung der Strategie A des SCR-Katalysators hinreichend zu dem Vorliegen einer unzulässigen Abschaltvorrichtung vorgetragen. Bezogen auf den hier erlassenen, das Klägerfahrzeug betreffenden verpflichtenden Rückruf des Kraftfahrtbundesamtes wegen einer unzulässigen Abschaltvorrichtung hat der Kläger diese ausreichend dargelegt (vgl. BGH, Beschluss vom 23.02.2022 - VII ZR 252/20, Rn. 16). Die Beklagte mag hinsichtlich der Einhaltung der einschlägigen regulatorischen Anforderungen durch die konkret implementierte Regelung der AdBlue-Dosierung nach Strategie A eine andere Ansicht als das Kraftfahrtbundesamt vertreten und die Steuerung für zulässig erachten. Aus diesem Grunde hat sie den Rückrufbescheid des KBA auch angefochten. Im Rahmen des Haftungstatbestandes nach § 823 Abs. 2 BGB obliegt ihr wegen des Regel- und Ausnahmeverhältnisses des Art. 5 Abs. 2 der Verordnung (EG) Nr. 715/2007 allerdings die Darlegungs- und Beweislast dafür, dass die festgestellte Abschaltvorrichtung zulässig ist (vgl. BGH, Urteil vom 26.06.2023 - VII ZR 335/21, Rn. 54). Diesen Nachweis hat sie nicht zu führen vermocht.

p) Das Kraftfahrtbundesamt hat unter der Bezeichnung „Strategie A“ beanstandet, dass die für den Wechsel zwischen den Dosiermodi maßgeblichen Schwellwerte der SCR-Temperatur und bei einigen Fahrzeugen des Massenstroms der Stickoxid-Rohemissionen ab einem bestimmten Integral für den Rest der Fahrt abgesenkt werden (irreversible Bedienung) bzw. bei den von dem Ergänzungsbescheid vom 03.08.2018 betroffenen Fahrzeugen die Rückschaltung in den Füllstands-Modus jedenfalls einer speziellen Optimierung bedarf. Danach wird die Dosierfunktion in Abhängigkeit von bestimmten Parametern deaktiviert, wodurch die Wirksamkeit des Emissionskontrollsystems unter normalen Betriebsbedingungen verringert wird und sich die NOx-Emissionen wieder erhöhen können. Das SCR-System funktioniert mithin nicht durchgängig unter normalen Betriebsbedingungen auf gleich hohem Niveau, sondern wird nach der eigenen Darstellung der Beklagten bei Wechsel in den Online-Modus abgesenkt, ohne eine mögliche Rückschaltung in den Füllstands-Modus. Diesen Effekt als Folge des Wechsels in den Online-Modus ohne Rückkehr in

q) den Füllstand-Modus stellt die Beklagte nicht in Abrede, sie hält die Applikation allerdings für zulässig. Die Beklagte behauptet insoweit zwar, dass ein Wechsel zwischen den Modi nicht bedeute, dass die Wirksamkeit des Emissionskontrollsystems reduziert würde. Es bleibt jedoch offen, wie dies mit Blick auf den amtlichen Rückruf durch das KBA, das eine Wirksamkeitsreduzierung des SCR-Systems bei normalen Betriebsbedingungen und damit eine Abschaltvorrichtung annimmt und seinen Rückruf gerade hierauf stützt, zu verstehen ist. Denn dass der Wechsel von dem Füllstand-Modus in den Online-Modus dazu führt, dass weniger Adblue in den Katalysator eingespritzt wird, was auf die Funktionsfähigkeit des SCR-Katalysators einwirkt und eine Reduktion der Abgasnachbehandlung zur Folge hat, bestreitet die Beklagte nicht. Dass und mittels welcher Technologie die Wirksamkeit des Emissionskontrollsystems gleichwohl insgesamt nicht verringert wird, trägt sie jedoch nicht vor. Dabei geht es auch nicht darum, dass im realen Fahrbetrieb regelmäßig deutlich mehr Stickoxide durch das SCR-System in Stickstoff und Wasser zerlegt werden als auf dem gesetzlichen Prüfstand.

r) Die gerügte Ausgestaltung der Strategie A stellt sich als eine unzulässige Abschaltvorrichtung dar.

s) Die ausnahmsweise Zulässigkeit einer festgestellten Abschaltvorrichtung - etwa aus Motorschutzgründen - muss aufgrund des Regel-Ausnahme-Verhältnisses in Art. 5 Abs. 2 der Verordnung (EG) Nr. 715/2007 der Fahrzeughersteller, hier mithin die Beklagte, darlegen und beweisen (vgl. BGH, Urteile vom 26.06.2023 - Via ZR 335/21, Rn. 54; Via ZR 533/21 und Via ZR 1031/21). Der Beklagten hat danach der Nachweis obliegen, dass die von ihr als Strategie A implementierte Abschaltvorrichtung ausnahmsweise aus den in Art. 5 Abs. 2 VO (EG) Nr. 715/2007 genannten Gründen zulässig ist, was voraussetzen würde, dass diese Einrichtung 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. Dabei handelt es sich um Risiken, die so schwer wiegen, dass sie eine konkrete Gefahr beim Betrieb des mit dieser Einrichtung ausgestatteten Fahrzeugs darstellen. 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 Fahrzeuges gewährleistet wäre, würde dem mit der Verordnung (EG) Nr. 715/2007 verfolgten Zweck, von dem diese Bestimmung nur unter ganz besonderen Umständen eine Abweichung zulässt, allerdings offensichtlich zuwiderlaufen

t) und zu einer unverhältnismäßigen Beeinträchtigung des Grundsatzes der Begrenzung der Stickoxid-Emissionen von Fahrzeugen führen (vgl. EuGH, Urteil vom 14.07.2022 - C-134/20, zitiert nach juris, Rn. 75).

u) Dass die sog. Strategie A in diesem Sinne aus Motorschutzgründen geboten war, hat die Beklagte weder mit der gebotenen Substanz dargetan noch nachgewiesen. Dabei kann der Senat zugunsten der Beklagten sogar unterstellen, dass der Wechsel von dem Füllstand-Modus in den Online-Modus der Reduzierung des Risikos eines sog. Ammoniak-Schlupfes dient. Dies rechtfertigt nämlich nicht auch, dass eine Rückschaltung in den Füllstand-Modus nach Stabilisierung der Ammoniakkonzentration im System für die Dauer der weiteren Fahrt gleichwohl ausbleibt. Genau diesen Umstand aber hat das Kraftfahrtbundesamt auch mit seinem Ergänzungsbescheid vom 03.08.2018 beanstandet.

v) Entsprechend hat auch das OLG Schleswig im bereits zitierten Urteil zum Az. 7 U 57/23, Rn. 41, entschieden, bezogen auf ein [REDACTED], das ebenfalls von dem Bescheid vom 03.08.2018 erfasst war.

w) Die Beklagte hat bei der Ausstellung der Übereinstimmungsbescheinigung schuldhaft gehandelt.

x) Der Senat macht sich bezüglich der Ad-Blue-Dosierungsstrategie folgende Ausführungen des OLG Schleswig, 7 U 57/23, Rn. 44 - 48, zu Eigen:

y) d) Wegen des der Ad-Blue-Dosierungsstrategie liegt allerdings kein unvermeidbarer Verbotsirrtum vor. Ein Verbotsirrtum stellt sich zwar auch dann als unvermeidbar dar, wenn der Fahrzeughersteller zu seiner Entlastung darzulegen und erforderlichenfalls nachzuweisen vermag, dass seine Rechtsauffassung zu Art. 5 Abs. 2 der Verordnung (EG) Nr. 715/2007 bei entsprechender Nachfrage von der für die EG-Typengenehmigung oder für anschließende Maßnahmen zuständigen Aufsichtsbehörde bestätigt worden wäre (hypothetische Genehmigung). Danach genügt es, wenn die Fehlvorstellung des Schädigers durch die Auskunft der zuständigen Erlaubnisbehörde bekräftigt worden wäre, und zwar selbst dann, wenn gar kein Rat eingeholt wurde (BGH, Urteil vom 26.06.2023, Via ZR 335/21, Rn. 65; Oberlandesgericht Naumburg, Urteil vom 04.08.2023, 7 U 77/22, juris, Rn. 75 - 77). Denn steht fest, dass eine ausreichende Erkundigung des einem Verbotsirrtum unterliegenden Schädigers bei der zuständigen obersten deutschen Behörde dessen Fehlvorstellung bestätigt hätte, scheidet

z) eine Haftung nach § 823 Abs. 2 BGB infolge eines unvermeidbaren Verbotsirrtums aus (BGH, Urteil vom 26.06.2023 - Via ZR 335/21, juris, Rn. 65).

