

**Titel:**

**Ersatz des Differenzschadens wegen Verwendung eines Thermofensters**

**Normenketten:**

BGB § 823 Abs. 2, § 826

EG-FGV § 6 Abs. 1, § 27 Abs. 1

**Leitsätze:**

1. Den Nachweis der Unvermeidbarkeit eines konkret dargelegten und im Falle des Bestreitens des Geschädigten nachgewiesenen Verbotsirrtums kann der Fahrzeughersteller (auch) mittels einer tatsächlich erteilten EG-Typengenehmigung führen, wenn diese EG-Typengenehmigung die verwendete unzulässige Abschalteneinrichtung in allen ihren Einzelheiten umfasst. Die EG-Typengenehmigung muss sich dann allerdings auf die Abschalteneinrichtung in ihrer konkreten Ausführung und auch unter Berücksichtigung festgestellter Kombinationen von Abschalteneinrichtungen erstrecken. (Rn. 39) (redaktioneller Leitsatz)

2. Bei der Schätzung des Differenzschadens ist das Schätzungsermessen sowohl für die Untergrenze als auch die Obergrenze des Differenzschadens auf eine Bandbreite zwischen 5 % und 15 % des gezahlten Kaufpreises begrenzt. Bei der Schätzung des Schadens innerhalb dieses Rahmens hat der Tatrichter bei der Bestimmung des objektiven Werts des Fahrzeugs im Zeitpunkt des Vertragsschlusses die mit der Verwendung einer unzulässigen Abschalteneinrichtung verbundenen Nachteile, insbesondere das Risiko behördlicher Anordnungen zu berücksichtigen. (Rn. 45) (redaktioneller Leitsatz)

**Schlagworte:**

Differenzschaden, unzulässige Abschalteneinrichtung, Thermofenster, unvermeidbarer Verbotsirrtum, Verschuldensvermutung

**Vorinstanz:**

LG Regensburg, Endurteil vom 09.12.2022 – 45 O 948/22

**Fundstelle:**

BeckRS 2024, 5631

**Tenor**

I. Auf die Berufung der Klagepartei wird das Endurteil des Landgerichts Regensburg vom 9. Dezember 2022 abgeändert.

1. Die Beklagte wird verurteilt, an die Klagepartei 2.665,00 € nebst Zinsen hieraus in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem jeweiligen Basiszinssatz seit 16. Juli 2022 zu bezahlen.

2. Im Übrigen wird die Klage abgewiesen.

II. Im Übrigen wird die Berufung zurückgewiesen.

III. Von den Kosten des Rechtsstreits tragen die Klagepartei 89 % und die Beklagte 11 %.

IV. Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar.

Die Klagepartei kann die Vollstreckung gegen Sicherheitsleistung in Höhe von 110 % des aufgrund des Urteils vollstreckbaren Betrags abwenden, falls nicht die Beklagte vor der Vollstreckung Sicherheit in Höhe von 110 % des zu vollstreckenden Betrags leistet.

Beschluss

Der Streitwert wird für das Berufungsverfahren auf 23.487,41 € festgesetzt.

**Entscheidungsgründe**

I.

1

Der klagende Gebrauchtwagenkäufer verlangt vom beklagten Fahrzeughersteller Erstattung des gezahlten Kaufpreises, hilfsweise Ersatz seines Differenzschadens, wegen der Verwendung einer unzulässigen Abschaltvorrichtung für die Abgasrückführung im erworbenen Kraftfahrzeug.

2

Die Klagepartei erwarb am 30. Mai 2016 von der ... ein gebrauchtes Fahrzeug der Modellreihe BMW 218d Active Tourer (Erstzulassung 62015, Kilometerstand: 24.954 km) zu einem Preis von 26.650 €. Herstellerin dieses Fahrzeugs ist die Beklagte. Das Fahrzeug ist mit einem Vierzylinder-Dieselmotor der Baureihe N47 ausgestattet. Die Abgasreduktion erfolgt im streitgegenständlichen Fahrzeug über die Abgasrückführung. Dabei wird ein Teil der Abgase wieder der Verbrennung im Motor zugeführt, was zu einer Verringerung der Stickoxidemissionen führt. Bei niedrigen und hohen Außentemperaturen wird die Abgasrückführungsrate reduziert und schließlich ganz abgeschaltet.

3

Für den Fahrzeugtyp wurde eine Typengenehmigung mit der Schadstoffklasse „Euro 5“ erteilt. Das Fahrzeug unterliegt keinem offiziellen Rückruf des Kraftfahrtbundesamts wegen des Einsatzes einer unzulässigen Abschaltvorrichtung.

4

Der aktuelle Kilometerstand des Fahrzeugs beträgt 66.254 km.

5

Wegen der weiteren tatsächlichen Feststellungen, des Vorbringens in erster Instanz sowie den erstinstanzlich gestellten Anträgen wird auf das angefochtene Urteil Bezug genommen (§ 540 Abs. 1 Nr. ZPO).

