

Titel:

Anspruch auf Differenzschaden im Zusammenhang mit dem von Audi entwickelten und hergestellten 3,0-Liter-Motor (hier: Audi SQ5 3.0 TDI Quattro)

Normenketten:

BGB § 31, § 823 Abs. 2, § 826

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

EG-FGV § 6 Abs. 1, § 27 Abs. 1

ZPO § 287

Leitsätze:

1. Vgl. zu 3,0 Liter-Motoren von Audi mit unterschiedlichen Ergebnissen auch: BGH BeckRS 2021, 37683; BeckRS 2022, 21374; BeckRS 2023, 15119; KG BeckRS 2023, 33393; BeckRS 2024, 7118; BeckRS 2024, 12263; OLG Celle BeckRS 2023, 34908; OLG Dresden BeckRS 2023, 5152; OLG Hamm BeckRS 2021, 37295; OLG München BeckRS 2023, 32991; BeckRS 2024, 3294; BeckRS 2024, 7529; BeckRS 2024, 7526; BeckRS 2024, 9624; BeckRS 2023, 49064; BeckRS 2024, 16384; OLG Naumburg BeckRS 2023, 41799; OLG Saarbrücken BeckRS 2022, 34471; BeckRS 2024, 9899; OLG Stuttgart BeckRS 2024, 738; OLG Bamberg BeckRS 2023, 31419 (mit weiteren Nachweisen in Ls. 1); OLG München BeckRS 2022, 36080 (mit weiteren Nachweisen in Ls. 1); OLG Bamberg BeckRS 2022, 28703 (mit weiteren Nachweisen in Ls. 1) sowie OLG Brandenburg BeckRS 2021, 52227 (mit weiteren Nachweisen in Ls. 1). (redaktioneller Leitsatz)
2. Einen Differenzschaden bejahend auch: KG BeckRS 2024, 13983; OLG Celle BeckRS 2023, 32827; OLG Dresden BeckRS 2023, 22299; BeckRS 2023, 32835; OLG Hamburg BeckRS 2023, 26911; BeckRS 2024, 13979; OLG Hamm BeckRS 2023, 25175; BeckRS 2023, 29622; OLG München BeckRS 2024, 5142; BeckRS 2024, 5496; BeckRS 2024, 5589; BeckRS 2024, 6664; BeckRS 2024, 6950; BeckRS 2024, 7525; BeckRS 2024, 8552; BeckRS 2024, 8714; BeckRS 2024, 11301; BeckRS 2024, 16384; OLG Oldenburg BeckRS 2024, 643; BeckRS 2024, 5526; OLG Schleswig BeckRS 2023, 35465; BeckRS 2024, 3307; OLG Stuttgart BeckRS 2023, 35483; BeckRS 2024, 394; für Wohnmobil: OLG Naumburg BeckRS 2023, 27644. (redaktioneller Leitsatz)
3. Eine Rechtfertigung der Abschalteneinrichtung mit Gründen des Motorschutzes ist ausgeschlossen, wenn die Abschalteneinrichtung unter Bedingungen aktiviert ist, die innerhalb eines Jahres üblicherweise während in ihrer Summe längerer Zeitintervalle herrschen, als dies nicht der Fall ist; dabei sind die unionsrechtlichen Vorgaben im gesamten Unionsgebiet zu erfüllen, also auch im Norden Finnlands. (Rn. 36) (redaktioneller Leitsatz)
4. Ein Verbotsirrtum als solcher ist nicht hinreichend dargelegt, wenn nur auf das Vorstellungsbild „der Beklagten“, „der zuständigen Mitarbeiter“ oder „der für die Einhaltung der regulatorischen Vorgaben zuständigen Organisationseinheiten“ abgestellt wird. (Rn. 38) (redaktioneller Leitsatz)
5. Der Differenzschaden kann auf 10% des Kaufpreises geschätzt werden, wenn von einem nicht unbeträchtlichen, aber nur fahrlässigen Verstoß gegen die europarechtlichen Anforderungen auszugehen ist, im Zeitpunkt des Kaufvertragsschlusses das Risiko behördlicher Nutzungsbeschränkungen angesichts der Genehmigungspraxis des Kraftfahrzeugbundesamtes aber als eher gering anzusehen war. (Rn. 43) (redaktioneller Leitsatz)

