

22 U 93/22
14 O 154/20
Landgericht Köln



Oberlandesgericht Köln

IM NAMEN DES VOLKES

Urteil

In dem Rechtsstreit

[REDACTED],

Klägers und Berufungsklägers,

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 Baker Tilly
Rechtsanwaltsgesellschaft mbH,
Nymphenburger Straße 3b, 80335 München,

hat der 22. Zivilsenat des Oberlandesgerichts Köln
auf die mündliche Verhandlung vom 05.02.2025

durch den Vorsitzenden Richter am Oberlandesgericht Dr. Waters, die Richterin am
Oberlandesgericht Lucks und die Richterin am Oberlandesgericht Yürüktümen

für Recht erkannt:

Auf die Berufung des Klägers wird das am 31.05.2022 verkündete Urteil der 14. Zivilkammer - Einzelrichter - des Landgerichts Köln (14 O 154/20) teilweise abgeändert und wie folgt neu gefasst:

Die Beklagte wird verurteilt, an den Kläger 2.415,20 € nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 07.09.2024 zu zahlen.

Im Übrigen wird die Klage abgewiesen.

Die weitergehende Berufung wird zurückgewiesen.

Die Kosten des erstinstanzlichen Verfahrens tragen der Kläger zu 89 % und die Beklagte zu 11 %. Die Kosten des Berufungsverfahrens tragen der Kläger zu 77 % und die Beklagte zu 23 %.

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 der Kläger die Rechtsauffassungen des Landgerichts zur Schlüssigkeit seines Vorbringens und zum Maß der an die Substantiierung zu stellenden Anforderungen, auf denen die angegriffene Entscheidung beruht, angreift. Damit hat er 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 dem Kläger 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 der Kläger nach Rücknahme des weitergehenden Rechtsmittels im Termin in der Hauptsache nur noch den Ersatz des ihm wegen des Erwerbs des Fahrzeugs der Marke VW, Golf VII 1,6 TDI mit der Fahrzeugidentifikationsnummer [REDACTED] entstandenen Differenzschadens in Höhe von mindestens 3.622,80 € sowie Freistellung von den

außergerichtlichen Rechtsanwaltskosten in Höhe von 1.789,76 € begehrt, ist im Hinblick auf den geltend gemachten Differenzschaden in Höhe von 2.415,20 € nebst Rechtshängigkeitszinsen teilweise begründet. Im Übrigen hat die Berufung keinen Erfolg.

a) Der Kläger kann von der Beklagten Ersatz des Differenzschadens in Höhe von 2.415,20 € 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 vom Kläger 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 des Klägers eine unzulässige Abschaltvorrichtung in Form der temperaturabhängigen Veränderung der Abgasrückführungsrate (im Folgenden: AGR-Rate) anhand der innermotorisch durch zwei Sensoren gemessenen Temperaturgrößen 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°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). Gegenteiliges hat die Beklagte nicht substantiiert bestritten. Die Beklagte kann sich hinsichtlich des Vorliegens einer Abschaltvorrichtung auch nicht darauf stützen, dass das KBA nach abgeschlossenen Untersuchungen zu dem Ergebnis gekommen ist, dass diese Korrekturfunktion den gesetzlichen Anforderungen entspreche. Aus der vorgelegten Auskunft des KBA vom 20.01.2025 (Anlage BE 47, Bl. 2570 OLG) ergibt sich schon nicht, auf welchen Fahrzeugtyp sich diese bezieht, da nur vom Motorkennbuchstaben CXXB die Rede ist. Die Auskunft vom 16.08.2024 (Anlage BE 48, Bl. 2572 f. OLG) ist für einen Audi A4 2.0 TDI Quattro Avant, 140 kW erteilt, wobei das KBA ausdrücklich darauf hinweist, dass die erteilte Auskunft nicht auf andere Fahrzeuge des Herstellers übertragbar sei. Zudem kommt es 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.

(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. Damit sind die Voraussetzungen für eine ausnahmsweise Zulässigkeit der Abschaltvorrichtung jedoch nicht dargetan.