6

Das Landgericht Regensburg hat die auf Ersatz des gezahlten Kaufpreises Zug-um-Zug gegen Rückgabe und Übereignung des Fahrzeugs gerichtete Klage abgewiesen. Nach Auffassung des Landgerichts stehen der Klagepartei keine deiktischen Ansprüche zu. Der geltend gemachte Anspruch könne weder auf § 826 BGB noch auf sonstige Anspruchsgrundlagen gestützt werden. Die Verwendung eines Thermofensters reiche für die Annahme einer sittenwidrigen Schädigung nicht aus. Darüber hinaus sei der klägerische Vortrag nicht hinreichend substantiiert.

7

Hiergegen richtet sich die Berufung der Klagepartei. Zur Begründung vertieft die Klagepartei ihren Vortrag, dass die Verwendung der vorgetragenen Abschaltvorrichtungen ein sittenwidriges Verhalten der Beklagten darstelle. Entgegen der Ansicht des Erstgerichts habe sie ausreichende Anhaltspunkte für die Verwendung einer rechtswidrigen Abschaltvorrichtung vorgetragen, welche den Abgasausstoß auf dem Rollenprüfstand anpasse. Diese Ausführungen habe das Erstgericht nicht beachtet. Zumindest habe die Klagepartei nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs den hilfsweise begehrten Anspruch auf Zuerkennung eines Differenzschadens.

8

Die Klagepartei beantragt im Berufungsverfahren unter Abänderung des Urteils des Landgerichts Regensburg vom 9. Dezember 2022:

1. Die Beklagte wird verurteilt, an die Klägerpartei 26.650,00 € nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz abzüglich einer Nutzungsentschädigung in Höhe von 3.386,12 € Zug-um-Zug gegen Rückgabe und Übereignung des Fahrzeuges BMW 218D Active mit der Fahrgestellnummer ... zu zahlen.

2. Hilfsweise: Die Beklagte wird verurteilt, an die Klagepartei einen Betrag in Höhe von EUR 3.997,50 nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit Rechtshängigkeit zu zahlen.

9

Die Beklagte beantragt:

Die Berufung der Klagepartei wird zurückgewiesen.

**10**

Die Beklagte halt die Berufung für unbegründet Das Erstgericht habe den klägerischen Vortrag zu Recht als unsubstantiiert angesehen. Die Beklagte weist insbesondere darauf hin, dass der streitgegenständliche Motor weder von einem Rückruf betroffen sei noch gebe es Ermittlungen der Staatsanwaltschaft.

**11**

Im Übrigen wird auf die gewechselten Schriftsätze Bezug genommen.

**12**

Der Senat hat den Parteien im Hinblick darauf, dass der zuständige Senat des Bundesgerichtshofs seine bisherige Rechtsprechung im Anschluss an das Urteil des Europäischen Gerichtshofs vom 21. März 2023 (NJW, 2023, 1111) teilweise geändert hat (vgl. BGH, Urteile vom 26. Juni 2023 – VIa ZR 335/21) am 27. September 2023 einen Hinweis erteilt und Gelegenheit zur Stellungnahme gegeben.

II.

**13**

Die zulässige Berufung hat nur teilweise Erfolg.

**14**

Die Klagepartei hat keinen Anspruch auf die mit ihrem Hauptantrag begehrte Erstattung des Kaufpreises Zug-um-Zug gegen Rückgabe des Fahrzeugs. Der Hilfsantrag auf Ersatz des Differenzschadens ist teilweise in Höhe von 2.665,00 € begründet.

**15**

1. Der auf Gewähr des „großen Schadensersatzes“ gerichtete Hauptantrag ist auch unter Berücksichtigung der Rechtsprechungsänderung des Bundesgerichtshofs nicht begründet.

**16**

a) Ein solcher Anspruch kann nicht auf §§ 826, 31 BGB oder § 823 Abs. 2, § 263 StGB gestützt werden, da die Klagepartei keine greifbaren Umstände vorgetragen hat, die auf ein vorsätzliches (und sittenwidriges) Verhalten der für die Beklagte handelnden Personen hindeuten.

**17**

Es ist zwar als unstreitig anzusehen, dass die Abgasrückführung im streitgegenständlichen Kraftfahrzeug der Klagepartei bei kühleren und sehr hohen Außentemperaturen reduziert und schließlich ganz abgeschaltet wird (sog. „Thermofenster“). Dies reicht nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs, an der der Bundesgerichtshof in seinen Entscheidungen vom 23. Juni 2023 unverändert festgehalten hat, für sich genommen nicht aus, um das Verhalten der für die Beklagten handelnden Personen als sittenwidrig zu qualifizieren. Es kann dabei zugunsten der Klagepartei in tatsächlicher und rechtlicher Hinsicht unterstellt werden, dass die behauptete temperaturabhängige Steuerung der Abgasrückführung als unzulässige Abschalteinrichtung im Sinne von Artikel 5 Abs. 2 Satz 1 der VO (EG) Nr. 715/2007 zu qualifizieren ist. Auch unter Berücksichtigung einer damit einhergehenden Gewinnerzielungsabsicht der Beklagten wäre der darin liegende Gesetzesverstoß für sich genommen nicht geeignet, den Einsatz der Steuerungssoftware durch die für die Beklagte handelnden Personen als besonders verwerflich erscheinen zu lassen, hierfür bedürfte es weiterer Umstände (vgl. BGH, NJW 2021, 921, 923, Rn. 16).

