Posteingangsdatum Gansel Rechtsanwälte: 05.01.2024

[redacted]-
**Holsteinisches Oberlandesgericht**

Schl.-[redacted]. Oberlandesgericht, [redacted]

Rechtsanwälte
Gansel
[redacted]

für Rückfragen:
Telefon: 04621 86-2332
Telefax: 04621 86-1372

| Ihr Zeichen | Bitte bei Antwort angeben<br>Akten- / Geschäftszeichen | Datum |
|---|---|---|
| [redacted] | 7 U 57/23 | 05.01.2024 |

[redacted]. ./. Mercedes-Benz Group AG
wg. Forderung

Sehr geehrte Damen und Herren Rechtsanwälte,

anliegende Entscheidung (Urteil vom 02.01.2024) erhalten Sie zur Kenntnisnahme.

Mit freundlichen Grüßen

Alsen, Justizangestellte
Urkundsbeamtin der Geschäftsstelle
Dieses Schreiben wurde elektronisch erstellt und ist ohne Unterschrift gültig.

7 U 57/23
7 O 401/21 LG Flensburg
Verkündet am
[ ] durch Zustellung (§ 310 III ZPO)

**als Urkundsbeamtin/er der Geschäftsstelle**

# Schleswig-Holsteinisches Oberlandesgericht

## Urteil

## Im Namen des Volkes

In dem Rechtsstreit

[redacted], [redacted]

- Kläger und Berufungskläger -

Prozessbevollmächtigte:
Rechtsanwälte **Gansel (Rechtsanwalt [redacted])**,
[redacted],
[redacted], Gz.: [redacted]

gegen

**Mercedes-Benz Group AG**, vertreten durch den Vorstand, dieser vertreten durch den Vorstandsvorsitzenden [redacted],
[redacted]

- Beklagte und Berufungsbeklagte -

Prozessbevollmächtigte:
[redacted]
**(Rechtsanwalt Julian H. Knecht)**, [redacted], Gz.: [redacted] Oberlandesgerichts durch den Vorsitzenden Richter am Oberlandesgericht Röttger, den Richter am Oberlandesgericht Zickermann und den Richter am Oberlandesgericht Fürter auf Grund der mündlichen Verhandlung vom 19.12.2023 für Recht erkannt:

Auf die Berufung des Klägers wird das am 22.02.2023 verkündete Urteil des Einzelrichters der 7. Zivilkammer des Landgerichts Flensburg – unter Zurückweisung der Berufung im Übrigen – teilweise geändert und wie folgt neu gefasst:

1) Die Beklagte wird verurteilt, an den Kläger 1.960,47 € nebst Zinsen in Höhe von fünf Prozentpunkten über dem jeweiligen Basiszinssatz ab dem 03.03.2022 zu zahlen. Im Übrigen wird die Klage abgewiesen.

2) Die Kosten des Rechtsstreits im beiden Rechtszügen haben der Kläger zu 81 % und die Beklagte zu 19 % zu tragen.

3) Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar.

# Gründe

I.

Der Kläger nimmt die Beklagte auf Schadensersatz nach dem Kauf eines Gebrauchtwagenkaufes im Zusammenhang mit dem sog. Dieselskandal in Anspruch.

Bei dem streitgegenständlichen Fahrzeug handelt es sich um einen Mercedes Benz V 220 CDI, den der Kläger am 21.07.2016 von der Beklagten als Neufahrzeug (Km-Stand 12) für 52.272 € gekauft hat. Das Fahrzeug (EZ: 24.10.2016, EU-Typengenehmigung v. 11.05.2016) verfügt über den von der Beklagten hergestellten Motor OM 651. Es unterliegt der Abgasnorm Euro 6. Zur Abgasreduktion ist der Motor des Fahrzeuges mit einer innermotorischen Abgasrückführung ausgestattet (AGR), deren Wirkungsgrad u.a. von der Außentemperatur abhängig ist (sog. Thermofenster). Die Steuerung erfolgt in Abhängigkeit von der Außentemperatur. Ferner verfügt das Fahrzeug
über ein SCR-System, bei dem die Stickoxidemissionen durch das Zuführen von Harnstoff in Stickstoff und Wasserdampf aufgespalten werden.

Das Fahrzeug ist von einem nicht bestandskräftigen Pflichtrückruf des Kraftfahrtbundesamts betroffen. Mit Bescheid vom 3. August 2018 (Anlage B9, Bl. 478 ff. d. A. Landgericht) erließ das Kraftfahrtbundesamt u. a. in Bezug auf den hier vorliegenden Fahrzeugtyp einen „Ergänzungsbescheid“, der auf Anordnungen aus einem zuvor mit Datum vom 23. Mai 2018 erlassenen Bescheid Bezug nahm, der den Mercedes Vito 1.6 l Diesel Euro 6 betraf („Anordnung nachträglicher Nebenbestimmungen zur EG Typgenehmigung“, vgl. Anlage B8, Bl. 473 d. A. Landgericht). Mit dem Bescheid wird die Beklagte u. a. zur Entfernung von näher spezifizierten Abschalteinrichtungen und zur Umrüstung der Motorsteuerungssoftware aufgefordert. Dort wird unter „Sachverhalt“ ausgeführt:

„[redacted] verwendet im Emissionskontrollsystem des obigen Fahrzeugs verschiedene Strategien, mit denen die Wirksamkeit des Emissionskontrollsystems reduziert wird, obwohl normale Betriebsbedingungen vorliegen. Dies sind im Folgenden:
Strategie A
Beim Betrieb des SCR-Katalysators verwendet [redacted] zwei unterschiedliche Betriebsarten zur Eindüsung von Reagens. Unterschieden werden der Speicher- und der Online-Betrieb (Fill Level-Modus und Feed Forward-Modus). Die Verwendung mehrerer Betriebsarten ist technisch nachvollziehbar und wird für sich nicht beanstandet ...“

Die Beklagte hat zur Behebung ein Softwareupdate entwickelt, das vom KBA mit Bescheid vom 12.9.2018 freigegeben wurde.

Der Kläger veräußerte am 28.03.2021 das Fahrzeug mit kleineren Schäden bei einem Kilometerstand von 56.500 km zum Preis von 38.000 € (vgl. Anlage BK4, Bl. 304 eA). In dem vorformulierten Vertragsformular ist wurde im Abschnitt „Gewährleistung“ enthaltene Satz „Soweit Ansprüche aus Sachmängelgewährleistung gegen Dritte bestehen, werden sie an den Käufer abgetreten.“ gestrichen.

Der Kläger hat in der Hauptsache einen Minderwert in Höhe von 20 % des Bruttokaufpreises geltend gemacht und das Vorhandensein eines Thermofensters, die implementierte Kühlmittel-Solltemperatur-Regelung ([redacted]) sowie die AdBlue-Dosierungsstrategie gerügt.

Die Beklagte hat den Einsatz unzulässiger Abschalteinrichtungen bestritten.

Das Landgericht hat mit dem angefochtenen Urteil die Klage abgewiesen. Zur Begründung hat es im Wesentlichen ausgeführt, ein Anspruch aus §§ 826, 31 BGB sei nicht gegeben, da der Kläger eine sittenwidrige Schädigungshandlung nicht ausreichend dargelegt habe. Vertraglichen Ansprüchen stehe die von der Beklagten erhobene Einrede der Verjährung entgegen.

Gegen das Urteil wendet sich der Kläger, mit der er zunächst seine erstinstanzlichen Klagziele weiterverfolgt hat. Nach einem Hinweis des Senats auf die inzwischen ergangene Rechtsprechung zum Differenzschaden, hat der Kläger seine Anträge umgestellt und beantragt nunmehr unter Hinweis auf deliktische Anspruchsgrundlagen,

das angefochtene Urteil zu ändern und

1. die Beklagte zu verurteilen, an ihn einen Entschädigungsbetrag bezüglich des Fahrzeugs der Marke Mercedes-Benz V 220 CDI [redacted] mit der Fahrzeugidentifikations-

2. nummer [redacted] zu zahlen, dessen Höhe in das Ermessen des Gerichts

gestellt wird, der jedoch mindestens EUR 7.885,80 nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit Rechtshängigkeit betragen muss.

3. die Beklagte zu verurteilen, ihm die durch die Beauftragung seines Prozessbevollmächtigten entstandenen Kosten der außergerichtlichen Rechtsverfolgung in Höhe von EUR 1.461,32 nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit Rechtshängigkeit zu zahlen.

Die Beklagte beantragt,

die Berufung zurückzuweisen.

Im Übrigen haben die Parteien den Rechtsstreit übereinstimmend für erledigt erklärt.
Hinsichtlich des weiteren Vorbringens der Parteien im Berufungsrechtszug wird auf die zweitinstanzlich gewechselten Schriftsätze nebst Anlagen Bezug genommen.

Der Senat hat den Kläger persönlich angehört gemäß § 141 ZPO. Der Kläger hat u. a. angegeben, er sei 70 Jahre alt und von Beruf Lehrer für Mathematik und Kunst am Alten Gymnasium in [redacted] gewesen. Etwa 14 Tage vor dem Weiterverkauf, am 28.03.2021, habe das Fahrzeug
neuen [redacted] erhalten und auch das Software-Update sei aufgespielt worden. Er habe das Fahrzeug dann über die Plattform mobile.de angeboten und dem Erwerber mitgeteilt, dass Rückrufbetroffenheit und das Aufspielen des Updates mitgeteilt. Das Fahrzeug habe eine Beschädigung an der Heckklappe gehabt, die durch das Rangieren auf dem Parkplatz entstanden sei. Dieser Schaden sei ordnungsgemäß repariert worden. Das Schadensvolumen habe schätzungsweise 1.000,00 € betragen. Bei den Kratzern habe es sich lediglich um übliche Beschädigungen gehandelt, die durch den normalen Fahrzeuggebrauch entstanden seien.

II.

Die Berufung ist nur zum Teil begründet.

1. Dem Kläger steht kein Anspruch aus §§ 826, 31 BGB auf Schadensersatz in Höhe von mindestens 15 % des Kaufpreises zu.

Die Voraussetzungen für einen Schadenersatzanspruch nach §§ 826, 31 BGB liegen nicht vor. Der hier in Rede stehende Motortyp war schon mehrfach Gegenstand gerichtlicher Entscheidungen, so u.a. der Entscheidungen des erkennenden Senats vom 19.01.2022 (7 U 120/21) und vom

30.11.2021 (7 U 36/21). Hier wie dort sieht der Senat die Voraussetzungen eines Anspruches auf Schadenersatz aus § 826 BGB wegen der Verwendung illegaler Abschalteinrichtungen nicht als gegeben an.

