

Gericht:	OLG Rostock 8. Zivilsenat
Entscheidungsdatum:	31.05.2024
Aktenzeichen:	8 U 27/22
ECLI:	ECLI:DE:OLGROST:2024:0531.8U27.22.00
Dokumenttyp:	Urteil
Quelle:	
Normen:	§ 31 BGB, § 823 Abs 2 BGB, § 826 BGB, § 6 Abs 1 EG-FGV, § 27 Abs 1 EG-FGV ... mehr

Abschaltseinrichtungen bei Verbau eines Thermofensters und einer Kühlmittel-Solltemperatur-Regelung sowie bei Ausgestaltung der SCR-Steuerung mittels eines Wechsels zwischen verschiedenen AdBlue-Dosiermodi im Motor OM 651

Leitsatz

1. Mangels vorsätzlicher sittenwidriger Schädigung begründen weder der Verbau eines Thermofensters und einer Kühlmittel-Solltemperatur-Regelung (KSR) noch eine Ausgestaltung der SCR-Steuerung mittels eines Wechsels zwischen verschiedenen AdBlue-Dosiermodi im Motor OM 651 für sich genommen Ansprüche von Käufern eines Kraftfahrzeugs gegen den Hersteller aus §§ 826, 31 BGB.(Rn.14) (Rn.22) (Rn.33) (Rn.43) (Rn.46)
2. Zum Vorliegen einer unzulässigen Abschaltseinrichtung im Sinne von Art. 3 Nr. 10, Art. 5 Abs. 2 Satz 1 VO (EG) Nr. 715/2007 bei Verbau eines Thermofensters und einer Kühlmittel-Solltemperatur-Regelung (KSR) sowie bei einer Ausgestaltung der SCR-Steuerung mittels eines Wechsels zwischen verschiedenen AdBlue-Dosiermodi im Motor OM 651.(Rn.71) (Rn.80) (Rn.99) (Rn.111)
3. Zu den normalen Betriebsbedingungen im Sinne von Art. 3 Nr. 10, Art. 5 Abs. 1 VO (EG) Nr. 715/2007 zählt ein Außentemperaturbereich von -15 °C bis +40 °C.(Rn.81)
4. Bei der Vorteilsausgleichung im Rahmen eines Anspruchs auf den Differenzschadensersatz gemäß § 823 Abs. 2 BGB i.V.m. §§ 6 Abs 1, 27 Abs. 1 EG-FGV kommt es nicht darauf an, ob der tatsächliche Marktwert des Fahrzeugs im Zeitpunkt der mündlichen Verhandlung in der Berufungsinstanz höher liegt als bei schon während des Laufs des Verfahrens erfolgtem Verkauf. Zudem ist, da der Hersteller darlegungs- und beweisbelastet hinsichtlich anzurechnender Vorteile ist, seine Erklärung mit Nichtwissen dazu, dass für einen Mindererlös nicht ein schlechter Pflegezustand des streitgegenständlichen Fahrzeugs, seine Eigenschaft als Unfallwagen oder weitere Umstände ursächlich gewesen sind, die sich negativ auf den Wert des Fahrzeugs ausgewirkt haben und vom Käufer zu vertreten sind, unerheblich.(Rn.168)
5. Beim Übergang vom großen Schadensersatz zum Differenzschadensersatz kann die Klagepartei Rechtshängigkeitszinsen aus dem in der Hauptsache zugesprochenen Betrag, der den mit der Klageerhebung geltend gemachten Betrag nicht übersteigt, ab dem auf die Zustellung der Klage folgenden Tag beanspruchen.(Rn.186)

Orientierungssatz

1. Zitierungen zu Leitsatz 1: Anschluss BGH, Urteil vom 20. Juli 2023 - III ZR 303/20; BGH, Urteil vom 13. Januar 2022 - III ZR 205/20; OLG Stuttgart, Urteil vom 22. Februar 2024 - 24 U 254/21 und OLG Karlsruhe, Urteil vom 24. Januar 2024 - 6 U 10/21.(Rn.11) (Rn.15) (Rn.23) (Rn.46)

2. Zitierungen zu Leitsatz 2: Anschluss EuGH, Urteil vom 21. März 2023 - C-100/21 und Urteil vom 14. Juli 2022 - C-128/20.(Rn.110)

3. Zitierung zu Leitsatz 3: Anschluss OLG Stuttgart, Urteil vom 22. Februar 2024 - 24 U 254/21.(Rn.81)

4. Zitierung zu Leitsatz 5: Anschluss OLG Karlsruhe, Urteil vom 28. Februar 2024 - 6 U 45/21.(Rn.186)

Verfahrensgang

vorgehend LG Schwerin 1. Zivilkammer, 15. Januar 2020, 1 O 43/19, Urteil

Tenor

1. Auf die Berufung des Klägers wird das Urteil des Landgerichts Schwerin vom 15.01.2020, Az. 1 O 43/19, unter Zurückweisung des weitergehenden Rechtsmittels teilweise abgeändert und wie folgt neu gefasst:

Die Beklagte wird verurteilt, an den Kläger 2.630,- € nebst Zinsen in Höhe von fünf Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 20.02.2019 zu zahlen.

Im Übrigen wird die Klage abgewiesen.

2. Die Kosten des Rechtsstreits beider Instanzen tragen der Kläger zu 90 % und die Beklagte zu 10 %.

3. Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar.

4. Die Revision wird nicht zugelassen.

Beschluss

Der Streitwert wird für das Berufungsverfahren auf bis zu 25.000,00 € festgesetzt.

Gründe

I.

- 1 Von der Darstellung des Sachverhalts wird gemäß §§ 540 Abs. 2, 313a Abs. 1 S. 1 ZPO abgesehen.

II.

- 2 Die zulässige Berufung hat im tenorierten Umfang Erfolg; im Übrigen ist sie unbegründet.
- 3 1. Die Berufung ist entgegen der Auffassung der Beklagten zulässig.

- 4 Sie entspricht den Anforderungen des § 520 Abs. 3 Satz 2 ZPO, weil sie in ausreichender Weise erkennen lässt, dass das Urteil des Landgerichts in vollem Umfang zur Überprüfung gestellt wird und die Verletzung materiellen Rechts unter Schilderung der eigenen Rechtsansichten gerügt wird. Auch wenn – wie bei der Mehrzahl der Verfahren mit Bezug zum sog. Abgasskandal – die Verwendung von Textbausteinen erkennbar ist, ist die Begründung doch noch in ausreichender Weise auf den Streitfall zugeschnitten (vgl. Heßler, in: Zöller, ZPO, 34. Aufl. 2022, § 520 Rn. 35, 37 m.w.N.). Ihr ist insbesondere sinngemäß die Ansicht zu entnehmen, das Landgericht habe bei richtiger Beurteilung des erstinstanzlichen Klagevorbringens die Anforderungen an die Darlegung einer offensichtlich unzulässigen Abschaltanlage, die den Prüfstand erkenne, überspannt. Hinzu kommt, dass die Berufung hinsichtlich solcher behaupteter Abschaltanlagen, für die das Landgericht eine Sittenwidrigkeit nur mangels Vorsatzes betreffend deren Unzulässigkeit verneint hat, den entscheidungserheblichen Einwand erhebt, die für die Verneinung auch von Ansprüchen nach § 823 Abs. 2 BGB i.V.m. europarechtlichen Vorschriften insoweit allein tragende Begründung des Landgerichts verkenne die Schutzgesetzqualität letzterer.
- 5 2. Die Berufung ist teilweise begründet.
- 6 Dem Kläger steht ein Zahlungsanspruch weder aus vertraglicher/vorvertraglicher Haftung (dazu unter a)) noch aus §§ 826, 31 BGB (dazu unter b)), § 823 Abs. 2 BGB i.V.m. § 263 StGB (dazu unter c)), § 823 Abs. 2 BGB i.V.m. § 16 UWG (dazu unter d)) oder § 831 Abs. 1 BGB (dazu unter e)) zu. Er hat jedoch nach Maßgabe des zuletzt gestellten Hauptantrags einen Anspruch gegenüber der Beklagten aus § 823 Abs. 2 BGB i.V.m. §§ 6 Abs. 1, 27 Abs. 1 EG-FGV oder Art. 5 Abs. 2 der Verordnung (EG) Nr. 715/2007 auf Ersatz eines Differenzschadens in Höhe von 10 % des Brutto-Fahrzeugkaufpreises (dazu unter f)) nebst Zinsen (dazu unter g)). Ein Anspruch auf Zahlung oder Freistellung von vorgerichtlichen Rechtsanwaltskosten (dazu unter h)) und auf Feststellung der teilweisen Erledigung des Rechtsstreits in der Hauptsache (dazu unter i)) ist nicht gegeben.
- 7 a) Vertragliche Ansprüche des Klägers gegen die Beklagte oder solche aus vorvertraglicher Haftung (§ 280 Abs. 1, § 241 Abs. 2, § 311 Abs. 3 BGB) scheiden mangels rechtsgeschäftlicher oder rechtsgeschäftsähnlicher Beziehungen zwischen den Parteien aus (vgl. BGH, Urt. v. 16.09.2021, VII ZR 190/20, Rn. 34, juris).
- 8 b) Auch ein Anspruch aus §§ 826, 31 BGB ist im Ergebnis nicht gegeben.
- 9 Das Verhalten der Beklagten gegenüber dem Kläger rechtfertigt jedenfalls nicht den Vorwurf einer vorsätzlichen sittenwidrigen Schädigung. Aus diesem Grund wird weder eine sekundäre Darlegungslast der Beklagten ausgelöst noch ist die Durchführung einer Beweisaufnahme erforderlich.
- 10 aa) 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 Sittenwidrigkeit kann es daher auf Kenntnisse, Absichten und Beweggründe des Handelnden

den ankommen, die die Bewertung seines Verhaltens als verwerflich rechtfertigen. Die Verwerflichkeit kann sich auch aus einer bewussten Täuschung ergeben (vgl. BGH, Urt. v. 13.07.2021, VI ZR 128/20; Urt. v. 30.07.2020, VI ZR 5/20; Urt. v. 25.05.2020, VI ZR 252/19; Beschl. v. 13.10.2021, VII ZR 295/20 sowie VII ZR 179/21; Beschl. v. 29.09.2021, VII ZR 45/21; Beschl. v. 15.09.2021, VII ZR 101/21; Beschl. v. 15.09.2021, VII ZR 165/21). Bei mittelbaren Schädigungen kommt es 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, Urt. v. 30.07.2020, a.a.O.; Urt. v. 25.05.2020, a.a.O.; Beschl. v. 13.10.2021, a.a.O.; Beschl. v. 29.09.2021, a.a.O.; Beschl. v. 15.09.2021, a.a.O.; Beschl. v. 09.03.2021, VI ZR 889/20; Beschl. v. 19.01.2021, VI ZR 433/19).

- 11 Nach diesen Maßstäben kann das Verhalten eines Fahrzeugherstellers eine vorsätzlich sittenwidrige Schädigung begründen, wenn dieser aufgrund einer grundlegenden strategischen Entscheidung bei der Motorenentwicklung im eigenen Kosten- und Gewinninteresse durch bewusste und gewollte Täuschung des KBA systematisch in großer Stückzahl Fahrzeuge in Verkehr gebracht hat, deren Motorsteuerungssoftware bewusst und gewollt so programmiert war, dass die gesetzlichen Abgaswerte mittels einer unzulässigen Abschalteinrichtung nur auf dem Prüfstand eingehalten wurden (vgl. BGH, Urt. v. 25.05.2020, VI ZR 252/19, juris Rn. 16), mithin diese manipulativ ausgestaltet wurde. Demgegenüber ist nicht bereits das Inverkehrbringen eines mit einer unzulässigen Abschalteinrichtung ausgerüsteten Kraftfahrzeugs durch einen Fahrzeughersteller 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 nach gefestigter Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs vielmehr weitere Umstände hinzutreten, die sein Verhalten als besonders verwerflich erscheinen lassen (BGH, Urt. v. 20.07.2023, III ZR 303/20, juris Rn. 11 m.w.N.).
- 12 bb) Greifbare Anhaltspunkte für ein dergestalt als vorsätzlich sittenwidrig zu wertendes Verhalten der Beklagten sind nach dem Vortrag des Klägers in dem Inverkehrbringen des streitgegenständlichen Fahrzeugs auch unter Gesamtwürdigung der unterschiedlichen - nach dem Vortrag des Klägers - in dem Motor des Fahrzeugs installierten Vorrichtungen nicht zu erkennen.
- 13 Ein Sachvortrag zur Begründung eines Anspruchs ist zwar bereits dann schlüssig und erheblich, wenn die Partei Tatsachen vorträgt, die in Verbindung mit einem Rechtssatz geeignet und erforderlich sind, das geltend gemachte Recht als in der Person der Partei entstanden erscheinen zu lassen. Die Angabe näherer Einzelheiten ist nicht erforderlich, soweit diese für die Rechtsfolgen nicht von Bedeutung sind (vgl. BGH in ständiger Rechtsprechung, u.a. BGH, Beschl. v. 28.01.2020, VIII ZR 57/19, juris Rn. 7; Beschl. v. 14.01.2020, VI ZR 97/19, Rn. 8). Von der Klagepartei kann daher insbesondere nicht verlangt werden, Einzelheiten zu den von ihr behaupteten Manipulationen vorzutragen. Hierbei ist es einer Partei nicht verwehrt, Umstände zu behaupten, 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 (vgl. BGH, jeweils a.a.O.). Dennoch nicht zu berücksichtigen ist aber ein nach Vorstehendem schlüssiger Sachenvortrag, wenn die Partei ohne greifbare Anhaltspunkte für das Vorliegen eines bestimmten Sachverhalts zu haben, willkürlich Behauptungen "aufs Geratewohl" oder "ins Blaue hinein" aufstellt. Bei der Annahme von Willkür in diesem Sinne ist Zurückhaltung geboten, so

dass sie in der Regel nur beim Fehlen jeglicher tatsächlicher Anhaltspunkte gerechtfertigt ist (vgl. BGH, Beschl. v. 28.01.2020, VIII ZR 57/19, juris Rn. 8; Beschl. v. 14.01.2020, VI ZR 97/19, Rn. 8).

- 14 (1) Es kann insoweit dahinstehen, ob das nach dem Klagevorbringen in dem streitgegenständlichen Motor implementierte Thermofenster eine unzulässige Abschalteneinrichtung i.S.v. Art. 3 Nr. 10, Art. 5 Abs. 2 EG-VO 715/2007 darstellt, da jedenfalls die Verwendung eines solchen Thermofensters eine vorsätzliche sittenwidrige Schädigung des Klägers durch die Beklagte nicht zu begründen vermag.
- 15 (a) Unterscheidet eine temperaturbeeinflusste Steuerung der Abgasrückführung nicht danach, ob sich das Fahrzeug auf dem Prüfstand oder im normalen Fahrbetrieb befindet, und weist sie keine Funktion auf, die bei erkanntem Prüfstandsbetrieb eine verstärkte Abgasrückführung aktiviert und den Stickoxidausstoß gegenüber dem normalen Fahrbetrieb reduziert, sondern arbeitet sie in beiden Fahrsituationen im Grundsatz in gleicher Weise, ist der Vorwurf der Sittenwidrigkeit nur gerechtfertigt, wenn zu einem möglichen Rechtsverstoß weitere Umstände hinzutreten, die das Verhalten der für die Beklagte handelnden Personen als besonders verwerflich erschienen ließen (vgl. BGH, Urte. v. 13.01.2022, III ZR 205/20; Beschl. v. 19.01.2021, VI ZR 433/19; Urte. v. 16.09.2021, VII ZR 190/20). Dies setzt jedenfalls voraus, dass diese Personen bei der Entwicklung und/oder Applikation der temperaturabhängigen Steuerung des Emissionskontrollsystems in dem Bewusstsein handelten, eine unzulässige Abschalteneinrichtung zu verwenden, und den darin liegenden Gesetzesverstoß billigend in Kauf nahmen. Fehlt es hieran, ist schon der objektive Tatbestand der Sittenwidrigkeit nicht erfüllt (vgl. BGH, Urte. v. 26.04.2022, VI ZR 435/20; Urte. v. 13.01.2022, III ZR 205/20; Beschl. v. 13.10.2021, a.a.O. sowie VII ZR 99/21; Beschl. v. 29.09.2021, a.a.O. sowie VII ZR 126/21; Urte. v. 16.09.2021, VII ZR 190/20; Beschl. v. 15.09.2021, VII ZR 101/21; Beschl. v. 19.01.2021, a.a.O.; Beschl. v. 09.03.2021, VI ZR 889/20). Eine möglicherweise nur fahrlässige Verkennung der Rechtslage genügt für die Feststellung der besonderen Verwerflichkeit des Verhaltens der Beklagten und deren vorsätzlichen Handelns nicht.
- 16 Unter Berücksichtigung dieser Maßgaben ist der objektive Tatbestand eines sittenwidrigen Verhaltens nicht hinreichend dargetan. Selbst nach dem Vorbringen des Klägers funktioniert das Thermofenster auf dem Prüfstand und im normalen Fahrbetrieb im Grundsatz in gleicher Weise. Unterschreitet die Außentemperatur den Wert von 20°C nicht bzw. überschreitet sie den Wert von 30 °C nicht, ist die Abgasrückführung nach dem eigenen Vorbringen des Klägers sowohl auf dem Prüfstand als auch im Echtbetrieb gleichermaßen wirksam. In Anbetracht dessen, dass Außentemperaturen von 20°C und mehr bzw. 30 °C und weniger häufig auftreten, ist das Temperaturfenster auch nicht derart eng bedatet, dass eine vollwirksame Abgasrückführung nahezu ausschließlich auf dem Prüfstand stattfindet.
- 17 Greifbare Anhaltspunkte dafür, dass die für die Beklagte handelnden Personen bei der Konzeptionierung des Thermofensters in dem Bewusstsein gehandelt hätten, eine unzulässige Abschalteneinrichtung zu verwenden und den darin liegenden Gesetzesverstoß billigend in Kauf zu nehmen, sind nicht vorgetragen. Es ist weder ein Täuschungsvorsatz von Repräsentanten der Beklagten noch ein Irrtum auf Seiten des KBA über das Vorliegen des Thermofensters im Rahmen des EG-Typgenehmigungsverfahrens ersichtlich. Belastbare Anhaltspunkte dafür, dass die Beklagte das KBA über das Vorhandensein oder die genaue Funktionsweise des von ihr verwendeten Thermofensters im Unklaren gelassen hätte, hat der Kläger nicht aufgezeigt. Es bestehen keine greifbaren Anhaltspunkte für

wissentlich unterbliebene oder unrichtige Angaben der Beklagten im Typgenehmigungsverfahren, die auf ein heimliches und manipulatives Vorgehen oder eine Überlistung der zuständigen Typgenehmigungsbehörde und damit auf einen bewussten Gesetzesverstoß hindeuten würden.

- 18 Aus einer etwaig unterbliebenen Offenlegung einer (unterstellt) unzulässigen Abschalt-einrichtung bzw. dessen genauer Wirkungsweise gegenüber der zuständigen Typgenehmigungsbehörde folgen keine Anhaltspunkte, dass für die Beklagte tätige Personen in dem Bewusstsein handelten, eine unzulässige Abschalt-einrichtung zu verwenden, und das KBA insoweit täuschen wollten. Sowohl dem KBA als auch dem EU-Normgeber waren ab 2008 der allgemeine Einsatz von Thermofenstern bekannt – wie dem Senat aus einer Vielzahl von Verfahren bekannt ist. Das KBA wäre daher bei unzureichenden oder gar fehlenden Angaben zu einer temperaturgesteuerten AGR nach dem Amtsermittlungsgrundsatz gemäß § 24 Abs. 1 S. 1 und 2 VwVfG gehalten gewesen, diese zu erfragen, um sich in die Lage zu versetzen, die Zulässigkeit der Abschalt-einrichtung im streitgegenständlichen Fahrzeugtyp zu prüfen (vgl. BGH, Urt. v. 16.09.2021, VII ZR 190/20, juris Rn. 26).
- 19 Im Übrigen stellt die jedenfalls bis vor Kurzem vom KBA noch vertretene Rechtsauffassung der Zulässigkeit der von der Beklagten verwendeten Thermofenster, auch wenn sie eine eigene zivilgerichtliche Prüfung nicht ersetzt, jedenfalls in Bezug auf ein vom Kläger behauptetes Vorstellungsbild der Beklagten, das streitgegenständliche Fahrzeug in Kenntnis einer Abschalt-einrichtung und im Bewusstsein ihrer Unrechtmäßigkeit hergestellt und in den Verkehr gebracht zu haben, ein gewichtiges Indiz dar. Die Tatsache, dass das KBA trotz jahrelanger Kenntnis der Verwendung von Thermofenstern jedenfalls bis vor Kurzem keinen Anlass zu weiteren Maßnahmen hatte, indiziert eine bis dahin weite Auslegung des KBA im Hinblick auf die nach Art. 5 Abs. 2 S. 2 VO Nr. 715/2007 ausnahmsweise zulässigen Abschalt-einrichtungen, so dass vom Vorhandensein des Thermofensters nicht auf das Erschleichen der Typgenehmigung aufgrund einer Täuschung geschlossen werden kann.
- 20 Dass bestimmte Ausgestaltungen des Thermofensters nunmehr vom Europäischen Gerichtshof (EuGH) als unzulässige Abschalt-einrichtungen angesehen werden und denkbar/ ersichtlich ist, dass diese Sicht auch vom KBA übernommen worden ist oder in Zukunft übernommen werden wird, ändert an der vorstehenden Beurteilung nichts. Denn für diese sind die damaligen, vor Erwerb des streitgegenständlichen Fahrzeuges liegenden Vorstellungen und Erkenntnisse maßgeblich (vgl. beispielhaft OLG Stuttgart, Urt. v. 25.01.2022, 16a U 158/19, juris Rn. 57).
- 21 (b) Darüber hinaus ist auch der erforderliche Schädigungsvorsatz der Beklagten nicht dargetan. Allein aus einer im vorliegenden Fall zu unterstellenden objektiven Unzulässigkeit der Abschalt-einrichtung in Form des Thermofensters folgt kein Vorsatz hinsichtlich der Schädigung der Fahrzeugkäufer. Im Hinblick auf die bezüglich der Zulässigkeit der Abschalt-einrichtung in Form des Thermofensters – jedenfalls bis vor Kurzem – bestehende unsichere Rechtslage ist nicht dargetan, dass sich den für die Beklagte tätigen Personen zum damaligen Zeitpunkt (bei Konzeptionierung des Thermofensters bzw. bei Abschluss des klägerischen Kaufvertrags) die Gefahr einer Schädigung des Klägers hätte aufdrängen müssen (vgl. BGH, Urt. v. 23.09.2021, III ZR 200/20; Urt. v. 16.09.2021, a.a.O.; Urt. v. 20.07.2021, VI ZR 1154/20; Beschl. v. 13.10.2021, a.a.O.; Beschl. v. 29.09.2021, a.a.O.; Beschl. v. 15.09.2021, a.a.O. sowie VII ZR 165/21 sowie VII ZR 2/21; Beschl. v. 09.03.2021, a.a.O.). In derartigen Fällen, in denen zudem die Frage

der Zulässigkeit nicht eindeutig und unzweifelhaft zu beantworten ist, kann bei Fehlen sonstiger Anhaltspunkte nicht ohne Weiteres davon ausgegangen werden, dass die für die Beklagte tätigen Personen in dem Bewusstsein, eine unzulässige Abschalteneinrichtung zu verwenden, gehandelt und den darin liegenden Gesetzesverstoß aus Gewinnstreben billigend in Kauf genommen haben. Vielmehr muss in dieser Situation eine unter Umständen falsche, aber dennoch vertretbare und im Übrigen auch vom KBA jahrelang geteilte Gesetzesauslegung und -anwendung durch die für die Beklagte tätigen Personen in Betracht gezogen werden, ohne dass die Beklagte im Einzelnen ihre (tatsächlichen) Überlegungen zur rechtlichen Zulässigkeit des Thermofensters zum Zeitpunkt der Herstellung und/oder des Inverkehrbringens des Fahrzeugs darlegen müsste (vgl. BGH, Beschl. v. 15.09.2021, VII ZR 165/21 sowie VII ZR 2/21; OLG Köln, Urt. v. 02.04.2020, 8 U 3/19). Umstände, die ein sittenwidriges Handeln der Beklagten und das Bewusstsein eines Gesetzesverstoßes - insbesondere konkret betreffend das streitgegenständliche Fahrzeug - nahelegen würden, sind vom darlegungspflichtigen Kläger weder substantiiert vorgetragen worden noch sonst ersichtlich.