Schlagworte:

Diesel-Abgasskandal, Audi, 3.0l-Dieselmotor, unzulässige Abschalteneinrichtung, Thermofenster, unvermeidbarer Verbotsirrtum, Differenzschaden, Restwert, Genehmigungspraxis des KBA, Unionsgebiet

Vorinstanz:

LG Ingolstadt, Urteil vom 24.06.2022 – 72 O 2681/21

Tenor

1. Auf die Berufung des Klägers wird das Urteil des Landgerichts Ingolstadt vom 24.6.2022 (Az.: 72 O 2681/21 Die) abgeändert gemäß den folgenden Ziffern.
2. Die Beklagte wird verurteilt, an den Kläger 6.292,13 € nebst Zinsen hieraus in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit 4.2.2022 zu zahlen
3. Die weitergehende Berufung wird zurückgewiesen.
4. Von den Kosten des Rechtsstreits haben der Kläger 85% und die Beklagte 15% zu tragen.
5. Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar.
6. Die Revision gegen dieses Urteil wird nicht zugelassen.
7. Der Streitwert für das Berufungsverfahren wird für die Zeit bis 10.3.2024 auf 42.675,04 € und für die Zeit ab 11.3.2024 auf 6.292,13 € festgesetzt.

Entscheidungsgründe

A.

1

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

2

Die Klagepartei erwarb am aufgrund Bestellung vom 21.1.2015 gemäß Rechnung vom 18.5.2015 von einem Autohaus den streitgegenständlichen PKW Marke Audi SQ5 bei einem Kilometerstand von 8 zum Kaufpreis von 62.921,25 €. Das Fahrzeug verfügt über einen von der Beklagten hergestellten 3.0l-Dieselmotor mit 230 kw (Schadstoffklasse EU5). 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 verfügt über ein Thermofenster.

4

Die Klagepartei hat beantragt,

1. Die Beklagte wird verurteilt, an den Kläger EUR 43.418,00 nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit 19. August 2021 zu zahlen. Die Verurteilung erfolgt Zug um Zug gegen Übereignung und Herausgabe des Fahrzeugs der Marke Audi vom Typ SQ5 3.0 TDI Quattro mit der Fahrzeugidentifikationsnummer (FIN) ...323 nebst zwei Fahrzeugschlüsseln, Kfz-Schein, KFZ-Brief und Serviceheft.

2. Hilfsweise: Es wird festgestellt, dass die Beklagte verpflichtet ist, dem Kläger Schadensersatz zu zahlen für Schäden, die aus dem Einbau einer unzulässigen Abschaltvorrichtung i.S.v. Art. 5 Abs. 2 EG-VO 715/2007 durch die Beklagte in das Fahrzeug der Marke Audi vom Typ SQ5 3.0 TDI Quattro mit der Fahrzeugidentifikationsnummer (FIN) ...323 resultieren.

3. Es wird festgestellt, dass sich die Beklagte mit der Annahme der in vorgenannten Klaganträgen genannten Zug-um-Zug-Leistung im 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, den Kläger von den durch die Beauftragung der Prozessbevollmächtigten des Klägers entstandenen Kosten der außergerichtlichen Rechtsverfolgung i.H.v. EUR 2.994,04 freizustellen.

5

Die Beklagte hat beantragt,

die Klage abzuweisen.

6

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 Schadensersatzbegehren mit der Maßgabe, dass als Hauptsachebetrag die Zahlung von 42.675,07 € begehrt werde, weiter.

7

Am 24.6.2024 wies das Fahrzeug einen Kilometerstand von 133.449 auf.