Nach § 826 BGB ist, wer in einer gegen die guten Sitten verstoßenden Weise einem Anderen vor-

sätzlich Schaden zufügt, dem anderen zum Ersatz des Schadens verpflichtet. 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. Insbesondere bei mittelbaren Schädigungen kommt es ferner darauf an, dass den Schädiger das Unwerturteil, sittenwidrig gehandelt zu haben, gerade auch in Bezug auf die Schäden desjenigen trifft, der Ansprüche aus § 826 BGB geltend macht (BGH, Urteil vom 25.05.2020, VI ZR 252/19, Rn. 15 m.w.N.). Diese Voraussetzungen liegen nicht vor.

a) Bezüglich des Thermofensters liegt - selbst wenn man mit dem EuGH vom 17.12.2020 (C-693/18) insoweit eine unzulässige Abschalteinrichtung nach Art. 5 Abs. 2 Satz 1 VO (EG) 715/2007 annehmen wollte - keine vorsätzliche sittenwidrige Schädigung i.S.v. §§ 826,31 BGB vor (vgl. OLG Schleswig, Beschluss vom 19.01.2022, 7 U 120/21).

b) Kühlmittel-Solltemperatur-Regelung (███)

Hinsichtlich des „geregelten Kühlmittelthermostats“ (███) sind - wie beim Thermofenster- keine Umstände ersichtlich, die den Schluss auf ein verwerfliches Verhalten der für die Beklagte handelnden Personen i.S.v. §§ 826, 31 BGB zulassen. Diese Funktion ist beim streitgegenständlichen Fahrzeug vom KBA nicht beanstandet worden und wird vom KBA auch nicht grundsätzlich als unzulässig angesehen. Dies hat das KBA mehrfach gegenüber anfragenden Gerichten ausdrücklich bestätigt (u.a. Auskunft vom 19.04.2021 gegenüber dem LG Koblenz; Auskunft vom 29.06.2020 ggü. LG Halle). Beim geregelten Kühlmittelthermostat handelt es sich gerade nicht - wie bei dem manipulierten VW Motor EA 189 - um eine Softwarelogik, die den Prüfstandsmodus erkennt und deshalb die Intensität der Abgasreinigung davon abhängig macht, ob sich das Fahrzeug gerade auf dem Prüfstand oder im Straßenbetrieb befindet. Vielmehr ist der geregelte Kühlmittelthermostat sowohl im realen Straßenbetrieb als auch auf dem Prüfstand aktiviert und dient gerade der Reduktion von Emissionen beim Kaltstart. In Parallelverfahren vor dem OLG Stuttgart (Urteil vom 11.12.2020, 3 U 101/18) und vor dem LG Stuttgart (Urteil vom 19.10.2020, 6 O

139/18) haben zwei verschiedene Sachverständige den geregelten Kühlmittelthermostat technisch untersucht und nicht als unzulässige Abschalteinrichtung qualifiziert.

Mit der zeitweiligen Absenkung der eigentlichen Betriebstemperatur für den Kühlmittelthermostat wird die Motorerwärmung verzögert, um ein günstiges Verhältnis zwischen Stickoxid-Emissionen und Rußpartikeln herzustellen. Diese Maßnahme funktioniert technisch aber nur für die Phase des Motorwarmlaufs, danach hat die Funktion praktisch keinen Effekt mehr. Der übermäßige Einsatz berge, so die Beklagte Risiken für Motor, Bauteile und den sicheren Betrieb (Ölverdünnung, Schmierverluste, Ablagerungen). Deshalb sei auch die Einstellung einer Maximaldauer („Timer“) technisch sinnvoll. Dauere der Warmlauf nämlich atypisch lang, könne es zu einem übermäßigen Verschleiß kommen. Die [redacted] sei regelmäßig im Warmlauf aktiv und nicht künstlich an die Spezifika des Prüfstands geknüpft. Alle Steuerungsparameter kämen auch unter normalen Betriebsumständen im realen Straßenbetrieb vor. Die [redacted] könne deshalb auch häufig im realen Straßenbetrieb und nicht nur punktuell einen verhältnismäßig längeren Warmlauf gewährleisten und so für einen besseren Ausgleich von Stickoxiden und Rußpartikeln sorgen. Dieser Vortrag scheint dem Senat auch plausibel. Schließlich geht aus einer vom Bundesverkehrsminister beauftragten Studie hervor (Infas et al., Mobilität in Deutschland - MID Ergebnisbericht 2018, S. 70, 74, 80), dass der Warmlauf auch in der Praxis einen großen Teil aller realen Fahrten in Deutschland ausmacht. Pkw in Privathaushalten werden im Durchschnitt für 2 Fahrten pro Tag genutzt. Die mittlere Entfernung einer Einzelfahrt eines dieselbetriebenen Fahrzeugs beträgt 20 km, wobei etwa 75 % aller Fahrten mit Diesel-Pkw kürzere Strecken abdecken. Der Gesetzgeber hat wohl auch deshalb ähnliche Distanzen für den Prüfzyklus als repräsentativ erachtet und dem NEFZ eine Distanz von 11 km bzw. dem - hier nicht einschlägigen - WLTP von 23,25 km zugrunde gelegt (vgl. OLG Schleswig, Urteil vom 30.11.2021, 7 U 36/21, juris Rn. 63).