(3) Die nunmehr nach dem Vorbringen in der Berufungsinstanz unstreitige Absenkung der AGR in Abhängigkeit vom Umgebungsdruck stellt ebenfalls eine Abschaltvorrichtung dar.

(a) Die Beklagte hat auf entsprechende Behauptung des Klägers unter Verweis auf Vortrag der Beklagten in Parallelverfahren, dass eine Abrampung der AGR in Abhängigkeit vom Umgebungsdruck bereits in Höhen ab 1.000m erfolge, eingeräumt, dass eine Anpassung der AGR-Rate bei Betrieb in höherem Gelände aufgrund des sinkenden Umgebungsdrucks erfolgen könne. Ihr Hinweis darauf, dass auch bei einem Umgebungsdruck, der regelmäßig auf 1000m Höhe herrsche, keine völlige Abrampung bzw. Ausschaltung der Abgasrückführung stattfinde, stellt eine Minderung der AGR nicht in Abrede, so dass der Senat das Vorhandensein einer Umgebungsdruckkorrektur als unstreitig zu behandeln hat, § 138 Abs. 3 ZPO.

(b) Diese Form der Motorsteuerung stellt entgegen der Ansicht der Beklagten 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 Beklagten 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 der AGR-Rate zu einer Minderung der Wirksamkeit des Emissionskontrollsystems führt, da die AGR eine Technik zur Reduzierung der Stickoxidemissionen darstellt. Soweit die Beklagte vorträgt, die Reaktion der Motorsteuerung auf den geänderten Umgebungsdruck sei keine Verringerung der Wirksamkeit des Emissionskontrollsystems, weil es sich um eine Reaktion der Motorsteuerung auf unterschiedliche Betriebspunkte des Motors handle, die Verringerung der Wirksamkeit des Emissionskontrollsystems aber nach Wortlaut, Sinn und Zweck der Vorschrift eine Verringerung der Wirksamkeit bei demselben Betriebspunkt voraussetze, handelt es sich um eine rechtliche Wertung, der nicht gefolgt werden kann. Denn die Regelung des Art. 3 Nr. 10 VO (EG) 715/2007 sowie das Verbot der Abschaltvorrichtungen in Art. 5 Abs. 2 VO (EG) 715/2007 sehen eine solche Unterscheidung nach Betriebspunkten nicht vor, vielmehr ist die Wirksamkeit

des Emissionskontrollsystems durchgängig bei den im Unionsgebiet üblichen Fahrbedingungen zu gewährleisten (vgl. OLG Karlsruhe, Urteil vom 30.04.2024 - 8 U 377/22, juris Rn. 13; OLG Bremen, Urteil vom 11.10.2024 - 2 U 155/21, juris Rn. 48). Der Bewertung als Abschaltvorrichtung steht auch nicht der Vortrag der Beklagten entgegen, dass es sich bei der Reaktion der Motorsteuerung auf den sinkenden Luftdruck um eine technisch-physikalische Notwendigkeit handelt. Denn für die Bewertung als Abschaltvorrichtung kommt es nicht darauf an, ob bestimmte Fahrzustände eine erhöhte Frischluftzufuhr und eine geringere Abgasrückführungsrate erfordern, sondern dass die Wirksamkeit des Emissionskontrollsystems unter Bedingungen, die bei normalem Fahrzeugbetrieb vernünftigerweise zu erwarten sind, reduziert wird (vgl. OLG Karlsruhe, Urteil vom 12.03.2024 – 8 U 397/22, juris Rn. 39; OLG Bremen, a.a.O., Rn. 47).

