

Titel:

Keine sittenwidrige Schädigung des Erwerbers eines Diesel-Fahrzeugs mit Thermofenster und Anspruch auf Ersatz des Differenzschadens

Normenketten:

BGB § 31, § 823 Abs. 2, § 826

EG-FGV § 6 Abs. 1, § 27 Abs. 1

Fahrzeugemissionen-VO Art. 3 Nr. 10, Art. 5 Abs. 2

Leitsätze:

1. Der Einsatz einer temperaturabhängigen Steuerung des Emissionskontrollsystems rechtfertigt die Bewertung als sittenwidriges Verhalten für sich genommen auch bei unterstellter Gesetzwidrigkeit der Applikation nicht. Denn anders als die Umschaltlogik differenziert das Thermofenster nicht danach, ob sich das Fahrzeug auf dem Prüfstand oder im normalen Fahrbetrieb befindet. (Rn. 20) (redaktioneller Leitsatz)
2. Der Vorwurf der Sittenwidrigkeit ist daher nur dann gerechtfertigt, wenn zu dem – unterstellten – Gesetzesverstoß weitere Umstände hinzutreten, die das Verhalten der für sie handelnden Personen als besonders verwerflich erscheinen ließen. Dies setzt jedenfalls voraus, dass diese Personen bei der Entwicklung und/oder Verwendung der temperaturabhängigen Steuerung des Emissionskontrollsystems in dem Bewusstsein handelten, eine unzulässige Abschalteinrichtung zu verwenden und den darin liegenden Gesetzesverstoß billigend in Kauf nahmen (hier verneint). (Rn. 20) (redaktioneller Leitsatz)
3. Zum Vorliegen eines unvermeidbaren Verbotsirrtums muss der Fahrzeugersteller zunächst darlegen und erforderlichenfalls beweisen, dass sich sämtliche seiner verfassungsmäßig berufenen Vertreter im Sinne des § 31 BGB über die Rechtmäßigkeit der gegenständlichen Abschalteinrichtung mit allen für die Prüfung nach Art. 5 Abs. 22 der Verordnung Nr. 715/2007 bedeutsamen Einzelheiten im maßgebenden Zeitpunkt im Irrtum befanden oder im Falle der Ressortaufteilung den damit verbundenen Pflichten genügten (hier verneint). (Rn. 36) (redaktioneller Leitsatz)

Schlagworte:

Schadensersatz, sittenwidrige Schädigung, Schutzgesetz, Dieselskandal, unzulässige Abschalteinrichtung, Thermofenster, EG-Typgenehmigung, Übereinstimmungsbescheinigung, Differenzschaden, Verbotsirrtum

Vorinstanz:

LG Ingolstadt, Urteil vom 29.07.2021 – 82 O 614/21

Tenor

1. Auf die Berufung der Klägerin wird das Urteil des Landgerichts Ingolstadt vom 29.7.2021 (Az.: 82 O 614/21 Die) abgeändert gemäß den folgenden Ziffern.
2. Die Beklagte wird verurteilt, an die Klägerin 4.949,- € nebst Zinsen hieraus in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit 26.3.2021 zu zahlen.
3. Die weitergehende Berufung wird zurückgewiesen und die weitergehende Klage wird abgewiesen.
4. Von den Kosten des Rechtsstreits haben die Klägerin 88% und die Beklagte 12% zu tragen.
5. Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar.
6. Die Revision gegen dieses Urteil wird nicht zugelassen.

Entscheidungsgründe

A.

1

Die Parteien streiten um Schadensersatzansprüche im Zusammenhang mit dem sogenannten „Dieselskandal“.

2

Die Klagepartei erwarb am 22.2.2018 von einem Autohaus den streitgegenständlichen PKW Marke Audi SQ5 bei einem Kilometerstand von 38.909 zum Kaufpreis von 49.490,- €. Das Fahrzeug verfügt über einen von der Beklagten hergestellten 3.0l-Dieselmotor mit 240 kw (Schadstoffklasse EU6). Die Klagepartei steht auf dem Standpunkt, die Motorsoftware des Fahrzeugs enthalte diverse unzulässige Abschaltvorrichtungen, die dafür Sorge trügen, dass das Fahrzeug die gesetzlichen Abgasgrenzwerte nur auf dem Prüfstand einhalte. Hierfür habe die Beklagte gegenüber der Klagepartei nach § 826 BGB und anderen Anspruchsgrundlagen einzustehen.

3

Das Fahrzeug unterlag einem verbindlichen Rückruf des KBA wegen einer unzulässigen Abschaltvorrichtung. Der Rückruf erfolgte im Dezember 2017. Hierüber informierte das KBA mit einer Pressemitteilung vom Januar 2018. Bereits im Juli 2017 war die Beklagte mit einer Pressemitteilung über laufende Untersuchungen des KBA an die Öffentlichkeit getreten und hatte ihre Vertragshändler über zu erteilende Kundeninformationen instruiert. Hinsichtlich der Einzelheiten der Aktivitäten der Beklagten im Zusammenhang mit dem bevorstehenden bzw. sodann erfolgten Rückruf wird auf Anlagen B 1 – B 6 sowie die diesbezüglichen landgerichtlichen Feststellungen (LGU 6 ff.) Bezug genommen.

4

Ferner verfügt das Fahrzeug über ein Thermofenster.

