

Titel:

Diesel, Thermofenster, Berechnung Differenzschaden und Vorteilsausgleichung bei Vorsteuerabzugsberechtigung

Schlagworte:

Diesel, Thermofenster, Berechnung Differenzschaden und Vorteilsausgleichung bei Vorsteuerabzugsberechtigung

Vorinstanzen:

BGH Karlsruhe, Urteil vom 24.07.2023 – VIa ZR 752/22
OLG München, Beschluss vom 29.04.2022 – 17 U 779/21
LG Ingolstadt, Urteil vom 11.01.2021 – 43 O 1160/19

Fundstelle:

BeckRS 2024, 23145

Tenor

I. Auf die Berufung der Klägerin wird das Urteil des Landgerichts Ingolstadt vom 11.01.2021, Az. 43 O 1160/19, abgeändert und wie folgt neu gefasst:

1. Die Beklagte wird verurteilt, an die Klägerin 4.639,12 € nebst Zinsen hieraus in Höhe von 5%-Punkten über dem jeweiligen Basiszinssatz seit dem 09.12.2023 zu bezahlen.
2. Im Übrigen wird die Klage abgewiesen.
3. Von den Kosten des Rechtsstreits tragen die Klägerin 92% und die Beklagte 8%.

II. Im Übrigen wird die Berufung zurückgewiesen.

III. Von den Kosten des Berufungs- und des Revisionsverfahrens (Az. VIa ZR 752/22) tragen die Klägerin 82% und die Beklagte 18%.

IV. Das in Ziffer I.1. genannte Urteil des Landgerichts Ingolstadt und dieses Urteil sind jeweils ohne Sicherheitsleistung vorläufig vollstreckbar.

V. Die Revision wird nicht zugelassen.

Entscheidungsgründe

I.

1

Die Parteien streiten um Schadensersatzansprüche der Klägerin im Rahmen des sog. Dieselskandals betreffend einen Audi Q5 3.0I TDI quattro (EU 5).

2

Die vorsteuerabzugsberechtigte Klägerin erwarb das Fahrzeug am 20.05.2011 von der [...] GmbH & Co. KG als Neufahrzeug zu einem Netto-Kaufpreis von 46.391,18 € (vgl. Rechnung vom 21.03.2012 = Anlage K 1). Das Fahrzeug wurde am 27.03.2012 erstzugelassen und am 31.01.2020 vorübergehend stillgelegt.

3

Zur Vermeidung von Wiederholungen wird auf die Feststellungen im Endurteil des Landgerichts Ingolstadt vom 11.01.2021 mit nachfolgenden Änderungen bzw. Ergänzungen verwiesen.

4

Nach Vortrag der Klägerin wurde das Fahrzeug am 09.05.2023 mit einer Laufleistung von 167.124 km zu einem Verkaufspreis von 12.000 € brutto, 10.084,03 € netto an einen Dritten veräußert; auf die

Verkaufsunterlagen vom 09.05.2023 (Anlagen BB 8 und BB 9) wird Bezug genommen. Die Beklagte bestreitet den Verkauf und den Kilometerstand mit Nichtwissen (Schriftsatz vom 28.06.2024, S. 1/2).

5

Das streitgegenständliche Fahrzeug weist seit dem Zeitpunkt des Kaufvertragsschlusses ein Thermofenster auf, das in Abhängigkeit von der Umgebungslufttemperatur eine Veränderung der AGR-Rate bei einer Temperatur vornimmt, die oberhalb von 12°C liegt (sog. Thermofenster).

6

Das Kraftfahrtbundesamt (KBA) hat am 28.7.2023 eine nicht rechtskräftige Feststellung getroffen, wonach bei Fahrzeugen mit dem hier streitgegenständlichen Aggregat EA896 V-TDI EU5 Gen1, in denen die Abrampung der umgebungslufttemperaturabhängigen Abgasrückführung oberhalb von 12 °C Umgebungstemperatur beginnt, eine unzulässige Abschaltvorrichtung nach Artikel 5 Abs. 2 der Verordnung (EG) Nr. 715/2007 vorliegt.

7

Ein Software-Update zur Aufweitung des Thermofensters steht für das streitgegenständliche Fahrzeug noch nicht zur Verfügung.