- 22 (2) Gleiches gilt in Bezug auf die - nach dem vom Kläger erfolgten und unstreitig gebliebenen Vortrag - im streitgegenständlichen Fahrzeug enthaltene Kühlmittel-Solltemperatur-Regelung (KSR).
- 23 Die Verwendung einer KSR allein begründet ebenfalls - wie das Thermofenster - noch kein sittenwidriges Verhalten, selbst wenn sie als eine unzulässig zu bewertende Emissionssteuerung anzusehen sein sollte. Vielmehr müssen auch hier weitere Umstände hinzutreten, die das Verhalten der für den Motorenhersteller handelnden Personen als besonders verwerflich erscheinen lassen (vgl. BGH, Beschl. v. 13.10.2021, VII ZR 179/19, Rn. 22, juris). Auch hierzu muss der Kläger greifbare Anhaltspunkte dartun.
- 24 Daran fehlt es vorliegend. Die KSR lässt keinen Rückschluss auf ein vorsätzlich sittenwidriges Handeln zu. Weder ist eine Täuschung des KBA durch die Beklagte ersichtlich (dazu unter (a)) noch kann aus einer - unterstellten - Nichtangabe der KSR im EG-Typgenehmigungsverfahren auf ein vorsätzliches, sittenwidriges Handeln geschlossen werden (dazu unter (b)) noch werden tatsächliche Anhaltspunkte zur Ausgestaltung der KSR vorgetragen, die einen solchen Schluss zulassen (dazu unter (c) bis (e)).
- 25 (a) Eine Täuschung des KBA im Typgenehmigungsverfahren ist auch im Hinblick auf die Funktionsweise der KSR vom Kläger nicht tragfähig dargetan worden. Dahingehende Anhaltspunkte für wesentlich unterbliebene oder unrichtige Angaben der Beklagten, die noch dazu auf ein heimliches und manipulatives Vorgehen oder eine Überlistung des KBA hindeuten, ergeben sich insbesondere nicht aus dem für bestimmte Fahrzeuge der Beklagten ergangenen Rückruf des KBA (der sich nach dem eigenen Vortrag des Klägers im Übrigen lediglich auf Fahrzeuge mit dem Motor OM 651 mit der Abgasnorm EU5 beziehen, während vorliegend ein Fahrzeug der Abgasnorm EU6 streitgegenständlich ist). Darüber hinaus waren nähere Angaben des Herstellers im sog. Beschreibungsbogen erst seit dem 16.05.2016 und damit nach Erstzulassung des Fahrzeugs gefordert. Auch hier gilt, dass das KBA nach dem Amtsermittlungsgrundsatz gemäß § 24 Abs. 1 S. 1 und 2 VwVfG gehalten gewesen ist, etwaige aus seiner Sicht fehlende Angaben zu erfragen, um sich in die Lage zu versetzen, die Zulässigkeit der Abschalteneinrichtung zu prüfen.
- 26 (b) Selbst zugunsten des Klägers unterstellt, dass die KSR dem KBA zum Zeitpunkt der Erteilung der EG-Typgenehmigung nicht bekannt war, weil sie im Genehmigungsverfahren von der Beklagten nicht angegeben worden war, kann hieraus nicht ohne Weiteres

auf ein vorsätzlich sittenwidriges Verhalten der für die Beklagte handelnden Personen, d.h. Verrichtungsgehilfen als auch Repräsentanten im Sinne von § 31 BGB, geschlossen werden.

- 27 Da eine Abschaltvorrichtung nur ausnahmsweise zulässig ist, dürfte zwar davon auszugehen sein, dass eine solche grundsätzlich im EG-Typgenehmigungsverfahren - auch ohne konkrete Fragen im formalisierten Antragsverfahren - offen zu legen ist, da nur dann die Typgenehmigungsbehörde in die Lage versetzt wird, ihre ausnahmsweise Zulässigkeit zu prüfen. Ein vorsätzliches/sittenwidriges Handeln setzt insoweit aber voraus, dass die für die Beklagte handelnden Personen erkannt hatten, dass es sich bei dieser um eine Abschaltvorrichtung handelt und dass diese auch unzulässig ist. Denn nur, wenn auch die Unzulässigkeit der Abschaltvorrichtung ohne Weiteres erkennbar war, kann sowohl auf eine gewollte Täuschung zur Erschleichung der EG-Typgenehmigung geschlossen werden als auch darauf, dass dieser für die Beklagte wesentliche Umstand auch intern bis zur Ebene ihrer Repräsentanten weitergeleitet worden ist. Tatsächliche Anhaltspunkte hierfür, d.h. dass die KSR konkret so ausgestaltet war, dass deren Unzulässigkeit ohne Weiteres hätte erkannt werden müssen, werden weder vom Kläger vorgetragen noch sind solche anderweitig ersichtlich.
- 28 (c) Die Klagepartei behauptet lediglich ins Blaue hinein, dass die KSR offenkundig unzulässig sei. Tatsächliche Anhaltspunkte dafür, wie die in dem streitgegenständlichen Fahrzeug enthaltene KSR tatsächlich ausgestaltet ist, insbesondere dafür, diese funktioniere auf dem Prüfstand des NEFZ anders als im realen Fahrbetrieb (aa) oder sei an eine Prüfstandserkennung geknüpft (bb), werden nicht vorgetragen. Auch dass die Bedienung der Vorrichtung an die Prüfbedingungen des NEFZ angelehnt ist, lässt keinen Schluss auf ein vorsätzlich sittenwidriges Verhalten zu (cc).
- 29 (aa) Tatsächliche Anhaltspunkte dafür, dass die KSR im realen Fahrbetrieb - bei gleichen äußeren Bedingungen wie auf dem Prüfstand - anders funktioniere als auf dem Prüfstand des NEFZ, sind nicht ersichtlich.
- 30 Aus dem Umstand, dass nach - senatsbekannten - Auskünften des KBA die KSR unter Prüfbedingungen eine niedrigere Kühlmitteltemperatur einregelt mit der Folge höherer AGR-Raten, aber nach Ablauf eines Timers eine höhere Kühlmitteltemperatur eingeregelt werde mit der Folge geringerer AGR-Raten, kann nicht geschlossen werden, die KSR funktioniere auf dem Prüfstand des NEFZ anders als im realen Fahrbetrieb (vgl. beispielhaft OLG Stuttgart, Urte. v. 25.01.2022 16a U 158/19, juris Rn. 66; Urte. v. 25.01.2022, 16a U 138/19, juris Rn. 45; Urte. v. 02.08.2022, 24 U 372/22). Auch lassen sich den Auskünften des KBA keine Angaben dazu entnehmen, nach Ablauf welcher konkreten Zeit und unter welchen Bedingungen der Timer die KSR in einen Modus mit einem schlechteren Emissionsverhalten versetzen soll. Zudem gibt das KBA selbst an, dass die Steuerung der KSR nicht an die Erkennung des Prüfstandes des NEFZ geknüpft, sondern lediglich an dessen Randbedingungen „angelehnt“ sei (vgl. OLG Stuttgart, Urte. v. 22.02.2024, 24 U 254/21, juris Rn. 45).
- 31 (bb) Auch für eine behauptete Steuerung der KSR mittels einer sittenwidrigen Prüfstandserkennung, also einer Technik, die danach unterscheidet, ob das Fahrzeug auf einem Prüfstand dem Neuen Europäischen Fahrzyklus unterzogen wird oder ob es sich im normalen Fahrbetrieb befindet, und die bei erkanntem Prüfstandsbetrieb Emissionskontrolltechniken aktiviert, welche einen gegenüber dem normalen Fahrbetrieb reduzierten Emissionsausstoß bewirken (vgl. BGH, Beschl. v. 09.03.2021, VI ZR 889/20, juris Rn.

27; Urt. v. 06.11.2023, VIa ZR 535/21, juris Rn. 11), oder für eine prüfstandsbezogene Bedatung, worunter eine Bedatung mit Parametern zu verstehen ist, die im realen Betrieb praktisch in dieser Kombination nicht vorkommt (vgl. BGH, Urt. v. 13.10.2021, VII ZR 179/21, juris Rn. 25), werden keine hinreichenden tatsächlichen Anhaltspunkte angeführt.

- 32 (aaa) Die Existenz einer Prüfstandserkennung in Bezug auf den NEFZ, über die jedes Fahrzeug verfügt, lässt keinen Schluss darauf zu, dass über diese auch das Emissionsverhalten des Fahrzeugs gesteuert wird, insbesondere die KSR. Denn nahezu alle Fahrzeuge verfügen heute über ein Anti-Blockier-System (ABS), ein Elektronisches Stabilitätsprogramm (ESP) oder vergleichbare Sensoren, die melden, dass das Fahrzeug sich nicht normal bewegt. Um ein Fahrzeug auf dem Rollenprüfstand betreiben zu können, muss dieses daher den Rollenprüfstand von sich aus erkennen oder es muss ihm gesagt werden. Dies ist senatsbekannt (vgl. u.a. S. 249, 252 des Berichts des 5. Untersuchungsausschusses gem. Art. 44 GG vom 22. Juni 2017, BT-Drucks. 18/12900). Dass über diese Prüfstandserkennung auch das Emissionsverhalten des Fahrzeugs gesteuert wird, folgt daraus nicht (vgl. OLG Stuttgart, Urt. v. 22.02.2024, a.a.O., juris Rn. 47).
- 33 (bbb) Auch aus bei Realbetriebsmessungen ermittelten Emissionsgrenzwertüberschreitungen kann nicht auf eine das Emissionsverhalten des Fahrzeugs beeinflussende Prüfstandserkennung geschlossen werden. Im realen Fahrbetrieb gemessene Emissionsgrenzwertüberschreitungen sind bereits als tatsächlicher Anhaltspunkt für das Vorliegen einer unzulässigen Abschalteinrichtung im Sinne von Art. 3 Nr. 10, 5 VO (EG) Nr. 715/2007 untauglich. Der Umstand, dass die Emissionen im Realbetrieb über denen auf dem Prüfstand liegen, liegt auf der Hand (vgl. OLG Stuttgart, Urt. v. 10.12.2021, 23 U 229/21, juris Rn. 36; OLG München, Urt. v. 27.10.2021, 20 U 5499/19, juris Rn. 42; BGH, Urt. v. 13.07.2021, VI ZR 128/20, juris Rn. 23). Dies folgt neben dem Einfluss von Witterung, Straßenbelag und individuellen Fahrverhalten auch aus den – zulässigerweise – auf dem NEFZ-Prüfstand bestehenden Optimierungsmöglichkeiten, wonach u.a. das gesamte Fahrzeug bis auf 30°C vorgewärmt werden darf, der Luftdruck in den Reifen erhöht werden, Fugen der Außenhülle abgeklebt werden und die Nachladung der Fahrzeugbatterie während des Zyklus unterbunden werden darf. Zudem darf zur Erlangung der EG-Typgenehmigung nach der NEFZ-Prüfung diese mit der leichtesten Ausstattungsvariante ohne Beladung gefahren werden (vgl. OLG Stuttgart, Urt. v. 22.02.2024, a.a.O., juris Rn. 48).
- 34 An dieser Einschätzung ändert die Veröffentlichung der Leitlinien der Europäischen Kommission von Januar 2017 nichts. Diese Leitlinien richten sich an die Typgenehmigungsbehörden und zeigen auf, unter welchen Voraussetzungen und in welcher Weise Abweichungen der Emissionen im Vergleich zu den Emissionen im NEFZ nachgegangen werden kann. Dabei differenzieren die Leitlinien zwischen verschiedenen Kategorien und empfehlen, zur Erleichterung der Bewertung der Prüfungen in den verschiedenen Kategorien, Prüfschwellen zu entwickeln, die der annehmbaren Emissionszunahme der jeweiligen Kombinationen von Schadstoffen, Technologien und Bedingungen entsprechen. Jedes Ergebnis einer Emissionsprüfung oberhalb dieser Prüfschwellen sollte als „Verdachtsfall“ eingestuft werden. In Kategorie 3, in der die Prüfungen auf der Straße durchgeführt werden und die Werte der modifizierten Parameter – weitgehend – ungesteuert sind (z. B. die Fahrzeuggeschwindigkeit in Abhängigkeit vom Verkehr sowie die Temperatur), wird ein Schwellenwert des zwei- bis fünffachen zulässigen NOx-Emissionswerts vorgeschlagen. Schon aus dieser differenzierten Ausgestaltung, ab wann – für die Prüfbehörde – von einem Verdachtsfall auszugehen ist, der erst weitere Nachfragen

beim Hersteller veranlasst, folgt, dass ein reiner Realbetriebsmesswert für sich gesehen gerade noch keinen tatsächlichen Anhaltspunkt für das Vorliegen einer unzulässigen Abschalteinrichtung darstellt, geschweige denn für ein diesbezügliches vorsätzliches sittenwidriges Verhalten der Beklagten bzw. deren Mitarbeiter (ebenso: BGH, Urt. v. 26.10.2023, VII ZR 619/21, juris Rn. 11 m.w.N.) (vgl. OLG Stuttgart, Urt. v. 22.02.2024, a.a.O., juris Rn. 49).

- 35 (ccc) Auch der Umstand, dass die beiden vorgenannten Umstände kumulativ vorliegen, lässt den Schluss auf einen Zusammenhang zwischen diesen beiden Umständen, mithin auf eine das Emissionsverhalten steuernde Prüfstandserkennung nicht zu. Denn diese beiden Umstände liegen kumulativ bei jedem Fahrzeug vor, also auch bei solchen ohne unzulässige Abschalteinrichtungen (vgl. OLG Stuttgart, Urt. v. 22.02.2024, a.a.O., juris Rn. 50).
- 36 (ddd) Dafür, dass die KSR an eine Prüfstandserkennung geknüpft ist bzw. unter Prüfbedingungen anders geregelt werde als im Realbetrieb, begründet auch der Beitrag des Bayerischen Rundfunk vom 10.02.2021 keinen tauglichen tatsächlichen Anhaltspunkt. In dem Artikel heißt es zwar, dass „die betroffenen Fahrzeuge eine Prüffahrt erkennen“ würden. Diese Aussage lässt sich aber der im Artikel hierzu als Beleg zitierten Auskunft des Bundesverkehrsministeriums nicht entnehmen, die wie folgt zitiert wird: „die von Daimler in den betroffenen Fahrzeugen verbaute Strategie zum geregelten Kühlmittelthermostat schaltet unter Prüfbedingungen einen Modus, bei dem unter Regelung einer niedrigen Kühlmitteltemperatur (...) der NOx-Grenzwert in der Typprüfung eingehalten wird“. „Unter Prüfbedingungen“, d.h. immer dann, wenn diese Bedingungen vorliegen, und nicht nur auf dem Prüfstand, schaltet die KSR in einen Modus, bei dem unter Regelung einer niedrigen Kühlmitteltemperatur der NOx Grenzwert eingehalten werde (so auch OLG Stuttgart, Urt. v. 10.12.2021, 23 U 229/21, juris Rn. 29; OLG München, Urt. v. 27.10.2021, 20 U 5499/19, juris Rn. 41). Abgesehen davon, dass diese Auskunft des Bundesverkehrsministeriums insoweit mit den bekannten Auskünften des KBA übereinstimmt, kann diese nicht zuverlässiger sein als die des KBA als der zuständigen Fachbehörde, von der das Bundesverkehrsministerium seinerseits seine Informationen erhält. Das KBA hat zudem ausdrücklich klargestellt, dass die KSR nicht über eine Erkennung des Prüfstandes des NEFZ gesteuert wird. Entsprechendes gilt auch für weitere Presseartikel. Deren Reichweite als tatsächlicher Anhaltspunkt kann nicht weitergehen, als die ihnen zugrundeliegenden Aussagen des KBA und des Bundesverkehrsministeriums (vgl. OLG Stuttgart, Urt. v. 22.02.2024, a.a.O., juris Rn. 52).
- 37 (eee) Auch das Gutachten des Sachverständigen Dr. Heitz vom 26.07.2021, in dem dieser aus den von ihm für die Steuerung der KSR als relevant identifizierten Parametern in Gestalt einer geringen Motordrehzahl, einer Umgebungstemperatur zwischen 15°C und 35°C, einer Ansauglufttemperatur zwischen 15°C und 50°C und des Umstands, dass sich das Fahrzeug unterhalb einer Höhe von 1950 Metern befindet, auf eine Prüfstandserkennung oder eine prüfstandsbezogene Bedatung schließen will, ist als tatsächlicher Anhaltspunkt für das Vorliegen einer die Steuerung der KSR beeinflussenden Prüfstandserkennung untauglich. Denn diese Parameter können so – auch in ihrer Kombination – auch im realen Fahrbetrieb vorkommen. Der Sachverständige hat den realen Einfluss der von ihm dargestellten Bedatung auf das Emissionsverhalten des Fahrzeuges zudem nicht untersucht (vgl. OLG Stuttgart, Urt. v. 22.02.2024, a.a.O., juris Rn. 54).
- 38 (fff) Der Sachverständige Prof. Dr. Eißler stellt in seinem Gutachten vom 16.02.2021 zwar eine unzulässige Abschalteinrichtung in Gestalt einer KSR fest, aber eben keine

Prüfstandserkennung. Auf eine solche Feststellung kann nicht aufgrund des Umstandes geschlossen werden, dass der Sachverständige die Formulierung „Umschaltlogik“ verwendet, da dieser gerade nicht feststellen konnte, dass sich die Messergebnisse im Modus „Rollentest“ signifikant von denen im Straßenmodus unterscheiden würden. Nach den Ausführungen des Sachverständigen verhielten sich die Kühlwassertemperatur und die AGR-Ventilposition bei gleichen Start- und Umgebungsbedingungen in jeweils gleichen Fahrbedingungen ebenfalls gleich (vgl. OLG Stuttgart, Urt. v. 22.02.2024, a.a.O., juris Rn. 57; dazu auch OLG Stuttgart, Urt. v. 10.12.2021, 23 U 229/21, juris Rn. 31).

