

- Beglaubigte Abschrift -

OBERLANDESGERICHT OLDENBURG



Im Namen des Volkes

Urteil

8 U 201/22

13 O 2996/20 Landgericht Oldenburg

Verkündet am 16. Mai 2024

als Urkundsbeamtin der Geschäftsstelle

In dem Rechtsstreit

Kläger und Berufungskläger,

Prozessbevollmächtigte:

Anwaltsgesellschaft Hahn Rechtsanwälte PartG mbB, Marcusallee 38, 28359 Bremen,

Geschäftszeichen: [REDACTED]

gegen

Mercedes-Benz Group AG, vertreten durch den Vorstand, Mercedesstraße 120, 70372 Stuttgart,

Beklagte und Berufungsbeklagte,

Prozessbevollmächtigte:

[REDACTED]
[REDACTED]

hat der 8. Zivilsenat des Oberlandesgerichts Oldenburg durch [REDACTED]

[REDACTED] auf die mündliche Verhandlung vom 25. April 2024 für Recht erkannt:

Auf die Berufung des Klägers und unter Zurückweisung des weitergehenden Rechtsmittels wird das am 14. November 2022 verkündete Urteil der Einzelrichterin der 13. Zivilkammer des Landgerichts Oldenburg geändert und wie folgt neu gefasst:

Die Beklagte wird verurteilt, an den Kläger 2.433,75 € nebst Zinsen in Höhe von fünf Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 18. November 2020 zu zahlen.

Im Übrigen wird die Klage abgewiesen.

Von den in erster Instanz entstandenen Kosten des Rechtsstreits haben der Kläger 93% und die Beklagte 7% zu tragen. Von den Kosten des Berufungsverfahrens fallen dem Kläger 80% und der Beklagten 20% zur Last.

Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar.

Gründe:

I.

Von der Bezugnahme auf die tatsächlichen Feststellungen im angefochtenen Urteil mit Darstellung etwaiger Änderungen oder Ergänzungen (§ 540 Abs. 1 Nr. 1 ZPO) wird gemäß §§ 313a Abs. 1 Satz 1, 540 Abs. 2 ZPO abgesehen.

II.

Die zulässige Berufung des Klägers hat teilweise Erfolg. Die Klage ist in Höhe von 2.433,75 € nebst Zinsen begründet. Im Übrigen ist sie unbegründet, sodass die weitergehende Berufung zurückzuweisen war.

1. Der Kläger hat gegen die Beklagte keinen Anspruch auf Schadensersatz aus §§ 826, 31 BGB. Denn es fehlt an einer objektiv sittenwidrigen Schädigungshandlung der für die Beklagte handelnden Personen in Bezug auf den Schaden, den der Kläger durch den Erwerb des hier betroffenen Fahrzeugs erlitten haben will.

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 den Schädiger das Unwerturteil, sittenwidrig gehandelt zu haben, gerade auch in Bezug auf die Schäden desjenigen trifft, der Ansprüche aus § 826 BGB geltend macht (vgl. BGH, Beschluss vom 10. November 2021 – VII ZR 415/21, juris, Rn. 25 mwN).

Nach diesen Grundsätzen reicht der Umstand, dass eine die Abgasemissionen beeinflussende Einrichtung im Emissionskontrollsystem in einem Fahrzeug in tatsächlicher und rechtlicher Hinsicht als eine unzulässige Abschaltvorrichtung im Sinne von Art. 5 Abs. 2 Satz 1 der Verordnung (EG) Nr. 715/2007 zu qualifizieren ist, für die Begründung der objektiven Sittenwidrigkeit im Sinne des § 826 BGB nicht aus. Der darin liegende Gesetzesverstoß wäre für sich genommen nicht geeignet, den Einsatz dieser Steuerungssoftware durch die für den Fahrzeughersteller handelnden Personen als besonders verwerflich erscheinen zu lassen. Hierfür bedarf es vielmehr weiterer Umstände. So setzt die Annahme von Sittenwidrigkeit in diesen Fällen jedenfalls voraus, dass diese Personen bei der Entwicklung und/oder Verwendung der die Abgasemissionen beeinflussenden Einrichtung 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 (vgl. BGH, Beschluss vom 10. November 2021 – VII ZR 415/21, juris, Rn. 27).

Dabei trägt die Darlegungs- und Beweislast für das Bewusstsein von der Verwendung einer unzulässigen Abschaltvorrichtung und der billigenden Inkaufnahme des darin liegenden Gesetzesverstoßes nach allgemeinen Grundsätzen der Kläger als

Anspruchsteller (vgl. BGH, Beschluss vom 19. Januar 2021 - VI ZR 433/19, juris, Rn. 19; BGH, Beschluss vom 9. März 2021 – VI ZR 889/20, juris, Rn. 29). Hieraus folgt, dass der Kläger jedenfalls hinreichende Anhaltspunkte für ein derartiges Vorstellungsbild der für die Beklagte handelnden Personen darzulegen und gegebenenfalls zu beweisen hätte (vgl. BGH, Urteil vom 13. Juli 2021 – VI ZR 128/20, juris, Rn. 14; BGH, Beschluss vom 15. September 2021 - VII ZR 2/21, juris, Rn. 13). Denn eine sekundäre Darlegungslast der Beklagten zu Vorgängen innerhalb ihres Unternehmers, die darauf schließen lassen sollen, dass die für die Beklagte handelnden Personen in dem Bewusstsein der Verwendung einer unzulässigen Abschaltvorrichtung gehandelt haben, setzt jedenfalls voraus, dass das (unstreitige oder nachgewiesene) Parteivorbringen hinreichende Anhaltspunkte enthält, die einen solchen Schluss nahelegen (vgl. BGH, Urteil vom 8. März 2021 – VI ZR 505/19, juris, Rn. 28).

Nach diesen Maßstäben lässt sich ein objektiv sittenwidriges Handeln nicht feststellen, weil der Kläger keine hinreichenden Anhaltspunkte dargelegt und unter Beweis gestellt hat, die den Schluss auf eine bewusste Täuschung der Typgenehmigungsbehörde und/oder der billigenden Inkaufnahme eines etwaigen Gesetzesverstößes nahelegen.

a) Eine objektiv sittenwidrige Schädigungshandlung lässt sich nicht aus der Verwendung einer temperaturabhängigen Steuerung der Abgasrückführungsrate (Thermofenster) herleiten.

aa) Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs sind die Voraussetzungen eines Schadensersatzanspruchs wegen vorsätzlicher sittenwidriger Schädigung (§ 826 BGB) nicht bereits deshalb gegeben, weil ein Fahrzeughersteller einen Fahrzeugtyp aufgrund einer grundlegenden unternehmerischen Entscheidung mit einer temperaturabhängigen Steuerung des Emissionskontrollsystems ausgestattet und in den Verkehr gebracht hat. Dieses Verhalten ist für sich genommen nicht als sittenwidrig zu qualifizieren. Dies gilt auch dann, wenn der Fahrzeughersteller mit der Entwicklung und dem Einsatz dieser Steuerung eine Kostensenkung und die Erzielung von Gewinn erstrebt hat (vgl. BGH, Beschluss vom 19. Januar 2021 – VI ZR 433/19, juris Rn. 13).

Dies hat der Bundesgerichtshof damit begründet, dass der Einsatz einer temperaturabhängigen Steuerung des Emissionskontrollsystems nicht mit der Fallkonstellation zu vergleichen ist, die dem Urteil des Bundesgerichtshofs vom 25. Mai 2020 (VI ZR 252/19) zugrunde lag. Die in jener Entscheidung zu beurteilende Software war von der Beklagten bewusst und gewollt so programmiert worden, dass die gesetzlichen Abgasgrenzwerte nur auf dem Prüfstand beachtet, im normalen Fahrbetrieb hingegen überschritten wurden (Umschaltlogik); sie zielte damit unmittelbar auf die arglistige Täuschung der Typgenehmigungsbehörde ab (vgl. BGH, Beschluss vom 19. Januar 2021, aaO, Rn. 16 f.). Dagegen fehlt es bei dem Einsatz einer temperaturabhängigen Steuerung des Emissionskontrollsystems, die nicht danach unterscheidet, ob sich das Fahrzeug auf dem Prüfstand oder im realen Fahrbetrieb befindet, an einem derartigen arglistigen Vorgehen des Herstellers, das die Qualifikation seines Verhaltens als objektiv sittenwidrig rechtfertigen würde (vgl. BGH, Beschluss vom 19. Januar 2021, aaO, Rn. 18).

Deshalb ist bei der Verwendung einer entsprechend temperaturabhängigen Steuerung des Emissionskontrollsystems der Vorwurf der Sittenwidrigkeit gegenüber dem Hersteller nur gerechtfertigt, wenn zu einem etwaigen Verstoß gegen die Verordnung (EG) Nr. 715/2007 weitere Umstände hinzutreten, die das Verhalten der für den Hersteller 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 BGH, Beschluss vom 19. Januar 2021, aaO, Rn. 19; vgl. zum Ganzen ferner auch BGH, Beschluss vom 9. März 2021 – VI ZR 889/20, juris Rn. 26 ff.), wobei die Anforderungen an den Tatsachenvortrag des Klägers zum Vorhandensein einer Abschaltvorrichtung nicht überspannt werden dürfen (BGH, Urteil vom 26. Juni 2023 – VIa ZR 335/21, juris Rn. 53).

bb) Nach diesen Maßstäben lässt sich in Bezug auf die Verwendung einer temperaturabhängigen Steuerung der Abgasrückführungsrate ein sittenwidriges Verhalten

der für die Beklagte handelnden Personen nicht feststellen. Anhaltspunkte, anhand derer darauf geschlossen werden könnte, dass diese Personen bei der Entwicklung und/oder Verwendung der temperaturabhängigen Steuerung der Abgasrückführungsrate in dem Bewusstsein gehandelt hätten, eine unzulässige Abschaltvorrichtung zu verwenden, und den darin liegenden Gesetzesverstoß billigend in Kauf genommen hätten, hat der insoweit darlegungs- und beweisbelastete Kläger weder hinreichend vorgetragen noch unter Beweis gestellt.

Aus dem Vortrag des Klägers lässt sich bereits nicht schließen, dass auf Seiten der Beklagten ein Verstoß gegen die Regelung des Art. 5 Abs. 2 Satz 1 der Verordnung (EG) Nr. 715/2007 erkannt und für möglich gehalten worden wäre.

Den für die Beklagte handelnden Personen musste sich bei der Entwicklung oder Verwendung der temperaturabhängigen Steuerung der Abgasrückführungsrate nicht aufdrängen, dass es sich hierbei um eine unzulässige Abschaltvorrichtung handeln könnte. Denn der Ausnahmetatbestand des Art. 5 Abs. 2 Satz 2 lit. a) der Verordnung (EG) Nr. 715/2007 ließ sich jedenfalls auch dahingehend auslegen, dass es sich bei der zur Rechtfertigung der temperaturabhängigen Steuerung der Abgasrückführungsrate angeführten Belagsbildung im Abgasrückführungs-System (AGR-System) um eine Beschädigung des Motors handelt oder deren Vermeidung zum sicheren Betrieb des Fahrzeugs erforderlich ist. Im Übrigen ist auch weder vorgetragen noch sonst ersichtlich, dass bereits in dem Zeitpunkt der Entwicklung oder Verwendung des Thermofensters eine gegenteilige Auffassung in der Rechtsprechung oder der Literatur vertreten worden wäre.

Aus der Rechtsprechung des Gerichtshofs der Europäischen Union lässt sich nichts Gegenteiliges herleiten. Zwar lässt sich der Einsatz einer Abschaltvorrichtung danach nicht gemäß Art. 5 Abs. 2 lit. a) der Verordnung (EG) Nr. 715/2007 rechtfertigen, soweit diese unter normalen Betriebsbedingungen den überwiegenden Teil des Jahres funktionieren müsste, damit der Motor vor Beschädigung oder Unfall geschützt und der sichere Betrieb des Fahrzeugs gewährleistet wäre (vgl. EuGH, Urteil vom 21. März 2023 – C-100/21, juris Rn. 65; EuGH, Urteil vom 14. Juli 2022 – C-128/20, juris Rn. 63 ff.). Hierbei ist aber zu berücksichtigen, dass der Gerichtshof der Europäischen Union dieses Ausschlusskriterium erstmals in der erst nach dem

Fahrzeugerwerb durch den Kläger ergangenen Entscheidung vom 14. Juli 2022 formuliert hat und dass sich dieses Kriterium nicht unmittelbar aus dem Wortlaut des Art. 5 Abs. 2 der Verordnung (EG) Nr. 715/2007 ergab. Es kann nach alledem nicht von einem evidenten Gesetzesverstoß ausgegangen werden, soweit Fahrzeughersteller zuvor bei der Ausgestaltung ihres Emissionskontrollsystems dieses Kriterium (noch) nicht (hinreichend) berücksichtigt haben.