8

Die Klagepartei beantragt zuletzt,

1. Die Beklagte wird verurteilt, an den Kläger einen Betrag bezüglich des Fahrzeugs der Marke Audi mit der Fahrzeugidentifikationsnummer ...323, dessen Höhe in das Ermessen des Gerichts gestellt wird, jedoch mindestens EUR 6.292,13 betragen muss, zu zahlen, nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit Rechtshängigkeit.

2. Die Beklagte wird verurteilt, den Kläger von den durch die Beauftragung der Prozessbevollmächtigten des Klägers entstandenen Kosten der außergerichtlichen Rechtsverfolgung in Höhe von EUR 2.994,04 freizustellen.

9

Die Beklagte beantragt

die Zurückweisung der Berufung.

B.

10

Die Berufung hat mit den zuletzt gestellten Anträgen in der Hauptsache Erfolg; zurückzuweisen war sie aber, soweit der Kläger die Freistellung von vorgerichtlichen Kosten begehrt.

11

I. Dem Kläger stehen keine Ansprüche wegen vorsätzlich sittenwidriger Schädigung durch die Beklagte aus § 826 BGB zu.

12

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).

13

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).

14

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.).

15

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 Abschalteinrichtung 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.

16

2. Das unstreitig vorhandene Thermofenster erfüllt den Tatbestand des § 826 BGB vorliegend nicht.

17

Die Abgasrückführung im streitgegenständlichen Fahrzeug ist unstreitig abhängig von der Umgebungstemperatur. Zur Reichweite des Thermofensters vor dem Update, also bei Kaufvertragsabschluss differiert der wechselseitige Parteivortrag geringfügig. Die Klagepartei behauptet ein Thermofenster zwischen +17°C und +30°C. Die Beklagte und behauptet, dass die Abgasrückführung im Temperaturbereich zwischen +20°C und +34°C ohne Abrampung vollständig aktiv sei.

18

Die genaue Reichweite des Thermofensters kann an dieser Stelle dahinstehen. Denn der Einsatz einer derart temperaturabhängigen Steuerung des Emissionskontrollsystems rechtfertigt die Bewertung als sittenwidriges Verhalten für sich genommen auch bei unterstellter Gesetzeswidrigkeit 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 Abschalteinrichtung 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).

19

Davon ist hier nicht auszugehen. Die Rechtsfrage, ob das Thermofenster eine unzulässige Abschalteinrichtung darstellt oder nicht, war hoch umstritten. Der Bericht der Untersuchungskommission V. 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).

20

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 Abschalteinrichtung 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 24.12.2022 – III ZR 270/20, Rz. 22; Urteil vom 18.9.2023 – VIa ZR 1508/22, Rz. 22).

21

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).

22

3. Die Behauptungen der Klagepartei zu weiteren Abschalteinrichtungen im Motor des streitgegenständlichen Fahrzeugs (insbesondere Aufheizstrategie, Getriebemanipulation) enthalten keine greifbaren Anhaltspunkte für die Annahme der tatsächlichen Voraussetzungen eines Anspruchs aus § 826 BGB und vermögen daher eine Beweisaufnahme hierzu nicht zu rechtfertigen.

23

a) Zwar ist es einer Partei grundsätzlich nicht verwehrt, 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 oder Einblicks 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 (BGH, Beschluss vom 15.9.2021 – VII ZR 2/21, Rz. 26 f.). Eine 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 beim Fehlen jeglicher tatsächlicher Anhaltspunkte gerechtfertigt werden können (BGH a.a.O. Rz. 28; BGH, Urteil vom 16.9.2021 – VII ZR 190/20, Rz. 23).

24

b) Nach diesen Anforderungen verfehlen die Behauptungen der Klagepartei zu weiteren Abschalteinrichtungen die Anforderungen an einen hinreichend konkreten Sachvortrag.

