

22 U 193/22
10 O 203/21
Landgericht Bonn



Oberlandesgericht Köln
IM NAMEN DES VOLKES

Urteil

In dem Rechtsstreit



Klägerin und Berufungsklägerin,

Prozessbevollmächtigte:

Rechtsanwälte Gansel

Rechtsanwaltsgesellschaft mbH , 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 19.03.2025

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 14.11.2022 verkündete Urteil der 10. Zivilkammer - Einzelrichter - des Landgerichts Bonn (10 O 203/21) teilweise abgeändert und wie folgt neu gefasst:

Die Beklagte wird verurteilt, an die Klägerin 5.699,00 € nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 05.09.2024 zu zahlen.

Im Übrigen wird die Klage abgewiesen.

Die weitergehende Berufung wird zurückgewiesen.

Die Kosten des erstinstanzlichen Verfahrens tragen die Klägerin zu 90 % und die Beklagte zu 10 %. Die Kosten des Berufungsverfahrens tragen die Klägerin zu 89 % und die Beklagte zu 11 %.

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.

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 T6 Multivan 2.0 TDI 4-Motion 150 kW entstandenen Differenzschadens in Höhe von mindestens 8.548,50 € sowie Freistellung von den außergerichtlichen Rechtsanwaltskosten in Höhe von 2.994,04 € begehrt, ist im Hinblick auf den geltend gemachten Differenzschaden in Höhe von 5.699,00 € nebst Rechtshängigkeitszinsen teilweise begründet. Im Übrigen hat die Berufung keinen Erfolg.

1. Die Klägerin kann von der Beklagten Ersatz des Differenzschadens in Höhe von 5.699,00 € gemäß § 823 Abs. 2 BGB i.V.m. §§ 6 Abs. 1, 27 Abs. 1 EG-FGV verlangen. Ein weitergehender Anspruch steht der Klägerin hingegen nicht zu.

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.

a) 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.

aa) 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).

bb) Das unstreitig implementierte Thermofenster stellt eine unzulässige Abschaltvorrichtung i.S.v. Art. 5 Abs. 2 der VO (EG) Nr. 715/2007 dar. Dieses ist nach den - im Berufungsverfahren korrigierten - Angaben der Beklagten so bedatet, dass in einem Temperaturbereich zwischen +12° C und über +75° C Umgebungstemperatur die Abgasrückführung (AGR) zu 100 % aktiv ist, bei Umgebungstemperaturen unterhalb von +12° C bis -15° C die AGR-Rate zunächst im Bereich von +12° C bis +7° C sowie erneut zwischen -12° C und -15° C graduell reduziert und bei Umgebungstemperaturen unterhalb von -15° C gar keine AGR mehr stattfindet. Damit steht aber fest, dass die Funktion des Emissionskontrollsystems unter den Bedingungen des normalen Fahrbetriebs im

gesamten Unionsgebiet (vgl. BGH, Urt. v. 26.06.2023 – VIa ZR 335/21, juris Rn. 50), wo regelmäßig auch Temperaturen von weniger als +12° C und häufig auch unter 0° C vorherrschen, verringert ist und eine Abschaltvorrichtung im Sinne des Art. 3 Nr. 10 der VO (EG) Nr. 715/2007 vorliegt, die gemäß Art. 5 Abs. 2 S. 1 der VO (EG) Nr. 715/2007 grundsätzlich unzulässig ist (vgl. OLG Stuttgart, Urteil vom 19.10.2023 – 24 U 103/22, juris Rn. 31; OLG Karlsruhe, Urteil vom 21.06.2024 - 25 U 213/23, juris Rn. 49; OLG Karlsruhe, Urteil vom 03.12.2024 - 14 U 488/22, juris Rn. 28). Daran ändern auch die Ausführungen der Beklagten, wonach die Reduktion der AGR-Rate durch das Thermofenster wegen des Kompensationseffekts durch den SCR-Katalysator bei warmem Motor nicht zwangsläufig zu einer proportionalen Erhöhung der NOx-Emissionen führe, nichts (vgl. OLG Karlsruhe, Urteil vom 21.06.2024 – 25 U 213/23, juris Rn. 50). Die von der Beklagten angeführte Studie des Joint Research Centre (JRC), wonach die durchschnittliche jährliche Umgebungstemperatur während der tatsächlichen Fahrzeugnutzung im Unionsgebiet bei +12° C Umgebungstemperatur und in sieben der zwölf Monate eines Jahres die monatliche Durchschnittstemperatur während der Fahrzeugnutzung im Unionsgebiet deutlich oberhalb von +10° C, nämlich bei +17° C Umgebungstemperatur liege, rechtfertigt keine andere Bewertung, da sie nicht auf die im Unionsgebiet in den einzelnen Ländern übliche Temperatur, sondern auf einen Durchschnitt aller Länder abstellt. Auch die von der Beklagten im Schriftsatz vom 25.02.2025 unter Bezugnahme auf die „EA288 T6-Emissionsprüfung und -bestätigung“ des Kraftfahrtbundesamtes (KBA) vom 17.01.2025 (Anlage BE 19, Bl. 1598 f. OLG) angeführten Feststellungen des KBA aufgrund neuester Untersuchungen, wonach RDE-Grenzwerte trotz Thermofenster noch bei Umgebungstemperaturen von +8,5° C sowie bei -1,5° C eingehalten würden, stellen die Qualifizierung des Thermofensters als unzulässige Abschaltvorrichtung nicht in Frage. Denn auch eine Temperatur von -1,5° C deckt nicht den im Gebiet der Europäischen Union üblicherweise vorkommenden Temperaturrahmen ab, der auch deutlich niedrigere Temperaturen umfasst (vgl. beispielsweise VG Schleswig, Urteil vom 20.02.2023 – 3 A 113/18, juris Rn. 267, 274, das von üblichen Temperaturen von -15°C bis +40°C ausgeht, ebenso OLG Stuttgart, Urteil vom 19.10.2023 – 24 U 103/22, juris Rn. 31).