Die Annahme, dass sich die temperaturabhängige Steuerung der Abgasrückführungsrate gemäß Art. 5 Abs. 2 Satz 2 lit. a) der Verordnung (EG) Nr. 715/2007 grundsätzlich rechtfertigen lässt, stellt(e) sich mit Blick auf den Wortlaut der Regelung jedenfalls nicht als evident unzutreffend dar. Der Erlaubnistatbestand ließ sich jedenfalls auch dahingehend auslegen, dass es sich bei der zur Rechtfertigung der temperaturabhängigen Steuerung der Abgasrückführungsrate angeführten Belagsbildung im AGR-System um eine Beschädigung des Motors handelt oder deren Vermeidung zum sicheren Betrieb des Fahrzeugs erforderlich ist. Das Kraftfahrt-Bundesamt (KBA), die deutsche Typgenehmigungsbehörde, hat noch nach dem Urteil des Gerichtshofs der Europäischen Union vom 17. Dezember 2020 (C-693/18) explizit die Auffassung vertreten, dass sich die temperaturabhängige Steuerung der Abgasrückführungsrate nach Art. 5 Abs. 2 lit. a) der Verordnung (EG) Nr. 715/2017 rechtfertigen lässt (vgl. Stellungnahme des KBA zum EuGH-Urteil vom 17. Dezember 2020 zu Abschaltvorrichtungen, abrufbar auf dessen Homepage: https://www.kba.de/DE/Themen/Marktueberwachung/Abgasthematik/abgasthematik_node.html;jsessionid=E0FC8ECC1A68664746A7248396BF063F.live11311).

b) Ebenfalls gelingt es dem Kläger nicht, einen Schädigungsvorsatz der Beklagten bezüglich des geregelten Kühlmittelthermostats (KSR) darzulegen. Damit eine unzulässige Abschaltvorrichtung eine Haftung wegen sittenwidriger vorsätzlicher Schädigung gemäß §§ 826, 31 BGB auslösen kann, müssen nach gefestigter Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs weitere Umstände hinzutreten, die das Verhalten des Fahrzeugherstellers als besonders verwerflich erscheinen lassen (BGH, Urteil vom 6. November 2023 – VIa ZR 535/21, juris Rn. 10 mwN).

aa) Einen solchen Umstand kann es darstellen, dass die unzulässige Abschaltvorrichtung danach unterscheidet, ob das Kraftfahrzeug auf einem Prüfstand dem

Neuen Europäischen Fahrzyklus unterzogen wird oder ob es sich im normalen Fahrbetrieb befindet. Bei der Prüfstandbezogenheit handelt es sich um eines der wesentlichen Merkmale, nach denen eine unzulässige Abschalteneinrichtung die Anforderungen an eine sittenwidrige vorsätzliche Schädigung im Sinne des § 826 BGB erfüllt. Die Tatsache, dass eine Software ausschließlich im Prüfstand die Abgasreinigung verstärkt aktiviert, indiziert eine objektiv sittenwidrige arglistige Täuschung der Typgenehmigungsbehörde (BGH, Urteil vom 20. Juli 2023 - III ZR 303/20, juris Rn. 12). Die Indizwirkung entfällt allerdings, sofern die unzulässige Abschalteneinrichtung nicht grenzwertkausal ist. Im Fall der fehlenden Grenzwertkausalität bestehen keine Anhaltspunkte für eine Täuschung der Genehmigungsbehörde mit dem Ziel, die EG-Typgenehmigung zu erhalten (BGH, Urteil vom 6. November 2023 - VIa ZR 535/21, juris Rn. 11; BGH, Beschluss vom 23. Januar 2024 – VIa ZR 165/23, juris Rn. 11).

Sofern die verwendete Abschalteneinrichtung nicht grenzwertkausal ist oder auf dem Prüfstand und im normalen Fahrbetrieb im Grundsatz in gleicher Weise funktioniert, kommt eine Haftung nach §§ 826, 31 BGB nur in Betracht, wenn die konkrete Ausgestaltung der Abschalteneinrichtung angesichts der sonstigen Umstände die Annahme eines heimlichen und manipulativen Vorgehens oder einer Überlistung der Typgenehmigungsbehörde rechtfertigen kann. Diese Annahme setzt jedenfalls voraus, dass der Motorhersteller bei der Entwicklung der Abschalteneinrichtung in dem Bewusstsein handelte, eine unzulässige Abschalteneinrichtung zu verwenden, und den darin liegenden Gesetzesverstoß billigend in Kauf nahm. Fehlt es daran, ist bereits der objektive Tatbestand der Sittenwidrigkeit nicht erfüllt (BGH, Urteil vom 6. November 2023 – VIa ZR 535/21, juris Rn. 12; BGH, Beschluss vom 23. Januar 2024 – VIa ZR 165/23, juris Rn. 11).

bb) Gemessen hieran scheidet der Vorwurf der Sittenwidrigkeit.

Auch unter Zugrundelegung der klägerischen Behauptung, dass die KSR ausschließlich auf dem Prüfstand die Abgasreinigung verstärkt aktiviere und damit eine Prüfstandserkennung sei, indiziert dies nicht eine objektiv sittenwidrige arglistige Täuschung der Typgenehmigungsbehörde (vgl. BGH, Urteil vom 6. November 2023 – VIa ZR 535/21, juris Rn. 11). Denn vorliegend entfällt die Indizwirkung, da die KSR nicht grenzwertkausal ist, was zur Überzeugung des Senats (§ 286 ZPO) aufgrund

der erstinstanzlich eingeholten amtlichen Auskunft des KBA vom 22. Juni 2022 (GA I 163) feststeht. In dieser Auskunft hat das KBA ausgeführt, dass durch ein „Testing Out“ der Nachweis habe erbracht werden können, dass Fahrzeuge Mercedes E 200 Bluetec OM651 Euro 6 mit dem Getriebe NAG2 auch mit aktivierter (gemeint wohl: deaktivierter) Abschaltvorrichtung und damit mit verringerter Abgasrückführung die gesetzlich vorgeschriebenen Grenzwerte einhält. Das vorgenannte sowie das streitgegenständliche Fahrzeug seien hinsichtlich des Motors und der Abgasnachbehandlung vergleichbar.

Weitere Umstände, die das Verhalten der für die Beklagte handelnden Personen als besonders verwerflich erscheinen lassen, sind weder vorgetragen noch sonst ersichtlich.

Insoweit ist nicht ersichtlich, dass die für die Beklagte handelnden Personen bei der Entwicklung der KSR in dem Bewusstsein handelten, eine unzulässige Abschaltvorrichtung zu verwenden, und den darin liegenden Gesetzesverstoß billigend in Kauf nahmen. Die Auffassung von der Zulässigkeit der Ausgestaltung der KSR war sowohl im Zeitpunkt der Typgenehmigung als auch des Erwerbs des streitgegenständlichen Fahrzeugs durch den Kläger jedenfalls vertretbar (vgl. OLG Stuttgart, Urteil vom 15. Oktober 2021 - 23 U 506/21, juris Rn. 45), was schon daraus folgt, dass diese Funktion in vielen Fällen nicht Gegenstand einer Beanstandung durch das KBA war (vgl. OLG München, Urteil vom 27. Oktober 2021 - 20 U 5499/19, juris Rn. 44; Schleswig-Holsteinisches Oberlandesgericht, Urteil vom 30. November 2021 - 7 U 36/21, juris Rn. 64) und dass - wie der dem Senat bekannte Marktüberwachungsbericht 2019 des Kraftfahrt-Bundesamtes (dort S. 120 ff.) zeigt - diese Technik tatsächlich nur bei einem Teil der Fahrzeuge der Beklagten grenzwertrelevant, im Übrigen aber nicht zum Einhalten der Grenzwerte erforderlich ist (vgl. OLG Stuttgart, Urteil vom 15. Oktober 2021 - 23 U 506/21, juris Rn. 43; vgl. auch OLG Stuttgart, Urteil vom 10. Dezember 2021 - 23 U 229/21, juris Rn. 38). Insofern ist hier nicht offenkundig, dass die Annahme, bei der KSR handele es sich um eine zulässige Abschaltvorrichtung, jedenfalls zum Zeitpunkt des Inverkehrbringens des streitgegenständlichen Fahrzeugs sowie auch noch bei Erwerb durch den Kläger angesichts einer unsicheren Rechtslage keine zulässige Auslegung des Gesetzes darstellte (BGH, Beschluss vom 29. September 2021 - VII ZR 126/21, juris Rn. 22 f.;

KG, Urteil vom 22. Dezember 2020 - 21 U 1032/20, juris Rn. 39). Eine unternehmerische Entscheidung der Beklagten, durch den Einsatz einer KSR die Typgenehmigung zu erschleichen, kann daraus also nicht abgeleitet werden (vgl. OLG Stuttgart, Urteil vom 15. Oktober 2021 - 23 U 506/21, juris Rn. 43; OLG Köln, Urteil vom 19. Januar 2023 – 18 U 110/21, juris Rn. 45). Eine möglicherweise fahrlässige Verken- nung der Rechtslage durch die Beklagte genügt nicht für die Feststellung der be- sonderen Verwerflichkeit ihres Verhaltens (vgl. BGH, Beschluss vom 29. September 2021 - VII ZR 126/21, juris Rn. 23; BGH, Urteil vom 25. November 2021 - III ZR 202/20, juris Rn. 24).

c) Auch gelingt es dem Kläger nicht, einen Schädigungsvorsatz der für die Beklag- ten handelnden Personen in Bezug auf die unterschiedlichen Modi bei der Abgas- nachbehandlung des SCR-Katalysators darzulegen.

aa) Das SCR-System arbeitet im Grundsatz auf dem Prüfstand und im normalen Fahrbetrieb in gleicher Weise. Bei einer solchen Abschaltvorrichtung kann aber bei Fehlen sonstiger Anhaltspunkte nicht ohne Weiteres unterstellt werden, dass die für die Beklagte handelnden Personen in dem Bewusstsein handelten, eine unzuläs- sige Abschaltvorrichtung zu verwenden, und den darin liegenden Gesetzesverstoß billigend in Kauf nahmen, so dass es im Grundsatz deswegen an der objektiven Sittenwidrigkeit fehlt (vgl. BGH, Beschluss vom 13. Oktober 2021 – VII ZR 99/21, juris Rn. 15). Allein der unstreitige Umstand, dass das Fahrzeug über zwei Betriebs- modi verfügt, rechtfertigt nicht den Schluss, dass dieses eine Prüfstandserkennung ist, die eine objektiv sittenwidrige arglistige Täuschung der Typgenehmigungsbe- hörde indizieren kann. Die Beklagte rechtfertigt die unterschiedlichen Modi mit der Vermeidung eines Ammoniak-Schlupfs (vgl. Klageerwiderung vom 7. Januar 2021, S. 21, GA I 37).

In diesem Zusammenhang ist zu berücksichtigen, dass es sich bei den unterschied- lichen Modi des SCR-Katalysators um eine Maßnahme handelt, mit der nachvoll- ziehbar einem drohenden Ammoniak-Schlupf begegnet werden kann. Das wird auch vom KBA ausdrücklich anerkannt. So heißt es in dem auf dessen Homepage (https://www.kba.de/DE/Themen/Marktueberwachung/Abgasthematik/bericht_Wirk_samt- keit_SW_Updates.pdf;jsessionid=A63B7DDDDDBFDC1DBA3375790CD09EB0.liv

[e11313?_blob=publicationFile&v=1](#)) abrufbaren Bericht zur Wirksamkeit von Software-Updates zur Reduzierung von Stickoxiden bei Dieselmotoren (Stand: 10. Januar 2020) auf Seite 11:

„Zur NO_x-Umwandlung verfügen SCR-Systeme über zwei unterschiedliche Betriebsstrategien. Im Speichermodus wird die Priorität auf einen ausreichenden NH₃-Speicherfüllstand gelegt. In dieser Betriebsstrategie wird eine optimal hohe NO_x-Umsetzung auch bei transienten Motorbetriebszuständen ermöglicht. Bis zu einem bestimmten Temperaturbereich verfügt der SCR-Katalysator über eine gute Speichereigenschaft und kann überschüssiges NH₃ aufnehmen, sodass ein Austreten des Ammoniaks in die Umgebungsluft (sog. NH₃-Schlupf) vermieden wird. Das eingespeicherte NH₃ wird bei sprunghaften NO_x-Aufkommen abgebaut.