5

Die Klagepartei hat beantragt,

1. Die Beklagte wird verurteilt, an die Klägerin 41.379,73 € nebst Zinsen in Höhe von fünf Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 27.04.2020 zu zahlen. Die Verurteilung erfolgt Zug um Zug gegen Übereignung des Fahrzeugs der Marke Audi von Typ SQ5 3.0 TDI Quattro mit der Fahrzeugidentifikationsnummer (FIN) ...754 nebst zwei Fahrzeugschlüsseln, Kfz-Schein und Serviceheft.

2. Hilfsweise: Es wird festgestellt, dass die Beklagte verpflichtet ist, der Klägerin Schadensersatz zu zahlen für Schäden, die aus dem Einbau einer unzulässigen Abschaltvorrichtung i.S.v. Art. 5 Abs. 23 EG-VO 715/2007 durch die Beklagte in das Fahrzeug der Marke Audi vom Typ SQ5 3.0 TDI Quattro mit der Fahrzeugidentifikationsnummer (FIN) ...754 resultieren.

3. Es wird festgestellt, dass sich die Beklagte mit der Annahme der in dem Klagantrag zu 1 genannten Zug-um-Zug-Leistung in Annahmeverzug befindet.

4. Es wird festgestellt, dass der in Antrag zu 1 bezeichnete Anspruch aus einer vorsätzlichen unerlaubten Handlung der Beklagten herrührt.

5. Die Beklagte wird verurteilt, die Klägerin von den durch die Beauftragung der Prozessbevollmächtigten der Klägerin entstandenen Kosten der außergerichtlichen Rechtsverfolgung in Höhe von 2.791,74 € freizustellen.

6

Die Beklagte hat beantragt, die Klage abzuweisen.

7

Das Landgericht hat die Klage abgewiesen. Auf Tatbestand und Entscheidungsgründe des angegriffenen Urteils wird Bezug genommen. Mit ihrer zulässigen, insbesondere form- und fristgerecht eingelegten und begründeten Berufung verfolgte die Klagepartei ursprünglich ihr erstinstanzliches Schadensersatzbegehren weiter.

8

Am 23.4.2024 wies das Fahrzeug einen Kilometerstand von 154.698 auf.

9

Die Klagepartei beantragt,

1. Die Beklagte wird verurteilt, an die Klägerin einen Betrag bezüglich des Fahrzeugs der Marke Audi mit der Fahrzeugidentifikationsnummer ...754, dessen Höhe in das Ermessen des Gerichts gestellt wird, jedoch mindestens EUR 4.949,00 betragen muss, zu zahlen, nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit Rechtshängigkeit.

2. Die Beklagte wird verurteilt, die Klägerin von den durch die Beauftragung der Prozessbevollmächtigten der Klägerin entstandenen Kosten der außergerichtlichen Rechtsverfolgung in Höhe von EUR 540,50 freizustellen.

10

Die Beklagte beantragt die Zurückweisung der Berufung.

B.

11

Die Berufung hat insoweit Erfolg, als der Klägerin ein Anspruch auf Ersatz des Differenzschadens in Höhe des zuerkannten Betrages nebst Zinsen zusteht. Im übrigen (also insbesondere hinsichtlich des Anspruchs auf Freistellung von vorgerichtlichen Kosten) war sie als unbegründet zurückzuweisen.

I.

12

Ansprüche aus § 826 BGB gegen die Beklagte wegen vorsätzlich sittenwidriger Schädigung der Klägerin bestehen nicht.

13

1. Sittenwidrig ist ein Verhalten, das nach seinem Gesamtcharakter, der durch umfassende Würdigung von Inhalt, Beweggrund und Zweck zu ermitteln ist, gegen das Anstandsgefühl aller billig und gerecht Denkenden verstößt. Dafür genügt es im Allgemeinen nicht, dass der Handelnde eine Pflicht verletzt und einen Vermögensschaden hervorruft. Vielmehr muss eine besondere Verwerflichkeit seines Verhaltens hinzutreten, die sich aus dem verfolgten Ziel, den eingesetzten Mitteln, der zutage getretenen Gesinnung oder den eingetretenen Folgen ergeben kann (std. Rspr., vgl. BGH, NJW 2020, 1962 Rz. 15 mwNachw.). Schon zur Feststellung der Sittenwidrigkeit kann es daher auf Kenntnisse, Absichten und Beweggründe des Handelnden ankommen, die die Bewertung seines Verhaltens als verwerflich rechtfertigen. Die Verwerflichkeit kann sich auch aus einer bewussten Täuschung ergeben (BGH a.a.O. Rz. 15).

14

Danach liegt ein sittenwidriges Verhalten eines Fahrzeug- bzw. Motorherstellers vor, wenn dieser sich im Rahmen einer von ihm bei der Motorenentwicklung getroffenen strategischen Entscheidung, die Typengenehmigungen durch arglistige Täuschung des Kraftfahrtbundesamtes [im folgenden: KBA] zu erschleichen und die derart bemakelten Fahrzeuge alsdann in Verkehr zu bringen, die Arglosigkeit und das Vertrauen der Fahrzeugkäufer gezielt zunutze macht (BGH a.a.O. Rz. 25). Dies ist der Fall, wenn der Automobilhersteller dem KBA zwecks Erlangung der Typengenehmigung mittels einer zu diesem Zweck entwickelten Software, die bewusst und gewollt so programmiert ist, dass die gesetzlichen Abgasgrenzwerte nur auf dem Prüfstand beachtet, im normalen Fahrbetrieb hingegen überschritten werden (Umschaltlogik), wahrheitswidrig vorspiegelt, die Fahrzeuge würden die Grenzwerte einhalten (BGH, Beschluss vom 19.1.2021 – VI ZR 433/19, Rz. 17).