25

aa) Die Ausführungen der Klagepartei krankten in erster Linie daran, dass sie zu wenig auf das streitgegenständliche Fahrzeug und den darin verbauten Motor eingehen. Sie versucht, aus durch das KBA festgestellten unzulässigen Abschalteinrichtungen bei anderen Motoren in anderen Fahrzeugtypen der Beklagten Schlussfolgerungen für das streitgegenständliche Fahrzeug zu ziehen. Dieser Schluss ist spekulativ und trägt nicht.

26

Unstreitig gibt es keinen verbindlichen Rückruf des Kraftfahrtbundesamtes für das streitgegenständliche Fahrzeug wegen einer unzulässigen Abschalteinrichtung. Dieser Streitstand entspricht auch den anderweitigen Erkenntnissen des Senats; nach der dem Senat vorliegenden Rückruftabelle des KBA gab es hinsichtlich des Modells SQ5 nur Rückrufe für Fahrzeuge mit Schadstoffklasse EU6, das streitgegenständliche Fahrzeug gehört hingegen zur Schadstoffklasse EU5.

27

Die Tatsache, dass das (durch den Dieselskandal sensibilisierte) KBA in zu anderen Motortypen der Beklagten unzulässige Abschalteinrichtungen festgestellt und hierwegen verbindliche Rückrufe veranlasst hat, hingegen beim streitgegenständlichen Fahrzeug gerade nicht, legt eher nahe, dass bei dem streitgegenständlichen Fahrzeug (neben dem Thermofenster) keine unzulässige Abschalteinrichtung

verbaut ist. Es hätte daher konkretere Darlegungen der Klagepartei bedurft, um eine Beweisaufnahme zu rechtfertigen.

28

bb) Soweit sich die Klagepartei auf in anderen Verfahren erholte Gutachten betreffend Motoren der Beklagten mit 176 kw bzw. 180 kw der Schadstoffklasse EU5 bezieht, bei denen die dortigen Sachverständigen außerhalb des Prüfstandes erheblich gesteigerte NOx-Emissionen festgestellt haben, stellt dies ebenfalls kein Indiz für das Vorliegen einer (weiteren) unzulässigen Abschalteinrichtung (neben dem Thermofenster, dazu oben I.2 und unten II.2) dar. Abgesehen davon, dass das streitgegenständliche Fahrzeug über eine Leistung von 230 kw verfügt, legt das eng bedatete Thermofenster nahe, dass bei Testfahrten außerhalb der Prüfstandsbedingungen (die senatsbekannt Temperaturen von 20°C – 30°C umfassen) eine deutliche Steigerung des Schadstoffausstoßes erfolgt.

29

cc) Auch die von der Klagepartei in Bezug genommenen Messungen der D.Umwelthilfe bzw. des ADAC sind keine hinreichenden Anhaltspunkte für das Vorhandensein einer unzulässigen Abschalteinrichtung. Denn nach der Rechtsprechung des BGH ist eine Abweichung der Messwerte im Realbetrieb von den Messwerten nach dem NEFZ als Indiz für eine Abschalteinrichtung, und noch dazu für eine Manipulationssoftware, die die Voraussetzungen des § 826 BGB erfüllen könnte, angesichts der unstreitigen gravierenden Unterschiede der Bedingungen, unter denen die Messungen erfolgen, ungeeignet (BGH, Beschluss vom 15.9.2021 – VII ZR 2/21, Rz. 30). Im übrigen ist auch insoweit darauf zu verweisen, dass das eng bedatete Thermofenster einen erhöhten Schadstoffausstoß nahelegt.

