

22 U 43/22  
7 O 259/21  
Landgericht Bonn



## **Oberlandesgericht Köln**

### **IM NAMEN DES VOLKES**

#### **Urteil**

In dem Rechtsstreit

\_\_\_\_\_ ,

Klägerin und Berufungsklägerin,

Prozessbevollmächtigte:                      Rechtsanwälte Gansel, Wallstraße 59, 10179  
Berlin,

gegen

die Volkswagen AG, vertreten durch den Vorstand, dieser vertreten durch den  
Vorstandsvorsitzenden, Berliner Ring 2, 38440 Wolfsburg,

Beklagte und Berufungsbeklagte,

Prozessbevollmächtigte:                      Rechtsanwälte CBH Cornelius, Bartenbach,  
Haesemann & Partner Partnerschaft mbB,  
Habsburgerring 24, 50674 Köln,

hat der 22. Zivilsenat des Oberlandesgerichts Köln  
auf die mündliche Verhandlung vom 22.01.2025  
durch den Vorsitzenden Richter am Oberlandesgericht Dr. Waters, die Richterin am  
Oberlandesgericht Adam und die Richterin am Oberlandesgericht Yürüktümen

#### **für Recht erkannt:**

Auf die Berufung der Klägerin wird das am 08.03.2022 verkündete Urteil der 7.  
Zivilkammer - Einzelrichter - des Landgerichts Bonn (7 O 259/21) teilweise  
abgeändert und wie folgt neu gefasst:

Die Beklagte wird verurteilt, an die Klägerin 1.700,00 € nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 04.09.2024 zu zahlen.

Im Übrigen wird die Klage abgewiesen.

Die weitergehende Berufung wird zurückgewiesen.

Die Kosten des Rechtsstreits tragen die Klägerin zu 87 % und die Beklagte zu 13 %.

Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar.

Die Revision wird nicht zugelassen.

### **Gründe:**

(abgekürzt gemäß §§ 313a Abs. 1 S. 1, 544 Abs. 2 Nr. 1 ZPO)

#### **I.**

Die zulässige Berufung hat in der Sache teilweise Erfolg.

1. Die Berufung ist entgegen der Ansicht der Beklagten zulässig und insbesondere in der gesetzlichen Form des § 520 Abs. 3 Satz 2 Nr. 2 ZPO begründet worden. Die Berufungsbegründung lässt hinreichend erkennen, dass die Klägerin die Rechtsauffassungen des Landgerichts zur Schlüssigkeit ihres Vorbringens und zum Maß der an die Substantiierung zu stellenden Anforderungen, auf denen die angegriffene Entscheidung beruht, angreift. Damit hat sie Umstände bezeichnet, aus denen sich eine Rechtsverletzung und deren Erheblichkeit für die angefochtene Entscheidung ergeben soll. Dies gilt nicht nur für den Berufungsantrag zu 1., sondern im Hinblick darauf, dass das Landgericht den weiteren Anträgen mit der Begründung, dass ein Anspruch auf Schadenersatz bereits dem Grunde nach nicht bestehe und deshalb der Klägerin die mit den weiteren Anträgen geltend gemachten Ansprüche nicht zustünden, auch für die übrigen mit der Berufung zunächst weiter verfolgten Klageanträge.

2. Die Berufung, mit der die Klägerin nach Rücknahme des weitergehenden Rechtsmittels im Termin in der Hauptsache nur noch den Ersatz des ihr wegen des Erwerbs des Fahrzeugs der Marke VW, Typ Polo V 1.4 TDI mit der Fahrzeugidentifikationsnummer [REDACTED] entstandenen Differenzschadens in Höhe von mindestens 2.550,00 € sowie Freistellung von den außergerichtlichen Rechtsanwaltskosten in Höhe von 446,49 € begehrt, ist im Hinblick auf den geltend gemachten Differenzschaden in Höhe von 1.700,00 € nebst Rechtshängigkeitszinsen teilweise begründet. Im Übrigen hat die Berufung keinen Erfolg.

a) Die Klägerin kann von der Beklagten Ersatz des Differenzschadens in Höhe von 1.700,00 € gemäß § 823 Abs. 2 BGB i.V.m. §§ 6 Abs. 1, 27 Abs. 1 EG-FGV verlangen.

Nach diesen Vorschriften hat der Käufer eines mit einer unzulässigen Abschaltvorrichtung versehenen Kraftfahrzeugs gegen die Fahrzeugherstellerin einen Anspruch auf Erstattung eines Differenzschadens, wenn diese in zumindest fahrlässiger Verkennung der Rechtslage eine unzulässige Abschaltvorrichtung verbaut und daher eine unzutreffende Übereinstimmungsbescheinigung ausgestellt hat (vgl. BGH, Urteil vom 26.06.2023 - VIa ZR 335/21, juris Rn. 28 ff.). Der Geschädigte wird durch die 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 liegt daher in dem Betrag, um den er den Kaufgegenstand mit Rücksicht auf die mit der unzulässigen Abschaltvorrichtung verbundenen Risiken zu teuer erworben hat (vgl. BGH, a.a.O., Rn. 40).

Die Voraussetzungen für einen solchen Schadensersatzanspruch liegen vor.

aa) Die Beklagte hat als Fahrzeugherstellerin gegen die §§ 6 Abs. 1, 27 Abs. 1 EG-FGV verstoßen. Sie hat eine unzutreffende Übereinstimmungsbescheinigung erteilt, weil das streitgegenständliche Fahrzeug, als es in den Verkehr gebracht und nachfolgend von der Klägerin erworben wurde, mit unzulässigen Abschaltvorrichtungen i.S.v. Art. 5 Abs. 2 der VO (EG) Nr. 715/2007 ausgerüstet war.

(1) Eine Abschaltvorrichtung wird in Art. 3 Nr. 10 der VO (EG) Nr. 715/2007 definiert als „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“ (EuGH, Urteil vom 21.03.2023 - C-100/21, juris Rn. 56). Nach Art. 5 Abs. 2 der VO (EG) Nr. 715/2007 ist die Verwendung von Abschaltvorrichtungen, die die Wirkung von Emissionskontrollsystemen verringern, unzulässig, sofern kein Ausnahmetatbestand erfüllt ist (EuGH, a.a.O., Rn. 60). Danach kann eine Abschaltvorrichtung insbesondere zulässig sein, wenn nachgewiesen ist, dass diese Einrichtung ausschließlich notwendig ist, um die durch eine Fehlfunktion eines Bauteils des Abgasrückführungssystems verursachten unmittelbaren Risiken für den Motor in Form von Beschädigung oder Unfall zu vermeiden, und diese Risiken derart schwer wiegen, dass sie eine konkrete Gefahr beim Betrieb des mit dieser Einrichtung ausgestatteten Fahrzeugs darstellen (EuGH, a.a.O., Rn. 64 sowie EuGH, Urteil vom 14.07.2022 - C-128/20, juris Rn. 70).

(2) Es lag zum Zeitpunkt des Erwerbs der Klägerin eine unzulässige Abschaltvorrichtung in Form der temperaturabhängigen Veränderung der Abgasrückführungsrate (im Folgenden: AGR-Rate) anhand der innermotorisch durch zwei Sensoren gemessenen Temperatur vor.