Aus den Rückrufbescheiden betreffend den streitgegenständlichen Fahrzeugtyp vom 23.05.2018 und dem Ergänzungsbescheid vom 03.08.2018 ergibt sich, dass Gegenstand des Rückrufs ausschließlich der Wechsel der Betriebsarten bei der AdBlue-Dosierung gewesen ist (dazu nachfolgend unter c). Zudem hat die Beklagte ausführlich dargelegt, dass Rückrufe im Zusammenhang mit der Funktion des geregelten Kühlmittelthermostats nur solche Fahrzeuge betreffen, die ohne sie die Grenzwerte nicht einhielten. Kein Euro-6 Fahrzeug der Beklagten sei von einem Pflichtrückruf im Zusammenhang mit dem geregelten Kühlmittelthermostat betroffen. Die konkreten Aktivierungsparameter der [redacted] werden inzwischen von der Beklagten offen kommuniziert und bestätigen gerade nicht den Vorwurf einer besonderen Prüfstanderkennungssoftware (vgl. OLG Schleswig, Urteil vom 30.11.2021,7 U 36/21, juris Rn. 65). Bis zum Erreichen von 70 °

[redacted] hat der Sollwert von 70 °C außerdem gar keine Auswirkungen. Ein Unterschied zwischen Fahrten mit einer Kühlmittelsolltemperatur von 70 °C und einer Kühlmittelsolltemperatur von 100 °C ist bei vielen Kurzstrecken irrelevant, weil sich der Motor bis zum Fahrtende noch nicht soweit aufgewärmt hat, dass das Kühlmittel überhaupt 70 °C warm geworden wäre. Werden die 70 °C jedoch überschritten, wirkt der geregelte Kühlmittelthermostat innerhalb seiner Aktivierungsbedingungen - und damit bei einem signifikanten Anteil der Fahrten auf der Straße - im städtischen Verkehr genauso wie im NEFZ (vgl. OLG Schleswig, Urteil vom 30.11.2021, a.a.O.)
Dass die Beklagte bezüglich des „geregelten Kühlmittelthermostats“ Mitteilungspflichten bewusst verletzt hätte, ist nicht ersichtlich. Allein aus dem Umstand, dass für das streitgegenständliche Fahrzeug ein Rückruf erfolgt ist, kann nicht der Schluss gezogen werden, es sei ein mitteilungspflichtiger Sachverhalt verheimlicht worden. Im Übrigen würde auch insoweit ein einfacher Gesetzesverstoß nicht ausreichen, um eine sittenwidrige Haftung der Beklagten nach § 826 BGB zu begründen (vgl. OLG Schleswig, Urteil vom 30.11.2021, 7 U 36/21, juris Rn. 66).

c) AdBlue-Dosierungsstrategie

(1) Rückrufbescheide des KBA vom 23.05.2018 und 03.08.2018

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 Fahrzeugtyp 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 Fahrzeug. 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 das betroffene Fahrzeug festgestellt, dass das Fahrzeug im Emissionskontrollsystem eine Strategie verwendet, mit der die Wirksamkeit des Emissionskontrollsystems in

(3) unzulässiger Weise reduziert wird, obwohl normale Betriebsbedingungen vorliegen. Dabei wählt
das Fahrzeug 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 Abschalteinrichtung bewertet."
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.

Das KBA hat im Rahmen des Rückrufs nicht bemängelt, dass das Fahrzeug 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. Berechnungsmodi gerügt. Beanstandet wurde lediglich, dass die betroffenen Fahrzeuge während der Fahrt nach Erreichen eines bestimmten Roh-NOx-Integrals (= "Stickoxidmasse"; in diesem Fall konkret 13g Roh-NOx) 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" verhin-

dern, dass umweltschädliches Ammoniak aus dem Auspuff austrete („Ammoniakschlupf“). 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 „Ammoniakschlupfes“ wechsle 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 verbesser-
ter Berechnungsmodelle besser gelöst werden. Der ursprünglich konservative Ansatz der Beklagten im Hinblick auf Ammoniakschlupf könne nunmehr - in Übereinstimmung mit dem KBA - technisch im Hinblick auf eine weitere NOx-Reduzierung optimiert werden (vgl. OLG Schleswig, Urteil vom 30.11.2021, 7 U 36/21, juris Rn 83).
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. Inso-
weit 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 Fahrzeug bereits aufgespielte Software-Update inzwischen umgesetzt worden. Dieses Update war von der Beklagten nach umfangreichen 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 ihrem Fahrzeug unzulässige Abschalteinrichtungen verbaut worden seien. Sein Vor-
trag kann den Senat aus den dargelegten Gründen jedoch nicht überzeugen.“

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.

2.

Aufgrund der vorstehenden Erwägungen kann der Kläger auch aus § 823 Abs. 2 BGB in Verbindung mit § 263 StGB keinen Schadensersatz verlangen.

3.