aa) Der Fahrzeughersteller, der - wie hier die Beklagte - objektiv ein Schutzgesetz verletzt hat, muss wegen der dadurch bedingten Verschuldensvermutung Umstände darlegen und erforderlichenfalls beweisen, die geeignet sind, die daraus folgende Annahme seines Verschuldens in Form einer Fahrlässigkeit auszuräumen. Dementsprechend muss der Fahrzeughersteller, wenn er eine Übereinstimmungsbescheinigung trotz der Verwendung einer unzulässigen Abschalt-einrichtung ausgegeben und dadurch §§ 6 Abs. 1, 27 Abs. 1 EG-FGV verletzt hat, Umstände darlegen und beweisen, die sein Verhalten ausnahmsweise nicht als fahrlässig erscheinen lassen. Der Fahrzeughersteller, der sich unter Berufung auf einen unvermeidbaren Verbotsirrtum entlasten will, muss sowohl den Verbotsirrtum als solchen als auch dessen Unvermeidbarkeit konkret darlegen und beweisen. Der Vortrag der Beklagten in Bezug auf die Ad-Blue-Dosierungsstrategie vermag die Annahme eines unvermeidbaren Verbotsirrtums mangels hinreichender Anhaltspunkte nicht zu begründen.

bb) Im vorliegenden Fall kann sich die Beklagte nicht auf einen Ausnahmetatbestand des Art. 5 Abs. 2 Satz 2 VO (EG) berufen, denn für Ammoniak-Emissionen, der von der Beklagten für die Nutzung der Abschalteinrichtung als Begründung angeführt wird, existiert kein einzuhaltender Grenzwert, der im Rahmen eines Zielkonfliktes hätte aufgelöst werden müssen (vgl. OLG Celle, Urteil vom 11.10.2023 - 7 U 794/21, BeckRS 2023, 30478 Rn. 43). Es ist somit kein Grund ersichtlich, wonach der Beklagten hier ein Entschuldigungsgrund zur Seite stehen sollte.

cc) Die Beklagte selbst begründet in ihrem Schriftsatz vom 07.12.2023 das Vorliegen eines unvermeidbaren Verbotsirrtums funktionsbezogen auch lediglich für die Funktionen des Thermofensters und der KSR, nicht hingegen auf die von ihr verwendete Ad-Blue-Dosierungsstrategie.

dd) Das KBA hätte bei entsprechender Kenntnis bereits im Zeitpunkt des Erwerbs durch den Kläger im Jahr 2016 die Ad-Blue-Dosierungsstrategie im streitgegenständlichen [REDACTED] als unzulässig angesehen. Das KBA mag der Beklagten zwar in Bezug auf die Ad-Blue-Dosierungsstrategie keine (manipulative) Prüfstanderkennung vorgeworfen haben. Allerdings beanstandete es im Rahmen der Rückrufaktion jedoch ausdrücklich die in Rede stehenden Funktion mit den

ee) konkret applizierten Schaltkriterien. Diese kommen im normalen Fahrbetrieb bei normalen Fahrbedingungen oft nicht zur Anwendung. Eine solche Funktionsweise ist gemäß Art. 5 Abs. 2 S. 1 VO (EG) 715/2007 unzulässig und auch nach Einschätzung des KBA ersichtlich nicht ausnahmsweise nach Art. 5 Abs. 2 S. 2 VO (EG) 715/2007 zulässig, andernfalls es keinen verpflichtenden Rückruf ausgesprochen hätte. Damit steht fest, dass das KBA die Ad-Blue-Dosierungsstrategie in dem vorliegenden Fahrzeugtyp in ihrer konkreten Ausgestaltung gerade nicht als zulässig erachtet hat, eine hypothetische Anfrage der Beklagten mithin negativ verlaufen wäre.

ff) Dass im vorliegenden Fall eine hypothetische Genehmigung für den gegenständlichen Fahrzeugtyp nicht erteilt worden wäre, ergibt sich aus dem Bescheid des KBA vom 03.08.2018, der bereits ergangen ist, bevor die Rechtsprechung des EuGH zu einer kritischeren Einstellung des KBA zum Thermofenster und damit zu Abschaltvorrichtungen generell geführt hat. Von daher besteht, bezogen auf die Zeit der Ausstellung der Übereinstimmungsbescheinigung, für die Annahme einer hypothetischen Genehmigung, die einen unvermeidbaren Verbotsirrtum begründen könnte, keine Grundlage (entsprechend mit ausführlicher Begründung auch OLG Naumburg, Urteil vom 24.11.2023, 7 U 18/23, S. 25 f.).

gg) Bezüglich des Thermofensters kann sich die Beklagte hingegen auf einen unvermeidbaren Verbotsirrtum berufen. Insoweit nimmt der Senat Bezug auf das Urteil des OLG Stuttgart vom 28.09.2023, 24 U 2504/22, Rn. 40 - 48 (zitiert nach [REDACTED]). Bei der für die Bemessung der Höhe des Differenzschadensersatzes gebotenen Gesamtwürdigung der Umstände ist mithin ein Verschulden der Beklagten bezüglich des Thermofensters nicht zu Lasten der Beklagten zu berücksichtigen. Von einer Wiedergabe der zitierten Ausführungen des OLG Stuttgart wird abgesehen, weil bei einer Gesamtwürdigung der für die Bemessung des Differenzschadens maßgeblichen Umstände neben dem Vorliegen der Ad-Blue-Dosierungsstrategie nicht von entscheidender Bedeutung ist, dass bezüglich des Thermofensters die Beklagte einem unvermeidbaren Verbotsirrtum erlegen ist.

hh) Die Höhe des Differenzschadens ist unter Berücksichtigung der vorgenannten Umstände, bezogen auf den Zeitpunkt des Vertragsschlusses, auf 10 % des Kaufpreises zu schätzen, also auf 4.300,00 €, entsprechend dem Mittelwert der vom BGH eröffneten Spanne zwischen 5 % und 15 % des Kaufpreises.

ii) Das Verschulden der Beklagten bei der Ausstellung der Übereinstimmungserklärung war weder besonders hoch noch besonders gering. Eine unzulässige Abschaltvorrichtung lag

jj) mit der AdBlue-Dosierungstechnologie vor; dass hinsichtlich des Thermofensters ein unvermeidbarer Verbotsirrtum vorlag, fällt bei einer Gesamtwürdigung nicht ins Gewicht. Ebenfalls kann dahingestellt bleiben, ob ein „hot restart“ vorhanden war, ob insofern eine unzulässige Abschalteinrichtung vorlag und ob gegebenenfalls insoweit bei der Beklagten Verschulden vorlag. Das Stilllegungsrisiko war nicht höher oder niedriger als in anderen Fällen unzulässiger Abschalteinrichtungen; dass im Fall von Beanstandungen durch das KBA ein Update bereitgestellt werden würde, durch das eine Stilllegung des Fahrzeugs würde vermieden werden können, bei denen mit der Bereitstellung eines Updates zu rechnen war, war wahrscheinlich.

kk) Anders als der Kläger sieht der erkennende Senat keinen Anhaltspunkt für die Annahme, die starre 5-15%-Regel des BGH sei mit Unionsrecht unvereinbar; der Senat sieht mithin keine Veranlassung, diesbezüglich entsprechend der Anregung des Klägers dem EuGH eine Frage zur Vorabentscheidung gemäß Art. 267 AEUV vorzulegen. Die Entscheidung des EuGH zum Az. C-100/21 lässt erkennen, dass den nationalen Gerichten bei Festlegung der Sanktionen ein weiter Spielraum eingeräumt worden ist. „Angemessener Ersatz“ (EuGH, a. a. O., Rn. 93) oder „angemessene Entschädigung“ bedeutet nicht, dass ein Vermögensschaden zu 100 % ersetzt werden muss. Der BGH hat sich eng orientiert an den Ausführungen des EuGH und auf Wirksamkeit, Verhältnismäßigkeit und Abschreckungswirkung abgestellt. Dass der BGH hier zum Nachteil des Klägers Europarecht verletzt habe, sieht der Senat nicht. Zudem berücksichtigt der Senat, wie bereits ausgeführt, die aus § 543 ZPO ersichtliche Funktion des BGH, für die Einheitlichkeit der Rechtsprechung deutscher Gerichte Sorge zu tragen. Angesichts der Vielzahl von Meinungen, die im Zusammenhang mit dem „Dieselskandal“ im Lauf der Jahre vertreten worden ist, kann der Senat nicht erkennen, dass die Auffassung des BGH zu der Schadenshöhe in Höhe von 5 - 15 % des Verkaufspreises - vorbehaltlich möglicher Aufzehrung durch erzielte Vorteile - unvertretbar wäre.