Dafür, dass die Abschaltvorrichtung in Form des Thermofensters hier ausnahmsweise zulässig gewesen ist, gibt es keinen Anhaltspunkt. Der Argumentation, die Thermoregulation sei gemäß Art. 5 Abs. 2 lit. a VO (EG) Nr. 715/2007 zum Schutz des Motors und zur Gewährleistung des sicheren Betriebs des Fahrzeugs erforderlich, weil sie das Risiko eines plötzlichen Ausfalls des Motors auf Grund von bei niedrigen Verbrennungstemperaturen durch die Kondensation von Abgasbestandteilen entstehenden Ablagerungen in den Bauteilen minimiere, hat der EuGH eine Absage erteilt und dies u.a. damit begründet, die Verschmutzung und der Verschleiß des Motors könnten nicht als Beschädigung oder Unfall im Sinne der vorgenannten Vorschrift angesehen werden, denn sie seien vorhersehbar und der

normalen Funktionsweise des Fahrzeugs inhärent. Eine zulässige Abschaltvorrichtung müsse jedoch den Schutz vor plötzlichen und außergewöhnlichen Schäden ermöglichen (vgl. EuGH, Urteil vom 17.12.2020 – C-693/18, juris Rn. 109 f.; Urteil vom 14.07.2022 – C-128/20, juris Rn. 64 ff.; BGH, Urteil vom 26.06.2023 – VIa ZR 335/21, juris Rn. 53 f.). Dass die - vorhersehbaren - Ablagerungen letztlich zu einem Motorschaden oder Fahrzeugbrand führen können, wie die Beklagte geltend macht, vermag eine andere Bewertung nicht zu rechtfertigen. Zudem geht es nach dem Vortrag der Beklagten nicht darum, durch das Thermofenster unmittelbare Risiken zu vermeiden, die durch die Fehlfunktion eines Bauteils des Abgasrückführungssystems entstehen, sondern darum, bereits eine Fehlfunktion eines solchen Bauteils zu verhindern, um dadurch lediglich mittelbar Risiken zu begegnen. Dies entspricht jedoch nicht den ausdrücklich genannten Voraussetzungen der Rechtsprechung des EuGH (vgl. Urteil vom 14.07.2022 – C-128/20, juris Rn. 62). Blicke es den Herstellern überlassen, Bauteile des Emissionskontrollsystems durch Abschaltvorrichtungen vor Verschleiß zu schützen, um so mittelbar Beschädigungen und Unfälle zu verhindern, wäre der Ausnahmecharakter des Art. 5 Abs. 2 Satz 2 lit. a der VO (EG) Nr. 715/2007 ersichtlich nicht mehr gewahrt. Ein Hersteller darf Emissionskontrollsysteme nicht so konstruieren, dass ihre Bauteile ständiger Abschaltvorrichtungen bedürfen, um störungsfrei zu funktionieren (vgl. OLG Karlsruhe, Urteil vom 21.06.2024 – 25 U 213/23, juris Rn. 57 ff. m.w.N.).

cc) Die nunmehr nach dem Vorbringen in der Berufungsinstanz unstrittige Absenkung der AGR in Abhängigkeit vom Umgebungsdruck ab jedenfalls 1.000 Höhenmetern stellt ebenfalls eine Abschaltvorrichtung dar.

(1) Die Beklagte hat auf entsprechende Behauptung der Klägerin, dass eine Abrampung der AGR in Abhängigkeit vom Umgebungsdruck bereits in Höhen ab 1.000 m erfolge und die Wirksamkeit des Emissionskontrollsystems reduziert werde, 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 1000 m 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 unstrittig zu behandeln hat, § 138 Abs. 3 ZPO.

(2) 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).

(3) 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 Drehzahlbereiche gebracht werden müsste, was zu Materialüberlastungen und damit zu Beschädigungen des Turboladers führen könnte, in deren Folge es zu einem Motorschaden kommen könnte. Die Verbrennung bei gleichbleibender AGR-Rate und infolge des sinkenden Luftdrucks geringerer Frischluftmasse hätte zur Folge, dass sich der Rußausstoß erhöhe, 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 Umgebungsluftdruck 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 könnte. 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). Wie ausgeführt darf ein Hersteller 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 ab jedenfalls 1.000 m und mehr 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).

dd) Ob die zum Zeitpunkt des Erwerbs der Klägerin unstreitig vorhandene Fahrkurvenerkennung und die nach dem Vortrag der Beklagten daran geknüpfte Steuerung der AGR und des SCR-Katalysators dahingehend, dass nur auf dem Prüfstand auch nach Erreichen einer Betriebstemperatur des SCR-Katalysators von ca. 200° C an einem Betriebsmodus mit erhöhter AGR-Rate (sog. NOx-Low-Betriebsart) festgehalten und mit der Eindosierung von AdBlue in den SCR-Katalysator bereits bei einer im Vergleich zum realen Straßenbetrieb geringfügig herabgesetzten Betriebstemperatur (145° C im NEFZ anstelle von 150° C im realen Straßenbetrieb) bei minimal erhöhten Dosiermengen begonnen wurde, eine unzulässige Abschaltvorrichtung darstellt, kann dahinstehen, weil die Fahrkurvenerkennung am 31.05.2017 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 offenbar meint, dieser Vorteil sei bereits in dem schadensmindernd zu berücksichtigenden Restwert des Fahrzeugs enthalten, kann dem angesichts der dieser Rechtsansicht entgegenstehenden Rechtsprechung des BGH (Urteil vom 26.06.2023 – VIa ZR 335/21, juris Rn. 80), der der Senat folgt und nach der neben dem Restwert auch ein