(a) Insoweit ist zwar nicht von einem unzulässigen Thermofenster, dessen Anknüpfungspunkt allein die Außentemperatur ist, auszugehen. Bei diesem erfolgt in Abhängigkeit von der außerhalb des Fahrzeugs ermittelten Umgebungstemperatur nach dem Vortrag der Beklagten innerhalb eines Temperaturfensters von  $-24^{\circ}\text{C}$  bis  $+70^{\circ}\text{C}$  keine Abrampung der Abgasreinigung. Nach dem eigenen Vortrag der Beklagten ist jedoch davon auszugehen, dass innerhalb des vorstehend beschriebenen Temperaturfensters eine Veränderung der AGR-Rate abhängig von sonstigen Parametern, wie hier den innermotorisch gemessenen beiden Temperaturgrößen am Heißfilmluftmassenmesser (HMF) und im Motor nach dem saugrohrintegrierten Ladeluftkühler (SiLLK) erfolgt. Damit handelt es sich um eine Abschaltvorrichtung i. S. d. Art. 3 Nr. 10 der VO (EG) Nr. 715/2007, denn die Motorsteuerung verändert aufgrund im Fahrzeug gemessener Werte die AGR-Rate, also den Anteil der Abgase, der dem Motor zum Zwecke der Verbrennung wieder zugeführt wird, und verringert dadurch die Wirksamkeit des Emissionskontrollsystems bei Temperaturen, die im Unionsgebiet regelmäßig vorkommen (vgl. auch OLG Karlsruhe, Urteil vom 07.05.2024 - 8 U 8/22, juris Rn. 49 ff.; OLG Nürnberg, Urteil vom 15.10.2024 – 16 U 945/21, juris Rn. 17).

(b) Dass diese Abschaltvorrichtung vorliegend ausnahmsweise aus Gründen des Motorschutzes erforderlich ist i.S.d. Art. 5 Abs. 2 lit. a) der VO (EG) Nr. 715/2007, lässt sich dem Vortrag der Beklagten, der sich dazu nicht verhält, nicht entnehmen. Sie hat lediglich vorgetragen, dass die allgemeine Motorsteuerung, die auf die unterschiedlichen Bedingungen reagiere, unter denen ein Motor betrieben werde, jeweils eine geeignete Verbrennung ermögliche (Bl. 1998 OLG). Damit sind die Voraussetzungen für eine ausnahmsweise Zulässigkeit der Abschaltvorrichtung jedoch nicht dargetan.

(3) Eine weitere unzulässige Abschaltvorrichtung ist in der von der Klägerin in der Berufungsinstanz mit Schriftsätzen vom 02.09.2024 und 15.01.2025 vorgetragenen Absenkung der AGR in Abhängigkeit vom Umgebungsdruck zu sehen. Insoweit hatte die Klägerin auf den Vortrag der Beklagten vom 18.10.2023 in einem Parallelverfahren vor dem Amtsgericht Breisach, Az. 1 C 97/22, betreffend einen VW Polo 1,4 (TDI, 55 kW) mit NSK und EA288-Motor, EU 6, hingewiesen, in dem diese einräumte, dass bei dem dort streitgegenständlichen Fahrzeug im Umgebungstemperaturbereich von  $-24^{\circ}\text{C}$  bis  $+70^{\circ}\text{C}$  „im Rahmen der generellen Motorsteuerung, die auf die im Fahrzeugbetrieb wechselnden Umgebungs- und Betriebsbedingungen reagiert (unter anderem Last, Drehzahl, Umgebungsdruck, im Motorraum gemessene Temperaturen), Korrekturen der Abgasführungsrate erfolgen

können“. Die Beklagte hat nicht in Abrede gestellt, dass dieser Vortrag auch für das streitgegenständliche Fahrzeug zutrifft, weshalb der Senat das Vorhandensein einer Umgebungsdruckkorrektur als unstreitig zu behandeln hat, § 138 Abs. 3 ZPO.

(a) Diese Form der Motorsteuerung stellt eine Abschaltvorrichtung i.S.v. Art. 3 Nr. 10 VO (EG) 715/2007 dar (vgl. OLG Karlsruhe, Urteil vom 30.04.2024 - 8 U 377/22, juris Rn. 13, 15 ff.; OLG Karlsruhe, Urteil vom 07.05.2024 – 8 U 8/22, juris Rn. 60; OLG Bremen, Urteil vom 11.10.2024 - 2 U 155/21, juris Rn. 38 ff.; vgl. auch VG Schleswig, Urteil vom 20.02.2023 - 3 A 113/18, juris Rn. 401 ff.). Denn nach den Maßstäben des EuGH (Urteil vom 14.07.2022 - C-128/20, juris Rn. 44f., 68; Urteil vom 14.07.2022 - C-134/20, juris Rn. 52, 96) ist das Fahren auf Straßen über 1.000 Höhenmetern im Unionsgebiet üblich. Nach dem Vorbringen der Klägerin erfolgt eine Reduzierung der AGR in Abhängigkeit vom Umgebungsdruck aber jedenfalls bei 1.000 Höhemetern und damit unter im Unionsgebiet üblichen Fahrbedingungen. Es ist auch davon auszugehen, dass die Reduzierung zu einer Minderung der Wirksamkeit des Emissionskontrollsystems führt, denn dass die Verringerung der AGR als Technik zur Reduzierung der Stickoxidemissionen keinerlei Einfluss auf die Wirksamkeit des Emissionskontrollsystems hat, kann nicht angenommen werden und ist von der Beklagten auch nicht dargelegt.

(b) Dass diese Verringerung der Wirksamkeit des Emissionskontrollsystems gemäß Art. 5 Abs. 2 lit. a) der VO (EG) Nr. 715/2007 ausnahmsweise aus Gründen des Motorschutzes und zur Gewährleistung des sicheren Fahrzeugbetriebs erforderlich ist, hat die insoweit darlegungs- und beweispflichtige Beklagte (vgl. BGH, Urteil vom 26.06.2023 - VIa ZR 335/21, juris Rn. 54) nicht geltend gemacht.

(4) Ob die zum Zeitpunkt des Erwerbs der Klägerin im streitgegenständlichen Fahrzeug implementierte Fahrkurvenerkennung mit den daran geknüpften Auswirkungen auf den NOx-Speicherkatalysator (NSK) eine unzulässige Abschaltvorrichtung dargestellt hat, kann vorliegend dahinstehen, weil die Fahrkurvenerkennung unstreitig am 25.10.2018 durch ein Software-Update entfernt wurde. Eine etwaige diesbezüglich bei Erwerb bestehende Gefahr von Betriebsbeschränkungen ist damit entfallen. Dieser später eintretende Umstand ist im Wege der Vorteilsausgleichung schadensmindernd zu berücksichtigen (vgl. BGH, Urteil vom 26.06.2023 – VIa ZR 335/21, juris Rn. 80). Soweit die Klägerin meint, dieser Vorteil sei bereits in dem schadensmindernd zu berücksichtigenden Restwert des Fahrzeugs enthalten und diesbezüglich auf eine nicht veröffentlichte und auch nicht beigelegte Entscheidung des OLG München vom 27.11.2023, Az. 3 U 1454/23, verweist (Bl. 652 OLG), kann dem angesichts der dieser Rechtsansicht entgegenstehenden, vorstehend zitierten Rechtsprechung des BGH, der der Senat folgt und nach der neben dem Restwert auch ein Software-Update zu berücksichtigen ist, nicht gefolgt werden.