**18**

Selbst wenn der weitere Vortrag der Klagepartei in tatsächlicher und rechtlicher Hinsicht zuträfe, dass das Fahrzeug über weitere unzulässige Abschalteinrichtungen verfüge, welche die Abgasrückführung auch nach einer bestimmten Zeitdauer und bei bestimmten Drehzahlen reduziert und schließlich ganz deaktiviert, würde es sich wertungsmäßig um eine einer temperaturabhängigen Steuerung des Emissionskontrollsystems vergleichbare Steuerung handeln. Auch eine solche Regelung der Motorsteuerungssoftware unterscheidet in ihrer Wirkungsweise nicht – wie bei dem VW-Motor des Typs EA189 – zwischen dem Betrieb auf dem Prüfstand und dem normalen Straßenbetrieb. Der Einbau dieser Regelung reicht daher zur Qualifizierung des Verhaltens der für die Beklagten handelnden Personen als sittenwidrig allein ebenso wie eine temperaturabhängige Abschalteinrichtung nicht aus.

**19**

Mangels vorsätzlichem (und sittenwidrigem) Verhaltens scheidet eine Haftung der Beklagten nach §§ 826, 31 BGB und § 823 Abs. 2 BGB, § 263 StGB aus.

## 20

b) Der mit dem Hauptantrag geltend gemachte „große“ Ersatzanspruch kann auch nicht auf § 823 Abs. 2 BGB i.V.m. § 6 Abs. 1, § 27 EG-FGV gestützt werden. Zwar hat der Bundesgerichtshof unter Aufgabe seiner bisherigen Rechtsprechung nunmehr entschieden, dass der Käufer im Falle der Enttäuschung seines Vertrauens auf die Richtigkeit der Übereinstimmungsbescheinigung der Fahrzeughersteller auch bei bloßer Fahrlässigkeit auf Grundlage der § 823 Abs. 2 BGB i.V.m. § 6 Abs. 1, § 27 EG-FGV grundsätzlich Schadensersatz verlangen kann. Der Bundesgerichtshof hat dabei allerdings ausdrücklich an seiner bisherigen Rechtsprechung insofern festgehalten, dass, wenn der Hersteller den Käufer nicht vorsätzlich sittenwidrig geschädigt hat, kein großer Schadensersatz zu gewähren ist (vgl. BGH, Urteil vom 26. Juni 2023 – VIa ZR 335/21 unter II.2.a und b). Der Käufer kann gemäß § 823 Abs. 2 BGB i.V.m. § 6 Abs. 1, § 27 EG-FGV somit nicht – wie hier geltend gemacht – verlangen, dass der Fahrzeughersteller das Fahrzeug übernimmt und den Kaufpreis abzüglich vom Käufer erlangter Vorteile erstattet.

## 21

2. Der Hilfsantrag, über den aufgrund der Erfolglosigkeit des Hauptantrags zu entscheiden war, ist teilweise begründet. Die Klagepartei hat gegen die Beklagte einen Anspruch auf Ersatz des ihr entstandenen Differenzschadens aus § 823 Abs. 2 BGB i.V.m. §§ 6, 27 EG-FGV in Höhe von 2.665,00 € nebst Rechtshängigkeitszinsen.

## 22

a) Dem Käufer eines mit einer unzulässigen Abschaltvorrichtung versehenen Kraftfahrzeugs im Sinne des Artikels 5 Abs. 2 der Verordnung (EG) 715/2007 kann nach der geänderten Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs, welcher der Senat folgt, unter den Voraussetzungen des § 823 Abs. 2 BGB in Verbindung mit § 6 Abs. 1, 27 Abs. 1 EG-FGV ein Anspruch gegen den Fahrzeughersteller auf Ersatz des sog. Differenzschadens zustehen (BGH, Urteil vom 10. Juli 2023 – VIa ZR 1119/22, juris, Rn. 20).

## 23

b) Im Streitfall ist davon auszugehen, dass die Beklagte eine unzutreffende Übereinstimmungsbescheinigung erteilt hat.

## 24

a) Eine Übereinstimmungsbescheinigung ist dann unzutreffend, wenn das betreffende Kraftfahrzeug mit einer gemäß Artikel 5 Abs. 2 VO (EG) 715/2007 unzulässigen Abschaltvorrichtung ausgerüstet ist, ohne dass es dabei auf den Inhalt der zugrunde liegenden EG-Typengenehmigung ankommt (BGH, Urteil vom 26. Juni 2023 – VIa 335/21, Rn. 34).

## 25

b) Das streitgegenständliche Fahrzeug verfügt über eine unzulässige Abschaltvorrichtung.