Software-Update zu berücksichtigen ist, nicht gefolgt werden. Soweit die Klägerin Zweifel an der Wirksamkeit des Software-Updates zur Einhaltung der gesetzlichen Grenzwerte und in Bezug auf etwaige Langzeitfolgen anführt, hat dies auf die Beseitigung der Abschaltvorrichtung als solche keinen Einfluss. Es kann auch nicht davon ausgegangen werden, dass das streitgegenständliche Fahrzeug auch nach dem Software-Update die Grenzwerte nicht einhält. Anhaltspunkte dafür hat die Klägerin nicht vorgetragen. Insoweit ist das Fahrzeug in Bezug auf die Fahrkurvenerkennung auch nicht weiter „bemakelt“.

ee) Greifbare Anhaltspunkte für das Vorhandensein weiterer unzulässiger Abschaltvorrichtungen hat die Klägerin hingegen nicht dargelegt, weshalb sich ihr Vortrag als ins Blaue hinein darstellt. Der Senat verkennt hierbei nicht, dass einer Partei grundsätzlich nicht verwehrt ist, eine tatsächliche Aufklärung auch hinsichtlich solcher Umstände zu verlangen, über die sie selbst kein zuverlässiges Wissen besitzt und auch nicht erlangen kann, die sie aber nach Lage der Verhältnisse für wahrscheinlich oder möglich hält. Dies gilt insbesondere dann, wenn sie sich nur auf vermutete Tatsachen stützen kann, weil sie mangels Sachkunde und Einblick in die Produktion des von der Gegenseite hergestellten und verwendeten Fahrzeugmotors einschließlich des Systems der Abgasrückführung oder -verminderung keine sichere Kenntnis von Einzeltatsachen haben kann. Eine unter Beweis gestellte Behauptung ist erst dann unbeachtlich, wenn sie ohne greifbare Anhaltspunkte für das Vorliegen eines bestimmten Sachverhalts willkürlich „aufs Geratewohl“ oder „ins Blaue hinein“ aufgestellt worden ist. Bei der Annahme von Willkür in diesem Sinne ist Zurückhaltung geboten; in der Regel wird sie nur bei Fehlen jeglicher tatsächlichen Anhaltspunkte gerechtfertigt werden können (vgl. BGH, Beschluss vom 28.01.2020, Az. VIII ZR 57/19, juris Rn. 8 m.w.N.). So liegt der Fall jedoch hier.

(1) Soweit die Klägerin behauptet, es läge eine Umschaltlogik vergleichbar dem Motorentyp EA189 vor, die nur auf dem Prüfstand zu einer normgerechten Aufbereitung der Stickoxidemissionen und Einhaltung der Grenzwerte führe, und hierzu auf die „Entscheidungsvorlage: Applikationsrichtlinien & Freigabevorgaben EA288“, den „Statusbericht Diesel KBA-Termin (Technik) vom 21.10.2015“, die „Entscheidungsvorlage: Applikationsrichtlinien & Freigabevorgaben EA189“ und die Präsentation der Beklagten „Gespräch Im Kraftfahrt-Bundesamt, Flensburg vom 02.10.2015“ Bezug nimmt, lässt sich daraus kein weitergehender Anhaltspunkt als das Vorliegen der – unstrittigen – Fahrkurvenerkennung entnehmen, die für sich genommen bereits keine Abschaltvorrichtung 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 ihrem Schreiben vom 29.12.2015 (Anlage B 5, Bl. 694 ff. LG)

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 von der Klägerin unter Bezugnahme auf diverse Messberichte angeführten Überschreitung der normierten NOx-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 unstrittigen 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 NOx-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 eine bislang nicht offengelegte weitere Abschaltvorrichtung bieten. Im Übrigen fehlt es bereits an einem Bezug zum streitgegenständlichen Fahrzeug, soweit die Klägerin auf Messungen der DUH an einem Testfahrzeug des Typs Audi A3 Sportback 2.0 TDI EU 6 sowie auf eine Testreihe der Emissions Analytics Limited (EAL) betreffend einen Audi A4 TDI EU 6

verweist. Der Hinweis auf die Testreihe der ICCT erfolgt pauschal herstellerbezogen. Auch die im Weiteren angeführten Messergebnisse der DUH aus dem Straßenbetrieb beziehen sich nicht auf einen VW T6. Insoweit ist auch nicht ausreichend, dass das getestete Fahrzeug mit dem identischen Motortyp ausgestattet ist, da die Bedatung bei unterschiedlicher Ausführung (Motorisierung, Karosserieform oder sonstige Ausstattungsmerkmale) abweichen kann.