30

dd) Dass die Beklagte freiwillige Updates anbietet, die den Schadstoffausstoß reduzieren sollen, ist ebenfalls kein Indiz für eine unzulässige Abschalteinrichtung. Die Beklagte hat nachvollziehbar dargelegt, das freiwillige Softwareupdate sei im Rahmen des Nationalen Forums Diesel vereinbart worden, habe aber nichts mit einem drohenden Rückruf durch das KBA zu tun. Ein Zusammenhang mit einer (anderen) Abschalteinrichtung (als dem Thermofenster) ist daher nicht erkennbar. Dagegen spricht, dass das KBA für den streitgegenständlichen Motortyp stets betont hat, dass keine unzulässige Abschalteinrichtung festgestellt worden sei (vgl. z.B. Anlagen B 4, B 5). Es spricht daher nichts dafür, dass die Beklagte das freiwillige Update nur anbiete, um verpflichtenden Rückrufen zuvorzukommen; die gegenteilige Annahme der Klagepartei bewegt sich demgegenüber auf der Ebene der Spekulation.

31

II. Hingegen steht der Klägerin ein Schadensersatzanspruch in der zuerkannten Höhe aus § 823 Abs. 2 BGB in Verbindung mit §§ 6, 27 EG-FGV zu.

32

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 Abschalteinrichtung 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).

33

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

34

Dabei geht der Senat aufgrund des oben dargestellten wechselseitigen Parteivortrags zugunsten der Beklagten davon aus, dass das unstreitig vorhandene Thermofenster (vor einem eventuellen Update) eine vollständige Abgasreinigung nur zwischen +17°C und +34°C gewährleistet und unter bzw. oberhalb dieses Temperaturbereiches die Abgasrückführung reduziert wird.

35

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 Umgebungstemperaturen unterhalb +17°C reduziert wird, um eine Abschalteinrichtung. Temperaturen unterhalb +17°C treten im Unionsgebiet allgemeinkundig häufig auf. Die Abgasrückführung wird daher temperaturabhängig (auch) unter Fahrbedingungen reduziert, die vernünftigerweise zu erwarten sind.

36

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 unterhalb +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.

37

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). Insbesondere ist die Beklagte darlegungs- und beweissbelastet sowohl für einen Verbotsirrtum als auch für dessen Unvermeidbarkeit (BGH, a.a.O. Rz. 63). Die Ausräumung der Verschuldensvermutung ist der Beklagten vorliegend nicht gelungen.

38

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 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 (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.

39

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

40

4. Zuzuerkennen war ein Schadensersatzbetrag in Höhe von 6.292,13 € nebst Rechtshängigkeitszinsen.

41

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).

42

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).

43

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 62.921,25 € im Ausgangspunkt einen klägerischen Schaden von 6.292,13 €.

44

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).

45

Der wahre Wert des Fahrzeugs im Zeitpunkt des Vertragsschlusses betrug $(62.921,25 - 6.292,13 =) 56.629,12$ €.

46

Die von der Klagepartei gezogenen Nutzungsvorteile betragen 27.988,32 €. Der Kläger ist mit dem Fahrzeug 133.441 km gefahren (km-Stand bei Schluss der mündlichen Berufungsverhandlung 133.449 – km-Stand bei Erwerb 8). 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 299.992 km $(300.000 - 8)$ zu erwarten. Der von der Klagepartei gezogene Nutzungsvorteil ergibt sich daher bei einem Kaufpreis von 62.921,25 € nach der Formel Kaufpreis x gefahrene Kilometer zu Restfahrleistung $(= 62.921,25 \times 133.441 : 299.992)$.

47

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 17.264,46 €.

48

Die Nutzungsvorteile von 27.988,32 € und der Restwert von 17.264,46 € (zusammen 45.252,78 €) übersteigen den wahren Wert des Fahrzeugs bei Vertragsschluss (56.629,12 €) nicht. Es verbleibt daher bei einem Schaden von 6.292,13 €.

49

An diesem Ergebnis würde sich nichts ändern, wenn man anstelle des durch DAT-Abfrage ermittelten den von der Beklagten behaupteten Restwert des Fahrzeugs (21.783,- €) ansetzen würde. Auch dann würde die Summe von Restwert und Nutzungsvorteilen (49.771,32 €) den wahren Wert des Fahrzeugs bei Vertragsschluss nicht erreichen.