## 26

(1) Nach allgemeinen Regeln trifft die Darlegungs- und Beweislast für das Vorliegen einer Abschaltvorrichtung als solcher im Sinne der Artikel 3 Nr. 10, Artikel 5 Abs. 2 Satz 1 der VO (EG) Nr. 715/2007 den Kläger als Anspruchsteller (BGH, Urteil vom 26. Juni 2023 – VIa 335/21, Rn. 53). Der Beklagten als Anspruchsgegnerin obliegt dagegen die Darlegungs- und Beweislast dafür, dass eine festgestellte Abschaltvorrichtung ausnahmsweise zulässig ist (BGH, a.a.O., Rn. 54).

## 27

(2) Nach diesen Maßstäben ist vorliegend davon auszugehen, dass das streitgegenständliche Kraftfahrzeug über eine Abschaltvorrichtung in Form eines Thermofensters verfügt und dass diese als unzulässig anzusehen ist.

## 28

Der Vortrag der Klagepartei, dass die Abgasrückführung im streitgegenständlichen Kraftfahrzeug bei kühleren und sehr hohen Außentemperaturen reduziert und schließlich ganz abgeschaltet wird (sog. „Thermofenster“), ist als unstreitig anzusehen (§ 138 Abs. 3 ZPO). Die Beklagte hat hierzu nur pauschal vorgetragen, dass im Klägerfahrzeug keine „unzulässige Abschaltvorrichtung“ vorhanden sei. Sie lässt damit aber offen, ob die behauptete Abschaltvorrichtung vorhanden ist und beschränkt sich auf eine ohne weiteres nicht überprüfbare rechtliche Würdigung in Bezug auf Artikel 5 Abs. 2 Satz 2 der VO (EG) Nr. 715/2007 (vgl. BGH, a.a.O.), die prozessual unbeachtlich ist.

## 29

Es ist damit nach dem unstreitigen Sachvortrag der Parteien davon auszugehen, dass im streitgegenständlichen Fahrzeug ein Thermofenster verwendet wird. Hierbei handelt es sich um eine Abschaltvorrichtung im Sinne von Artikel 5 Abs. 2 der VO (EG) Nr. 715/2007. Die Verwendung einer Abschaltvorrichtung ist nach Artikel 5 Abs. 2 Satz 2 der VO (EG) Nr. 715/2007 grundsätzlich unzulässig (vgl. BGH, a.a.O.).

## 30

Die insofern darlegungs- und beweispflichtige Beklagte hat nicht aufgezeigt, dass diese Abschaltvorrichtung ausnahmsweise nach Artikel 5 Abs. 2 Satz 2 VO (EG) Nr. 715/2007 zulässig ist. Es fehlt schon konkreter und einlassungsfähiger Vortrag zur Ausgestaltung des Thermofensters (Temperaturbereich) und zum Motorschutz. Soweit die Beklagte unter Bezugnahme auf das Urteil des EuGH vom 14. Juli 2022 in der Rechtssache C-145720 (EuZW 2022, 1080), bei der es um eine Abschaltvorrichtung ging, die nur zwischen 15 und 33 Grad Celsius Außentemperatur die Einhaltung der Abgasgrenzwerte gewährleistete, lediglich vorgetragen hat, dass es bei der Beklagten keine „Anpassungen“ gebe, die zu einer „derart weitgehenden Einschränkung“ führen würde, lässt sich hieraus die konkrete Ausgestaltung des beim streitgegenständlichen Fahrzeug verwendeten Thermofensters nicht entnehmen. Damit hat die Beklagte ihrer Darlegungs- und Beweislast als Fahrzeughersteller nicht genügt.

## 31

Es ist demzufolge davon auszugehen, dass das Kraftfahrzeug der Klagepartei mit einer unzulässigen Abschaltvorrichtung ausgestattet ist. Die Beklagte hat daher eine unzutreffende Übereinstimmungsbescheinigung erteilt und somit gegen § 6 Abs. 1, § 27 Abs. 1 EG-FGV objektiv verstoßen.

## 32

c) Die für die Beklagte handelnden Personen haben zumindest fahrlässig eine unzutreffende Übereinstimmungsbescheinigung in Verkehr gebracht und damit schuldhaft gegen § 6 Abs. 1, § 27 Abs. 1 EG-FGV verstoßen.

## 33

(1) Eine Schadensersatzhaftung gemäß § 823 Abs. 2 BGB in Verbindung mit § 6 Abs. 1, § 27 EG-FGV setzt ein Verschulden des in Anspruch genommenen Fahrzeugherstellers voraus, wofür nach dem heranzuziehenden Maßstab des § 27 Abs. 1 EG-FGV ein fahrlässiger Verstoß genügt (BGH, Urteil vom 26.6.2023 – VIa 335/21, juris, Rn. 38). Nach der Rechtsprechung des BGH besteht eine von der objektiven Schutzgesetzverletzung ausgehende Verschuldensvermutung, die von der Beklagten ausgeräumt werden muss (BGH, a.a.O., Rn. 61).