15

Dabei kann im Rahmen des § 826 BGB ein Verhalten, das sich gegenüber zunächst betroffenen (anderen) Geschädigten als sittenwidrig darstellte, aufgrund einer Verhaltensänderung des Schädigers vor Eintritt des Schadens beim konkreten Geschädigten diesem gegenüber als nicht mehr sittenwidrig zu werten sein. Eine solche Verhaltensänderung kann somit bereits der Bewertung seines Verhaltens als sittenwidrig – gerade in Bezug auf den geltend gemachten, erst später eingetretenen Schaden und gerade im Verhältnis zu dem erst später Geschädigten – entgegenstehen (BGH, Urteil vom 30.7.2020 – VI ZR 5/20, Rz. 30 ff.).

16

Im Falle eines Abgasrückführungssystems, das – anders als die Umschaltlogik – nicht danach differenziert, ob sich das Fahrzeug auf dem Prüfstand oder im normalen Fahrbetrieb befindet (BGH, Urteil vom 19.1.2021

– VI ZR 433/19, Rz. 18), ist der Vorwurf der Sittenwidrigkeit gegenüber der Beklagten nur dann gerechtfertigt, wenn zu dem – unterstellten – Gesetzesverstoß weitere Umstände hinzutreten, die das Verhalten der für sie handelnden Personen als besonders verwerflich erscheinen lassen (BGH a.a.O. Rz. 19). Dies setzt jedenfalls voraus, dass diese Personen bei der Entwicklung und / oder Verwendung der temperaturabhängigen Steuerung (oder vergleichbarer Beeinflussungen) des Emissionskontrollsystems in dem Bewusstsein handelten, eine unzulässige Abschalteneinrichtung zu verwenden, und den darin liegenden Gesetzesverstoß billigend in Kauf nahmen (BGH, Urteil vom 19.1.2021 – VI ZR 433/19, Rz. 19; Beschluss vom 9.3.2021 – VI ZR 889/20, Rz. 28). Fehlt es daran, ist bereits der objektive Tatbestand der Sittenwidrigkeit nicht erfüllt.

17

2. Vorliegend ist auf der Basis der nicht substantiiert angegriffenen Feststellungen des Landgerichts von einer Verhaltensänderung der Beklagten im dargestellten Sinne vor Abschluss des gegenständlichen Kaufvertrags am 22.2.2018 auszugehen, die die Annahme objektiv sittenwidrigen Handelns der Beklagten im Hinblick auf die zum Rückruf des KBA führende unzulässige Abschalteneinrichtung gegenüber der Klägerin ausschließt (vgl. zuletzt auch BGH, Urteil vom 29.2.2024 – VII ZR 536/21, Rz. 11 ff.). Insofern kann auf die zutreffenden rechtlichen Ausführungen des Landgerichts Bezug genommen werden.

18

3. Das unstreitig vorhandene Thermofenster erfüllt den Tatbestand des § 826 BGB vorliegend nicht, so dass insoweit dahinstehen kann, ob sich die Verhaltensänderung der Beklagten auch hierauf beziehe.

19

Die Abgasrückführung im streitgegenständlichen Fahrzeug ist unstreitig abhängig von der Umgebungstemperatur. Streitig sind allerdings die genauen Temperaturdaten, zu denen eine Verminderung oder Abschaltung erfolgen soll. Die Klagepartei behauptet ein Thermofenster zwischen +17°C und +30°C. Die Beklagte (die erstinstanzlich keine Angaben zur Reichweite des Thermofensters gemacht hatte) bestreitet dies und behauptet in der Berufungsinstanz, dass die Abgasrückführung in einem repräsentativen Betriebspunkt im Temperaturbereich zwischen 0°C und +38°C aktiv sei und im Temperaturbereich zwischen 1°C und 37°C ohne Abrampung funktioniere.

20

An dieser Stelle kann noch dahinstehen, welchem dieser Vorträge zu folgen wäre. Denn der Einsatz einer derart temperaturabhängigen Steuerung des Emissionskontrollsystems rechtfertigt die Bewertung als sittenwidriges Verhalten für sich genommen auch bei unterstellter Gesetzwidrigkeit der Applikation nicht (BGH, Beschluss vom 19.1.2021 – VI ZR 433/19, Rz. 13.; Urteil vom 16.9.2021 – VI ZR 190/20, Rz. 16). Denn anders als die Umschaltlogik differenziert das Thermofenster nicht danach, ob sich das Fahrzeug auf dem Prüfstand oder im normalen Fahrbetrieb befindet (BGH vom 19.1.2021, a.a.O. Rz. 18). Bei dieser Sachlage wäre der Vorwurf der Sittenwidrigkeit gegenüber der Beklagten nur dann gerechtfertigt, wenn zu dem – unterstellten – Gesetzesverstoß weitere Umstände hinzuträten, die das Verhalten der für sie handelnden Personen als besonders verwerflich erscheinen ließen (BGH vom 19.1.2021, a.a.O. Rz. 19). Dies setzt jedenfalls voraus, dass diese Personen bei der Entwicklung und / oder Verwendung der temperaturabhängigen Steuerung des Emissionskontrollsystems in dem Bewusstsein handelten, eine unzulässige Abschalteneinrichtung zu verwenden und den darin liegenden Gesetzesverstoß billigend in Kauf nahmen (BGH vom 19.1.2021, a.a.O. Rz. 19; Beschluss vom 9.3.2021 – VI ZR 889/20, Rz. 28).