ll) Der Differenzschaden ist nicht durch erlangte Vorteile aufgezehrt.

mm) aa) Betreffend die Nutzungsvorteile nimmt der Senat auf die Ausführungen im Urteil des OLG Stuttgart zum Az. 24 U 103/22, Rn. 76 - 78, Bezug. Der Senat macht sich diese Ausführungen zu Eigen:

nn) Die Bewertung der gezogenen Nutzungen schätzt der Senat (*das OLG Stuttgart*) auf Basis der vom Bundesgerichtshof für zulässig erachteten Methode der linearen Wertminderung (vgl. u. a. BGH, Urteil vom 07.11.2022 - Via ZR 325/21, Rn. 25,

oo) [REDACTED] gemäß § 287 ZPO unter Zugrundelegung einer Gesamtleistung des Fahrzeugs von 250.000 km (ebenfalls von einer Gesamtleistung in Höhe von 250.000 km ausgehend - Fundstellen jeweils [REDACTED]: BGH, Beschluss vom 09.12.2014 - Vili ZR 196/14, Rn. 3; OLG Stuttgart, Urteil vom 29.09.2020 - 12 U 449/19, Rn. 36; OLG Stuttgart, Urteil vom 02.04.2020 - 2 U 249/19, Rn. 56; OLG Stuttgart, Urteil vom 12.05.2021 - 9 U 17/21, Rn. 49; OLG Stuttgart, Urteil vom 13.04.2021 - 16a U 718/20, Rn. 88; OLG Stuttgart, Urteil vom 20.04.2021 - 16a U 71/20, Rn. 81; OLG Stuttgart, Beschluss vom 12.03.2021 - 23 U 728/21, Rn. 7; OLG Karlsruhe, Urteil vom 06.11.2019 - 13 U 37/19, Rn. 108; OLG Celle, Urteil vom 22.01.2020 - 7 U 445/18, Rn. 65; OLG Köln, Urteil vom 24.03.2020 - I-4 U 235/19, Rn. 128; OLG Hamm, Urteil vom 14.08.2020 - 45 U 22/19, Rn. 129; jeweils [REDACTED]).

pp) Bei der Einschätzung der Gesamtleistung eines Fahrzeugs ist nicht lediglich auf den Motor, sondern auf das [REDACTED] in seiner Gesamtheit abzustellen (Eggert, in: Reinking/Eggert, Der Autokauf, 14. Auflage 2020 Rn. 3573). Dabei ist zu beachten, dass die höhere Motorleistung heutiger Kraftfahrzeuge durch die Störungsanfälligkeit von deren Elektronik negativ kompensiert wird. Bei Versagen der Elektronik ist das Kraftfahrzeug nicht mehr einsatzfähig und häufig auch nicht mehr wirtschaftlich reparabel, obwohl Motor und Karosserie noch in vergleichsweise gutem Zustand sein mögen (BeckOGK/Schall, 01.11.2020, BGB § 346 Rn. 437; OLG Stuttgart, Urteil vom 27.11.2019 - 9 U 202/19, Rn. 58, juris). Zur Annahme einer Gesamtleistung von 250.000 km führt auch die Schätzung anhand der vom KBA veröffentlichten Statistiken für das Durchschnittsalter von Personenkraftwagen und deren durchschnittlicher Jahresfahrleistung (vgl. OLG Köln, Urteil vom 24.03.2020 - I-4 U 235/19, Rn. 128, juris). Denkbare Schwankungen gehen nicht über die mit einer Schätzung ohnehin und immer einhergehenden Unsicherheiten hinaus, welche im Rahmen der Schadensschätzung nach § 287 ZPO vom Gesetz aber in Kauf genommen werden (vgl. BGH, Urteil vom 26.06.2023 - Via ZR 335/21, Rn. 72, juris). Höhere Gesamtleistungen kommen vor, umgekehrt aber auch geringere. Für die voraussichtliche Gesamtleistung fällt beides nicht ins Gewicht (vgl. OLG Stuttgart, Urteil vom 20.04.2021 - 16a U 71/20, Rn. 82, juris).

qq) Weiter schätzt der Senat den Wert der gezogenen Nutzungen auf Basis des von der Klagepartei tatsächlich gezahlten Kaufpreises und nicht auf Basis des um den Differenzschadensersatz reduzierten objektiven Fahrzeugwertes.

rr) Dafür, entsprechend dem von der Beklagten vorgelegten Beschluss des OLG Naumburg zum Az. 3 U 118/22 (Anlage BB 3) die geringe Fahrleistung der Klagepartei mit einer Nutzungsdauer von 13 Jahren hochzurechnen und so zu einer deutlich unter 250.000 km liegenden Gesamtlaufzeit zu gelangen - die Beklagte befürwortet 70.000 km - besteht keine Veranlassung. Bei der generalisierenden Schätzung der Gesamtlaufzeit, die die übliche Nutzungsdauer eines Fahrzeugs mit berücksichtigt, zum Nachteil der Klagepartei zu berücksichtigen, dass sie als Individuum weniger gefahren ist, als sie hätte fahren können, begegnet Bedenken. Ob der Käufer zur Zeit des Kaufs konkret geplant hat, deutlich weniger zu fahren als üblich und deshalb eine deutlich geringere Gesamtfahrleistung eingeplant hat, ist zweifelhaft. Vielmehr darf ein Käufer erwarten, ein [REDACTED] mit einer üblichen voraussichtlichen Gesamtaufleistung zu erwerben; es steht in seinem Belieben, das [REDACTED] mehr oder weniger intensiv zu nutzen, möglicherweise in unterschiedlichen Lebensphasen in unterschiedlich starkem Umfang. Wenn sich im Rückblick die tatsächliche Nutzung des Fahrzeugs durch den Käufer als vergleichsweise geringfügig erweist, rechtfertigt dies nicht die Annahme, dass der Käufer zur Zeit des Kaufs lediglich eine für seinen persönlichen Bedarf ausreichende Gesamtaufleistung hätte erwarten dürfen. Dadurch, dass der Käufer weniger nutzt als üblich, ist der Wert der tatsächlichen Nutzung durch den Käufer nicht höher als nach der üblichen Berechnungsmethode. Im Übrigen sind keine klaren Abgrenzungskriterien erkennbar, wie gering eine tatsächliche Nutzung durch den Käufer sein muss, damit die Gesamtaufleistung durch Multiplikation einer auch nicht zweifelsfreien Zahl von mutmaßlichen Nutzungsjahren berechnet wird und nicht entsprechend der üblichen Praxis mit 250.000 km beziffert wird. Mithin verbleibt es auch im vorliegenden Fall bei der Zugrundelegung einer Gesamtaufleistung von 250.000 km.

ss) Am 15.01.2024 betrug der km-Stand 49.242 km. Die Nutzungsvorteile sind mithin entsprechend der üblichen Formel wie folgt zu berechnen:

tt) $43.000,00 \text{ €} \times (49.242 \text{ km} - 21.668 \text{ km}) \cdot 1. (250.000 \text{ km} - 21.668 \text{ km}) = 5.192,80 \text{ €}.$

uu) bb) Der Restwert des streitgegenständlichen Fahrzeugs ist auf nicht mehr als 23.100,00 € zu schätzen. Der von der Beklagten behauptete Restwert in Höhe von mindestens 32.000,00 € ist überhöht. Die Beklagte stützt sich auf ein Angebot aus einer nicht näher bezeichneten Gebrauchtwagenbörse; ob das [REDACTED] zu dem angebotenen Preis verkauft werden konnte, ist nicht bekannt. Gebrauchtwagenbörsen enthalten Angebote von Händlern oder wie hier von einem Privatanbieter. Die Angebote enthalten eine Händlermarge oder sind zumindest Ausdruck der Wunschvorstellung des Anbieters. Der Kläger hat hinge-

vv) gen eine DAT-Bewertung vorgelegt, die einen Betrag von 23.100,00 € ausweist. Der Senatsberichterstatte hat die Recherche auf der Internetseite der Deutschen Automobil Treuhand GmbH nachvollzogen und hat unter Berücksichtigung des zuletzt mitgeteilten Kilometerstandes 49.242 km einen noch geringfügig niedrigeren Wert in Höhe von 23.000,00 € ermittelt. Auf der Internetseite der [REDACTED] werden Händlereinkaufspreise ausgegeben, also die Beträge, die ein Kunde, der sein gebrauchtes Auto verkaufen möchte, erhält. Im vorliegenden Zusammenhang erscheint es angemessen, auf den Händlereinkaufspreis abzustellen, nicht auf den Wunschbetrag des Anbieters, der bei gewerblichen Anbietern eine Handelsmarge enthält oder bei Privatanbietern unrealistisch überhöht sein kann (so auch OLG Stuttgart, Urteil vom 18.12.2023, 16a U 1115/22, Rn. 79; OLG München, Urteil vom 15.11.2023, 7 U 197/22, Rn. 65, zitiert nach [REDACTED]).