Bei hohen Temperaturen im SCR-Katalysator lässt das Speichervermögen nach und es besteht das Risiko eines NH₃-Schlupfs. In diesem Fall wird auf einen sogenannten Onlinemodus umgeschaltet. Bei dieser Strategie wird der Speicherstand soweit minimiert, dass kein NH₃-Schlupf auftritt. Die NO_x-Konvertierung wird bedarfsgerecht über das direkt umgewandelte NH₃ erreicht. Erfahrungsgemäß werden in diesem Betriebsmodus im Vergleich zum Speichermodus meist geringere NO_x-Konvertierungsraten erreicht.“

Bei dieser Sachlage wäre der Vorwurf der Sittenwidrigkeit gegenüber der Beklagten nur gerechtfertigt, wenn zu dem Verstoß gegen die Verordnung (EG) 715/2007 weitere Umstände hinzuträten, die das Verhalten der für sie handelnden Personen als besonders verwerflich erscheinen ließen (BGH, Beschluss vom 19. Januar 2021 – VI ZR 433/19, NJW 2021, 921 Rn. 19; bzgl. der KSR vgl. BGH, Beschluss vom 29. September 2021 – VII ZR 126/21, juris Rn. 17).

bb) Soweit die Klagepartei im Zusammenhang mit einer angeblich unzulässigen AdBlue-Dosierstrategie im SCR-Katalysator auf die Pressemitteilung der europäischen Kommission vom 5. April 2019 betreffend das Ermittlungsverfahren der EU-Kommission wegen kartellrechtlicher Verstöße abgestellt hat, sprechen die Ergebnisse der zwischenzeitlich abgeschlossenen Ermittlungen der EU-Kommission nicht für, sondern gegen die Behauptung der Klagepartei. Der Pressemitteilung der EU-Kommission vom 8. Juli 2021 (https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/de/ip_21_3581) lässt sich entnehmen, dass die EU-Kommission zwar einen kartellrechtlichen Verstoß in der Absprache zwischen fünf Autoherstellern einschließlich der Beklagten über die Dimensionierung der AdBlue-Tanks gesehen hat. Aus der Pressemitteilung ergibt sich darüber hinaus aber, dass die Autohersteller in Umsetzung der Absprache gerade nicht

gegen EU-Abgasnormen wie das Verbot der Verwendung von unzulässigen Abschaltvorrichtungen verstoßen haben. Zwar hat es kartellrechtlich relevante Absprachen von Fahrzeugherstellern gegeben, die die Entwicklung der SCR-Technik zur Abgasnachbehandlung betrafen. Nach der zitierten Pressemitteilung ging es bei diesen Absprachen aber nicht um eine Unterschreitung der geltenden Standards, sondern um die Vermeidung einer Übererfüllung durch einen Konkurrenten. Hinweise auf eine geplante Verwendung unzulässiger Abschaltvorrichtungen finden sich dort indes nicht (vgl. bereits OLG Hamm, Urteil vom 1. Juni 2021 - 34 U 81/20, juris Rn. 109).

cc) Die unterbliebene Offenlegung der genauen Wirkungsweise der Dosierstrategie des SCR-Katalysators gegenüber dem KBA bietet – entgegen der Ansicht des Klägers – keine Anhaltspunkte dafür, 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 Dosierstrategie des SCR-Katalysators unterlassen haben 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 Abschaltvorrichtung im streitgegenständlichen Fahrzeug zu prüfen. Anhaltspunkte für wesentlich unterbliebene oder unrichtige Angaben der Beklagten im Typgenehmigungsverfahren, die noch dazu auf ein heimliches und manipulatives Vorgehen oder eine Überlistung des KBA und damit auf einen bewussten Gesetzesverstoß hindeuten würden, sind nach alledem nicht zu erkennen (BGH, Beschluss vom 15. September 2021 – VII ZR 101/21, juris Rn. 20).

dd) Das in einem von der Deutschen Umwelthilfe veröffentlichten Gutachten des Sachverständigen Felix Domke vom 28. September 2020 (vgl. GA I 185 10 i.V.m. Anlage K 45) zu einer Abgassystemanalyse bei einem Mercedes E350 BlueTEC des Modelljahres 2015 enthält - selbst wenn die Ergebnisse auf das streitgegenständliche Fahrzeug übertragbar wären - keine Anhaltspunkte für eine Prüfstandserkennung oder sonstige Gesichtspunkte, aus denen auf ein Bewusstsein geschlossen werden könnte, dass die programmierenden Ingenieure einen Verstoß gegen die Maßgaben der Verordnung (EG) 715/2007 zumindest billigend in Kauf genommen hätten.

Die in dem Gutachten aufgezählten Kriterien für die Umschaltung von dem effektiveren „Füllstandsmodus“ oder „Ammoniaklastmodus“ in den weniger effektiven „Fast-Forward-Mode“ oder „Online-Modus“ oder „Alternativ-Modus“ bedeuten keine Prüfstandserkennung.

So wird ein Grenzwert für den Abgasmassenstrom genannt, der beim untersuchten Fahrzeug bei ca. 100 km/h überschritten werde. Unterhalb dieser Grenze dürfte sich ein Großteil des realen Fahrbetriebs innerorts und auf Landstraßen abspielen. Der angegebene, zudem von einem „SCR-Alterungsfaktor“ abhängige Schwellenwert für den Stickoxidmassenstrom lässt ebenfalls keinen Bezug zum Prüfstandsbetrieb erkennen. Wenn ein Wechsel in den Alternativ-Modus ab einer Ansaugtemperatur von 12°C erzwungen und eine Rückkehr in den Ammoniaklast-Modus erst ab 15°C ermöglicht wird, handelt es sich um ein Thermofenster, dessen Schaltbedingungen keinen Bezug zu den für einen Prüfstandsbetrieb vorgeschriebenen Temperaturen von 20 bis 30°C aufweisen. Ein Zusammenhang des „Schutzes gegen Neustart“ mit einem Prüfstandsbetrieb ist ebensowenig erkennbar wie eine SCR-Temperatur von ca. 300°C, die nach einer ausreichenden Aufwärmzeit bei einer Geschwindigkeit von etwa 120 km/h erreicht werde, oder ein durchschnittlicher AdBlue-Verbrauch, der einen bestimmten Grenzwert überschreite.

ee) Soweit die Klagepartei behauptet, in dem streitgegenständlichen Fahrzeug sei die AdBlue-spezifische Abschaltvorrichtung „Bit 13“ implementiert bzw. die Bedienung sei so eng gewählt worden, dass von vornherein auf eine Ausrichtung auf die Bedingungen des NEFZ auszugehen sei, handelt es sich um eine nicht zu berücksichtigende Behauptung ins Blaue hinein.

Einer Partei ist es grundsätzlich nicht verwehrt, eine tatsächliche Aufklärung auch hinsichtlich solcher Umstände zu verlangen, über die sie selbst kein zuverlässiges Wissen besitzt und auch nicht erlangen kann, die sie aber nach Lage der Verhältnisse für wahrscheinlich oder möglich hält. Dies gilt insbesondere dann, wenn sie sich - wie hier der Kläger - nur auf vermutete Tatsachen stützen kann, weil sie mangels Sachkunde und Einblick in die Produktion des von der Gegenseite hergestellten und verwendeten Fahrzeugmotors einschließlich des SCR-Systems keine sichere Kenntnis von Einzeltatsachen haben kann. Eine Behauptung ist erst dann

unbeachtlich, wenn sie ohne greifbare Anhaltspunkte für das Vorliegen eines bestimmten Sachverhalts willkürlich "aufs Geratewohl" oder "ins Blaue hinein" aufgestellt worden ist. Bei der Annahme von Willkür in diesem Sinne ist Zurückhaltung geboten; in der Regel wird sie nur beim Fehlen von jeglichen tatsächlichen Anhaltspunkten gerechtfertigt werden können (vgl. BGH, Beschluss vom 28. Januar 2020 – VIII ZR 57/19, juris Rn. 8). Auch nach diesen strengen Maßstäben stellen sich die Behauptungen des Klägers in Bezug auf die Prüfstandsbezogenheit des SCR-Systems sowie die Implementierung der Abgasstrategie „Bit 13“ als willkürlich aufgestellte Behauptungen ins Blaue hinein dar.

Es fehlt an greifbaren Anhaltspunkten für diese Behauptung.

Dass einzelne Mitarbeiter der Beklagten vom Amtsgericht Böblingen wegen Betrugs in zahlreichen Fällen im Zusammenhang mit dem sog. „Abgas-Skandal“ verurteilt wurden, genügt nicht zur Darlegung der Voraussetzungen einer vorsätzlichen sittenwidrigen Schädigung, die der Beklagten zuzurechnen wäre. Unstreitig handelt es sich bei diesen Mitarbeitern weder um organschaftliche Vertreter noch führende Repräsentanten der Beklagten im Sinne von §§ 30, 31 BGB. Die Strafbefehle genügen jedoch auch nicht, um die Voraussetzungen von § 831 BGB darzulegen.

Das streitgegenständliche Fahrzeug war unstreitig nicht von einem Rückruf betroffen, der Gegenstand des Strafbefehls war. Gegenstand des Strafbefehls war jedoch die Implementierung der Abgasstrategie „Bit 13“. Dem Senat ist aus einer Vielzahl von Parallelverfahren bekannt, dass sämtliche Fahrzeuge in denen die Abgasnachbehandlungsstrategie „Bit 13“ implementiert war dem vom KBA mit Bescheiden vom 23. Mai 2018 sowie 3. August 2018 angeordneten Rückrufen unterlagen. Da das streitgegenständliche Fahrzeug keinem Rückruf in Bezug auf das SCR-System unterlag, ergibt sich, dass die Funktion „Bit 13“ in dem hiesigen Fahrzeug nicht implementiert war/ist.

Zudem tragen die Feststellungen des Amtsgerichts Böblingen nicht die rechtliche Würdigung, dass die Verwendung der Funktion „Bit 13“ in dem Bewusstsein der billigen Inkaufnahme der Unrechtmäßigkeit geschehen ist. Die Ausführungen unter II. des Strafbefehls stellen zunächst die verschiedenen Modi des SCR-Katalysators dar.

Unter III. des Strafbefehls werden sodann die rechtlichen Rahmenbedingungen des Zulassungsverfahrens dargestellt.

Unter IV. des Strafbefehls wird dann den Mitarbeitern der Beklagten zur Last gelegt, dass diese um einen unerwünscht hohen Verbrauch an Harnstoff-Wasser-Lösung entgegenzuwirken den Entschluss gefasst hätten, durch eine Softwarefunktion die Möglichkeit zu schaffen, außerhalb behördlicher Tests die Fahrzeuge vornehmlich im Onlinemodus des SCR-Katalysators zu betreiben. Hierdurch habe sich die Möglichkeit eröffnet, kleinere und damit platzsparende und günstigere Tanks für die Harnstoff-Wasser-Lösung zu verbauen und es damit den Kunden zu ersparen, zwischen den Wartungsintervallen die für das Betreiben des Systems notwendige Harnstoff-Wasser-Lösung nachzutanken. Die bestehenden gesetzlichen Grenzwerte für NO_x-Emissionen seien mit dem geplanten geringeren Verbrauch an Harnstoff-Wasser-Lösung nicht einzuhalten gewesen. Die Umschaltung in den Onlinemodus habe dann stattfinden sollen, wenn nach Auswertung verschiedener Parameter davon ausgegangen werden könne, dass sich das Fahrzeug nicht (mehr) in einem Test befunden haben.