(5) Anhaltspunkte für das Vorhandensein weiterer unzulässiger Abschalteinrichtungen hat die Klägerin jedoch nicht hinreichend dargelegt.

(a) Soweit sie behauptet, es läge eine Umschaltlogik vergleichbar dem Motorentyp EA189 vor („Akustikfunktion“) und hierzu auf die „Entscheidungsvorlage: Applikationsrichtlinien & Freigabevorgaben EA 288“ sowie das Schreiben der Beklagten an das Kraftfahrtbundesamt (KBA) vom 29.12.2015 verweist, lässt sich hieraus kein weitergehender Anhaltspunkt als das Vorliegen der – unstreitigen – Fahrkurvenerkennung entnehmen, die für sich genommen bereits keine Abschalteinrichtung darstellt, vielmehr ist diese lediglich eine Zykluserkennung. Dass an die Fahrkurvenerkennung die von der Klägerin behauptete Umschaltung (nur) auf dem Prüfstand in einen die Abgasreinigung optimierenden Modus zur Gewährleistung der Einhaltung der gesetzlich geforderten Grenzwerte geknüpft ist, während auf der Straße in einen anderen Modus mit nur unzureichender Abgasreinigung gewechselt wird, ergibt sich daraus hingegen nicht. Die Beklagte hat in dem Schreiben vom 29.12.2015 vielmehr ausdrücklich klargestellt, dass die in EA288-Fahrzeugen hinterlegte Fahrkurve - anders als in EA189-Fahrzeugen - nicht zur Einhaltung der NO<sub>x</sub>-Grenzwerte im Zeitpunkt der EG-Typgenehmigung erforderlich war.

Gegenteiliges folgt auch nicht aus der von der Klägerin angeführten Überschreitung der normierten NO<sub>x</sub>-Grenzwerte im Realbetrieb. Zutreffend ist zwar, dass die Bedingungen des normalen Fahrbetriebs im gesamten Unionsgebiet maßgebend sind (vgl. BGH, Urteil vom 26.06.2023, Az. VIa ZR 335/21, juris Rn. 51). Die Abweichung der Messwerte im Realbetrieb von den Messwerten nach dem NEFZ ist als Indiz für eine Abschalteinrichtung im Sinne einer Umschaltlogik, und noch dazu für eine Manipulationssoftware, die die Voraussetzungen des § 826 BGB erfüllen könnte, angesichts der unstreitigen gravierenden Unterschiede der Bedingungen, unter denen die Messung erfolgt, ungeeignet. Die Gegenüberstellung von Messergebnissen aus dem Prüfstand- und dem Straßenbetrieb ist, selbst wenn die Unterschiede der gemessenen Werte deutlich ausgefallen sein sollten, ohne hinreichende Aussagekraft für die allein maßgebliche Frage, ob das Emissionskontrollsystem des Motortyps EA288 mittels einer „Umschaltlogik“ auf den jeweiligen Betriebsmodus (Prüfstand oder Straße) mit unterschiedlichen Verfahrensabläufen bei der Abgasemission reagiert (vgl. BGH, Beschluss vom 15.09.2021 - VII ZR 2/21, juris Rn. 30; Urteil vom 13.07.2021 - VI ZR 128/20, juris Rn. 23; OLG Oldenburg, Beschluss vom 24.07.2023 - 13 U 104/22, juris Rn. 65; OLG Hamm, Beschluss vom 06.06.2023 - I-28 U 59/22, juris Rn. 38; OLG Hamm, Urteil vom 04.05.2023 - I-13 U 100/21, juris Rn. 34; OLG Celle, Beschluss vom 23.05.2023 - 16 U 604/22, juris Rn. 47) und allenfalls unter Hinzutreten weiterer Umstände und besonders gravierender Abweichungen bedenkenswert (vgl. BGH, Beschluss vom 25.11.2021 - III ZR 202/20, juris Rn. 17: Grenzwert im realen Fahrbetrieb um den Faktor 9,7 überschritten). Auch die Leitlinien für die Bewertung zusätzlicher

Emissionsstrategien und des Vorhandenseins von Abschalteinrichtungen im Hinblick auf die Anwendung der VO (EG) Nr. 715/2007 über die Typgenehmigung von Kraftfahrzeugen hinsichtlich der Emissionen von leichten Personenkraftwagen und Nutzfahrzeugen (Euro 5 und Euro 6) vom 27.01.2017 (Leitlinien der Kommission) gehen auf Seite 13 davon aus, dass es im Realbetrieb zu einer 2 bis 5-fachen Überschreitung der NO<sub>x</sub>-Werte kommen kann (abrufbar unter [https://www.europarl.europa.eu/meetdocs/2014\\_2019/plmrep/COMMITTEES/EMIS/DV/2017/02-09/C\\_2017\\_352\\_DE.pdf](https://www.europarl.europa.eu/meetdocs/2014_2019/plmrep/COMMITTEES/EMIS/DV/2017/02-09/C_2017_352_DE.pdf); gepr. 15. 06.2022; vgl. OLG Hamm, Urteil vom 04.05.2023 - I-13 U 100/21, juris Rn. 37). Die Abweichungen der Messergebnisse können daher auch keinen Anhaltspunkt für bislang verschwiegene weitere Abschalteinrichtungen bieten.

(b) Soweit die Klägerin im Schriftsatz vom 15.01.2025 nunmehr - entgegen ihrer Angabe in der Berufungsbegründung, dass der Vortrag zum Thermofenster nicht aufrechterhalten werde und im Berufungsverfahren keine Berücksichtigung finden solle - anführt, bei dem an die Außentemperatur anknüpfenden Thermofenster handele es sich um eine unzulässige Abschalteinrichtung, kann dem nicht gefolgt werden. Der erstinstanzlichen Behauptung der Klägerin, die Abgasreinigung bei dem streitgegenständlichen Motor EA288 funktioniere optimal lediglich bei Temperaturen zwischen 20° C bis 30° C, ab einer Außentemperatur von (unter) 17° C und über 30° C (sog. „Ausrampen“) hingegen schalte sich das Thermofenster regelmäßig ganz ab (Bl. 42 LG), ist die Beklagte bereits in erster Instanz substantiiert entgegengetreten, indem sie vorgetragen hat, das Thermofenster sei so konfiguriert, dass die Abgasrückführung bei einer Außentemperatur zwischen -24°C und +70°C zu 100 Prozent aktiv sei und es innerhalb dieses Temperaturfensters keine allmähliche, außentemperaturbezogene Abrampung gebe und lediglich oberhalb und unterhalb dieses Rahmens keine AGR aus Gründen des Motorschutzes und zur Gewährleistung eines sicheren Fahrzeugbetriebs erfolge (Bl. 221 f. LG). Dieses Thermofenster stellt auch nach den Maßstäben des EuGH (Entscheidungen vom 21.03.2022 - C-100/21; vom 08.11.2022 - C-873/19 sowie vom 14.07.202 - C-128/20 und C-134/20) keine unzulässige Abschalteinrichtung im obengenannten Sinne dar. Denn mit einer Abgasreinigung im Temperaturbereich von -24°C bis +70°C bewirkt das Thermofenster keine Einschränkung der Abgasrückführung unter tatsächlichen Fahrbedingungen, wie sie im insoweit maßgeblichen gesamten Unionsgebiet (vgl. BGH, Urteil vom 26.06.2023 - VIa ZR 335/21, juris Rn. 50) üblich sind (vgl. OLG Hamm, Beschluss vom 06.06.2023 - I-28 U 59/22, juris Rn. 42 ff.; OLG Dresden, Urteil vom 04.05.2023 - 10a U 543/21, juris Rn. 36 f.). Einen konkreten Anhaltspunkt dafür, woraus die Klägerin für das streitgegenständliche Fahrzeug ableitet, dass die von ihr vermutete Temperaturgrenze existiert, hat sie nicht aufgezeigt. Ein solcher ergibt sich, wie ausgeführt, auch nicht aus der von ihr angeführten Überschreitung der normierten Grenzwerte im Realbetrieb. Soweit die Beklagte auf Seite 3 der Applikationsrichtlinie EA288 eigene Zielwerte für die NO<sub>x</sub>-Emissionen definiert hat,

