

Hanseatisches Oberlandesgericht

Az.: 15 U 127/21

322 O 411/19

LG Hamburg

Verkündet am 13.06.2024



äftsstelle



Urteil

IM NAMEN DES VOLKES

Man hat Kopie

In der Sache

- Klägerin und Berufungsklägerin -

Prozessbevollmächtigte:

Rechtsanwälte **Wietbrok**, Eißendorfer Pferdeweg 36, 21075 Hamburg, Gz.: VW-47/19-FW

gegen

Audi AG, [REDACTED]

- Beklagte und Berufungsbeklagte -

Prozessbevollmächtigte:

Rechtsanwälte **Neumann**, [REDACTED]

erkennt das Hanseatische Oberlandesgericht - 15. Zivilsenat - durch den Richter am Oberlandesgericht [REDACTED] als Einzelrichter auf Grund der mündlichen Verhandlung vom 25.04.2024 für Recht:

- I. Auf die Berufung der Klägerin wird das Urteil des Landgerichts Hamburg vom 03.11.2021, Az. 322 O 411/19, unter Zurückweisung der weitergehenden Berufung teilweise abgeändert und wie folgt neu gefasst:
 1. Die Beklagte wird verurteilt, an die Klägerin 15.254,40 € nebst Zinsen hieraus in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem jeweiligen Basiszinssatz seit dem 20.12.2019 zu zahlen.
 2. Im Übrigen bleibt die Klage abgewiesen.

- II. Die Kosten des Rechtsstreits in erster Instanz tragen die Klägerin zu 87% und die Beklagte zu 13%; die Kosten des Berufungsverfahrens werden gegeneinander aufgehoben.
- III. Dieses Urteil ist vorläufig vollstreckbar.

Beschluss

1. Die Klägerin wird des Rechtsmittels der Berufung nach Maßgabe der auf Seite 4 des Protokolls vom 25.04.2024 erklärten teilweisen Berufungsrücknahme für verlustig erklärt.
2. Der Streitwert wird für das Berufungsverfahren auf 42.946,20 € festgesetzt.

Gründe:

I.

Die Klägerin und Berufungsklägerin (im Folgenden: Klägerin) wendet sich mit ihrer Berufung gegen die Abweisung ihrer Klage durch das Landgericht Hamburg. Sie begehrt inzwischen nur noch die Zahlung von „Differenzhypothesevertrauensschadensersatz“ wegen unzulässiger Abschalteinrichtungen in den beiden von ihr im Jahr 2015 als Neuwagen erworbenen Fahrzeugen Audi A6 Avant 3.0 TDI, die von der Beklagten und Berufungsbeklagten (im Folgenden: Beklagte) hergestellt worden sind und beide mit dem Motortyp EA897 (CRT) und einem SCR-Katalysator ausgestattet sowie nach der Abgasnorm Euro 6 zugelassen waren. Das erste Fahrzeug verfügte über 160 kW Motorleistung, das zweite über 200 kW. Bei den in Rede stehenden Fahrzeugen stellte das Kraftfahrtbundesamt (KBA) im Jahr 2018 Unregelmäßigkeiten in der Motorsteuerungssoftware im Hinblick auf die Funktionsweise des Emissionsminderungssystems fest, ordnete unter Kennziffer 23X6 einen Rückruf der betroffenen Fahrzeuge an und gab der Beklagten auf, eine Aktualisierung der Motorsoftware vorzunehmen. Gegenstand der Beanstandung war jedenfalls die sogenannte Restreichweitenregelung („Strategie E“). Das daraufhin von der Beklagten entwickelte und vom KBA freigegebene Software-Update wurde im Mai 2019 auf beide streitgegenständlichen Fahrzeuge aufgespielt. Unstreitig verfügten beide Fahrzeuge außerdem über ein sogenanntes Thermofenster, dessen genaue Ausgestaltung bzw. Bedatung streitig ist. Die Klägerin behauptet zudem eine Prüfstandserkennung sowie weitere, prüfstandsbezogene Abschalteinrichtungen.

Die Klägerin hatte zunächst für beide Fahrzeuge den sogenannten „großen“ Schadensersatz

(Klaganträge zu 1. und 2.), die Feststellung des Annahmeverzugs (Klagantrag zu 3.) und die Erstattung vorgerichtlicher Anwaltskosten (Klagantrag zu 4.) begehrt. Im Laufe des Berufungsverfahrens hat sie die Klaganträge zu 1. und zu 2. auf die Zahlung der Differenz zwischen dem von ihr gezahlten Kaufpreis und dem inzwischen von ihr durch Weiterverkauf der Fahrzeuge erzielten Erlös beschränkt und bezüglich des ersten Fahrzeugs zudem einen nach Unfall von der gegnerischen Haftpflichtversicherung erhaltenen Betrag abgezogen, so dass sich die Klaganträge noch auf 12.012,05 € (Fahrzeug 1) und 15.168 € (Fahrzeug 2) beliefen. In der mündlichen Verhandlung vor dem Senat hat sie ihre Berufung zurückgenommen, soweit diese über die sodann gestellten Anträge auf Zahlung des Differenzschadensersatzes nebst Zinsen hinausging, und zuletzt noch beantragt,

unter Aufhebung des Urteils des Landgerichts Hamburg zum Aktenzeichen 322 O 411/19 vom 03.11.2021

1. die Beklagte zu verurteilen, an die Klägerin einen angemessenen Schadensersatz im Wege des Differenzhypothesevertrauensschadensersatzes zu bezahlen, dessen angemessene Höhe in das Ermessen des Gerichts gestellt wird und zwischen 5 und 15 % des Nettokaufpreises des streitgegenständlichen Pkw Audi A 6 Avant, FIN: ~~.....~~ betragen sollte, nebst Zinsen in Höhe von 9 Prozentpunkten über dem jeweiligen Basiszinssatz für die Zeit ab dem 4. September 2019;
2. die Beklagte zu verurteilen, an die Klägerin einen angemessenen Schadensersatz im Wege des Differenzhypothesevertrauensschadensersatzes zu bezahlen, dessen angemessene Höhe in das Ermessen des Gerichts gestellt wird und zwischen 5 und 15 % des Nettokaufpreises des streitgegenständlichen Fahrzeugs Pkw Audi A 6 Avant 3,0 ~~.....~~ betragen sollte, nebst Zinsen in Höhe von 9 Prozentpunkten über dem jeweiligen Basiszinssatz für die Zeit seit dem 4. September 2019.