Der Strafbefehl beschäftigt sich an keiner Stelle damit, dass es sich bei den unterschiedlichen Modi des SCR-Katalysators um eine Maßnahme handelt, mit der nachvollziehbar einem drohenden Ammoniak-Schlupf begegnet werden kann, was auch ausdrücklich vom KBA im oben genannten Bericht anerkannt wird. Es ist nicht auszuschließen und sogar naheliegend, dass Motivation der Programmierung des SCR-Katalysators durch die Mitarbeiter der Beklagten die Vermeidung eines Ammoniak-Schlupfs war, sodass der Strafbefehl des Amtsgerichts Böblingen kein Indiz dafür darstellt, dass die Mitarbeiter der Beklagten die Unzulässigkeit der Programmierung mit unterschiedlichen Modi billigend in Kauf genommen haben. Darüber hinaus war es in Parallelverfahren unstrittig, dass die bedateten Integralwerte der vierfachen Menge der im NEFZ anfallenden Menge an Stickoxid-Rohemissionen entsprechen. Dies ist ein entscheidendes Indiz, welches gegen die vom Amtsgericht Böblingen angenommene Prüfstandsbezogenheit (NEFZ-Nähe der Integral-Bedeutung) und damit gegen das Unrechtsbewusstsein der Mitarbeiter der Beklagten spricht. Im Falle eines Unrechtsbewusstseins hätte es viel nähergelegen, die bedateten Integralwerte der Menge der im NEFZ anfallenden Menge an Stickoxiden zusätzlich eines Sicherheitszuschlags anzupassen. Aus diesem Grunde kann auch die

Verwendung des konkreten AdBlue-Tanks kein Indiz für die billigende Inkaufnahme der Unzulässigkeit bieten. Sie entsprachen den prognostizierten Verbrauch unter Berücksichtigung der Vermeidung des Ammoniak-Schlupfs (vgl. auch OLG Hamm, Urteil vom 20. November 2023, 18 U 225/22, juris Rn. 113).

Aus gleichem Grunde kann der Kläger aus dem Umstand, dass die Funktion „Bit 13“ Gegenstand der sogenannten Bosch-Papers war, nichts Günstiges für sich herleiten.

ff) Auch aus dem Anhörungsschreiben des KBA vom 5. Juli 2023, das den Motor OM642 und nicht den streitgegenständlichen Motor OM651 betrifft, ergeben sich – selbst wenn die Ergebnisse auf das streitgegenständliche Fahrzeug übertragbar wären - keine Anhaltspunkte für eine Prüfstandserkennung oder sonstige Gesichtspunkte, aus denen auf ein Bewusstsein geschlossen werden könnte, dass die programmierenden Ingenieure einen Verstoß gegen die Maßgaben der Verordnung (EG) 715/2007 zumindest billigend in Kauf genommen hätten. Aus dem Anhörungsschreiben ergibt sich, dass nur in bestimmten Betriebsbereichen sich die Wirksamkeit des Emissionskontrollsystems verschlechtert. Dies soll nach den Ausführungen des KBA zum Beispiel der Fall sein, wenn bei einer niedrigen Lufttemperatur zeitgleich der Roh-NO_x-Massestrom unterhalb der applizierten Umschaltsschwelle liege (vgl. S. 2 des Anhörungsschreibens) oder wenn keine zusätzliche Minimierung des Ammoniak-Schlupfs notwendig sei (z.B. im innerstädtischen Fahrbetrieb), wenn SCR-Temperaturen, Abgasmassenströmen und Roh-NO_x-Masseströmen unterhalb der applizierten Umschaltsschwellen liegen würden. Da die Verschlechterung der Wirksamkeit des Emissionskontrollsystems nur in bestimmten Betriebsbereichen eintritt, die nicht in Zusammenhang mit dem Prüfzyklus des NEFZ stehen, kann nicht darauf geschlossen werden, dass diese Funktionalitäten in dem Bewusstsein programmiert worden sind, dass die programmierenden Ingenieure einen Verstoß gegen die Maßgaben der Verordnung (EG) 715/2007 zumindest billigend in Kauf genommen hätten.

2. Ein Schadensersatzanspruch aus § 823 Abs. 2 BGB in Verbindung mit § 263 Abs. 1 StGB besteht nicht, da es aufgrund der unter 1 dargestellten Erwägungen jedenfalls an der Voraussetzung einer vorsätzlichen Täuschung fehlt.

3. Auch die Voraussetzungen eines Schadensersatzanspruchs aus § 831 Abs. 1 BGB liegen nicht vor. Aus den unter 1 aufgeführten Gründen lässt sich auch nicht feststellen, dass ein Verrichtungsgehilfe der Beklagten den objektiven und subjektiven Tatbestand des § 826 BGB oder den Tatbestand einer sonstigen unerlaubten Handlung verwirklicht hätte.

4. Dem Kläger steht dagegen der hilfsweise geltend gemachte Anspruch gegen die Beklagte auf Ersatz des Differenzschadens aus § 823 Abs. 2 BGB in Verbindung mit § 6 Abs. 1, § 27 Abs. 1 EG-FGV (BGH, Urteil vom 26. Juni 2023 – VIa ZR 335/21, BGHZ 237, 245 Rn. 18 ff.) wegen der Verwendung unzulässiger Abschalt-einrichtungen teilweise zu.

a) Dem Käufer eines mit einer unzulässigen Abschalt-einrichtung versehenen Kraftfahrzeugs kann ein Schadensersatzanspruch gemäß § 823 Abs. 2 BGB in Verbindung mit § 6 Abs. 1, § 27 Abs. 1 EG-FGV gegen den Fahrzeughersteller zustehen, weil ihm aufgrund des Vertragsschlusses ein Vermögensschaden nach Maßgabe der Differenzhypothese entstanden ist (BGH, Urteil vom 26. Juni 2023 – VIa ZR 335/21, BGHZ 237, 245 Rn. 28). Das Interesse, durch den Abschluss eines Kaufvertrags über ein Kraftfahrzeug nicht wegen eines Verstoßes des Fahrzeugherstellers gegen das europäische Abgasrecht eine Vermögenseinbuße im Sinne der Differenzhypothese zu erleiden, ist von § 823 Abs. 2 BGB in Verbindung mit § 6 Abs. 1, § 27 Abs. 1 EG-FGV nach der gebotenen unionsrechtlichen Lesart geschützt (BGH, aaO Rn. 32). Nach den unionsrechtlichen Vorgaben - Gewährung eines effektiven und verhältnismäßigen Schadensersatzes im Fall enttäuschten Käufervertrauens - kommt es nicht darauf an, ob der Ordnungsgeber einen deliktischen Schadensersatzanspruch schaffen wollte. Der Wortlaut von § 6 Abs. 1, § 27 Abs. 1 EG-FGV steht einem unionsrechtlich fundierten Verständnis als Schutzgesetz, deren sachlicher Schutzbereich den Differenzschaden bei Abschluss des Kaufvertrags umfasst, nicht entgegen (BGH, Urteil vom 19. Oktober 2023 – III ZR 221/20, juris Rn. 25).

Entgegen der Auffassung der Beklagten fehlt es nicht an den verfassungsrechtlichen Anforderungen des Art. 80 Abs. 1 GG für den Erlass der vorgenannten Verordnung. Gesetz im Sinne von § 823 Abs. 2 BGB ist nicht nur ein Gesetz im formel-

len 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 (vgl. BGH, Urteil vom 26. Juni 2023 - VIa ZR 335/21, BGHZ 237, 245 Rn. 32). Gleiches gilt entgegen der Auffassung der Beklagten auch für die Ermächtigungsgrundlage im Sinne des Art. 80 Abs. 1 Satz 1 GG für den Erlass der EG-Fahrzeuggenehmigungsverordnung (vgl. BGH, Urteil vom 19. Oktober 2023 – III ZR 221/20, juris Rn. 25).

Dementsprechend hat der Bundesgerichtshof zu Recht angenommen, dass der vom Europäischen Gerichtshof geforderte Schutz des Käufervertrauens im Verhältnis zum Fahrzeughersteller, sollen Wertungswidersprüche vermieden werden, nur unter Einbeziehung auch der Kaufentscheidung und damit letztlich der Annahme einer drittschützenden Wirkung im Sinne des § 823 Abs. 2 BGB gewährleistet werden kann (vgl. BGH, Urteile vom 26. Juni 2023 - VIa ZR 335/21, BGHZ 237, 245 Rn. 30 und vom 19. Oktober 2023 - III ZR 221/20, juris Rn. 24; vgl. OLG Hamm, Urteil vom 13. September 2023 – 30 U 81/21, juris Rn. 102).

b) Die Beklagte hat gegen § 6 Abs. 1, § 27 Abs. 1 EG-FGV verstoßen, indem sie das hier betroffene Fahrzeug mit unzulässigen Abschaltvorrichtungen versehen und aufgrund dessen eine unzutreffende Übereinstimmungsbescheinigung (Art. 26 Abs. 1 der Richtlinie 2007/46/EG) erteilt hat (vgl. BGH, Urteil vom 26. Juni 2023 – VIa ZR 335/21, BGHZ 237, 245 Rn. 28 ff.). Die Übereinstimmungsbescheinigung ist unrichtig, wenn das betreffende Kraftfahrzeug mit einer gemäß Art. 5 Abs. 2 Satz 1 VO (EG) Nr. 715/2007 unzulässigen Abschaltvorrichtung ausgerüstet ist. Auf den Inhalt der zugrunde liegenden EG-Typgenehmigung kommt es dabei nicht an (BGH, Urteil vom 19. Oktober 2023 – III ZR 221/20, juris Rn. 26). Ausreichend ist, dass die Bescheinigung in einem solchen Fall eine tatsächlich nicht gegebene Übereinstimmung des konkreten Kraftfahrzeugs mit Art. 5 Abs. 2 VO (EG) Nr. 715/2007 ausweist. Der Gerichtshof der Europäischen Union hat das Vorliegen einer unzutreffenden Übereinstimmungsbescheinigung ausschließlich vom Vorliegen der Voraussetzungen des Art. 5 Abs. 2 Satz 1 VO (EG) Nr. 715/2007 abhängig gemacht und ist nicht näher auf den Inhalt der EG-Typgenehmigung sowie die dafür maßgebende Beschreibung des genehmigten Fahrzeugtyps eingegangen (BGH, aaO). Die Übereinstimmungsbescheinigung weist danach gemäß der verbindlichen Auslegung des

Unionsrechts durch den Gerichtshof der Europäischen Union nicht nur die Übereinstimmung des konkreten Kraftfahrzeugs mit dem genehmigten Typ aus, sondern auch seine Übereinstimmung mit allen Rechtsakten, also auch mit Art. 5 Abs. 2 Satz 1 VO (EG) Nr. 715/2007. Die Übereinstimmungsbescheinigung verweist nach ihrem gesetzlichen Inhalt auch auf materielle Voraussetzungen, die im Falle einer unzulässigen Abschaltvorrichtung nicht vorliegen (BGH, aaO).

aa) Eine Abschaltvorrichtung liegt nach Art. 3 Nr. 10 VO (EG) Nr. 715/2007 vor, wenn die Funktion eines beliebigen Teils des Emissionskontrollsystems in Abhängigkeit von bestimmten Parametern verändert und die Wirksamkeit des Emissionskontrollsystems unter den Bedingungen des normalen Fahrbetriebs verringert wird. Während in Bezug auf die Funktionsänderung auf Teile des Emissionskontrollsystems abgestellt werden kann, kommt es für die Wirkung der Funktionsänderung auf das Emissionskontrollsystem in seiner Gesamtheit an, etwa auf die kombinierte Wirkung von Abgasrückführung und -reinigung. Maßstab für die Frage der Zulässigkeit einer Funktionsveränderung in Abhängigkeit von bestimmten Parametern ist dabei nicht die Einhaltung des Grenzwerts, sondern die Wirksamkeit des unverändert funktionierenden Emissionskontrollsystems unter den Bedingungen des normalen Fahrbetriebs. Ob die Grenzwerte unter den Bedingungen des Neuen Europäischen Fahrzyklus (NEFZ) auch bei veränderter Funktion eingehalten würden, ist hingegen nicht von Bedeutung (BGH, Urteil vom 26. Juni 2023 – VIa ZR 335/21, BGHZ 237, 245 Rn. 51).

bb) Gemessen an diesen Maßstäben handelt es sich bei der im Zeitpunkt des Fahrzeugerwerbs durch den Kläger implementierten temperaturgesteuerten AGR sowie der KSR um Abschaltvorrichtungen im Sinne von Art. 3 Nr. 10, Art. 5 Abs. 2 Satz 1 VO (EG) Nr. 715/2007. Es gelingt dem Kläger dagegen nicht darzulegen, dass durch die Dosierungssteuerung des AdBlue für den SCR-Katalysator die Wirksamkeit des Emissions-Kontrollsystems verringert wird.

