

Oberlandesgericht München

Az.: 9 U 1856/22
15 O 14883/21 LG München I



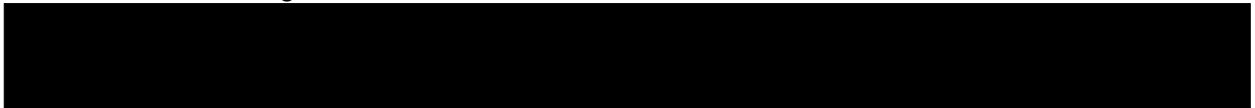
IM NAMEN DES VOLKES

In dem Rechtsstreit



- Kläger und Berufungskläger -

Prozessbevollmächtigte:



gegen

Bayerische Motoren Werke AG, vertr. d. d. Vorstand Oliver Zipse, Petuelring 130, 80788 München

- Beklagte und Berufungsbeklagte -

Prozessbevollmächtigte:

Rechtsanwälte **Pöhlmann, Früchtl, Oppermann PartmbB**, Gewürzmühlstraße 11, 80538 München, Gz.: 3657/21

wegen Forderung

erlässt das Oberlandesgericht München - 9. Zivilsenat - durch die Vorsitzende Richterin am Oberlandesgericht Dr. Kammerlohr, den Richter am Oberlandesgericht Bombe und den Richter am Oberlandesgericht Strohner am 22.12.2023 aufgrund der mündlichen Verhandlung vom 28.11.2023 folgendes

Endurteil

1. Auf die Berufung des Klägers wird das Endurteil des Landgerichts München I vom 14.03.2022, Az. 15 O 14883/21, wie folgt abgeändert:

Die Beklagte wird verurteilt, an den Kläger 4.120,00 € nebst Zinsen hieraus in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem jeweiligen Basiszinssatz seit 04.12.2021 zu zahlen.

2. Im Übrigen wird die Berufung zurückgewiesen und die Klage bleibt abgewiesen.
3. Von den Kosten des Rechtsstreits tragen der Kläger 89 % und die Beklagte 11 %.
4. Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar.
5. Die Revision gegen dieses Urteil wird nicht zugelassen.

Gründe:

I.

Die Klagepartei begehrt Schadensersatz im Zusammenhang mit dem sog. Diesel-Abgasskandal.

Die Klagepartei erwarb mit Kaufvertrag vom 23.01.2017 von einem BMW-Vertragshändler einen gebrauchten BMW 430d, EU6, 190 kW, 2993 ccm Hubraum, Erstzulassung 24.03.2016, mit einem Kilometerstand von 24.500 km zum Kaufpreis von 41.200,00 € brutto. Nach dem Tatbestand des Ersturteils ist in dem Kfz ein Motor des Typs N57D30O1 verbaut. Im Fahrzeug gibt es eine Abgasrückführung (AGR), die in Abhängigkeit von der Temperatur erfolgt (Thermofenster). Weiter verfügt das Fahrzeug über eine Abgasnachbehandlung in Form eines SCR-Systems und eines NOx-Speicherkatalysators.

Ein amtlicher Rückruf des streitgegenständlichen Fahrzeugs aufgrund einer unzulässigen Abschaltvorrichtung durch das KBA erfolgte bisher nicht. Es liegt ein Rückruf vom 05.12.2022 wegen eines möglichen Kühlmittelaustritts beim Abgasrückführungskühler vor. Ein Software-Update zum Thermofenster existiert für das streitgegenständliche Fahrzeug nicht.

Der Kilometerstand im Zeitpunkt der letzten mündlichen Verhandlung vor dem Senat betrug 80.562 km.

In der Berufungsinstanz hat die Klagepartei letztlich nur ihren Hilfsantrag auf Ersatz des „Differenzhypothesevertrauensschadens“ nebst Zinsen weiterverfolgt. Hinsichtlich der Anträge im Berufungsverfahren im Einzelnen wird auf das Protokoll der mündlichen Verhandlung vom 28.11.2023 (Bl. 899 d.A.) Bezug genommen.

Im Übrigen bedarf es keines Tatbestands, da gegen das Urteil kein Rechtsmittel zulässig ist (§ 313a Abs. 1 S. 1, § 540 Abs. 2 ZPO).

II.