Der Kläger kann allerdings den Differenzschaden in Höhe von 1.960,47 € verlangen aus §§ 826 Abs. 2 BGB i.V.m. Art. 5 VO (EG) Nr. 715/2007, § 6 Abs. 1, § 27 Abs. 1 EG-FGV.

a) Hier hat die Beklagte - sowohl in Bezug auf das Thermofenster, als auch auf die [redacted] - eine unzutreffende Übereinstimmungsbescheinigung erteilt und damit gegen §§ 6 Abs. 1, 27 Abs. 1 EG-FGV verstoßen (vgl. Entscheidung des Senats vom 10.10.2023, Az. 7 U 100/22, veröffentlicht
bei BeckRS 2023, 27262). Eine unzutreffende Übereinstimmungsbescheinigung (Verstoß gegen §§ 6 Abs. 1, 27 Abs. 1 EG-FGV) liegt auch aufgrund des Einsatzes der Ad-Blue-Dosierungsstrategie vor. Beim Betrieb des SCR-Katalysators werden unterschiedliche Betriebsarten genutzt. Damit liegt der klassische Fall einer Abschalteinrichtung vor, denn die Wirkung des Emissionskontrollsystems wird im Sinne von Art. 5 Abs. 2 Satz 1 VO (EG) 715/2007 verringert, indem nach dem Motorstart in einen vergleichsweise effektiveren Modus geschaltet wird, wohingegen nach dem Erreichen u.a. einer bestimmten Stickoxidmasse nach Ablauf des Prüfzyklus dauerhaft in einen weniger effektiven Modus geschaltet wird. Insoweit ist auch keine Aussetzung des Verfahrens veranlasst oder ein gar, wie die Beklagte meint, ein Gutachten einzuholen. Denn die Beklagte räumt ein, dass differenzierte Regulierung der Dosiermenge zu einer Varianz der Wirkungsgrade führt (Bl. 170 eAkte). Der Senat muss auch nicht, wie die Beklagte meint (vgl. Bl. 245 eAkte) im Einzelnen definieren, was unter „normalen Betriebsbedingungen“ zu verstehen ist. Denn die von der Beklagten selbst bemühten Beispiele für die Notwendigkeit des Systems (vgl. Bl. 168 eAkte: schnelle Autobahnfahrten, hohe Last) bewegen sich jedenfalls noch im Rahmen normaler Betriebsbedingungen.

b) Hinsichtlich des Thermofensters kann der Beklagten freilich kein Fahrlässigkeitsvorwurf gemacht werden, weil sie zur Überzeugung des Senats einem unvermeidbaren Verbotsirrtum unterlag. Sie hielt das Thermofenster für rechtlich zulässig im Sinne des Art. 5 Abs. 2 S. 2 lit. a VO (EG) Nr. 715/07, da sie dessen Verwendung aus Bauteil- und Motorschutzgründen als technisch notwendig ansah. Für die Unvermeidbarkeit eines Irrtums genügt es, wenn die Rechtsauffassung

c) des Fahrzeugherstellers bei entsprechender Nachfrage von der für die EG-Typengenehmigung
oder für anschließende Maßnahmen zuständigen Aufsichtsbehörde bestätigt worden wäre (hypothetische Genehmigung). So liegt es hier. Zur Überzeugung des Senats steht fest, dass das KBA das von der Beklagten im Fahrzeug der Kläger implementierte Thermofenster auch dann nicht als unzulässig beurteilt hätte, wenn die Beklagte das KBA als zuständige nationale Behörde vor Erteilung der hier einschlägigen Typgenehmigung bzw. zum Kaufzeitpunkt um entsprechende Auskunft gebeten und dabei gegenüber dem KBA die Reichweite des Thermofensters konkret dargelegt hätte. Auf die diesbezüglichen weiteren Ausführungen in der Entscheidung des Senats vom 10.10.2023 zum Az. 7 U 100/22 (Rn. 66-70) wird verwiesen.
d) Auch wegen der Abschalteinrichtung des geregelten Kühlmittelthermostats liegt kein Verschul-

den der Beklagten vor. Auf die Ausführungen in der Entscheidung des Senats vom 14.11.2023 (Az. 7 U 19/23, BeckRS 2023, 31703) wird Bezug genommen. Hier ist der Fall entsprechend gelagert, denn der Rückruf bezieht sich hier nicht auf den Einsatz der [redacted].

e) 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 26.6.2023, VIa ZR 335/21, Rdn. 65; Oberlandesgericht Naumburg, Urteil vom 4.8.2023, 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 eine Haftung nach § 823 Abs. 2 BGB infolge eines unver-

meidbaren Verbotsirrtums aus (BGH, Urteil vom 26.06.2023 – VIa ZR 335/21, juris, Rn. 65).

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 Abschalteinrichtung 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
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 Urt. v. 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.

Die Beklagte selbst begründet in ihrem Schriftsatz vom 07.12.2023 (Bl. 317 ff. eAkte) das Vorliegen eines unvermeidbaren Verbotsirrtums funktionsbezogen auch lediglich für die Funktionen des
Thermofensters und der [redacted], nicht hingegen auf die von ihr verwendete Ad-Blue-Dosierungsstrategie.