- 39 (ggg) Der Sachverständige Hartmut Lehnert (Gutachten vom 13.04.2021) hat sich bei seiner Begutachtung auf einen Vergleich der Emissionsmessungen auf dem Rollenprüfstand und im Realbetrieb beschränkt und aus der dabei ermittelten Grenzwertüberschreitung um den Faktor von 4,84 auf das Vorliegen einer Prüfstandserkennung geschlossen. Dies ist aus den vorstehend dargestellten Gründen untauglich (vgl. OLG Stuttgart, Urt. v. 22.02.2024, a.a.O., juris Rn. 60).
- 40 (cc) Der Umstand, dass die KSR nach - gerichtsbekannten - Auskünften des KBA an die Randbedingungen des NEFZ „angelehnt“ sein soll, lässt ebenfalls keinen Schluss auf ein vorsätzlich sittenwidriges Handeln zu. Aus einer auf dem Prüfstand und im Realbetrieb bei jeweils identischen Betriebsbedingungen in gleicher Weise arbeitenden Einrichtung (selbst wenn das nur in 11% aller Realfahrten der Fall wäre, so BGH, Beschl. v. 30.05.2022, VIa ZR 51/21, Rn. 4, juris) kann - bei Fehlen sonstiger Anhaltspunkte - nicht geschlossen werden, dass der Einsatz der unzulässigen Abschaltseinrichtung vorsätzlich erfolgt ist (vgl. BGH, Beschl. v. 09.03.2021, a.a.O., Rn. 27, juris; Urt. v. 16.09.2021, a.a.O., Rn. 30, juris; Beschl. v. 13.10.2021, VII ZR 99/21, BeckRS, 38651 Rn. 19, 24). Der Aussage des KBA, die Bedatung sei an die Bedingungen des NEFZ „angelehnt“, kann nicht entnommen werden, dass diese Bedingungen in Kombination im realen Fahrbetrieb praktisch nicht vorkommen.
- 41 (d) Zudem ist dem Senat aus Auskünften des KBA in Parallelverfahren bekannt, dass das KBA die KSR nicht per se als unzulässige Abschaltseinrichtung beanstandet, sondern nur dann, wenn die KSR im Fahrzeug tatsächlich enthalten, aktiv und für die Einhaltung der Grenzwerte auf dem Prüfstand des NEFZ relevant ist. Letztere Voraussetzung überprüft das KBA ausweislich der erteilten Auskünfte durch ein sogenanntes „Testing-Out“, bei dem getestet wird, ob die jeweilige Fahrzeugvariante auch mit aktivierter Abschaltseinrichtung und damit mit abgeschalteter Emissionsoptimierung und deshalb verringerter AGR die gesetzlich vorgeschriebenen Grenzwerte auf dem Prüfstand des NEFZ einhält. Dies spricht – zumal es bereits an tatsächlichen Anhaltspunkten für eine ohne Weiteres erkennbare unzulässige Abschaltseinrichtung fehlt (s.o.) – sogar positiv gegen ein vorsätzliches Verhalten der für die Beklagte handelnden Personen (vgl. OLG Stuttgart, Urt. v. 25.01.2022, 16a U 158/19, juris Rn. 74; Urt. v. 25.01.2022, 16a U 138/19, juris Rn. 53; Urt. v. 02.08.2022, 24 U 372/22).
- 42 (e) In einem solchen Fall, in dem keine tatsächlichen Anhaltspunkte dafür vorliegen, dass das Emissionsverhalten des Fahrzeugs an eine Erkennung des Prüfstandes gekoppelt ist und/oder auf dem Prüfstand – bei gleichen äußeren Bedingungen – grundsätzlich in anderer Weise funktioniert als im realen Fahrbetrieb, sowie dem Umstand, dass die Frage der Zulässigkeit nicht eindeutig und unzweifelhaft beantwortet werden kann, kann bei Fehlen sonstiger Anhaltspunkte nicht ohne Weiteres unterstellt werden, dass die für die Beklagte handelnden Personen in dem Bewusstsein agierten, eine unzulässige Abschaltseinrichtung zu verwenden, und den darin liegenden Gesetzesverstoß billigend in

Kauf nahmen, so dass es bereits an der objektiven Sittenwidrigkeit fehlt (vgl. BGH, Urt. v. 16.09.2021, VII ZR 190/20, juris Rn. 30 m.w.N. und VII ZR 321/20, juris Rn. 30 m.w.N., jeweils zum Thermofenster; BGH, Beschl. v. 13.10.2021, VII ZR 99/21, BeckRS 2021, 38651, Rn. 26 zur KSR).

- 43 (3) Eine sittenwidrige Handlung liegt auch nicht hinsichtlich der Ausgestaltung des SCR-Systems vor.
- 44 (a) Sofern der Kläger schon lediglich ausführt, durch die außenlufttemperaturabhängige Steuerung des Emissionskontrollsystems/ das Thermofenster werde die Zufuhr von Ad-Blue verringert oder ganz ausgeschaltet, wird auf die obigen Ausführungen zum Thermofenster verwiesen.
- 45 (b) Unbestritten hat die Beklagte vorgetragen, das streitgegenständliche Fahrzeug sei nicht von den Rückrufbescheiden des KBA wegen „Strategie A“ bzw. „Strategie A in vergleichbarer Ausprägung“ betroffen. Der Wechsel der AdBlue-Dosierung zwischen Online-Modus und Füllstands-Modus wird nicht per se vom KBA als unzulässige Abschalteneinrichtung angesehen, sondern nur bestimmte Ausgestaltungen dieses Wechsels.
- 46 (c) Selbst wenn jedoch auch das hiesige Fahrzeug von diesen Rückrufbescheiden betroffen wäre oder auch im vorliegenden Fahrzeug - trotz Fehlens einer Beanstandung durch das KBA - der Wechsel zwischen diesen beiden Modi im Sinne einer unzulässigen Abschalteneinrichtung ausgestaltet wäre, werden von der Klagepartei keine tatsächlichen Umstände angeführt, die dafür sprechen, dass die AdBlue-Dosierung auf dem Prüfstand des NEFZ in grundsätzlich anderer Weise funktioniert als im realen Fahrbetrieb. Es ist keine Steuerung der Dosierung der - zur Reduzierung der Stickoxidemissionen geeigneten - Einspritzung von Harnstoff (AdBlue) dargelegt, die von vornherein durch Arglist geprägt wäre, etwa weil sie danach unterscheiden würde, ob sich das Fahrzeug auf dem Prüfstand oder im normalen Fahrbetrieb befindet (vgl. OLG Karlsruhe, Urt. v. 24.01.2024, 6 U 10/21, juris Rn. 83; siehe auch BGH, Urt. v. 16.10.2023, VIa ZR 1255/22, juris Rn. 9 f.).
- 47 (aa) Bei der vom KBA in bestimmten Fahrzeugen beanstandeten Einrichtung des SCR-Systems werden für die Dosierung von AdBlue unterschiedliche Betriebsarten (Modi) auf unterschiedliche Betriebszustände angewendet. Die eine, nach Motorstart zunächst zum Einsatz kommende Betriebsart (Speichermodus/Füllstandsmodus) ist darauf ausgerichtet, dass der aus dem eingespritzten Harnstoff entstehende und zur Emissionsreduktion geeignete Ammoniak (NH₃) im SCR-Katalysator gespeichert wird. Mit Rücksicht darauf, dass die Speicherfähigkeit des Katalysators mit zunehmender Temperatur sinkt und letztlich entfällt, wechselt das System im Verlauf des Motorbetriebs - in Abhängigkeit von der Annäherung der Temperatur im Katalysator an eine für die Speicherung relevante Temperaturgrenze und/oder einer angefallenen NO_x-Menge - in die andere Betriebsart (Onlinemodus), in deren Rahmen der Wirkungsgrad der Abgasnachbehandlung von der jeweils aktuellen Harnstoffeindüsung abhängt, deren Dosierung mit Rücksicht auf die aktuell anfallenden NO_x-Rohemissionen und so gewählt wird, dass allenfalls ein geringer Ammoniak-Füllstand im Katalysator vorliegt. Es ist nachvollziehbar, davon auszugehen, dass mit dem Umschalten in den Onlinemodus die AdBlue-Zuführungsrate und somit die Leistung der Abgasnachbehandlung offenbar (stark) verringert werden (verglichen mit dem vorangehenden Speichermodus). Denn die Beklagte will mit dem Wechsel der Berechnungsmethode der AdBlue-Dosierung zumindest tendenziell eine gewisse Grenze setzen, um den insbesondere im Anschluss an den temperaturbedingten Verlust

der Speicherfähigkeit des Katalysators bei Überdosierung drohenden Ammoniak-Schlupf zu vermeiden. Ein Zurückschalten in den „effektiven Modus“, d.h. vom Onlinemodus zurück in den Speichermodus/Füllstandsmodus, könne - so die Beklagte - auch ohne vorherigen Motorneustart erfolgen („reversible Bedatung von Bit 13“). Gleichwohl habe das KBA auch diese Gestaltung beanstandet und fordere eine optimierte Rückschaltung in den Füllstandsmodus („Speichermodus“) (vgl. OLG Karlsruhe, Urt. v. 24.01.2024, a.a.O., juris Rn. 84).

- 48 (bb) In alledem liegen aber noch keine Tatsachen, die dem Vortrag der Beklagten widersprechen, wonach sich die Steuerung, welches Berechnungsmodell zur Anwendung kommt, nicht daran orientiere, ob sich das Fahrzeug auf dem Prüfstand befinde, bzw. nicht davon abhängen, ob sich das Fahrzeug auf dem Prüfstand oder auf der Straße befinde, vielmehr die Funktionen des SCR-Systems im Straßenbetrieb unter denselben Bedingungen genauso arbeiteten wie auf dem Prüfstand (vgl. OLG Karlsruhe, a.a.O., juris Rn. 85, mit Verweis auf sein Urt. v. 22.09.2021, 6 U 25/21, juris Rn. 175 ff.).
- 49 (cc) Etwas anderes behauptet der Kläger allenfalls pauschal mit willkürlich ins Blaue hinein gehaltenem Vortrag.
- 50 (d) Tatsächliche Anhaltspunkte dafür, dass die Steuerung der Dosierungsberechnung im SCR-System, von der nach alledem nicht zu erkennen ist, dass sie eine Prüfstandserkennung geknüpft wäre, in dem Bewusstsein der Verwendung einer unzulässigen Abschalt-einrichtung und unter billiger Inkaufnahme des darin liegenden Gesetzesverstößes eingesetzt worden wäre, sind nicht dargelegt. Insoweit gelten abgesehen von den vorstehenden Ausführungen zu vermeintlichen Indizien, die nicht an ein bestimmtes Element des Emissionskontrollsystems geknüpft sind (siehe oben insbesondere zu Thermofenster und KSR), folgende Erwägungen betreffend den spezifischen Vortrag zum SCR-System:
- 51 (aa) Es ist nichts Belastbares dazu dargelegt, dass die Umschaltbedingungen eng an Randbedingungen des normierten NEFZ-Testlauf angelegt sind, so dass dies greifbaren Anlass zu der Mutmaßung geben könnte, sie seien nur zu einer möglichst spezifischen Erfassung dieser Bedingungen gewählt. Dass die Änderung des Berechnungsmodus der AdBlue-Dosierung nach Ausstoß einer bestimmten Stickoxidmenge gerade zu einem Zeitpunkt erfolgt, der darauf schließen ließe, dass sie allein zur Anpassung an den Testlauf gewählt sei, ist dem Klagevorbringen nicht zu entnehmen.
- 52 Nach dem Vortrag des Klägers zum SCR-System im streitgegenständlichen Fahrzeug wird auch die Menge des eingespritzten AdBlue durch ein „Thermofenster“ geregelt, das heißt nach der Außentemperatur gesteuert und letztlich gänzlich abgeschaltet. Auch darin liegt jedoch kein gezielter Zuschnitt auf die Verhältnisse auf dem Prüfstand. Es ist schon nicht im Ansatz ersichtlich, in welchem Temperaturbereich eine Reduzierung in welchem Umfang sowie in welchem Temperaturbereich eine Abschaltung erfolgt. Die hier allenfalls willkürlich ohne jeden, insbesondere greifbaren Anhaltspunkt ins Blaue hinein aufgestellte und bestrittene Behauptung, die Zufuhr von AdBlue werde bei Temperaturen außerhalb der standardisierten Prüfstandsbedingungen von 20 - 30 °C reduziert bzw. letztlich gänzlich abgeschaltet, ist prozessual unbeachtlich.
- 53 (bb) Es ist auch nicht zu erkennen, dass diese Umschaltung keinen anderen Zweck gehabt haben könnte, als eine im realen Betrieb möglichst selten zur Anwendung zu bringende Vorkehrung für den Prüflauf zu treffen, und deshalb ein Bewusstsein ihrer Unzu-

lässigkeit vermuten lassen könnte. Der Kläger stellt nicht den – von der Beklagten vorgetragenen – grundsätzlichen Zusammenhang zwischen der Gefahr eines umweltschädlichen Ammoniak-Schlupfes und einer Ungewissheit hinsichtlich des NH₃-Füllstands im SCR-Katalysator, mithin der Möglichkeit einer unerkannten Überdosierung der Harnstoffeinspritzung, und auch nicht die temperaturabhängigen Grenzen eines Einsatzes des Speichermodus in Abrede. Danach spricht zunächst nichts dagegen, dass die Entscheidung der für die Beklagte handelnden Personen, im Lauf des Betriebs von einer zunächst etwa tendenziell höheren Dosierungsberechnung vorsorglich in einen geringer dosierenden Online-Berechnungsmodus zu wechseln, allein durch diese technischen Zusammenhänge veranlasst gewesen sein kann. Soweit im Klagevorbringen der Vorwurf anklingt, die Beklagte habe offenbar aus wirtschaftlichen Erwägungen, insbesondere im Zusammenhang mit einem geringen Volumen des AdBlue-Tanks, auf eine effizientere Regelung der Dosierung verzichtet, vermag ein solcher Vorwurf kein Verwerflichkeitsurteil nach § 826 BGB zu tragen. Abgesehen davon, dass keine konkreten Anhaltspunkte für eine solche Motivation der Beklagten vorliegen, diese mithin eine unbeachtliche Spekulation bleibt, spräche selbst eine unterstellte Entscheidung der Beklagten, vorhandene technische Möglichkeiten (gegebenenfalls aus Kostengründen) nicht voll auszunutzen, noch nicht für ein Bewusstsein dahin, dass die gewählte Gestaltung der Emissionskontrolle nicht nur suboptimal, sondern sogar rechtlich unzulässig sei (vgl. OLG Karlsruhe, Urte. v. 24.01.2024, a.a.O.).

- 54 (cc) Eine - als Anhaltspunkt für eine billigende Inkaufnahme eines Gesetzesverstoßes in Betracht kommende - Verschleierung der SCR-Steuerung und damit Täuschung des KBA im Typgenehmigungsverfahren ist ebenfalls nicht dargetan (vgl. OLG Karlsruhe, Urte. v. 22.09.2021, a.a.O., juris Rn. 187). Anhaltspunkte für ein Bewusstsein der Rechtswidrigkeit können nicht daraus hergeleitet werden, dass die Beklagte im Genehmigungsverfahren nicht gerade die (rechtlich wertende) Aussage gemacht hat, es liege eine unzulässige Abschaltvorrichtung beim SCR-System vor. Darin ein bewusstes Verschleiern einer unzulässigen Abschaltvorrichtung zu erkennen, würde zunächst voraussetzen, dass die Beklagte deren Unzulässigkeit erkannt hat. Dass die Beklagte positive falsche Angaben zum SCR-System gemacht oder dazu im Genehmigungsverfahren erfragte Details der Steuerung des SCR-Systems verschwiegen hat, was vermuten lassen könnte, sie sei sich dessen bewusst, dass die Offenlegung der wahren Gestaltung die Genehmigungsfähigkeit infrage stellen könnte, ist nicht vorgetragen. Es liegen auch keine Umstände vor, die wiederum auf derartige verschleiernde Handlungen der Beklagten schließen lassen könnten (vgl. OLG Karlsruhe, Urte. v. 22.09.2021, a.a.O.). Der bloße Umstand, dass die Programmierung der Steuerung des SCR-Systems („Strategie“) bei der Antragstellung nicht angegeben worden sein mag, legt noch keinen Schluss auf ein Bewusstsein der Unzulässigkeit nahe.
- 55 (dd) Schließlich geben auch die gegen Mitarbeiter der Beklagten geführten strafrechtlichen Ermittlungen keinen Anlass zu der Vermutung, eine für die Beklagten handelnde Person habe die SCR-Steuerung im Fahrzeug des Klägers im Bewusstsein ihrer Unzulässigkeit oder unter billiger Inkaufnahme des darin liegenden Gesetzesverstoßes implementiert (vgl. OLG Karlsruhe, Urte. v. 24.01.2024, a.a.O., juris Rn. 95; OLG Stuttgart, Urte. v. 23.03.2022, 23 U 458/21, juris Rn. 42, 53; OLG Braunschweig, Urte. v. 14.11.2022, 10 U 4/22, juris Rn. 91, 141; OLG München, Urte. v. 26.01.2023, 24 U 1742/21, juris Rn. 25; OLG Dresden Urte. v. 13.02.2023, 5a U 1529/22, BeckRS 2023, 22286 Rn. 25; OLG Hamm, Urte. v. 20.11.2023, 18 U 225/22, juris Rn. 113; im Ergebnis auch KG Berlin, Urte. v. 16.11.2023, 4 U 101/21, BeckRS 2023, 36003 Rn. 111, 119). Der Kläger legt schon nicht

dar, weshalb ein Zusammenhang mit dem streitgegenständlichen Fahrzeug bestehen soll, für das bislang noch nicht einmal ein Rückruf wegen einer unzulässigen Abschalteinrichtung im Zusammenhang mit dem SCR-System erfolgt ist, so dass zumindest nicht ohne Weiteres ersichtlich ist, dass ein Bezug des Strafverfahrens auch zum streitgegenständlichen Fahrzeug gegeben ist.

- 56 (4) Auch der weitere Vortrag des Klägers zu sonstigen unzulässigen Abschalteinrichtungen und die weiteren Umstände sind als tatsächliche Anhaltspunkte für eine vorsätzlich sittenwidrige Schädigung ungeeignet.
- 57 (a) Aus dem Umstand, dass die Beklagte freiwillige Software-Updates zur Verfügung stellt, kann nicht auf das Vorliegen unzulässiger Abschalteinrichtungen geschlossen werden. Gerichtsbekannt ist, dass das KBA, wenn es eine unzulässige Abschalteinrichtung feststellt, hierauf mit einem verpflichtenden Rückruf und nicht mit einer Freigabe sog. freiwilliger Software-Updates reagiert. Dies ergibt sich auch aus der eigenen Mitteilung des KBA auf dessen Homepage unter der Rubrik „Fragen & Antworten zu Software-Nachrüstungen“ unter dem FAQ-Thema „Was ist der Unterschied zwischen einer freiwilligen Servicemaßnahme (Software-Update) und einem verpflichtenden Rückruf?“.
- 58 (b) Auch lässt die Behauptung, die Beklagte habe mittels sog. „freiwilliger Kundendienstmaßnahmen“ heimlich versucht, die KSR zu entfernen, um auf diese Weise einem verpflichtenden Rückruf durch das KBA zuvor zu kommen, keinen Schluss auf ein vorsätzliches Handeln von Mitarbeitern der Beklagten im Zeitpunkt vor Abschluss des Kaufvertrages, insbesondere zum Zeitpunkt der Fertigung des Fahrzeugs zu. Denn aus dem Umstand, dass die Beklagte von sich aus zu einem bestimmten Zeitpunkt – nach Vertragsschluss – von ihr möglicherweise (nunmehr) als potentiell unzulässig anzusehende Funktionalitäten im Rahmen von Software-Updates aus der Motorsteuerung ausbedeutet, lässt nicht den Schluss darauf zu, dass diese Einschätzung bei der Beklagten bereits vor Abschluss des Kaufvertrags vorhanden gewesen war. Denn abgesehen davon, dass eine solche Erkenntnis bei der Beklagten erst in der Folge entstanden sein kann, ist ein Schluss auf ein vorsätzliches Verhalten in Bezug auf die Beurteilung der KSR als unzulässige Abschalteinrichtung bereits deshalb nicht zu ziehen, da das KBA selbst die KSR nicht per se als unzulässig einstuft, sondern nur dann, wenn diese in dem Fahrzeug enthalten, aktiv und grenzwertrelevant ist (siehe oben).
- 59 (c) Das Gutachten des Sachverständigen Felix Domke vom 28.09.2020 (Anlage BK 15), aus dem der Kläger auf das Vorhandensein von weiteren 8 Abschalteinrichtungen schließt (Abgasmassenstromgrenze, Stickoxidmassenstromgrenze, Ansauglufttemperatur, Schutz gegen Nachstart, SCR-Temperatur, AdBlue-Durchschnittsverbrauch, Starttemperatur des Motors, „Hot & Idle“ – Warmer Motor + Leerlauf) betrifft ein Fahrzeug mit dem Motor OM 642. Hierbei handelt es sich um einen 6-Zylinder-Motor, wohingegen das streitgegenständliche Fahrzeug mit dem Motortyp OM 651 ausgestattet ist, bei dem es sich um einen 4-Zylinder-Motor handelt. Diese unterschiedlichen Motortypen sind nicht miteinander vergleichbar, weshalb hieraus Rückschlüsse zum streitgegenständlichen Fahrzeug nicht gezogen werden können.
- 60 (d) Soweit der Kläger weitere - bestrittene - Abschalteinrichtungen behauptet (drehzahlabhängige Steuerung des Emissionskontrollsystems, parametergesteuerte Abgasrückführung) ist sein Vortrag, weil er in keiner Weise darlegt, aufgrund welcher Erkenntnisse er zu der Auffassung des Vorhandenseins dieser Einrichtungen gerade in seinem Fahrzeug gelangt, ohne greifbare Anhaltspunkte und damit unsubstantiiert. Im Übrigen ist

auch insoweit nicht feststellbar, dass die behaupteten Manipulationen geeignet wären, ein sittenwidriges Verhalten der Beklagten zu begründen, insbesondere nicht, dass die Verwendung einer solchen Steuerung, die nicht an den Prüfstand, sondern im Prüfbetrieb wie im normalen Straßenbetrieb im Grundsatz in derselben Weise an bestimmte Betriebsbedingungen geknüpft sein soll, als besonders verwerflich erscheint.