Die zulässige Berufung ist in Bezug auf einen Schadensersatzanspruch des Klägers gemäß § 823 Abs. 2 BGB in Verbindung mit § 6 Abs. 1, § 27 Abs. 1 EG-FGV teilweise erfolgreich.

Ein Schadensersatzanspruch nach §§ 826, 31 BGB steht dem Kläger nicht zu. Der Senat verweist hierzu auf seinen Hinweisbeschluss vom 23.01.2023. Auch aus dem Rückruf vom 05.12.2022 wegen eines möglichen Kühlmittelaustritts beim Abgasrückführungskühler ergeben sich keine greifbaren Anhaltspunkte für ein sittenwidriges Verhalten der Beklagten. In der mündlichen Verhandlung am 28.11.2023 hat der Kläger zudem einen solchen Schadensersatzanspruch nicht mehr weiterverfolgt, sondern nur noch einen Differenzschaden geltend gemacht.

Der Kläger hat Anspruch auf Ersatz des Differenzschadens gemäß § 823 Abs. 2 BGB in Verbindung mit § 6 Abs. 1, § 27 Abs. 1 EG-FGV in Höhe des ausgeurteilten Betrags.

Der BGH hat mit Urteil vom 26. Juni 2023 - VIa ZR 335/21 - entschieden, dass dem Käufer, dessen Fahrzeug mit einer unzulässigen Abschaltvorrichtung im Sinne des Art. 5 der Verordnung (EG) Nr. 715/2007 ausgestattet ist, ein Anspruch auf den Differenzschaden nach § 823 Abs. 2 BGB in Verbindung mit § 6 Abs. 1, § 27 Abs. 1 EG-FGV zustehen kann. Dieser Anspruch knüpft an die Pflicht des Fahrzeugherstellers an, eine zutreffende Übereinstimmungsbescheinigung auszustellen. Das unionsrechtlich geschützte Interesse, durch den Abschluss eines Kaufvertrags über ein Kraftfahrzeug nicht wegen eines Verstoßes des Fahrzeugherstellers gegen das europäische Abgasrecht eine Vermögenseinbuße im Sinne der Differenzhypothese zu erleiden, ist von § 823 Abs. 2 BGB in Verbindung mit § 6 Abs. 1, § 27 Abs. 1 EG-FGV geschützt.

Die Voraussetzungen eines solchen Schadensersatzanspruchs liegen vor:

1. Verstoß gegen ein Schutzgesetz

Die Beklagte hat als Herstellerin des Fahrzeugs für dieses eine unzutreffende Übereinstimmungsbescheinigung ausgestellt und damit gegen die Schutzgesetze § 6 Abs. 1, § 27 Abs. 1 EG-FGV verstoßen.

Unzutreffend ist eine Übereinstimmungsbescheinigung, wenn das betreffende Kraftfahrzeug mit einer gemäß Art. 5 Abs. 2 der Verordnung (EG) Nr. 715/2007 unzulässigen Abschaltvorrichtung ausgerüstet ist (BGH, aaO, juris Rn. 34). Im streitgegenständlichen Fahrzeug ist eine solche un-

zulässige Abschalteneinrichtung in Form eines Thermofensters verbaut.

a) Abschalteneinrichtung

Der Begriff der Abschalteneinrichtung ist in Art. 3 Nr. 10 der Verordnung (EG) Nr. 715/2007 definiert.

aa) „Abschalteneinrichtung“ ist danach ein Konstruktionsteil, das die Temperatur, die Fahrzeuggeschwindigkeit, die Motordrehzahl (UpM), den eingelegten Getriebegang, den Unterdruck im Einlasskrümmer oder sonstige Parameter ermittelt, um die Funktion eines beliebigen Teils des Emissionskontrollsystems zu aktivieren, zu verändern, zu verzögern oder zu deaktivieren, wodurch die Wirksamkeit des Emissionskontrollsystems unter Bedingungen, die bei normalem Fahrzeugbetrieb vernünftigerweise zu erwarten sind, verringert wird.

Abzustellen ist dabei auf die Verwendungen des Fahrzeugs unter Fahrbedingungen, wie sie im gesamten Unionsgebiet üblich sind (BGH, aaO, juris Rn. 50). Eine Grenzwertkausalität ist dabei nicht von Bedeutung (BGH, aaO, juris Rn. 51).

bb) Eine Abschalteneinrichtung in diesem Sinne liegt hier in Form des Thermofensters vor. Unstreitig verfügt das Fahrzeug über eine Abgasrückführung, die in Abhängigkeit von der Temperatur erfolgt, so dass ein Konstruktionsteil, das die Temperatur ermittelt, um die Funktion eines Teils des Emissionskontrollsystems zu verändern, vorliegt.