(1) Die Steuerung der AGR in Abhängigkeit von der Umgebungslufttemperatur stellt nach dem zugrunde zu legenden Vortrag des Klägers eine Abschaltvorrichtung im Sinn von Art. 3 Nr. 10, 5 Abs. 2 Satz 1 VO (EG) Nr. 715/2007 dar. Die AGR muss als Emissionskontrollsystem unter normalen Betriebsbedingungen, die beim normalen Fahrzeugbetrieb vernünftigerweise zu erwarten sind, im Sinne von Art. 3 Nr. 10,

Art. 5 Abs. 1 VO (EG) Nr. 715/2007 uneingeschränkt wirksam sein. Anderenfalls handelt es sich um eine Abschaltvorrichtung. Diese normalen Betriebsbedingungen umfassen die tatsächlichen Fahrbedingungen, wie sie im Unionsgebiet üblich sind (vgl. EuGH, Urteil vom 14. Juli 2022 – C-128/20, NJW 2022, 2605 Rn. 40), so dass zu ihnen insbesondere der Temperaturbereich gehört, der im Gebiet der Europäischen Union üblicherweise vorkommt (vgl. BGH, Urteil vom 26. Juni 2023 - VIa ZR 335/21, BGHZ 237, 245 Rn. 50). Dieser reicht nach Auffassung des Senats zumindest von -15°C bis $+40^{\circ}\text{C}$ (so auch VG Schleswig, Urteil vom 20. Februar 2023 – 3 A 113/18, NVwZ 2023, 851 Rn. 267, 274, auf dessen Ausführungen insoweit Bezug genommen werden kann). Da die AGR in diesem Temperaturbereich unterschiedlich aktiv ist, handelt es sich um eine Abschaltvorrichtung.

Diesbezüglich hat der Kläger wiederholt vorgetragen, dass die Abgasrückführung unterhalb von etwa $+7^{\circ}\text{C}$ Umgebungstemperatur um bis zu 48% niedriger sei als bei höheren Temperaturen (vgl. Klageschrift S. 12, GA I 7R) bzw. der Wirkungsgrad des Thermofensters bei einer Temperatur von knapp unter $+8^{\circ}\text{C}$ nur noch bei 48% liege (Berufungsbegründung S. 11, GA II 86; Schriftsatz vom 12. April 2024, S. 9; GA III 14). Diesem Vortrag ist die Beklagte - trotz Hinweis im Schreiben vom 11. April 2024 (GA III 1) – nicht (substantiiert) entgegengetreten, sodass der Vortrag gemäß § 138 Abs. 3 ZPO als zugestanden gilt. Somit funktioniert die Abgasrückführung unter Bedingungen, die bei normalem Fahrbetrieb vernünftigerweise zu erwarten sind, nicht uneingeschränkt.

Zudem ist im streitgegenständlichen Fahrzeug eine weitere temperaturabhängige Emissionskontrollstrategie implementiert, die dazu führt, dass die Abgasrückführung unter Betriebsbedingungen, die beim normalen Fahrzeugbetrieb vernünftigerweise zu erwarten sind, unterschiedlich aktiv ist. Die Beklagte teilt in der Stellungnahme vom 17. April 2024 mit, dass das streitgegenständliche Fahrzeug zu einem Fahrzeugtyp gehört, der vom Bescheid vom 13. Dezember 2023 erfasst ist (S. 1; GA III 20). Weiter führt sie aus, das KBA rüge (1.) Steuerungen, die in direkter oder mittelbarer Abhängigkeit von der Umgebungslufttemperatur innerhalb der Spanne von 12°C bis 33°C eine emissionserhebliche Korrektur der AGR-Rate bei betriebswarmen Motor vornehmen würden. Zudem rüge das KBA (2.) Steuerungen der AGR-Rate in Abhängigkeit von der Motortemperatur, bei denen eine Korrektur bei

niedrigen Motortemperaturen erfolge, wenn die Motorstarttemperatur außerhalb einer spezifischen Temperaturspanne liege (Schriftsatz vom 14. März 2024, S. 12; GA II 164). Das Fahrzeug ist nicht von dem Rückruf wegen der umgebungsluftabhängigen Steuerung der AGR-Rate (1.) umfasst, jedoch wegen der motorstarttemperaturabhängigen Steuerung (2.) (Stellungnahme vom 17. April 2024; S. 1 GA III 20).

Da das streitgegenständliche Fahrzeug einem Rückruf bezüglich der motorstarttemperaturabhängigen Steuerung der AGR unterliegt, indiziert dieser Rückruf eine unzulässige Abschaltvorrichtung (vgl. BGH, Beschluss vom 29. September 2021 - VII ZR 126/21, juris Rn. 14) und damit auch die Verringerung der Wirksamkeit des Emissionskontrollsystems unter Bedingungen, die bei normalem Fahrzeugbetrieb vernünftigerweise zu erwarten sind. Die Beklagte hat keinen Vortrag zur Widerlegung dieses Indizes vorgetragen.

Unabhängig davon hat der Kläger im Schriftsatz vom 12. Oktober 2023 (Seite 11; GA II 128) vorgetragen, dass die Abhängigkeit von der Motorstarttemperatur im streitgegenständlichen Fahrzeug ausgestaltet sei, wie im Anhörungsschreiben des KBA vom 5. Juli 2023 beschrieben. Diesem Vortrag ist die Beklagte nicht entgegengetreten, sodass dieser als zugestanden gilt (§ 138 Abs. 3 ZPO). Nach dem vorgenannten Anhörungsschreiben ist das thermische Fenster so ausgelegt, dass der volle AGR-Betrieb nur möglich sei, wenn der Motor zwischen 18°C und 35°C gestartet werde und die Motortemperatur zu keinem Zeitpunkt 84°C überschreite. Da unter normalen Betriebsbedingungen auch Motorstarttemperaturen von weniger als 18°C und von mehr als 35°C vernünftigerweise zu erwarten sind, handelt es sich um eine Abschaltvorrichtung.

(2) Auch die KSR stellt nach dem unstreitigen Vortrag eine Abschaltvorrichtung dar. Die KSR führt unstreitig dazu, dass unter bestimmten Betriebsumständen die Sollwerttemperatur für das Kühlmittelthermostat von +100°C auf +70°C abgesenkt wird. Dies bewirkt eine verbesserte Emissionsreduzierung durch den längeren Warmlauf und dem damit verbundenen besseren Ausgleich von Stickoxiden und Partikeln. Eine Deaktivierung der Funktion erfolgt bei Überschreiten bzw. Unterschreiten einer maximalen bzw. minimalen Außen- und Ansauglufttemperatur, Unterschreiten eines

bestimmten Umgebungsdrucks, Überschreiten einer maximalen Last, einer maximalen Drehzahl, einer maximalen Motoröltemperatur und Überschreiten eines Zeitraums, der in Abhängigkeit von der Kühlmitteltemperatur bei Motorstart festgelegt wird. Die Funktion kann über jede dieser Bedingungen deaktiviert werden, wenn die jeweilige Bedingung nicht (mehr) erfüllt ist. Eine erneute Aktivierung der Funktion im laufenden Betrieb findet nicht statt. Danach kann die KSR auch dann deaktiviert werden, wenn die fortgesetzte erhöhte Kühlung zu einer zusätzlichen Vermeidung von NOx-Emissionen führen würde. Ob, wie die Beklagte anführt, aus anderen (technischen) Gründen eine Deaktivierung der KSR angezeigt ist oder ob die Grenzwerte auf dem Prüfstand auch ohne die KSR eingehalten werden, ist nicht für das Vorliegen einer Abschaltvorrichtung, sondern erst für deren Zulässigkeit von Bedeutung.

Der Hersteller hat nach Art. 4 Abs. 2 VO (EG) Nr. 715/2007 sicherzustellen, dass die ergriffenen technischen Maßnahmen die Emissionen während der gesamten Lebensdauer des Fahrzeugs und bei normalen Nutzungsbedingungen, also auch bei betriebswarmem Motor, wirksam begrenzen (vgl. OLG Stuttgart, Urteil vom 19. Oktober 2023 - 24 U 103/22, juris Rn. 43). Hierzu hat er das Fahrzeug nach Art. 5 Abs. 1 VO (EG) Nr. 715/2007 entsprechend auszurüsten (vgl. VG Schleswig, Urteil vom 20. Februar 2023 – 3 A 113/18, juris Rn. 232).

Diesen Anforderungen genügt die KSR aufgrund ihres begrenzten Wirkungsbereichs nicht. Nach der zugrunde gelegten Darstellung der Beklagten wird bei der KSR die Solltemperatur für das Kühlmittelthermostat unter bestimmten Betriebsumständen abgesenkt, wodurch eine frühere Zuschaltung des großen Kühlkreislaufes bewirkt wird, welche zu einer langsameren Erwärmung des Motors führt und aufgrund der so länger vorherrschenden kühleren Motortemperaturen höhere AGR-Raten ermöglicht. Da dieses durch die KSR optimierte Emissionsverhalten nur während der Warmlaufphase des Motors aufrechterhalten werden kann, aber auch Fahrten jenseits der Warmlaufphase bei normalem Fahrzeugbetrieb vernünftigerweise zu erwarten sind (Art. 3 Nr. 10 VO (EG) Nr. 715/2007), handelt es sich bei der KSR um eine Abschaltvorrichtung (vgl. OLG Stuttgart, Urteil vom 29. November 2023 – 22 U 261/21, juris Rn. 66).

(3) Hingegen gelingt es dem darlegungs- und beweispflichtigen Kläger nicht darzulegen, dass durch die Dosierungssteuerung des AdBlue für den SCR-Katalysator die Wirksamkeit des Emissions-Kontrollsystems herabgesetzt wird.

Soweit der Kläger unter Bezugnahme auf das Gutachten des Privatsachverständigen Felix Domke vom 28. September 2020 behauptet, es seien insgesamt sechs Abschaltvorrichtungen im Zusammenhang mit der AdBlue-Dosierstrategie implementiert, gelingt es ihm nicht darzulegen, dass durch diese im streitgegenständlichen Fahrzeug die Wirksamkeit des Emissionskontrollsystems in Bezug auf den SCR-Katalysator herabgesetzt wird. Gleiches gilt, soweit der Kläger Bezug auf die im KBA im Anhörungsbescheid vom 5. Juli 2022 als „Abschaltvorrichtung Nr. 1“ und „Abschaltvorrichtung Nr. 2“ bezeichneten Funktionalitäten nimmt.

Nach dem nicht bestrittenen Vortrag der Beklagten (Schriftsatz vom 14. März 2024, S. 34, GA III 186) findet der Wechsel zwischen den verschiedenen Betriebsmodi nicht anhand des Abgasmassenstroms oder des NOx-Massenstroms und der Temperatur des SCR-Katalysators im Zusammenhang mit dem integrierten NOx-Massenstrom oder des verbrauchten AdBlue statt. Daher sind die Privatgutachter Domke genannten Funktionen Abgasmassenstrom, Stickoxidmassenstrom und der AdBlue-Durchschnittsverbrauch vorliegend keine Indikatoren für den Wechsel zwischen den Dosiermodi. Da der Verbrauch von AdBlue kein Indikator für die Umschaltung zwischen den verschiedenen Modi ist, kann die im Anhörungsschreiben des KBA vom 5. Juli 2023 als „Abschaltvorrichtung Nr. 2“ bezeichnete Funktionalität im streitgegenständlichen Fahrzeug nicht aktiv sein. Dass die Umschaltung in Abhängigkeit von der SCR-Temperatur die Wirksamkeit des Emissionskontrollsystems herabsetzt, wird vom Kläger nicht dargelegt. Nichts anderes gilt für die Funktion „Schutz gegen Neustart“, insbesondere da Voraussetzungen für diesen „Schutz“ ist, dass eine bestimmte Gesamtmenge an Stickoxiden nicht überschritten wird. Auch hinsichtlich der unterschiedlichen Schwellwerte bei der Ansauglufttemperatur für den Wechsel zwischen den beiden Dosiermodi hat der Kläger nicht dargelegt, dass hierdurch die Wirksamkeit des Emissionskontrollsystems herabgesetzt wird. Denn die vom KBA als „Abschaltvorrichtung Nr. 1“ bezeichnete Funktionalität führt nur dann zu Verminderung der Wirksamkeit des SCR-Katalysators, wenn gleichzeitig das Umschaltkriterium abhängig von dem Roh-NOx-Massenstrom implementiert

und aktiv bedatet ist. In diesem Fall soll sich die Wirksamkeit des Emissionskontrollsystems in Betriebsbereichen verschlechtern, in welchen bei einer niedrigen Lufttemperatur zugleich der Roh-NO_x-Massenstrom unterhalb der applizierten Umschaltsschwelle liege. Vorliegend ist die für die Verschlechterung der Wirksamkeit des Emissionskontrollsystems erforderliche kumulative Implementierung und aktive Bedatung des Indikators Roh-NO_x-Massenstrom nicht gegeben. Insoweit hat die Beklagte unbestritten vorgetragen, dass der NO_x-Massenstrom kein Indikator für den Wechsel zwischen den Dosiermodi ist.