- 61 c) Vor dem Hintergrund der vorstehenden Ausführungen kommt auch ein Anspruch des Klägers aus § 823 Abs. 2 BGB i.V.m. § 263 StGB nicht in Betracht, weil es jedenfalls an einem zu berücksichtigenden Vortrag zu einer vorsätzlichen Begehungsweise fehlt. Auch haftet die Beklagte wegen der fehlenden Stoffgleichheit zwischen einer etwaigen Vermögensseinbuße des Klägers und den denkbaren Vermögensvorteilen der Beklagten nicht nach § 823 Abs. 2 BGB i.V.m. § 263 StGB (vgl. BGH, Urt. v. 30.07.2020, a.a.O., Rn. 24, juris).
- 62 d) Ein Anspruch aus § 823 Abs. 2 BGB i.V.m. § 16 UWG ist nicht ersichtlich. Es ist zwar anerkannt, dass das in § 16 UWG enthaltene Verbot strafbarer Werbung ein Schutzgesetz im Sinne von § 823 Abs. 2 BGB ist (vgl. BGH, Urt. v. 30.05.2008, 1 StR 166/07, juris Rn. 87), doch wird zur Erfüllung der Tatbestände des § 16 UWG von der Klagepartei nicht hinreichend vorgetragen. Der Vortrag erschöpft sich in Rechtsausführungen und lässt einen ausreichenden Tatsachenvortrag, insbesondere zu konkreten Werbeaussagen der Beklagten, vor allem zu Spritverbrauch und Abgasausstoß sowie zu deren Unwahrheit, vermissen.
- 63 Darüber hinaus würde eine Verletzung des Straftatbestands nach § 16 Abs. 1 UWG zumindest bedingten Vorsatz voraussetzen (vgl. § 15 StGB). Eine vorsätzliche Falschangabe betreffend die Wirkung der vorliegenden Ausgestaltung der Abgasreinigung oder sonstige Umstände des Verbrauchs- und Emissionsverhaltens ist insbesondere aus den oben ausgeführten Gründen nicht in beachtlicher Weise dargelegt (vgl. OLG Karlsruhe, Urt. v. 24.01.2024, a.a.O., juris Rn. 106).
- 64 Soweit die Klage die Vorschriften der Verordnung über Verbraucherinformationen zu Kraftstoffverbrauch und CO₂-Emissionen und Stromverbrauch neuer Personenkraftwagen (Pkw-Energieverbrauchs-kennzeichnungsverordnung - Pkw-EnVKV) als Marktverhaltensregelungen im Sinn der vorgenannten Bestimmung in den Blick nimmt, kann dahinstehen, ob diese (namentlich §§ 1, 4, 5 Pkw-EnVKV) ihrerseits Gesetze im Sinn von § 823 Abs. 2 BGB sind, die das hier geltend gemachte Interesse an der Vermeidung eines nachteiligen Fahrzeugerwerbs schützen. Es ist nicht, schon gar nicht in beachtlicher Weise dargelegt, dass – entgegen der Darstellung der Beklagten – die danach maßgeblichen Kraftstoffverbrauchs- und Emissionswerte im Typgenehmigungsverfahren (§ 2 Nr. 5, 6 Pkw-EnVKV), also im NEFZ, nicht erzielt wurden (vgl. OLG Karlsruhe, a.a.O., juris Rn. 108).
- 65 e) Auch die Voraussetzungen eines Schadensersatzanspruchs aus § 831 Abs. 1 BGB liegen nicht vor. Da der Kläger die vorsätzliche Verwirklichung des Tatbestands einer unerlaubten Handlung durch die für die Beklagte handelnden Personen nicht dargelegt und unter Beweis gestellt hat, 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.

- 66 f) Dem Kläger steht jedoch in dem aus dem Tenor ersichtlichen Umfang ein Anspruch gegen die Beklagte aus § 823 Abs. 2 BGB i.V.m. §§ 6 Abs. 1, 27 Abs. 1 EG-FGV auf Ersatz eines Differenzschadens zu. Dieser Anspruch ist als Minus im gestellten Antrag enthalten.
- 67 Der Anspruch ist begründet, da es sich bei den streitentscheidenden Bestimmungen der §§ 6 Abs. 1, 27 Abs. 1 EG-FGV um Schutzgesetze i.S.d. § 823 Abs. 2 BGB handelt (dazu unter aa)) und das klägerische Fahrzeug zum Zeitpunkt des Abschlusses des Kaufvertrags über unzulässige Abschalteinrichtungen im Sinne von Art. 5 Abs. 2 Satz 1 VO (EG) Nr. 715/2007 verfügte (dazu unter bb)), so dass die Beklagte als Herstellerin des Fahrzeugs eine unzutreffende Übereinstimmungsbescheinigung ausgestellt und damit gegen § 6 Abs. 1 und § 27 Abs. 1 EG-FGV verstoßen hat (dazu unter cc)) (vgl. BGH, Urt. v. 26.06.2023, VIa ZR 335/21, juris). Der Verstoß war für den Erwerb des Fahrzeugs auch kausal (dazu unter dd)). Dabei handelte die Beklagte schuldhaft (dazu unter ee)). Dadurch ist dem Kläger ein Schaden entstanden (dazu unter ff)), dessen Höhe nach Abwägung aller Umstände auf 2.630,- € zu schätzen ist und der weder durch ein Update noch durch die anzurechnenden Vorteile teilweise kompensiert worden ist. Der Anspruch ist nicht verjährt (dazu unter gg)).
- 68 aa) Entgegen der Auffassung der Beklagten handelt es sich bei den Bestimmungen der §§ 6 Abs. 1, 27 Abs. 1 EG-FGV um Schutzgesetze i.S.d. § 823 Abs. 2 BGB.
- 69 Nach dem Urteil des Europäischen Gerichtshofs vom 21.03.2023 (C-100/21, NJW 2023, 1111) sind Art. 18 Abs. 1, 26 Abs. 1 und 46 RL (EG) 2007/46 dahingehend auszulegen, dass sie neben allgemeinen Rechtsgütern auch die Einzelinteressen des individuellen Käufers eines Kraftfahrzeugs gegenüber dessen Hersteller schützen, wenn dieses Fahrzeug mit unzulässigen Abschalteinrichtungen ausgestattet ist. Die Mitgliedsstaaten müssen sicherstellen, dass der Käufer eines mit einer unzulässigen Abschalteinrichtung im Sinne der Verordnung ausgestatteten Fahrzeugs einen Anspruch auf Schadensersatz durch den Hersteller dieses Fahrzeugs hat, wenn dem Käufer durch diese Abschalteinrichtung ein Schaden entstanden ist (vgl. EuGH, Urt. v. 21.03.2023, a.a.O., Rn. 91). Zu einem Schaden kann dabei insbesondere führen, dass eine unzulässige Abschalteinrichtung eine Unsicherheit hinsichtlich der Möglichkeit hervorrufen kann, das Fahrzeug anzumelden, zu verkaufen oder in Betrieb zu nehmen (vgl. EuGH, a.a.O., Rn. 84). Das demnach unionsrechtlich geschützte Interesse, durch den Abschluss eines Kaufvertrags über ein Kraftfahrzeug nicht wegen eines Verstoßes des Fahrzeugherstellers gegen das europäische Abgasrecht eine Vermögenseinbuße im Sinne der Differenzhypothese zu erleiden, ist von § 823 Abs. 2 BGB i.V.m. § 6 Abs. 1, § 27 Abs. 1 EG-FGV nach der gebotenen unionsrechtskonformen Auslegung geschützt. Es wird insoweit auf die maßgebliche Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs Bezug genommen (vgl. Urt. v. 26.06.2023, a.a.O., juris Rn. 28 ff.). Einer erneuten Vorlage an den EuGH zur Klärung entscheidungserheblicher Vorfragen zur Auslegung des Europarechts bedarf es insoweit nicht.
- 70 Entgegen der Auffassung der Beklagten fehlt es auch nicht an den verfassungsrechtlichen Anforderungen des Art. 80 Abs. 1 GG für den Erlass der vorgenannten Verordnungen. Gesetz im Sinne von § 823 Abs. 2 BGB ist nicht nur ein Gesetz im formellen Sinne, sondern gemäß § 2 EGBGB jede Rechtsnorm. Ein den Schutz eines anderen bezweckendes Gesetz kann mithin jede Norm des objektiven Rechts sein, sofern darin ein bestimmtes Gebot oder Verbot ausgesprochen wird (vgl. BGH, Urt. v. 26.06.2023, a.a.O., juris Rn. 32). Die Beklagte vermag auch nicht mit Erfolg geltend zu machen, die Bundesministerien für Verkehr, Bau und Stadtentwicklung sowie des Innern seien nicht er-

mächtigt gewesen, die Richtlinie 2007/46/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 05.09.2007 mit der Verordnung über die EG-Genehmigung für Kraftfahrzeuge und ihre Anhänger sowie für Systeme, Bauteile und selbstständige technische Einheiten für diese Fahrzeuge (EG-Fahrzeuggenehmigungsverordnung - EG-FGV) in deutsches Recht umzusetzen, wenn diese Richtlinie - wie vom Europäischen Gerichtshof und nachfolgend auch vom Bundesgerichtshof angenommen - auch Normen mit drittschützender Wirkung beinhaltet. Dass eine - hinreichende - grundsätzliche Ermächtigung zur Umsetzung dieser Rahmenrichtlinie betreffend die Genehmigung von Kraftfahrzeugen bestanden hat, stellt auch die Beklagte nicht in Frage. Weshalb von dieser Ermächtigung aber Normen mit drittschützender Wirkung ausgenommen sein sollen, zeigt sie selbst nicht auf. Die drittschützende Wirkung rührt aus den europäischen Vorschriften - der Richtlinie - her. Zu deren Umsetzung sind die Mitgliedstaaten der Europäischen Union gemäß Art. 288 Abs. 3 AEUV verpflichtet. Nur die Wahl der Form und Mittel ist ihnen nach dieser Vorschrift überlassen. Dass der Gesetzgeber und Ermächtigende entgegen dieser seiner Verpflichtung nicht eine vollständige Umsetzung der Richtlinie gewollt haben könnte, da sie nicht nur die verkehrsrechtliche Genehmigung von Fahrzeugtypen, sondern darüber hinaus auch den Erwerber von Kraftfahrzeugen schützende Normen enthielt, ist nicht anzunehmen. Ermächtigte er zur Umsetzung einer solchen Richtlinie die vorbezeichneten Bundesministerien, ist daher davon auszugehen, dass diese Ermächtigung auch solche Normen betraf, die drittschützende Wirkung haben (vgl. OLG Schleswig, Urt. v. 10.10.2023, 7 U 100/22, juris Rn. 61; OLG Hamm, Urt. v. 01.09.2023, 30 U 78/21, juris Rn. 77).

- 71 bb) Das klägerische Fahrzeug wies zum Zeitpunkt des Abschlusses des Kaufvertrags mehrere unzulässige Abschaltseinrichtungen im Sinne von Art. 3 Nr. 10, Art. 5 Abs. 2 Satz 1 VO (EG) Nr. 715/2007 auf (allgemein dazu unter (1)), nämlich eine temperaturgesteuerte AGR (sog. Thermofenster) (dazu unter (2)), eine KSR (dazu unter (3)) sowie eine SCR-Steuerung (dazu unter (4)). Für darüber hinausgehende weitere Abschaltseinrichtungen sind tatsächliche Anhaltspunkte nicht ersichtlich (s.o.).
- 72 Die erteilte Typgenehmigung oder ein etwaig unterbliebener Rückruf des KBA stehen der Annahme einer Abschaltseinrichtung und einem darauf beruhenden Schadensersatzanspruch nicht entgegen. Wie der Bundesgerichtshof bestätigt hat (vgl. BGH, Beschl. v. 24.07.2023, VIa ZB 10/21, Rn. 20, juris), hat das Zivilgericht eigenständig zu prüfen, ob ein Verstoß gegen die Regelungen zur Typgenehmigung in Gestalt einer Abschaltseinrichtung vorliegt. Der Senat folgt insoweit den Ausführungen des Bundesgerichtshofs zur Reichweite der Tatbestandswirkung einer EG-Typgenehmigung (vgl. hierzu ausführlich BGH, Urt. v. 26.06.2023, a.a.O., juris Rn. 10 ff.).
- 73 Das Vorbringen der Beklagten gibt zu einer abweichenden Beurteilung keinen Anlass. Insbesondere besteht insoweit kein Klärungsbedarf im Sinne von Art. 267 Abs. 3 AEUV (vgl. BGH, a.a.O., Rn. 17, juris; OLG Hamm, Urt. v. 01.09.2023, 30 U 78/21, Rn. 95, juris), weshalb es auch zur fehlenden Tatbestandswirkung der EG-Typgenehmigung keiner (weiteren) Vorlage an den EuGH bedarf.
- 74 (1) Eine Abschaltseinrichtung ist nach Art. 3 Nr. 10 VO (EG) Nr. 715/2007 ein Konstruktionsteil, das die Temperatur, die Fahrzeuggeschwindigkeit, die Motordrehzahl (UpM), den eingelegten Getriebegang, den Unterdruck im Einlasskrümmer oder sonstige Parameter ermittelt, um die Funktion eines beliebigen Teils des Emissionskontrollsystems zu aktivieren, zu verändern, zu verzögern oder zu deaktivieren, wodurch die Wirksamkeit des

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

- 75 Der Begriff des Konstruktionsteils im Sinne des Art. 3 Nr. 10 VO (EG) Nr. 715/2007 bezeichnet nicht ein singuläres, mechanisches Bauteil; vielmehr umfasst er alle mechanischen wie auch elektronischen bzw. digitalen Elemente, die bei der Verringerung der Wirksamkeit des Emissionskontrollsystems in einem Fahrzeug zusammenwirken. Auch die in den Rechner zur Motorsteuerung integrierte oder auf ihn einwirkende Software stellt ein Konstruktionsteil in diesem Sinne dar, soweit sie auf die Funktion des Emissionskontrollsystems einwirkt und dessen Wirksamkeit verringert (vgl. EuGH, Urt. v. 17.12.2020, C-693/18, Rn. 68; OVG Schleswig, Beschl. v. 06.11.2019, 5 MB 3/19, Rn. 11).
- 76 Der Begriff des Emissionskontrollsystems umfasst seinem Wortlaut nach das System der einzelnen Bauteile eines Fahrzeugs, durch welche die Emissionen kontrolliert werden. Entsprechend der Zielsetzung der Verordnung geht es dabei um eine Senkung der Auspuffemissionen (Art. 3 Nr. 6 VO (EG) Nr. 715/2007), d.h. eine Verminderung der Menge der gasförmigen und partikelförmigen Schadstoffe, welche das Fahrzeug durch den Auspuff verlassen und so in die Umwelt gelangen. Zu den Technologien und Strategien hierfür gehören sowohl solche, die die Menge der Schadstoffe nach ihrer Entstehung reduzieren, als auch solche, die bereits auf deren Entstehung Einfluss nehmen, um Emissionen zu verringern (vgl. EuGH, a.a.O., Rn. 90). Dies sind einerseits Abgasnachbehandlungssysteme, zu denen Katalysatoren (etwa Oxidationskatalysator, NO_x-Speicherkatalysator, SCR-System oder andere) und Partikelfilter gehören, und andererseits die Abgasrückführungssysteme, welche die Entstehung von Schadstoffen im Motor selbst verringern und insoweit als „motorinterne Strategie“ bezeichnet werden können (vgl. EuGH, a.a.O., Rn. 70).
- 77 Für die Bewertung einer Vorrichtung als Abschaltvorrichtung im Sinne des Art. 3 Nr. 10, Art. 5 Abs. 2 Satz 1 VO (EG) Nr. 715/2007 können deshalb nicht nur die tatsächlichen Fahrbedingungen und darunter die Temperaturverhältnisse in einem Mitgliedstaat oder gar nur in bestimmten Regionen von Mitgliedstaaten von Bedeutung sein (vgl. BGH, Urt. v. 26.06.2023, a.a.O., juris Rn. 50). Nach Art. 3 Nr. 10 VO (EG) Nr. 715/2007 kann eine Abschaltvorrichtung schon dann vorliegen, wenn die Funktion nur eines beliebigen Teils des Emissionskontrollsystems in Abhängigkeit von bestimmten Parametern verändert und die Wirksamkeit des Emissionskontrollsystems unter den Bedingungen des normalen Fahrbetriebs verringert wird. Ob die Grenzwerte unter den Bedingungen des Neuen Europäischen Fahrzyklus (NEFZ) auch bei veränderter Funktion eingehalten würden, ist mit Rücksicht auf den Wortlaut des Art. 3 Nr. 10 VO (EG) Nr. 715/2007 nicht von Bedeutung (vgl. BGH, a.a.O., juris Rn. 51).
- 78 Die Darlegungs- und Beweislast für das Vorliegen einer Abschaltvorrichtung als solcher im Sinne der Art. 3 Nr. 10, Art. 5 Abs. 2 Satz 1 VO (EG) Nr. 715/2007 trifft nach allgemeinen Regeln den Kläger als Anspruchsteller. Der Beklagten als Anspruchsgegnerin obliegt dagegen die Darlegungs- und Beweislast dafür, dass eine festgestellte Abschaltvorrichtung ausnahmsweise zulässig ist (vgl. BGH, a.a.O., juris Rn. 53 f.).
- 79 Die Verwendung von Abschaltvorrichtungen, die die Wirkung von Emissionskontrollsystemen verringern, ist nach Art. 5 Abs. 2 S. 1 VO (EG) Nr. 715/2007 grundsätzlich unzulässig. Nach Satz 2 der Regelung ist sie ausnahmsweise zulässig, wenn a) die Einrichtung notwendig ist, um den Motor vor Beschädigung oder Unfall zu schützen und um den sicheren Betrieb des Fahrzeugs zu gewährleisten, b) die Einrichtung nicht länger arbeitet,

als zum Anlassen des Motors erforderlich ist, c) die Bedingungen in den Verfahren zur Prüfung der Verdunstungsemissionen und der durchschnittlichen Auspuffemissionen im Wesentlichen enthalten sind.

- 80 (2) Nach Maßgabe dessen ist das im streitgegenständlichen Fahrzeug bei Abschluss des Kaufvertrags durch den Kläger bis zum Update implementiert gewesene Thermofenster (die temperaturgesteuerte AGR), bei welchem selbst nach dem Vorbringen der Beklagten eine Reduzierung der Wirksamkeit der AGR jedenfalls unterhalb von + 7 °C und betriebswarmem Motor erfolgte (so der Vortrag in der Berufung), als unzulässige Abschalt-einrichtung zu qualifizieren.
- 81 (a) 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. Andernfalls handelt es sich um eine Abschalteinrichtung. Diese normalen Betriebsbedingungen umfassen die tatsächlichen Fahrbedingungen, wie sie im Unionsgebiet üblich sind (vgl. EuGH, Urt. v. 14.07.2022, C-128/20, Rn. 40 Urt. v. 14.07.2022, C-134/20, juris Rn. 47), so dass zu ihnen insbesondere der Temperaturbereich gehört, der im Gebiet der Europäischen Union üblicherweise vorkommt (vgl. BGH, a.a.O., juris Rn. 50). Ausgehend von diesem rechtlich geklärten Verständnis der europarechtlichen Normen, ist es eine Tatsachenfrage, welche Temperaturen im Unionsgebiet üblicherweise, d.h. unter Ausnahme von Extremwetterereignissen, vorkommen. Nach Auffassung des Senats reicht der Außentemperaturbereich von -15°C bis +40°C zu den normalen Betriebsbedingungen im Sinne von Art. 3 Nr. 10, Art. 5 Abs. 1 VO (EG) Nr. 715/2007 (so auch OLG Stuttgart, Urt. v. 22.02.2024, 24 U 254/21, juris Rn. 75 m.w.N. aus der dortigen Rspr.; OLG Frankfurt, Urt. v. 29.11.2023, 19 U 185/22, juris Rn. 14; VG Schleswig, Urt. v. 20.02.2023, 3 A 113/18, juris Rn. 267, 274, auf dessen Ausführungen insoweit Bezug genommen werden kann; OLG Schleswig-Holstein, Urt. v. 08.12.2023, 1 U 105/20, juris Rn. 91: zweistellige Minusgrade - etwa in Skandinavien - und Temperaturen um 40 °C - etwa in Südeuropa).
- 82 Selbst nach dem Vorbringen der Beklagten wurde die AGR im streitgegenständlichen Fahrzeug bis zum Update unterhalb einer Temperatur von + 7 °C in ihrer Wirksamkeit reduziert. Danach handelt es sich bei der in dem streitgegenständlichen Fahrzeug bis zum Update befindlich gewesenen AGR, deren Wirksamkeit schon innerhalb des vernünftigerweise zu erwartenden Temperaturbereichs reduziert wird, ohne dass für eine Kompensation dieser Reduktion etwas behauptet oder ersichtlich wäre, um eine Abschalteinrichtung.
- 83 (b) Diese temperaturabhängige Abschalteinrichtung ist auch unzulässig im Sinne von Art. 5 Abs. 2 Satz 1 VO (EG) Nr. 715/2007.
- 84 Sie ist nicht gemäß Art. 5 Abs. 2 S. 2 VO (EG) 715/2007 ausnahmsweise zulässig, da keiner der unter lit. a bis c aufgeführten Ausnahmetatbestände vorliegt. Entgegen der Argumentation der Beklagten ist das Thermofenster insbesondere nicht notwendig, um den Motor vor Beschädigung oder Unfall zu schützen und um den sicheren Betrieb des Fahrzeugs zu gewährleisten (Art. 5 Abs. 2 Satz 2 lit. a VO (EG) Nr. 715/2007). Solches lässt sich dem Vortrag der hierfür darlegungs- und beweisbelasteten Beklagten nicht (hinreichend) entnehmen.
- 85 (aa) Der Ausnahmetatbestand des Art. 5 Abs. 2 Satz 2 lit. a VO (EG) Nr. 715/2007 setzt kumulativ (vgl. EuGH, Urt. v. 21.03.2023, C-100/21, Rn. 62; VG Schleswig, Urt. v.

20.02.2023, a.a.O., juris Rn. 310) voraus, dass eine Notwendigkeit der Einrichtung zum Schutz des Motors vor Beschädigung oder Unfall besteht und dass dies zum sicheren Betrieb des Fahrzeugs erforderlich ist.