50

Angesichts des verbleibenden Spielraums zwischen Nutzungsvorteilen und wahren Wert des Fahrzeugs ändert sich auch nichts, wenn man zum mitgeteilten Kilometerstand vom 24.6.2024 (mithin zwei Tage vor der Berufungsverhandlung) einen Zuschlag von einigen hundert Kilometern hinzurechnen würde.

51

5. Der oben dargestellte Schutzgesetzverstoß der Beklagten ist kausal für diesen Schaden. Die Lebenserfahrung streitet 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. Ob die Klagepartei von der rechtlichen Bedeutung der Übereinstimmungsbescheinigung wusste oder deren Existenz zur Kenntnis genommen hat, ist für diese Wertung irrelevant.

52

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

53

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 hinreichend.

54

Zum einen geht der Senat davon aus, dass das bereits seit mehreren Jahren verfügbare Update in den vom Senat im Juni 2024 über eine SilverDAT-Abfrage ermittelten Händlereinkaufspreis mit einbezogen ist, so dass sich das Update unmittelbar im Restwert des Fahrzeugs niederschlägt, der wiederum einen Rechnungsposten bei der Bestimmung des der Klagepartei entstandenen Schadens ist und deshalb nicht nochmals herangezogen werden kann, um einen völligen Wegfall des Differenzschadens zu begründen.

55

Des Weiteren stellt auch ein Thermofenster, bei welchem eine vollständige Abgasrückführung nur bei Umgebungstemperaturen zwischen +3°C und +37°C gewährleistet ist, nach den obigen Grundsätzen eine unzulässige Abschalteinrichtung dar.

56

Denn wie oben ausgeführt entnimmt der Gerichtshof der Europäischen Union der Verordnung 715/2007/EG mit Blick auf deren Ziel für Ausnahmen nach Art. 5 Abs. 2 der Verordnung den ungeschriebenen Ausschlussgrund einer motorschützenden Aktivierung der Abschalteinrichtung während des überwiegenden Teils des Jahres. Um diesen Ausschlussgrund zu widerlegen und die Zulässigkeit der Abschalteinrichtung darzulegen, müsste die Beklagte substantiiert vortragen, dass das Thermofenster unter normalen Betriebsbedingungen nicht den überwiegenden Teil eines Jahres aktiv sein müsste, damit der Motor vor Beschädigungen oder Unfall geschützt ist. Denn eine Rechtfertigung der Abschalteinrichtung mit Gründen des Motorschutzes ist ausgeschlossen, wenn die Abschalteinrichtung unter Bedingungen aktiviert ist, die innerhalb eines Jahres üblicherweise während in ihrer Summe längerer Zeitintervalle herrschen, als dies nicht der Fall ist (OLG Karlsruhe, Urteil vom 13.12.2023 – 6 U 198/20, Rz. 137; Urteil vom 28.2.2024 – 6 U 45/21, Rz. 96).

57

Aus Sicht des Senats reicht hierfür der oben genannte Temperaturbereich nicht aus, denn bezogen auf das ganze Unionsgebiet und damit unter Einbeziehung etwa der nördlichen Teile von Schweden oder Finnland sind im Herbst, Winter und Frühling und damit im überwiegenden Teil eines Jahres Temperaturen unter +3°C üblich. Entgegen der in der mündlichen Verhandlung vom 26.6.2024 geäußerten Ansicht der Beklagten (vgl. Protokoll vom 26.6.2024, Bl. 210 ff. der Akten, dort S. f.) kommt es dabei auch nicht auf die in Finnland vorherrschende Durchschnittstemperatur bzw. die Mediantemperatur an, die nach dem Beklagtenvortrag bei +6°C liege. Insoweit kann schon nicht – wie die Beklagte es aber meint – auf die auf ganz Finnland bezogene Durchschnitts- bzw. Mediantemperatur abgestellt werden. Denn dies würde dazu führen, dass die Abgasrückführung bei ansonsten identischen Fahrtumständen wegen der allgemein bekannt in Nordfinnland (z.B. in Kiruna, wo ausweislich Wikipedia die mittlere Tagestemperatur von Oktober bis einschließlich April unter dem Gefrierpunkt liegt) im Vergleich zu Südfinnland (z.B. Turku) vorherrschenden niedrigeren Temperaturen in Nordfinnland über einen, auf das ganze Jahr betrachtet überwiegenden Zeitraum nicht oder nur eingeschränkt aktiv wäre. Das wiederum würde in Nordfinnland gegenüber Südfinnland erhöhten Stickstoffausstoß bedeuten.