21

Davon ist hier nicht auszugehen. Die Rechtsfrage, ob das Thermofenster eine unzulässige Abschalteneinrichtung darstellt oder nicht, war hoch umstritten. Der Bericht der Untersuchungskommission Volkswagen vom April 2016 ging von der Zulässigkeit des Thermofensters aus. Daher liegt es keineswegs auf der Hand und kann nicht ohne weiteres davon ausgegangen werden, dass die Beklagte von der Unzulässigkeit des Thermofensters ausging oder die Augen hiervoor bewusst verschlossen hätte (BGH v. 16.9.2021 a.a.O. Rz. 30).

22

Zwar könnten sich unter Umständen aus einer etwaigen Verschleierung im Typengenehmigungsverfahren, dass die Abgasrückführung (auch) temperaturabhängig ist, Anhaltspunkte für ein Bewusstsein der für die Beklagte handelnden Personen, eine unzulässige Abschalteneinrichtung einzusetzen, und mithin für die Täuschungsabsicht ergeben (BGH vom 9.3.2021, a.a.O. Rz. 24). Indes lässt sich aus dem Klägervortrag

hier keine derartige Verschleierung ableiten, der ein solcher Indizcharakter zukäme. Eine unterbliebene Offenlegung des Thermofensters oder dessen genauer Wirkungsweise gegenüber dem KBA reichen insofern nicht aus (BGH, Hinweisbeschluss vom 15.9.2021 – VII ZR 2/21, Rz. 15; Urteil vom 16.9.2021, a.a.O. Rz. 26; Urteil vom 24..2022 – III ZR 270/20, Rz. 22; Urteil vom 18.9.2023 – VIa ZR 1508/22, Rz. 22).

23

Ebenso fehlt es an dem für § 826 BGB erforderlichen Schädigungsvorsatz. Allein aus einer etwaigen objektiven Unzulässigkeit des Thermofensters folgt kein Vorsatz hinsichtlich der Schädigung der Fahrzeugkäufer; im Hinblick auf die unsichere Rechtslage ist nicht dargetan, dass sich den für die Beklagte tätigen Personen die Gefahr einer Schädigung der Klagepartei hätte aufdrängen müssen (BGH, Urteil vom 16.9.2021, a.a.O. Rz. 32; Beschluss vom 15.9.2021, a.a.O. Rz. 23).

II.

24

Hingegen steht der Klägerin gegen die Beklagte ein Anspruch aus § 823 Abs. 2 BGB in Verbindung mit §§ 6, 27 EG-FGV in Höhe von 4.949,- € nebst Rechtshängigkeitszinsen zu.

25

1. Der Bundesgerichtshof hat kürzlich entschieden (Urteile vom 26.6.2023 – VIa ZR 335/21, VIa ZR 53/21 und VIa ZR 1031/22), dass dem Käufer eines mit einer unzulässigen Abschaltvorrichtung im Sinne des Art. 5 Abs. 2 der Verordnung (EG) Nr. 715/2007 versehenen Kraftfahrzeugs unter den Voraussetzungen des § 823 Abs. 2 BGB i.V. mit §§ 6 Abs. 1, 27 Abs. 1 EG-FGV ein Anspruch gegen den Fahrzeughersteller auf Ersatz des Differenzschadens zustehen kann. Die Haftung knüpft an die Erteilung einer unzutreffenden Übereinstimmungsbescheinigung an (BGH, Urteil vom 26.6.2023 – VIa ZR 335/21, Rz. 28 ff.). Der Fahrzeughersteller kann hiernach auch dann haften, wenn er den Motor eines anderen Herstellers verwendet hat (BGH, Urteil vom 8.10.2023 – VIa ZR 26/21).

26

Der Beklagten kann nicht in der Auffassung gefolgt werden, dass die dargestellte Verhaltensänderung der Beklagten generell auch eine Haftung gemäß § 823 Abs. 2 BGB ausschliesse. Das ergibt sich schon aus dem Urteil des BGH vom 29.2.2024 (VII ZR 536/21, Rz. 16), wo der Bundesgerichtshof das dortige Verfahren nach Verneinung des § 826 BGB wegen einer relevanten Verhaltensänderung zur Prüfung einer Haftung aus § 823 Abs. 2 BGB in Verbindung mit §§ 6, 27 EG-FGV zurückverwiesen hat (ebenso Urteile vom 23.1.2024 – VI ZR 592/20 und vom 5.3.2024 – VI ZR 475/20). Nichts anderes ergibt sich aus dem Urteil des BGH vom 10.7.2023 – VIa ZR 1119/22, Rz. 16, das sich auf die Haftung des Motorherstellers, der nicht zugleich Fahrzeughersteller ist, bezieht.