8

Das Landgericht Ingolstadt hat mit Endurteil vom 11.01.2021 die auf „großen“ Schadensersatz, Feststellung des Annahmeverzugs und Erstattung vorgerichtlicher Rechtsanwaltskosten gerichtete Klage abgewiesen.

9

Mit der hiergegen gerichteten Berufung verfolgte die Klägerin ihre erstinstanzlichen Anträge in angepasster Höhe weiter und beantragte,

1. Die Beklagte wird verurteilt, an die Klägerpartei EUR 46.861,35 nebst Zinsen in Höhe von fünf Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seitdem 12.02.2019 abzüglich einer Nutzungsentschädigung in Höhe von EUR 21.272,10 Zug-um-Zug gegen Rückgabe und Übereignung des Fahrzeuges mit der Fahrgestellnummer [...] zu zahlen.
2. Es wird festgestellt, dass sich die Beklagte seit dem 12.02.2019 mit der Rücknahme des im Klageantrag zu 1. bezeichneten Gegenstands in Annahmeverzug befindet
3. Die Beklagte wird verurteilt, die Kosten der außergerichtlichen Rechtsverfolgung in Höhe von 2.994,04 € nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 12.02.2019 zu zahlen.

10

Die Berufung wurde nach vorangegangenem Hinweis vom 31.03.2022 mit Beschluss des Senats vom 29.04.2022 zurückgewiesen, da nach Auffassung des Senats aufgrund einer über zehnjährigen Fahrzeugnutzung ein etwaiger Schaden inzwischen vollständig ausgeglichen war.

11

Mit Urteil des Bundesgerichtshofs (BGH) vom 24.07.2023, Az. VIa ZR 752/22, wurde auf die Revision der Klägerin der Beschluss vom 29.04.2022 im Kostenpunkt und insoweit aufgehoben, als hinsichtlich der Berufungsanträge zu 1. und zu 2. zum Nachteil der Klägerin erkannt worden ist. Die Sache wurde zur neuen Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten des Revisionsverfahrens, an das Berufungsgericht zurückverwiesen.

12

Mit Schriftsatz vom 01.12.2023 beantragte die Klägerin als Hilfsantrag:

13

Die Beklagte wird verurteilt, an die Klagepartei einen in das Ermessen des Gerichts gestellten Schadensersatz, mindestens jedoch EUR 5.600,00 nebst Zinsen in Höhe von fünf Prozentpunkten über dem jeweiligen Basiszinssatz seit dem 12.02.2019 zu zahlen.

14

Mit Schriftsatz vom 25.06.2024 stellte die Klägerin ihre Hauptanträge um und beantragt als Hauptantrag nach Klarstellung im Termin zur mündlichen Verhandlung vom 08.07.2024, dass es sich um den einzigen Hauptantrag handelt:

15

Die Beklagte wird verurteilt, an die Klägerpartei EUR 8.755,83 nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem jeweiligen Basiszinssatz aus einem Betrag in Höhe von EUR 25.589,25 seit dem 12.02.2019 bis zum 09.05.2023 und aus einem Betrag in Höhe von EUR 8.755,83 seit dem 10.05.2023 zu zahlen.

16

Die Beklagte beantragt die Berufung zurückzuweisen.

17

Hinsichtlich des Vortrags der Parteien im Berufungsrechtsstreit wird auf die gewechselten Schriftsätze verwiesen.

18

Der Senat hat mit Terminverfügung vom 26.04.2024 Hinweise erteilt und am 08.07.2024 mündlich verhandelt; auf das Sitzungsprotokoll wird Bezug genommen.

19

Am 22.07.2024 ging fristgerecht ein nachgelassener Schriftsatz der Beklagten vom gleichen Tag ein, auf den Bezug genommen wird.

II.