Hierdurch wird die Wirksamkeit des Emissionskontrollsystems unter Bedingungen, die bei normalem Fahrzeugbetrieb vernünftigerweise zu erwarten sind, verringert.

Denn zur Ausgestaltung des Thermofensters hat der Kläger schlüssig und hinreichend hinreichend konkret vorgetragen (Berufungsbegründung S. 102/104, Klage S. 41/43), dass die Abgasrückführung nur in einem Temperaturbereich zwischen +17°C und +33°C zu 100% vorgenommen werde. Darüber werde sie vollständig deaktiviert, ebenso wie unter -11°C, zwischen +17°C und -11°C werde sie temperaturabhängig iterativ reduziert, was zu einer Verschlechterung der Emissionswerte führe. Zudem gebe es weitere Parameter, die die AGR beeinflussten. Diesen Vortrag hat der Senat gemäß § 138 Abs. 3 ZPO als zugestanden anzusehen, da dieser von den Beklagten nicht ausreichend bestritten wurde.

Die Beklagte hat insbesondere in den Schriftsätzen vom 02.10.2023 und 20.11.2023 ihren Vortrag dahingehend abgeändert, dass sie nicht mehr am allgemeinen Vortrag festhalte, dass alle BMW-Fahrzeuge den emissionsrechtlichen Anforderungen entsprächen. Die Beklagte ist aber der Auffassung, dass die konkrete Ausgestaltung des Thermofensters den regulatorischen Anfor-

derungen entspreche. Zur konkreten Bedatung trägt die Beklagte nicht vor. Die bloße Kenntnis von AGR-Kennfeldern reiche nicht aus, um die Emissionen zu beurteilen, zudem liege insoweit ein Betriebsgeheimnis inmitten. Damit hat die Beklagte den Vortrag des Klägers zur Ausgestaltung des Thermofensters nicht ausreichend bestritten.

Denn wenn die Beklagte allgemein meint, Vortrag zur konkreten Bedatung sei nicht ausreichend, um die Emissionen zu beurteilen, so liegt darin weder ein Bestreiten, dass die Wirksamkeit des Emissionskontrollsystems im streitgegenständlichen Fahrzeug durch die Verwendung des konkreten Thermofensters verringert wird, noch ein Bestreiten, dass dies unter Bedingungen, die bei normalem Fahrzeugbetrieb vernünftigerweise zu erwarten sind, erfolgt.

Auf ein Betriebsgeheimnis kann sich die Beklagte nicht berufen. Zwar ist das Interesse einer Partei, ihre Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse im Prozess nicht offenlegen zu müssen, grundgesetzlich durch Art. 12 Abs. 1 GG geschützt. Allerdings genügt es nicht, dass sich eine Partei pauschal auf die Wahrung ihrer Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse beruft. Vielmehr ist es im Prozess die Aufgabe des sich auf diesen Schutz Berufenden, nachvollziehbar und substantiiert darzulegen, welche konkreten Nachteile er bei Offenlegung welcher konkreten Geheimnisse zu befürchten hätte (vgl. BGH, Urteil vom 19. November 2008 - VIII ZR 138/07, BGHZ 178, 362, Rn. 46; Urteil vom 20. Juli 2010 - EnZR 24/09, juris Rn. 35; OLG Köln, Urteil vom 5. November 2020 – I-7 U 35/20, juris Rn. 74). Dem ist die Beklagte nicht nachgekommen. Sie beruft sich nur pauschal darauf, Mitbewerber könnten sich unter Umständen selbst heute noch Entwicklungskosten sparen (Schriftsatz vom 02.10.2023, S. 12).