## 34

Der Fahrzeughersteller, der sich unter Berufung auf einen unvermeidbaren Verbotsirrtum entlasten will, muss sowohl den Verbotsirrtum als solchen als auch die Unvermeidbarkeit des Verbotsirrtums konkret darlegen und beweisen (BGH, a.a.O., Rn. 63). Nur ein auch bei Anwendung der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt unvermeidbarer Verbotsirrtum kann entlastend wirken (BGH, a.a.O.). Der Fahrzeughersteller muss zur Darlegung eines Rechtsirrtums vortragen, dass sich sämtliche seiner verfassungsmäßig berufenen Vertreter im Sinne des § 31 BGB über die Rechtmäßigkeit der von dem Käufer dargelegten und ggf. nachgewiesenen Abschaltvorrichtungen mit allen für die Prüfung nach Artikel 5 Abs. 2 der Verordnung (EG) Nr. 715/2007 bedeutsamen Einzelheiten im maßgebenden Zeitpunkt des Kaufvertragsschlusses im Irrtum befanden oder im Falle einer Ressortaufteilung den damit verbundenen Pflichten genügten (BGH, Urteil vom 25.9.2023 – VIa ZR/23, NJW 2023, 3796, Rn. 14).

## 35

(2) Vorliegend ist der Beklagten eine Widerlegung der Verschuldensvermutung nicht gelungen.

## 36

Aufgrund des Sachvortrags der Beklagten kann sich der Senat schon nicht davon überzeugen (§ 286 ZPO), dass deren Organe im Zeitpunkt des Vertragsschlusses hinsichtlich der Unzulässigkeit des verwendeten Thermofensters einem Verbotsirrtum unterlagen. Die Beklagte hat – trotz des erteilten Hinweises des Senats – lediglich allgemein ausgeführt, dass das Kraftfahrtbundesamt das Thermofenster nie beanstandet habe, ohne konkret auf das Vorstellungsbild sämtlicher ihrer satzungsmäßigen Organe und der ihnen im

Rahmen des § 31 BGB gleichzustellenden Leitungspersonen hinsichtlich der Rechtmäßigkeit der Verwendung des Thermofensters im Zeitpunkt des Vertragsschlusses einzugehen. Allein aus der Tatsache, dass das Kraftfahrtbundesamt die Verwendung eines Thermofensters nie beanstandet hat, kann nicht der Schluss gezogen werden, dass diese Personen das Thermofenster kannten und für rechtmäßig hielten. Auch der bloße Umstand, dass der Verwendung von Thermofenstern ein allgemeiner Industriestandard zugrunde lag oder dass das KBA auch nach umfangreichen Ermittlungen keine unzulässigen Abschaltvorrichtungen festgestellt hat, entlastet den Fahrzeughersteller nach dem allgemeinen Fahrlässigkeitsmaßstab nicht (vgl. BGH, Urteil vom 25.9.2023 – VIa ZR 1/23, NJW 2023, 3796, Rn. 14).

### **37**

Eine andere Bewertung folgt auch nicht aus dem pauschalen Vortrag der Beklagten, dass das streitgegenständliche Fahrzeug über eine gültige EG-Typengenehmigung verfüge, welche das Thermofenster in allen nach Artikel 5 Abs. 2 der VO (EG) Nr. 715/2007 maßgebenden Einzelheiten umfasse. Das Vorliegen einer solchen EG-Typengenehmigung berührt nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs die Frage des Vorliegens eines Verbotsirrtums nicht, sondern kann nur dazu führen, dass ein dargelegter und erforderlichenfalls nachgewiesener Verbotsirrtum als unvermeidbar anzusehen ist (vgl. BGH, Urteil vom 26. Juni 2023 – VIa ZR 335/21, Rn. 64). Vorliegend hat die Beklagte jedoch schon keinen Verbotsirrtum sämtlicher ihrer verfassungsmäßig berufenen Vertreter im Sinne des § 31 BGB dargestellt, geschweige denn nachgewiesen.

### **38**

Aber selbst wenn man unterstellen würde, dass die Beklagte einen Verbotsirrtum ihrer Organe im Zeitpunkt des Vertragsschlusses dargelegt und nachgewiesen hätte, hätte sie darüber hinaus auch nicht nach den Maßstäben des Bundesgerichtshofs aufgezeigt, dass ein solcher Verbotsirrtum unvermeidbar war.

### **39**

Den Nachweis der Unvermeidbarkeit eines konkret dargelegten und im Falle des Bestreitens des Geschädigten nachgewiesenen Verbotsirrtums kann der Fahrzeughersteller (auch) mittels einer tatsächlich erteilten EG-Typengenehmigung führen, wenn diese EG-Typengenehmigung die verwendete unzulässige Abschaltvorrichtung in allen ihren nach Artikel 5 Abs. 2 der Verordnung (EG) Nr. 715/2007 maßgebenden Einzelheiten umfasst. Die EG-Typengenehmigung muss sich dann allerdings auf die Abschaltvorrichtung in ihrer konkreten Ausführung und auch unter Berücksichtigung festgestellter Kombinationen von Abschaltvorrichtungen erstrecken (BGH, a.a.O., Rn. 64).