20

Die Berufung der Klägerin hat mit dem zuletzt gestellten Antrag auf Ersatz eines Differenzschadens sowie hinsichtlich des Zinsantrags jeweils teilweise Erfolg. Im Übrigen ist die Berufung unbegründet:

1. Der zuletzt gestellte Antrag hat allerdings keinen Erfolg, soweit er als „kleiner“ Schadensersatz gemäß §§ 826, 31 BGB geltend gemacht wird und Zinsen aus dem ursprünglich beantragten „großen“ Schadensersatz geltend gemacht werden. Die Voraussetzungen einer Haftung der Beklagten nach §§ 826, 31 BGB liegen, worauf der Senat bereits in der Verfügung vom 26.04.2024 hingewiesen hat, nicht vor.

a) Der Verbau eines Thermofensters rechtfertigt, selbst wenn es sich dabei um eine unzulässige Abschaltvorrichtung im Sinne der (unions-)rechtlichen Vorschriften handelt (siehe dazu unter 2.), keinen Sittenwidrigkeitsvorwurf. Denn der darin liegende Gesetzesverstoß wäre für sich genommen nicht geeignet, den Einsatz dieser Steuerungssoftware als besonders verwerflich erscheinen zu lassen (vgl. zur fehlenden Vergleichbarkeit mit der „Umschaltlogik“ im Motor EA 189 ausführlich BGH, Urteil vom 19.1.2021 – VI ZR 433/19, NJW 2021, 921 Rn. 17 f.). Hierfür bedürfte es vielmehr weiterer Umstände (vgl. BGH Ur. v. 20.7.2021 – VI ZR 1154/20, BeckRS 2021, 30885 Rn. 13; Urteil vom 20.7.2023 – III ZR 267/20, BeckRS 2023, 22138 Rn. 12), die hier weder vorgetragen noch ersichtlich sind. Zum Zeitpunkt der Kaufentscheidung der Klägerin im Jahr 2011 war die Rechtslage hinsichtlich der Zulässigkeit eines Thermofensters unklar. Die Zulässigkeit eines Thermofensters zum Zweck des Motorenschutzes i.S.v. Art. 5 Abs. 2 S. 1 der VO (EG) Nr. 715/2007 war jedenfalls bis zu den Entscheidungen des Gerichtshofs der Europäischen Union (EuGH) vom 14.07.2022 (vgl. EuGH, Urteil vom 14.7.2022 – C-128/20, NJW 2022, 2605; Urteil vom 14.7.2022 – C-134/20, EuZW 2022, 1073; Urteil vom 14.7.2022 – C-145/20, EuZW 2022, 1080) rechtlich umstritten.

b) Hinsichtlich der weiteren behaupteten Abschaltvorrichtungen fehlt es bereits an einem hinreichenden Klägervortrag. Zwar ist es einer Partei grundsätzlich nicht verwehrt, eine tatsächliche Aufklärung auch hinsichtlich solcher Umstände zu verlangen, über die sie selbst kein zuverlässiges Wissen besitzt und auch nicht erlangen kann, die sie aber nach Lage der Verhältnisse für wahrscheinlich oder möglich hält (vgl. BGH NJW-RR 2004, 337; Beschluss vom 9.11.2010 – VIII ZR 209/08, BeckRS 2010, 29314 Rn. 15). Dies gilt insbesondere dann, wenn sie sich nur auf vermutete Tatsachen stützen kann, weil sie mangels Sachkunde und Einblick in die Produktion des von der Gegenseite hergestellten und verwendeten Fahrzeugmotors einschließlich des Systems der Abgasrückführung oder -verminderung keine sichere Kenntnis von Einzel-tatsachen haben kann (vgl. BGH VersR 2019, 835 = BeckRS 2019, 7939 Rn. 13). Eine Behauptung ist jedoch dann unbeachtlich, wenn sie ohne greifbare Anhaltspunkte für das Vorliegen eines bestimmten Sachverhalts willkürlich „aufs Geratewohl“ oder „ins Blaue hinein“ aufgestellt worden ist (BGH VersR 2019,