Auch der Verweis auf eine Temperaturmessung an einem BMW 530d mit dem Motortyp N57 EU6 (Schriftsatz vom 02.10.2023, S. 8) kann den fehlenden Vortrag der Beklagten zur Ausgestaltung des Thermofensters nicht ersetzen, denn damit trägt die Beklagte nicht zum Thermofenster des hier streitgegenständlichen Fahrzeugs vor.

b) Unzulässigkeit der Abschalteneinrichtung

Die Verwendung einer Abschalteneinrichtung, die - wie hier - die Wirkung von Emissionskontrollsystemen verringert, ist grundsätzlich unzulässig, Art. 5 Abs. 2 S. 1 der Verordnung (EG) Nr. 715/2007. Eine ausnahmsweise Zulässigkeit der Verwendung der Abschalteneinrichtung ist nicht gegeben, insbesondere nicht nach Art. 5 Abs. 2 S. 2 a) der Verordnung (EG) Nr. 715/2007, wonach die Verwendung zulässig ist, wenn die Einrichtung notwendig ist, um den Motor vor Beschädigung oder Unfall zu schützen und um den sicheren Betrieb des Fahrzeugs zu gewährleisten.

aa) Ein Thermofenster wie das streitgegenständliche kann nur dann ausnahmsweise zulässig sein, wenn nachgewiesen ist, dass diese Einrichtung ausschließlich notwendig ist, um die durch eine Fehlfunktion eines Bauteils des Abgasrückführungssystems verursachten unmittelbaren Risiken für den Motor in Form von Beschädigung oder Unfall zu vermeiden, und diese Risiken derart schwer wiegen, dass sie eine konkrete Gefahr beim Betrieb des mit dieser Einrichtung ausgestatteten Fahrzeugs darstellen (vgl. EuGH, Urteil vom 21. März 2023 – C-100/21, juris Rn. 64).

„Notwendig“ im Sinne dieser Bestimmung ist eine Abschaltvorrichtung, wenn zum Zeitpunkt der EG-Typgenehmigung dieser Einrichtung oder des mit ihr ausgestatteten Fahrzeugs keine andere technische Lösung unmittelbare Risiken für den Motor in Form von Beschädigung oder Unfall, die beim Fahren eines Fahrzeugs eine konkrete Gefahr hervorrufen, abwenden kann (EuGH, Urteil vom 14. Juli 2022 – C-134/20, juris Rn. 81).

Außerdem hat der Europäische Gerichtshof in Bezug auf ein Thermofenster entschieden, dass es zwar zutrifft, dass Art. 5 Abs. 2 S. 2 a) der Verordnung (EG) Nr. 715/2007 formell keine weiteren Voraussetzungen für die Anwendung der in dieser Bestimmung vorgesehenen Ausnahme vorschreibt. Doch würde eine Abschaltvorrichtung, die unter normalen Betriebsbedingungen den überwiegenden Teil des Jahres funktionieren müsste, damit der Motor vor Beschädigung oder Unfall geschützt und der sichere Betrieb des Fahrzeugs gewährleistet wäre, offensichtlich dem mit dieser Verordnung verfolgten Ziel, von dem diese Bestimmung nur unter ganz besonderen Umständen eine Abweichung zulässt, zuwiderlaufen und zu einer unverhältnismäßigen Beeinträchtigung des Grundsatzes der Begrenzung der NO_x-Emissionen von Fahrzeugen führen (vgl. EuGH, Urteil vom 21. März 2023, aaO, juris Rn. 65).

Die Darlegungs- und Beweislast für die Zulässigkeit der Abschaltvorrichtung obliegt der Beklagten (BGH, Urteil vom 26. Juni 2023, aaO, juris Rn. 54).

bb) Nach diesen Maßstäben hat die Beklagte die Zulässigkeit der Abschaltvorrichtung schon nicht ausreichend dargelegt.

Die Beklagte beruft sich zwar insbesondere darauf, dass das Thermofenster dem Motorschutz diene, was durch Fachliteratur und Behörden anerkannt sei, sowie auf die Gefahr von Bauteil- und Motorschäden durch Versottung und Verlackung, der Notwendigkeit der Unterbindung der Verdünnung des Motoröls durch Kraftstoff und die Nichtvermeidbarkeit durch Wartung. Zudem sei das Thermofenster nicht den überwiegenden Teil des Jahres aktiv. Dieser Vortrag genügt jedoch nicht den Anforderungen der höchstrichterlichen Rechtsprechung.

(1) Die Beklagte behauptet schon nicht, dass keine andere technische Lösung im Zeitpunkt der EG-Tygenehmigung vorhanden gewesen sei, sie verweist nur auf eine Nichtvermeidbarkeit durch Wartung. Damit fehlt das Kriterium der „Notwendigkeit“ und die Verwendung des Thermofensters ist schon deshalb unzulässig.