Auch aus den von der Klägerin in Bezug genommenen verschiedenen Presseberichten ergeben sich keine Anhaltspunkte dafür, dass im streitgegenständlichen Fahrzeug eine manipulative Umschaltlogik verbaut ist. So wird insbesondere in dem Internetartikel „tagesschau.de“ vom 12.09.2019 „Weitere Abschaltvorrichtungen bei VW?“ (Anlage 2e, Bl. 198 ff. LG) über die Recherchen des SWR zu Fahrzeugen mit EA288-Motoren berichtet, die sich auf interne VW-Unterlagen der Abteilung technische Entwicklung von Ende 2015 stützten. Wie die daraus wiedergegebenen Textpassagen zur streckengesteuerten Auslösung der Rohemissionsbedatung und zur SCR-Dosierstrategie zeigen, handelt es sich bei diesen Unterlagen um die schon von der Klägerin in Bezug genommene „Entscheidungsvorlage: Applikationsrichtlinien & Freigabevorgaben EA288“ und den „Statusbericht Diesel KBA-Termin (Technik) vom 21.10.2015“. Da die dort beschriebenen Funktionen an die bei dem streitgegenständlichen Fahrzeug unstrittig entfernte Fahrkurve geknüpft sind, ist der Bericht nicht geeignet, einen Anhaltspunkt für die behauptete Umschaltlogik zu bieten. Nichts anderes gilt für den Bericht des SWR vom 13.09.2019 (Anlage 2g, Bl. 209 ff. LG). Soweit im Online-Artikel der Tagesschau vom 04.12.2019 (Anlage K 15, Bl. 968 f. LG) über staatsanwaltschaftliche Ermittlungen zum EA288-Motor und Durchsuchungen in den Büroräumen der Beklagten in Wolfsburg berichtet wird, lässt dies ebenfalls nicht den Schluss auf das Vorliegen einer manipulativen Umschaltlogik im streitgegenständlichen Fahrzeug zu. Dies gilt gleichermaßen für den Umstand, dass nach der Pressemitteilung vom 13.06.2018 (Anlage K 14, Bl. 966 LG) die Staatsanwaltschaft Braunschweig im Juni 2018 ein Bußgeld gegen die Beklagte wegen Verletzung der Aufsichtspflichten im Zusammenhang mit Abgasmanipulationen bezüglich des Ausstoßes von Stickoxiden bei dem Motoren EA189 und EA288 verhängt hat. Strafrechtlicher Ansatzpunkt war, dass der Einbau der Abschaltvorrichtung nicht der Typgenehmigung entsprach. Dass es dabei um eine manipulative Umschaltlogik ging, lässt sich der Pressemitteilung nicht entnehmen.

Greifbare Anhaltspunkte für eine Umschaltlogik lassen sich auch nicht auf die Behauptungen der Klägerin stützen, der AdBlue-Tank sei zu klein bemessen und die Beklagte habe sich mit anderen Herstellern kartellrechtswidrig über die Größe der Tanks verständigt, weshalb die EU-Kommission wegen Kartellverstößen ein Bußgeld verhängt habe. Denn die Größe des Tanks könnte allenfalls ein Indiz dafür sein, dass im realen Fahrbetrieb weniger AdBlue eingespritzt würde als auf dem Prüfstand,

nicht hingegen, dass gerade auf dem Prüfstand das Emissionskontrollsystem optimiert wird. Indessen hält der Motor, wie vom KBA festgestellt, auch bei Abschaltung der Fahrkurvenerkennung und der damit verbundenen Funktionen, mithin auch bei der behaupteten geringeren AdBlue-Einspritzung die maßgeblichen Grenzwerte ein, wie die Beklagte unter Vorlage entsprechender Auskünfte des KBA dargelegt hat.

Der von der Klägerin in Bezug genommene Haftungsvergleich zwischen der Beklagten und ihrem früheren Vorstandsmitglied Winterkorn wegen dessen angeblicher Sorgfaltspflichtverletzungen steht ausweislich des Vergleichstextes im Zusammenhang mit dem Vertrieb in den Jahren 2009 bis 2015 im nordamerikanischen Markt (Bl. 903 LG). Dies lässt schon deshalb keine Rückschlüsse auf den streitgegenständlichen Motor zu, weil die Fahrzeuge in den USA nach den substantiierten Darlegungen der Beklagten anderen regulatorischen Anforderungen unterliegen als in der EU.

(2) Dass das Fahrzeug der Klägerin unstreitig eine Konformitätsabweichung im Hinblick auf die Funktionsweise des Dieselpartikelfilters aufwies und insofern einem vom KBA überwachten Rückruf unter dem Herstellercode 23Z7 wegen einer Konformitätsabweichung hinsichtlich der Funktionsweise des Dieselpartikelfilters unterlag, lässt ebenfalls nicht auf das Vorliegen einer unzulässigen Abschalteinrichtung schließen. Soweit die Klägerin behauptet, es habe sich um einen Rückruf wegen unzulässiger Abschalteinrichtungen gehandelt, fehlt es hierfür bei Berücksichtigung des substantiierten Vortrags der Beklagten, dem die Klägerin kein erhebliches Vorbringen entgegengesetzt hat, an greifbaren Anhaltspunkten. Die Beklagte hat unter Vorlage von Auskünften des KBA (Anlagenkonvolut B 1), insbesondere der Auskunft vom 16.03.2021 zum streitgegenständlichen Fahrzeugtyp (Anlagenkonvolut B 1, Bl. 443 LG), substantiiert vorgetragen, dass sich diese vom KBA überwachte Aktion lediglich auf die Regeneration des Dieselpartikelfilters bei bestimmten Neufahrzeugen des Typs T6 (Multivan) bezogen habe und der Rückruf deshalb nicht im Zusammenhang zum Einsatz einer unzulässigen Abschalteinrichtung stand.