27

Allerdings gelten im Falle einer relevanten Verhaltensänderung der Beklagten einige Besonderheiten zur Kausalität und zum Verschulden, die vorliegend unten unter II.3 und II.5 erörtert werden.

28

2. Das streitgegenständliche Fahrzeug verfügt über eine unzulässige Abschaltvorrichtung in Gestalt des unstreitig verbauten Thermofensters.

29

a) Dabei geht der Senat davon aus, dass das unstreitig vorhandene Thermofenster (vor einem eventuellen Update) eine vollständige Abgasreinigung nur zwischen +17°C und +30°C gewährleistet. Soweit die Beklagte nunmehr in der Berufungsinstanz vorträgt, die Abgasrückführung sei in einem repräsentativen Betriebspunkt zwischen 0 und + 38°C aktiv bzw. zwischen 1°C und 37°C vollständig aktiv, ist dieser Vortrag als in der Berufungsinstanz neu nach § 531 Abs. 2 ZPO zurückzuweisen. Der Vortrag widerspricht dem dargestellten Klägervortrag und ist damit streitig. Die Beklagte legt nicht dar, warum der Vortrag nicht schon erstinstanzlich möglich war. Insbesondere trifft nicht zu, dass es in erster Instanz hierauf nicht angekommen wäre; das Thermofenster war bereits Gegenstand des erstinstanzlichen Verfahrens.

30

Im übrigen würde der genannte Beklagtenvortrag, selbst wenn man ihn zuließe, kein substantiiertes Bestreiten des Klägervortrags darstellen. Denn die Ausführungen der Beklagten beziehen sich nur auf das Abgasverhalten in einem „repräsentativen Betriebspunkt“. Bei einem PKW-Dieselmotor wechseln jedoch die

Betriebspunkte schnell und ständig (vgl. Schleswig-Holsteinisches Verwaltungsgericht, Urteil vom 23.5.2023 – 3 A 3/20, Rz. 38). Damit ist nicht dargelegt, dass der Motor in anderen Betriebspunkten die Abgasrückführung nicht wie vom Kläger vorgetragen steuert.

31

b) Nach Art. 3 Nr. 10 der VO Nr. 715/2007/EG ist Abschalteinrichtung „ein Konstruktionsteil, das die Temperatur ... 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 Fahrbetrieb vernünftigerweise zu erwarten sind“, reduziert. Nach dieser Definition handelt es sich bei dem Thermofenster, bei welchem die Abgasrückführung bei Außentemperaturen unter +17°C bzw. über +30°C vermindert wird, um eine Abschalteinrichtung. Temperaturen unter +17°C bzw. über +30°C treten im Unionsgebiet allgemeinkundig häufig auf. Die Abgasrückführung wird daher temperaturabhängig (auch) unter Fahrbedingungen reduziert, die vernünftigerweise zu erwarten sind.

32

Es handelt sich um eine unzulässige Abschalteinrichtung im Sinne von Art. 5 Abs. 2 der genannten Verordnung. Das Thermofenster führt temperaturabhängig zu einer Verringerung der Wirkung der Abgasrückführung und ist damit grundsätzlich unzulässig. Eine Ausnahme nach lit. a) – c) der Vorschrift greift vorliegend nicht. Ernsthaft in Betracht käme nur, dass die Funktion erforderlich wäre, um den Motor vor Beschädigung oder Unfall zu schützen und um den sicheren Betrieb des Fahrzeugs zu gewährleisten (lit. a)). Diese beiden Voraussetzungen müssen kumulativ vorliegen (EuGH, Urteil vom 21.3.2023 -C-101/21, Rz. 22). Nicht notwendig in diesem Sinn ist eine Abschalteinrichtung, die unter normalen Bedingungen den überwiegenden Teil des Jahres funktionieren müsste, um den Motor vor Beschädigung oder Unfall zu schützen und den sicheren Betrieb des Fahrzeugs zu gewährleisten (EuGH a.a.O. Rz. 65, 66). So liegt es hier. Wie oben dargestellt herrschen in Deutschland verbreitet Temperaturen von unter +17°C, die jährliche Durchschnittstemperatur liegt bei etwa 9 – 10 °C. Bezogen auf das gesamte Unionsgebiet und damit unter Einbeziehung etwa der nördlichen Teile von Schweden und Finnland sind im Herbst, Winter und Frühling und damit im überwiegenden Teil des Jahres allgemeinkundig sogar Temperaturen unter dem Gefrierpunkt (jedenfalls in den Morgenstunden) nicht ungewöhnlich. Damit ist das Thermofenster in seiner konkreten Ausgestaltung selbst dann nicht als notwendig im Rechtssinne einzustufen, wenn es aus technischer Sicht zum Motorschutz usw. erforderlich wäre.

33

3. Voraussetzung für einen Anspruch nach § 823 Abs. 2 BGB i.V. mit §§ 6 Abs. 1, 27 Abs. 1 EG-FGV ist ein schuldhaftes Handeln des Anspruchsgegners, wobei ein fahrlässiger Verstoß genügt (BGH, Urteil vom 26.6.2023 – VIa ZR 335/21, Rz. 36, 38). Es besteht eine von der objektiven Schutzgesetzverletzung ausgehende Verschuldensvermutung, die von der Beklagten ausgeräumt werden muss (BGH, a.a.O. Rz. 59).