Die Beklagte hat beantragt,

die Berufung zurückzuweisen.

Von der weiteren Darstellung des Tatbestands wird gemäß § 313a Abs.1 ZPO abgesehen.

II.

Die Berufung hat nach den zuletzt noch gestellten Anträgen überwiegenden Erfolg. Sie ist zulässig, nämlich form- und fristgerecht eingereicht und auch begründet worden. Die Klage ist, soweit sie noch rechtshängig ist, zulässig und weit überwiegend begründet. Allein im Hinblick auf die Zinsen dringt sie nicht vollständig durch.

A.

Die Klage ist zulässig.

1.

Die zuletzt gestellten Anträge sind hinreichend bestimmt im Sinne von § 253 Abs. 2 Nr. 2 ZPO, obwohl die Klägerin keine konkreten Beträge genannt hat. Nach höchstrichterlicher Rechtsprechung beläuft sich der von der Klägerin nur noch geltend gemachte Differenzschadensersatz gemäß § 823 Abs. 2 BGB i. V. m. § 6 Abs. 1, § 27 Abs. 1 EG-FGV auf 5-15% des Nettokaufpreises, wobei der Tatrichter die Höhe des Schadens gemäß § 287 Abs. 1 ZPO festzustellen hat (BGH, NJW 2023, 2259 Rn. 71 ff.). Es ist anerkannt, dass in Fällen, in denen die Bestimmung des Betrages von einer gerichtlichen Schätzung nach § 287 ZPO abhängt, kein konkreter Zahlbetrag angegeben werden muss (Greger in: Zöller, ZPO, 35. Auflage 2024, § 253 Rn. 14 m. w. N.). Die für die Bestimmtheit erforderliche Angabe einer Größenordnung bzw. eines Mindestbetrags (5% des jeweils unstreitigen Nettokaufpreises) ist erfolgt.

2.

Die Umstellung auf den Differenzschadensersatz ist eine auch in der zweiten Instanz stets zulässige Antragsänderung nach § 525 S. 1, § 264 Nr. 2 ZPO. Denn dem von der Klägerin auf § 826, § 31 BGB gestützten „großen“ Schadensersatz einerseits und dem Differenzschadensersatz nach § 823 Abs. 2 BGB i. V. m. § 6 Abs. 1, § 27 Abs. 1 EG-FGV andererseits liegen lediglich unterschiedliche Methoden der Schadensberechnung zugrunde, die im Kern an die Vertrauensinvestition des Käufers bei Abschluss des Kaufvertrags anknüpfen (vgl. BGH, NJW 2023, 2259 Rn. 45). Der Übergang von einem auf § 826, § 31 BGB gestützten Antrag auf „großen“ Schadensersatz zu einem auf § 823 Abs. 2 BGB i. V. m. § 6 Abs. 1, § 27 Abs. 1 EG-FGV gestützten Antrag auf Ersatz des Differenzschadens führt nicht zur Änderung des Klagegrunds (BGH, BeckRS 2024, 10736 Rn. 14). Wechselt der Kläger nur die Art der Schadensberechnung, ohne seinen Antrag auf einen abgewandelten Lebenssachverhalt zu stützen, liegt keine Klageänderung i. S. d. § 263 ZPO vor (vgl. BGH, NJW 2015, 3160 Rn. 33).

B.

Die Anträge auf Zahlung eines Differenzschadensersatzes sind auch begründet. Der Klägerin steht ein Anspruch auf Zahlung von Schadensersatz in Höhe von 15% des jeweiligen Nettokaufpreises gegen die Beklagte für beide Fahrzeuge zu.

Der Anspruch ergibt sich aus § 823 Abs. 2 BGB i. V. m. § 6 Abs. 1, § 27 Abs. 1 EG-FGV. Nach § 823 Abs. 2 BGB ist, wer schuldhaft gegen ein den Schutz eines anderen bezweckendes Gesetz verstößt, dem anderen zum Ersatz des daraus entstehenden Schadens verpflichtet. Wie der Bundesgerichtshof nach Verkündung des erstinstanzlichen Urteils entschieden hat (BGH, NJW 2023, 2259), sind § 6 Abs. 1 und § 27 Abs. 1 EG-FGV Schutzgesetze im Sinne des § 823 Abs. 2 BGB. Diese Vorschriften wahren das Interesse des Fahrzeugkäufers gegenüber dem Fahrzeughersteller, nicht durch den Kaufvertragsabschluss eine Vermögenseinbuße im Sinne der Differenzhypothese zu erleiden, weil das Fahrzeug entgegen der Übereinstimmungsbescheinigung eine unzulässige Abschaltvorrichtung im Sinne des Art. 5 Abs. 2 S. 1 der VO (EG) Nr. 715/2007 aufweist.

1.

Die Beklagte hat gegen § 6 Abs. 1 und § 27 Abs. 1 EG-FGV verstoßen, indem sie in Bezug auf beide streitgegenständlichen Fahrzeuge eine unzutreffende Übereinstimmungsbescheinigung ausgestellt hat. Unzutreffend ist eine Übereinstimmungsbescheinigung, wenn das betreffende Fahrzeug mit einer gemäß Art. 5 Abs. 2 VO (EG) Nr. 715/2007 unzulässigen Abschaltvorrichtung ausgerüstet ist, weil die Bescheinigung dann eine tatsächlich nicht gegebene Übereinstimmung des konkreten Fahrzeugs mit Art. 5 Abs. 2 VO (EG) 715/2007 ausweist (vgl. EuGH, NJW 2023, 1111; BGH, NJW 2023, 2259 Rn. 34).