(3) Soweit die Klägerin nunmehr erstmals im Berufungsverfahren unter Verweis auf die Entscheidungen des OLG Hamm (I-13 U 503/21) und OLG Karlsruhe (8 U 201/21) geltend macht, es gebe eine temperaturgesteuerte Abschalteinrichtung, durch die in den Fahrzeugen mit SCR-Katalysator selbst nach eigenem (immer wieder korrigierten) Vortrag der Beklagten unstreitig die AGR auch bei Umgebungstemperaturen zwischen -24°C und $+70^{\circ}\text{C}$ nicht zu 100 % aktiv sei, sondern – zumindest auch – in Abhängigkeit von der Außentemperatur rechtswidrig „angepasst“ werde, ist dieser Vortrag unzureichend, weil auch insoweit Anhaltspunkte für eine entsprechende Steuerung im streitgegenständlichen Fahrzeug, das nach dem Vortrag der Beklagten gerade nicht über ein derart bedatetes Thermofenster verfügt, nicht dargelegt sind. Die Beklagte hat eine solche

Steuerung der AGR auch ausdrücklich bestritten und dargelegt, dass ihr Vortrag aus Parallelverfahren für das hier streitgegenständliche T6-Fahrzeug nicht zutrefte, welches andere Fahrzeugeigenschaften als ein EA288-PKW aufweise und daher der EA288-Motor anders ausgelegt und konstruiert sei. Dem ist die Klägerin nicht entgegengetreten. Die zitierten Gerichtsentscheidungen beziehen sich sämtlich auf andere Fahrzeugtypen. Mangels hinreichendem Vortrag greift auch nicht eine sekundäre Darlegungslast der Beklagten.

(4) Die ebenfalls erstmals im Berufungsverfahren vorgetragene rechtswidrige „Precon“ (Vorkonditionierung) mit Fahrkurvenerkennung und Einfluss auf das Regenerationsverhalten des Speicherkatalysators bezieht sich offenbar auf Fahrzeuge mit NOx-Speicherkatalysator und nicht auf Fahrzeuge mit - wie hier - SCR-Katalysator und vermag daher das Vorhandensein einer weiteren unzulässigen Abschalteneinrichtung im streitgegenständlichen Fahrzeug nicht zu begründen. Dies gilt auch für den von der Klägerin erstinstanzlich angeführten freiwilligen Rückruf mit dem Code „23X4“ zur Verbesserung des Emissionsverhaltens, welcher ausweislich des Rückrufschreibens der Beklagten (Anlage 2i, Bl. 209 LG) Fahrzeuge mit NOx-Speicherkatalysator betraf.

b) Der Verstoß der Beklagten gegen §§ 6 Abs. 1, 27 Abs. 1 EG-FGV durch die Erteilung einer unzutreffenden Übereinstimmungsbescheinigung in Bezug auf die unzulässigen Abschalteneinrichtungen in Form der Reduzierung der AGR-Rate aufgrund des Thermofensters 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 Abschalteneinrichtung 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.

aa) 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 VO (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 VO (EG) Nr. 715/2007“, sondern auf das Normverständnis an, nach dem Abschalteneinrichtungen nur ausnahmsweise und unter engen Voraussetzungen zulässig sein können (vgl. BGH, Urteil vom 26.06.2023 – VIa ZR 335/21, juris Rn. 60). Dass das KBA hinsichtlich des Thermofensters bis heute keine unzulässige Abschalteneinrichtung annimmt und dessen Zulässigkeit mehrfach im Rahmen von amtlichen Auskünften bestätigt hat, steht dem Verschulden daher nicht entgegen.

Vor diesem Hintergrund war für die Beklagte zum Zeitpunkt des streitgegenständlichen Kaufvertragsschlusses am 18.08.2016 die Verletzung der Schutzgesetze der §§ 6 Abs. 1, 27 Abs. 1 EG-FGV durch den Einbau der streitgegenständlichen Abschaltvorrichtungen objektiv erkennbar, weswegen ihr fahrlässiges Handeln vorgeworfen werden kann. Ihre gegenteilige Rechtsansicht in Bezug auf die umgebungsdruckabhängige Abschaltvorrichtung 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, juris).

bb) Die Beklagte hat auch nicht vorgetragen, dass sie einem unvermeidbaren Verbotsirrtum unterlegen wäre. 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 Abschaltvorrichtung 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 Abschaltvorrichtung 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 Abschaltvorrichtungen 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 Umgebungstemperaturen 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.

cc) Der Fahrlässigkeitsvorwurf entfällt auch nicht infolge einer Verhaltensänderung der Beklagten. Hat der Fahrzeughersteller die Verwendung einer unzulässigen Abschaltvorrichtung in einer Art und Weise bekanntgegeben, die eine allgemeine Kenntnisnahme erwarten lässt, und hat er eine Beseitigung der betreffenden Abschaltvorrichtung 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 im Hinblick auf das Thermofenster und die Umgebungsdruckkorrektur jedoch nicht dargelegt. Zwar hat sie nach ihrer Behauptung die Ausgestaltung des Thermofensters sowie die Umgebungsdruckkorrektur gegenüber dem KBA offengelegt, Maßnahmen zur Bekanntgabe gegenüber potentiellen Käufern und zur Beseitigung der Abschaltvorrichtungen sind jedoch nicht erfolgt (vgl. BGH, Urteil vom 30.07.2020 – VI ZR 5/20, juris Rn. 35).

c) 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).

d) 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 Abschaltvorrichtung 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. 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 Abschaltvorrichtung gegeben ist. Diese besteht aber schon beim tatsächlichen Vorhandensein einer unzulässigen Abschaltvorrichtung, weil dann die befassende Typgenehmigungsbehörde einschreiten kann. Dementsprechend lässt sich eine Verringerung des objektiven Werts des Fahrzeugs infolge seiner Ausrüstung mit einer unzulässigen Abschaltvorrichtung im Vergleich zu einem Fahrzeug der betreffenden Baureihe und Motorisierung ohne unzulässige Abschaltvorrichtung 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. Da es in Ermangelung unionsrechtlicher Vorschriften auch bei einem Schadensersatzanspruch gegen den Hersteller eines Fahrzeugs, das mit unzulässigen Abschaltvorrichtungen ausgestattet ist, Sache jedes einzelnen Mitgliedsstaates ist, die Modalitäten für die Erlangung eines solchen Ersatzes durch den Fahrzeugkäufer festzulegen, soweit das Effektivitätsgebot gewahrt ist (vgl. EuGH, Urteil vom 21.03.2023 – C 100/21, juris Rd. 92 f.), die Zubilligung des Differenzschadens, wie sie vom Bundesgerichtshof in der Entscheidung vom 26.06.2023 (VIa ZR 335/21) entwickelt und ausführlich begründet worden sind, diese Vorgaben wahrt, bedarf es einer Aussetzung des Rechtsstreits zum Zwecke des Vorabentscheidungsersuchens nicht. Dies wird von der Klägerin auch nicht mehr geltend gemacht.