ww) Mithin legt der Senat der Restwertschätzung die vom Kläger vorgelegte, von der Beklagten nicht mit konkreten Einwendungen angegriffene DAT-Bewertung zugrunde. [REDACTED] die DAT-Bewertung eine hinreichende Schätzungsgrundlage im Sinne von § 287 ZPO darstellt, muss dem auf Einholung eines Sachverständigengutachtens gerichteten Beweisangebot der Beklagten nicht nachgegangen werden.

xx) Die Summe aus Nutzungsvorteilen, 5.192,80 €, und Restwert, 23.100,00 €, beträgt 28.202,80 €. Sie liegt weit unter dem objektiven Wert in Höhe von 38.700,00 € (= 43.000,00 € - 4.300,00 €), dem um den Differenzschaden reduzierten Kaufpreis.

yy) Der BGH hat in der Entscheidung zum Az. Via ZR 335/21 auch eine Berücksichtigung der durch das Softwareupdate entstandenen Vorteile bei der Bemessung der Nutzungsvorteile zugelassen. Die vom Beklagtenvertreter in der Verhandlung vor dem Senat am 16.01.2024 erwähnte Entscheidung des BGH zum Az. Via ZR 468/21 bekräftigt dies. Dieser Entscheidung zufolge ist für eine Vorteilsausgleichung von Bedeutung, in welchem Umfang das Aufspielen des von der Beklagten angebotenen Software-Updates geeignet gewesen wäre, das [REDACTED] nachträglich aufzuwerten; eine etwaige Aufwertung des Fahrzeugs durch das Software-Update ist unter den im Senatsurteil vom 26.06.2023 (Via ZR 335/21) genannten Voraussetzungen als Vorteil. Rückschlüsse auf den Umfang einer etwaigen Aufwertung des Fahrzeugs lassen sich aus der Entscheidung zum Az. Via ZR 468/21 nicht ziehen. Die betreffende [REDACTED] aus der Entscheidung vom 26.06.2023 unter Rn. 80 schränkt den Anwendungsbereich einer Aufwertung des Fahrzeugs durch das Update dahingehend ein, dass eine Schadensminderung mit dem Update nur verbunden sein, wenn und soweit das Software-Update die Gefahr von Betriebsbeschränkungen signifikant reduziert.

zz) In der Praxis ist es im Zusammenhang mit der Dieselpolitik erst dann zu bindenden Rückrufen gekommen, wenn ein Update zur Verfügung stand, mit dem die Gefahr einer Stilllegung des Fahrzeugs ausgeräumt werden konnte. So verhielt es sich bereits bei dem Motor EA 189, der Auslöser des „Dieselskandals“ war. Dass Fahrzeuge mit Dieselmotor stillgelegt werden könnten, ohne dass dem Fahrzeugeigentümer die Möglichkeit gegeben worden wäre, eine Stilllegung durch ein Update abzuwenden, war von Beginn des „Dieselskandals“ eine eher abstrakte Gefahr, die sich bei keinem Modell realisiert hat. Die Gefahr der Stilllegung wurde stets erst dann konkret, wenn ein Update bereitgestellt war und der Fahrzeugeigentümer dieses nicht aufspielen ließ. Von daher hat sich die Rechtsposition des Fahrzeugeigentümers, was die Vermeidung einer Stilllegung nach Aufspielen eines Updates zwar verbessert, aber im Hinblick darauf, dass die Gefahr der Stilllegung vor Bereitstellung des Updates eher abstrakt war und erst mit Bereitstellung des Updates konkret und real geworden ist, nicht derart eklatant, dass durch das Update als solches alle Nachteile kompensiert worden wären. Auch nach Aufspielen des jeweils aktuellen Updates bleibt die seit dem Kauf des Fahrzeugs dem Grunde nach bestehende Unsicherheit hinsichtlich weiterer rechtlicher Probleme, die aus dem Vorliegen einer unzulässigen Abschalteinrichtung folgen könnten, etwa im Hinblick auf zu erwartende Änderungen des Umgangs des KBA mit Abschalteinrichtungen im Nachgang zur aktuellen Rechtsprechung des [REDACTED]-wieg zu den Voraussetzungen der Zulässigkeit der AdBlue-Dosierungsstrategie oder des Thermofensters. Diese den Kläger belastende Unsicherheit ist durch das Update möglicherweise geringer geworden, aber nicht entfallen.

aaa) Es kann dahingestellt bleiben, ob eine nach dem Kauf erfolgte Wertsteigerung durch das Update dem Grunde nach bejaht werden kann. Die Wertsteigerung durch das Update müsste mit einem höheren Betrag als 10.497,20 € (hängt vom KM-Stand ab) zu beziffern sein, damit überhaupt eine zumindest teilweise Aufzehrung des Differenzschadens erreicht würde. Denn erst, wenn zu dem Betrag in Höhe von 28.202,80 €, der Summe von Nutzungsvorteilen und Restwert, ein weiterer Vorteil im Wert von mehr als 10.497,20 € hinzukommt, wird der objektive Wert 38.700,00 € (= Kaufpreis 43.000,00 € - 10 %) überhaupt erst erreicht. Erst darüber hinausgehende Vorteile können zur Aufzehrung des Differenzschadens führen. Trotz des Updates, das sich auf die AdBlue-Dosierungsstrategie bezogen hat, bleibt die Unsicherheit hinsichtlich der Fortdauer der Nutzbarkeit, weil nicht absehbar ist, welche Folgen sich für den Kläger aus der verwaltungsgerichtlichen Rechtsprechung zu der Ad-Blue-Dosierungsstrategie ergeben. Dafür, den hier durch das Update erzielten Vor-

bbb) teil höher zu bewerten als mit 10.497,20 €, besteht wegen der aus den dargestellten Gründen eingeschränkten wirtschaftlichen Bedeutung des Updates für den Kläger keine Veranlassung.

ccc) Nach alldem ist der Differenzschaden nicht durch erlangte Vorteile aufgezehrt.

ddd) Die Beklagte ist nicht gemäß §§214 Abs. 1,195,199 Abs. 1 BGB berechtigt, die Leistung zu verweigern. Dass der Kläger bereits vor Ablauf des Jahres 2019 von den den Anspruch begründenden Umständen Kenntnis gehabt haben soll oder dass seine Unkenntnis auf grober Fahrlässigkeit beruhen soll, ist durch den Vortrag der Beklagten nicht hinreichend dargelegt. Dass der Kläger die Tagesschau vom 22.04.2016 gesehen und dabei die von der Beklagten auf S. 70 der Berufungserwiderung zitierte Meldung zur Kenntnis genommen habe, ist genauso wenig dargelegt, wie dass der Kläger das [REDACTED] vom 20.04.2016 oder den Geschäftsbericht 2016 der Beklagten vom 14.02.2017 gelesen habe. Die Medienberichterstattung zum Thermofenster bei Fahrzeugen der Beklagten war, anders als zuvor die Berichterstattung über die „Schummelsoftware“ bei Volkswagen, nicht so auffällig, dass es als grob fahrlässig angesehen werden könnte, wenn der Kläger vor Ablauf des Jahres 2019 keine Kenntnis von der Betroffenheit seines Fahrzeugs vom „Abgasskandal“ gehabt hätte, zumal auch nach dem Vorbringen der Beklagten sich die Berichterstattung nicht etwa auf die Steuerung der AdBlue-Dosierung (Strategie A) bezogen hat, auf die im vorliegenden Fall der zuerkannte Anspruch des Klägers zurückgeht, sondern auf das Thermofenster, bezüglich dessen die Beklagte wegen unvermeidbaren Verbotsirrtums nicht schuldhaft gehandelt hat.