(c) 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, kann auf der Grundlage des Vortrags der insoweit darlegungs- und beweispflichtigen Beklagten (vgl. BGH, Urteil vom 26.06.2023 - VIa ZR 335/21, juris Rn. 54) nicht festgestellt werden. Die Beklagte begründet die Reduzierung der Abgasrückführungsrate bei dem geringeren Umgebungsdruck damit, dass andernfalls der Turbolader in höhere Drehbereiche gebracht werden müsste, was zu Materialüberlastungen und damit zu Beschädigungen des Turboladers führen könne, in deren Folge es zu einem Motorschaden kommen könne. Die Verbrennung bei gleichbleibender AGR-Rate und infolge des sinkenden Luftdrucks geringerer Frischluftmasse hätte zur Folge, dass sich der Rußausstoß erhöht, was zu einer unkontrollierten Beladung und dem Risiko des Brandes von Partikelfilter, Motor und Fahrzeug sowie Gefährdung des sicheren Fahrzeugbetriebs führen könnte. Reduzierte man bei niedrigerem Umgebungsdruck die zurückgeführte Menge an Abgas nicht, liefe der Verbrennungsprozess auch nicht mehr störungsfrei ab und der Motor könnte die abgefragte Leistung nicht mehr garantieren, was beispielsweise bei einem Überholvorgang sicherheitsrelevant werden könne. Dies vermag eine Zulässigkeit der Abschaltvorrichtung jedoch nicht zu begründen, weil ein Fahrzeug auch mit begrenzter Leistung betrieben werden kann, wenn dies zum Schutz einzelner Bauteile wie dem Turbolader erforderlich und eine Ausstattung mit leistungsfähigeren Bauteilen technisch nicht möglich sein sollte (vgl. VG Schleswig, a.a.O., Rn. 405). Ein Hersteller darf zudem Emissionskontrollsysteme nicht so konstruieren, dass ihre Bauteile ständiger Abschaltvorrichtungen bedürfen, um störungsfrei zu funktionieren. Aus dem Vorbringen der Beklagten ergibt sich schließlich auch nicht, dass die von ihr beschriebenen Bauteile nicht so konstruiert werden können, dass es bei verändertem Umgebungsdruck zu ihrem Schutz schon keiner Reduzierung der Abgasrückführung bedarf (vgl. OLG Karlsruhe, Urteil vom 30.04.2024 - 8 U 377/22, juris Rn. 20; Urteil vom 07.05.2024 – 8 U 8/22, juris Rn.

66). Schließlich führt die von der Beklagten gewählte Ausgestaltung dazu, dass die Abgasrückführung in einer Höhe über dem Meeresspiegel, die in einigen Regionen der Europäischen Union die typischen Bedingungen darstellen, durchgängig in ihrer Wirksamkeit gemindert ist. Eine solche Ausgestaltung ist aber von vornherein nicht rechtfertigungsfähig (vgl. EuGH, Urteil vom 14.07.2022 – C-128/20, juris Rn. 63; Urteil vom 21.03.2023 – C-100/21, juris Rn. 65; OLG Bremen, Urteil vom 11.10.2024 - 2 U 155/21, juris Rn. 62).

(4) Ob die zum Zeitpunkt des Erwerbs des Klägers unstreitig vorhandene Fahrkurvenerkennung und die daran geknüpfte streckengesteuerte Regeneration des NSK sowie die Heizmaßnahme auf dem Prüfstand eine unzulässige Abschaltvorrichtung darstellt, kann dahinstehen, weil die Fahrkurvenerkennung am 13.02.2020 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 der Kläger meint, dieser Vorteil sei bereits in dem schadensmindernd zu berücksichtigenden Restwert des Fahrzeugs enthalten und diesbezüglich auf eine nicht veröffentlichte Entscheidung des OLG München vom 08.03.2024, Az. 13 U 2728/22, verweist, 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 Abschaltvorrichtungen hat der Kläger jedoch nicht hinreichend dargelegt.

(a) Soweit er 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 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 Abschaltvorrichtung darstellt, vielmehr ist diese lediglich eine Zykluserkennung. Dass an die Fahrkurvenerkennung die vom Kläger 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 NOx-Grenzwerte im Zeitpunkt der EG-Typgenehmigung erforderlich war.

Gegenteiliges folgt auch nicht aus der vom Kläger angeführten Überschreitung der normierten NO_x-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 Abschaltvorrichtung 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 Abschaltvorrichtungen 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_x-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; 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 nicht offengelegte weitere Abschaltvorrichtungen bieten.