835 = BeckRS 2019, 7939 Rn. 13; Beschluss vom 28.1.2020 – VIII ZR 57/19, NJW 2020, 1740 Rn. 8 m.w.N.). Das ist hier der Fall:

aa) Hinsichtlich der behaupteten „Aufheizstrategie“ fehlt es an einem solchen hinreichenden Vortrag zu den Voraussetzungen einer Haftung wegen vorsätzlich sittenwidriger Schädigung. Der in der Berufungsbegründung genannte Rückrufbescheid des KBA vom 19.10.2019 bezieht sich nicht auf das streitgegenständliche Fahrzeug. Dies ergibt sich aus der vom Senat erhaltenen KBA-Auskunft vom 16.02.2022, wonach zu dem streitgegenständlichen Fahrzeug „weder Nebenbestimmungen angeordnet, noch [...] ein behördlich angeordneter Rückruf hinsichtlich des Emissionsverhaltens“ besteht. Zudem trägt die Klägerin selbst vor, dass die „Bedatung der in dem Fahrzeug enthaltenen Funktion [...] Aktivierungs- und Deaktivierungsbedingungen vor[sieht], die gleichermaßen für den Prüfstand wie realen Fahrbetrieb gelten“ (Berufungsbegründung S. 9), sodass bereits keine Prüfstandserkennung vorgetragen ist und auch sonstige Umstände, die ausnahmsweise auf ein sittenwidriges und vorsätzliches Verhalten der Beklagten schließen lassen, nicht ersichtlich sind.

bb) Auch zum Verbau einer „Lenkwinkelerkennung“ fehlt es an solchen greifbaren Anhaltspunkten im klägerischen Vortrag. Soweit ihr Verbau auf die vom KBA am 02.12.2019 bzw. am 21.02.2020 veröffentlichten Rückrufe mit dem Code „23X6“ gestützt wird, betreffen diese nach dem klägerischen Vortrag die „Modelle Audi A6, A7 und A8“ und damit nicht das streitgegenständliche Fahrzeugmodell Q5. Die fehlende Übertragbarkeit ergibt sich im Übrigen auch aus der vorgenannten KBA-Auskunft vom 16.02.2022, aus der sich ergibt, dass das streitgegenständliche Fahrzeug nicht von einem Rückruf betroffen ist. Im Übrigen rechtfertigt allein der bloße Umstand, dass das Fahrzeug aufgrund bestimmter Parameter den Prüfstandslauf erkennt, nach ständiger Rechtsprechung nicht die Annahme einer Abschaltvorrichtung im Sinne des Art. 3 Nr. 10 der VO (EG) Nr. 715/2007 (vgl. BGH, Urteil vom 01.02.2024, VII ZR 688/21, juris Rn. 11; Urteil vom 13.02.2024, VIa ZR 1356/22, juris Rn. 14).

cc) Unergiebig ist der Verweis auf Erkenntnisse der Deutschen Umwelthilfe und angeblich erhöhte Abgaswerte außerhalb des Prüfstandbetriebs. Denn aus diesen ergibt sich keineswegs, dass eine unzulässige Abschaltvorrichtung vorhanden sein muss (BGH BeckRS 2021, 37995 Rn. 30; OLG München BeckRS 2022, 29312 Rn. 18; OLG München BeckRS 2023, 12102 Rn. 25). Vielmehr liegt auf der Hand, dass eine eventuelle Überschreitung der Grenzwerte auch darauf zurückzuführen sein kann, dass der Motor im realen Fahrbetrieb aufgrund der konkreten Verkehrsverhältnisse deutlich mehr Schadstoffe emittiert als in einem zu Vergleichszwecken festgelegten, standardisierten Fahrzyklus. Dergleichen ist auch bei Herstellerangaben zum Kraftstoffverbrauch allgemein bekannt. Da der europäische Gesetzgeber für die Schadstoffnormen Euro 5 und Euro 6 die Messung allein im Prüfstandbetrieb festgelegt hatte und erst für nach dem 01.09.2018 zugelassene Neufahrzeuge Messungen im Normalbetrieb nach WLTP-Standard vorschreibt, kommt es nicht darauf an, ob im Normalbetrieb die der Zulassung zugrundeliegenden Werte im NEFZ eingehalten werden (OLG Braunschweig BeckRS 2019, 38719).

dd) Auf die Beschlüsse des BGH vom 08.01.2019 (VIII ZR 225/17, WM 2019, 424) und 28.01.2020 (VIII ZR 57/19, WM 2020, 476) kommt es nicht an, da es dort um verschuldensunabhängige Nacherfüllungsansprüche im Rahmen von Kaufverträgen, hier jedoch um Schadensersatzansprüche wegen vorsätzlicher sittenwidriger Schädigung geht, deren Substantiierungsanforderungen weit höher sind (vgl. BGH, Beschluss vom 15.09.2021, VII ZR 2/21, juris Rn. 30; s.a. Urteil vom 08.12.2021, VIII ZR 190/19, WM 2022, 330, 338 Rn. 71).

c) Ergänzend nimmt der Senat auf die zutreffenden Ausführungen im Urteil des Landgerichts vom 11.01.2021, S. 4/8 Bezug.