Beide Fahrzeuge waren und sind unstreitig mit einem sogenannten „Thermofenster“ ausgestattet. Dieses sorgt dafür, dass jedenfalls – nämlich schon nach dem Beklagtenvortrag – bei einer Außentemperatur von 5 Grad Celsius und weniger die Abgasrückführung reduziert wird und der Stickoxidausstoß ansteigt. Damit liegt eine unzulässige Abschaltvorrichtung vor. Gemäß Art. 3 Nr. 10 VO (EG) Nr. 715/2007 bezeichnet der Ausdruck „Abschaltvorrichtung“ ein Konstruktionsteil, das die Temperatur, die Fahrzeuggeschwindigkeit, die Motordrehzahl, 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. Der unionsrechtliche Begriff „normaler Fahrzeugbetrieb“ verweist auf die Verwendung eines Fahrzeugs unter tatsächlichen Fahrbedingungen, wie sie im Unionsgebiet üblich sind (EuGH, NJW 2022, 2605 Rn. 40). Ob die Grenzwerte unter den Bedingungen des NEFZ auch bei veränderter Funktion eingehalten werden, ist nach dem Wortlaut des Art. 3 Nr. 10 der VO (EG) Nr. 715/2007 nicht von Bedeutung. Die Norm knüpft an die Verringerung der Wirksamkeit des Emissionskontrollsystems in seiner Gesamtheit an und nicht an die Einhaltung der Grenzwerte im NEFZ (vgl. BGH, NJW 2023, 2259 Rn. 51).

Diese Abschaltvorrichtung ist nicht ausnahmsweise zulässig. Die insoweit darlegungsbelastete Beklagte (vgl. BGH, NJW 2023, 2259 Rn. 54) hat nicht substantiiert zu einem Ausnahmetatbestand des Art. 5 Abs. 2 S. 2 VO (EG) Nr. 715/2007 vorgetragen. Es fehlte bereits an hinreichendem Tatsachenvortrag, der das Gericht in die Lage versetzen würde, die ausnahmsweise Zulässigkeit des Thermofensters zu prüfen. Die Beklagte hat bis zur mündlichen Berufungsverhandlung vor dem Senat zur konkreten Bedatung des Thermofensters nicht vorgetragen, sondern nur mitgeteilt, dass die Abgasrückführungsrate nur bei kühleren Temperaturen zurückgefahren werde, wobei eine signifikante Reduktion erst bei einer Temperatur von 5 Grad Celsius und weniger erfolge. Erst auf Nachfrage des Senats hat sie mitgeteilt, dass im Temperaturbereich zwischen 5 und 35 Grad Celsius keine aktive Reduktion der Abgasrückführungsrate erfolge. Es kann dahinstehen, ob dieser sehr spät gehaltene Vortrag überhaupt noch zu berücksichtigen ist und ob er ausreicht (obwohl die Beklagte nicht mitgeteilt hat, ob zwischen 5 und 35 Grad Celsius eine andere als eine „aktive“ Reduzierung der Abgasrückführung erfolgt und ob die Abgasrückführung in bestimmten Temperaturbereichen sogar vollständig abgeschaltet wird). Denn jedenfalls ist eine aktive Reduzierung der Abgasrückführungsrate schon ab 5 Grad Celsius nicht zulässig. Nach der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs kann eine Abschaltvorrichtung, die unter normalen Betriebsbedingungen den überwiegenden Teil des Jahres funktionieren müsste, nicht unter die in Art. 5 Abs. 2 S. 2 VO (EG) Nr. 715/2007 vorgesehene Ausnahme fallen (EuGH, NJW 2022, 2605 Rn. 70). Die Beklagte hat nicht dargelegt, dass die hier in Rede stehende Abschaltvorrichtung in einem Temperaturbereich von 5 Grad Celsius und darunter in allen Gebieten bzw. Mitgliedsstaaten der Union den überwiegenden Teil des Jahres nicht aktiv ist. Entgegen der Ansicht der Beklagten ist insoweit nicht schlicht auf die Durchschnittstemperatur im gesamten Unionsgebiet abzustellen und darauf, dass diese die meiste Zeit des Jahres über 5 Grad Celsius liege. Vielmehr ist auf die Bedingungen abzustellen, wie sie im gesamten Unionsgebiet üblich sind (vgl. BGH NJW 2023, 2259 Rn. 50 mit Verweis auf EuGH, NJW 2022, 2605). Dieses

Verständnis trägt dem räumlichen Geltungsbereich der VO (EG) 715/2007 im gesamten Unionsgebiet Rechnung. Die Beklagte hat jedoch nicht vorgetragen, dass das Thermofenster etwa in den skandinavischen Ländern trotz der dort herrschenden geringeren Temperaturen den überwiegenden Teil des Jahres inaktiv sei, und davon kann auch nicht ohne Weiteres ausgegangen werden. Daher kommt es nicht darauf an, ob – wie die Beklagte geltend macht – das Thermofenster für den Motor- und Unfallschutz technisch notwendig ist oder nicht.

Dieser Bewertung stehen die von der Beklagten eingereichten Auskünfte des KBA nicht entgegen (abgesehen davon, dass allenfalls das als Anlage BE2 eingereichte Auskunftsschreiben sich auf denselben Typ wie das hiesige Fahrzeug 2 bezieht und sich im Übrigen für keines der Auskunftsschreiben sicher feststellen lässt, dass es sich auf exakt die gleichen Fahrzeugmodelle bzw. Motortypen wie die beiden hier in Rede stehenden bezieht, vgl. dazu auch Seite 3 des Protokolls vom 25.04.2024). Das erkennende Gericht ist nicht an die – jedenfalls in der Vergangenheit überdies recht zweifelhafte – Rechtsauffassung des KBA zur (Un-) Zulässigkeit von Abschaltvorrichtungen gebunden, sondern muss eine eigene rechtliche Bewertung vornehmen (vgl. BGH, NJW 2023, 2259 Rn. 60). Angesichts dessen ist auch die von der Beklagten angeregte Einholung einer amtlichen Auskunft des KBA zur (Un-) Zulässigkeit des hier in Rede stehenden Thermofensters nicht angezeigt.