bietet dies entgegen der Auffassung der Klägerin ebenfalls keinen Anhaltspunkt für eine unzulässige Abschaltseinrichtung. Die Gesetzesvorgaben für den NOx-Wert i.H.v. 80 mg/km im NEFZ kalt sollten nach den internen Zielvorgaben der Beklagten sogar um 10 mg/km reduziert und auf max. 70 mg/km im NEFZ kalt festgelegt werden. Auch im NEFZ warm sollte der gesetzliche Grenzwert eingehalten werden. Soweit die Beklagte für weitere nicht im Gesetz festgeschriebene Zyklen bzw. für den das streitgegenständliche Fahrzeug nicht maßgeblichen WLTC-Zyklus abweichende Zielwerte festgelegt hat, bietet dies keinerlei Anhaltspunkte für eine unzulässige Abschaltseinrichtung. Denn insoweit sind selbst für die RDE-Fahrten im WLTC-Prüfzyklus Übereinstimmungsfaktoren (Konformitätsfaktoren) zugelassen, mit denen eine Grenzwertüberschreitung im Realbetrieb hingenommen wird (VO (EU) Nr. 2017/1151 Anhang III A Ziff. 2.1.2.), was erst recht für gesetzlich nicht normierte Zyklen gelten muss.

(c) Das OBD-System selbst kann keine Abschaltseinrichtung im Sinne von Art. 5 Abs. 2 VO Nr. 715/2007/EG sein, da es die Funktion eines beliebigen Teils des Emissionskontrollsystems selbst weder aktiviert, verändert, verzögert noch deaktiviert (vgl. Art. 3 Nr. 10 VO Nr. 715/2007/EG), sondern nur der Anzeige eines Fehlers dient (vgl. OLG Koblenz, Urteil vom 26.05.2023 - 16 U 1375/22, juris Rn. 32 m.w.N.; OLG Köln, Beschluss vom 22.05.2023 - 19 U 22/23, juris Rn. 13; OLG Hamm, Beschluss vom 06.06.2023 - I-28 U 59/22, juris Rn. 56 m.w.N.; OLG Dresden, Urteil vom 25.05.2023 - 4 U 2558/22, juris Rn. 24).

bb) Der Verstoß der Beklagten gegen §§ 6 Abs. 1, 27 Abs. 1 EG-FGV durch die Erteilung einer unzutreffenden Übereinstimmungsbescheinigung in Bezug auf die unzulässigen Abschaltseinrichtungen in Form der Veränderung der AGR-Rate anhand der innermotorisch gemessenen Temperaturen sowie des Umgebungsdrucks ist fahrlässig erfolgt. Insofern besteht eine von der objektiven Schutzgesetzverletzung ausgehende Verschuldensvermutung. Dementsprechend muss der Fahrzeughersteller, wenn er eine Übereinstimmungsbescheinigung trotz der Verwendung einer unzulässigen Abschaltseinrichtung ausgegeben und dadurch §§ 6 Abs. 1, 27 Abs. 1 EG-FGV verletzt hat, Umstände darlegen und beweisen, die sein Verhalten ausnahmsweise nicht als fahrlässig erscheinen lassen (vgl. BGH, Urteil vom 26.06.2023 – VIa ZR 335/21, juris Rn. 59). Die von der objektiven Schutzgesetzverletzung ausgehende Verschuldensvermutung hat die Beklagte nicht widerlegt.

(1) Dass das KBA in EA288-Motoren trotz umfangreicher Untersuchungen bislang keine unzulässige Abschaltseinrichtung annimmt und dies mehrfach im Rahmen von amtlichen Auskünften bestätigt hat, kann sie nicht entlasten. Denn nach der Rechtsprechung des BGH kommt es „nicht auf die Rechtsauffassung des KBA von der Bedeutung der Art. 3 Nr. 10, Art. 5 Abs. 2 der EG VO Nr. 715/2007“, sondern auf das Normverständnis an, nach dem Abschaltseinrichtungen nur ausnahmsweise und



unter engen Voraussetzungen zulässig sein können (vgl. BGH, Urteil vom 26.06.2023 – VIa ZR 335/21, juris Rn. 60).

(2) Nach dem Vorbringen der Beklagten kann auch nicht davon ausgegangen werden, dass sie einem unvermeidbaren Verbotsirrtum unterlegen ist. Der Fahrzeughersteller, der sich unter Berufung auf einen unvermeidbaren Verbotsirrtum entlasten will, muss sowohl den Verbotsirrtum als solchen als auch dessen Unvermeidbarkeit konkret darlegen und beweisen. Der Fahrzeughersteller muss dabei darlegen und beweisen, dass sich sämtliche seiner verfassungsmäßig berufenen Vertreter im Sinne des § 31 BGB über die Rechtmäßigkeit der vom Käufer dargelegten und erforderlichenfalls nachgewiesenen Abschalteneinrichtung mit allen für die Prüfung nach Art. 5 Abs. 2 der VO (EG) Nr. 715/2007 bedeutsamen Einzelheiten im maßgeblichen Zeitpunkt im Irrtum befanden oder im Falle einer Ressortaufteilung den damit verbundenen Pflichten genügten. Nur in Bezug auf einen in diesen Einzelheiten konkret festgestellten Irrtum der maßgebenden Personen kann der Sorgfaltsmaßstab der Fahrlässigkeit sachgerecht geprüft und kann die Unvermeidbarkeit festgestellt werden. Erst im Anschluss an die Darlegung und den Nachweis dieser Umstände kann Bedeutung gewinnen, ob eine festgestellte Abschalteneinrichtung entweder in all ihren für die Bewertung nach Art. 5 Abs. 2 der VO (EG) Nr. 715/2007 maßgebenden Einzelheiten von der damit befassten nationalen Behörde genehmigt war oder genehmigt worden wäre (vgl. BGH, Urteil vom 12.03.2024 – VIa ZR 635/23, juris Rn. 15 f. m.w.N.). Dass sich die verfassungsmäßig berufenen Vertreter der Beklagten im Zeitpunkt des Kaufvertragsabschlusses mit allen für die Prüfung nach Art. 5 Abs. 2 der VO (EG) Nr. 715/2007 bedeutsamen Einzelheiten im Irrtum befanden oder im Falle einer Ressortaufteilung den damit verbundenen Pflichten genügt hätten, behauptet die Beklagte mit Blick auf die beiden Abschalteneinrichtungen nicht. Ihr Vortrag lässt nicht erkennen, dass und ob sich der Vorstand oder einzelne Mitglieder des Vorstands, vor allem die für die Motorentwicklung und für die Rechtsabteilung zuständigen, konkrete Vorstellungen über die Zulässigkeit der in Abhängigkeit von den innermotorisch gemessenen Temperaturen und dem Umgebungsdruck gesteuerten AGR-Rate machten, die Grundlage für einen Irrtum sein könnten. Auf die Frage der Unvermeidbarkeit kommt es daher schon nicht an.