21

2. Die Klägerin hat jedoch einen Anspruch auf Ersatz eines Differenzschadens in Höhe von 4.639,12 € aus § 823 Abs. 2 BGB in Verbindung mit § 6 Abs. 1 Satz 1, § 27 Abs. 1 Satz 1 EG-FGV. Insoweit hat der Antrag auf Ersatz des Differenzschadens teilweise Erfolg:

a) Die Beklagte hat hinsichtlich des im streitgegenständlichen Fahrzeug verbauten Thermofensters eine unzutreffende Übereinstimmungsbescheinigung erteilt.

aa) Unzutreffend ist eine Übereinstimmungsbescheinigung, wenn das betreffende Kraftfahrzeug 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 Kraftfahrzeugs mit

Art. 5 Abs. 2 VO (EG) Nr. 715/2007 ausweist. Auf den Inhalt der zugrundeliegenden EG-Typgenehmigung kommt es dabei nicht an, weil sich die Tatbestandswirkung deren verfügbaren Teils nicht über eine seitens der befassen Genehmigungsbehörde getroffene Feststellung der Rechtmäßigkeit des zur Beurteilung unterbreiteten Fahrzeugtyps hinaus erstrecken kann. Die Übereinstimmungsbescheinigung weist hingegen gemäß der verbindlichen Auslegung des Unionsrechts durch den EuGH (Urteil vom 21.03.2023, C-100/21) nicht nur die Übereinstimmung des konkreten Kraftfahrzeugs mit dem genehmigten Typ aus, sondern auch die Übereinstimmung des konkreten Kraftfahrzeugs mit allen Rechtsakten, also auch mit Art. 5 Abs. 2 S. 1 VO (EG) Nr. 715/2007. Die Übereinstimmungsbescheinigung verweist nach ihrem gesetzlichen Inhalt auch auf materielle Voraussetzungen, die im Falle einer unzulässigen Abschalteneinrichtung nicht vorliegen (BGH, Urteil vom 26.06.2023, VIa ZR 335/21, NJW 2023, 2259 Rn. 34; Urteil vom 20.07.2023, III ZR 267/20, NJW 2024, 361 Rn. 26/28).

bb) Zwar trägt grundsätzlich die Klagepartei für die Existenz der behaupteten Abschalteneinrichtung die Darlegungs- und Beweislast. Soweit jedoch, wie hier, die Existenz der Abschalteneinrichtung in Form des Thermofensters an sich unstrittig ist, hat die Beklagte vorzutragen und zu beweisen, dass diese ausnahmsweise zulässig ist (BGH, Urteil vom 26.06.2023, VIa ZR 335/21, NJW 2023, 2259 Rn. 53 f.). Vor diesem Hintergrund oblag es der Beklagten, konkret zur Ausgestaltung des Thermofensters vorzutragen (BGH, Urteil vom 26.06.2023, VIa ZR 335/21, NJW 2023, 2259 Rn. 54).

Es kann dahinstehen, ob der klägerische Vortrag, die Abgasrückführung arbeite nur in einem Temperaturbereich zwischen +18 und +34 Grad Celsius voll (Berufungsbegründung, S. 20), zutrifft. Auch nach dem Vortrag der Beklagten weist das streitgegenständliche Fahrzeug seit dem Zeitpunkt der ursprünglichen Typgenehmigung ein Thermofenster auf, das in Abhängigkeit von der Umgebungslufttemperatur eine Veränderung der Abgasrückführung bereits bei einer Temperatur vornimmt, die oberhalb von +12 °C liegt (Schriftsatz vom 08.12.2023, S. 11/12); die genaue Bedatung im Übrigen wird durch die Beklagte nicht offengelegt.

cc) Bei diesem Thermofenster handelt es sich um eine Abschalteneinrichtung im Sinne des Art. 3 Nr. 10 EG-VO Nr. 715/2007. Es handelt es sich um ein Konstruktionsteil, das in Abhängigkeit zur Außentemperatur das Emissionskontrollsystem in Form der AGR-Rate verändert. Zudem wird durch das Thermofenster in der streitgegenständlichen Ausgestaltung die Wirksamkeit des Emissionskontrollsystems unter Bedingungen, die bei normalem Fahrzeugbetrieb vernünftigerweise zu erwarten sind, verringert.