2.

Die Beklagte handelte mindestens fahrlässig und damit schuldhaft. Grundsätzlich ist der Anspruchsteller hinsichtlich des Verschuldens als anspruchsbegründender Voraussetzung gemäß § 823 Abs. 2 BGB darlegungs- und beweispflichtig. 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. Deshalb hat der Fahrzeughersteller, wenn er eine Übereinstimmungsbescheinigung trotz der Verwendung einer unzulässigen Abschaltvorrichtung ausgegeben und dadurch § 6 Abs. 1, § 27 Abs. 1 EG-FGV verletzt hat, Umstände darzulegen und zu beweisen, die sein Verhalten ausnahmsweise nicht als fahrlässig erscheinen lassen (BGH, NJW 2023, 2259 Rn. 59). Dabei ist nicht die Rechtsauffassung des KBA von der Bedeutung der Art. 3 Nr. 10, Art. 5 Abs. 2 VO (EG) Nr. 715/2007 maßgebend, sondern das an der Systematik des Art. 5 Abs. 2 VO (EG) Nr. 715/2007 orientierte Normverständnis, nach dem Abschaltvorrichtungen nur ausnahmsweise und unter engen Voraussetzungen zulässig sein können (BGH, NJW 2023, 2259 Rn. 60). Zu ihrem fehlenden Verschulden im maßgeblichen

Zeitpunkt des jeweiligen Kaufvertragsschlusses hat die Beklagte nichts vorgetragen, insbesondere hat sie keinen unvermeidbaren Verbotsirrtum geltend gemacht.

3.

Zur Erwerbskausalität kann sich der Käufer auf den Erfahrungssatz stützen, dass er den Kaufvertrag zu diesem Kaufpreis nicht geschlossen hätte (BGH, NJW 2023, 2259 Rn. 55). Überdies hat der Geschäftsführer der Klägerin sich in der mündlichen Verhandlung vor dem Landgericht zu Protokoll plausibel dahingehend eingelassen, dass die Klägerin die Fahrzeuge nicht gekauft hätte, wenn man vorher alles gewusst hätte; daher habe man sich nun für Fahrzeuge anderer Hersteller entschieden.

4.

Der Klägerin ist durch das rechtswidrige Verhalten der Beklagten der tenorierte Schaden entstanden.

Grundsätzlich führt der Erwerb eines Fahrzeugs mit unzulässiger Abschaltvorrichtung zu einem Vermögensschaden, weil sich der objektive Wert des Fahrzeugs verringert. Der Schaden ist nach Maßgabe der Differenzhypothese zu ermitteln. Dazu ist die infolge des haftungsbegründenden Ereignisses eingetretene Vermögenslage mit der Vermögenslage, die ohne jenes Ereignis eingetreten wäre, zu vergleichen. Ein Vermögensschaden des Käufers im Sinne der Differenzhypothese liegt danach vor, wenn sich bei einem Vergleich der infolge des haftungsbegründenden Ereignisses eingetretenen Vermögenslage mit der Vermögenslage ohne das haftungsbegründende Ereignis ein rechnerisches Minus zeigt bzw. der objektive Wert des erworbenen Fahrzeugs hinter dem Kaufpreis zurückbleibt. Wegen der Enttäuschung des Käufervertrauens ist der Geschädigte so zu behandeln, als wäre es ihm in Kenntnis der wahren Sachlage und der damit verbundenen Risiken gelungen, den Vertrag zu einem niedrigeren Preis abzuschließen. Sein Schaden liegt daher in dem Betrag, um den er den Kaufgegenstand mit Rücksicht auf die mit der unzulässigen Abschaltvorrichtung verbundenen Risiken zu teuer erworben hat.

Die ohne die Einholung eines Sachverständigengutachtens mögliche Schätzung des Differenzschadens in den Fällen des Vertrauens eines Käufers auf die Richtigkeit der Übereinstimmungsbescheinigung bei Erwerb eines mit einer unzulässigen Abschaltvorrichtung versehenen Kraftfahrzeugs unterliegt unionsrechtlichen Vorgaben (vgl. EuGH, NJW 2023, 1111 Rn. 90, 93). Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs ist für die Anwendung des nationalen Rechts in Umsetzung dieser Vorgaben sowohl in Bezug auf die Untergrenze als auch

auf die Obergrenze des nach § 823 Abs. 2 BGB i.V.m. § 6 Abs. 1, § 27 Abs. 1 EG-FGV zu gewährenden Schadensersatzes das Schätzungsermessen innerhalb einer Bandbreite zwischen 5 % und 15 % des gezahlten Kaufpreises rechtlich begrenzt. Maßgebliche Faktoren für die Bestimmung des objektiven Werts des Fahrzeugs im Zeitpunkt des Vertragsschlusses sind unter anderem die mit der Verwendung einer unzulässigen Abschaltvorrichtung verbundenen Nachteile, insbesondere das Risiko behördlicher Anordnungen, der Umfang in Betracht kommender Betriebsbeschränkungen und die Eintrittswahrscheinlichkeit solcher Beschränkungen mit Rücksicht auf die Einzelfallumstände, das Gewicht des der Haftung zugrundeliegenden konkreten Rechtsverstoßes für das unionsrechtliche Ziel der Einhaltung gewisser Emissionsgrenzwerte sowie der Grad des Verschuldens nach Maßgabe der Umstände des zu beurteilenden Einzelfalls (BGH, NJW 2023, 2259 Rn. 73 ff.; BGH, Urteil vom 20.07.2023, III ZR 267/20 - juris Rn. 34).