(b) Soweit der Kläger anführt, bei dem an die Außentemperatur anknüpfenden Thermofenster handle es sich um eine unzulässige Abschaltvorrichtung, kann dem nicht gefolgt werden. Der erstinstanzlichen Behauptung des Klägers, 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 hingegen schalte sich das Thermofenster regelmäßig ganz ab, 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. 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 14.07.2022 - C-128/20 und C-134/20) keine unzulässige Abschaltseinrichtung 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 der Kläger für das streitgegenständliche Fahrzeug ableitet, dass die von ihm vermutete Temperaturgrenze existiert, hat er nicht aufgezeigt. Ein solcher ergibt sich, wie ausgeführt, auch nicht aus der von ihm angeführten Überschreitung der normierten Grenzwerte im Realbetrieb. Soweit die Beklagte auf Seite 3 der Applikationsrichtlinie EA288 eigene Zielwerte für die NOx-Emissionen definiert hat, bietet dies entgegen der Auffassung des Klägers 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 Temperaturgrößen 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) Das mit §§ 6 Abs. 1, 27 Abs. 1 EG-FGV verbundene und letztlich auf Art. 3 Nr. 10, Art. 5 Abs. 2 Satz 1 der Verordnung (EG) Nr. 715/2007 beruhende Verbot ist hinreichend konkret. Für dessen Verständnis kommt es insbesondere 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). Vor diesem Hintergrund war für die Beklagte zum Zeitpunkt des streitgegenständlichen Kaufvertragsschlusses am 22.10.2014 die Verletzung der Schutzgesetze der §§ 6 Abs. 1, 27 Abs. 1 EG-FGV durch den Einbau der streitgegenständlichen, von innermotorisch gemessenen Temperaturen und vom Umgebungsdruck abhängigen Abschaltseinrichtungen objektiv erkennbar, weswegen ihr fahrlässiges Handeln vorgeworfen werden kann. Ihre gegenteilige Rechtsansicht geht angesichts dessen fehl. Eine Entlastung mit Rücksicht auf den von der Beklagten behaupteten Umstand, dass die verwendete Technik dem damals gültigen Stand von Wissenschaft und Technik entsprochen habe, kommt nach dem gesetzlichen Fahrlässigkeitsmaßstab nicht in Betracht (vgl. BGH, Urteil vom 26.06.2023 – VIa ZR 335/21, juris Rn. 70).

(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 nach der Rechtsprechung des BGH (vgl. BGH, Urteil vom 26.06.2023 – VIa ZR 335/21, juris Rn. 63; Urteil vom 25.09.2023 - VIa ZR 1/23, juris Rn. 13), der der Senat uneingeschränkt folgt, 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

Abschalteinrichtung 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 Abschalteinrichtung 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 Abschalteinrichtungen 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. Die Beklagte behauptet auch nicht, dass diese Korrekturfunktionen und ihre Zulässigkeit Gegenstand der Erörterungen und Beschlüsse des Vorstands gewesen seien. Auch zu den Entscheidungsprozessen bei der Beklagten in diesem Zusammenhang findet sich in den Darlegungen der Beklagten nichts. Auf die Frage der Unvermeidbarkeit kommt es daher schon nicht an.

cc) Der schuldhafte Verstoß der Beklagten gegen die §§ 6 Abs. 1, 27 Abs. 1 EG-FGV ist auch kausal für den Schaden des Klägers. Insoweit kann sich dieser auf den Erfahrungssatz stützen, dass er 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.