eee) Mithin ist die Verjährung durch die Klageerhebung im Jahr 2022 gehemmt worden.

fff) 2. Der Antrag zu 1. aus dem Schriftsatz vom 08.01.2024 gegen die Beklagte ist nicht gemäß § 826 BGB oder § 823 Abs. 2 BGB i. V. m. § 263 StGB begründet, also gemäß den in Betracht kommenden Grundlagen für mögliche Ansprüche in einer Höhe, die von dem in der Entscheidung des BGH zum Az. Via ZR 335/21 eröffneten Rahmen von 5 -15 % des Kaufpreises abzüglich erzielter Vorteile unabhängig wäre. Mithin besteht kein auf § 826 BGB oder § 823 Abs. 2 BGB i. V. m. § 263 StGB zu stützender Anspruch auf kleinen Schadensersatz in Höhe von weiteren 2.150,00 €, die von dem Anspruch auf Differenzschadensersatz noch nicht abgedeckt sind.

ggg) Bezogen auf das Thermofenster gilt, unabhängig davon, ob es objektiv eine unerlaubte Abschaltvorrichtung ist, nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs Folgendes: 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. Schon zur Feststellung der objektiven 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. Insbesondere bei mittelbaren Schädigungen kommt es ferner darauf an, dass der Schädiger das Unwerturteil, sittenwidrig gehandelt zu haben, gerade auch in Bezug auf die Schäden desjenigen trifft, der Ansprüche aus § 826 BGB geltend macht (BGH, Urteile vom 30.07.2020, Az.: VI ZR 5/20, Rn. 29; vom 25.05.2020, Az.: VI ZR 252/19, Rn. 15; vom 07.05.2019, Az.: VI ZR 512/17, Rn. 8 - jeweils zitiert nach [REDACTED]).

hhh) Im vorliegenden Fall kann in Bezug auf das Thermofenster das Vorliegen einer Abschaltvorrichtung im Sinne von Art. 5 Abs. 2 S. 1 der Verordnung 715/2007/EG zugunsten des Klägers sogar unterstellt werden.

iii) Auch dies würde für die Annahme der Sittenwidrigkeit nicht ausreichen. Der Bundesgerichtshof hat zu dieser Frage in Fällen, die von der Beklagten hergestellte Fahrzeuge betrafen, entschieden (Beschluss vom 19.01.2021, Az.: VI ZR 433/19, Rn. 16 -19; BGH, Beschluss vom 09.03.2021, Az.: VI ZR 889/20; sowie die Urteile vom 16.09.2021, Az.: VII ZR 190/20; VII ZR 286/20; VII ZR 321/20; VII ZR 322/20 - jeweils zitiert nach [REDACTED]):

jjj) Der Umstand, dass die Abgasrückführung im [REDACTED] des Klägers nach seinem Sachvortrag durch eine temperaturabhängige Steuerung des Emissionskontrollsystems bei einstelligen Positivtemperaturen reduziert und letztlich ganz abgeschaltet wird, reicht für sich genommen nicht aus, um dem Verhalten der für die Beklagte handelnden Personen ein sittenwidriges Gepräge zu geben. Dabei kann zugunsten des Klägers in tatsächlicher und rechtlicher Hinsicht unterstellt werden, dass eine derartige temperaturbeeinflusste Steuerung der Abgasrückführung als unzulässige Abschaltvorrichtung im Sinne von Art. 5 Abs. 2 Satz 1 der Verordnung 715/2007/EG zu qualifizieren ist. Der darin liegende Gesetzesver-

kkk) stoß wäre auch unter Berücksichtigung einer damit einhergehenden Gewinnerzielungsabsicht der Beklagten für sich genommen nicht geeignet, den Einsatz dieser Steuerungssoftware durch die für die Beklagte handelnden Personen als besonders verwerflich erscheinen zu lassen. Hierfür bedürfte es vielmehr weiterer Umstände.

III) Der Einsatz einer temperaturabhängigen Steuerung des Emissionskontrollsystems ist nicht mit der Fallkonstellation zu vergleichen, die dem Urteil des Bundesgerichtshofs vom 25.05.2020 (VI ZR 252/19) zugrunde liegt und in der der Bundesgerichtshof das Verhalten des beklagten Automobilherstellers gegenüber dem klagenden Fahrzeugkäufer als sittenwidrig qualifiziert hat. Dort hatte der Automobilhersteller die grundlegende strategische Frage, mit welchen Maßnahmen er auf die Einführung der - im Verhältnis zu den nach zuvor geltendem Recht strengeren - Stickoxidgrenzwerte der Euro 5-Norm reagieren würde, im eigenen Kosten- und Gewinninteresse dahingehend entschieden, von der Einhaltung dieser Grenzwerte im realen Fahrbetrieb vollständig abzusehen und dem Kraftfahrtbundesamt stattdessen zwecks Erlangung der Typgenehmigung mittels einer eigens zu diesem Zweck entwickelten Motorsteuerungssoftware wahrheitswidrig vorzuspiegeln, dass die von ihm hergestellten Dieselfahrzeuge die neu festgelegten Grenzwerte einhalten. Die Software war bewusst und gewollt so programmiert, dass die gesetzlichen Abgasgrenzwerte nur auf dem Prüfstand beachtet, im normalen Fahrbetrieb hingegen überschritten wurden (Umschaltlogik), und zielte damit unmittelbar auf die arglistige Täuschung der Typgenehmigungsbehörde ab (vgl. BGH, Urteil vom 25.05.2020-VI ZR 252/19, Rn. 16 bis 27). Die mit einer derartigen - evident unzulässigen - Abschalteinrichtung versehenen Fahrzeuge hatte der Hersteller sodann unter bewusster Ausnutzung der Arglosigkeit der Erwerber, die die Einhaltung der gesetzlichen Vorgaben und die ordnungsgemäße Durchführung des Typgenehmigungsverfahrens als selbstverständlich voraussetzten, in den Verkehr gebracht. Ein solches Verhalten steht einer unmittelbaren arglistigen Täuschung der Fahrzeugerber in der Bewertung gleich (vgl. BGH, Urteil vom 25.05.2020 - VI ZR 252/19, Rn. 23, 25).

mmm) Bei dem Einsatz einer temperaturabhängigen Steuerung des Emissionskontrollsystems fehlt es an einem derartigen arglistigen Vorgehen des beklagten Automobilherstellers, das die Qualifikation seines Verhaltens als objektiv sittenwidrig rechtfertigen würde. Die im streitgegenständlichen ■■■■■■ eingesetzte temperaturbeeinflusste Steuerung der Abgasrückführung unterscheidet nicht danach, ob sich das ■■■■■■ auf dem Prüfstand oder im normalen Fahrbetrieb befindet. Sie weist keine Funktion auf, die bei erkanntem Prüfstandbetrieb eine verstärkte Abgasrückführung aktiviert und den Stickoxidausstoß gegenüber dem normalen Fahrbetrieb reduziert, sondern arbeitet in beiden Fahrsituationen im

nnn) Grundsatz in gleicher Weise. Unter den für den Prüfzyklus maßgebenden Bedingungen (Umgebungstemperatur, Luftfeuchtigkeit, Geschwindigkeit, Widerstand, etc.; vgl. Art. 5 Abs. 3 a) der Verordnung 715/2007/EG i. V. m. Art. 3 Nr. 1 und 6, Anhang III der Verordnung (EG) Nr. 692/2008 der Kommission vom 18.07.2008 zur Durchführung und Änderung der Verordnung 715/2007/EG, ABl. L 199 vom 28.07.2008, S. 1 ff.) entspricht die Rate der Abgasrückführung im normalen Fahrbetrieb derjenigen auf dem Prüfstand.

ooo) Bei dieser Sachlage wäre der Vorwurf der Sittenwidrigkeit gegenüber der Beklagten nur gerechtfertigt, wenn zu dem - hier unterstellten - Verstoß gegen die Verordnung 715/2007/EG weitere Umstände hinzuträten, die das Verhalten der für sie handelnden Personen als besonders verwerflich erscheinen ließen. Die Annahme von Sittenwidrigkeit setzt jedenfalls voraus, dass diese 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. Fehlt es hieran, ist bereits der objektive Tatbestand der Sittenwidrigkeit nicht erfüllt. Dabei trägt die Darlegungs- und Beweislast für diese Voraussetzung nach allgemeinen Grundsätzen der Kläger als Anspruchsteller (vgl. BGH, Urteil vom 25.05.2020 - VI ZR 252/19, Rn. 35).