Im vorliegenden Fall schätzt der Senat den Differenzschaden unter Beachtung der vorstehenden Maßgaben auf 15% des jeweiligen Nettokaufpreises und damit auf insgesamt 15.254,40 € (50.090,07 € + 51.605,93 € = 101.696 € x 15% = 15.254,40 €). Die Beklagte hat mindestens fahrlässig ein Thermofenster implementiert, wobei vorsätzliches Handeln zumindest nicht sicher ausgeschlossen werden kann. Das Risiko einer behördlichen Anordnung war im Zeitpunkt des Kaufvertragsschlusses hoch und hat sich in dem amtlichen Rückruf des KBA auch tatsächlich manifestiert, wenngleich eine unmittelbare Stilllegung des Fahrzeugs eher nicht zu erwarten und das Thermofenster wohl nicht für die Einhaltung der gesetzlichen Emissionsgrenzwerte erforderlich war. Es ist auch zu berücksichtigen, dass die Beklagte den Rückrufbescheid trotz gerichtlicher Anordnung gemäß § 142 Abs. 1 ZPO nicht vorgelegt hat, nicht einmal in teilweise geschwärzter, ihre behaupteten Geschäfts- und Betriebsgeheimnisse wahrender Fassung. So bleibt nach wie vor im Ungewissen, welche konkreten Beanstandungen das KBA erhoben und insbesondere auch, ob es neben der unstreitigen Restreichweitenregelung noch weitere Abschaltvorrichtungen – etwa auch die von der Klägerin behaupteten und / oder in anderen Fahrzeugen der Beklagten unstreitig verwendeten – beanstandet hat. Ferner ist zu berücksichtigen, dass die Beklagte die Bedienung des Thermofensters letztlich nicht konkret vorgetragen hat, so dass das Ausmaß der rechtswidrigen (Umwelt-) Beeinträchtigung auch insoweit unklar bleibt. Insbesondere hat die Beklagte auf entsprechende Frage des Senats nicht ausgeschlossen, dass die Abgasrückführung in bestimmten Temperaturbereichen unter 5 Grad Celsius und über 35 Grad Celsius nicht nur reduziert, sondern sogar ganz abgeschaltet wird.

Der Schaden der Klägerin ist nicht durch das im Jahr 2019 unstreitig jeweils aufgespielte, vom KBA genehmigte Software-Update erloschen (s. dazu KG, BeckRS 2024, 732 Rn. 33 ff. mit Verweis auf BGH, NJW 2023, 2259 Rn. 80). Denn dieses Update hat allenfalls die ebenfalls

verbaute, weitere Abschalt einrichtung in Gestalt der sogenannten Restreichweitenregelung beseitigt, nicht aber auch das unstreitig vorhandene Thermofenster (und allemal nicht weitere, möglicherweise vorhandene Abschalt einrichtungen). Entsprechenden Vortrag hat die Beklagte nicht gehalten.

Eine Vorteilsausgleichung hat hier nicht zu erfolgen. Zwar ist dies im Grundsatz möglich und geboten. Der Anspruch auf Ersatz des Differenzschadens aus § 823 Abs. 2 BGB i. V. m. § 6 Abs. 1, § 27 Abs. 1 EG-FGV unterliegt dem Vorteilsausgleich (BGH, NJW 2023, 3010 Rn. 12). Es können daher nach den im Bereich des Schadensersatzrechts entwickelten, auf dem Grundsatz von Treu und Glauben (§ 242 BGB) beruhenden Grundsätzen der Vorteilsausgleichung dem Geschädigten diejenigen Vorteile anzurechnen sein, die ihm in adäquatem Zusammenhang mit dem Schadensereignis zufließen. Es soll ein gerechter Ausgleich zwischen den bei einem Schadensfall widerstreitenden Interessen herbeigeführt werden. Der Geschädigte darf im Hinblick auf das schadensersatzrechtliche Bereicherungsverbot nicht bessergestellt werden, als er ohne das schädigende Ereignis stünde. Allerdings sind nur diejenigen durch das Schadensereignis bedingten Vorteile auf den Schadensersatzanspruch anzurechnen, deren Anrechnung mit dem jeweiligen Zweck des Ersatzanspruchs übereinstimmt, d. h. bei denen dem Geschädigten die Anrechnung zumutbar ist und die den Schädiger nicht unangemessen entlastet. Vor- und Nachteile müssen bei wertender Betrachtung gleichsam zu einer Rechnungseinheit verbunden sein (BGH, NJW-RR 2022, 1033 Rn. 18).

Der Fahrzeugkäufer muss sich Nutzungsvorteile und den Restwert des Fahrzeugs schadensmindernd oder sogar vollständig ausgleichend auf den Differenzschaden anrechnen lassen, allerdings erst dann und nur insoweit, als sie den Wert des Fahrzeugs bei Abschluss des Kaufvertrags (gezahlter Kaufpreis abzüglich Differenzschaden) übersteigen (vgl. BGH, NJW 2023, 2259 Rn. 44, 80), also der Geschädigte höhere Vorteile gezogen hat (siehe BGH, NJW-RR 2022, 1033 Rn. 22). Im Fall eines Weiterverkaufs des Fahrzeugs ist dementsprechend neben den Nutzungsvorteilen der erzielte marktgerechte Verkaufserlös im Wege der Vorteilsausgleichung in Ansatz zu bringen (vgl. BGH, NJW 2023, 3796 Rn. 17). Der Vorteilsausgleich kann der Gewährung eines Schadensersatzes aus § 823 Abs. 2 BGB sogar gänzlich entgegenstehen, wenn der Differenzschaden vollständig ausgeglichen ist (BGH, NJW 2023, 2259 Rn. 80). Die Voraussetzungen für eine schadensmindernde Berücksichtigung später eintretender Umstände hat der Fahrzeughersteller darzulegen und zu beweisen (BGH, NJW 2023, 2259 Rn. 80). Maßgeblich hierfür ist der Zeitpunkt der letzten mündlichen Verhandlung in einer Tatsacheninstanz (BGH, NJW 2021, 3594 Rn. 29). Die Bemessung der Höhe der

anzurechnenden Vorteile ist in erster Linie Sache des nach § 287 ZPO besonders freigestellten Tatrichters (BGH, NJW 2023, 3010 Rn. 12).