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. Berufte 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 Abschaltvorrichtung beinhaltet (vgl. BGH, Urteil vom 26.06.2023 – VIa ZR 335/21, juris Rn. 80).

aa) 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 Abschaltvorrichtungen 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 5.699,00 €. Dabei hat der Senat berücksichtigt, dass einerseits zwei Abschaltvorrichtungen in Bezug auf die AGR vorliegen, die prüfstandsbezogene Fahrkurvenerkennung aber bereits am 31.05.2017 durch ein Software-Update entfernt wurde. Dieses Software-Update umfasste jedoch nicht die umgebungsdruckabhängige Beeinflussung der AGR sowie die Aufweitung des

Thermofensters und ließ angesichts des diesbezüglich weiterhin bestehenden Stilllegungsrisikos den Schaden nicht vollständig entfallen.

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

(1) Die Gesamtleistung schätzt der Senat bei diesem Fahrzeugtyp angesichts dessen Motorisierung, Ausstattung sowie der erwartbaren Abnutzung aller Fahrzeugteile auf 250.000 km, was auch im Einklang mit anderer obergerichtlicher Rechtsprechung steht (vgl. nur OLG Dresden, Urteil vom 24.08.2023 – 18a U 1969/22, BeckRS 2023, 22997 Rn. 42; OLG München, Urteil vom 22.12.2023 - 36 U 5710/22, juris Rn. 107; OLG Düsseldorf, Urteil vom 09.04.2024 – I-21 U 99/23, juris Rn. 123;). Die auf dieser Basis in Ansatz zu bringende Nutzungsentschädigung beläuft sich nach der vom BGH gebilligten linearen Berechnungsmethode nach der Formel $\text{Bruttokaufpreis} \times \frac{\text{gefahrte Strecke}}{\text{erwartete Gesamtleistung}}$ 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 16.000 km sowie des zuletzt im Termin mitgeteilten und unstrittig gestellten Kilometerstandes von 79.414 km auf 15.444,29 €. Für eine Korrektur der Formel nach der individuellen durchschnittlichen Fahrleistung des streitgegenständlichen Fahrzeuges von rund 7.500 km/Jahr sieht der Senat keine Veranlassung, zumal eine geringe Laufleistung sich regelmäßig auch in einem höheren Restwert niederschlägt.

(2) Den Restwert des Fahrzeugs schätzt der Senat auf den von der Klägerin zum 12.03.2025 nach der DAT-Bewertung ermittelten Wert von 32.200,00 € brutto (Bl. 1639 OLG). Wie in der mündlichen Verhandlung vom 19.03.2025 mitgeteilt, hat eine vom Senat am 12.03.2025 selbst durchgeführte Abfrage bei Schwacke, die der Senat als geeignete Grundlage für die Ausübung seines Schätzmessens ansieht, weil diese unter Angabe der FIN und damit unter Berücksichtigung der konkreten Fahrzeugausstattung erfolgt ist, bei einem geringeren Kilometerstand von 75.896 km (per 26.08.2024) sogar lediglich einen Restwert i.H.v. 29.200,00 € und bei einem - in Ermangelung eines aktuelleren Kilometerstandes unter Zugrundelegung der Berechnung der Beklagten geschätzten - Kilometerstand von 79.821 km von 29.050,00 € ergeben. Den von der Beklagten nach einer DAT-Bewertung vom 10.03.2025 ermittelten Händlerverkaufspreis von 34.109,00 € (Anlage BE 13, Bl. 1553 OLG) kann der Senat hingegen nicht zugrunde legen. Denn die Klägerin ist unstrittig 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 geschätzten Restwerts führen würde. Soweit die Beklagte ergänzend auf Fahrzeugangebote von Privatpersonen auf den Internetportalen mobile.de und AutoScout24.de mit einem durchschnittlichen Verkaufspreis von 38.916,00 € verweist, vermag dies eine andere Beurteilung nicht zu rechtfertigen, vielmehr spiegeln die auf diesen Internetportalen angegebenen

Verkaufspreise nur die Wunschvorstellungen der jeweiligen privaten Verkäufer wider, die sich jedoch nicht zwingend realisieren lassen, so dass auch insoweit Abschläge vorzunehmen wären. Da die Schwacke-Bewertung anhand der FIN-Angabe konkret auf das streitgegenständliche Fahrzeug zugeschnitten ist, ist diese auch insoweit gegenüber den Verkaufsangeboten auf den beiden Internetportalen vorzugswürdiger.

(3) Unter Zugrundelegung der Nutzungsentschädigung in Höhe von 15.444,29 € und des Restwerts in Höhe von 32.200,00 € ergibt sich somit ein Vorteil von insgesamt 47.644,29 €, der den tatsächlichen Wert des Fahrzeugs von 51.291,00 € (Kaufpreis - 10 %) nicht übersteigt. Entgegen der Ansicht der Beklagten ist der Differenzschaden daher nicht aufgezehrt, vielmehr verbleibt es bei einem Differenzschaden von 5.699,00 €.