dd) Vor diesem Hintergrund ist aus Rechtsgründen davon auszugehen, dass dem Kläger ein Differenzschaden entstanden ist. Denn der Schaden des Klägers liegt in dem Betrag, um den er den Kaufgegenstand mit Rücksicht auf die mit der unzulässigen Abschalteinrichtung 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 Abschaltseinrichtung gegeben ist. Diese besteht aber schon beim tatsächlichen Vorhandensein einer unzulässigen Abschaltseinrichtung, weil dann die befassende Typgenehmigungsbehörde einschreiten kann. Dementsprechend lässt sich eine Verringerung des objektiven Werts des Fahrzeugs infolge seiner Ausrüstung mit einer unzulässigen Abschaltseinrichtung im Vergleich zu einem Fahrzeug der betreffenden Baureihe und Motorisierung ohne unzulässige Abschaltseinrichtung 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 vom Kläger 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 dem Kläger 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 2.415,20 €. Dabei hat der Senat berücksichtigt, dass einerseits zwei Abschalteneinrichtungen in Bezug auf die AGR vorliegen, die prüfstandsbezogene Fahrkurvenerkennung aber am 13.02.2020 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 (vgl. 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. nur OLG Karlsruhe, Urteil vom 30.04.2024 – 8 U 377/22 –, juris Rn. 34 für VW Golf VII GTD 2.0 TDI, EU 6; OLG Düsseldorf, Urteil vom 26.01.2021 – I-1 U 196/19, juris Rn. 40 für VW Golf 2.0 TDI). Der Umstand, dass andere Gerichte bei Ausübung ihres tatrichterlichen Ermessens von einer höheren Gesamtleistung ausgehen, führt nicht dazu, dass die tatrichterliche Schätzung zu beanstanden wäre. Die auf dieser Basis in Ansatz zu bringende Nutzungsentschädigung beläuft sich nach der vom BGH gebilligten linearen Berechnungsmethode nach der Formel $\text{Bruttokaufpreis} \times \text{gefahrte Strecke} : \text{erwartete Gesamtleistung im Erwerbszeitpunkt}$ (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 Kilometerstandes zum Zeitpunkt der Weiterveräußerung am 29.05./02.06.2020 von 61.500 km auf 5.941,39 €. Für eine Korrektur der Formel nach der individuellen durchschnittlichen Fahrleistung des streitgegenständlichen Fahrzeuges besteht angesichts einer nicht unüblichen durchschnittlichen Jahresleistung von rund 11.000 km kein Anlass.

(b) Den Restwert des Fahrzeugs schätzt der Senat auf den vom Kläger angegebenen Verkaufspreis von 10.000,00 €. Den von der Beklagten nach einer DAT-Bewertung zum Zeitpunkt der Weiterveräußerung ermittelten Händlerverkaufspreis von 11.874,00 € (Anlage BE 43, Bl. 2343 OLG) kann der Senat hingegen nicht zugrunde legen. Denn der Kläger ist unstreitig kein Kfz-Händler, weshalb nicht erkennbar ist, dass es ihm 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 geschätzten Restwerts führen würde.

(c) Unter Zugrundelegung der Nutzungsentschädigung in Höhe von 5.941,39 € und des Restwerts in Höhe von 10.000,00 € ergibt sich somit ein Vorteil von insgesamt 15.941,39 €, der den tatsächlichen Wert des Fahrzeugs von 21.736,80 € (Kaufpreis - 10 %) nicht übersteigt. Entgegen der Ansicht der Beklagten ist der Differenzschaden daher nicht mit der Weiterveräußerung wieder entfallen, eine „ausgeglichene Vermögenslage“ liegt mangels Schadensaufzehrung nicht vor. Es verbleibt daher bei einem Differenzschaden von 2.415,20 €.

b) Der Zinsanspruch ergibt sich aus §§ 291, 288 Abs. 1 BGB und steht dem Kläger

ab dem Tag nach Zustellung des Schriftsatzes vom 02.09.2024, mit der er den Differenzschaden erstmals geltend gemacht hat, und damit ab dem 07.09.2024 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 vom Kläger darüber hinaus geltend gemachte Anspruch auf Freistellung von vorgerichtlichen Rechtsanwaltskosten in Höhe von 1.789,76 € 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 Abschalteinrichtung in dem Bewusstsein handelte, eine unzulässige Abschalteinrichtung 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 des Klägers 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 Abschalteinrichtung 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 NSK sowie Aktivierung einer Heizmaßnahme im NEFZ wirkte zwar prüfstandsbezogen, sie war nach den substantiierten Darlegungen der Beklagten, denen der Kläger 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 vom Kläger 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 Abschalteinrichtung sei zulässig, kann das darauf bezogene Verhalten der Beklagten nicht als besonders verwerflich eingestuft werden. Für die dazu erforderliche Annahme, die Beklagte habe die Abschalteinrichtung im Bewusstsein der Rechtswidrigkeit und unter billiger Inkaufnahme des Gesetzesverstosses 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 des Klägers gemäß § 823 Abs. 2 BGB i.V.m. § 16 Abs. 1 UWG ist nicht gegeben. Diesen hat der Kläger 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 der Kläger 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) Dem Kläger 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 10.03.2025 (Bl. 2650 ff. OLG) konnte keine Berücksichtigung finden (§ 296 a ZPO). Ein Grund für die Wiedereröffnung der mündlichen Verhandlung gemäß § 156 ZPO bestand insoweit nicht, insbesondere liegen die Voraussetzungen des § 156 Abs. 2 Nr. 1 ZPO nicht vor. Der Senat hat im Termin vom 05.02.2025 im Einzelnen zur Sach- und Rechtslage und den Gründen