### **40**

Die Beklagte hat diese strengen Anforderungen an die Darlegung der Unvermeidbarkeit eines (unterstellten) Verbotsirrtums ihrer Organe im Zeitpunkt des Vertragsschlusses nicht erfüllt. Sie hat die konkrete Bedeutung des verwendeten Thermofensters im Prozess nicht offengelegt und damit nicht dargetan, dass die erteilte Typengenehmigung sich auch auf das Thermofenster in seiner konkreten Ausführung erstreckt (vgl. auch OLG Hamburg, Urteil vom 6.10.2023 – 3 U 183/21, BeckRS 2023, 26911). Auch dem Schriftsatz vom 18. Januar 2024 kann notwendiger konkreter und damit subsumtionsfähiger Vortrag dazu, dass die EG-Typengenehmigung das verwendete Thermofenster in allen ihren nach Artikel 5 Abs. 2 der Verordnung (EG) Nr. 715/2007 maßgebenden „Einzelheiten“ erfasst, nicht entnommen werden.

### **41**

Die Beklagte hat auch die Voraussetzungen für die Annahme einer hypothetischen Genehmigung nicht dargetan.

### **42**

Der Hersteller, der sich sorgfaltswidrig verhalten hat, kann zu seiner Entlastung darlegen und erforderlichenfalls nachweisen, seine Rechtsauffassung von Artikel 5 Abs. 2 der Verordnung (EG) Nr. 715/2007 wäre bei entsprechender Nachfrage von der für die EG-Typengenehmigung oder für anschließende Maßnahmen zuständigen Behörde bestätigt worden (hypothetische Genehmigung). Steht fest, dass eine ausreichende Erkundigung des einem Verbotsirrtum unterliegenden Schädigers dessen Fehlvorstellung bestätigt hätte, scheidet eine Haftung nach § 823 Abs. 2 BGB infolge eines unvermeidbaren Verbotsirrtums auch dann aus, wenn der Schädiger eine entsprechende Erkundigung nicht eingeholt hat (vgl. BGH, a.a.O., juris, Rn. 65). Eine Entlastung auf dieser Grundlage setzt allerdings voraus, dass der Fahrzeughersteller nicht nur allgemein darlegt, dass die Behörde Abschaltvorrichtungen der verwendeten Art genehmigt hätte, sondern dass ihm dies auch unter Berücksichtigung der konkret verwendeten

Abschalteinrichtung in allen für die Beurteilung nach Artikel 5 Abs. 2 der Verordnung (EG) Nr. 715/2007 maßgebenden Einzelheiten gelingt.

#### **43**

Im Streitfall fehlt es schon daran, dass die Beklagte – wie ausgeführt – schon einen Rechtsirrtum sämtlicher ihrer satzungsmäßigen Organe nicht aufgezeigt hat. Mangels Offenlegung der Bedatung lässt sich überdies nicht feststellen, ob das Kraftfahrtbundesamt das Thermofenster bei Nachfrage genehmigt hätte (vgl. OLG Hamburg, Urteil vom 6. Oktober 2023 – 3 U 183/21).

#### **44**

c) Der Senat bemisst den Differenzschaden – wie auch in anderen vergleichbaren Fällen – auf 10 % des Bruttokaufpreises.

#### **45**

a) Bei der Schätzung des Differenzschadens ist nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs aufgrund der Vorgaben des Unionsrechts das Schätzungsermessen sowohl für die Untergrenze als auch die Obergrenze des Differenzschadens auf eine Bandbreite zwischen 5 % und 15 % des gezahlten Kaufpreises begrenzt (BGH, Urteil vom 26.6.2023 – VIa 335/21, juris, Rn. 76). Bei der Schätzung des Schadens innerhalb dieses Rahmens hat der Tatrichter bei der Bestimmung des objektiven Werts des Fahrzeugs im Zeitpunkt des Vertragsschlusses die mit der Verwendung einer unzulässigen Abschalteinrichtung verbundenen Nachteile, insbesondere das Risiko behördlicher Anordnungen zu berücksichtigen (BGH, a.a.O., juris, Rn. 76). Weiter hat er den Umfang in Betracht kommender Betriebseinschränkungen und die Eintrittswahrscheinlichkeit solcher Beschränkungen mit Rücksicht auf die Einzelfallumstände in den Blick zu nehmen. Ferner hat der Tatrichter über diese originär schadensrechtlichen Gesichtspunkte hinaus das Gewicht des der Haftung zugrundeliegenden konkreten Rechtsverstoßes für das unionsrechtliche Ziel der Einhaltung gewisser Emissionsgrenzwerte sowie den Grad des Verschuldens nach Maßgabe der Umstände des zu beurteilenden Einzelfalls zu bewerten, um so dem Gebot einer verhältnismäßigen Sanktionierung auch bezogen auf den zu würdigenden Einzelfall Rechnung zu tragen (BGH, a.a.O., juris, Rn. 77).