(2) Unabhängig hiervon behauptet die Beklagte ebenfalls nicht, dass das Thermofenster „ausschließlich“ notwendig gewesen sei.

(3) Zudem funktioniert die Abschaltseinrichtung nach der hier streitgegenständlichen Ausgestaltung unter normalen Betriebsbedingungen den überwiegenden Teil des Jahres, denn eine Temperatur von +17°C bis +33°C ist im gesamten Unionsgebiet nicht überwiegend üblich, was auch die Beklagte nicht behauptet. Damit steht auch dieser Aspekt der Zulässigkeit des Thermofensters entgegen. Die bloß pauschale Behauptung der Beklagten, die Reduzierung der Abgasrückführung des streitgegenständlichen Fahrzeugs sei nicht „während des überwiegenden Teils des Jahres“ aktiv (Schriftsatz vom 20.11.2023, S. 11/14) ist nicht geeignet, dies zu entkräften.

(4) Zudem trägt die Beklagte nach Ansicht des Senats auch deshalb unzureichend vor, weil sie nicht konkret ausführt, weshalb das hier verbaute Thermofenster notwendig war.

Die Beklagte behauptet zwar, dass das Thermofenster in seiner konkreten Ausgestaltung den regulatorischen Anforderungen entspricht, geht aber nicht näher darauf ein, weshalb gerade die hiesige Ausgestaltung notwendig gewesen sein soll. Ein bloß pauschales Vorbringen, in dem Fahrzeug sei keine unzulässige Abschaltseinrichtung verbaut, genügt nicht der Darlegungslast (BGH, aaO, juris Rn. 54). Ebenso genügt es nicht, wenn generell zum Thermofenster vorgetragen wird ohne darzulegen, warum im konkreten Einzelfall die angewendete Bedatung notwendig war. Schließlich ist es ohne Weiteres denkbar, dass eine bestimmte Ausgestaltung des Thermofensters notwendig, eine andere aber nicht notwendig war.

cc) Greifbare Anhaltspunkte für eine im streitgegenständlichen Fahrzeug neben dem Thermofenster vorhandene weitere unzulässige Abschaltseinrichtung gibt es hingegen nicht, vgl. den Hinweisbeschluss des Senats vom 23.01.2023 (Bl. 758/773 d.A.).

2. Erwerbskausalität

Die Erwerbskausalität ist gegeben. Der Kläger kann sich auf den Erfahrungssatz stützen, dass er den Kaufvertrag zu diesem Kaufpreis nicht geschlossen hätte (BGH, aaO, juris Rn. 55). Dem ist die Beklagte nicht entgegengetreten.

3. Verschulden

Die Beklagte hat hinsichtlich des Einsatzes dieser unzulässigen Abschaltseinrichtung auch schuldhaft gehandelt. Gemäß § 823 Abs. 2 BGB in Verbindung mit § 6 Abs. 1, § 27 Abs. 1 EG-FGV genügt ein fahrlässiger Verstoß für die Haftung.

Gewöhnlich trifft den Anspruchsteller für das Verschulden die Darlegungs- und Beweislast. Jedoch muss derjenige, der objektiv ein Schutzgesetz verletzt hat, Umstände darlegen und erforderlichenfalls beweisen, die geeignet sind, die daraus folgende Annahme seines Verschuldens in Form einer Fahrlässigkeit auszuräumen. Insofern besteht eine von der objektiven Schutzgesetzverletzung ausgehende Verschuldensvermutung (BGH, aaO, juris Rn. 59). Weil das gesetzliche Schuldverhältnis gemäß § 823 Abs. 2 BGB in Verbindung mit § 6 Abs. 1, § 27 Abs. 1 EG-FGV erst mit dem Abschluss des Kaufvertrags über das mit einer unzulässigen Abschaltseinrichtung versehene Fahrzeug entsteht, muss der Vorwurf einer zumindest fahrlässigen Inverkehrgabe einer unzutreffenden Übereinstimmungsbescheinigung für diesen Zeitpunkt widerlegt werden (BGH, aaO, juris Rn. 61). Dies ist der Beklagten nicht gelungen.