(1) Die Verordnung Nr. 715/2007 definiert den Begriff „normaler Fahrzeugbetrieb“ nicht und verweist für die Festlegung seiner Bedeutung und Tragweite nicht auf das Recht der Mitgliedstaaten. Es handelt sich hierbei um einen unionsrechtlichen Begriff, der in der gesamten Union autonom und einheitlich auszulegen ist, wobei nicht nur der Wortlaut der Bestimmungen, in denen er vorkommt, sondern auch der Kontext dieser Bestimmungen und das mit ihnen verfolgte Ziel zu berücksichtigen sind (vgl. EuGH, Urteil vom 26.01.2021, Hessischer Rundfunk, C-422/19 und C-423/19, NJW 2021, 1081, 1083 Rn. 45).

(2) Als „normaler Fahrbetrieb“ sind nur diejenigen Bedingungen zu verstehen, die im realen Straßenverkehr auf den Straßen in Europa anzutreffen sind (vgl. VG Schleswig, Urteil vom 20.2.2023 – VG 3 A 113/18, BeckRS 2023, 2863 Rn. 210 m.w.N.). Auch der EuGH geht in seiner Rechtsprechung davon aus, dass der Begriff auf die Verwendung des Fahrzeugs unter tatsächlichen Fahrbedingungen verweist, wie sie im Unionsgebiet üblich sind (EuGH, Urteil vom 14.7.2022 – C-128/20, NJW 2022, 2605 Rn. 38/40). Eine Abschalteneinrichtung liegt dementsprechend dann vor, wenn es sich bei den Temperaturen, für welche die Abgasrückführungsrate modifiziert ist, um Bedingungen handelt, die bei normalem Fahrzeugbetrieb vernünftigerweise zu erwarten sind, es sich also nicht um extreme Ausnahmefahrsituationen handelt (vgl. VG Schleswig, Urteil vom 20.2.2023 – VG 3 A 113/18, BeckRS 2023, 2863 Rn. 211). Dies ist hier der Fall. Außentemperaturen im Bereich von 12 °C und darunter sind im Unionsgebiet Fahrbedingungen, die zumindest in den Wintermonaten auch in Mitteleuropa regelmäßig auftreten. Es handelt sich dabei nicht um Extrembedingungen (vgl. auch VG Schleswig, Urteil vom 20.2.2023 – VG 3 A 113/18, BeckRS 2023, 2863 Rn. 233: jedenfalls Umgebungstemperaturen zwischen -15 °C und +40 °C).

(3) Die Jahresdurchschnittstemperatur im gesamten Unionsgebiet ist dagegen bei der Frage, ob eine Funktion eine Abschalteneinrichtung im Sinne des Art. 3 Nr. 10 EG-VO Nr. 715/2007 ist, kein geeigneter Maßstab. Die „normalen“ Fahrbedingungen lassen sich nicht abbilden im Wege einer Mittelung der Temperaturen zwischen Nord- und Südeuropa. Normale Fahrbedingungen schließen lediglich seltene,

außergewöhnliche Fahr- und Umgebungssituationen wie extreme Kälte oder Hitze, große Höhe etc. aus. Die Durchschnittstemperatur in Mitteleuropa ist in diesem Zusammenhang irrelevant.

dd) Das Thermofenster ist nicht ausnahmsweise nach Art. 5 Abs. 2 VO (EG) Nr. 715/2007 zulässig. Die von der insoweit darlegungs- und beweisbelasteten Beklagten vorgebrachten Argumente, das Thermofenster sei notwendig gewesen, um den Motor vor Beschädigung zu schützen und den sicheren Betrieb des Fahrzeugs zu gewährleisten, sind nicht tragfähig.