Das KBA hätte bei entsprechender Kenntnis bereits im Zeitpunkt des Erwerbs durch den Kläger im Jahr 2016 die Ad-Blue-Dosierungsstrategie im streitgegenständlichen Fahrzeug 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 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.

f)
Dem Kläger steht daher ein Anspruch auf Erstattung des Differenzsschadens zu, den der Senat im vorliegenden Fall mit 1.960,47 € annimmt.

Für die Ermittlung der gemäß § 287 Abs. 1 ZPO unter Würdigung aller Umstände nach freier Überzeugung zu schätzenden Höhe des Differenzschadens gilt, dass der Schaden aus Gründen unionsrechtlicher Effektivität und der Verhältnismäßigkeit nicht geringer als 5 und nicht höher als 15 Prozent des gezahlten Kaufpreises sein kann (BGH, Urteil vom 26.6.2023, VIa ZR 335/21, juris
Rn. 72 ff.). Bei der Schätzung des Schadens innerhalb dieses Rahmens sind bei der Bestimmung des objektiven Werts des Fahrzeugs im Zeitpunkt des Vertragsschlusses die mit der Verwendung einer unzulässigen Abschalteinrichtung verbundenen Nachteile, insbesondere das Risiko behördlicher Anordnungen, zu berücksichtigen. Umfang der in Betracht kommenden Betriebsbeschränkungen und deren Eintrittswahrscheinlichkeit sind mit Rücksicht auf die Einzelfallumstände in den Blick zu nehmen. Über diese originär schadensrechtlichen Gesichtspunkte hinaus ist das Gewicht des der Haftung zugrundeliegenden konkreten Rechtsverstoßes für das unionsrechtliche Ziel der Einhaltung gewisser Emissionsgrenzwerte sowie der Grad des Verschuldens nach Maßgabe der Umstände des zu beurteilenden Einzelfalls zu bewerten. Zur Einholung eines Sachverständigengutachtens ist der Senat bei seiner Schätzung innerhalb des genannten Rahmens nicht gehalten. Eine schadensmindernde Berücksichtigung später eintretender Umstände im Wege der Vorteilsausgleichung ist geboten, wobei insofern die in der höchstrichterlichen Rechtsprechung entwickelten Maßstäbe zum „kleinen" Schadensersatz nach § 826 BGB sinngemäß gelten. Nutzungsvorteile und der Restwert des Fahrzeugs sind erst dann und nur insoweit schadensmindernd anzurechnen, als sie den Wert des Fahrzeugs bei Abschluss des Kaufvertrags (gezahlter Kaufpreis abzüglich Differenzschaden) übersteigen.

Der Senat geht davon aus, dass der Differenzschaden hier 10 % des gezahlten Bruttokaufpreises, also 5.227,20 €, beträgt. Bei der Schätzung ist insbesondere berücksichtigt worden, dass die Wahrscheinlichkeit des Eintritts behördlicher Beschränkungen äußerst gering war und ist. Dies ergibt sich aus dem bisherigen Verhalten des KBA, das den Motor der Beklagten mehrfach und intensiv überprüft hat. Das KBA hat ein von der Beklagten entwickeltes Software-Update freigegeben und danach von (weiteren) betriebseinschränkenden Maßnahmen abgesehen. Allerdings ist im Rahmen der Schätzung zu berücksichtigen, dass das Fahrzeug nach dem Update einen höheren Ad-Blue-Verbrauch aufweist, weshalb es nicht angemessen wäre, den Schaden an der unteren Grenze des Rahmens festzusetzen.

g) Dieser Schaden ist hier durch die Berücksichtigung der Grundsätze der Vorteilsausgleichung teilweise, allerdings nicht vollständig, aufgezehrt.

Auszugehen ist von einem Kaufpreis von 52.272 € (brutto) und einem sich daraus ergebenden möglichen Differenzschaden von 5.227,20 € (= 10 % des Kaufpreises). Bezogen auf den Bruttokaufpreis (52.272 €) errechnet sich hieraus nach der Formel (Multiplikation des Bruttokaufpreises mit den seit dem Erwerb gefahrenen Kilometern [hier 56.488 km, nämlich 56.500 km bei Verkauf abzüglich 12 km bei Erwerb], dividiert durch die im Kaufzeitpunkt zu erwartende Gesamtlaufleistung [250.000 km ./. 12 km = 249.988 km]) ein Nutzungsvorteil von 11.811,53 €. Da es sich um ein Mittelklasse-Fahrzeug mit einem kleinen Dieselmotor (<2,2 Liter; konkret 2.143 ccm) handelt, schätzt der Senat die Gesamtlaufzeit auf 250.0000 km (siehe insoweit: auch BGH, Urteile vom 27.7.2021, VI ZR 480/19, juris Rn. 25 ff.; vom 27.4. 2021, VI ZR 812/20, juris Rn. 16; vom 29.9.2021, VIII ZR 111/20, juris Rn. 56 ff.; OLG München, Beschluss vom 27.7.2023, 35 U 5534/22, juris Rn. 72; OLG Stuttgart, Urteil vom 19.10.2023, 24 U 103/22, Juris Rn. 76 f.).