(3) Der Fahrlässigkeitsvorwurf entfällt auch nicht infolge einer Verhaltensänderung der Beklagten. Hat der Fahrzeughersteller die Verwendung einer unzulässigen Abschalteneinrichtung in einer Art und Weise bekanntgegeben, die eine allgemeine Kenntnisnahme erwarten lässt, und hat er eine Beseitigung der betreffenden Abschalteneinrichtung allgemein, d.h. insbesondere nicht nur für neue, sondern auch für gebrauchte Kraftfahrzeuge veranlasst, kann ihm zwar unter Umständen der Vorwurf einer fahrlässigen Schädigung solcher Käufer nicht mehr gemacht werden, die ein Fahrzeug nach der Verhaltensänderung des Herstellers gekauft haben (vgl. BGH, Urteil vom 26.06.2023 – VIa ZR 335/21, juris Rn. 61). Eine solche

Verhaltensänderung hat die Beklagte jedoch nicht hinreichend dargelegt. Die Ad-hoc-Mitteilung vom 22.09.2015 und der sich daran anschließende „Dieselskandal“ bezogen sich allein auf Motoren vom Typ EA189 und nicht auf den hier streitgegenständlichen Motor EA288. Die mit dem KBA abgestimmte Applikationsrichtlinie datiert zwar auf den 18.11.2015 und liegt damit zeitlich vor dem Erwerb des Fahrzeugs. Abgesehen davon, dass sich diese nur auf die Fahrkurvenerkennung bezieht, ergibt sich daraus aber auch nicht eine Bekanntgabe gegenüber potentiellen Käufern (vgl. BGH, Urteil vom 30.07.2020 – VI ZR 5/20, juris Rn. 35).

cc) Der schuldhafte Verstoß der Beklagten gegen die §§ 6 Abs. 1, 27 Abs. 1 EG-FGV ist auch kausal für den Schaden der Klägerin. Insoweit kann sich diese auf den Erfahrungssatz stützen, dass sie in Kenntnis der Sachlage von dem Abschluss des Vertrags mit seinem konkreten Inhalt oder vom Kauf überhaupt abgesehen hätte. Umstände, die den vorgenannten Erfahrungssatz entkräften könnten, sind von der Beklagten weder dargetan noch ersichtlich, insbesondere liegt nach den vorstehenden Ausführungen keine Verhaltensänderung vor, die die Anwendung des Erfahrungssatzes in Frage stellen könnte (vgl. BGH, Urteil vom 26.06.2023 – VIa ZR 335/21, juris Rn. 57).

dd) Vor diesem Hintergrund ist aus Rechtsgründen davon auszugehen, dass der Klägerin ein Differenzschaden entstanden ist. Denn der Schaden der Klägerin liegt in dem Betrag, um den sie den Kaufgegenstand mit Rücksicht auf die mit der unzulässigen Abschalteneinrichtung verbundenen Risiken zu teuer erworben hat, was dem „kleinen Schadensersatz“ unter den Voraussetzungen der §§ 826, 31 BGB entspricht (BGH, a.a.O., juris Rn. 40), der aber vom BGH wegen der „objektiv vergleichsweise geringfügigen Rechtsverstöße“ bei fahrlässiger Verletzung der §§ 6 Abs. 1, 27 Abs. 1 EG-FGV auf einen Bereich von 5 % bis 15 % beschränkt wird. Die von der Beklagten erhobenen Einwände grundsätzlicher Art gegen die Ersatzfähigkeit des Differenzschadens nach Maßgabe der vorgenannten Entscheidung des BGH vom 26.06.2023 - VI ZR 335/21 teilt der Senat nicht. Denn ein Schadenseintritt kann nicht deshalb verneint werden, weil es bisher noch nicht zu Einschränkungen der Nutzbarkeit gekommen ist und weil die Typgenehmigungsbehörde Fahrzeuge des genehmigten Typs zwar auf eine Übereinstimmung mit Art. 5 Abs. 2 der VO (EG) Nr. 715/2007 geprüft, aber bisher von einschränkenden Maßnahmen abgesehen hat. Mit Rücksicht auf den geldwerten Vorteil der jederzeitigen Verfügbarkeit eines Kraftfahrzeugs genügt schon die rechtliche Möglichkeit einer Nutzungsbeschränkung, die mit der Verwendung einer unzulässigen Abschalteneinrichtung gegeben ist. Diese besteht aber schon beim tatsächlichen Vorhandensein einer unzulässigen Abschalteneinrichtung, weil dann die befassende Typgenehmigungsbehörde einschreiten kann. Dementsprechend lässt sich eine Verringerung des objektiven Werts des Fahrzeugs infolge seiner Ausrüstung mit