Die Beklagte behauptet, der Ansicht gewesen zu sein, dass die verwendeten Thermofenster zulässig waren. Damit trägt sie zu einem Irrtum vor, denn tatsächlich war die Verwendung jedenfalls des streitgegenständlichen Thermofensters unzulässig. Entlastend wirkt ein solcher Irrtum nur, wenn es sich um einen unvermeidbaren Verbotsirrtum gehandelt hat (BGH, aaO, juris Rn. 63).

a) 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, aaO).

Hinsichtlich des Verbotsirrtums muss der Fahrzeughersteller darlegen und beweisen, dass sich sämtliche seiner verfassungsmäßig berufenen Vertreter im Sinne des § 31 BGB über die Rechtmäßigkeit der vom Käufer dargelegten und erforderlichenfalls nachgewiesenen Abschaltseinrichtung mit allen für die Prüfung nach Art. 5 Abs. 2 der Verordnung (EG) Nr. 715/2007 bedeutsamen Einzelheiten im maßgeblichen Zeitpunkt im Irrtum befanden oder im Falle einer Ressortaufteilung den damit verbundenen Pflichten genügten (BGH, Urteil vom 25. September 2023 – VIa ZR 1/23, juris Rn. 14).

Die Unvermeidbarkeit des konkret dargelegten und im Falle des Bestreitens des Geschädigten nachgewiesenen Verbotsirrtums kann der Fahrzeughersteller zum einen mittels einer tatsächlich erteilten EG-Typgenehmigung beweisen, wenn diese die verwendete unzulässige Abschaltseinrichtung in allen ihren Einzelheiten umfasst. Gelingt der Nachweis auf diesem Wege nicht, kann

der Fahrzeughersteller zu seiner Entlastung zum anderen darlegen und erforderlichenfalls nachweisen, seine Rechtsauffassung von Art. 5 Abs. 2 der Verordnung (EG) Nr. 715/2007 wäre bei entsprechender Nachfrage von der für die EG-Typgenehmigung oder für anschließende Maßnahmen zuständigen Behörde bestätigt worden (hypothetische Genehmigung). Eine Entlastung auf dieser Grundlage setzt allerdings voraus, dass der Fahrzeughersteller nicht nur allgemein darlegt, dass die Behörde Abschaltseinrichtungen der verwendeten Art genehmigt hätte, sondern dass ihm dies auch unter Berücksichtigung der konkret verwendeten Abschaltseinrichtung in allen für die Beurteilung nach Art. 5 Abs. 2 der Verordnung (EG) Nr. 715/2007 maßgebenden Einzelheiten gelingt. Beruft sich der Fahrzeughersteller auf selbst angestellte Erwägungen, ist ihm eine Entlastung verwehrt, wenn mit Rücksicht auf die konkret verwendete Abschaltseinrichtung eine nicht im Sinne des Fahrzeugherstellers geklärte Rechtslage hinreichend Anlass zur Einholung eines Rechtsrats bot. Eine Entlastung allein mit Rücksicht auf den Umstand, dass der Verwendung von Thermofenstern ein allgemeiner Industriestandard zugrunde lag oder dass jedes Kraftfahrzeug mit einem Dieselmotor mit einer Abgasrückführung über ein Thermofenster verfügt, kommt dagegen nach dem gesetzlichen Fahrlässigkeitsmaßstab nicht in Betracht (vgl. BGH, Urteil vom 26. Juni 2023, aaO, juris Rn. 64 ff.).

b) Nach diesen Maßstäben kann sich die Beklagte nicht entlasten.

Dies scheitert schon daran, dass die Beklagte den Verbotsirrtum nicht ausreichend konkret dargelegt hat. Die Beklagte trägt nur allgemein dazu vor, dass „die Beklagte“ die Verwendung des Thermofensters für zulässig erachtet habe. Ob sich sämtliche der verfassungsmäßig berufenen Vertreter der Beklagten im Irrtum befanden und ob sich dieser Irrtum auf alle für die Prüfung nach Art. 5 Abs. 2 der Verordnung (EG) Nr. 715/2007 bedeutsamen Einzelheiten im maßgeblichen Zeitpunkt bezog, ist aus dem Vortrag der Beklagten nicht ersichtlich. Auch zu einer Ressortaufteilung und der Einhaltung der damit verbundenen Pflichten trägt die Beklagte nicht vor. Damit verbleibt es schon aus diesem Grund bei der Verschuldensvermutung zu Lasten der Beklagten.