Da hier die Nutzungsvorteile und der jeweilige marktgerechte Veräußerungserlös den Wert des jeweiligen Fahrzeugs bei Abschluss des Kaufvertrags (gezahlter Kaufpreis abzüglich Differenzschaden) nicht erreichen, findet keine Anrechnung statt. Der Nutzungsvorteil aus dem Gebrauch des Fahrzeugs 1 (Klagantrag zu 1.) beträgt 25.879,87 € (Nettokaufpreis 50.090,07 € x 155.000 gefahrene km / 300.000 km erwartbare Gesamtleistung) und derjenige für den Gebrauch des Fahrzeugs 2 (Klagantrag zu 2.) 20.167,77 € (Nettokaufpreis 51.605,96 € x 117.241 gefahrene km / 300.000 km erwartbare Gesamtleistung). Der Senat schätzt den Nutzungsvorteil gemäß § 287 ZPO unter Zugrundelegung der linearen Formel „Kaufpreis multipliziert mit der seit Erwerb gefahrenen Strecke geteilt durch die erwartete Restleistung im Erwerbszeitpunkt“ (vgl. BGH, NJW 2020, 2796 Rn. 12). Für die streitgegenständlichen Fahrzeuge geht der Senat von einer Gesamtleistung von 300.000 km aus, die solche Fahrzeuge mit hinreichender Wahrscheinlichkeit i. S. d. § 287 Abs. 1 S. 1 ZPO erreichen werden. Die Erholung eines Sachverständigengutachtens dazu ist entbehrlich. Der Bundesgerichtshof hat Leistungen zwischen 200.000 km und 300.000 km für angemessen erachtet. Dass es vereinzelt Fahrzeuge gibt, die eine geringere oder höhere Leistung aufweisen, ändert daran nichts. Die Rechtsprechung stellt bei der Beurteilung der voraussichtlichen Gesamtleistung nicht auf die minimal oder maximal von einzelnen Fahrzeugen des fraglichen Typs erreichte Leistung ab, sondern darauf, mit welcher Leistung in der Regel zu rechnen ist (vgl. auch BGH, NJW-RR 2021, 1388, Rn. 15 ff.). Der Senat bewegt sich mit seiner Bemessung innerhalb der Bandbreite der von anderen Gerichten jeweils vorgenommenen Schätzung der Gesamtleistung.

Neben dem jeweiligen Nutzungsvorteil ist der jeweilige marktgerechte Veräußerungserlös zu berücksichtigen. Das ist hier jeweils der von der Klägerin tatsächlich im Rahmen der Veräußerung erzielte Verkaufspreis in Höhe von 9.243,70 € netto (Fahrzeug 1) bzw. 16.125 € netto (Fahrzeug 2). Dass die Erlöse marktgerecht sind, hat die Klägerin durch Vorlage entsprechender Belege (DAT-Bewertung gemäß Anlage K25 für Fahrzeug 1 und individuelle Bewertung des Audi Zentrums Lübeck gemäß Anlage K27 für Fahrzeug 2) substantiiert dargelegt. Die Beklagte ist dem nicht hinreichend entgegengetreten. Sie hat lediglich – unter Vorlage von DAT-Abfragen – geltend gemacht, der jeweilige marktgerechte Veräußerungserlös habe höher gelegen, weil vorhandene unreparierte Unfallschäden an beiden Fahrzeugen sowie eine angeblich nicht ausreichende Wartung der Fahrzeuge für die Bewertung nicht berücksichtigt

werden dürften. Damit dringt sie indes nicht durch. Diese Positionen sind nicht zu Lasten der Klägerin in die Betrachtung einzustellen. Zum einen dürfte der „marktgerechte Veräußerungserlös“ ohnehin kein absolut fixer, auf den Cent genau bezifferter Geldbetrag sein, sondern es dürfte eine gewisse Schwankungsbreite um den objektiven Wert des Fahrzeugs herum zu tolerieren sein, ohne dass dies hier entschieden zu werden braucht. Denn zum anderen und vor allem ist auf den in Bezug auf das konkrete Fahrzeug in seinem jeweiligen individuellen Zustand ermittelten Wert abzustellen und nicht auf einen hypothetischen Wert für ein entsprechendes Fahrzeug ohne (jegliche) Schäden. In dem marktgerechten Verkaufserlös setzt sich der anzurechnende Vorteil aus dem Fahrzeugwerb fort (BGH, BeckRS 2021, 24662 Rn. 30). Der Verkaufserlös tritt (im Rahmen des „großen“ Schadensersatzes) an die Stelle des an sich herauszugebenden Fahrzeugs. Bis zum Weiterverkauf schuldet der Fahrzeughersteller die Kaufpreiserstattung nur Zug um Zug gegen Herausgabe und Übereignung des Fahrzeugs, wobei der Käufer das Fahrzeug nur deshalb herausgeben und übereignen muss, weil er andernfalls zusätzlich zum Schadensersatz auch das Fahrzeug hätte und dadurch bessergestellt wäre als ohne das schädigende Ereignis (vgl. BGH, BeckRS 2021, 24662 Rn. 29). Es handelt sich also nicht um einen eigenständigen Anspruch der Beklagten auf Herausgabe und Übereignung des Fahrzeugs. Deshalb muss sich der Käufer einen durch Beschädigungen hervorgerufenen Wertverlust nicht schadensmindernd anrechnen lassen, wobei hier offenbleiben kann, ob dies auch gilt, wenn er den Schaden vorsätzlich herbeiführt, denn dafür ist hier nichts vorgetragen oder ersichtlich. Der Vorteil der Klägerin bestand in dem Eigentum an dem konkreten Fahrzeug mit seinem konkreten, individuellen Wert. Nur diesen Vorteil muss sie sich anrechnen lassen und nicht einen abstrakten Wert eines vergleichbaren, unbeschädigten Fahrzeugs. Soweit der Bundesgerichtshof auf einen „marktgerechten“ Verkaufserlös abstellt, ist damit der für das konkret in Rede stehende Fahrzeug samt etwaiger Schäden marktgerechte Wert gemeint (ebenso die Entscheidung einer anderen Einzelrichterin des erkennenden Senats, Urteil vom 01.02.2024, Az. 15 U 15/23, n.v.). Das gilt auch für den „kleinen“ Schadensersatz, wie sich aus folgender Überlegung ergibt: Der Fahrzeugkäufer, dem der Fahrzeughersteller „großen“ Schadensersatz schuldet und der sich noch im Besitz des Fahrzeugs befindet, ist nicht verpflichtet, etwaige (Unfall-) Schäden am Fahrzeug vor der Zug um Zug gegen Zahlung an den Fahrzeughersteller zu leistenden Übergabe zu beseitigen. Dementsprechend können solche Schäden auch nicht im Falle des „kleinen“ Schadensersatzes als Rechnungsposten zu Lasten des Fahrzeugkäufers berücksichtigt werden. Denn dem auf § 826 BGB gestützten „großen“ Schadensersatz einerseits und dem Differenzschadensersatz nach § 823 Abs. 2 BGB i. V. m. § 6 Abs. 1, § 27 Abs. 1 EG-FGV andererseits liegen lediglich unterschiedliche Methoden der Schadensberechnung zugrunde, die beide im Kern an die Vertrauensinvestition des Käufers