Weitere Funktionen, durch die die Wirksamkeit des Emissions-Kontrollsystems herabgesetzt werden könnten, werden weder vom Kläger vorgetragen noch sind solche anderweitig ersichtlich.

bb) Sowohl die temperaturgesteuerte AGR als auch die KSR sind unzulässig im Sinne von Art. 5 Abs. 2 Satz 1 Verordnung (EG) Nr. 715/2007. Zwar hat sich die – darlegungsbelastete (vgl. BGH, Urteil vom 26. Juni 2023 – VIa ZR 335/21, BGHZ 237, 245 Rn. 53) – Beklagte auf Motorschutz berufen, was grundsätzlich die Verwendung einer Abschaltvorrichtung nach Art. 5 Abs. 2 Satz 2 Buchstabe a Verordnung (EG) Nr. 715/2007 rechtfertigen kann. Die Voraussetzungen hierfür lassen sich ihrem Vortrag jedoch nicht entnehmen.

Nach der Rechtsprechung des Gerichtshofs der Europäischen Union ist Art. 5 Abs. 2 Satz 2 Buchstabe a der Verordnung Nr. 715/2007 dahin auszulegen, dass eine Abschaltvorrichtung nur dann nach dieser Bestimmung zulässig sein kann, wenn nachgewiesen ist, 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. Es muss sich um Risiken handeln, die so schwer wiegen, dass sie eine konkrete Gefahr beim Betrieb des mit dieser Einrichtung ausgestatteten Fahrzeugs darstellen. Die Verschmutzung und der Verschleiß des Motors können nicht als „Beschädigung“ oder „Unfall“ im Sinne der genannten Bestimmung angesehen werden, denn sie sind im Prinzip vorhersehbar und der normalen Funktionsweise des Fahrzeugs immanent (vgl. EuGH, Urteil vom 17. Dezember 2020 – C-693/18, juris Rn. 110; Urteil vom 14. Juli 2022 – C-128/20, juris Rn. 54). In der Rechtsprechung des Gerichtshofs der Europäischen Union ist zudem geklärt, dass es sich bei dem AGR-

Ventil, dem AGR-Kühler und dem Dieselpartikelfilter um von dem Motor getrennte Bauteile handelt (vgl. EuGH, Urteil vom 14. Juli 2022 – C-128/20, juris Rn. 51 f.; vgl. auch Anhang I Abs. 3.3.1.2 und 3.3.1.3 zur VO (EG) Nr. 692/2008; OLG Stuttgart, Urteil vom 19. Oktober 2023 – 24 U 103/22, juris Rn. 36). Eine Abschaltvorrichtung, die unter normalen Betriebsbedingungen den überwiegenden Teil des Jahres funktionieren müsste, damit der Motor vor Beschädigung oder Unfall geschützt und der sichere Betrieb des Fahrzeugs gewährleistet ist, kann jedenfalls nicht unter die in Art. 5 Abs. 2 Buchstabe a der Verordnung Nr. 715/2007 vorgesehene Ausnahme fallen (vgl. EuGH, Urteil vom 14. Juli 2022 – C-128/20, juris Rn. 70).

Notwendig im Sinn dieses Ausnahmetatbestandes ist eine Abschaltvorrichtung zum Motorschutz zudem nur dann, wenn zum Zeitpunkt der EG-Typgenehmigung dieser Einrichtung oder des mit ihr ausgestatteten Fahrzeugs keine andere technische Lösung zur Verfügung gestanden hatte, um unmittelbare Risiken für den Motor in Form von Beschädigung oder Unfall abzuwenden, die beim Fahren eines Fahrzeugs eine konkrete Gefahr hervorrufen (EuGH, Urteile vom 14. Juli 2022 - C-145/20, Rn. 80 und C-134/20, Rn. 81, jeweils juris). Mit der alternativen Technik einhergehende Mehrkosten für den Hersteller fallen dabei nicht ins Gewicht (EuGH, Urteile vom 14. Juli 2022 - C-145/20 Rn. 77, 78 und C-128/20, Rn. 66, 67, jeweils juris).

(1) Die Beklagte trägt zur temperaturgesteuerten AGR (Klageerwiderung vom 7. Januar 2021, S. 18 f.; GA I 35 f.) vor, im Fall einer Abgasrückführung bei zu niedrigen Temperaturen komme es zur Kondensation von Abgasbestandteilen, was zu verschiedenen unerwünschten Ablagerungen in den Bauteilen führe. Ein wiederholter Betrieb des Motors in diesem Zustand könne zu einer dauerhaften Schädigung des Motors oder einem plötzlichen Ausfall führen, weshalb es zum Schutz des Motors erforderlich sein könne, die Abgasrückführung abhängig von der Temperatur zu reduzieren. Umgekehrt könne die Abgasreinigung auch bei hohen Temperaturen zu einer Schädigung oder einem unerwarteten Ausfall des Motors führen. Bei hohen Außentemperaturen sinke die Dichte der Luft und damit der zur Verfügung stehende Luftsauerstoff. Bei gleicher Last stiegen mit höheren Außentemperaturen die Partikelemissionen. Höhere Partikelemissionen führten ihrerseits dazu, dass der Partikelfilter häufiger gereinigt werden müsse. Die Folge davon sei, dass mehr Kraftstoff

ins Schmieröl gelange, was dessen Eigenschaften negativ beeinflusse. Dies wiederum könne zu erhöhtem Verschleiß und zu Schäden des Motors führen (Steuerung, Kettenbetrieb, Lager).

Der Vortrag verhält sich nur zur umgebungsluftabhängigen Steuerung der AGR, jedoch nicht zur motorstarttemperaturabhängigen Steuerung der AGR, sodass hinsichtlich letzterer Vortrag zur Zulässigkeit fehlt. Aber auch mit dem Vortrag zur umgebungsluftabhängigen Steuerung der AGR hat die Beklagte nicht dargetan, dass die Abschalteneinrichtung 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. Die Belagsbildung selbst oder der infolge höherer Partikelemissionen hervorgerufene Verschleiß stellen nach der verbindlichen Auslegung des Gerichtshofs der Europäischen Union keine „Beschädigung“ oder „Unfall“ im Verordnungssinne dar und vermögen für sich genommen die Verwendung eines „Thermofensters“ nicht zu rechtfertigen (vgl. OLG Celle, Urteil vom 22. November 2023 – 7 U 40/23, juris Rn. 28). Sie sind eine regelmäßige Folge des ganz gewöhnlichen Betriebs des Fahrzeugs (auch) ohne Abschalteneinrichtung (vgl. OLG Karlsruhe, Urteil vom 15. September 2023 – 8 U 383/21, juris Rn. 53; OLG Stuttgart, Urteil vom 19. Oktober 2023 – 24 U 103/22, juris Rn. 35 m.w.N.).

Außerdem hat die Beklagte nicht dargelegt, dass das Thermofenster im Sinne der Rechtsprechung des Gerichtshofs 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 (EuGH, Urteil vom 21. März 2023 – C-100/21, juris Rn. 64; EuGH, Urteil vom 14. Juli 2022 – C-128/20, juris Rn. 62). Nach dem Vortrag der Beklagten zielt die Abschalteneinrichtung darauf, Bauteile des Abgasrückführungssystems vor einem Verschleiß zu schützen und dadurch mittelbar hervorgerufene Beschädigungen und Unfälle zu verhindern. Dies erfüllt nicht die Voraussetzungen einer zulässigen Abschalteneinrichtung. Ein Hersteller darf Emissionskontrollsysteme nicht so konstruieren, dass ihre Bauteile ständiger Abschalteneinrichtungen bedürfen, um störungsfrei zu funktionieren (OLG Karlsruhe, Urteil vom 2. Februar 2024 – 4 U 32/22, juris Rn. 50).

(2) Auch die KSR ist als Abschaltvorrichtung unzulässig. Zulässigkeitsgründe im Sinn von Art. 5 Abs. 2 Satz 2 VO (EG) Nr. 715/2007 sind nicht ersichtlich. Die von der Beklagten angeführten Gefahren der Ölverdünnung, des Verlusts der Schmierfähigkeit und von Ablagerungen an den Wänden der Abgasrückführung (Berufungserwiderung vom 14. März 2024, S. 21 ff.; GA II 173 ff.) erfüllen die Ausnahmetatbestandsvoraussetzungen des Art. 5 Abs. 2 Satz 2 lit. a Verordnung (EG) Nr. 715/2007 nicht. Auf die vorstehenden Ausführungen bei der temperaturgesteuerten AGR kann insoweit Bezug genommen werden.

cc) Eine Aussetzung des Rechtsstreits gemäß § 148 Abs. 1 ZPO im Hinblick auf das Widerspruchsverfahren gegen den Bescheid des KBA vom 13. Dezember 2023 ist entgegen der Ansicht der Beklagten nicht veranlasst. Denn eine die Aussetzung rechtfertigende Vorentscheidung der zu erwartenden verwaltungsbehördlichen Entscheidung für den vorliegenden Rechtsstreit besteht aus den vom Bundesgerichtshof in seinem Beschluss vom 24. Juli 2023 (VIa ZB 10/21, juris Rn. 11 ff. mwN) angeführten Gründen, die sich der Senat in vollem Umfang zu eigen macht, nicht.

dd) Hinsichtlich der KSR ist das von der Beklagten für erforderlich gehaltene Sachverständigengutachten (Berufungserwiderung vom 14. März 2024, S. 26 GA II 178) nicht einzuholen. Die Frage, ob nach dem Vortrag der Parteien eine Abschaltvorrichtung vorliegt, erfordert grundsätzlich eine rechtliche Beurteilung, die Aufgabe des Gerichts und nicht des Sachverständigen ist (vgl. BGH, Beschluss vom 22. März 2022 – XI ZB 24/20, juris Rn. 44). Eines Sachverständigengutachtens bedarf es nur, wenn die technische Ausgestaltung zwischen den Parteien – wie hier nicht – streitig ist.

c) Die Beklagte handelte auch schuldhaft. Eine Schadensersatzhaftung gemäß § 823 Abs. 2 BGB i.V.m. §§ 6 Abs. 1, 27 Abs. 1 EG-FGV setzt ein Verschulden des in Anspruch genommenen Fahrzeugherstellers voraus. Denn § 823 Abs. 2 Satz 2 BGB erlaubt nach seinem Wortlaut eine von einem Verschulden unabhängige Ersatzpflicht nicht. Vielmehr tritt, sofern nach dem Inhalt des Schutzgesetzes ein Verstoß gegen dieses auch ohne Verschulden möglich ist, die Ersatzpflicht nur im Falle des Verschuldens ein, wobei für die Haftung ein fahrlässiger Verstoß genügt (BGH, Urteil vom 26. Juni 2023 - VIa ZR 335/21, BGHZ 237, 245 Rn. 36 ff.).

aa) Maßstab für die Bestimmung der Fahrlässigkeit im Rahmen von § 823 Abs. 2

BGB ist § 276 Abs. 2 BGB (BGH, Urteil vom 16. Januar 1968 - VI ZR 134/66, juris Rn. 15). Nach § 276 Abs. 2 BGB handelt fahrlässig, wer die im Verkehr erforderliche Sorgfalt außer Acht lässt. Fahrlässigkeit setzt unter anderem die Erkennbarkeit der Rechtswidrigkeit voraus. Ein Irrtum des Schuldners über die Rechtmäßigkeit seines Tuns schließt Fahrlässigkeit nur aus, wenn er unvermeidbar war. An die Unvermeidbarkeit sind strenge Anforderungen zu stellen (BGH, Urteil vom 27. September 1989 - IVa ZR 156/88, juris Rn. 8; BGH, Urteil vom 17. Dezember 1969 - VIII ZR 10/68, juris Rn. 9). Ein Rechtsirrtum wird nur ganz ausnahmsweise als unvermeidbar angesehen.

Der Fahrzeughersteller muss, wenn er eine Übereinstimmungsbescheinigung trotz der Verwendung einer unzulässigen Abschaltvorrichtung 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 (BGH, Urteil vom 26. Juni 2023 – VIa ZR 335/21, BGHZ 237, 245 Rn. 59).