#### **46**

b) Auf Grundlage dieser Maßstäbe ist der Differenzschaden vorliegend auf 10 % des Bruttokaufpreises zu schätzen. Hierbei hat der Senat insbesondere berücksichtigt, dass das Risiko behördlicher Anordnungen wegen der Verwendung eines Thermofensters bezogen auf den Zeitpunkt des Vertragsschlusses eher gering einzustufen war. Dies belegt schon der Umstand, dass das Thermofenster im streitgegenständlichen Fahrzeugtyp bislang nicht vom Kraftfahrzeugbundesamt beanstandet wurde. Das Verschulden ist angesichts des Umstands, dass die Verwendung eines Thermofensters ein allgemeiner Industriestandard war, als eher gering anzusehen.

#### **47**

Selbst wenn der Vortrag der Klagepartei zuträfe, dass die Abgasrückführung auch bei bestimmten Drehzahlen, Geschwindigkeiten sowie Drehmomentzahlen reduziert und schließlich ganz deaktiviert werde, würde dies keinen höheren Ersatzanspruch rechtfertigen. Es ist dabei zu berücksichtigen, dass es sich um eine einer temperaturabhängigen Steuerung des Emissionskontrollsystems vergleichbare Steuerung handeln würde. Die Verwendung solcher weiterer Parameter neben einem Thermofenster erhöht das Verschulden der für die Beklagte handelnden Personen und die Wahrscheinlichkeit behördlicher Maßnahmen daher nicht maßgebend. Auch das Gebot verhältnismäßiger Sanktionierung gebietet nicht die Zuerkennung eines höheren Ersatzanspruchs.

#### **48**

Der Differenzschaden in Höhe von 10 % des Bruttokaufpreises beträgt somit im Streitfall 2.665,00 €.

#### **49**

d) Der Differenzschaden ist auch nicht durch gezogene Nutzungen und den Restwert des Fahrzeugs aufgezehrt.

#### **50**

a) Die von der Klagepartei gezogenen Nutzungsvorteile schätzt der Senat gemäß § 525 Satz 1, § 287 ZPO auf 4.403,00 €.

## 51

Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs (BGH, NJW 2022, 1033, Rn. 24; BGH, NJW 2020, 2796, Rn. 12) bemessen sich die auf der Grundlage des § 287 ZPO zu bestimmenden Nutzungsvorteile eines Fahrzeugs nach folgender Formel:

$$\text{Nutzungsvorteil} = \frac{\text{Bruttokaufpreis} \times \text{gefahrte Strecke (seit Erwerb)}}{\text{Erwartete Restlaufleistung im Erwerbszeitpunkt}}$$

## 52

Die Schätzung des Werts ist dabei anhand üblicher Grundsätze vom Tatrichter vorzunehmen (BGH, Urteil vom 27.7.2021 – VI ZR 480/19, BeckRS 2021, 22177, Rn. 24). Insbesondere ist der Tatrichter nicht verpflichtet, ein Sachverständigengutachten, z.B. zur prognostizierten Gesamtleistung, einzuholen (BGH, a.a.O.).

## 53

b) Der Senat geht bei der Bemessung der anzurechnenden Nutzungsvorteile von einer zu erwartenden Gesamtleistung des mit einem 4-Zylinder-Dieselmotor ausgestatteten klägerischen Fahrzeugs von 250.000 km aus (§ 287 ZPO), was sich in der Bandbreite der von anderen Gerichten jeweils vorgenommenen Schätzungen der gesamten Laufleistung bewegt (vgl. MüKoBGB/Gaier, 9. Aufl., § 346 Rn. 82 m.w.N.; BeckOGK/Schall, 1.12.2022, § 346 Rn. 436 m.w.N.).

## 54

Ausgehend von dem Kilometerstand bei Vertragsschluss von 24.954 km und dem aktuellen Kilometerstand, der unstreitig 66.254 km beträgt, ergibt sich eine von der Klagepartei zurückgelegte Fahrstrecke von 41.300 km. Nach der vorgenannten Berechnungsformel ist der von der Klagepartei gezahlte Bruttokaufpreis in Höhe von 26.650,00 € für das Gebrauchtfahrzeug mit der gefahrenen Strecke seit Erwerb zu multiplizieren und das Produkt durch die voraussichtliche Restlaufleistung im Erwerbszeitpunkt (250.000 km – 24.954 km = 225.046 km) zu teilen. Hieraus ergibt sich ein Wert der gezogenen Nutzungen in Höhe von 4.403,00 €.

## 55

e) Der Restwert des Fahrzeugs ist mit 15.650,00 € anzusetzen.