34

Zwar hat der Bundesgerichtshof erwogen, dass dem Fahrzeughersteller unter Umständen auch im Rahmen der Haftung nach § 823 Abs. 2 BGB dem Fahrzeughersteller nach einer Verhaltensänderung ein Fahrlässigkeitsvorwurf gegenüber Käufern nicht mehr gemacht werden kann, die nach der Verhaltensänderung erworben haben, wenn der Fahrzeughersteller die Verwendung einer unzulässigen Abschalteinrichtung in einer Art und Weise bekannt gemacht hat, die eine allgemeine Kenntnisnahme erwarten lässt (BGH, Urteil vom 26.6.2023 – VIa ZR 335/21, Rz. 61). Weitere Voraussetzung für einen Wegfall der Verschuldensvermutung ist in diesen Fällen allerdings, dass der Fahrzeughersteller die Beseitigung der betreffenden Abschalteinrichtung in neuen und gebrauchten Fahrzeugen veranlasst hat (BGH a.a.O.). Daraus folgt, dass die Verhaltensänderung eine Haftung aus § 823 Abs. 2 BGB nur für diejenigen Abschalteinrichtungen ausschließt, die Gegenstand des Rückrufs und der entsprechenden Bekanntmachungen waren. Nachdem das Thermofenster vorliegend in den von der Beklagten vorgelegten öffentlichen Äußerungen nicht erwähnt wurde, vermag die Verhaltensänderung der Beklagten die Verschuldensvermutung hinsichtlich des Thermofensters nicht zu entkräften.

35

Die Beklagte kann sich insoweit auch nicht auf einen unvermeidbaren Verbotsirrtum berufen. Sie ist darlegungs- und beweiselastet sowohl für einen Verbotsirrtum als auch für dessen Unvermeidbarkeit

(BGH, a.a.O. Rz. 63). Die Ausräumung der Verschuldensvermutung durch einen unvermeidbaren Verbotsirrtum ist der Beklagten vorliegend nicht gelungen.

36

Die Verneinung eines Verschuldens unter dem Gesichtspunkt eines unvermeidbaren Verbotsirrtums setzt zunächst einen solchen Irrtum der Beklagten voraus (BGH, Urteil vom 27.11.2023 – VIa ZR 1425/22, Rz. 32). Vorliegend kann auf der Basis des Beklagtenvortrags schon nicht davon ausgegangen werden, dass die satzungsmäßigen Organe (Vorstandsmitglieder) und die ihnen nach § 31 BGB gleichstehenden leitenden Mitarbeiter der Beklagten einem Verbotsirrtum unterlagen. Dazu müsste die Beklagte darlegen und erforderlichenfalls beweisen, dass sich sämtliche ihrer verfassungsmäßig berufenen Vertreter im Sinne des § 31 BGB über die Rechtmäßigkeit der gegenständlichen Abschalteneinrichtung mit allen für die Prüfung nach Art. 5 Abs. 22 der Verordnung Nr. 715/2007 bedeutsamen Einzelheiten im maßgebenden Zeitpunkt im Irrtum befanden oder im Falle der Ressortaufteilung den damit verbundenen Pflichten genügten (BGH, Urteil vom 25.9.2023 – VIa ZR 1/23, Rz. 14). Diesen Anforderungen wird der pauschale Beklagtenvortrag nicht gerecht. Insoweit wird nur auf das Vorstellungsbild „der Beklagten“, „der zuständigen Mitarbeiter“ oder „der für die Einhaltung der regulatorischen Vorgaben zuständigen Organisationseinheiten“ abgestellt. Aus diesem Vortrag lässt sich kein Rückschluss darauf ziehen, ob und gegebenenfalls welche Vorstellungen sich die (sämtlichen) haftungsrechtlichen Organe im Zeitpunkt des Kaufvertragsschlusses von der Rechtmäßigkeit des konkreten Thermofensters gemacht haben.

37

Da somit schon ein Verbotsirrtum als solcher nicht hinreichend dargelegt ist, kommt es auf die Frage von dessen Vermeidbarkeit nicht an.

38

4. Vorliegend ergibt sich ein Schaden der Klagepartei in Höhe von 4.949,- €.

39

a) Der Anspruch aus § 823 Abs. 2 BGB ist auf den Ersatz des sogenannten Differenzschadens gerichtet (BGH, Urteil vom 26.6.2023- VIa ZR 5/21, Rz. 39 ff.). Es handelt sich um das rechnerische Minus, welches sich daraus ergibt, dass der objektive Wert des erworbenen Fahrzeugs hinter dem Kaufpreis zurückbleibt (a.a.O. Rz. 40). Abzustellen ist dabei auf den Zeitpunkt des Vertragsschlusses (a.a.O. Rz. 41).