Der Zeitpunkt, für den der Vorwurf einer zumindest fahrlässigen Inverkehrgabe einer unzulässigen Abschaltvorrichtung widerlegt werden muss, ist der Zeitpunkt in dem der objektive und der subjektive Tatbestand der Pflichtverletzung - zeitlich zusammenfallen. Dieses ist vorliegend das Inverkehrbringen des Fahrzeugs (BGH, Urteil vom 11. Dezember 2023 – VIa ZR 340/22, juris Leitsatz). Zusätzlich ist auf den Zeitpunkt des Abschlusses des Kaufvertrags über das mit einer unzulässigen Abschaltvorrichtung versehene Fahrzeug abzustellen, weil auch das gesetzliche Schuldverhältnis gemäß § 823 Abs. 2 BGB in Verbindung mit § 6 Abs. 1, § 27 Abs. 1 EG-FGV erst zu diesem Zeitpunkt entsteht (BGH, Urteile vom 26. Juni 2023 – VIa ZR 335/21, BGHZ 237, 245 Rn. 61 und vom 11. Dezember 2023, aaO).

Der Fahrzeughersteller, der sich unter Berufung auf einen unvermeidbaren Verbotsirrtum entlasten will, muss sowohl den Verbotsirrtum als solchen als auch die Unvermeidbarkeit des Verbotsirrtums konkret darlegen und beweisen. Nur ein auch bei Anwendung der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt unvermeidbarer Verbotsirrtum kann entlastend wirken. Ein entlastend wirkender Verbotsirrtum kann vorliegen, wenn der Schädiger die Rechtslage unter Einbeziehung der höchstrichterlichen Rechtsprechung sorgfältig geprüft hat und er bei Anwendung der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt mit einer anderen Beurteilung durch die Gerichte nicht zu rechnen

braucht (BGH, Urteil vom 26. Juni 2023 – VIa ZR 335/21, BGHZ 237, 245 Rn. 63).

Der Fahrzeughersteller kann zu seiner Entlastung darlegen und erforderlichenfalls nachweisen, seine Rechtsauffassung von Art. 5 Abs. 2 der Verordnung (EG) Nr. 715/2007 wäre bei entsprechender Nachfrage von der für die EG-Typgenehmigung oder für anschließende Maßnahmen zuständigen Behörde bestätigt worden (hypothetische Genehmigung). Dabei ist konkreter, unter Beweis gestellter Vortrag der Beklagten sowohl hinsichtlich des Vorliegens eines Verbotsirrtums als auch in Bezug auf dessen Unvermeidbarkeit erforderlich, falls die Beklagte sich darauf berufen will. Zunächst muss der Fahrzeughersteller also darlegen und beweisen, dass sich sämtliche seiner verfassungsmäßig berufenen Vertreter im Sinne des § 31 BGB über die Rechtmäßigkeit der Abschaltvorrichtung(en) mit allen für die Prüfung nach Art. 5 Abs. 2 der Verordnung (EG) Nr. 715/2007 bedeutsamen Einzelheiten im Irrtum befanden oder im Falle einer Ressortaufteilung den damit verbundenen Pflichten genügten (BGH, Urteil vom 25. September 2023 – VIa ZR 1/23, juris Rn. 14). Das Vorhandensein einer EG-Typgenehmigung oder die Ermittlung einer hypothetischen Genehmigung der zuständigen Typgenehmigungsbehörde betreffen nicht den Verbotsirrtum als solchen, sondern dessen Unvermeidbarkeit. Die Verneinung eines Verschuldens unter dem Gesichtspunkt eines unvermeidbaren Verbotsirrtums und gestützt auf Äußerungen der zuständigen Typgenehmigungsbehörde setzt zunächst einen Irrtum der Beklagten voraus (BGH, Urteil vom 27. November 2023 – VIa ZR 1425/22, juris Rn. 32).

bb) Die Beklagte hat schon nicht ausreichend dargelegt, dass sich ihre verfassungsmäßig berufenen Vertreter im Zeitpunkt des Fahrzeugerwerbs durch den Kläger am 25. Mai 2016 im Irrtum befanden.

(1) Dies gilt zunächst hinsichtlich der temperaturgesteuerten Abgasrückführung.

Entgegen der Ansicht der Beklagten (Berufungserwiderung vom 14. März 2024, S. 53; GA II 205 ff.) ist die Darlegung eines konkreten Irrtums weder allgemein noch bei der tatsächlichen oder hypothetischen Genehmigung entbehrlich. Das Vorhandensein einer EG-Typgenehmigung oder die Ermittlung einer hypothetischen Genehmigung der zuständigen Typgenehmigungsbehörde betreffen nicht den Verbotsirrtum als solchen, sondern dessen Unvermeidbarkeit. Die Verneinung eines Ver-

schuldens unter dem Gesichtspunkt eines unvermeidbaren Verbotsirrtums und gestützt auf Äußerungen der zuständigen Typgenehmigungsbehörde setzt zunächst einen Irrtum der Beklagten voraus (BGH, Urteil vom 27. November 2023 – VIa ZR 1425/22, juris Rn. 32). Erst im Anschluss an die Darlegung und den Nachweis dieser Umstände kann Bedeutung gewinnen, ob eine festgestellte Abschalteneinrichtung entweder in all ihren für die Bewertung nach Art. 5 Abs. 2 der Verordnung (EG) 715/2007 maßgebenden Einzelheiten von der damit befassten nationalen Behörde genehmigt war oder genehmigt worden wäre (BGH, Urteil vom 12. März 2024 - VIa ZR 635/23, juris Rn. 16).

Die Beklagte legt weder dar, dass sich sämtliche ihrer verfassungsmäßig berufenen Vertreter im Sinne des § 31 BGB über die Rechtmäßigkeit der temperaturgesteuerten AGR mit allen für die Prüfung nach Art. 5 Abs. 2 der Verordnung (EG) Nr. 715/2007 bedeutsamen Einzelheiten im maßgeblichen Zeitpunkt des Kaufvertragsschlusses im Irrtum befanden noch, dass diese den mit einer Ressortaufteilung verbundenen Pflichten genügten.

Die Beklagte macht lediglich geltend, dass nach ihrer Betriebsorganisation die Ausstellung der Übereinstimmungsbescheinigung im relevanten Zeitpunkt den Abteilungen „Vertriebsplanung PKW“ und „Fahrzeugdokumentation“ oblag und Übereinstimmungsbescheinigungen typischerweise von den Leitern dieser Abteilungen unterzeichnet wurden. Diese wären der Auffassung gewesen, eine zutreffende Übereinstimmungsbescheinigung in den Verkehr zu geben, weil das Fahrzeug mit dem genehmigten Typ übereingestimmt habe. Dass die Übereinstimmungsbescheinigung eine eigenständige Aussage über die materielle Übereinstimmung „mit allen Rechtsakten“ enthalten sollte, sei für die Ausstellenden nicht ersichtlich gewesen. Eine Überprüfung der Konformität des Fahrzeugs auf das Vorhandensein unzulässiger Abschalteneinrichtungen sei nach ihrer Auffassung nicht veranlasst gewesen.

Das ist nicht ausreichend. Vielmehr hätte dargelegt werden müssen, dass sich sämtliche verfassungsmäßigen Vertreter im Sinne des § 31 BGB über die Rechtmäßigkeit des temperaturgesteuerten AGR mit allen für die Prüfung nach Art. 5 Abs. 2 der Verordnung (EG) Nr. 715/2007 im maßgeblichen Zeitpunkt des Kaufvertragsabschlusses im Irrtum befanden (vgl. BGH, Urteil vom 25. September 2023 – VIa ZR 1/23, juris Rn. 14 f.). Da es bereits an der Darlegung eines Verbotsirrtums fehlt,

kommt es nicht darauf an, ob sich die Beklagte auf eine Unvermeidbarkeit eines solchen Irrtums berufen könnte (BGH, aaO Rn. 15).

Zudem scheidet eine Entlastung, wenn sich der Hersteller mit Rücksicht auf eine nicht in seinem Sinn geklärte Rechtslage erkennbar in einem rechtlichen Grenzbe-
reich bewegte, schon deshalb eine abweichende rechtliche Beurteilung seines Vor-
gehens in Betracht ziehen und von der eventuell rechtswidrigen Verwendung der
Abschalteinrichtung absehen musste (BGH, Urteil vom 26. Juni 2023 – VIa ZR
335/21, BGHZ 237, 245 Rn. 69). Insoweit hat es sich bei der Verwendung eines
Thermofensters trotz der zu einem bestimmten Zeitpunkt mehr oder weniger ver-
breiteten Auffassung von dessen Zulässigkeit um einen rechtlichen Grenzbe-
reich gehandelt (vgl. BGH, Urteil vom 11. Dezember 2023 – VIa ZR 340/22, juris
Rn. 12). Diesbezüglich ist zu berücksichtigen, dass die Auslegung der Art. 3 Nr. 10,
Art. 5 Abs. 2 der Verordnung (EG) Nr. 715/2007 nicht in allen Einzelheiten durch
den Gerichtshof der Europäischen Union geklärt war (BGH, Urteil vom 4. Dezember
2023 – VIa ZR 1285/22, juris Rn. 16).

(2) Hinsichtlich der KSR kann auf die vorstehenden Ausführungen verwiesen wer-
den. Auch insoweit ist die Beklagte den Darlegungsanforderungen bezüglich eines
Irrtums ihrer verfassungsmäßigen Vertreter nicht nachgekommen. Zudem handelte
es sich auch bei der Implementierung der KSR erkennbar um einen rechtlichen
Grenzbereich.

d) Auch eine Tatbestandswirkung einer EG-Typgenehmigung kann dem Schadens-
ersatzanspruch nicht entgegengehalten werden. Der Senat folgt insoweit den Aus-
führungen des Bundesgerichtshofs zur Reichweite der Tatbestandswirkung einer
EG-Typgenehmigung (BGH, Urteil vom 26. Juni 2023 - VIa ZR 335/21, BGHZ 237,
245 Rn. 11 ff.). Es besteht insoweit kein Klärungsbedarf im Sinne von Art. 267
Abs. 3 AEUV (vgl. BGH, aaO Rn. 17).

e) Aufgrund des Einsatzes zweier unzulässiger Abschalteinrichtungen – (1.) tempe-
raturgesteuerte AGR und (2.) KSR – im streitbefangenen Fahrzeug ist dem Kläger
ein sogenannter Differenzschaden entstanden.

aa) Zur Erwerbskausalität kann sich der Kläger bei der Inanspruchnahme der Be-

klagten nach § 823 Abs. 2 BGB i.V.m. § 6 Abs. 1, § 27 Abs. 1 EG-FGV auf den Erfahrungssatz stützen, dass er den Kaufvertrag über das streitbefangene Fahrzeug zu diesem Kaufpreis nicht geschlossen hätte (BGH, Urteil vom 26. Juni 2023 - VIa ZR 335/21, BGHZ 237, 245 Rn. 55).

bb) Der Klagepartei ist aufgrund des Einsatzes einer temperaturgesteuerten AGR und einer KSR ein ersatzfähiger Differenzschaden in Höhe von 2.433,75 € entstanden (1), auf den im Wege der Vorteilsausgleichung nichts anzurechnen ist (2).

(1) Da die Beklagte wegen des enttäuschten Vertrauens des Käufers auf die Richtigkeit der Übereinstimmungsbescheinigung für die aus dem Vertragsschluss folgenden Schäden haftet, kommt es für den Vermögensvergleich auf den Zeitpunkt des Vertragsschlusses an (BGH, Urteil vom 26. Juni 2023 – VIa ZR 335/21, BGHZ 237, 245 Rn. 42). Der Schaden des Käufers liegt in dem Betrag, um den er den Kaufgegenstand mit Rücksicht auf die mit der unzulässigen Abschaltvorrichtung verbundenen Risiken zu teuer erworben hat (BGH, aaO Rn. 40).

Dieser Betrag ist nach § 287 Abs. 1 Satz 1 ZPO unter Würdigung aller Umstände innerhalb eines Rahmens von 5% - 15% des Kaufpreises nach freier Überzeugung des Tatrichters zu schätzen (BGH, Urteil vom 26. Juni 2023 – VIa ZR 335/21, NJW 2023, 2259 Rn. 72 ff.). Bei der Schätzung des Schadens innerhalb eines Rahmens zwischen 5% und 15% hat der Tatrichter bei der Bestimmung des objektiven Werts des Fahrzeugs im Zeitpunkt des Vertragsschlusses die mit der Verwendung einer unzulässigen Abschaltvorrichtung verbundenen Nachteile, insbesondere das Risiko behördlicher Anordnungen, zu berücksichtigen. Weiter hat er den Umfang in Betracht kommender Betriebsbeschränkungen und die Eintrittswahrscheinlichkeit solcher Beschränkungen mit Rücksicht auf die Einzelfallumstände in den Blick zu nehmen. Maßgebend ist dabei eine auf den Zeitpunkt des Vertragsschlusses bezogene Betrachtung. Über diese originär schadensrechtlichen Gesichtspunkte hinaus hat der Tatrichter das Gewicht des der Haftung zugrundeliegenden konkreten Rechtsverstoßes für das unionsrechtliche Ziel der Einhaltung gewisser Emissionsgrenzwerte sowie den Grad des Verschuldens nach Maßgabe der Umstände des zu beurteilenden Einzelfalls zu bewerten, um so dem Gebot einer verhältnismäßigen Sanktionierung auch bezogen auf den zu würdigenden Einzelfall Rechnung zu tragen (BGH, Urteil vom 26. Juni 2023 – VIa ZR 335/21, BGHZ 237, 245 Rn. 76 f.).