für das Bestehen eines Anspruchs des Klägers auf Ersatz des Differenzschadens ausgeführt und im Rahmen dessen insbesondere auch darauf hingewiesen, dass es für einen Irrtum der Beklagten an jeglichem Vortrag der Beklagten fehlt. Die Parteien hatten daraufhin in der mündlichen Verhandlung Gelegenheit, zu den maßgeblichen Punkten Stellung zu nehmen, ohne dass die Beklagte diesbezüglich ergänzend vorgetragen oder eine Schriftsatzfrist beantragt hat. Dabei ist der Beklagten und ihren Prozessvertretern aus diversen vor dem Senat bereits geführten und bereits entschiedenen Verfahren die - im Einklang mit den höchstrichterlichen Entscheidungen stehende - Rechtsprechung des Senats zur Erforderlichkeit der Darlegung eines Irrtums hinlänglich bekannt.

II.

1. Die Kostenentscheidung beruht auf §§ 92 Abs. 1, 97 Abs. 1, 516 Abs. 3 ZPO und berücksichtigt das Verhältnis des jeweiligen Obsiegens und Unterliegens. Soweit der Kläger demgegenüber meint, die Kosten des Verfahrens seien unter dem Anwendungsvorrang des Unionsrechts unter Außerachtlassung des § 92 ZPO vollumfänglich der Beklagten aufzuerlegen (Art. 18 Abs. 1, Art. 26 Abs. 1 und Art. 46 der RL 2007/46/EG i.V.m. Art. 3 Nr. 10 und Art. 5 Abs. 2 der VO (EG) Nr. 715/2007 i.V.m. der Rechtsprechung des EuGH), kann dem nicht gefolgt werden. Denn die Durchsetzung des europäischen Rechts im Hinblick auf den Effektivitätsgrundsatz gebietet es jedenfalls nicht, dem Geschädigten auf Kosten des Schädigers zu ermöglichen, wegen einer Verletzung des Unionsrechts oder der darauf beruhenden nationalen Bestimmungen einen dem Grunde nach entstandenen Schadensersatzanspruch ohne entsprechendes Kostenrisiko in einem Umfang zu verfolgen, der über das von den betreffenden Vorschriften geschützte Interesse hinausgeht und somit nicht vom Schadensersatzanspruch gedeckt ist. Dafür gibt insbesondere die vom Kläger angeführte Rechtsprechung des EuGH nichts her. Insbesondere lässt sich aus dieser nicht ableiten, dass dem vom Unionsrecht geschützten Geschädigten Aufwendungen für unberechtigt erhobene Forderungen erspart werden müssten und ihm überdies insoweit gerade ein Erstattungsanspruch gegenüber dem Schädiger eingeräumt werden müsste. Ferner mag es in dem Fall, dass einem Verbraucher nach der Richtlinie 93/13/EWG des Rates vom 05.04.1993 über missbräuchliche Klauseln in Verbraucherverträgen dem Verbraucher das Recht einzuräumen ist, sich an ein Gericht zu wenden, um die Missbräuchlichkeit einer Vertragsklausel feststellen und sie für unanwendbar erklären zu lassen, unzulässig sein, die Entscheidung über die Teilung der Kosten eines solchen Verfahrens allein davon abhängig zu machen, wie über eine mit demselben Verfahren verbundene Forderung nach Erstattung rechtsgrundlos gezahlter Beträge entschieden wird, um den Verbraucher nicht davon abzuhalten, die Missbräuchlichkeit einer Vertragsklausel feststellen und sie für unanwendbar erklären zu lassen (vgl. EuGH, Urteil vom 16.07.2020 - C-224/19 und C-259/19, juris Rn. 85, 92 ff - CY/CaixaBank