(1) Die Ausnahmen gemäß Art. 5 Abs. 2 VO (EG) 715/2007 sind grundsätzlich eng auszulegen (BGH, Urteil vom 26.06.2023, VIa ZR 335/21, NJW 2023, 2259 Rn. 60), also auch der Rechtfertigungsgrund des Motorschutzes. Allein auf die Schonung von Anbauteilen kann sich die Beklagte dabei nicht berufen (EuGH, Urteil vom 14.7.2022 – C-128/20, NJW 2022, 2605 Rn. 70; VG Schleswig, Urteil vom 20.2.2023 – VG 3 A 113/18, BeckRS 2023, 2863 Rn. 255). Allerdings sind durch eine Fehlfunktion eines Bauteils des Abgasrückführungssystems verursachte unmittelbare Risiken für den Motor ein tauglicher Rechtfertigungsgrund (vgl. EuGH, Urteil vom 14.07.2022 – C-134/20, EuZW 2022, 1073 Rn. 74). Eine Abschaltvorrichtung ist jedoch nur dann notwendig, 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 (vgl. EuGH, Urteil vom 14.07.2022 – C-134/20, EuZW 2022, 1073 Rn. 81; VG Schleswig, Urteil vom 20.2.2023 – VG 3 A 113/18, BeckRS 2023, 2863 Rn. 276 f.).

(2) Feststellungen hierzu können schon deshalb nicht getroffen werden, weil die Beklagte den genauen Bereich des verbauten Thermofensters nicht offenlegt. Damit kann nicht beurteilt werden, ob das derzeit im klägerischen Fahrzeug installierte Thermofenster aus den oben genannten Gründen notwendig war, insbesondere, ob nicht auch ein weiter bedatetes Thermofenster ausreichend gewesen wäre.

(3) Das verbaute Thermofenster ist zudem jedenfalls deshalb unzulässig, weil die Abschaltvorrichtung während des überwiegenden Teils eines Jahres unter den im Unionsgebiet herrschenden tatsächlichen Fahrbedingungen wirksam wäre und der Normalbetrieb daher in der Praxis weniger häufig zur Anwendung kommen würde als die Ausnahme (sog. verkehrstechnisches Kriterium). In Anbetracht der Tatsache, dass Art. 5 Abs. 2 S. 2 Buchst. a VO (EG) Nr. 715/2007 eng auszulegen ist, kann eine solche Abschaltvorrichtung nicht im Sinne dieser Bestimmung notwendig sein, denn dies würde dem mit der VO (EG) Nr. 715/2007 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 Stickstoffdioxid (NO_x) – Emissionen von Fahrzeugen führen (EuGH, Urteil vom 14.07.2022 – C-134/20, EuZW 2022, 1073 Rn. 75 ff.). Hierbei handelt es sich nicht etwa um eine weitere Anforderung, welche vor der Entscheidung des EuGH unbekannt gewesen wäre, sondern um ein Kriterium zur Auslegung der Motorschutz Ausnahme gemäß Art. 5 Abs. 2 Nr. 2 VO (EG) 715/2007. Der Senat geht in ständiger Rechtsprechung davon aus, dass die durchschnittliche jährliche Umgebungstemperatur unter Zugrundelegung der „Technical Guidelines for the preparation of applications for the approval of innovative technologies pursuant to Regulation (EC) No 443/2009 and Regulation (EU) No 510/2011“ der Europäischen Kommission (abrufbar unter <https://circabc.europa.eu>) während der tatsächlichen Fahrzeugnutzung im Unionsgebiet bei 12 C Umgebungstemperatur und die Durchschnittstemperatur in sieben von zwölf Monaten oberhalb von 12° C liegt. Da die Abgasrückführungsrate im streitgegenständlichen Fahrzeug jedenfalls bereits bei einer Temperatur oberhalb von 12° C verändert wird, ist die verbaute Abschaltvorrichtung während des überwiegenden Teils eines Jahres unter den im Unionsgebiet herrschenden tatsächlichen Fahrbedingungen wirksam und damit (auch) aus diesem Grund unzulässig.