2. Der Zinsanspruch ergibt sich aus §§ 291, 288 Abs. 1 BGB und steht der Klägerin ab dem Tag nach Zustellung des Schriftsatzes vom 03.09.2024, mit dem sie den Differenzschaden erstmals geltend gemacht hat, und damit ab dem 05.09.2024 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. Da sich der Zeitpunkt der Verzinsung im Hinblick auf Art. 46 der (Rahmen)Richtlinie 2007/46/EG ausschließlich anhand des nationalen Rechts beantwortet, der Effektivitätsgrundsatz gewahrt ist, ist eine Aussetzung des Verfahrens und Vorlage an den EuGH nicht veranlasst. Die innerprozessuale Bedingung für den von der Klägerin hilfsweise gestellten Aussetzungsantrag ist auch nicht eingetreten.

3. Der von der Klägerin darüber hinaus geltend gemachte Anspruch auf Zahlung von vorgerichtlichen Rechtsanwaltskosten in Höhe von 2.994,04 € besteht nicht.

a) 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).

b) 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.

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

aa) Damit eine unzulässige Abschaltvorrichtung eine Haftung wegen sittenwidriger vorsätzlicher Schädigung gemäß §§ 826, 31, 831 BGB auslösen kann, müssen nach gefestigter Rechtsprechung des BGH 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 06.11.2023 – VIa ZR 535/21, Rn. 9 ff., juris m.w.N.).

bb) 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.

(1) Das an die Außentemperaturen geknüpfte Thermofenster wirkt nicht prüfstandsbezogen, sondern beeinflusst die AGR innerhalb und außerhalb des Prüfstands gleichermaßen. Dies gilt auch für die umgebungsdruckabhängige Beeinflussung der AGR. Eine Indizwirkung besteht insoweit nicht. Gegenteiliges ergibt sich auch nicht daraus, dass die Klägerin an ihrem erstinstanzlichen Vortrag festhaltend behauptet, die AGR funktioniere nur bei Außentemperaturen zwischen 20° C und 30° C. Denn hinreichende Anhaltspunkte für die Ausgestaltung des Thermofensters gerade in diesem Temperaturrahmen trägt sie weiterhin nicht vor, weshalb ihr Vortrag als ins Blaue hinein zu werten und damit unerheblich ist. Soweit sie auf die Feststellungen des Untersuchungsausschusses der Europäischen Kommission verweist, dass Hersteller im NEFZ-Modus bestimmte Emissionsminderungstechnologien (ECT) wie u.a. das Thermofenster anwenden, die nur innerhalb der im NEFZ vorgeschriebenen Temperaturbereiche funktionierten,

außerhalb der im NEFZ-Prüfungsbereich schalteten die ECT ab, ist ein Bezug zum streitgegenständlichen Fahrzeug weder dargetan noch ersichtlich. Soweit sie ferner auf ein Software-Update der Beklagten für den T6 verweist und daraus den Schluss zieht, dass der Beklagten gleichwohl von Anfang an bewusst gewesen sei, dass die konkrete Ausgestaltung des Thermofensters potenziell als unzulässig eingestuft werden müsse, ist schon nicht nachvollziehbar, welches Software-Update sie meint. Das Software-Update zur Entfernung der Konformitätsabweichung oder Fahrkurvenerkennung lässt jedenfalls nicht auf ein auf den Prüfstand zugeschnittenes Thermofenster schließen. Dies gilt auch in Bezug auf ihren Vortrag, das streitgegenständliche Fahrzeug sei von einem ausstehenden Rückruf unter dem Rückrufcode BA06 betroffen, die Beklagte informiere zwischenzeitlich das Händlernetzwerk darüber, dass sie derzeit ein noch vom KBA freizugebendes Software-Update entwickle und die Händler auffordere, Kunden, die am Erwerb eines betroffenen T6 interessiert seien, vor Kaufvertragsabschluss darüber aufzuklären, dass diese aufgrund des hohen Rückrufrisikos mit einem Entzug der Fahrzeugzulassung oder einer Nutzungsuntersagung rechnen müssten. Weder ist das Informationsschreiben an die Händler vorgelegt noch findet sich in der Rückrufdatenbank des KBA ein diesbezüglicher Rückruf unter diesem Code. Die Beklagte hat demgegenüber vorgetragen, es handele sich nicht um einen Rückruf, sondern um eine Kundeninformation, die Käufer beim Kauf eines T6-Gebrauchtwagens derzeit erhielten und in der darauf hingewiesen werde, dass es derzeit Diskussionen über die rechtliche Zulässigkeit von Thermofenstern in Diesel-Fahrzeugen gebe, die Zulässigkeit nach der Verwaltungspraxis der europäischen Typgenehmigungsbehörden, einschließlich des Kraftfahrt-Bundesamtes, gegeben sei, wenn Thermofenster dazu dienen, vor plötzlich auftretenden, unvorhersehbaren Schäden am Motor des Fahrzeugs zu schützen und den sicheren Betrieb des Fahrzeugs zu gewährleisten, und die Beklagte davon überzeugt sei, dass dies vorliegend der Fall sei. Für ein auf den Prüfstand zugeschnittenes Thermofenster sowie ein sittenwidriges vorsätzliches Handeln gibt das Schreiben damit nichts her, weil in diesem gerade zum Ausdruck kommt, dass die Beklagte von der Zulässigkeit des Thermofensters ausgeht.