40

Die Höhe dieses Schadens ist nach § 287 ZPO zu schätzen, und zwar im Bereich zwischen 5% und 15% des Kaufpreises (a.a.O.Rz. 42, 43). Dabei ist insbesondere auf das Risiko behördlicher Anordnungen in Bezug auf die Nutzbarkeit des Fahrzeugs, vor allem auf Umfang und Eintrittswahrscheinlichkeit möglicher Betriebsbeschränkungen im Zeitpunkt des Vertrages abzustellen (a.a.O. Rz. 76). Ferner ist, um dem europarechtlichen Gebot hinreichender Sanktionierung Rechnung zu tragen, auf das Gewicht des Rechtsverstoßes und den Grad des Verschuldens abzustellen (a.a.O. Rz. 77). Der Erholung eines Sachverständigengutachtens bedarf es nicht (a.a.O. Rz. 78).

41

Der Senat schätzt nach diesen Grundsätzen den Differenzschaden vorliegend auf 10% des Kaufpreises. Auszugehen ist insoweit von einem nicht unbeträchtlichen, aber nur fahrlässigen Verstoß gegen die europarechtlichen Anforderungen. Andererseits erschien im Zeitpunkt des Kaufvertragsschlusses das Risiko behördlicher Nutzungsbeschränkungen angesichts der Genehmigungspraxis des Kraftfahrzeugbundesamtes eher gering. Dem Senat erscheint es daher angemessen, sich in der Mitte des vorgegebenen Rahmens zu halten. Dies ergibt bei einem Kaufpreis von 49.490,- € im Ausgangspunkt einen klägerischen Schaden von 4.949,- €.

42

b) Gegenzurechnen sind allerdings die Vorteile, die die Klagepartei aus dem erworbenen Fahrzeug gezogen hat. Dies sind der Restwert des klägerischen Fahrzeugs und die von ihm gezogenen Nutzungsvorteile (jeweils nach dem Stand der letzten mündlichen Tatsachenverhandlung), allerdings nur, soweit die Summe dieser Positionen den wahren Wert des Fahrzeugs bei Vertragsschluss (Kaufpreis abzüglich Differenzschaden) übersteigt (BGH, a.a.O. Rz. 79).

43

Der wahre Wert des Fahrzeugs im Zeitpunkt des Vertragsschlusses betrug $(49.490 - 4.949) = 44.541,- €$.

44

Die von der Klagepartei gezogenen Nutzungsvorteile betragen 21.947,89 €. Die Klägerin ist mit dem Fahrzeug 115.789 km gefahren (km-Stand bei Schluss der mündlichen Berufungsverhandlung 154.698 – km-Stand bei Erwerb 38.909). Der Senat geht in ständiger Rechtsprechung von einer Gesamtfahrleistung bei Dieselfahrzeugen von 300.000 km aus. Folglich war bei Erwerb des Fahrzeugs durch die Klagepartei eine mögliche Restfahrleistung von 261.091 km (300.000 – 38.909) zu erwarten. Der von der Klagepartei gezogene Nutzungsvorteil ergibt sich daher bei einem Kaufpreis von 49.490,- € nach der Formel Kaufpreis x gefahrene Kilometer zu Restfahrleistung (= $49.490 \times 154.698 : 261.091$).

45

Hinsichtlich des Restwerts des Fahrzeugs geht der Senat vom Händlereinkaufspreis gemäß Gebrauchtwagenbewertung erstellt mit SilverDAT aus (§ 287 ZPO). Dabei handelt es sich nach Auffassung des Senats um denjenigen Betrag, den der Verkäufer eines Gebrauchtwagens bei gewöhnlichem Verlauf der Dinge zu erzielen vermag, zumal sich in Zeiten weitestgehender Verbreitung des Internets nicht nur gewerbliche, sondern auch private Gebrauchtwagenkäufer bei lebensnaher Würdigung an den im Internet verfügbaren KFZ-Bewertungsmöglichkeiten orientieren werden. – Vorliegend ergab die SilverDAT-Abfrage einen aktuellen Restwert des Fahrzeugs von 18.474 €.

46

Die Nutzungsvorteile von 21.947,89 € und der Restwert von 18.474,- € (zusammen 40.421,89 €) übersteigen den wahren Wert des Fahrzeugs bei Vertragsschluss (44.541,- €) nicht. Es verbleibt daher bei einem Schaden von 4.949,- €.

47

5. Der oben dargestellte Schutzgesetzverstoß der Beklagten ist kausal für diesen Schaden.

48

Die Lebenserfahrung streitet im Normalfall dafür, dass die Klagepartei das Fahrzeug nicht zu dem gezahlten Preis erworben hätte, wenn sie gewusst hätte, dass es aufgrund der unzutreffenden Übereinstimmungsbescheinigung 10% weniger wert ist. Zwar ist die Geltung dieses Erfahrungssatzes zu hinterfragen, wenn – wie vorliegend – der Kauf nach einer Verhaltensänderung der Beklagten, insbesondere nach einer öffentlichen Bekanntmachung von drohenden oder vorliegenden Rückrufen wegen unzulässiger Abschalteinrichtungen erfolgt (vgl. BGH, Urteil vom 26.6.2023 – VIa ZR 533/21, Rz. 15; Urteil vom 12.10.2023 – VII ZR 319/21, Rz. 25). Vorliegend ist der Senat aber nach Anhörung der Klägerin davon überzeugt, dass diese das Fahrzeug in Kenntnis eines Minderwerts wegen einer unzulässigen Abschalteinrichtung nicht zu dem gezahlten Preis erworben hätte. Dies hat die Klägerin gegenüber dem Senat so angegeben und ferner bekundet, beim Erwerb des Fahrzeugs kein Informationsschreiben der Beklagten entsprechend Anlage B 4 ausgehändigt bekommen zu haben. Letzteres erscheint nicht unplausibel, da der Erwerb im Februar 2018 und damit schon kurz nach der öffentlichen Kommunikation der Rückrufe vom Januar 2018 erfolgte. Der Senat sieht daher keinen Anlass, den Angaben der Klägerin nicht zu glauben.