- 86 Die Begriffe „Unfall“ und „Beschädigung“ in diesem Sinn sind dahin auszulegen, dass eine die Wirkung des Emissionskontrollsystems verringernde Abschalteinrichtung, um nach dieser Bestimmung zulässig zu sein, notwendig sein muss, den Motor vor plötzlichen und außergewöhnlichen Schäden zu schützen (vgl. EuGH, Urt. v. 14.07.2022, C-145/20, Rn. 72, 73), was voraussetzt, dass unmittelbare Risiken für den Motor in Form von Beschädigung oder Unfall bestehen, die beim Fahren eines Fahrzeugs eine konkrete Gefahr hervorrufen (vgl. EuGH, a.a.O., Rn. 67). Die bloße Verschmutzung und ein Verschleiß des Motors können daher nicht als „Beschädigung“ oder „Unfall“ in diesem Sinn angesehen werden, da sie im Prinzip vorhersehbar und der normalen Funktionsweise des Fahrzeugs inhärent sind (vgl. EuGH, a.a.O., Rn. 65; Urt. v. 17.12.2020, C-693/18, Rn. 110; VG Schleswig, a.a.O., juris Rn. 302).
- 87 Auch der Begriff „Motor“ ist eng auszulegen. AGR-Ventil, AGR-Kühler und Dieselpartikelfilter sind z.B. vom Motor im Sinne dieses Ausnahmetatbestands getrennte Bauteile (vgl. EuGH, Urt. v. 14.07.2022, a.a.O., Rn. 63; VG Schleswig, a.a.O., juris Rn. 300).
- 88 „Notwendig“ im Sinne dieses Ausnahmetatbestands ist eine Abschalteinrichtung zum Motorschutz zudem nur dann, wenn zum Zeitpunkt der EG 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 (vgl. EuGH, a.a.O., Rn. 80; EuGH, Urt. v. 14.07.2022, C-134/20, Rn. 81). Mit der alternativen Technik einhergehende Mehrkosten für den Hersteller fallen dabei nicht ins Gewicht (vgl. EuGH, Urt. v. 14.07.2022, C-145/20, Rn. 77, 78; Urt. v. 14.07.2022, C-128/20, Rn. 66, 67). Um notwendig im Sinne von Art. 5 Abs. 2 Satz 2 lit. a VO (EG) Nr. 715/2007 zu sein, darf es sich zudem nicht so verhalten, dass die Abschalteinrichtung 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, Urt. v. 21.03.2023, C-100/21, Rn. 65 f.).
- 89 (bb) Dem Vortrag der Beklagten lassen sich diese Anforderungen nicht entnehmen.
- 90 (aaa) Obwohl die Bedatung des von ihr verwendeten Thermofensters gemäß § 138 Absatz 4 ZPO eigene Handlungen betrifft, hat die Beklagte nicht einmal den konkreten Temperaturbereich vorgetragen, innerhalb dem die Abgasrückführung bis zum Update uneingeschränkt funktioniert hat. Sie hat insoweit lediglich vorgetragen, der Vortrag des Klägers, die Abgasrückführung werde ab einer Außentemperatur von unter 20 °C stufenweise reduziert, treffe in dieser Pauschalität nicht zu; im streitgegenständlichen Fahrzeug sei die Abgasrückführung vor dem Aufspielen des Updates bei betriebswarmem Motor erst unterhalb von etwa 7 °C Umgebungslufttemperatur schrittweise reduziert worden, und die Abgasrückführung bleibe noch bis zu zweistelligen Minusgraden aktiv. Damit hat die Beklagte nicht nur offengelassen, innerhalb welchen Temperaturbereichs (insbesondere auch bis zu welcher Obergrenze) die AGR-Rate unverändert aktiv geblieben ist; vielmehr bleibt auch offen, in welchem Bereich und in welchem Maße die AGR-Rate reduziert wird. Der Vortrag, dass das AGR-System noch bei zweistelligen Minusgra-

den aktiv sei, lässt offen, ob eine vollständige Abschaltung bereits bei - 11 °C oder erst bei - 99 °C erfolgt ist.

- 91 (bbb) Die Beklagte hat zur behaupteten Zulässigkeit des Thermofensters vorgetragen, die außentemperaturabhängige Steuerung der Abgasrückführung vermindere das Risiko eines plötzlichen Ausfalls des Motors und des Eintritts von sicherheitskritischen Situationen. Im Falle einer Abgasrückführung bei zu niedrigen Temperaturen komme es zur Kondensation von Abgasbestandteilen. Dies wiederum führe zu verschiedenen unerwünschten Ablagerungen in den Bauteilen. Ein wiederholter Betrieb des Motors in diesem Zustand könne zu einer dauerhaften Schädigung des Motors oder einem plötzlichen Ausfall führen, der im Straßenverkehr zu einer konkreten Gefahr führen könne, weshalb es zum Schutz des Motors erforderlich sein könne, die Abgasrückführung abhängig von der Temperatur zu reduzieren.
- 92 Da demnach die behaupteten Ablagerungen wohl im AGR-Kühler bzw. in dessen Teilen/Zuleitungen entstehen und somit in einem Bestandteil, der nach der vorstehend engen Definition des Motors diesem nicht zuzurechnen ist, kann damit der Ausnahmetatbestand nicht bejaht werden. Zudem lässt sich dem Vortrag nicht entnehmen, dass es sich bei den befürchteten Ablagerungen nicht lediglich um bloße Verschmutzungen oder einen Verschleiß des Motors handelt, was nicht als „Beschädigung“ oder „Unfall“ im o.g. Sinne angesehen werden kann. Auch hat die Beklagte damit weder aufgezeigt, dass die Belagsbildung überhaupt zu plötzlichen Ereignissen im Sinne der Rechtsprechung des EuGH führen kann, noch dass diese Abschalteinrichtung dem Zweck der Verhinderung solcher Ereignisse diene. Es fehlt eine Darlegung einer Kausalkette für hieraus entstehende unmittelbare Risiken für den Motor, die beim Fahren eine konkrete Gefahr hervorrufen, und dass zum Zeitpunkt der Erteilung der EG-Typgenehmigung keine andere technische Lösung zur Verfügung gestanden hatte, um diese zu verhindern.
- 93 Ohnehin geht es nach dem Vortrag der Beklagten bei dieser Abschalteinrichtung nicht darum, Risiken zu vermeiden, die unmittelbar durch die Fehlfunktion eines Bauteils des AGR-Systems entstehen, sondern es geht darum, bereits eine Fehlfunktion eines solchen Bauteils zu verhindern. Dies entspricht jedoch nicht der vorgenannten Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs.
- 94 Soweit die Beklagte geltend machen sollte, Thermofenster dienten nicht etwa dazu, eine bloße Alterung oder Verschmutzung des Motors zu verhindern, vielmehr besteihe ihr Zweck darin, plötzliche und unvorhersehbare Motorschäden zu vermeiden, die sich durch regelmäßige Wartungsmaßnahmen gerade nicht verhindern ließen, sowie dass es zu nicht vorhersehbaren Schadensabläufen und Risiken für den sicheren Betrieb kommen könne, ergibt sich daraus keine andere Beurteilung. Denn auch damit hätte die Beklagte weder so schwerwiegende Risiken dargelegt, dass sie eine konkrete Gefahr beim Betrieb des Fahrzeugs darstellen, noch dass die Einrichtung dem ausschließlichen Schutz vor solchen Risiken diene.
- 95 (ccc) Dies gilt gleichsam für das angeführte Risiko der Ölverdünnung. Die Beklagte hat hierzu ausgeführt, die Abgasreinigung könne auch bei hohen Temperaturen zu einer Schädigung und einem unerwarteten Ausfall des Motors führen, der die Verkehrssicherheit gefährden könne. Bei hohen Außentemperaturen sinke die Dichte der Luft und damit der zur Verfügung stehende Luftsauerstoff. Bei gleicher Last des Motors stiegen mit höheren Außentemperaturen die Partikelemissionen (aufgrund weniger vollständiger Verbrennung des Kraftstoffs). Höhere Partikelemissionen führten ihrerseits dazu, dass der

Partikelfilter häufiger gereinigt werden müsse (durch Abbrennen der abgelagerten Partikel). Die Folge davon sei, dass mehr Kraftstoff ins Schmieröl gelange, was dessen Eigenschaften negativ beeinflusse. Dies wiederum könne zu erhöhtem Verschleiß und auf Dauer zu Schäden des Motors führen (Steuerung, Kettenbetrieb, Lager).

- 96 Auch hierbei handelt es sich nach dem Vorbringen der Beklagten mit dem Dieselpartikelfilter um einen Bestandteil, der nicht dem Motor zuzurechnen ist, sowie allenfalls um einen schleichenden Prozess, der zu erhöhten Verschleißerscheinungen führen kann.
- 97 (ddd) Ein in anderen Verfahren teilweise angeführtes Risiko einer Vereisung sowie von Motoraussetzern bei zu hohen AGR-Raten wird vorliegend nicht geltend gemacht.
- 98 (c) Die Beklagte kann auch nicht damit gehört werden, dass der Einsatz von Thermofens-tern nach der im Zeitpunkt der Erteilung der Typengenehmigung geltenden Rechtslage rechtlich zulässig gewesen sei und dies erst durch die Entscheidung des Europäischen Gerichtshofs vom 14.07.2022 (vgl. EuGH, Urte. v. 14.07.2022, a.a.O., juris) eine Änderung erfahren habe. Eine Änderung der Rechtslage liegt natürlich nicht vor. Der Europäische Gerichtshof hat die Rechtslage nicht geändert und insbesondere keine ungeschriebene Zulässigkeitsvoraussetzung geschaffen, sondern lediglich eine am Zweck der Verordnung (EG) Nr. 715/2007 orientierte Auslegung des Wortlauts von Art. 5 Abs. 2 dieser Verordnung vorgenommen. Die Rechtslage war schon vorher nicht anders (vgl. OLG Karlsruhe, Urte. v. 22.08.2023, 8 U 86/21, juris Rn. 132 - 138).
- 99 (3) Auch die KSR - zu der der Kläger vorgetragen, die Beklagte sich aber in keiner Weise geäußert hat - stellt eine Abschaltvorrichtung im Sinne von Art. 3 Nr. 10, Art. 5 Abs. 1 VO (EG) Nr. 715/2007 dar (dazu unter (a)), die auch unzulässig ist (dazu unter (b)).
- 100 (a) Die KSR ist eine Abschaltvorrichtung im Sinne von Art. 3 Nr. 10, Art. 5 Abs. 1 VO (EG) Nr. 715/2007.
- 101 (aa) 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. Hierzu hat er das Fahrzeug nach Art. 5 Abs. 1 VO (EG) Nr. 715/2007 entsprechend auszurüsten (vgl. VG Schleswig, a.a.O., juris Rn. 232).
- 102 (bb) Diesen Anforderungen genügt die KSR aufgrund ihres begrenzten Wirkbereichs nicht.
- 103 Nach der zugrunde gelegten Darstellung des Klägers verzögert die KSR innerhalb der Bedingungen des NEFZ die Erwärmung des Kühlmittels und nimmt dadurch auch Einfluss auf die AGR-Rate. Das Kühlmittel im AGR-Kühler sei Bestandteil des sog. kleinen Kühlkreislaufs. Die Temperatur im kleinen Kühlkreislauf könne beeinflusst werden, indem er mit dem sog. großen Kühlkreislauf verbunden werde. Dieser große Kühlkreislauf verfüge über eine größere Kühlleistung, weil er über einen Ausgleichsbehälter verfüge und + über den Fahrzeugkühler Wärme an die Umgebungsluft (Fahrtwind) abgeben könne. Die Verbindung der beiden Kühlkreisläufe werde durch Öffnung des geregelten Kühlmittelthermostats hergestellt; wenn das Thermostat geöffnet sei, seien die Kühlkreisläufe verbunden und die Temperatur des Kühlmittels im AGR-Kühler sei geringer, als wenn das Thermostat geschlossen wäre. Die Steuerung des Thermostats erfolge durch die Motorsteuerungssoftware. Ein wesentlicher Faktor für dessen Steuerung sei die hinterlegte Solltemperatur des Kühlmittels. Je niedriger die Solltemperatur eingestellt sei, desto frü-

her öffne das Thermostat und verbinde die Kühlkreisläufe. Dies führe im Vergleich zu einer späteren Öffnung des Thermostats (aufgrund einer höheren Solltemperatur) zu einer geringeren Kühlmitteltemperatur und damit zu einer stärkeren Kühlung des rückgeführten Abgases. Das bewirke im Ergebnis einen geringeren Stickoxidausstoß. Je niedriger die Kühlmittelsolltemperatur eingestellt sei, desto geringer sei also der Stickoxidausstoß. Dieser Effekt werde dadurch verstärkt, dass bei geringerer Kühlmitteltemperatur die AGR-Rate höher sei. Umgekehrt werde die AGR-Rate bei einer höheren Kühlmitteltemperatur reduziert, wodurch die NOx-Emissionen stiegen. Gleichzeitig führten eine stärkere Kühlung des rückgeführten Abgases (durch eine geringere Kühlmittelsolltemperatur) und eine höhere AGR-Rate zu einer erhöhten Kondensation von Abgasbestandteilen an den kühleren Innenwänden des abgasrückführenden Rohres (sog. Versotung). Die Beklagte trage diesbezüglich in einem Parallelverfahren vor: „Während der Verzögerung des Warmlaufs mittels des geregelten Kühlmittelthermostats können Stickoxide also mit einer geringeren Erhöhung der Partikelemissionen reduziert werden, als wenn gleich geringe Stickoxidemissionen bei warmem Motor angestrebt würden. Im Motorwarmlauf kommen daher auch andere AGR-Raten zur Anwendung als für den warmen Motor, bei dem der Partikel ausstoß und damit das Risiko der Ölverdünnung höher ist.“. Die Kühlmittelsolltemperatur werde durch die Parameter Umgebungstemperatur, Ansauglufttemperatur, Luftdruck Drehzahl und Motorlast sowie von einem Timer gesteuert. Die Motorsteuerung stelle innerhalb der Bedingungen des NEFZ eine geringere Kühlmittelsolltemperatur ein als außerhalb dieser Bedingungen. Dadurch sei die Einhaltung der Stickoxid-Grenzwerte nur innerhalb der Bedingungen des NEFZ gewährleistet. Konkret werde die Solltemperatur des Kühlmittels nur dann auf 70 °C eingestellt, wenn kumulativ die Umgebungslufttemperatur und Ansauglufttemperatur zwischen 15 °C und 35 °C lägen und der Luftdruck über 800 hPa liege und die Bestromungszeit nicht abgelaufen sei und das Fahrzeug bei niedriger Drehzahl und niedriger Motorlast betrieben werde. Würden Drehzahl oder Motorlast diesen Bereich für mehr als 5 Sekunden überschreiten, werde die Kühlmittelsolltemperatur auf 100 °C eingestellt. Eine Rückschaltung erfolge frühestens nach ca. 50 Minuten. Die Solltemperatur könne nur dann auf 70 °C abgesenkt werden, wenn das Thermostat gesondert bestromt werde. Diese Bestromung finde im streitgegenständlichen Fahrzeug nur in einem begrenzten Zeitraum nach dem Motorstart statt. Die Dauer dieses Zeitraums, in dem eine Senkung der Solltemperatur auf 80 °C in Betracht komme („Bestromungszeit“), hänge wiederum von der Motorstarttemperatur ab. Im Temperaturbereich des NEFZ (20 °C bis 30 °C) sei die Bestromungszeit auf 1300 bis 1600 Sekunden begrenzt, also auf etwas mehr als die Dauer des NEFZ (1180 Sekunden). Aufgrund der vorgeschriebenen Vorkonditionierung des Fahrzeugs sei gewährleistet, dass die Motorstarttemperatur im NEFZ immer zwischen 20 °C und 30 °C liege. Die Bestromungszeit innerhalb der Bedingungen des NEFZ sei deshalb immer länger als die Dauer des NEFZ, so dass eine Umschaltung der Solltemperatur auf 70 °C möglich sei und die NOx-Emissionen durch die Funktion sinken würden. Im Realbetrieb hingegen sei eine Solltemperatur von 70 °C regelmäßig ohne Auswirkungen, weil die Bestromungszeit insbesondere beim Warmstart bereits abgelaufen sei, bevor das Kühlmittel auf 70 °C erwärmt sei. Ein dauerhafter Betrieb mit einer Kühlmittelsolltemperatur von 70 °C hätte einen erhöhten Verschleiß zur Folge. Außerhalb der Bedingungen des NEFZ im normalen Fahrbetrieb kämen diese Bedingungen kumulativ praktisch nicht vor, dort sei die Solltemperatur regelmäßig auf 100 °C eingestellt.

- 104 Danach wird bei der KSR die Solltemperatur für das Kühlmittelthermostat unter bestimmten Betriebsumständen während des Warmlaufs des Motors von ca. 100 °C auf 70 °C abgesenkt, wodurch eine frühere Zuschaltung des großen Kühlkreislaufs bewirkt wird,

welche zu einer langsameren Erwärmung des Motors führt und aufgrund der so länger vorherrschenden kühleren Motortemperaturen höhere AGR-Raten und damit eine stärkere Reduktion von Emissionen in der Kaltstartphase ermöglicht. Da dieses durch die KSR optimierte Emissionsverhalten nur während der Warmlaufphase des Motors aufrechterhalten werden kann und die Wirkungen der KSR bei warmem Motor eingeschränkt sind, aber auch Fahrten jenseits der Warmlaufphase - Fahrten mit betriebswarmem Motor - zu den Bedingungen im Sinne von Art. 3 Nr. 10 VO (EG) Nr. 715/2007 gehören, die bei normalem Fahrzeugbetrieb vernünftigerweise zu erwarten sind, handelt es sich bereits aus diesem Grund um ein nicht zulässiges Emissionskontrollsystem (vgl. OLG Stuttgart, Urt. v. 22.02.2024, a.a.O., juris Rn. 87; Urt. v. 19.10.2023, 24 U 103/22, juris Rn. 44; vgl. auch OLG Schleswig, Urt. v. 10.10.2023, 7 U 100/22, juris Rn. 72 ff., juris; OLG Hamm, Urt. v. 01.09.2023, 30 U 78/21, juris Rn. 88). Anhaltspunkte dafür, dass das durch die KSR optimierte Emissionsverhalten jenseits der Warmlaufphase, also bei betriebswarmen Motor, durch andere Einrichtungen aufrechterhalten wird, sind weder ersichtlich noch vorgetragen (vgl. OLG Stuttgart, Urt. v. 30.11.2023, 24 U 153/21, juris Rn. 94).

- 105 Die KSR ist darüber hinaus – innerhalb ihres begrenzten Wirkbereichs – auch mit einer Abschaltbedatung im Sinne von Art. 3 Nr. 10 VO (EG) Nr. 715/2007 versehen. So ist diese bereits bei bestimmten Umgebungslufttemperaturen außerhalb eines Bereichs von +15°C bis +35°C nicht aktiv, was schon für sich genommen – und ungeachtet der weiteren (De)Aktivierungsbedingungen – zu einer Einordnung als Abschalteinrichtung führt (vgl. OLG Stuttgart, Urt. v. 22.02.2024, a.a.O., juris Rn. 88 m.w.N. aus der dortigen Rspr.).
- 106 Der teilweise von der Beklagten (in anderen Verfahren) erhobene Einwand, die KSR erfülle bereits tatbestandlich nicht die Voraussetzungen einer Abschalteinrichtung im Sinne von Art. 3 Nr. 10 VO (EG) Nr. 715/2007, weil der Parameter Kühlmittelsolltemperatur, auf den allein eingewirkt werde, kein Teil des Emissionskontrollsystems sei, sondern ein solcher der Motorkühlung, wird vorliegend nicht erhoben und greift im Übrigen auch nicht durch. Denn durch die Einwirkung auf den Parameter Kühlmittelsolltemperatur wird mittelbar (Kausalkette: frühere Zuschaltung des großen Kühlkreislafs führt zu einer Verzögerung der Erwärmung des Motors, was wiederum zur Folge hat, dass höhere AGR-Raten über einen längeren Zeitraum möglich sind, als dies bei einem sich andernfalls schneller erwärmenden Motor der Fall ist) - von der Beklagten gerade bezweckt - auf das Emissionskontrollsystem in Gestalt der AGR-Raten eingewirkt. Zumindest weil diese Folge von den entwickelnden Ingenieuren bei der Beklagten intendiert gewesen war, steht die Mittelbarkeit der Einwirkung der Annahme einer Abschalteinrichtung im Sinne von Art. 3 Nr. 10 VO (EG) Nr. 715/2007 nicht entgegen (vgl. OLG Stuttgart, Urt. v. 19.10.2023, juris Rn. 45).
- 107 (b) Zulässigkeitsgründe im Sinne von Art. 5 Abs. 2 Satz 2 VO (EG) Nr. 715/2007 sind - schon mangels Vorbringens der Beklagten zur KSR - nicht ersichtlich.
- 108 Insbesondere eine ausnahmsweise gegebene Zulässigkeit nach Art. 5 Abs. 2 Satz 2 lit. b VO (EG) Nr. 715/2007 ist nicht zu bejahen. Nach Art. 5 Abs. 1 VO (EG) 715/2007 müssen die Bauteile, die das Emissionsverhalten des Fahrzeugs voraussichtlich beeinflussen, so konstruiert, gefertigt und montiert sein, dass das Fahrzeug unter normalen Betriebsbedingungen dieser Verordnung und ihren Durchführungsmaßnahmen entspricht. Einrichtungen, die nur kurzfristig und nicht während der gesamten Fahrt unter normalen Betriebsbedingungen arbeiten, sind nach Art. 5 Abs. 2 Satz 2 lit. b VO (EG) 715/2007 hingegen grundsätzlich nur dann zulässig, als sie (nur) zum Anlassen des Motors erforderlich

sind. Aus der Zusammenschau dieser beiden Regelungen wie aber auch dem Sinn und Zweck des Art. 5 Abs. 1 VO (EG) 715/2007, nämlich dem grundsätzlichen Verbot von Abschaltvorrichtungen (vgl. EuGH, Urt. v. 21.03.2023, C-100/21, juris Rn. 66), folgt, dass jedenfalls eine solche Abschaltvorrichtung unabhängig davon, ob sie zum Schutz des Motors erforderlich ist, unzulässig ist, die - wie die KSR - bewusst so programmiert ist, dass sie grundsätzlich nicht während der gesamten Fahrt unter normalen Betriebsbedingungen funktioniert, sondern nur während eines kurzen, die Zeit des Anlassens des Motors aber deutlich übersteigenden Zeitraums (vgl. EuGH, Urt. v. 14.07.2022, C-128/20, juris Rn. 63; vgl. auch OLG Schleswig, a.a.O., juris Rn. 76; OLG Hamm, Urt. v. 01.09.2023, 30 U 78/21, juris Rn. 89).