Für eine sonstige arglistige Täuschung des KBA ergeben sich nach dem Vortrag der Klägerin ebenfalls keine hinreichenden Anhaltspunkte. Die Beklagte hat vorgetragen, dass sie das KBA von der konkreten Ausgestaltung der temperaturgesteuerten Abgasrückführung in EA288-Aggregaten bei einem Technik-Workshop am 22.01.2016 - und damit vor Erwerb des Fahrzeugs durch die Klägerin - in Kenntnis gesetzt habe; Beanstandungen durch das KBA hat es bis heute jedoch unstrittig nicht gegeben. Den von der Beklagten vorgelegten Auskünften des KBA in Parallelverfahren ist vielmehr zu entnehmen, dass für Fahrzeuge mit Motor EA288, EU 6, - auch solche des Typs T6 - gerade kein unzulässiges Thermofenster festgestellt worden ist. Im Lichte dieser wiederholten Auskünfte und Stellungnahmen

des KBA zeigt die Klägerin keine Umstände auf, aus denen geschlossen werden könnte, dass den für die Beklagte tätigen Personen - im Unterschied zur Fachbehörde, die gegen das eingesetzte Thermofenster gerade keine Bedenken hegt - die Unzulässigkeit der eingesetzten temperaturabhängigen Emissionssteuerung zum für die Beurteilung der Sittenwidrigkeit maßgeblichen Zeitpunkt des Schadenseintritts und damit des Fahrzeugerwerbs (vgl. BGH, Urteil vom 13.04.2021 – VI ZR 276/20, NJW-RR 2021, 812 Rn. 8) am 18.08.2016 bewusst war. Auch die Umgebungsdruckkorrektur hat die Beklagte nach ihrem unwidersprochen gebliebenen Vortrag dem KBA im Rahmen der Typgenehmigungsbögen angegeben. Eine Täuschung des KBA ist auch insoweit nicht ersichtlich.

(2) Die Fahrkurvenerkennung, die in den damit ausgestatteten Fahrzeugen mit dem Aggregat EA288 im NEFZ eine andere Funktionsweise des SCR-Systems und der AGR als im Realbetrieb bewirkte, ist zwar prüfstandsbezogen, sie ist nach den substantiierten Darlegungen der Beklagten, denen die Klägerin nicht hinreichend entgegengetreten ist, jedoch nicht grenzwertkausal. Damit bestehen keine Anhaltspunkte für eine Täuschung des KBA. 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 dessen Wirkweise 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 Abschaltvorrichtung sei zulässig, kann das darauf bezogene Verhalten der Beklagten nicht als besonders verwerflich eingestuft werden. Für die dazu erforderliche Annahme, die Beklagte habe die Abschaltvorrichtung 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-Speicherkatalysator).

(3) Ein sittenwidrig schädigendes Verhalten der Beklagten ist auch nicht darin zu sehen, dass das Fahrzeug der Klägerin unstreitig eine Konformitätsabweichung im Hinblick auf die Funktionsweise des Dieselpartikelfilters aufwies und insofern einem vom KBA überwachten Rückruf unter dem Herstellercode 23Z7 wegen einer Konformitätsabweichung hinsichtlich der Funktionsweise des Dieselpartikelfilters unterlag. Soweit die Klägerin behauptet, es habe sich um einen Rückruf wegen unzulässiger Abschaltvorrichtungen gehandelt, fehlt es hierfür - wie ausgeführt - an greifbaren Anhaltspunkten. Der Umstand, dass die Beklagte nachträglich festgestellt hat, dass sie im Typgenehmigungsverfahren von einem unzutreffenden Ki-Faktor des konkreten Fahrzeugtyps ausgegangen ist und daraufhin unter Einbindung des KBA die Software in einer Weise angepasst hat, dass die Grenzwerte nunmehr auch unter Berücksichtigung der Regenerationsphase des DPF eingehalten werden, begründet mithin nicht den Verdacht einer zuvor begangenen vorsätzlichen Täuschung über die Einhaltung von Grenzwerten (vgl. OLG Schleswig, Urteil vom 11.01.2022 – 7 U 84/21, juris Rn. 56 m.w.N.).

d) 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. Darüber hinaus mangelt es bei dem hier als Gebrauchtwagen erworbenen Fahrzeug an der Stoffgleichheit der etwaigen Vermögenseinbuße der Klägerin mit den denkbaren Vermögensvorteilen, die ein verfassungsmäßiger Vertreter der Beklagten (§ 31 BGB) für sich oder einen Dritten erstrebt haben könnte (vgl. BGH, Urteil vom 30.07.2020 - VI ZR 5/20, juris Rn. 19 ff.).

e) 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.

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. Da sich aus dem Unionsrecht nicht ableiten lässt, dass dem vom Unionsrecht geschützten Geschädigten Aufwendungen für unberechtigt erhobene Forderungen erspart werden müssten und ihm diesbezüglich ein Erstattungsanspruch gegenüber dem Schädiger eingeräumt werden müsste, ist eine Aussetzung des Verfahrens und ein Vorlageersuchen an den EuGH nicht veranlasst. Die innerprozessuale Bedingung, unter die die Klägerin ihren hilfsweise gestellten Aussetzungsantrag gestellt hat, ist ohnehin nicht eingetreten, da der Senat einen Anspruch auf Ersatz des Differenzschadens nicht verneint hat.

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 Beschwer 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 52.324,11 € festgesetzt, §§ 63, 47, 48, 40 GKG, § 3 ZPO. Der Streitwert für das erstinstanzliche Verfahren wird in teilweiser Abänderung des Streitwertbeschlusses im Urteil des Landgerichts Bonn vom 14.11.2022 auf 55.568,31 € festgesetzt. Dies entspricht der Bezifferung des Klageantrages zu 1. in der Klageschrift und berücksichtigt die von der Klägerin berechnete Nutzungsentschädigung i.H.v. 9.125,22 (Bl. 119 LG), die von der insgesamt geltend gemachten Forderung von 64.693,53 € in Abzug zu bringen ist (vgl. BGH, Beschluss vom 12.10.2021 – VIII ZR 255/20, BeckRS 2021, 34009 Rn. 19 f.).

Anlage zum Protokoll am 02.04.2025
Verkündet am 02.04.2025
02.04.2025, [REDACTED]