SA und LG, PK/Banco Bilbao Vizcaya Argentaria SA; EuGH, Urteil vom 21.03.2024 - C-714/22 - S.R.G./Profi Credit Bulgaria EOOD, WM 2024, 974, juris Rn. 79 ff). Hier ist aber vom europäischen Recht kein Verfahren vorgesehen, mit dem der Kläger gerade eine Grundfeststellung des in Rede stehenden Rechtsverstoßes eines Fahrzeugherstellers erwirken können soll, und eine solche Feststellung ist auch nicht streitgegenständlich. Die betreffende Zuwiderhandlung ist vielmehr bloße Vorfrage der Klageanträge, allein nach deren Erfolg sich die Kostenlast schon deshalb billigerweise richtet. Dass eine übermäßige Schadensersatzforderung, insbesondere ihre Überhöhung, die (ganz überwiegend) auf der unberechtigten Forderung des „großen“ Schadensersatzes beruht, keine entsprechende Kostenfolge haben dürfte, kommt in den Entscheidungen des EuGH nicht zum Ausdruck. Vielmehr wird dort ausdrücklich festgehalten, dass die Verteilung der Kosten eines vor den nationalen Gerichten betriebenen Verfahrens grundsätzlich in den Bereich der Verfahrensautonomie der Mitgliedstaaten fällt (vgl. EuGH, Urteil vom 21.03.2024 – C-714/22, juris Rn. 82). Entsprechendes gilt, soweit auch die Forderung von Differenzschadensersatz über die berechtigte Höhe hinausgeht, insbesondere mit Rücksicht darauf, dass es für den Erwerber eines mit einer unzulässigen Abschalteneinrichtung ausgestatteten Fahrzeugs nicht schwierig ist, anhand der höchstrichterlich entwickelten Kriterien zur Bestimmung der Höhe des entstandenen Schadens und der - dem Geschädigten bekannten - Laufleistung seines Fahrzeugs zum Schluss der mündlichen Verhandlung oder bei Weiterveräußerung sowie des - mit Hilfe öffentlich zugänglicher Erkenntnisquellen abschätzbaren sich aus dem ihm bekannten Verkaufserlöses ergebenden - Restwerts zu bestimmen, wie hoch sein Anspruch im Zeitpunkt der mündlichen Verhandlung (noch) ist. Einer Aussetzung des Rechtsstreits zum Zwecke des Vorabentscheidungsersuchens bedarf es daher nicht (vgl. OLG Karlsruhe, Urteil vom 27.11.2024 – 6 U 12/21, juris Rn. 181 f.). Der Kläger hat an seinen Aussetzungsanträgen in der mündlichen Verhandlung auch ausdrücklich nicht mehr festgehalten.

Die Entscheidung über die vorläufige Vollstreckbarkeit folgt aus 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 Beschwerde 20.000,00 € 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 10.363,73 € festgesetzt, §§ 63, 47, 48, 40 GKG, § 3 ZPO. Der Streitwert für das erstinstanzliche Verfahren wird in teilweiser Abänderung des Streitwertbeschlusses im Urteil des Landgerichts Köln vom 31.05.2022 auf 21.410,32 € festgesetzt. Insoweit ist von der mit dem Klageantrag zu 1. geltend gemachten Forderung von 25.314,89 € die im Antrag

bezahlte Nutzungsentschädigung in Höhe von 3.904,57 € in Abzug zu bringen (vgl. BGH, Beschluss vom 12.10.2021 – VIII ZR 255/20, BeckRS 2021, 34009 Rn. 19 f.).

Dr. Waters

Lucks

Yürüktümen

Anlage zum Protokoll am 19.03.2025
Verkündet am 19.03.2025

19.03.2025, [REDACTED] (Justizbeschäftigte)