bei Abschluss des Kaufvertrags anknüpfen (BGH, NJW 2023, 3796 Rn. 17). Daher können dem „kleinen“ Schadensersatz keine mindernden Positionen entgegengestellt werden, die für den „großen“ Schadensersatz keine Rolle spielen.

Zwar scheint das Oberlandesgericht Dresden insoweit anderer Auffassung zu sein (OLG Dresden, Beschluss vom 10.05.2023, Az. 3 U 2623/22 unter II.3. – juris). Danach verstehe sich von selbst, dass der tatsächliche Verkaufserlös keine geeignete Grundlage zur Schätzung des marktgerechten Verkaufserlöses sei, wenn er aufgrund außergewöhnlicher wertmindernder Umstände (wie einem Unfallschaden), die nicht in die Sphäre der Beklagten fallen, weit niedriger ausfalle als ohne solche Umstände. Diese Sichtweise überzeugt aus den dargelegten Gründen jedoch nicht. Die Entscheidung ist auch nicht auf diesen Aspekt gestützt, sondern es handelt sich um ein obiter dictum. Das Oberlandesgericht Dresden hat die dortige Klage schon mangels unzulässiger Abschalteneinrichtung als unbegründet angesehen. Da die Entscheidung nicht tragend auf diesen Aspekt gestützt ist, liegt keine divergierende Rechtsprechung vor, die zu einer Revisionszulassung gemäß § 543 Abs. 2 Nr. 2 Alt. 2 ZPO Anlass geben würde.

Schließlich ist entgegen der Ansicht der Beklagten die Absetzung für Abnutzung (AfA) der Fahrzeuge als Wirtschaftsgut im Betrieb der Klägerin nicht im Rahmen des Vorteilsausgleichs zu berücksichtigen. § 7 EStG, der die AfA regelt, hat den Zweck, den Werteverzehr eines Wirtschaftsguts durch eine periodengerechte Aufwandsverteilung zu berücksichtigen (OLG München, BeckRS 2023, 28301 Rn. 79 m.w.N. zur BFH-Rspr.). Auch beim „kleinen“ Schadensersatz sind die gezogenen Nutzungen für gefahrene Wegstrecken grundsätzlich, wenn auch nur unter bestimmten Bedingungen, abzuziehen. Diese gezogenen Nutzungen sind ein Spiegel des wirtschaftlichen Werteverzehrs. Denn mit Ende der durchschnittlichen Lebensdauer eines Fahrzeugs egalisiert der Vorteilsausgleich den Schadensersatzanspruch. Der Nutzungersatz hat die Funktion, den Werteverzehr schadensersatzrechtlich einzupflegen. Würde die AfA zusätzlich als schadensersatzmindernde Position einbezogen, würde der Werteverzehr des Fahrzeugs beim Schadensersatz doppelt berücksichtigt (so überzeugend OLG München, BeckRS 2023, 28301 Rn. 80 m.w.N.).

Der Nutzungsvorteil und der Veräußerungserlös summieren sich für das erste Fahrzeug auf 35.123,57 € und für das zweite Fahrzeug auf 36.292,78 €. Der von der Klägerin für das erste Fahrzeug gezahlte Nettokaufpreis lag bei 50.090,07 €, so dass sich abzüglich von 15% ein tatsächlicher Wert von 42.576,56 € ergibt. Der für das zweite Fahrzeug gezahlte Nettokaufpreis betrug 51.605,93 €, so dass sich abzüglich von 15% ein tatsächlicher Wert von 43.865,04 € ergibt. Beide Werte liegen deutlich über der jeweiligen Summe aus Nutzungsvorteil und

Veräußerungserlös, so dass keine Anrechnung zu erfolgen hat. Selbst unter Berücksichtigung der von der Klägerin für das Fahrzeug 1 vereinnahmten Versicherungsleistung der gegnerischen Haftpflichtversicherung in Höhe von 2.953,35 € für einen erlittenen Fahrzeugschaden ergibt sich keine Anrechnung, so dass offen bleiben kann, ob diese Position in die Berechnung einzustellen ist oder nicht.

Im Übrigen ergäbe sich auch dann keine Anrechnung, wenn man für den marktgerechten Veräußerungserlös die von der Beklagten behaupteten Werte zugrunde legen würde. Dabei ist allerdings entgegen der Ansicht der Beklagten auf den Händlereinkaufswert abzustellen, nicht auf den Händlerverkaufswert oder einen Wert dazwischen (vgl. OLG München, BeckRS 2023, 39580 Rn. 103). Für das Fahrzeug 1 hat die Beklagte einen Händlereinkaufswert i.H.v. 14.549 € bzw. 15.550,28 € netto behauptet und für das Fahrzeug 2 einen solchen von 20.336 € netto. Zuzüglich der jeweiligen Nutzungsentschädigung ergeben sich damit Summen i.H.v. 41.430,15 € (Fahrzeug 1) bzw. 40.503,78 € (Fahrzeug 2).

5.