ppp) Im Grundsatz trägt derjenige, der einen Anspruch aus § 826 BGB geltend macht, die volle Darlegungs- und Beweislast für die anspruchsbegründenden Tatsachen. Bei der Inanspruchnahme einer juristischen Person hat der Anspruchsteller dementsprechend auch darzulegen und zu beweisen, dass ein verfassungsmäßig berufener Vertreter (§ 31 BGB) die objektiven und subjektiven Tatbestandsvoraussetzungen des § 826 BGB verwirklicht hat. In bestimmten Fällen ist es indes Sache der Gegenpartei, sich im Rahmen der ihr nach § 138 Abs. 2 ZPO obliegenden Erklärungspflicht zu den Behauptungen der beweispflichtigen Partei substantiiert zu äußern. Dabei hängen die Anforderungen an die Substantiierungslast des Bestreitenden zunächst davon ab, wie substantiiert der darlegungspflichtige Gegner - hier der Kläger - vorgetragen hat. In der Regel genügt gegenüber einer Tatsachenbehauptung des darlegungspflichtigen Klägers das einfache Bestreiten des Beklagten. Ob und inwieweit die nicht darlegungsbelastete Partei ihren Sachvortrag substantiieren muss, lässt sich nur aus dem Wechselspiel von Vortrag und Gegenvortrag bestimmen, wobei die Ergänzung und Aufgliederung des Sachvortrags bei hinreichendem Gegenvortrag immer zunächst Sache der darlegungs- und beweispflichtigen Partei ist.

qqq) Eine sekundäre Darlegungslast trifft den Prozessgegner der primär darlegungsbelasteten Partei, wenn diese keine nähere Kenntnis der maßgeblichen Umstände und auch keine

rrr) Möglichkeit zur weiteren Sachaufklärung hat, während der Bestreitende alle wesentlichen Tatsachen kennt und es ihm unschwer möglich und zumutbar ist, nähere Angaben zu machen. Dem Bestreitenden obliegt es im Rahmen seiner sekundären Darlegungslast, Nachforschungen zu unternehmen, wenn ihm dies zumutbar ist. Die sekundäre Darlegungslast führt jedoch weder zu einer Umkehr der Beweislast noch zu einer über die prozessuale Wahrheitspflicht und Erklärungslast (§ 138 Abs. 1 und 2 ZPO) hinausgehenden Verpflichtung des in Anspruch Genommenen, dem Anspruchsteller alle für seinen Prozessserfolg benötigten Informationen zu verschaffen. Genügt der Anspruchsgegner seiner sekundären Darlegungslast nicht, gilt die Behauptung des Anspruchstellers nach § 138 Abs. 3 ZPO als zugestanden.

sss) Nach diesen Grundsätzen setzt eine sekundäre Darlegungslast der Beklagten zu Vorgängen innerhalb ihres Unternehmens, die auf eine Kenntnis ihrer verfassungsmäßigen Vertreter von der Verwendung der unzulässigen Abschaltvorrichtung schließen lassen sollen, jedenfalls voraus, dass das (unstreitige oder nachgewiesene) Parteivorbringen hinreichende Anhaltspunkte enthält, die einen solchen Schluss nahelegen (BGH, Urteile vom 30.07.2020 - VI ZR 367/19, Rn. 14 ff.; vom 25.05.2020 - VI ZR 252/19, Rn. 38 f. - jeweils zitiert nach [REDACTED]).

ttt) Tatsächliche Feststellungen eines Berufungsgerichts sind nicht bereits deshalb rechtsfehlerhaft, weil das Berufungsgericht seine Rückschlüsse auf den Vorsatz ohne vorherige umfassende Prüfung des objektiven Sachverhalts gezogen hätte. Reichen die von einer Partei für das Vorstellungsbild der anderen Partei behaupteten Indizien nach Auffassung des Tatgerichts für eine dahingehende Überzeugungsbildung auch dann nicht aus, wenn sie sich als zutreffend erweisen, so ist das Tatgericht nicht gehalten, Feststellungen zu den behaupteten Indizien zu treffen. Auch darf das Berufungsgericht die Unzulässigkeit entsprechender Softwarekonfigurationen, insbesondere eines Thermostats, ohne Weiteres unterstellen, ohne hieraus im Rahmen der ihm obliegenden freien Beweiswürdigung den Schluss ziehen zu müssen, die Beklagte habe die Unzulässigkeit der Abschaltvorrichtung auch billigend in Kauf genommen (BGH, Urteil vom 26.04.2022, VI ZR 435/20, Rn. 20, zitiert nach [REDACTED]).

uuu) Aus einer etwaig unterbliebenen Offenlegung der genauen Wirkungsweise des Thermostats gegenüber dem KBA folgen keine Anhaltspunkte, dass für die Beklagte tätige Personen in dem Bewusstsein handelten, eine unzulässige Abschaltvorrichtung zu verwenden. Selbst wenn die Beklagte im Typgenehmigungsverfahren - erforderliche - Angaben zu den Einzelheiten der temperaturabhängigen Steuerung unterlassen haben

vvv) sollte, wäre die Typgenehmigungsbehörde nach dem Amtsermittlungsgrundsatz gemäß § 24 Abs. 1 Satz 1 und 2 VwVfG gehalten gewesen, diese zu erfragen, um sich in die Lage zu versetzen, die Zulässigkeit der Abschalteinrichtung im streitgegenständlichen [REDACTED] zu prüfen (BGH, Beschluss vom 15.09.2021, VII ZR 2/21, Rn. 17, zitiert nach [REDACTED]).

www) Auch der Vortrag des Klägers zu Unterlagen der [REDACTED] aus den Jahren 2015, 2009 und 2006 rechtfertigt keine abweichende Wertung. Aus den Unterlagen vom 02.10.2015 ergibt sich nicht, dass die [REDACTED] die dort aufgeführten Funktionen als rechtswidrig ansieht; es wurde lediglich, anscheinend im Zusammenhang mit der damals aktuell bekannt gewordenen Diesel-Problematik, eine „potentiell kritische Verwendung“ der genannten Positionen vermerkt. Darauf, dass Verantwortungsträger der Beklagten beim Inverkehrbringen des hier gegenständlichen Fahrzeugtyps Jahre vorher das Bewusstsein oder mindestens bedingten Vorsatz hinsichtlich des Vorliegens einer unzulässigen Abschalteinrichtung gehabt haben sollen, lassen die Unterlagen keinen Schluss zu.

xxx) Angesichts dieser Umstände bleibt es bei der Regel, dass die Darlegungs- und Beweislast für das Vorliegen einer unzulässigen Abschalteinrichtung, hier des Thermofensters, wie generell die Darlegungs- und Beweislast für die Voraussetzungen eines deliktischen Anspruchs grundsätzlich beim Kläger liegt, insbesondere für die Umstände, die die Wertung des Verhaltens der Beklagten als sittenwidrig rechtfertigen können, und für den Schädigungsvorsatz.

yyy) Im Hinblick auf die bezüglich des Thermofensters unsichere Rechtslage ist nicht dargetan, dass sich den für die Beklagte tätigen Personen die Gefahr einer Schädigung des Klägers hätte aufdrängen müssen (so bereits BGH, Urteil vom 16.09.2021, VII ZR 190/20, Rn. 32, zitiert nach [REDACTED]). Bis zum heutigen Tag werden bis in die höchstrichterliche Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs hinein durchgreifende Zweifel bereits am Vorliegen der objektiven Tatbestandsmerkmale der Sittenwidrigkeit der Verwendung eines Thermofensters angeführt. Dies bekräftigt Zweifel daran, dass zu der Zeit, als die Beklagte die hier maßgebliche Typgenehmigung beantragte, die für die Beklagte verantwortlich Handelnden eine Täuschung oder Schädigung von Fahrzeugkäufern billigend in Kauf genommen haben.

zzz) Auf einen Vergleich von Straßen-Messergebnissen und Prüfstands-Messergebnissen kommt es für die Beurteilung der Sittenwidrigkeit einer Typgenehmigungserlangung für einen Motor nicht an, weil für diese eben nur die Prüfstandsbedingungen maßgeblich sind.

aaaa) Dass die entsprechenden Werte im Realbetrieb diejenigen erheblich übertreffen, die im seinerzeit maßgeblichen „Neuen Europäischen Fahrzyklus“ (NEFZ) erzielt werden, ist schon angesichts der Unterschiede der Bedingungen und unabhängig von der Verwendung einer Umschaltlogik zu erwarten und stellt deshalb für sich allein keinen hinreichenden Anhaltspunkt dafür dar, dass der entsprechende Motor zur Täuschung der zuständigen Behörde auf dem Prüfstand in einem anderen Modus als außerhalb des Prüfstandes betrieben wird (BGH, Urteil vom 26.04.2022, VI ZR 435/20, Rn. 15, zitiert nach [REDACTED]).