- 109 Zudem sind Einrichtungen, die aufgrund ihres begrenzten Wirkbereichs insbesondere verhindern, dass aus dem mit ihrer Hilfe im Rahmen des NEFZ gezeigten Emissionsverhaltens auf das im normalen Fahrbetrieb geschlossen werden, bereits aus diesem Grund unzulässig (vgl. BGH, Urt. v. 26.06.2023, a.a.O., juris Rn. 51; OLG Stuttgart, Urt. v. 19.10.2023, juris Rn. 46).
- 110 Zur Klärung der vorstehenden Frage bedarf es auch nicht einer Vorlage derselben an den Europäischen Gerichtshof. Denn der Europäische Gerichtshof hat bereits mit den beiden vorangeführten Urteilen (Urt. v. 14.07.2022, C-128/20, und Urt. v. 21.03.2023, C-100/21) entschieden, dass Abschaltvorrichtungen, die unter normalen Betriebsbedingungen den überwiegenden Teil des Jahres funktionieren müssten, damit der Motor vor Beschädigung oder Unfall geschützt und der sichere Betrieb des Fahrzeugs gewährleistet wäre, offensichtlich dem mit dieser VO Nr. 715/2007 verfolgten Ziel, von dem diese Bestimmung nur unter ganz besonderen Umständen eine Abweichung zulässt, zuwiderlaufen und zu einer unverhältnismäßigen Beeinträchtigung des Grundsatzes der Begrenzung der Stickstoffdioxid (NO_x)-Emissionen von Fahrzeugen führen (vgl. OLG Hamm, a.a.O., juris Rn. 90).
- 111 (4) Darüber hinaus ist auch die Steuerung des SCR-Systems als unzulässige Abschaltvorrichtung zu bewerten.
- 112 (a) Nach dem eigenen Vortrag der Beklagten bewirkt die Steuerung des SCR-Systems, dass unter bestimmten Bedingungen vom Speichermodus/Füllstands-Modus in den Online-Modus umgeschaltet wird, was jedenfalls zu einer geringeren Eindüsung von Harnstoff führt, wozu diese Regelung auch zumindest mangels fortbestehender Speicherfähigkeit des Katalysators und zur Vermeidung eines Ammoniak-Schlupfes gerade dienen soll. Auch insoweit sind keine potentiell kompensierenden gleichzeitigen Funktionsänderungen des Gesamtsystems vorgetragen, die mit in den Blick zu nehmen wären. Es ist danach davon auszugehen, dass die zurückhaltendere Dosierung der Eindüsung im Onlinemodus (als „verändert“ funktionierendes Gesamtsystem) mit einer geringeren Wirksamkeit des Gesamtsystems bezogen auf die Emissionsreduktion einhergeht, als sie sich ergäbe, würde hypothetisch der Speichermodus/Füllstands-Modus und damit die (höhere) Eindüsungsdosierung (als „unverändert“ funktionierendes Emissionskontrollsystem) beibehalten. Die Beklagte gesteht zumindest zu, dass die Dosierung im Online-Modus so bemessen sei, dass ein Ammoniak-Überschuss sicher ausgeschlossen werden könne. Mit der Einsteuerung eines bestimmten Zielwirkungsgrads gehe zumeist auch ein teilweiser Abbau des Füllstands gegenüber der im Füllstands-Modus eingelagerten Menge an Ammoniak einher, so dass – trotz ggf. absinkender Speicherfähigkeit – etwaiges situativ zu viel eindosiertes Ammoniak weiterhin eingespeichert werden könne und nicht als Ammoniak-Schlupf entweiche. Danach ist davon auszugehen, dass in einer Vielzahl

von Betriebssituationen die Dosierung im Online-Modus – um Abstand von der Gefahr des Ammoniak-Schlupfes zu wahren – unterhalb dessen liegt, was zu einer maximal verwertbaren Ammoniak-Konzentration im Katalysator führen würde, und somit die Emissionsminderung geringer ausfällt, als sie bei hypothetischer Beibehaltung der weniger vorsichtigen Dosierung im Füllstands-Modus (gegebenenfalls unter Gefahr oder Eintritt von Ammoniak-Schlupf) zu erreichen wäre. Schon diese Umschaltung in den Online-Modus, die mithin (häufig) mit einer Verschlechterung der Wirkung der Emissionskontrolle verglichen mit einer hypothetischen unveränderten Beibehaltung der Dosierung, also dem Speichermodus/Füllstands-Modus, einhergehen wird, erfüllt den Tatbestand einer Abschaltseinrichtung im Sinn von Art. 3 Nr. 10 VO 715/2007/EG (vgl. OLG Karlsruhe, Urt. v. 24.01.2024, a.a.O., juris Rn. 163 mit Verweis auf OLG Hamm, Urt. v. 20.11.2023, 18 U 225/22, juris Rn. 126).

- 113 (b) Zulässigkeitsgründe im Sinne von Art. 5 Abs. 2 Satz 2 VO (EG) Nr. 715/2007 sind nicht ersichtlich.
- 114 Die Beklagte hat keinen Vortrag geführt, warum ausnahmsweise die Abschaltseinrichtung zulässig sein soll. Es kann unterstellt werden, dass zum sicheren Betrieb des Fahrzeugs, unter anderem zu dessen Gewährleistung Art. 5 Abs. 2 Satz 2 lit. a VO (EG) Nr. 715/2007 die Verwendung einer Abschaltseinrichtung erlaubt, auch gehört, dass die Umwelt nicht schädlichen Ammoniakemissionen ausgesetzt wird. Auch unter diesem Gesichtspunkt ist aber keine Rechtfertigung dargetan. Die Beklagte erläutert zwar, dass die Reinigungsleistung des SCR-Katalysators aufgrund der physikalischen und chemischen Bedingungen nicht über alle Betriebszustände konstant sein könne und nur begrenzt zu bestimmen oder berechnen ist, welche Auswirkungen die Dosierung der Harnstoffeinspritzung im konkreten Betriebszustand hat, insbesondere weil sich bei längeren Fahrten die damit einhergehenden Ungenauigkeiten kumulieren könnten; um trotz wechselnder Bedingungen und möglicher Abweichungen der Modelle sicher zu vermeiden, dass das bei der Reaktion benötigte Umweltgift Ammoniak aus dem System austritt (sog. Ammoniak-Schlupf), müsse das System das Dosierverhalten an die jeweiligen Umstände anpassen. Sie legt aber nicht dar, dass zur Begrenzung des Ammoniak-Schlupfs auf ein hinnehmbares Maß gerade die konkret gewählten Bedingungen für die Einschaltung (und/oder Beibehaltung) des Onlinemodus erforderlich und andere, die Reduktion der Stickoxidemissionen besser gewährleistende Einrichtungsmöglichkeiten nicht möglich gewesen wären (vgl. OLG Karlsruhe, Urt. v. 24.01.2024, a.a.O., juris Rn. 169 mit Verweis auf OLG Celle, Urt. v. 11.10.2023, 7 U 794/21, juris Rn. 43).
- 115 Dagegen spricht im Übrigen schon der eigene Vortrag der Beklagten zur im Rahmen des aufgespielten Software-Updates verbesserten SCR-Steuerung, wonach die SCR-Steuerung insbesondere dahin optimiert worden sei, dass die softwareseitige Sensorik zur Erkennung eines Ammoniak-Schlupfes verbessert worden sei, die Indikatoren, die für den Wechsel zwischen den Dosiermodi herangezogen würden, angepasst worden seien, so dass insbesondere der Online-Modus unter normalen Betriebsbedingungen nur noch in Situationen verwendet werde, in denen der Füllstands-Modus keine erheblichen Emissionsverringerungen gegenüber dem Online-Modus brächte, und der Wirkungsgrad des Online-Modus erhöht worden sei. Es ist weder behauptet noch nachvollziehbar dargelegt, dass all dies nicht bereits beim Inverkehrbringen des Fahrzeugs möglich gewesen wäre (vgl. OLG Karlsruhe, Urt. v. 24.01.2024, a.a.O., juris Rn. 170).
- 116 cc) Da das Fahrzeug bei Vertragsschluss mit unzulässigen Abschaltseinrichtungen i.S.d. Art. 3 Nr. 10, Art. 5 Abs. 1, 2 VO (EG) 715/2007 versehen war, hat die Beklagte eine un-

zutreffende Übereinstimmungsbescheinigung für das streitgegenständliche Fahrzeug erteilt und dadurch gegen §§ 6 Abs. 1, 27 Abs. 1 EG-FGV verstoßen.

- 117 Unzutreffend ist eine Übereinstimmungsbescheinigung, wenn das betreffende Kraftfahrzeug mit einer gemäß Art. 5 Abs. 2 der Verordnung (EG) Nr. 715/2007 unzulässigen Abschaltvorrichtung ausgerüstet ist, weil die Bescheinigung dann eine tatsächlich nicht gegebene Übereinstimmung des konkreten Kraftfahrzeugs mit Art. 5 Abs. 2 VO (EG) Nr. 715/2007 ausweist.
- 118 Auf den Inhalt der zugrundeliegenden EG-Typgenehmigung kommt es dabei nicht an. Der EuGH 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. Die Übereinstimmungsbescheinigung weist danach gemäß der verbindlichen Auslegung des Unionsrechts durch den Gerichtshof (vgl. EuGH, Urteil vom 21.03.2023, C-100/21) nicht nur die Übereinstimmung des konkreten Kraftfahrzeugs mit dem genehmigten Typ aus, sondern auch die Übereinstimmung des konkreten Kraftfahrzeugs 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 (vgl. BGH, Urt. v. 26.06.2023, a.a.O., juris Rn. 34).
- 119 dd) Zur Erwerbskausalität kann sich der Kläger bei der Inanspruchnahme der Beklagten 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. Für die Anwendung des Erfahrungssatzes ist nicht von Bedeutung, ob dem Käufer beim Erwerb des Kraftfahrzeugs die vom Fahrzeughersteller ausgegebene unzutreffende Übereinstimmungsbescheinigung vorgelegen und ob er von deren Inhalt Kenntnis genommen hat. Denn erwirbt ein Käufer ein zugelassenes oder vermeintlich zulassungsfähiges Fahrzeug auch zur Nutzung im Straßenverkehr, wird er regelmäßig darauf vertrauen, dass die Zulassungsvoraussetzungen, zu denen nach § 6 Abs. 3 Satz 1 FZV die Übereinstimmungsbescheinigung gehört, vorliegen und dass außerdem keine ihn einschränkenden Maßnahmen nach § 5 Abs. 1 FZV mit Rücksicht auf unzulässige Abschaltvorrichtungen erfolgen können. Auch ohne Kenntnisnahme der vom Fahrzeughersteller ausgegebenen Übereinstimmungsbescheinigung geht der Käufer typischerweise davon aus, dass der Hersteller für das erworbene Fahrzeug eine Übereinstimmungsbescheinigung ausgegeben hat und dass diese die gesetzlich vorgesehene Übereinstimmung mit allen maßgebenden Rechtsakten richtig ausweist (vgl. BGH, a.a.O., juris Rn. 55 f.).
- 120 Umstände, die diesen Erfahrungssatz widerlegen, sind im Streitfall weder substantiiert dargetan noch sonst ersichtlich. Die Beklagte hat auch nicht dargelegt, dass sie die Ausrüstung des Fahrzeugs mit einer unzulässigen Abschaltvorrichtung in einer Art und Weise bekannt gegeben hat, die einem objektiven Dritten die mit dem Kauf des Fahrzeugs verbundenen Risiken verdeutlichen muss (vgl. BGH, a.a.O., juris Rn. 32) (der pauschale Verweis der Beklagten, sie habe vor Abschluss des konkreten Erwerbsgeschäfts auf die mit dem Kauf verbundenen Risiken hingewiesen, reicht insoweit nicht). Die Beklagte hat im Gegenteil stets die Auffassung vertreten und macht noch immer geltend, dass die vorlie-

gend implementierten Einrichtungen keine unzulässigen Abschalteinrichtungen (gewesen) seien und eine Stilllegung des Fahrzeugs nicht drohe.

- 121 Soweit die Beklagte vorträgt, ein etwaiges Nicht-Wissen um eine unzulässige Abschalt-einrichtung sei für den Erwerb des streitgegenständlichen Fahrzeugs zu dem vereinbarten Kaufpreis deshalb nicht kausal gewesen, weil dem Kläger zum Zeitpunkt des Erwerbs die mit dem Kauf verbundenen Risiken hätten bewusst gewesen sein müssen, und zum Beleg hierfür auf die Ad-hoc-Mitteilung von Volkswagen am 22.09.2015 und die daran angeschlossene breite Diskussion über Emissionen von Dieselfahrzeugen im Allgemeinen verweist, verhilft auch dies nicht zum Erfolg. Allein daraus konnte der Kläger im Erwerbsjahr 2016 noch nicht auf das Vorhandensein von – anderen – unzulässigen Abschalteinrichtungen auch in Fahrzeugen der Beklagten schließen.
- 122 ee) Die Beklagte hat auch schuldhaft gehandelt und damit die Pflichtverletzung zu vertreten.
- 123 Ein Schadensersatzanspruch nach § 823 Abs. 2 BGB setzt ein Verschulden des Schädigers voraus. Für die Haftung nach § 823 Abs. 2 BGB in Verbindung mit §§ 6 Abs. 1, 27 Abs. 1 EG-FGV genügt ein fahrlässiger Verstoß (vgl. BGH, Urt. v. 26.06.2023, a.a.O., juris Rn. 37). Zwar trifft hinsichtlich des Verschuldens als anspruchsbegründender Voraussetzung gemäß § 823 Abs. 2 BGB gewöhnlich den Anspruchsteller die Darlegungs- und Beweislast. Jedoch muss derjenige, der objektiv ein Schutzgesetz verletzt hat, Umstände darlegen und erforderlichenfalls beweisen, die geeignet sind, die daraus folgende Annahme seines Verschuldens in Form einer Fahrlässigkeit auszuräumen. Insofern besteht eine von der objektiven Schutzgesetzverletzung (Inverkehrbringen einer unrichtigen Übereinstimmungsbescheinigung) ausgehende Verschuldensvermutung zu Lasten des Fahrzeugherstellers (vgl. BGH, a.a.O., juris Rn. 37 f., 59). Hierbei ist nach dem an der Systematik des Art. 5 Abs. 2 VO (EG) 715/2007 orientierten Normverständnis, wonach Abschalteinrichtungen nur ausnahmsweise und unter engen Voraussetzungen zulässig sein können, davon auszugehen, dass das mit §§ 6 Abs. 1, 27 Abs. 1 EG-FGV verbundene und letztlich auf Art. 3 Nr. 10, Art. 5 Abs. 2 Satz 1 VO (EG) 715/2007 beruhende Verbot hinreichend konkret ist.
- 124 Der Hersteller kann sich insofern aber entlasten, wenn er konkret darlegt und im Bestreitensfall nachweist, dass er sich hinsichtlich der Zulässigkeit der eingesetzten Abschalt-einrichtung in einem Verbotsirrtum als solchem befand und dieser Irrtum bei Anwendung der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt unvermeidbar war (vgl. BGH, Urt. v. 26.06.2023, a.a.O., juris Rn. 63). Dabei setzt die Annahme eines Verbotsirrtums beim Schädiger voraus, dass sich sämtliche seiner verfassungsmäßig berufenen Vertreter im Sinne des § 31 BGB über die Rechtmäßigkeit der vom Käufer dargelegten und erforderlichenfalls nachgewiesenen Abschalteinrichtung mit allen für die Prüfung nach Art. 5 Abs. 2 VO (EG) Nr. 715/2007 bedeutsamen Einzelheiten im maßgeblichen Zeitpunkt im Irrtum befanden oder im Falle einer Ressortaufteilung den damit verbundenen Pflichten genügten (vgl. BGH, Urt. v. 25.09.2023, VIa ZR 1/23, juris Rn. 14 f.).
- 125 Entgegen der Auffassung der Beklagten bedarf es auch in den für die Frage der Unvermeidbarkeit relevanten Fallgruppen der tatsächlichen oder hypothetischen Genehmigung einer Funktion durch das KBA zunächst der Darlegung einer konkreten Fehlvorstellung und damit eines Verbotsirrtums an sich (vgl. BGH, a.a.O., juris Rn. 63 f.). Wenn die Beklagte geltend macht, dass es zur Darlegung eines unvermeidbaren Verbotsirrtums auf ihr Vorstellungsbild von der Zulässigkeit von Abschalteinrichtungen, deren Vor-

liegen sie weiterhin bestreitet, nicht ankommen könne, wenn das KBA eine tatsächliche Genehmigung erteilt habe oder von einer hypothetischen Genehmigung auszugehen sei, geht dies fehl. Die Beklagte verkennt, dass die Erteilung einer solchen Genehmigung zwar die Unvermeidbarkeit eines Verbotsirrtums belegen kann (vgl. BGH, Urte. v. 26.06.2023, a.a.O., juris Rn. 64 ff.), dass die Überprüfung der Vermeidbarkeit dieses Irrtums aber dennotwendig sein Vorliegen voraussetzt. Auch der BGH geht insoweit ersichtlich von einer zweistufigen Prüfung aus (BGH, Urte. v. 26.06.2023, a.a.O., juris Rn. 63, und v. 16.05.201, VI ZR 266/16, juris Rn.18; ebenso OLG Karlsruhe, Urte. v. 22.08.2023, 8 U 86/21, juris Rn.141, 144 ff.).

- 126 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 brauchte (vgl. BGH, Urte. v. 26.06.2023, a.a.O.).
- 127 Die Beklagte beruft sich sowohl hinsichtlich des Einsatzes der temperaturgesteuerten AGR als auch hinsichtlich des SCR-Systems auf einen solchen unvermeidbaren Verbotsirrtum (hinsichtlich der KSR schon deshalb nicht, weil sie dazu gar nicht vorträgt). Von dessen Voraussetzungen (dazu unter (1)) kann sich der Senat vorliegend jedoch weder hinsichtlich des Einsatzes des Thermofensters (dazu unter (2)) noch in Bezug auf den Einsatz der KSR (dazu unter (3)) noch hinsichtlich der Steuerung des SCR-Systems (dazu unter (4)) im Sinne von § 286 ZPO - d.h. mit einem Maß an Gewissheit, das vernünftigen Zweifeln Schweigen gebietet, ohne sie gänzlich auszuschließen - überzeugen.
- 128 (1) Voraussetzung des Verbotsirrtums ist, dass der Schädiger entweder positiv von der Zulässigkeit des eigenen Verhaltens ausgeht, oder - sofern er bei einer zweifelhaften Rechtslage die Möglichkeit der Unzulässigkeit des eigenen Handelns erkannt hat - dass der Schädiger darauf vertraut, sich dennoch im Rahmen des gesetzlich Zulässigen zu bewegen. Rechnet der Schädiger dagegen mit der Möglichkeit, Unrecht zu tun und nimmt er diese Möglichkeit in derselben Weise wie beim bedingten Vorsatz in seinen Willen auf, so kann er sich nicht mit Erfolg darauf berufen, dass ihm die Einsicht gefehlt habe, Unerlaubtes zu tun (vgl. BGH, Beschl. v. 01.06.1977, KRB 3/76, juris Rn. 15; Urte. v. 16.06.1977, III ZR 179/75, juris Rn. 53 ff.; Urte. v. 10.07.1984, VI ZR 222/82, juris Rn. 14; Urte. v. 07.03.1996, 4 StR 742/95, juris Rn. 19; Urte. v. 10.01.2023, 6 StR 133/22, juris Rn. 38; OLG Stuttgart, Urte. v. 19.10.2023, a.a.O., juris Rn. 50).
- 129 Unvermeidbar ist der Verbotsirrtum, wenn der Schädiger diesen auch bei Anwendung der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt nicht erkennen konnte (vgl. BGH, Urte. v. 11.01.1984, VIII ZR 255/82, juris Rn. 22; Urte. v. 12.05.1992, VI ZR 257/91, juris Rn. 20). Da der Verpflichtete das Risiko eines Irrtums über die Rechtslage selbst trägt, sind an das Vorliegen eines unverschuldeten Rechtsirrtums strenge Maßstäbe anzulegen. Er muss die Rechtslage sorgfältig prüfen, soweit erforderlich Rechtsrat einholen und die höchstrichterliche Rechtsprechung (sofern vorhanden) sorgfältig beachten (vgl. BGH, Urte. v. 12.07.2006, X ZR 157/05, juris Rn. 19).
- 130 Weil auch das gesetzliche Schuldverhältnis gemäß § 823 Abs. 2 BGB i.V.m. §§ 6 Abs. 1, 27 Abs. 1 EG-FGV erst mit dem Abschluss des Kaufvertrags (hier: 26.10./11.11.2016) über das mit einer unzulässigen Abschalteneinrichtung versehene Fahrzeug entsteht, muss der Vorwurf einer zumindest fahrlässigen Inverkehrgabe einer unzutreffenden Übereinstimmungsbescheinigung für diesen Zeitpunkt widerlegt werden.