## 56

a) Der Restwert des Fahrzeugs ist grundsätzlich im Rahmen der Vorteilsausgleichung unter den vom Bundesgerichtshof genannten Voraussetzungen zu berücksichtigen. Der von der Klagepartei herangezogene Ansicht des Oberlandesgerichts Hamburg, dass ein Abzug des Restwerts vom Ersatzanspruch des Käufers nicht stattfindet, wenn sich dieser nicht durch einen Weiterverkauf realisiert habe (OLG Hamburg, Urteil vom 6.10.2023 – 3 U 183/01, BeckRS 2023, 26911), ist nicht zu folgen.

## 57

Die Entscheidung widerspricht den vom Bundesgerichtshof im Urteil vom 26. Juni 2023 – VIa ZR 335/21 aufgestellten Grundsätzen. Danach finden auf den Ersatzanspruch die Grundsätze der Vorteilsausgleichung Anwendung (vgl. BGH, a.a.O., Rn. 80). Der Bundesgerichtshof hat ausdrücklich entschieden, dass Nutzungen und der „Restwert“ des Fahrzeugs schadensmindernd dann und nur insofern zu berücksichtigen sind, als sie den Wert des Fahrzeugs bei Abschluss des Fahrzeugs übersteigen. Demensprechend handelt es sich um zwei unterschiedliche Anrechnungspositionen, die kumulativ zu berücksichtigen sind. Das vorgenannte Urteil des Bundesgerichtshofs kann dabei nicht, wie das OLG Hamburg meint, dahingehend verstanden werden, dass der Restwert tatsächlich „gezogen“, also realisiert, wird. Das „Ziehen“ bezieht sich schon nach dem Wortverständnis und nach dem Sinnzusammenhang der Entscheidung des Bundesgerichtshofs allein auf die Nutzungsvorteile und nicht auch auf den Restwert. Überdies spricht auch der Wortsinn des verwendeten Begriffs „Restwert“ gegen die Annahme, dieser müsse tatsächlich realisiert werden, um schadensmindernd berücksichtigt zu werden. Hätte der Bundesgerichtshof eine solche Beschränkung gewollt, so wäre zu erwarten gewesen, dass er stattdessen gleich den Begriff „Veräußerungserlös“ oder einen sinngleichen Begriff verwendet. Es wäre auch im Ergebnis unbillig, wenn ein Fahrzeugkäufer durch die mangelnde Berücksichtigung des Restwerts einen Vermögensvorteil behalten könnte, den er unmittelbar nach Eintritt der Rechtskraft des zusprechenden Urteils realisieren könnte (vgl. OLG Stuttgart, Urteil vom 18.12.2023 – 16a U 1115/22, BeckRS 2023, 38147).

## 58

b) Der Restwert des Fahrzeugs bestimmt sich nach allgemeinen schadensrechtlichen Grundsätzen nach dem Preis den der Geschädigte bei Inzahlunggabe seines Fahrzeugs bei einem Gebrauchtwagenhandler erzielen kann (vgl. BGH NJW 2009, 1265 f. OLG Zweibrücken BeckRS 2021, 7330). Abzustellen ist damit auf den Zeitwert bzw. den Händlereinkaufspreis und nicht den Wiederbeschaffungswert bzw. den Händlerverkaufspreis (OLG Stuttgart Urteil vom 29.11.2023 – 22 U 2. B. 2023, 35483, Rn. 111).

**59**

c) Die insofern darlegungs- und beweispflichtige Beklagte hat den Restwert des Fahrzeugs zuletzt mit 15.650,00 € beziffert. Da die Klagepartei diesem Vortrag nicht entgegengetreten ist ist er als unstreitig anzusehen.

**60**

d) Die Klagepartei muss sich die gezogenen Nutzungen und den Restwert auf ihren Anspruch auf Ersatz eines Differenzschadens nicht anrechnen lassen. Denn die zu berücksichtigenden Vorteile in Höhe von insgesamt 20.053,00 € übersteigen den tatsächlichen Wert des Fahrzeugs bei Abschluss des Kaufvertrags in Höhe von 23.985,00 € nicht. Eine Anspruchskürzung erfolgt somit nicht.

**61**

3. Die Klagepartei steht ferner der geltend gemachte Anspruch auf Zuerkennung von Rechtshängigkeitszinsen aus § 291 BGB zu.

III.

**62**

1. Die Kostenentscheidung beruht auf § 92 Abs. 1 § 97 ZPO. Die Entscheidung zur vorläufigen Vollstreckbarkeit folgt aus § 708 Nr. 10, § 711 ZPO.

**63**

2. Die Streitwertfestsetzung folgt aus § 3 ZPO.

**64**

3. Die Voraussetzungen für die Zulassung der Revision nach § 543 Abs. 2 ZPO liegen nicht vor. Die Rechtssache hat weder grundsätzliche Bedeutung noch erfordert die Fortbildung des Rechts oder die Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung eine Entscheidung des Revisionsgerichts. Die entscheidungserheblichen Rechtsfragen sind durch die vorgenannten Entscheidungen des Bundesgerichtshofs höchstrichterlich geklärt. Der Senat hat diese auf den vorliegenden Einzelfall angewendet.