Unabhängig hiervon hat die Beklagte auch die Unvermeidbarkeit des Verbotsirrtums nicht ausreichend dargelegt.

Zu einer hypothetischen Genehmigung der zuständigen Behörde hat die Beklagte nicht ausreichend vorgetragen. Denn eine Entlastung auf dieser Grundlage setzt voraus, dass der Fahrzeughersteller nicht nur allgemein darlegt, dass die Behörde Abschaltseinrichtungen der verwendeten Art genehmigt hätte, sondern dass ihm dies auch unter Berücksichtigung der konkret verwendeten Abschaltseinrichtung in allen für die Beurteilung nach Art. 5 Abs. 2 der Verordnung (EG) Nr. 715/2007 maßgebenden Einzelheiten gelingt (BGH, aaO, juris Rn. 66). Die Beklagte legt die Ein-

zelheiten des Thermofensters in diesem Rechtsstreit jedoch nicht offen, so dass auch nicht nachvollziehbar ist, ob das KBA die im streitgegenständlichen Fahrzeug enthaltene Abschalteneinrichtung genehmigt hätte (vgl. OLG Bamberg, Urteil vom 01. August 2023 - 5 U 172/22, Anlage KU1; OLG Dresden, Urteil vom 28. August 2023 - 5a U 802/23, BeckRS 2023, 22299, Rn. 45).

Auf selbst angestellte Erwägungen kann sich die Beklagte für die Unvermeidbarkeit des Verbotsirrtums nicht berufen, denn angesichts der auch von der Beklagten behaupteten unsicheren Rechtslage (Schriftsatz vom 20.11.2023, S. 14) hätte sie Rechtsrat einholen müssen, was die Beklagte nicht vorträgt. Schließlich genügt auch die Behauptung der Beklagten, dass Fachliteratur und Behörden seit langem anerkennen, dass ein Thermofenster technisch zum Schutz des Motors notwendig sei, schon deshalb nicht zur Darlegung der Unvermeidbarkeit des Verbotsirrtums, weil die Beklagte sich nicht mit dem im streitgegenständlichen Fahrzeug vorhandenen Thermofenster auseinandersetzt, zumal der Verweis auf einen allgemeinen Industriestandard oder eine weite Verbreitung des Thermofensters ohnehin nicht genügen.

4. Schaden

Der Kläger hat deshalb Anspruch auf Ersatz des Differenzschadens in Höhe von 4.120,00 € nebst Zinsen hieraus in gesetzlicher Höhe ab 04.12.2021.

a) Der Schaden des Käufers liegt in dem Betrag, um den er den Kaufgegenstand mit Rücksicht auf die mit der unzulässigen Abschalteneinrichtung verbundenen Risiken zu teuer erworben hat (BGH, aaO, juris Rn. 40).

Die Höhe dieses Schadens unterliegt der gerichtlichen Schätzung nach § 287 Abs. 1 S. 1 ZPO und bewegt sich nach der Rechtsprechung des BGH im Bereich von 5 % bis 15 % des gezahlten Kaufpreises (vgl. BGH, aaO, juris Rn. 72 ff.). Bei der Schätzung des Schadens innerhalb eines Rahmens zwischen 5% und 15% 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. Weiter hat er den Umfang in Betracht kommender Betriebsbeschränkungen und die Eintrittswahrscheinlichkeit solcher Beschränkungen mit Rücksicht auf die Einzelfallumstände in den Blick zu nehmen. Maßgebend ist dabei eine auf den Zeitpunkt des Vertragsschlusses bezogene Betrachtung. Über diese originär schadensrechtlichen Gesichtspunkte hinaus hat der Tatrichter 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 Ein-

zelfall Rechnung zu tragen. Zur Einholung eines Sachverständigengutachtens ist der Tatrichter bei seiner Schätzung innerhalb des genannten Rahmens nicht gehalten (BGH, aaO, juris Rn. 76 ff.).

b) Unter Zugrundelegung des im Zeitpunkt des Vertragsschlusses als gering zu bewertenden Risikos, dass das Fahrzeug zurückgerufen und mit einer Nebenbestimmung zur Typengenehmigung belegt wird, aber auch unter Berücksichtigung des erheblichen Gewichts einer solchen (unwahrscheinlichen) Maßnahme, die im Falle der Unmöglichkeit der Erfüllung einer Nebenbestimmung bis zur Betriebsuntersagung bzw. Stilllegung hätte führen können, erachtet es der Senat als geboten, den Schaden vorliegend mit 10 % des Kaufpreises zu bemessen. Dies auch unter Berücksichtigung der Umstände, dass einerseits der Beklagten nur einfache Fahrlässigkeit zur Last gelegt werden kann, andererseits aber dem Verstoß der Beklagten vor dem Hintergrund des unionsrechtlichen Ziels der Einhaltung bestimmter Emissionsgrenzwerte ein nicht unerhebliches Gewicht beizumessen ist (vgl. OLG Bamberg, aaO).