einer unzulässigen Abschalteneinrichtung im Vergleich zu einem Fahrzeug der betreffenden Baureihe und Motorisierung ohne unzulässige Abschalteneinrichtung nicht ohne Verletzung des § 287 Abs. 1 ZPO verneinen (vgl. BGH, Urteil vom 27.11.2023 – VIa ZR 1425/22, juris Rn. 26). Die von der Beklagten zitierte, noch vor der Entscheidung des BGH vom 26.06.2023 - VI ZR 335/21 ergangene obergerichtliche Rechtsprechung (OLG Bamberg, Beschluss vom 31. 05.2023 - 10 U 123/22, BeckRS 2023, 12830; OLG Hamm, Beschluss vom 25.05.2023 - 7 U 78/22, BeckRS 2023, 12834; OLG Celle, Beschluss vom 23.05.2023 - 16 U 604/22, BeckRS 2023, 12092; OLG München, Beschluss vom 26.05.2023 - 27 U 373/23e, BeckRS 2023, 12797) ist nicht einschlägig, weil sich die dortigen Ausführungen jeweils allein auf den - auch nach Ansicht des Senats - von § 823 Abs. 2 BGB i.V.m. §§ 6 Abs. 1, 27 Abs. 1 EG-FGV nicht gedeckten großen Schadensersatz beziehen. Dass der Differenzschaden grundsätzlich ersatzfähig ist, wird hingegen auch von diesen Obergerichten nicht in Zweifel gezogen (vgl. nur OLG Bamberg, Beschluss vom 17.08.2023 - 4 U 20/22, juris Rn. 49; OLG Hamm, Urteil vom 20.11.2023 - I-18 U 225/22, juris Rn. 115; OLG Celle, Urteil vom 03.07.2024 - 7 U 234/21, juris Rn. 35; OLG München, Urteil vom 26.08.2024 - 17 U 779/21, juris Rn. 33). Hinsichtlich der von der Beklagten kritisierten Rechtsprechung des BGH zur Bandbreite des Schätzungsermessens ist zu berücksichtigen, dass die vorzusehenden Sanktionen nach Art. 46 der Richtlinie 2007/46/EG und Art. 13 Abs. 1 der VO (EG) Nr. 715/2007 wirksam, verhältnismäßig und abschreckend sein müssen; zudem dürfen nationale Vorschriften dem Käufer die Erlangung eines angemessenen Schadensersatzes nicht praktisch unmöglich machen oder übermäßig erschweren (vgl. etwa EuGH, Urteil vom 21.03.2023 - C-100/21, juris Rn. 90, 93; BGH, Urteil vom 26.06.2023 - VIa ZR 335/21, juris Rn. 73). Der Senat teilt daher die Rechtsauffassung des BGH, dass der geschätzte Schaden aus Gründen unionsrechtlicher Effektivität nicht geringer sein kann als 5% des gezahlten Kaufpreises. Ein Strafschadensersatz ist damit nicht verbunden, weil der Schaden durch die Vorteilsanrechnung auch völlig aufgezehrt oder ausgeglichen sein kann. Umgekehrt kann ein allein nach § 823 Abs. 2 BGB i.V.m. §§ 6 Abs. 1, 27 Abs. 1 EG-FGV und nicht auch nach den §§ 826, 31 BGB geschuldeter Schadensersatz aus Gründen der Verhältnismäßigkeit nicht höher sein als 15% des gezahlten Kaufpreises (vgl. BGH, Urteil vom 26.06.2023 - VIa ZR 335/21, juris Rn. 75), wobei berücksichtigt ist, dass die Haftung nach § 823 Abs. 2 BGB i.V.m. §§ 6 Abs.1, 27 Abs. 1 EG-FGV Fälle objektiv vergleichsweise geringfügiger Rechtsverstöße umfasst, die der Gesetzgeber lediglich als Ordnungswidrigkeit eingeordnet hat. Vor diesem Hintergrund ist die Begrenzung des Differenzschadens auf maximal 15 % des Kaufpreises entgegen der von der Klägerin diesbezüglich aufgeworfenen Bedenken als angemessene Sanktion anzusehen, der im Hinblick auf die für jedes Fahrzeug - unter Umständen mehrfach - anfallende Schadensersatzpflicht auch abschreckende Wirkung zukommt.

Dass für die Schätzung des Differenzschadens auf den Zeitpunkt des

Vertragsschlusses abzustellen ist, schließt - wie ausgeführt - eine schadensmindernde Berücksichtigung später eintretender Umstände im Wege der Vorteilsausgleichung, deren Voraussetzungen der Fahrzeughersteller darzulegen und zu beweisen hat, allerdings nicht aus. Insofern gelten die in der höchstrichterlichen Rechtsprechung entwickelten Maßstäbe zum "kleinen" Schadensersatz nach § 826 BGB sinngemäß, wobei Nutzungsvorteile und der Restwert des Fahrzeugs erst dann und nur insoweit schadensmindernd anzurechnen sind, als sie den Wert des Fahrzeugs bei Abschluss des Kaufvertrags (gezahlter Kaufpreis abzüglich Differenzschaden) übersteigen. Beruft sich der Fahrzeughersteller auf die nachträgliche Verbesserung des Fahrzeugs durch ein Software-Update, kann damit eine Schadensminderung indessen nur verbunden sein, wenn und soweit das Software-Update die Gefahr von Betriebsbeschränkungen signifikant reduziert. Das wiederum kann nur dann der Fall sein, wenn es nicht seinerseits eine unzulässige Abschalteneinrichtung beinhaltet (vgl. BGH, Urteil vom 26.06.2023 – VIa ZR 335/21, juris Rn. 80).

(1) Der Senat schätzt die Höhe des der Klägerin entstandenen Schadens unter Berücksichtigung der gegebenen Umstände, insbesondere des Umfangs drohender Betriebsbeschränkungen und deren Eintrittswahrscheinlichkeit zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses, des Wirkungsumfangs der Abschalteneinrichtungen sowie des Gewichts des Rechtsverstoßes einschließlich des Verschuldensvorwurfs gemäß § 287 BGB auf 10% des Bruttokaufpreises, da das Gewicht des Rechtsverstoßes der Beklagten und dessen mögliche Folgen den Ansatz des Mittelwertes rechtfertigen. Der Differenzschaden beträgt danach 1.700,00 €. Dabei hat der Senat berücksichtigt, dass einerseits zwei Abschalteneinrichtungen in Bezug auf die AGR vorliegen, die prüfstandsbezogene Fahrkurvenerkennung aber bereits am 25.10.2018 durch ein Software-Update entfernt wurde. Dieses Software-Update umfasste jedoch nicht die aufgrund innermotorischer Temperaturgrößen sowie in Abhängigkeit vom Umgebungsdruck erfolgende Anpassung der AGR und ließ angesichts des diesbezüglich weiterhin bestehenden Stilllegungsrisikos den Schaden nicht vollständig entfallen.

(2) Eine Vorteilsanrechnung in Bezug auf die Nutzungsentschädigung und den Restwert findet vorliegend nicht statt.

(a) Der Senat schätzt die Gesamtleistung für Pkws der vorliegenden Art regelmäßig und so auch hier auf 250.000 km, § 287 ZPO, was vom BGH in Bezug auf Mittelklassewagen gebilligt wird (BGH, Urteil vom 29.09.2021 – VIII ZR 111/20 –, juris Rn. 71) und hinsichtlich des hier vorliegenden Fahrzeugtyps auch im Einklang mit anderer obergerichtlicher Rechtsprechung steht (vgl. OLG Hamm, Beschluss vom 19.02.2019 – I-32 SA 6/19, juris Rn. 35; OLG Bamberg, Urteil vom 18.10. 2022 – 5 U 416/21, juris Rn. 26; vgl. auch OLG Karlsruhe, Urteil vom 30.04.2024 – 8 U 377/22, juris Rn. 34 für VW Golf VII GTD 2.0 TDI, EU 6). Die auf dieser Basis in Ansatz zu bringende Nutzungsentschädigung beläuft sich nach der vom BGH gebilligten

linearen Berechnungsmethode nach der Formel Bruttokaufpreis x gefahrene Strecke : erwartete Gesamtlauflistung im Erwerbszeitpunkt (vgl. BGH, Urteil vom 30.07.2020 – VI ZR 354/19, juris Rn. 12 m.w.N.) unter Berücksichtigung des Kilometerstandes zum Kaufzeitpunkt von 0 km sowie des zuletzt mitgeteilten Kilometerstandes zum 17.01.2025 von unstreitig 117.494 km auf 7.989,59 €. Für eine Korrektur der Formel nach der individuellen durchschnittlichen Fahrleistung des streitgegenständlichen Fahrzeuges besteht angesichts einer nicht unüblichen durchschnittlichen Jahreslauflistung von rund 13.000 km kein Anlass.