bbbb) Hinsichtlich der Sittenwidrigkeit gilt für die SCR-Abschalteinrichtungen Entsprechendes wie für das Thermofenster. Insoweit nimmt der Senat Bezug auf Ausführungen des OLG Schleswig im Urteil vom 02.01.2024, 7 U 57/23, Rn. 31 -38 (zitiert nach [REDACTED]). Der Senat macht sich diese Ausführungen des OLG Schleswig zu Eigen:

cccc) c) AdBlue-Dosierungsstrategie

(1) Rückrufbescheide des KBA vom 23.05.2018 und 03.08.2018

dddd) Der Kläger behauptet, dass das Abgasreinigungssystem im Straßenverkehr grundlegend anders arbeite als unter Prüfbedingungen. Innerhalb der Bedingungen des NEFZ komme eine andere Strategie der Abgasreinigung zur Anwendung, die nach einer gewissen Zeit mit Hilfe einer Timer-Funktion abschalte. „Strategie A“ betrifft die Wahl zwischen zwei unterschiedlichen Regelstrategien bei der Eindüsung von AdBlue. Die Rückrufbescheide des KBA vom 23.05.2018 und 03.08.2018 belegen, dass das KBA beim streitgegenständlichen [REDACTED]-typ nur die „Strategie A“ beanstandet hat.

(2) Die Funktionsweise des SCR-Katalysators, bei der zwei unterschiedliche Betriebsarten für die Dosierung der AdBlue-Einspritzung verwendet werden, nämlich die Speicher- bzw. Füllstandberechnung einerseits und die Online-Berechnung andererseits, ist unstreitig Gegenstand des Rückrufs für das streitgegenständliche [REDACTED]. Dabei beanstandet das KBA nicht, dass die genannten beiden unterschiedlichen Betriebsarten verwendet werden; das sei vielmehr „technisch nachvollziehbar“. In seiner Auskunft vom 21.01.2021 gegenüber dem Landgericht Stuttgart im Verfahren 11 O 631/19 betreffend einen [REDACTED] 114 CDI, Motortyp OM 651 führt das KBA aus: „Im Bescheid des KBA vom 23.05.2018 wurde auf Basis der Einlassungen des Fahrzeugherstellers für

(3) das betroffene [REDACTED] festgestellt, dass das [REDACTED] im Emissionskontrollsystem eine Strategie verwendet, mit der die Wirksamkeit des Emissionskontrollsystems in unzulässiger Weise reduziert wird, obwohl normale Betriebsbedingungen vorliegen. Dabei wählt das [REDACTED] in Abhängigkeit von Parametern, wie u. a. auch auf Basis der ausgestoßenen Stickoxidmasse, unterschiedlich wirksame Abgasnachbehandlungsstrategien. Während in bestimmten Betriebsbereichen, wie z. B. unter Typprüfbedingungen, stets die effektivste Strategie aktiv ist, werden unter bestimmten Bedingungen und/oder nach Erreichen bestimmter Parameter auch unter Bedingungen, die bei normalem Fahrzeugbetrieb zu erwarten sind, auch weniger effektive Abgasnachbehandlungsstrategien zugelassen, ohne dass hierfür in jedem Fall der notwendige Grund erkannt werden konnte. Dies wird als unzulässige Abschalteneinrichtung bewertet.“

(4) Die beiden Modi haben folgende Funktionen: Der Füllstands-Modus ermöglicht eine schnelle Sättigung des Katalysators und die damit einhergehende hohe Reinigungsleistung. In diesem Modus wird mehr Ammoniak dosiert, als zur Reinigung der vorhandenen Stickoxide benötigt wird. Diese überschießende Dosierung führt aber nicht immer zu einer „besseren“ Reinigungsleistung im Vergleich zum Onlinebetrieb. Vielmehr wird zunächst ein Großteil des Ammoniaks eingespeichert und steht folglich nicht zur Reaktion zur Verfügung. Die erhöhte Eindosierung von Ammoniak hat deshalb nicht stets und automatisch einen „sauberen“ Modus zur Folge. Der Online-Modus erlaubt einen sicheren Betrieb bei hoher Sättigung und abnehmender Speicherfähigkeit des Katalysators. Im Onlinemodus erzielt der Katalysator regelmäßig eine absolut gesehen höhere Reinigungsleistung als diejenige, die für die Einhaltung der Grenzwerte innerhalb des NEFZ erforderlich wäre. Für einen Wechsel zwischen den beiden Modi soll es - so die Beklagte - immer auf die jeweiligen Betriebsbedingungen ankommen. Nur in der Kombination von Füllstands- und Onlinemodus läge ein sicheres Emissionskontrollsystem vor. Die Steuerung sei auf dem Prüfstand und der Straße immer gleich. Bei den beiden Berechnungsmodellen handele es sich auch nicht um einen „sauberen“ und einen „schmutzigen“ Modus bzw. einen „Prüfstands-“ und einen „Straßen“-Modus.

(5) Das KBA hat im Rahmen des Rückrufs nicht bemängelt, dass das [REDACTED] über eine AdBlue-Dosierungsstrategie mit zwei verschiedenen Modi verfügt (Füllstands- und Online-Modus). Vielmehr hat das KBA nur einen spezifischen Aspekt der Schaltbedingungen für den Wechsel zwischen den beiden o. g. Be-

(6) rechnungsmodi gerügt. Beanstandet wurde lediglich, dass die betroffenen Fahrzeuge während der Fahrt nach Erreichen eines bestimmten Roh-NO_x-Integrals (= „Stickoxidmasse“; in diesem Fall konkret 13g Roh-NO_x) nicht bis zum nächsten Motorstart wieder von der Online- in die Füllstandberechnung zurückschalteten (d. h. erst nach einem Motorneustart konnte wieder in den Füllstands-Modus zurück gewechselt werden). Der Wechsel der Berechnungsmodelle sollte nach dem Vortrag der Beklagten bei der Zuführung von „AdBlue“ verhindern, dass umweltschädliches Ammoniak aus dem Auspuff austrete („Ammoniak-schlupf“). Die Sensoren könnten nämlich nicht zwischen Stickoxid und Ammoniak unterscheiden, auch könne der Füllstand des im SCR-Katalysator gespeicherten Ammoniaks nicht gemessen werden, sondern werde nur näherungsweise berechnet. Wegen des Risikos einer „AdBlue“-Überdosierung und eines „Ammoniak-schlupfes“ wechsele deshalb das System nach Ausstoß einer bestimmten Gesamtmenge an Stickoxid-Rohemissionen innerhalb einer bestimmten Zeit in die Online-Berechnung. Das KBA verlangte mit dem Rückruf vom 03.08.2018 eine Software-Anpassung, die erst im Lauf der Zeit mit zunehmendem Erkenntnisfortschritt möglich geworden sei. Es erwarte - so die Beklagte - eine Verschiebung der Abwägung von der Vorbeugung von Ammoniak-Emissionen hin zur Vorbeugung von Stickoxid-Emissionen. Dieser Aspekt könne nun aufgrund verbesserter Berechnungsmodelle besser gelöst werden. Der ursprünglich konservative Ansatz der Beklagten im Hinblick auf Ammoniak-schlupf könne nunmehr - in Übereinstimmung mit dem KBA - technisch im Hinblick auf eine weitere NO_x-Reduzierung optimiert werden (vgl. OLG Schleswig, Urteil vom 30.11.2021, 7 U 36/21, juris, Rn 83).