Die Klägerin ist als Käuferin der beiden Fahrzeuge anspruchsberechtigt. Für eine fehlende Aktivlegitimation aufgrund einer von der Beklagten behaupteten Abtretung der Schadensersatzansprüche an den jeweiligen Käufer des Weiterverkaufs gab es von vornherein keine konkreten Anhaltspunkte. Überdies ist den als Anlagen K28 und K29 vorgelegten Kaufverträgen eine solche Abtretung auch nicht zu entnehmen.

6.

Der Zinsanspruch ergibt sich aus § 288 Abs. 1, § 291 BGB.

Gemäß § 288 Abs. 1 S. 2 BGB schuldet die Beklagte Zinsen nur in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz. Die Klägerin macht eine Schadensersatzforderung geltend und keine Entgeltforderung, so dass der höhere Zinssatz gemäß § 288 Abs. 2 BGB nicht zum Tragen kommt und die Klage insoweit unbegründet ist.

Sie ist auch unbegründet, soweit Zinsen vor Rechtshängigkeit begehrt werden. Das anwaltliche Schreiben gemäß Anlage K5 konnte keinen Zahlungsverzug der Beklagten im Hinblick auf den hier zugesprochenen Differenzschadensersatz auslösen, weil die Klägerin zu der Zeit noch den „großen“ Schadensersatz und damit eine erhebliche Zuvielforderung geltend gemacht hat.

Die Prozesszinsen gemäß § 291 BGB sind hingegen seit dem Tag nach Zustellung der Klageschrift zu zahlen, denn hier kommt es - anders als für den Verzugseintritt - auf die

Zuvielforderung nicht an. Die später erfolgte prozessuale Umstellung auf den „kleinen“ Schadensersatz als bloße Änderung der Berechnungsmethode stellt keine Klageänderung dar, sondern ist auf denselben Lebenssachverhalt bzw. Klagegrund gestützt (s. bereits unter A.2.). Das Gericht hätte auch ohne Umstellung der Anträge im Rahmen der Antragsbindung gemäß § 308 Abs. 1 ZPO nur den „kleinen“ Schadensersatz zuerkennen können (vgl. BGH, NJW 2015, 3160 Rn. 33 m.w.N.). Der auf § 826 BGB gestützte „große“ und der auf § 823 Abs. 2 BGB i. V. m. § 6 Abs. 1, § 27 Abs. 1 EG-FGV gestützte „kleine“ Schadensersatzanspruch halten sich innerhalb desselben Begehrens und unterscheiden sich lediglich in der Reichweite der geltend gemachten Rechtsfolge, indem der „kleine“ Schadensersatzanspruch betragsmäßig hinter dem „großen“ zurückbleibt (OLG Karlsruhe, BeckRS 2024, 10440 Rn. 59). Daher gibt es keinen Grund, die Prozesszinsen erst ab dem Datum der ausdrücklichen Umstellung auf den „kleinen“ Schadensersatz zuzusprechen (a.A. OLG Schleswig, BeckRS 2023, 35988 Rn. 35).

C.

Die Kostenentscheidung folgt aus § 92 Abs. 1 S. 1, § 516 Abs. 3 ZPO. Soweit die Klägerin ihre Berufung zurückgenommen hat, trägt sie die Kosten des Berufungsverfahrens. Die Zurückweisung der Berufung hinsichtlich des Zinsantrags hat mangels Streitwertrelevanz keine Kostenfolge. Für die Kostenquote betreffend die Berufungsinstanz ist zu berücksichtigen, dass sich der Gegenstandswert für die anwaltlichen Terminsgebühren aufgrund der gemäß Schriftsatz der Klägerin vom 12.04.2023 angekündigten Anträge nur noch auf 27.180,95 € beläuft, was auf entsprechenden Antrag gemäß § 33 Abs. 1 und 2 RVG festzusetzen sein wird. Demnach entfallen auf die Klägerin 44% und auf die Beklagte 56% der anwaltlichen Terminsgebühren. Von den Gerichtskosten und den anwaltlichen Verfahrensgebühren in der Berufung, die auf den Wert von 42.946,20 € angefallen sind, haben die Klägerin 64% und die Beklagte 36% zu tragen. Insgesamt ergibt sich daraus nach der Quotenmethode eine Quote von 48 zu 52, so dass eine Kostenaufhebung sachgerecht ist. Für das Verfahren in erster Instanz belaufen sich sowohl der (Gebühren-) Streitwert für die Gerichtsgebühren als auch der Gegenstandswert für alle anwaltlichen Gebühren auf 121.004 €, so dass die Klägerin diese Kosten zu 87% zu tragen hat.

Der Entscheidung über die vorläufige Vollstreckbarkeit liegen § 708 Nr. 10 S. 1, § 713 ZPO zugrunde.

Die Zulassung der Revision ist nicht veranlasst.

Die Streitwertfestsetzung ergibt sich aus § 47 Abs. 1 S. 1, § 48 Abs. 1 S. 1 GKG in Verbindung

mit § 3 ZPO. Maßgeblicher Zeitpunkt für die Bewertung des Gebührenstreitwerts ist nach § 40 GKG der Zeitpunkt der Antragstellung, die den Rechtszug einleitet, in der Berufungsinstanz die Einreichung der Berufungsanträge. Mit der Berufungsbegründung hat die Klägerin in Bezug auf das erste Fahrzeug nur noch einen Differenzschaden in Höhe von 12.012,95 € geltend gemacht und für das zweite Fahrzeug „großen“ Schadensersatz i.H.v. 51.605,93 € abzüglich einer zu berechnenden Nutzungsentschädigung. Angesichts einer zu diesem Zeitpunkt anzunehmenden Laufleistung des zweiten Fahrzeugs von ca. 101.000 km (s. Protokoll des Landgerichts Seite 3) misst der Senat dem Antrag zu 2. einen Wert von bis zu 31.000 € bei, so dass sich der Berufungsstreitwert auf 42.946,20 € beläuft. Später eingetretene wertreduzierende Antragsänderungen bleiben in Bezug auf den Gebührenstreitwert, anders als für den Gegenstandswert, außer Betracht (OLG München, NJW-RR 2017, 700).



Für die Richtigkeit der Abschrift
Hamburg, 13.06.2024

der Geschäftsstelle