(b) Den Restwert des Fahrzeugs, der unabhängig von seiner Realisierung zu berücksichtigen ist (vgl. BGH, Urteil vom 27.11.2023 – VIa ZR 159/22, BeckRS 2023, 39066 Rn. 13), schätzt der Senat auf den von der Klägerin zum 15.01.2025 (Bl. 2099 OLG) nach der DAT-Bewertung ermittelten Wert von 6.800,00 €. Wie den Parteien im Termin mitgeteilt, hat eine am 15.01.2025 vom Senat selbst durchgeführte Abfrage bei Schwacke, die der Senat als geeignete Grundlage für die Ausübung seines Schätzermessens ansieht, weil diese unter Angabe der FIN und damit unter Berücksichtigung der konkreten Fahrzeugausstattung erfolgt, sogar lediglich einen Restwert i.H.v. 6.500,00 € ergeben. Den von der Beklagten nach einer DAT-Bewertung vom 29.10.2024 ermittelten Händlerverkaufspreis von 8.397,00 € (Anlage BE 27, Bl. 2081 OLG) kann der Senat hingegen nicht zugrunde legen. Denn die Klägerin ist unstreitig keine Kfz-Händlerin, weshalb nicht erkennbar ist, dass es ihr möglich gewesen wäre, am Markt diesen Preis, der regelmäßig Gewinnmargen enthält, durchzusetzen. Insofern wäre ein Abschlag vorzunehmen, der jedenfalls nicht zu einem Preis oberhalb des vom Senat ermittelten Restwerts führen würde.

(c) Unter Zugrundelegung der Nutzungsentschädigung in Höhe von 7.989,59 € und des Restwerts in Höhe von 6.800,00 € ergibt sich somit ein Vorteil von insgesamt 14.789,59 €, der den tatsächlichen Wert des Fahrzeugs von 15.300,00 € (Kaufpreis - 10 %) nicht übersteigt. Es verbleibt daher bei einem Differenzschaden von 1.700,00 €.

b) Der Zinsanspruch ergibt sich aus §§ 291, 288 Abs. 1 BGB und steht der Klägerin ab dem Tag nach Zustellung des Schriftsatzes vom 02.09.2024, mit der sie den Differenzschaden erstmals geltend gemacht hat, und damit ab dem 04.09.2024 zu. Denn auch wenn es sich nur um eine andere Form der Schadensberechnung handelt (vgl. BGH, Urteil vom 26.06.2023 – VIa ZR 335/21, a.a.O. Rn. 44), ist dem Antrag auf Rückabwicklung nicht von Amts wegen ein auf Zahlung des Differenzschadens gerichtetes Klagebegehren als bloßes Minus zu entnehmen und die Forderung daher auch nicht ab Rechtshängigkeit des Rückabwicklungsbegehrens zu verzinsen.

c) Der von der Klägerin darüber hinaus geltend gemachte Anspruch auf Freistellung von vorgerichtlichen Rechtsanwaltskosten besteht hingegen nicht.

aa) Auf der Grundlage des § 823 Abs. 2 BGB i.V.m. §§ 6 Abs. 1, 27 Abs. 1 EG-FGV kann neben dem Anspruch auf Ersatz des Differenzschadens eine Erstattung vorgerichtlicher Rechtsanwaltskosten aus Gründen der Verhältnismäßigkeit nicht verlangt werden, sondern nur unter den weiteren Voraussetzungen des Verzugs der Beklagten mit dem Ersatz des Differenzschadens oder einer Haftung der Beklagten auch nach §§ 826, 31 BGB (vgl. BGH, Urteil vom 16.10.2023 – VIa ZR 14/22, juris Rn. 13).

bb) Ein Anspruch auf Ersatz vorgerichtlicher Anwaltskosten aus Verzug der Beklagten mit dem Ersatz des Differenzschadens gemäß §§ 280, 286 BGB besteht nicht. Es ist weder vorgetragen noch sonst ersichtlich, dass sich die Beklagte bereits vor der vorgerichtlichen Tätigkeit ihrer jetzigen Prozessbevollmächtigten in Verzug befunden haben könnte.

cc) Es besteht aber auch kein Anspruch aus §§ 826, 31, 831 BGB.

(1) Damit eine unzulässige Abschaltvorrichtung eine Haftung wegen sittenwidriger vorsätzlicher Schädigung gemäß §§ 826, 31, 831 BGB auslösen kann, müssen nach gefestigter Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs weitere Umstände hinzutreten, die das Verhalten des Fahrzeugherstellers als besonders verwerflich erscheinen lassen. Einen solchen Umstand kann es darstellen, dass die unzulässige Abschaltvorrichtung danach unterscheidet, ob das Kraftfahrzeug auf einem Prüfstand dem Neuen Europäischen Fahrzyklus unterzogen wird oder ob es sich im normalen Fahrbetrieb befindet. Die Tatsache, dass eine Software ausschließlich im Prüfstand die Abgasreinigung verstärkt aktiviert, indiziert eine objektiv sittenwidrige arglistige Täuschung der Typgenehmigungsbehörde (vgl. BGH, Urteil vom 20.07.2023 - III ZR 303/20, juris Rn. 12). Die Indizwirkung entfällt allerdings, sofern die unzulässige Abschaltvorrichtung nicht grenzwertkausal ist (vgl. BGH, Urteil vom 12.10.2023 - VII ZR 412/21, juris Rn. 17; Urteil vom 06.11.2023 - VIa ZR 535/21, juris Rn. 9 ff.; Urteil vom 27.11.2023 – VIa ZR 159/22, juris Rn. 9). Im Falle der fehlenden Grenzwertkausalität oder fehlenden Prüfstandsbezogenheit der verwendeten Abschaltvorrichtung kommt eine Haftung nach §§ 826, 31, 831 BGB nur in Betracht, wenn die konkrete Ausgestaltung der Abschaltvorrichtung angesichts der sonstigen Umstände die Annahme eines heimlichen und manipulativen Vorgehens oder einer Überlistung der Typgenehmigungsbehörde rechtfertigen kann. Diese Annahme setzt jedenfalls voraus, dass der Motorhersteller bei der Entwicklung der Abschaltvorrichtung in dem Bewusstsein handelte, eine unzulässige Abschaltvorrichtung zu verwenden, und den darin liegenden Gesetzesverstoß billigend in Kauf nahm. Fehlt es daran, ist bereits der objektive Tatbestand der Sittenwidrigkeit nicht erfüllt (vgl. BGH, Urteil vom 6.11.2023 – VIa ZR 535/21, Rn. 9 ff., juris m.w.N.).

(2) Ein solches Vorstellungsbild der für die Beklagte handelnden Personen lässt sich nach dem Vortrag der Klägerin nicht feststellen, insbesondere ergeben sich keine Anhaltspunkte für eine Täuschung des KBA.

Die an innermotorische Messungen geknüpfte temperaturabhängige Beeinflussung der AGR ist ebenso wie das an die Außentemperaturen geknüpfte Thermofenster, das aber nach den vorstehenden Ausführungen ohnehin schon keine unzulässige Abschaltseinrichtung darstellt, nicht prüfstandsbezogen, sondern beeinflusst die AGR innerhalb und außerhalb des Prüfstandes gleichermaßen. Dies gilt auch für die umgebungsdruckabhängige Beeinflussung der AGR. Eine Indizwirkung besteht insoweit nicht. Für eine sonstige arglistige Täuschung des KBA ist ebenfalls nichts vorgetragen oder ersichtlich.