- 131 Da sich die Beklagte nach §§ 30, 31 BGB grundsätzlich nur das Handeln, Dulden oder Unterlassen ihrer Repräsentanten und Organwalter zurechnen lassen muss, bedarf die Darlegung des Verbotsirrtums der nachvollziehbaren Behauptung einer Fehlvorstellung bei einer solchen Person. Es kommt nicht darauf an, ob ein mit der Entwicklung der Technik befasster Ingenieur bei der Beklagten oder irgendein Mitarbeiter der Rechtsabteilung sich Gedanken gemacht hat.
- 132 (2) Hinsichtlich des Einsatzes des Thermofensters ist - unabhängig von der Frage der Unvermeidbarkeit (in Form einer tatsächlichen oder hypothetischen Genehmigung) - nach Maßgabe des Vortrags der Beklagten schon nicht davon auszugehen, dass die Beklagte überhaupt einem Verbotsirrtum unterlag.
- 133 (a) Die Beklagte hat vorgetragen, nach ihrer Betriebsorganisation habe die Ausstellung der Übereinstimmungsbescheinigung im relevanten Zeitpunkt den Abteilungen „Vertriebsplanung PKW“ und „Fahrzeugdokumentation“ oblegen. Übereinstimmungsbescheinigungen seien typischerweise von den Leitern dieser Abteilungen („Ausstellende“) unterzeichnet worden. Die Ausstellenden hätten sich über die Richtigkeit der Übereinstimmungsbescheinigung für das streitgegenständliche Fahrzeug geirrt. Sie seien der Auffassung gewesen, eine zutreffende Übereinstimmungsbescheinigung in den Verkehr zu geben. Das Fahrzeug habe mit dem genehmigten Typ übereingestimmt. Dass neben der EG-Typgenehmigung auch die Übereinstimmungsbescheinigung eine eigenständige Aussage über die materielle Übereinstimmung „mit allen Rechtsakten“ enthalten solle, sei für die Ausstellenden nicht ersichtlich gewesen. Insbesondere hätten sich die Ausstellenden nicht zu einer Überprüfung der Konformität des Fahrzeugs auf Bauteil- oder gar Funktionsebene bzw. auf das Vorhandensein unzulässiger Abschalteinrichtungen veranlasst gesehen. Eine solche Überprüfung nach Erteilung der Typgenehmigung habe dem Verständnis der Ausstellenden vom Zusammenspiel zwischen baureihenbezogener Typgenehmigung und fahrzeugspezifischer Übereinstimmungsbescheinigung widersprochen und sei im Übrigen auch gesetzlich nicht als Schritt für die Erteilung der Übereinstimmungsbescheinigung vorgesehen.
- 134 Dieser Vortrag reicht zur Darlegung eines Verbotsirrtums nicht aus.
- 135 Soweit die Beklagte nach ihrem Vortrag davon ausgeht, dass es für das Vorliegen eines Verbotsirrtums entscheidend nur auf das Vorstellungsbild des Ausstellers der Übereinstimmungsbescheinigung als „maßgeblich Handelndem“ ankomme, geht dies fehl. Als Fahrzeugherstellerin traf die Beklagte die deliktsrechtlich geschützte Pflicht, keine unzutreffenden Übereinstimmungsbescheinigungen in den Verkehr zu bringen (vgl. BGH, Urt. v. 26.06.2023, a.a.O., juris Rn. 61; Urt. v. 10.07.2023, VIa ZR 1119/22, juris Rn. 20 ff.; Urt. v. 20.07.2023, III ZR 267/20, juris Rn. 22). Um dieser Verpflichtung zu genügen, musste die Beklagte ihre innerbetrieblichen Abläufe etwa durch interne Weisungen, Meldketten und Überwachungs- sowie Kontrollmechanismen so organisieren, dass bei regelgerechtem Ablauf nur zutreffende Übereinstimmungsbescheinigungen in Verkehr gelangen konnten. Dies erforderte insbesondere eine Weisungslage, nach welcher technisch kritische Punkte von den für die technische Entwicklung verantwortlichen Personen an die Rechtsabteilung zur Überprüfung weiterzuleiten waren und die Weiterentwicklung und der spätere Einsatz der Technik erst nach positiver rechtlicher Bewertung und Freigabe durch hierfür qualifizierte Personen erfolgen durfte. Zudem war das rechtliche Umfeld und dessen für die Zulässigkeit der eingesetzten Technik relevante Entwicklungen weiter durch die Rechtsabteilung oder sonstiges juristisch qualifiziertes Personal zu be-

obachten, um erforderlichenfalls entsprechend reagieren und Abläufe stoppen zu können. Danach musste die Beklagte sicherstellen, dass die erforderlichen Informationen auch bis zum Aussteller der Übereinstimmungsbescheinigung weitergeleitet würden. Allein der Umstand, dass dieser keine Kenntnis von möglichen Bedenken bezüglich der Unzulässigkeit von Abschaltvorrichtungen hatte, genügt daher nicht, um einen Rechtsirrtum darzulegen (vgl. OLG Stuttgart, a.a.O., juris Rn. 54).

- 136 Im Übrigen ist der Vortrag, die Ausstellenden hätten im Zeitpunkt der Ausstellung der Übereinstimmungserklärung über deren Bedeutung und Tragweite geirrt, auch deshalb nicht geeignet, die Annahme eines Verbotsirrtums zu begründen, da die Beklagte sich damit lediglich auf einen Inhaltsirrtum beruft, dessen Vorliegen auf sich beruhen kann, weil er von dem hier in Rede stehenden Verbotsirrtum zu trennen und für dessen Vorliegen von vornherein unergiebig ist (vgl. OLG Stuttgart, Urte. v. 28.09.2023, 24 U 2504/22, juris Rn. 40).
- 137 Überdies ist nicht nachvollziehbar dargelegt, wie die zeichnungsberechtigten Abteilungsleiter der Beklagten zu der Auffassung gelangt sind, dass sich die Übereinstimmungsbescheinigung nur darauf beschränke, dass das Fahrzeug mit dem genehmigten Typ übereinstimme. § 6 Abs. 1 EG-FGV bildet den nationalen Rechtsakt zur Umsetzung der in Art. 18 Abs. 1 der Richtlinie 2007/46/EG vorgesehenen Verpflichtung zur Ausstellung einer Übereinstimmungsbescheinigung. Der Begriff der „Übereinstimmungsbescheinigung“ ist in Art. 3 Nr. 36 der Richtlinie 2007/46/EG legal definiert. Danach handelt es sich um das in Anhang IX wiedergegebene, vom Hersteller ausgestellte Dokument, mit dem bescheinigt wird, dass ein Fahrzeug aus der Baureihe eines nach dieser Richtlinie genehmigten Typs zum Zeitpunkt seiner Herstellung allen Rechtsakten entspricht. Mithin ist offenkundig, dass damit auch die Konformität des Fahrzeugs mit den Vorgaben der VO (EG) 715/2007 bescheinigt wird, da es sich dabei um einen Rechtsakt i.S.d. Richtlinie 2007/46/EG handelt.
- 138 Schließlich ergibt sich aus dem vorstehenden Vortrag der Beklagten gerade nicht, dass der Ausstellende der Übereinstimmungsbescheinigung (und schon gar nicht einer ihrer Repräsentanten oder Organwalter, s.o.) überhaupt - und wenn ja welche - Überlegungen zur Zulässigkeit des Thermofensters im Zusammenhang mit der Erteilung der Übereinstimmungsbescheinigung angestellt hat.
- 139 (b) Soweit die Beklagte (sinngemäß) vorgebracht hat,
- dass sie bis zum heutigen Tage von der Zulässigkeit des Thermofensters ausgehe, weil dieses zum Schutz des Motors und zum sicheren Betrieb des Fahrzeugs erforderlich sei,
 - insoweit habe zum Zeitpunkt des klägerischen Kaufvertragsabschlusses ein einhelliges Rechtsverständnis in der relevanten Fachwelt der Genehmigungsbehörden und Motorenentwicklung bestanden, wonach in der Außentemperaturabhängigen Steuerung der AGR keine unzulässige Abschaltvorrichtung liege, weil sie (1) unter denselben Bedingungen auf dem Prüfstand und im realen Betrieb grundsätzlich in gleicher Weise arbeite und (2) die Funktionalität nach damaligem Verständnis aus Gründen des Motorschutzes und der Betriebssicherheit gerechtfertigt gewesen sei, da die Zulässigkeitsgründe für Abschaltvorrichtungen gemäß Art. 5 Abs. 2 Satz 2 VO (EG) Nr. 715/2007 weit zu verstehen gewesen seien und man dabei auch allmähliche Beeinträchtigungen wie beispielsweise Ablagerungen als mitumfasst angesehen habe,
 - die erst im Jahr 2016 erfolgte veränderte Auslegung der Zulässigkeitsgründe seitens der EU-Kommission sei seinerzeit neu und sehr überraschend gewesen,

- das KBA habe das Thermofenster, welches im Typgenehmigungsverfahren dem Grunde nach offengelegt worden und im Grundsatz bis ins Jahr 2022 unbeanstandet gebliebenen sei, nicht in Frage gestellt und dabei ebenfalls ein ingenieurtechnisches Verständnis der Motorschutz- und Betriebssicherheitsgründe zugrunde gelegt, das auch Risiken durch allmähliche Verschlechterungen (z.B. Verschleiß) des Motors und angeschlossener Bauteile umfasst habe
 - der EuGH habe erst im Jahr 2022 die bekannte, wesentlich strengere Auslegung vorgegeben; diese Rechtsprechungsentwicklung sei für das Rechtsverständnis im relevanten Zeitraum nicht entscheidungserheblich,
 - eine etwaige Unzulässigkeit des Thermofensters sei daher für die Beklagte schon objektiv nicht erkennbar gewesen,
- genügt auch dies nicht, um einen relevanten Verbotsirrtum darzulegen.

- 140 Der Vortrag lässt bereits nicht erkennen, ob sich der Vorstand oder andere zuständige und maßgebliche Entscheidungsträger der Beklagten im Sinne des § 31 BGB analog mit der Zulässigkeit des im streitgegenständlichen Fahrzeug implementierten Thermofensters auseinandergesetzt und welche Überlegungen sie hierbei angestellt haben. Aus dem Vortrag der Beklagten geht insbesondere nicht hervor, dass und ob sich der Vorstand oder einzelne Mitglieder des Vorstands, vor allem die für die Motorentwicklung und für die Rechtsabteilung zuständigen Mitglieder, konkrete Vorstellungen über die Zulässigkeit des Thermofensters gemacht haben, die Grundlage für einen Irrtum sein könnten. Die Beklagte behauptet auch nicht, dass das Thermofenster und seine Zulässigkeit Gegenstand der Erörterungen und Beschlüsse des Vorstands gewesen seien.
- 141 Der Vortrag der Beklagten lässt ferner völlig offen, welche rechtlichen Überlegungen angestellt wurden, wenn sie ausführt, die ingenieurmäßige Sorgfalt beachtet zu haben. Diese Sorgfalt bezieht sich bereits nach ihrem Vorbringen nicht auf die rechtliche Bewertung, sondern auf die technische (sichere) Ausgestaltung der von ihr produzierten Motoren bzw. Fahrzeuge.
- 142 Zu den Entscheidungsprozessen bei der Beklagten im Zusammenhang mit dem Thermofenster findet sich danach nichts. Dabei war davon auszugehen, dass der Beklagten als weltweit agierendes Großunternehmen bzw. ihren leitenden Angestellten und Vorständen die maßgeblichen gesetzlichen Bestimmungen und Verbote bekannt waren. Es war auch klar, dass nur durch die Abgasrückführung die Grenzwerte eingehalten werden konnten. Es ist danach nicht vorstellbar, dass sich im Zuge der Vorbereitung des Typgenehmigungsverfahrens niemand Gedanken über die Übereinstimmung der Vorrichtung mit den rechtlichen Anforderungen gemacht hätte und dies nicht zum Gegenstand der Entscheidung gemacht worden wäre.
- 143 Mithin wäre von der Beklagten konkreter Vortrag über das Ergebnis dieser Prüfung zu erwarten gewesen. Demgegenüber beschränkt sie sich auf die Behauptung eines einheitlichen Rechtsverständnisses in der Fachwelt der Genehmigungsbehörden und Motorenentwicklung, das aber nicht belegt wird. Dabei hat bereits der Bundesgerichtshof hervorgehoben, dass sich das maßgebliche Verständnis und die Bewertung auf die konkrete Vorrichtung beziehen muss. Deswegen ist es für die Annahme eines Verbotsirrtums irrelevant, dass ein Thermofenster grundsätzlich aus Motorschutzgründen gerechtfertigt sein kann, was weder vom Europäischen Gerichtshof noch vom Bundesgerichtshof oder vom erkennenden Gericht in Abrede gestellt wird. Aufgrund dessen lässt auch das spätere

Verhalten des KBA im Zuge der Aufarbeitung des Abgasskandals keinen Rückschluss auf das Vorstellungsbild der Beklagten im Zeitpunkt des Kaufvertragsschlusses zu.

- 144 Der Umstand, dass allgemein im Typgenehmigungsverfahren ein Hinweis auf die umgebungsluftabhängige Abgasreinigung vorhanden war und keine Nachfragen seitens des KBA erfolgten, rechtfertigt gleichsam nicht die Annahme, die Beklagte habe über die Reichweite der Rechtfertigungsgründe geirrt. Insoweit ist zu berücksichtigen, dass beim KBA erst im Zusammenhang mit dem Abgasskandal überhaupt ein entsprechendes Problembewusstsein entstanden ist; dies schließt aber nicht aus, dass bei der Beklagten ein solches bereits früher vorhanden war, da ihr bessere Erkenntnisse aus dem Bereich der Motorenentwicklung zur Verfügung gestanden haben.
- 145 Deswegen vermag sich das Gericht, anders als das OLG Stuttgart (vgl. beispielhaft Urt. v. 28.09.2023, 24 U 2504/22, juris Rn. 42, juris), nicht davon zu überzeugen, dass alle mit den Fragen der Zulässigkeit des Emissionskontrollsystems befassten Personen der Beklagten davon ausgegangen sind, dass das im streitgegenständlichen Fahrzeug eingesetzte Thermofenster nicht als unzulässige Abschaltvorrichtung zu beurteilen ist. Beweisangebote zum Vorstellungsbild der bei der Beklagten damals (2016) handelnden Personen liegen nicht vor. Konkretisierende Ausführungen hat die Beklagte nicht vorgebracht.
- 146 Es verbleibt danach die Möglichkeit, dass die Beklagte bzw. die bei ihr verantwortlich handelnden Personen zumindest Zweifel an der Rechtmäßigkeit ihrer technischen Umsetzung hegten, diesen aber nicht nachgingen. Wer jedoch Zweifel an der Rechtmäßigkeit hat und nicht konkret darlegt, in den Grenzen seiner intellektuellen Möglichkeiten diesen nachgegangen und zu dem Ergebnis gelangt zu sein, kein Unrecht zu verwirklichen, nimmt den Rechtsverstoß zumindest billigend in Kauf. Das Verbleiben dieser Möglichkeit geht zu Lasten der Beklagten.
- 147 (3) Auch hinsichtlich des Einsatzes der KSR im streitgegenständlichen Fahrzeug und der hieraus folgenden Unrichtigkeit der Übereinstimmungsbescheinigung ist der Senat schon nicht von einem Verbotsirrtum der Beklagten überzeugt.
- 148 Die Beklagte hat im vorliegenden Fall, in dem sie zur KSR insgesamt nicht vorgetragen hat, naturgemäß auch insoweit nichts vorgetragen. Anhaltspunkte für einen Verbotsirrtum sind auch sonst nicht ersichtlich.
- 149 (4) Schließlich kann auch hinsichtlich des SCR-Systems nicht von einem Verbotsirrtum der Beklagten ausgegangen werden.
- 150 Dem Vortrag der Beklagten ist nicht zu entnehmen, dass und welcher konkreten (Fehl-) Vorstellung hinsichtlich der Zulässigkeit der Ausgestaltung der Emissionskontrolle diejenige(n) Person(en) in ihrem Unternehmen, die für die Entscheidung über die in Rede stehende Gestaltung des Emissionskontrollsystems oder die Hinausgabe der Übereinstimmungsbescheinigung verantwortlich war, überhaupt unterlegen sein sollte. Die Beklagte führt in keiner Weise aus, welche Erwägungen hinsichtlich der Steuerung des SCR-Systems überhaupt angestellt worden sind.
- 151 ff) Durch den schuldhaften Verstoß der Beklagten gegen §§ 6 Abs. 1, 27 Abs. 1 EG-FGV hat der Kläger einen ersatzfähigen Differenzschaden in Höhe von 2.630,- € erlitten.
- 152 (1) Der Schaden ist nach Maßgabe der Differenzhypothese zu ermitteln, also nach Maßgabe eines Vergleichs der infolge des haftungsbegründenden Ereignisses eingetrete-

nen Vermögenslage mit derjenigen, die ohne jenes Ereignis eingetreten wäre. Ein Vermögensschaden des Käufers im Sinne der Differenzhypothese liegt vor, wenn der Vergleich der infolge des haftungsbegründenden Ereignisses eingetretenen Vermögenslage mit der Vermögenslage ohne das haftungsbegründende Ereignis ein rechnerisches Minus ergibt bzw. der objektive Wert des erworbenen Fahrzeugs hinter dem Kaufpreis zurückbleibt. Der Geschädigte wird durch Gewährung des Differenzschadens wegen der Enttäuschung des Käufervertrauens so behandelt, als wäre es ihm in Kenntnis der wahren Sachlage und der damit verbundenen Risiken gelungen, den Vertrag zu einem niedrigeren Preis abzuschließen. Sein Schaden besteht in der enttäuschten, aber berechtigten Erwartung, ein Fahrzeug zu erwerben, das dem Gebrauch als Fortbewegungsmittel im Straßenverkehr dient, dessen Nutzbarkeit jedoch - weil es infolge der unzulässigen Abschalteinrichtungen von Maßnahmen bis hin zu einer Betriebsbeschränkung oder -untersagung durch die Zulassungsbehörde gemäß § 5 Abs. 1 FZV bedroht war/ist - in Frage steht, so dass der Kläger das Fahrzeug mit Rücksicht auf diese mit der unzulässigen Abschalteinrichtung verbundenen Risiken letztlich zu teuer erworben hat. Die zeitlich nicht absehbare Unsicherheit, das erworbene Kraftfahrzeug jederzeit seinem Zweck entsprechend nutzen zu dürfen, setzt den objektiven Wert des Kaufgegenstands im maßgeblichen Zeitpunkt der Vertrauensinvestition des Klägers bei Abschluss des Kaufvertrags herab, weil schon in der Gebrauchsmöglichkeit als solcher ein geldwerter Vorteil liegt (vgl. BGH, Urt. v. 26.06.2023, a.a.O., juris Rn. 40 f.).

- 153 Das Risiko einer Betriebsbeschränkung des streitbefangenen Fahrzeugs stellt entgegen der Ansicht der Beklagten nicht lediglich eine abstrakte und deshalb außer Betracht zu lassende Gefahrenlage dar. Insbesondere kann der Schadenseintritt nicht deshalb geleugnet werden, weil es bisher noch nicht zu tatsächlichen Einschränkungen der Nutzbarkeit des Fahrzeugs gekommen ist. Denn mit Rücksicht auf den geldwerten Vorteil der jederzeitigen Verfügbarkeit eines Kraftfahrzeugs genügt für das Vorliegen eines Vermögensnachteils schon die rechtliche Möglichkeit einer Nutzungsbeschränkung, die mit der Verwendung einer unzulässigen Abschalteinrichtung gegeben ist. Für die Schadensentstehung ist der Zeitpunkt des Vertragsschlusses maßgebend, so dass späteren Maßnahmen des KBA schon deshalb keine Bedeutung mehr zukommen kann (vgl. BGH, a.a.O., juris Rn. 42).
- 154 Vorliegend ist im Übrigen nicht ausgeschlossen, dass es noch zu Beschränkungen kommen wird.
- 155 (2) Der Höhe nach ist der Differenzschaden aus Gründen unionsrechtlicher Effektivität einerseits und Gründen der Verhältnismäßigkeit andererseits mit einem Betrag zwischen 5 % und 15 % des gezahlten Kaufpreises zu bemessen. Die konkrete Höhe des Schadens innerhalb dieses Rahmens ist vom Gericht gemäß § 287 Abs. 1 S. 1 ZPO unter Würdigung aller Umstände nach freier Überzeugung zu schätzen. Bei dieser Schätzung sind für die Bestimmung des objektiven Werts des Fahrzeugs im Zeitpunkt des Vertragsschlusses die mit der Verwendung einer unzulässigen Abschalteinrichtung verbundenen Nachteile, insbesondere das Risiko behördlicher Anordnungen, zu berücksichtigen. Weiter ist der 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 sind das Gewicht des der Haftung zugrundeliegenden konkreten Rechtsverstoßes für das unionsrechtliche Ziel der Einhaltung gewisser Emissionsgrenzwerte sowie der Grad des Ver-

schuldens 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 (vgl. BGH, a.a.O., juris Rn. 72 - 77).

- 156 (3) Vorliegend schätzt der Senat die Höhe des dem Kläger entstandenen Vermögensschadens gemäß § 287 ZPO unter Berücksichtigung und Gesamtabwägung aller Umstände des Einzelfalls innerhalb der zuvor beschriebenen unionsrechtlich vorgegebenen Bandbreite mit 10 % des gezahlten Kaufpreises von 26.300,- €. Der Senat geht davon aus, dass der objektive Wert des Fahrzeugs durch das mit dem Thermofenster, der KSR und dem SCR-System verbundene Risiko der Betriebsstilllegung in diesem Umfang gemindert ist. Der Differenzschaden beläuft sich damit grundsätzlich auf 2.630,- €.
- 157 Unter Berücksichtigung der o.g. Umstände handelt es sich vorliegend in jeder Hinsicht, sowohl was die Art als auch was die möglichen Folgen des Verstoßes angeht, um einen mittelschweren Fall, der die Anwendung des mittleren Prozentsatzes von 10 % rechtfertigt. Dabei hat das Gericht in seine Bewertung einbezogen, dass die mit der Verwendung der unzulässigen Abschaltseinrichtungen prinzipiell schon im Zeitpunkt des Vertragsschlusses verbundenen Nachteile/Risiken, nämlich eine mögliche Betriebsuntersagung/-beschränkung/ oder Stilllegungsanordnung, für sich gesehen zwar durchaus erheblich sind, jedoch das Risiko behördlicher Anordnungen und die Eintrittswahrscheinlichkeit etwaiger Beschränkungen bezogen auf den maßgeblichen Zeitpunkt des Vertragsschlusses (hier 2016, also noch vor Einsetzen eines gesteigerten Problembewusstseins der für eine Betriebsuntersagung/-beschränkung/ oder Stilllegungsanordnung zuständigen Behörden für die hier maßgeblichen Abschaltseinrichtungen) äußerst gering war. Ferner wurde berücksichtigt, dass das Gewicht des Rechtsverstoßes für das unionsrechtliche Ziel der Einhaltung der Emissionsgrenzwerte (Umwelt- und Gesundheitsschutz) zwar durchaus erheblich ist, zumal gleich mehrere unzulässige Abschaltseinrichtungen vorliegen, die dazu geführt haben und führen, dass die Abgasreinigung zu einem großen Teil der Nutzung des Fahrzeugs in erheblichem Ausmaß nur unzureichend funktioniert (hat), demgegenüber der Grad des Verschuldens der Beklagten sich aber auf bloße Fahrlässigkeit beschränkt und sich eher im Bereich mittlerer Fahrlässigkeit bewegt: Zum einen war sich die Beklagte über die konkrete Ausgestaltung ihrer Motorsteuerung im Klaren und kannte alle objektiven Umstände, die den Schluss auf die Unzulässigkeit der Abschaltseinrichtungen und der Fehlerhaftigkeit der Übereinstimmungsbescheinigung begründen; zum anderen ist die Beklagte zum maßgeblichen Zeitpunkt des Vertragsschlusses offensichtlich - bezüglich des Thermofensters orientiert an jahrelanger Behördenpraxis und einem allgemein akzeptierten Industriestandard - von der Zulässigkeit der Einrichtungen aus Motorschutzgründen ausgegangen.
- 158 Sonstige besondere Umstände, die diesen Fall in die eine oder andere Richtung gegenüber anderen Fällen hervorheben würden, sind weder vorgetragen noch ersichtlich.
- 159 (4) Auf den Schaden muss sich der Geschädigte im Wege des Vorteilsausgleichs diejenigen Vorteile anrechnen lassen, die ihm in adäquatem Zusammenhang mit dem Schadensereignis zugeflossen sind. Dass für die Schätzung des Differenzschadens auf den Zeitpunkt des Vertragsschlusses abzustellen ist, schließt eine schadensmindernde Berücksichtigung später eintretender Umstände im Wege der Vorteilsausgleichung, deren Voraussetzungen der Fahrzeughersteller darzulegen und zu beweisen hat, nicht aus. Dabei darf der Geschädigte einerseits im Hinblick auf das schadensersatzrechtliche Bereicherungsverbot nicht bessergestellt werden, als er ohne das schädigende Ereignis stünde; andererseits sind nur diejenigen durch das Schadensereignis bedingten

Vorteile auf den Schadensersatzanspruch anzurechnen, deren Anrechnung mit dem jeweiligen Zweck des Ersatzanspruchs übereinstimmt, also dem Geschädigten zumutbar ist und den Schädiger nicht unangemessen entlastet (st. Rspr; vgl. etwa BGH, Urt. v. 25.05.2020, VI ZR 252/19, juris Rn. 65; Urt. v. 26.06.2023, a.a.O.).