Den Restwert des Fahrzeugs hat der Kläger hier durch den Verkauf des Fahrzeugs am 28.03.2021 für 38.000 € realisiert. Anhaltspunkte dafür, dass das Fahrzeug zu diesem Zeitpunkt tatsächlich einen höheren Wert hatte, hat der Senat nicht. Die von der Beklagten beigebrachte Recherche bei einer Gebrauchtwagenbörse (vgl. Anlage BB3, Bl. 352 ff. eAkte) mit 45.499 € indiziert nicht, dass der Kläger unter Verletzung seiner Schadensminderungspflicht das Fahrzeug zu günstig veräußert hat. Denn zum einen ist dem Senat bekannt, dass Preise in Gebrauchtwagenbörsen dieser Art oftmals noch im Zuge weiterer Vertragsverhandlungen abgesenkt werden. Zum anderen handelt es sich um einen Händlerpreis. Der Kläger, ein pensionierter Lehrer, kann am Markt nicht dieselben Preise wie ein Händler erzielen, zumal vom Händler angebotene Fahrzeugen stets auch mit Gewährleistung verkauft werden, deren Gewährung bei Privatverkäufen unüblich ist. Allerdings setzt der Senat den Restwert des Fahrzeugs bei Veräußerung wegen der im Kaufvertrag dokumentierten Schäden, die der Beklagten bei wertender Betrachtung nicht zuzurechnen sind, mit weiteren 500 €, also insgesamt mit 38.500 € an. Auch der merkantile Minderwert infolge des reparierten Vorschadens ist insoweit zu berücksichtigen, denn nach Angaben des Klägers wies das Fahrzeug einen Schaden auf, der für rund 1.000 € repariert werden musste. Die Summe aus Nutzungsvorteil (11.811,53 €) und Restwert (38.500 €) beträgt hiernach 50.311,53 € und übersteigt damit den tatsächlichen Fahrzeugwert bei Erwerb von 47.044,80 € (Kaufpreis abzüglich des Differenzschadens) um 3.266,73 €. Dieser Vorteil ist von dem vorstehend ermittelten Differenzschaden abzuziehen, so dass der Kläger noch 1.960,47 € beanspruchen kann.

h) Der Anspruch des Klägers ist nicht verjährt. Nach § 195 BGB beträgt die regelmäßige Verjährungsfrist, die auch für Ansprüche aus § 823 Abs. 2 BGB einschlägig ist, drei Jahre. Sie beginnt

i) gemäß § 199 Abs. 1 BGB mit Ablauf des Jahres, in dem der Anspruch entstanden ist und der Gläubiger von den anspruchsbegründenden Umständen und der Person des Schuldners Kenntnis erlangt hat oder ohne grobe Fahrlässigkeit hätte erlangen müssen – wobei die Darlegungs- und Beweislast für diese ihr günstigen Voraussetzungen bei der Beklagten liegt. Die erforderliche Kenntnis im Sinne des § 199 Abs. 1 BGB ist gegeben, wenn dem Geschädigten die Erhebung einer Schadensersatzklage, sei es auch nur in Form der Feststellungsklage, Erfolg versprechend, wenn auch nicht risikolos möglich ist (vgl. BGH, NJW 2021, 918, Rn. 8). Grob fahrlässige Unkenntnis liegt dann vor, wenn dem Gläubiger die Kenntnis fehlt, weil er die im Verkehr erforderliche Sorgfalt in ungewöhnlich grobem Maße verletzt und auch ganz naheliegende Überlegungen nicht angestellt oder das nicht beachtet hat, was jedem hätte einleuchten müssen. Ihm muss persönlich ein schwerer Obliegenheitsverstoß in seiner eigenen Angelegenheit der Anspruchsverfolgung vorgeworfen werden können. Die grob fahrlässige Unkenntnis bezieht sich ebenso wie die Kenntnis auf Tatsachen, auf eine zutreffende rechtliche Würdigung kommt es demgegenüber grundsätzlich nicht an (BGH, NJW 2020, 2534, Rn. 19 f.; BGH, NJW 2021, 918, Rn. 8 f.).
Nach diesem Maßstab ist bereits deshalb keine Verjährung eingetreten, weil die Beklagte nicht hinreichend dargelegt hat, wann der Kläger Kenntnis vom Vorhandensein unzulässiger Abschalteinrichtungen erlangt hat bzw. hätte erlangen müssen. Weder hat die Beklagte die Verwendung unzulässiger Abschalteinrichtungen öffentlich bekannt gegeben, noch hatte der Kläger aus anderen Quellen Anlass zu der Annahme, dass in dem von ihm erworbenen Fahrzeug unzulässige Abschalteinrichtungen verbaut waren. Die Beklagte bestreitet – im Gegenteil – weiterhin, überhaupt unzulässige Abschalteinrichtungen zu verwenden.