Die Fahrkurvenerkennung mit daran geknüpfter Beeinflussung der Regeneration des NOx-Speicherkatalysators sowie Aktivierung einer Heizmaßnahme im NEFZ wirkte zwar prüfstandsbezogen, sie war nach den substantiierten Darlegungen der Beklagten, denen die Klägerin nicht hinreichend entgegengetreten ist, jedoch nicht grenzwertkausal. Insoweit bestehen weder Anhaltspunkte für eine Täuschung des KBA noch hat dem Klägerfahrzeug eine Stilllegung gedroht. Nach dem Vortrag der Beklagten sowie der Applikationsrichtlinie EA288, die dem KBA mit Schreiben der Beklagten vom 29.12.2015 übersendet worden ist, war dem KBA die Fahrkurvenerkennung nebst anschließender Regeneration des NOx-Speicherkatalysators im Motortyp EA288 bekannt. Die Beklagte hat ferner unter Vorlage entsprechender Auskünfte des KBA dargelegt, dass dieses im Rahmen der Untersuchungskommission Volkswagen, der freizugebenden Software-Updates für das Nationale Forum Diesel sowie im Rahmen spezifischer Feldüberwachungstätigkeiten sehr umfangreiche Untersuchungen an Fahrzeugen mit Motoren der Reihe des EA288 durchgeführt hat und dass sich als Ergebnis dieser Überprüfungen jeweils herausgestellt hat, dass auch bei Deaktivierung der Fahrkurvenfunktion die Grenzwerte nicht überschritten werden. Etwas anderes ergibt sich, wie ausgeführt, auch nicht aus den von der Klägerin behaupteten Grenzwertüberschreitungen im Realbetrieb. Dass das KBA die Fahrkurvenerkennung und die daran geknüpften Funktionen mangels Grenzwertkausalität nicht für unzulässig hält, wie die von der Beklagten vorgelegten amtlichen Auskünfte aus Parallelverfahren belegen, schließt die Annahme eines vorsätzlich-sittenwidrigen Verhaltens der Beklagten aus. Denn vertritt die zuständige Fachbehörde die Rechtsauffassung, die hier diskutierte Abschaltseinrichtung sei zulässig, kann das darauf bezogene Verhalten der Beklagten nicht als besonders verwerflich eingestuft werden. Für die dazu erforderliche Annahme, die Beklagte habe die Abschaltseinrichtung im Bewusstsein der Rechtswidrigkeit und unter billiger Inkaufnahme des Gesetzesverstößes implementiert, bleibt kein Raum; ebenso scheidet ein Schädigungsvorsatz aus (vgl. BGH, Urteil vom 12.10.2023 – VII ZR 412/21, juris Rn. 17 zu einem EA288-Motor mit NSK).

dd) Ein Anspruch aus § 823 Abs. 2 BGB i.V.m. § 263 StGB besteht ebenfalls nicht. Ein solcher setzt haftungsbegründend voraus, dass sämtliche objektiven und subjektiven Merkmale des Betrugstatbestandes i.S.v. § 263 Abs. 1 StGB erfüllt sind. Insoweit fehlt es jedoch nach den vorstehenden Ausführungen an einer Täuschungshandlung sowie einem Schädigungsvorsatz der Beklagten.

ee) Auch ein Schadensersatzanspruch der Klägerin gemäß § 823 Abs. 2 BGB i. V. m. 16 Abs. 1 UWG ist nicht gegeben. Diesen hat die Klägerin damit begründet, dass die Beklagte das Fahrzeug als besonders schadstoffarm angepriesen habe, „obwohl erwiesenermaßen der reale Ausstoß ein Vielfaches über den zulässigen Grenzwerten lag“. Für letzteres hat die Klägerin jedoch - wie ausgeführt - keine tragfähigen Anhaltspunkte vorgetragen. Die bloße Überschreitung der Grenzwerte im Realbetrieb stellt keinen Anhaltspunkt dafür dar, dass das Fahrzeug die Grenzwerte im NEFZ nur mittels Abschalteinrichtung einhält.

ff) Der Klägerin steht gegen die Beklagte in Bezug auf die vorgerichtlichen Rechtsanwaltskosten auch kein Anspruch gemäß §§ 280 Abs. 1, 311 Abs. 3 BGB im Hinblick auf die Ausstellung einer unzutreffenden Übereinstimmungsbescheinigung zu. Es kann dahinstehen, ob die Hingabe einer unzutreffenden EG-Übereinstimmungsbescheinigung überhaupt einen Anspruch auf Ersatz des Vertrauensschadens begründen kann, denn jedenfalls kann dieser nicht zu einem weitergehenden Ersatz führen als der aufgrund derselben Handlung in Betracht kommende deliktische Anspruch nach § 823 Abs. 2 BGB i.V.m. §§ 6 Abs. 1, 27 Abs. 1 EG-FGV (vgl. OLG Karlsruhe, Urteil vom 13.12. 2023 – 6 U 198/20 –, juris Rn. 269), welcher jedoch nur zu einem Anspruch auf Ersatz eines Differenzschadens und nicht noch zusätzlich zu einem Anspruch auf Ersatz vorgerichtlicher Rechtsanwaltskosten führt. Dies darf durch auf die EG-Übereinstimmungsbescheinigung gestützte Ansprüche gemäß §§ 280 Abs. 1, 311 Abs. 3 BGB nicht unterlaufen werden.

3. Der nicht nachgelassene, nach Schluss der mündlichen Verhandlung eingegangene Schriftsatz der Beklagten vom 07.03.2025 (Bl. 2232 ff. OLG) konnte keine Berücksichtigung finden (§ 296 a ZPO) und bietet keinen Anlass, die mündliche Verhandlung gemäß § 156 ZPO wiederzueröffnen. Das dortige Vorbringen der Beklagten, das KBA sei nach abgeschlossenen Untersuchungen zu dem Ergebnis gekommen, dass die temperaturabhängige Veränderung der AGR-Rate anhand zweier innermotorisch gemessener Temperaturgrößen den gesetzlichen Anforderungen entspreche und eine unzulässige Abschalteinrichtung nicht vorliege, steht der gegenteiligen Bewertung seitens des Senats nicht entgegen. Die vorgelegten Auskünfte des KBA lassen einen Bezug zum streitgegenständlichen Fahrzeug schon nicht erkennen, zudem kommt es, wie ausgeführt, auch nicht auf die Rechtsauffassung des KBA von der Bedeutung der Art. 3 Nr. 10, Art. 5 Abs. 2 der VO (EG) Nr. 715/2007, sondern auf das Normverständnis an.



**II.**

1. Die prozessualen Nebenentscheidungen folgen aus §§ 91, 92 Abs. 1, 97 Abs. 1, 516 Abs. 3, 708 Nr. 10, 713, 544 Abs. 2 Nr. 1 ZPO. Die Voraussetzungen der Nichtzulassungsbeschwerde (§ 544 Abs. 2 Nr. 1 ZPO) liegen nicht vor, da der Wert der Beschwer 20.000 € nicht übersteigt.
2. Die Zulassung der Revision nach § 543 Abs. 2 ZPO ist nicht veranlasst. Die Entscheidung beruht auf der Anwendung der in der höchstrichterlichen Rechtsprechung für diese Fallkonstellation entwickelten Grundsätze.
3. Der Streitwert für das Berufungsverfahren wird auf bis 13.000 € festgesetzt, §§ 63, 47, 48, 40 GKG, § 3 ZPO.

Dr. Waters

Yürüktümen

Adam

Anlage zum Protokoll am 19.03.2025  
Verkündet am 19.03.2025

20.03.2025, [REDACTED] (Justizbeschäftigte)