10 % des Kaufpreises in Höhe von 41.200,00 € ergeben den zugesprochenen Betrag in Höhe von 4.120,00 €.

c) Eine Vorteilsausgleichung kommt hier nicht in Betracht.

Nutzungsvorteile und der Restwert des Fahrzeugs sind erst dann und nur insoweit schadensmindernd anzurechnen, als sie den Wert des Fahrzeugs bei Abschluss des Kaufvertrags (gezahlter Kaufpreis abzüglich Differenzschaden) übersteigen (BGH, aaO, juris Rn. 80). Dies ist hier nicht der Fall. Ausgehend vom aktuellen unstreitigen Kilometerstand von 80.562 km und einer Gesamtlauflistung von 250.000 km, die der Senat in ständiger Rechtsprechung für Fahrzeuge wie das streitgegenständliche der Berechnung zugrunde legt, ergibt sich eine Nutzungsentschädigung in Höhe von 10.242,81 €. Den Restwert schätzt der Senat auf Basis einer aktuellen DAT-Auskunft auf den sich hieraus ergebenden Händlerereinkaufswert in Höhe von 21.474,00 €. Bei Addition dieser Werte ergibt sich ein Betrag in Höhe von 31.716,81 €, der den Wert des Fahrzeugs bei Abschluss des Kaufvertrags (gezahlter Kaufpreis abzüglich Differenzschaden = 37.080 €) nicht erreicht, so dass eine Anrechnung unterbleibt.

Eine Software-Update zum Thermofenster (vgl. BGH, aaO) ist hier nicht streitgegenständlich.

d) Zinsen kann der Kläger ab Rechtshängigkeit gemäß § 291 BGB verlangen.

Der Kläger hat keinen Anspruch auf weitergehende Verzugszinsen, da das vorgerichtliche Anschreiben vom 08.07.2021 (vgl. Klage S. 7), mit dem der Kläger Rückabwicklung verlangte und auf das er sich beruft, aufgrund Zuvieforderung nicht verzugsbegründend wirkte.

Die Rechtshängigkeit ist anhand der Zustellung der Klageschrift zu bestimmen und nicht etwa anhand der Zustellung des Schriftsatzes vom 29.09.2023, in dem der Kläger erstmals ausdrücklich einen Antrag auf Ersatz des Differenzschadens stellte, denn der Differenzschaden ist vom Rechtsschutzbegehren erfasst, wenn mit der Klage - wie hier - großer Schadensersatz geltend gemacht wird (vgl. BGH, Urteil vom 25. September 2023, aaO, juris Rn. 11).

e) Weitere, zunächst in der Berufungsinstanz geltend gemachte Anträge hat der Kläger in der mündlichen Verhandlung am 28.11.2023 nicht weiterverfolgt.

III.

Die Kostenentscheidung beruht auf den §§ 92 Abs. 1, 97 Abs. 1 ZPO.

Die Entscheidung zur vorläufigen Vollstreckbarkeit ergibt sich aus §§ 708 Nr. 10, 711, 713 ZPO.

Die Voraussetzungen für eine Zulassung der Revision nach § 543 Abs. 2 ZPO liegen nicht vor. Die maßgeblichen Rechtsfragen sind durch höchstrichterliche Entscheidungen geklärt, die der Senat seinem Urteil zugrunde gelegt hat.

gez.

Dr. Kammerlohr
Vorsitzende Richterin
am Oberlandesgericht

Bombe
Richter
am Oberlandesgericht

Strohner
Richter
am Oberlandesgericht

Verkündet am 22.12.2023

gez.
Mayer, JAng
Urkundsbeamtin der Geschäftsstelle



Für die Richtigkeit der Abschrift
München, 22.12.2023

Mayer, JAng
Urkundsbeamtin der Geschäftsstelle