4.
Der Zinsausspruch folgt aus §§ 291 BGB, 261 ZPO. Da es sich bei der Umstellung von „großem Schadenersatz“ auf den Differenzschadenersatzanspruch nicht um einen neuen Anspruch im Sinne einer Klageerweiterung (§ 264 Nr.2 ZPO) oder Klageänderung (§ 263 ZPO) handelt (vgl. MüKoZPO/Becker-Eberhard, 6. Aufl. 2020, ZPO § 261 Rn. 30), sondern nur um eine stets zulässige Klageänderung, die den Klageanspruch nicht quantitativ erhöht, sind Rechtshängigkeitszinsen ab der Zustellung der ursprünglichen Klage zuzusprechen (vgl. OLG München, Urteil vom 10.
11.2023, 36 U 2864/22, juris Rn. 77; OLG Karlsruhe, Urteil vom 3.11. 2023, 8 U 104/21, juris Rn. 79; OLG Karlsruhe, Urteil vom 15.9.2023, 8 U 383/21, juris Rn. 97 -98; OLG Celle, Urteil vom 11.10.2023, 7 U 794/21, juris Rn. 85; a.A. ohne nähere Begründung OLG Celle, Urteil vom 22.11.2023, 7 U 40/23, juris Rn. 77; OLG Frankfurt a. M., Urt. v. 17.11.2023 – 4 U 192/22, BeckRS
2023, 32994): Rechtshängigkeitszinsen erst ab dem auf die Zustellung des Schriftsatzes mit dem

nunmehr geltend gemachten Differenzschaden). Wegen der ursprünglichen Zuvielforderung befand sich die Beklagte nicht in Verzug, so dass dem Kläger keine Verzugszinsen nach §§ 286, 288 BGB zustehen (vgl. OLG Celle, Urteil vom 11.10.2023, 7 U 794/21, juris Rn. 85). Der Kläger kann deshalb nur Rechtshängigkeitszinsen nach §§ 288, 291 ZPO ab dem auf die Zustellung der ursprünglichen Klage folgenden Tag verlangen.

5. Der Kläger hat keinen Anspruch auf Ersatz von vorgerichtlichen Rechtsanwaltskosten. Diese Rechtsanwaltskosten sind zwar gem. § 823 Abs. 2 BGB, 249 BGB grundsätzlich ersatzfähig, wenn sie aus Sicht des Geschädigten zur Wahrnehmung seiner Rechte erforderlich und zweckmäßig waren (vgl. BGH, Urteil vom 08.11.1994 - VI ZR 3/94, NJW 1995, 446 - 447; OLG Schleswig, Urteil vom 26.3.2020, 7 U 189/19). Der Kläger bat hier die Beklagte mit anwaltlichem Schreiben vom 30.07.2021 u. a. zum Verzicht auf die Einrede der Verjährung und um Abgabe eines Ver-

gleichangebots. Der Kläger, der sich insoweit das Wissen seiner bevollmächtigten Rechtsanwälte zurechnen lassen muss, konnte und durfte aber nicht davon ausgehen, dass die Beklagte „freiwillig“ diesen Ansinnen nachkommen würde. Vielmehr war es weitgehend, und insbesondere den Prozessbevollmächtigten des Klägers, die gerichtsbekannt eine Vielzahl sogenannter „Diesel-Geschädigter“ vertraten und vertreten, genau bekannt, dass die Beklagte auf derartige Aufforderungen nicht oder lediglich ablehnend reagierte. Den beauftragten Prozessbevollmächtigten des Klägers dürfte zu diesem Zeitpunkt bekannt gewesen sein, dass die Beklagte nicht freiwillig zum Schadenersatz oder zur Abgabe von Vergleichsangeboten bereit war. Diese Kenntnis muss sich der Kläger nach § 166 BGB zurechnen lassen. Das außergerichtliche Tätigwerden war daher weder erforderlich noch zweckmäßig, sondern generierte lediglich Gebührenansprüche, die unter dem Gesichtspunkt der Schadenminderungspflicht (§ 254 BGB) nicht ersatzfähig sind.

6. Die Nebenentscheidungen beruhen auf §§ 91a, 97 Abs. 1, 92, 708 Nr. 10, 713 ZPO. Der Kläger

hat die Kosten zu tragen, soweit der Rechtsstreit übereinstimmend für erledigt erklärt wurde, da das den zuerkannten Differenzschaden übersteigende Klagebegehren von Anfang an unbegründet war.

Die Revision ist nicht zuzulassen. Eine unter § 543 Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 Alt. 2 ZPO fallende Divergenz in Rechtsfragen besteht im Hinblick auf die vorstehenden Gründe nicht. Der Senat ist im Rahmen der vorliegenden Entscheidung von den Maßstäben ausgegangen, die der Gerichtshof der Europäischen Union und der Bundesgerichtshof, letzterer insbesondere in seinem Urteil vom 26.06.2023 (VIa ZR 335/21), zu den sogenannten „Dieselfällen“ aufgestellt haben. Unterschiedliche Ergebnisse, zu denen Berufungsgerichte gelangen, begründen für sich allein selbst dann

nicht die Notwendigkeit einer Entscheidung des Revisionsgerichts zur Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung im Sinne von § 543 Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 Alt. 2 ZPO, wenn beiden Urteilen ein völlig identischer Sachverhalt zugrunde lag (vgl. OLG Karlsruhe, Urteil vom 15.09.2023 – 8 U 383/21, BeckRS 2023, 24828, Rn. 103).

| | | |
|---|---|---|
| Röttger | Zickermann | Fürter |
| Vorsitzender Richter am Oberlandesgericht | Richter am Oberlandesgericht | Richter am Oberlandesgericht |

**Vermerk:**

Verkündet am 02.01.2024

Alsen, Justizangestellte
Urkundsbeamtin der Geschäftsstelle