(7) Dieser Sachverhalt bietet keine greifbaren tatsächlichen Anknüpfungspunkte dafür, dass der Einsatz der beiden Betriebsarten von einer verwerflichen Gesinnung der Beklagten zum Zeitpunkt des Inverkehrbringens getragen wäre. Solche Anhaltspunkte zeigt auch der Kläger nicht auf. Insoweit kann auch der Erkenntnis- bzw. Meinungsstand des zuständigen KBA im Sommer 2018 für die Beurteilung einer möglicherweise verwerflichen Gesinnung des Herstellers nicht maßgebend sein. Vielmehr kommt es allein auf die sog. „ex-ante Sicht“ des Herstellers zum Zeitpunkt der Betriebsgenehmigung bzw. des Inverkehrbringens an (OLG Schleswig, Urteil vom 30.11.2021, 7 U 36/21, juris, Rn. 84). Schließlich sind die „nachträglichen Nebenbestimmungen“ des KBA durch das bei dem streitgegenständlichen [REDACTED] bereits aufgespielte Software-Update inzwischen umgesetzt worden. Dieses Update war von der Beklagten nach umfang-

(8) reichen Erprobungen zeitnah entwickelt und von dem zuständigen KBA ausdrücklich am 12.09.2018 freigegeben worden. Der Kläger trägt deshalb weiterhin die volle Darlegungs- und Beweislast für seine Behauptung, dass in seinem [REDACTED] unzulässige Abschalteinrichtungen verbaut worden seien. Sein Vortrag kann den Senat aus den dargelegten Gründen jedoch nicht überzeugen.

(9) Das Inverkehrbringen eines mit einer unzulässigen Abschalteinrichtung ausgerüsteten Kraftfahrzeugs durch einen Fahrzeughersteller ist nach nunmehr gefestigter Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs (vgl. BGH, Urteil vom 20.07.2023 - III ZR 303/20, BeckRS 2023, 22148, Rn. 11 m. w. N.) nicht schon wegen des darin liegenden Gesetzesverstosses als sittenwidriges Verhalten gegenüber dem Käufer des Fahrzeugs anzusehen. Damit eine unzulässige Abschalteinrichtung eine Haftung des Fahrzeugherstellers wegen sittenwidriger vorsätzlicher Schädigung gemäß §§ 826, 31 BGB auslösen kann, müssen vielmehr weitere Umstände hinzutreten, die sein Verhalten als besonders verwerflich erscheinen lassen. Diese Voraussetzungen sind im vorliegenden Fall aufgrund der vorstehenden Ausführungen nicht gegeben.

(10) Ob Mitarbeiter der Beklagten rechtskräftig wegen Betrugs verurteilt worden sind, kann dahingestellt bleiben. Ein konkreter Bezug zum vorliegenden Fall kann nicht hergestellt werden. Welcher Mitarbeiter wen worüber getäuscht haben soll und wer aufgrund welchen Irrtums in welcher Weise eine Vermögensverfügung an wen vollzogen haben soll und wer in welcher Weise geschädigt worden sein soll, ist dem Klagevorbringen nicht zu entnehmen.

(11) Das OBD-System ist bereits keine Abschalteinrichtung. Das OBD-System, dessen Vorhandensein der Kläger auch rügt, soll Fehlfunktionen der Emissionskontrollsysteme erkennen und melden. Das Eingreifen sowohl einer zulässigen als auch einer unzulässigen Abschalteinrichtung erfolgt jedoch stets planmäßig und stellt sich somit gerade nicht als Fehlfunktion dar. Das Unterbleiben der Fehlermeldung ist somit für sich genommen aussageneutral und bietet keine Anhaltspunkte für eine Gut- oder Bösgläubigkeit der handelnden Personen (so bereits OLG Frankfurt, Urteil vom 17.07.2021, 17 U 63/19, Rn. 54; entsprechend auch OLG Hamm, Urteil vom 28.01.2021, 18 U 21/20, Rn. 164, jeweils zitiert nach [REDACTED]).

(12) Ein Anspruch gemäß § 823 Abs. 2 BGB i. V. m. § 263 StGB besteht mangels Täuschungsvorsatzes nicht, darüber hinaus bei dem hier vorliegenden Gebrauchtwagenkauf auch nicht wegen fehlender Stoffgleichheit zwischen einem möglichen Schaden des Klägers und dem

(13) erstrebten Vermögensvorteil der Beklagten (BGH, Urteil vom 30.07.2020, VI ZR 5/20, Rn. 18, zitiert nach ■■■■■).

(14) 3. Die Zinsforderung ist gemäß § 288 BGB begründet, aber erst ab dem Tag nach der Zustellung des Antrags vom 08.01.2024. Der Hauptantrag war bis zum 07.01.2024 auf großen Schadensersatz gerichtet Zug um Zug gegen Übergabe des Fahrzeugs; Verzugszinsen hätte der Kläger bei Begründetheit des Anspruchs auf großen Schadensersatz erst ab Eintritt von Annahmeverzug beanspruchen können. ■■■■■ ein Anspruch gemäß § 826 BGB, auf den großer Schadensersatz hätte gestützt werden können, aus den dargestellten Gründen nicht bestand, bestand auf der Grundlage des auf großen Schadensersatz gerichteten Antrags kein Zahlungsverzug, der nur bei Annahmeverzug der Beklagten mit der Entgegennahme des Fahrzeugs hätte vorliegen können. ■■■■■ ein Anspruch auf großen Schadensersatz auch vor Eingang des Schriftsatzes vom 08.01.2024 nicht bestanden hat, nach der gefestigten und insoweit auch durch die Entscheidungen vom 26.06.2023 bestätigten Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs (Az. Via ZR 335/21 u. a.) auch nicht auf der Grundlage von § 823 Abs. 2 BGB i. V. m. §§ 6, 27 EG-FGV oder unmittelbar auf der Grundlage von Vorschriften der VO (EG) 715/2007, hat sich die Beklagte auch nicht in Annahmeverzug befunden. Der Hauptantrag war vor Eingang des Schriftsatzes vom 08.01.2024 nicht auf Differenzschadensersatz gerichtet (in diesem Sinne auch OLG Stuttgart, Urteil vom 19.10.2023, 24 U 103/22, Rn. 81).

(15) Ein Anspruch auf Erstattung von vorgerichtlichen Anwaltskosten besteht nicht. Allein auf der Grundlage des § 823 Abs. 2 BGB in Verbindung mit § 6 Abs. 1, § 27 Abs. 1 EG-FGV kann neben dem Anspruch auf Ersatz des Differenzschadens eine Erstattung vorgerichtlicher Rechtsanwaltskosten nicht verlangt werden (vgl. BGH, Urteil vom 16.10.2023, Via ZR 14/22, Rn. 13, zitiert nach ■■■■■). Dass der Kläger vor der Beauftragung der jetzigen Prozessbevollmächtigten die Beklagte persönlich mit der Zahlung von Differenzschadensersatz in Verzug gesetzt hätte, ist nicht ersichtlich. Gegenstand des vorgerichtlichen Anwaltsschreibens, um dessen Kosten es hier geht, war großer Schadensersatz. ■■■■■ ein Anspruch auf großen Schadensersatz gemäß § 826 BGB nicht besteht, können vorgerichtliche Anwaltskosten auch nicht deshalb beansprucht werden, weil sie zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung hinsichtlich eines Anspruchs auf großen Schadensersatz erforderlich gewesen wären.

(17) Die Kostenentscheidung beruht auf §§ 97 Abs. 1, 92 Abs. 1, 516 Abs. 3 ZPO, die Entscheidung über die vorläufige Vollstreckbarkeit auf §§ 708 Nr. 10, 713, 544 Abs. 2 ZPO.

(18) Die Voraussetzungen für eine Zulassung der Revision gemäß § 543 Abs. 2 ZPO liegen nicht vor.

(19) Die Entscheidung über die Höhe des Streitwerts für das Berufungsverfahren folgt aus §§ 43, 47, 48 Abs. 1, 63 Abs. 2 GKG i. V. m. § 3 ZPO. Der Berufungsantrag, der vorgerichtliche Anwaltskosten betrifft, wird gemäß § 43 GKG nicht berücksichtigt. Der bis zum 07.01.2024 angekündigte Antrag auf Feststellung des Annahmeverzugs hat keinen eigenständigen Wert, weil die Frage des Annahmeverzugs nur ein rechtlich unselbstständiges Element der umstrittenen Leistungsverpflichtung und deshalb mit dieser wirtschaftlich identisch ist (BGH, Beschluss vom 13.10.2020, Vili ZR 290/19, Rn. 7, zitiert nach [REDACTED]).

Buchloh

Fassian

Dr. _____

(20)
(21)
(22)
(23)

(24) Vorstehende Abschrift ~~—~~ **opie** stimmt mit der Urschrift überein und wir hiermit beglaubigt,

(25) (1) [REDACTED], 06. FEB. 2024

(26) (2) **Ga, 1048**

(27) (3) als Urkundsbeamter der Geschäftsstell

(28) (4) des Oberlandesgerichts Naumburg

(29)

(30)

(31)

(32)

(33)

(34)

(35)

(36)

(37)

(38)

(39)

(40)

(41)

(42)