Nach dieser Maßgabe ist im vorliegenden Fall für die temperaturgesteuerte AGR und die KSR nach Überzeugung des Senats ein Schaden in Höhe von 7,5% des Kaufpreises entstanden. Bei der Bemessung ist zu berücksichtigen, dass das Risiko behördlicher Beschränkungen zum maßgeblichen Zeitpunkt des Vertragsschlusses – ausgehend von der seinerzeit vom KBA vertretenen Auffassung – gering war, da die Grenzwerte auch ohne die unzulässigen Abschaltanlagen eingehalten wurden. Ein nicht völlig unbedeutendes und deshalb bei der Schadensbemessung zu berücksichtigendes Rückrufrisiko bestand jedoch bereits zu diesem Zeitpunkt, weil die Frage, unter welchen Voraussetzungen von einer unzulässigen Abschaltanlage im Sinne des Art. 3 Nr. 10, Art. 5 Abs. 2 Satz 1 der Verordnung (EG) Nr. 715/2007 auszugehen ist, in der Rechtsprechung noch nicht geklärt war. Das Gewicht des Rechtsverstoßes für die unionsrechtlichen Ziele der Einhaltung der Emissionsgrenzwerte erscheint angesichts der Einhaltung der Grenzwerte auch ohne die Funktion nicht gravierend. Andererseits ist zu berücksichtigen, dass zwei unzulässige Abschaltanlagen implementiert wurden. Unter Berücksichtigung aller Umstände war der Differenzschaden somit in der unteren Hälfte des Rahmens und dort im mittleren Bereich (7,5%) anzusiedeln. Der Schaden von 7,5% des Kaufpreises liegt damit bei 2.433,75 €.

(2) Auf diesen Schaden ist aufgrund einer schadensmindernden Berücksichtigung später eintretender Umstände im Wege der Vorteilsausgleichung (vgl. dazu BGH, Urteil vom 26. Juni 2023 – VIa ZR 335/21, aaO, Rn. 80 mwN) nichts anzurechnen.

Auf den Differenzschaden sind Nutzungsvorteile und der Restwert des Fahrzeugs im Wege der Vorteilsausgleichung insoweit schadensmindernd anzurechnen, als sie den Wert des Fahrzeugs bei Abschluss des Kaufvertrags (gezahlter Kaufpreis abzüglich Differenzschaden) übersteigen (vgl. BGH, Urteil vom 24. Januar 2022 - VIa ZR 100/21, Rn. 17 ff.; BGH, Urteil vom 26. Juni 2023, aaO, Rn. 80; jeweils mwN).

(a) Zunächst hat der Kläger durch die Nutzung des Fahrzeugs einen Vorteil gehabt. Die Berechnung des Nutzungsvorteils erfolgt nach der Formel: "Nutzungsvorteil gleich Bruttokaufpreis multipliziert mit der seit Erwerb gefahrenen Strecke geteilt durch die erwartete Restlaufleistung im Erwerbszeitpunkt" (BGH, aaO Rn. 24). Daraus ergibt sich unter Berücksichtigung der erwartbaren Gesamtlaufleistung von

300.000 km (§ 287 ZPO) und der unstreitigen Laufleistung bei Verkauf des Fahrzeugs am 7. Juli 2021 (54.706 km) folgende Berechnung des Nutzungsvorteils:

Kaufpreis	32.450,00 €
Km-Stand z.Zt. des Kaufs	12143
aktueller Km-Stand	54706
ergibt:	
Restlaufleistung z.Zt. des Kaufs (Gesamtleistung 300.000 km)	287857
Vorteil/km	0,112729584
gefahrte km	42563
Nutzungsvorteil (km)	4.798,11 €

(b) Daneben ist im Ausgangspunkt der Verkaufserlös von 14.200 € zu berücksichtigen. Bei einem Weiterverkauf tritt der erzielte Verkaufserlös an die Stelle des Fahrzeugs (vgl. BGH, Urteil vom 20. Juli 2021 – VI ZR 533/20, juris Rn. 24). In diesem Verkaufserlös setzt sich der anzurechnende Vorteil aus dem Fahrzeugerwerb fort (BGH, aaO Rn. 29). Für den Differenzschaden auf der Grundlage des § 823 Abs. 2 BGB in Verbindung mit § 6 Abs. 1, § 27 Abs. 1 EG-FGV gilt nichts anderes (vgl. BGH, Urteil vom 25. September 2023 – VIa ZR 1687/22, juris Rn. 12). Dementsprechend steht mit dem Verkaufspreis der erzielte Restwert und damit fest, in welcher Höhe der Schaden durch den Verkauf ausgeglichen worden sein kann (vgl. BGH, Urteil vom 13. Januar 2009 – VI ZR 205/08, juris Rn. 12). Erachtet der Schädiger den Verkaufserlös nicht für marktgerecht, obliegt es ihm, darzulegen und zu beweisen, dass der Geschädigte mit dem Verkauf seine Pflicht zur Geringhaltung des Schadens verletzt hat (§ 254 Abs. 2 BGB; BGH, Urteile vom 13. Januar 2009 – VI ZR 205/08, juris Rn. 12 und vom 13. November 2012 – XI ZR 334/11, juris Rn. 25 ff.). Ein Verstoß gegen diese Obliegenheit scheidet jedoch aus, wenn die Vorgehensweise des Geschädigten im konkreten Fall vernünftig und zweckmäßig erscheint (vgl. BGH, Urteil vom 13. November 2012 – XI ZR 334/11, juris Rn. 26).

Vorliegend würde es auch unter Zugrundelegung des von der Beklagten gehaltenen Vortrags, der Kläger habe seine Pflicht zur Geringhaltung des Schadens verletzt hätte, weil er das streitgegenständliche Fahrzeug für 20.000 € hätte verkaufen können, zu keiner schadensmindernden Vorteilsausgleichung kommen. Daher kann vorliegend unberücksichtigt bleiben, dass erhebliche Indizien gegen den Vortrag der Beklagten sprechen (u.a. Verkauf an einen autorisierten Verkauf- und Servicepart-

ner der Beklagten mit einem nicht reparierten Unfallschaden, für dessen Beseitigung ausweislich der Anlage K1e (Netto-)Reparaturkosten von 3.576,82 € erforderlich waren).

Dass keine schadensmindernde Vorteilsausgleichung in Betracht kommt, gilt auch unter Hinzurechnung der aus der Schadensabrechnung der Kaskoversicherung ersichtlichen Zahlung von 3.076,82 €. Denn addiert man zu dem Nutzungsvorteil von 4.798,11 € den behaupteten Marktwert von 20.000 € sowie die Zahlung der Kaskoversicherung in Höhe von 3.076,82 €, ergibt sich eine Summe von 27.874,93 €. Diese Summe übersteigt den bei einem Differenzschaden von 7,5% anzunehmenden Wert des Fahrzeugs bei Abschluss des Kaufvertrags (gezahlter Kaufpreis abzüglich Differenzschaden = 30.016,25 €) nicht.

(2) Der Anspruch auf Ersatz des Differenzschadens ist auch nicht wegen des durchgeführten Software-Updates zu reduzieren.

Eine etwaige Aufwertung des Fahrzeugs durch das Software-Update als nachträgliche Maßnahme der Beklagten, die gerade der Beseitigung der unzulässigen Abschaltvorrichtung dienen sollte, ist als Vorteil zu berücksichtigen. Eine Schadensminderung kann damit indessen nur verbunden sein, wenn und soweit das Software-Update die Gefahr von Betriebsbeschränkungen signifikant reduziert (BGH, Urteil vom 6. Juli 2021 – VI ZR 40/20, BGHZ 230, 224, Rn. 24; Urteil vom 26. Juni 2023 – VIa ZR 335/21, BGHZ 237, 245 Rn. 80). Jedoch hat sich ein Vorteil durch das Aufspielen des Software-Updates nicht bis zum Verkauf durch den Kläger realisiert. Denn das Software-Update erst am 1. September 2021 (vgl. Berufungserwidern vom 14. März 2024, s. 79; GA II 231) und damit nach dem Verkauf durch den Kläger am 7. Juli 2021 durchgeführt, sodass dieses für den Kläger keinen Vorteil (mehr) brachte.

Der Kläger muss sich auch nicht so behandeln lassen, als hätte er den aus dem Software-Update resultierenden Vorteil tatsächlich erzielt. Zwar verstößt der Geschädigte, wenn und soweit er sich dem Aufspielen eines solchen Software-Updates verschließt, gegen seine Schadensminderungspflicht aus § 254 Abs. 2 Satz 1 Fall 2 BGB; in diesem Fall muss er sich bei der Bemessung des Differenzschadens gemäß § 242 BGB so behandeln lassen, als hätte er einen aus dem Software-Update resultierenden Vorteil tatsächlich erzielt (vgl. BGH, Urteil vom 23. Oktober

2023 – VIa ZR 468/21, juris Rn. 14). Jedoch hat die darlegungs- und beweisbelastete Beklagte schon nicht vorgetragen, dass dem Kläger das Aufspielen des Software-Updates angeboten worden wäre und dieser sich dem Angebot verschlossen hätte.

f) 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 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. Die Beklagte behauptet, der Kläger hätte spätestens im letzten Quartal 2018 Kenntnis über die anspruchsbegründenden Umstände erhalten müssen. Dies zugrunde gelegt, hätte die Verjährungsfrist frühestens am 31. Dezember 2018 begonnen und würde damit am 31. Dezember 2021 enden. Die Klage wurde aber bereits am 17. November 2020 zugestellt, sodass die Verjährung seitdem gemäß § 204 Abs. 1 Nr. 1 BGB gehemmt ist.

5. Der Zinsanspruch folgt aus §§ 291, 288 Abs. 1 BGB. Da es sich bei dem Differenzschaden gegenüber dem "großen" Schadensersatz lediglich um unterschiedliche Methoden der Schadensberechnung handelt (BGH, Urteil vom 26. Juni 2023 – VIa ZR 335/21, BGHZ 237, 245 Rn. 45), war der nun zugesprochene Anspruch als Minus in den ursprünglichen Klageanträgen enthalten. Er ist daher antragsgemäß ab dem auf die Rechtshängigkeit folgenden Tag zu verzinsen. Die Klage wurde der Beklagten am 17. November 2020 zugestellt (GA I 22), sodass die Forderung ab dem 18. November 2020 zu verzinsen ist.

6. Eine Zahlung vorgerichtlicher Rechtsverfolgungskosten kann der Kläger aus den unter 1 genannten Gründen nicht gemäß §§ 826, 31 BGB verlangen. Der Anspruch kann auch nicht auf § 823 Abs. 2 BGB in Verbindung mit § 6 Abs. 1, § 27 Abs. 1 EG-FGV gestützt werden (vgl. BGH, Urteil vom 16. Oktober 2023 – VIa ZR 14/22, juris Rn. 13).

Schließlich ergibt sich ein Anspruch auf Zahlung vorgerichtlicher Rechtsverfolgungskosten auch nicht aus § 280 Abs. 1 und 2, § 286 BGB wegen Verzugs. Denn es ist nicht ersichtlich, dass die Beklagte bereits vor der vorgerichtlichen Tätigkeit der Klägervertreter in Verzug geraten wäre.

7. Die Nebenentscheidungen beruhen hinsichtlich der Kosten auf § 92 Abs. 1 und § 97 Abs. 1 ZPO und hinsichtlich der vorläufigen Vollstreckbarkeit auf § 708 Nr. 10, § 711, § 713, § 544 Abs. 2 Nr. 1 ZPO. Die Voraussetzungen für eine Zulassung der Revision (§ 543 Abs. 2 ZPO) liegen nicht vor.



**Vorstehende Abschrift stimmt mit
der Urschrift wörtlich überein.**



als Urkundsbeamtin der Geschäftsstelle
Dieses Schriftstück wurde elektronisch erstellt.
Es ist nur mit Unterschrift und Gerichtssiegel oder mit qualifizierter elektronischer Signatur gültig.