49

Damit steht die Kausalität des Schutzgesetzverstoßes der Beklagten für den gegenständlichen Vertragsschluss zur Überzeugung des Senats fest. Ob die Klagepartei von der rechtlichen Bedeutung der Übereinstimmungsbescheinigung wusste oder deren Existenz zur Kenntnis genommen hat, ist für die vorzunehmende Wertung irrelevant.

50

6. Der dargestellte Schaden ist nicht durch ein eventuelles Software-Update entfallen, wobei dahinstehen kann, ob es bei dem streitgegenständlichen Fahrzeug aufgespielt wurde.

51

Allerdings kann im Wege der Vorteilsausgleichung eine Schadensreduzierung eintreten, wenn durch ein auf das Fahrzeug ausgespieltes Update die Gefahr von Betriebsuntersagungen signifikant reduziert wird, was voraussetzt, dass das Update nicht seinerseits eine unzulässige Abschalteinrichtung enthält (BGH, Urteil vom 26.6.2023 – VIa ZR 335/21, Rz. 80). Lässt der Geschädigte in diesem Fall das Update nicht aufspielen, tritt dieselbe Schadensreduzierung unter dem Gesichtspunkt der Schadensminderungspflicht ein (BGH, Urteil vom 23.10.2023 – VIa ZR 468/21, Rz. 14). Darlegungspflichtig für die tatsächlichen Voraussetzungen

sowohl eines anzurechnenden Vorteils als auch eines Verstoßes gegen die Schadensminderungspflicht ist der Schädiger, also die Beklagte. Vorliegend sind die Ausführungen der Beklagten in dieser Hinsicht nicht hinreichend.

52

Die Beklagte legt nicht dar, ob und inwieweit das schon bei Vertragsschluss vorhandene Thermofenster (dazu vgl. oben) durch ein Update aufgeweitet wurde. Damit verbleibt es nach einem eventuellen Update bei den obigen Ausführungen. Auch ein Thermofenster zwischen +1°C und +37°C stellt nach den obigen Grundsätzen eine unzulässige Abschalteneinrichtung dar. Bezogen auf das ganze Unionsgebiet und damit unter Einbeziehung etwa der nördlichen Teile von Schweden und Finnland sind im Herbst, Winter und Frühling und damit im überwiegenden Teil des Jahres allgemeinkundig Temperaturen unter +1°C üblich. Ein Thermofenster mit voller Wirksamkeit der Abgasrückführung zwischen +1°C und +37°C reicht daher schon hinsichtlich des Temperaturbereichs nicht aus, um im gesamten Unionsgebiet im überwiegenden Teil des Jahres eine temperaturabhängige Verminderung der Abgasrate auszuschließen.

53

Ferner legt die Beklagte die vollständige Abgasreinigung in dem genannten Temperaturbereich nur für einen – wenn auch angeblich repräsentativen – Betriebspunkt dar. Das ist nicht hinreichend für die Folgerung, dass durch das Update die vollständige Abgasrückführung unter den gewöhnlich zu erwartenden Bedingungen überwiegend gewährleistet ist. Denn bei dem Betrieb eines PKW-Dieselmotors wechseln die Betriebspunkte schnell und ständig (vgl. Schleswig-Holsteinisches Verwaltungsgericht, Urteil vom 23.5.2023 – 3 A 3/20, Rz. 38). Die damit verbleibende Unklarheit geht zu Lasten der darlegungspflichtigen Beklagten.

54

7. Die Zinsentscheidung folgt aus §§ 288, 291 BGB.

III.

55

Der Kläger hat keinen Anspruch auf Erstattung vorgerichtlicher Kosten. Ein Anspruch aus § 826 BGB, in dessen Rahmen er geltend gemacht werden könnte, besteht nicht (vgl. oben). Neben der Geltendmachung des Differenzschadens kommt ein Anspruch auf Erstattung vorgerichtlicher Kosten nicht in Betracht (BGH, Urteil vom 16.10.2023 – VIa ZR 14/22, Rz. 13). Die vorgerichtliche Geltendmachung des nicht bestehenden Anspruchs auf Rückabwicklung stellt keine zweckentsprechende Rechtsverfolgung dar.

C.

56

Die Kostenentscheidung folgt aus §§ 91, 92, 97 ZPO.

57

Die Entscheidung über die vorläufige Vollstreckbarkeit ergibt sich aus §§ 708 Nr. 10, 711, 713 ZPO.

58

Die Revision war nicht zuzulassen, da Zulassungsgründe (§ 543 Abs. 2 ZPO) nicht vorliegen. Weder hat die Rechtssache grundsätzliche Bedeutung noch erfordern die Fortbildung des Rechts oder die Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung eine Entscheidung des Revisionsgerichts. Die aufgeworfenen Rechtsfragen sind höchstrichterlich geklärt. Zu würdigen waren vorliegend die Umstände des Einzelfalles.