58

Es ist aber nicht zu erkennen, warum der mit Art. 5 VO 715/2007/EG beabsichtigte Schutz der Umwelt in Nordfinnland geringer ausfallen solle als im restlichen Finnland bzw. dem übrigen Unionsgebiet (siehe dazu auch Erwägungsgrund 1 und Erwägungsgrund 27 der Verordnung 715/2007/EG, denen zufolge durch die Verordnung die Vorschriften harmonisiert werden, um den Binnenmarkt zu vollenden und ein hohes Umweltschutzniveau sicherzustellen). Eine „weitere Aufsplitterung des räumlichen Bezugspunktes (z.B. letztes Dorf vor der russischen Grenze)“ – um es mit den Worten des Beklagtenvertreters in der mündlichen Verhandlung vom 26.6.2024 auszudrücken – ist daher sehr wohl veranlasst. Die unionsrechtlichen Vorgaben sind im gesamten Unionsgebiet zu erfüllen (siehe auch Art. 191 Abs. 3 AEUV, wonach die Union bei der Erarbeitung ihrer Umweltpolitik die Umweltbedingungen in den einzelnen Regionen der Union berücksichtigt).

59

Im übrigen ist die von der Beklagten angeführte Temperatur auch deshalb irrelevant, weil es sich dabei offensichtlich um die Jahresdurchschnittstemperatur handelt. Diese lässt jedoch keinen Rückschluss darauf zu, welche Temperaturen im Jahresverlauf auftreten. Auf letztgenannte Temperaturen ist aber abzustellen, um feststellen zu können, ob infolge des Temperaturfensters die Abgasrückführung den überwiegenden Teil des Jahres uneingeschränkt aktiv ist.

60

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

61

III. 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.

62

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

63

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

64

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.

65

Der Streitwert wurde vorliegend gestaffelt nach dem Wert des ursprünglich angekündigten bzw. dem schließlich gestellten Antrag des Berufungsführers festgesetzt. Nur diese Staffelung bildet den Verfahrensverlauf zutreffend ab, zumal sich die Rechtsanwaltsgebühren nach der gerichtlichen Streitwertfestsetzung richten und die Terminsgebühr naturgemäß nur aus dem im Zeitpunkt der mündlichen Verhandlung maßgeblichen Streitwert entstehen kann (vgl. insbes. auch Schindler, in: Dörndorfer u.a., Beck OGK Kostenrecht, 45. Aufl., § 40 GKG Rz. 13). Dass sich der Streitwert für die Bemessung der Gerichtsgebühren nach § 40 GKG nach dem Wert zu Beginn der Instanz bemisst, hindert aus dem dargestellten Grund eine gestaffelte Streitwertfestsetzung von Amts wegen ebenso wenig wie die Tatsache, dass dies nach § 33 RVG auch auf Antrag geschehen kann. Dem Senat ist bewusst, dass einige Oberlandesgerichte dies anders sehen und nur auf Antrag eine gestaffelte Streitwertfestsetzung vornehmen. Dem folgt der Senat aus den dargestellten Gründen nicht. Eine Divergenzvorlage oder eine Zulassung der Rechtsbeschwerde sieht das Gesetz nicht vor (vgl. §§ 66 Abs. 3 S. 3, 68 Abs. 1 S. 5 GKG).