- 160 (a) Im Streitfall folgt eine Reduzierung des Anspruchs nicht aus einer Berücksichtigung des Restwerts und der vom Kläger gezogenen Nutzungsvorteile.
- 161 Hinsichtlich der grundsätzlich anzurechnenden gezogenen Nutzungsvorteile in Form gefahrener Kilometer und der Berücksichtigung des Restwerts des Fahrzeugs gelten die in der höchstrichterlichen Rechtsprechung entwickelten Maßstäbe zum „kleinen“ Schadensersatz nach § 826 BGB sinngemäß. Danach sind Nutzungsvorteile und der Restwert des Fahrzeugs erst dann und nur insoweit schadensmindernd anzurechnen, als sie den tatsächlichen Wert des Fahrzeugs bei Abschluss des Kaufvertrags (gezahlter Kaufpreis abzüglich Differenzschaden) übersteigen (vgl. BGH, a.a.O., juris Rn. 80).
- 162 (aa) Die Nutzungsvorteile können im Wege der Schätzung gemäß § 287 ZPO ermittelt werden. Der Senat wendet hierzu hinsichtlich der gefahrenen Kilometer in ständiger Rechtsprechung die höchstrichterlich anerkannte lineare Berechnungsmethode an, die sowohl den gesamten Bruttokaufpreis (hier 26.300,- €) als auch die gesamte Zeit des Fahrzeugbesitzes in die Berechnung einbezieht (vgl. beispielhaft BGH, Urt. v. 25.05.2020, a.a.O., juris Rn. 68 ff.), nämlich
- 163 Nutzungsvorteil =
$$\frac{\text{Bruttokaufpreis} \times \text{gefahrte Strecke (seit Erwerb)}}{\text{erwartete Restlaufzeit im Erwerbszeitpunkt}}$$
- 164 Für die Berechnung legt der Senat für den hier streitgegenständlichen Fahrzeugtyp Mercedes-Benz C 220 BlueTEC T und vergleichbare Fahrzeugtypen regelmäßig eine Gesamtlauflistung von 300.000 km zugrunde; diese Lauflistung erachtet der Senat bei einem Mercedes-Benz C 220 BlueTEC T mit Erstzulassung im Jahr 2015 im Rahmen einer Schätzung nach § 287 ZPO für angemessen. Konkrete Anhaltspunkte dafür, dass die Gesamtlauflistung dieses Fahrzeugtyps regelmäßig erheblich höher oder niedriger anzusetzen wäre, sind weder vorgetragen noch sonst ersichtlich. Auf die Frage, ob einzelne Fahrzeuge desselben Fahrzeugtyps tatsächlich eine höhere oder nur eine niedrigere Gesamtlauflistung erreicht haben, kommt es in diesem Zusammenhang nicht an, da die gewöhnliche – durchschnittliche – Nutzungsdauer die relevante Rechnungsgrundlage zur Bemessung gezogener Gebrauchsvorteile ist (vgl. BGH, Urt. v. 25.05.2020, a.a.O., juris Rn. 80, 83; OLG Karlsruhe, Urt. v. 16.02.2021, 17 U 579/19, juris Rn. 59). Zu berücksichtigen ist, dass bei der Einschätzung der Gesamtlauflistung eines Fahrzeugs nicht lediglich auf den Motor, sondern auf das Fahrzeug in seiner Gesamtheit abzustellen ist (vgl. Eggert, in: Reinking/Eggert, Der Autokauf, 14. Auflage 2020, Rn. 3573), und dass die Fahrleistung, die ein Fahrzeug in seiner Lebensdauer zurücklegen kann, von verschiedenen Faktoren (wie der Lebensdauer des Motors und anderer Bauteile sowie dem Nutzungsverhalten des Fahrers) abhängig ist. Dabei ist zu beachten, dass die höhere Motorlauflistung heutiger Kraftfahrzeuge durch die Störungsanfälligkeit von deren Elektronik nega-

tiv kompensiert wird. Bei Versagen der Elektronik ist das Kraftfahrzeug nicht mehr einsetzbar und häufig auch nicht mehr wirtschaftlich reparabel, obwohl Motor und Karosserie noch in vergleichsweise gutem Zustand sein mögen (vgl. OLG Stuttgart, Urte. v. 09.11.2023, 24 U 14/21, juris Rn. 130). Die durchschnittliche Nutzungsdauer kann der Senat ohne Einholung eines Sachverständigengutachtens schätzen (vgl. OLG Karlsruhe, a.a.O.).

- 165 Der Bemessung des Werts der gezogenen Nutzungen legt der Senat den von der Klagepartei tatsächlich gezahlten Kaufpreis zugrunde und nicht den um den Differenzschadensersatz reduzierten objektiven Fahrzeugwert. Dies beruht darauf, dass nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs zwischen dem gezahlten Kaufpreis einerseits und dem Nutzungswert und tatsächlichen Restwert des Kraftfahrzeugs andererseits eine Rechnungseinheit besteht. Insofern ist zwar bei der Bemessung des objektiven Werts des Fahrzeugs im Zeitpunkt des Vertragsschlusses insbesondere das Risiko der Betriebsuntersagung oder -beschränkung einzubeziehen. Hat sich dieses wertbestimmende Risiko aber nicht verwirklicht, so muss dieser Umstand im Wege der im Zeitpunkt des Schlusses der mündlichen Verhandlung vorzunehmenden Vorteilsausgleichung Berücksichtigung finden (vgl. BGH, Urte. v. 24.01.2022, VIa ZR 100/21, juris Rn. 20). Daraus folgt, dass auch bei einer Bewertung der bislang gezogenen Nutzungen, welche von dem wertbestimmenden Risiko einer Betriebsstilllegung unbeeinflusst geblieben sind, auf den ursprünglichen Kaufpreis abzustellen ist (§ 287 ZPO) (vgl. OLG Stuttgart, Urte. v. 09.11.2023, 24 U 14/21, juris Rn. 131).
- 166 Unter Berücksichtigung der unstreitigen Laufleistungen des Fahrzeugs bei Erwerb durch den Kläger (22.000 km) sowie zum Zeitpunkt des Verkaufs (54.154 km) ergibt sich danach ein Nutzungsvorteil i.H.v. 3.041,91 €.
- 167 (bb) An die Stelle des Restwerts tritt im Streitfall der vom Kläger bei Weiterverkauf des Fahrzeugs erzielte marktgerechte Erlös i.H.v. 15.350,- €.
- 168 Soweit die Beklagte vorträgt, der tatsächliche Marktwert des Fahrzeugs im Zeitpunkt der mündlichen Verhandlung in der Berufungsinstanz – nur darauf komme es an – liege deutlich höher, nämlich bei ca. 20.000,- €, geht sie fehl. Ein Abstellen auf einen solchen Marktwert würde faktisch dazu führen, dass ein Geschädigter gezwungen würde, sein Fahrzeug bis zum Abschluss des Rechtsstreits zu behalten und erst danach zu verkaufen. Solches ist ihm nicht zuzumuten.
- 169 Soweit die Beklagte sich darüber hinaus mit Nichtwissen dazu erklärt, dass für einen Mindererlös nicht ein schlechter Pflegezustand des streitgegenständlichen Fahrzeugs, seine Eigenschaft als Unfallwagen oder weitere Umstände ursächlich gewesen seien, die sich negativ auf den Wert des Fahrzeugs ausgewirkt hätten und vom Kläger zu vertreten seien, ist dies unerheblich, da die Beklagte hinsichtlich der anzurechnenden Vorteile grundsätzlich darlegungs- und beweisbelastet ist und sich demnach nicht ausschließlich auf ein Bestreiten mit Nichtwissen beschränken kann.
- 170 (cc) Der tatsächliche Wert des Fahrzeugs im Zeitpunkt des Erwerbs durch den Kläger ergibt sich aus der Differenz aus dem vom Kläger gezahlten Kaufpreis von 26.300,- € und dem oben ermittelten Differenzschaden von 2.630,- €; er beträgt mithin 23.670,- €.

- 171 Die Summe aus den vom Kläger erlangten Nutzungsvorteilen i.H.v. 3.041,91 € und dem zu berücksichtigenden Verkaufserlös von 15.350,- € ergibt einen Betrag von 18.391,91 €. Dieser Betrag übersteigt den tatsächlichen Wert des Fahrzeugs nicht.
- 172 (b) Auch eine (teilweise) Reduzierung/ Kompensation des Schadens mit Blick auf von der Beklagten angebotene oder bereits auf das Fahrzeug aufgespielte Software-Updates war nicht vor-/anzunehmen (§ 287 ZPO).
- 173 Beruft sich der Fahrzeughersteller auf die nachträgliche Verbesserung des Fahrzeugs durch ein Software-Update, kann damit eine Schadensminderung nur verbunden sein, wenn und soweit das Software-Update die Gefahr von Betriebsbeschränkungen ausräumt oder signifikant reduziert. Das wiederum kann nur dann der Fall sein, wenn es nicht seinerseits eine unzulässige Abschalteneinrichtung beinhaltet (vgl. BGH, Urt. v. 26.06.2023, a.a.O.).
- 174 Es lässt sich im Ergebnis nicht feststellen, dass das/die angebotene(n)/aufgespielte(n) Update(s) zu einer Ausräumung oder signifikanten Reduzierung der Gefahr von Betriebsbeschränkungen führen/ geführt haben bzw. dass nicht dennoch eine unzulässige Abschalteneinrichtung im Fahrzeug verbleibt/ verbleiben würde, so dass behördliche Maßnahmen nicht vollständig auszuschließen bleiben.
- 175 (aa) Nicht feststellbar ist, dass durch das am 07.12.2020 aufgespielte Update auch das Thermofenster beseitigt worden ist bzw. zumindest das Temperaturfenster, innerhalb dessen die AGR voll wirksam ist, ganz den Bereich der normalen Betriebsbedingungen, die zwischen -15 °C und +40 °C liegen (s.o.), erreicht worden ist. Die Beklagte hat insoweit lediglich vorgetragen, sie habe im Nachgang zum Nationalen Forum Diesel 2017 mit dem KBA strenge Anforderungen an Motorschutzgesichtspunkte für die Entwicklung von Software-Updates im Rahmen von freiwilligen Service-Maßnahmen vereinbart. Insgesamt sei es ihr aufgrund fortgeschrittener Erkenntnisse aus Forschung und dem Feldbetrieb der Motoren möglich gewesen, den Umfang des AGR-Betriebs stark auszuweiten. Soweit überhaupt noch vorhanden, sei die Außentemperaturabhängige AGR-Steuerung im Rahmen der Software-Updates dem KBA gegenüber offengelegt und beschrieben und von diesem akzeptiert worden. Nach dem Update werde die Rate der Abgasrückführung bei betriebswarmem Motor erst unterhalb von Umgebungslufttemperaturen von -10 °C und oberhalb von Umgebungslufttemperaturen von 40 °C schrittweise reduziert. Etwaige verbleibende AGR-Reduktionen unter normalen Betriebsbedingungen seien aus Gründen des Motorschutzes gerechtfertigt.
- 176 Damit ist nach dem eigenen Vortrag der Beklagten auch weiterhin ein Thermofenster vorhanden, aufgrund dessen die AGR nicht im ganzen Bereich der normalen Betriebsbedingungen (nämlich nicht zwischen -15 °C und -10 °C) voll wirksam ist. Darüber hinaus fehlt es an einer Darlegung dazu, wie sich die aktualisierte Steuerung der Abgasrückführung im Fall eines Kaltstarts verhält und dass auch insoweit die bisher angewandten Parameter geändert worden sind.
- 177 Dass das KBA das Update freigegeben hat, kann insoweit nicht entscheidend sein, da nicht durch das KBA abschließend zu beurteilen ist, ob dieses weiterhin eine unzulässige Abschalteneinrichtung enthält, sondern durch die Gerichte. Eine etwaige Aussage des KBA, es sei nach dem Update keine unzulässige Abschalteneinrichtung in Form eines Thermofensters mehr vorhanden, hätte schon aus diesem Grund insoweit keine Relevanz.

- 178 (bb) Es kann vorliegend auch nicht davon ausgegangen werden, dass die KSR durch ein Update entfernt worden ist.
- 179 Soweit die Beklagte erstmals in der mündlichen Verhandlung vor dem Senat behauptet hat, die KSR sei vollständig durch das Update ausbedatet und damit in ihrer Wirksamkeit auf Null reduziert worden, ist dieses Vorbringen – nachdem es vom Kläger in zulässiger Weise mit Nichtwissen bestritten worden ist – gemäß §§ 530, 531 Abs. 2 ZPO nicht zuzulassen. Die Beklagte hat zu keinem der in § 531 Abs. 2 ZPO genannten Zulassungsgründe Vortrag gehalten.
- 180 (cc) Die durch das Software-Update behauptete Optimierung des SCR-Systems in der Steuerung der Abgasnachbehandlung führt – selbst unterstellt, damit wäre die insoweit ursprünglich gegebene unzulässige Abschalteneinrichtung gänzlich ausgeräumt, was hier offen bleiben kann – letztlich zu keinem abweichenden Ergebnis. Denn es bliebe jedenfalls das – nach wie vor signifikante – Risiko einer Betriebsuntersagung wegen des Thermostats und der KSR.
- 181 gg) Der Anspruch ist nicht verjährt.
- 182 Die Verjährung für Ansprüche nach § 823 Abs. 2 BGB bestimmt sich nach §§ 195, 199 BGB. Gemäß § 195 BGB beträgt die regelmäßige Verjährungsfrist drei Jahre. Sie beginnt mit dem Schluss des Jahres, in dem der Anspruch entstanden ist und der Gläubiger von den anspruchsbegründenden Tatsachen Kenntnis erlangt hat oder seine Unkenntnis auf grober Fahrlässigkeit beruht.
- 183 Vorliegend ist der Anspruch mit Abschluss des Kaufvertrags im Jahr 2016 entstanden. Angesichts der im Jahr 2019 rechtshängig gewordenen Klage kommt eine Verjährung nicht in Betracht.
- 184 g) Der Kläger hat einen Anspruch auf Zahlung von Zinsen in Höhe von fünf Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 20.02.2019.
- 185 Der Anspruch beruht auf §§ 291, 288 Abs. 1 Satz 2 BGB i.V.m. § 222 ZPO i.V.m. § 187 BGB.
- 186 Da sich der Streitgegenstand beim Übergang vom großen Schadensersatz zum Differenzschaden bei unverändertem Lebenssachverhalt nicht geändert hat, kann der Kläger Rechtshängigkeitszinsen aus dem in der Hauptsache zugesprochenen Betrag, der den mit der Klageerhebung geltend gemachten Betrag nicht übersteigt, ab dem auf die Zustellung der Klage (am 19.02.2019) folgenden Tag beanspruchen (ebenso z.B. OLG Karlsruhe, Urt. v. 28.02.2024, 6 U 45/21, juris Rn. 188 m.w.N.).
- 187 Ein weitergehender Zinsanspruch besteht nicht. Das außergerichtliche Aufforderungsschreiben begründete keinen Verzug der Beklagten. Der Kläger hat damit dergestalt zu viel gefordert, dass die Beklagte redlicherweise nicht der Annahme sein konnte, dass der Kläger den deutlich geringeren, tatsächlich geschuldeten Betrag als Erfüllung annehmen werde.
- 188 h) Ein Anspruch auf Zahlung oder Freistellung von vorgerichtlichen Rechtsanwaltskosten ist nicht gegeben.

- 189 Wegen des geltend gemachten schädigenden Ereignisses steht im Streitfall schon dem Grund nach keine andere/weitergehende Anspruchsgrundlage als diejenige nach § 823 Abs. 2 BGB i.V.m. § 6 Abs. 1, § 27 Abs. 1 EG-FGV oder Art. 5 Abs. 2 der Verordnung (EG) Nr. 715/2007 zur Verfügung, die lediglich erlaubt, den Ersatz des Differenzschadens zu fordern. Die klägerische Verbindlichkeit, die für die vorgerichtliche Tätigkeit seiner Rechtsanwälte diesen gegenüber eingegangen wurde, ist kein danach zu ersetzender Schaden. Der im Rahmen dieser Anspruchsgrundlage nach § 287 ZPO zu schätzende Differenzschaden kann aus Gründen der Verhältnismäßigkeit nicht höher sein als 15 % des gezahlten Kaufpreises (vgl. BGH, Urt. v. 26.06.2023, a.a.O.). Allein auf der Grundlage von § 823 Abs. 2 BGB in Verbindung mit § 6 Abs. 1, § 27 Abs. 1 EG-FGV kann dementsprechend neben dem Anspruch auf Ersatz des Differenzschadens eine Erstattung vorgegerichtlicher Rechtsanwaltskosten nicht verlangt werden (vgl. BGH, Urt. v. 16.10.2023, VIa ZR 14/22, juris Rn. 13; Urt. v. 18.12.2023, VIa ZR 1083/22, juris Rn. 16; OLG Karlsruhe, Urt. v. 28.02.2024, 6 U 45/21, juris Rn. 184).
- 190 Abgesehen davon könnten zumindest die hier geltend gemachten Aufwendungen für die vorliegende Beauftragung eines Rechtsanwalts damit, den gesamten Kaufpreis gegen Rücknahme des Fahrzeugs zurückzuverlangen, mangels diesbezüglicher Veranlassung des Geschädigten nicht als Schaden ersetzt verlangt werden. Der Auftrag war insoweit unzumutbar, weil ein solcher Rückabwicklungsanspruch unter keinem rechtlichen Gesichtspunkt bestand (vgl. OLG Karlsruhe, Urt. v. 28.02.2024, 6 U 45/21, juris Rn. 185).
- 191 Im Übrigen ist eine Geschäftsgebühr aus Nr. 2300 RVG-VV nur dann entstanden, wenn der Kläger – was von ihm darzulegen und im Streitfall zu beweisen ist – seinen Prozessbevollmächtigten zunächst lediglich mit seiner außergerichtlichen Vertretung beauftragt oder ihm einen nur bedingten Prozessauftrag erteilt hat (vgl. BGH, Urt. v. 22.06.2021, VI ZR 353/20, juris Rn. 7). Hierzu fehlt es an Vortrag.
- 192 i) Hinsichtlich des Antrags des Klägers auf Feststellung der teilweisen Erledigung des Rechtsstreits in der Hauptsache - der Kläger hat im Hinblick auf die zwischenzeitlich gefahrene Strecke sowie den zwischenzeitlichen Verkauf des streitgegenständlichen Fahrzeugs teilweise die Erledigung des Rechtsstreits erklärt, der die Beklagte konkludent durch den gestellten Antrag auf Zurückweisung der Berufung nicht zugestimmt hat, so dass die Erklärung des Klägers als ein entsprechender Feststellungsantrag auszulegen ist - ist die Berufung unbegründet.
- 193 In Höhe des letztlich erzielten Verkaufserlöses und der für die während des Rechtsstreits gefahrenen Kilometer anzurechnenden Nutzungsentschädigung war die Klage von Anfang an unbegründet, weil ein entsprechender Zahlungsanspruch gegen die Beklagte nicht bestand und eine lineare Reduzierung des Streitgegenstands aufgrund des steigenden Nutzungsvorteils vorliegend mangels entsprechender Antragstellung nicht zu berücksichtigen war; auf den allein gegebenen Anspruch aus § 823 Abs. 2 BGB i.V.m. §§ 6 Abs. 1, 27 Abs. 1 EG-FGV oder Art. 5 Abs. 2 der Verordnung (EG) Nr. 715/2007 haben der Verkaufserlös und die Nutzungsentschädigung keinen Einfluss (s.o.). Auch hinsichtlich des ursprünglichen Antrags auf Feststellung des Annahmeverzugs der Beklagten war die Klage, weil die Beklagte zu keiner Zeit den sog. großen Schadensersatz schuldete, von Anfang an unbegründet.
- 194 3. Die von der Beklagten beantragte Aussetzung des Rechtsstreits nach § 148 Abs. 1 ZPO bis zu einer Entscheidung des KBA über ihren Widerspruch gegen den Bescheid

vom 13.12.2023 kommt mangels Vorgeiflichkeit nicht in Betracht (vgl. BGH, Beschl. v. 08.08.2023, VIa ZB 11/21).

- 195 4. Die Kostenentscheidung beruht auf § 92 Abs. 1 ZPO.
- 196 5. Die Entscheidung über die vorläufige Vollstreckbarkeit folgt aus §§ 708 Nr. 10, 713 ZPO i.V.m. § 544 Abs. 2 Nr. 1 ZPO. Aufgrund der zuletzt gestellten Berufungsanträge liegen die Voraussetzungen für eine Nichtzulassungsbeschwerde nach § 544 Abs. 2 Nr. 1 ZPO und damit für ein Rechtsmittel unzweifelhaft nicht vor.
- 197 Die Streitwertfestsetzung folgt aus §§ 47, 48 GKG, 3 ZPO.
- 198 6. Gründe für die Zulassung der Revision (§ 543 Abs. 2 ZPO) sind nicht gegeben. Die erheblichen Rechtsfragen sind höchstrichterlich bereits geklärt (vgl. u.a. BGH, Urt. v. 26.06.2023, a.a.O.).