b) Die Beklagte hat auch schuldhaft gehandelt. Auf einen unvermeidbaren Verbotsirrtum kann sie sich mangels hinreichenden Vortrags nicht mit Erfolg berufen.

aa) Ein Fahrzeughersteller haftet bereits bei einem fahrlässigen Verstoß nach § 823 Abs. 2 BGB i.V.m. §§ 6 Abs. 1, 27 Abs. 1 EG-FGV, wenn er gegen die EG-Fahrzeuggenehmigungsverordnung verstößt. Der subjektive Tatbestand des Schutzgesetzes ist auch für die Schadensersatzpflicht nach § 823 Abs. 2 BGB maßgebend. § 37 Abs. 1 EG-FGV sanktioniert sowohl den vorsätzlichen als auch den fahrlässigen Verstoß gegen § 27 Abs. 1 S. 1 EG-FGV (vgl. BGH, Urteil vom 26.06.2023, VIa ZR 335/21, NJW 2023, 2259 Rn. 38; Urteil vom 20.07.2023, III ZR 267/20, NJW 2024, 361 Rn. 30).

bb) 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, Urteil vom 26.6.2023, VIa ZR 335/21, NJW 2023, 2259 Rn. 59).

cc) 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, Urteil vom 25.9.2023 – VIa ZR 1/23, BeckRS 2023, 29219 Rn. 13). Das setzt zunächst die Darlegung und erforderlichenfalls den Nachweis eines Rechtsirrtums seitens des Fahrzeugherstellers voraus (BGH, Urteil vom 26.06.2023, VIa ZR 335/21, NJW 2023, 2259 Rn. 63). Der Fahrzeughersteller muss 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 Abschaltvorrichtung mit allen für die Prüfung nach Art. 5 Abs. 2 der Verordnung (EG) Nr. 715/2007 bedeutsamen Einzelheiten im maßgeblichen Zeitpunkt (vgl. BGH, Urteil vom 26.06.2023, a.a.O., Rn. 62) im Irrtum befanden oder im Falle einer Ressortaufteilung den damit verbundenen Pflichten genügten (vgl. BGH, Urteil vom 25.9.2023 – VIa ZR 1/23, BeckRS 2023, 29219 Rn. 14 m.w.N.).

dd) Diesen Anforderungen genügt das Vorbringen der Beklagten nicht; es fehlt bereits an einer ausreichenden Darlegung des Irrtums der damaligen Organmitglieder der Beklagten. Vorgetragen wird lediglich, dass „die Beklagte“ einem Irrtum unterlegen sei, ohne jedoch darzulegen, ob bzw. welche der damaligen Organmitglieder der Beklagten – worauf es gemäß § 31 BGB ankommt – einem Irrtum unterlegen sein sollen. Auch ein anonymisiertes Organigramm der Entwicklungsabteilung der Beklagten aus dem Jahr 2015 (S. 48 des Schriftsatzes vom 08.12.2023) genügt der Darlegungslast der Beklagten ersichtlich nicht. Zudem hat die Beklagte die konkrete Bedatung des verbauten Thermofensters nicht mitgeteilt, sodass der Senat nicht beurteilen kann, ob diese insoweit auf die behauptete Einschätzung des KBA vertrauen durfte.

ee) Die Ermittlung einer hypothetischen Genehmigung der zuständigen Typgenehmigungsbehörde betrifft dagegen nicht den Verbotsirrtum als solchen, sondern dessen Unvermeidbarkeit. Die Verneinung eines Verschuldens unter dem Gesichtspunkt eines unvermeidbaren Verbotsirrtums und gestützt auf Äußerungen der zuständigen Typgenehmigungsbehörde setzt jedoch zunächst nach den für Kapitalgesellschaften wie die Beklagte geltenden Maßstäben einen – hier nicht hinreichend dargelegten – Irrtum ihrer damaligen Organmitglieder voraus (BGH, Urteil vom 27.11.2023 – VIa ZR 1425/22, BeckRS 2023, 38141 Rn. 32). Im Übrigen war zum Zeitpunkt der Erteilung der Übereinstimmungsbescheinigung – aufgrund des Kaufdatums jedenfalls nicht später als im Jahr 2011 – die Rechtslage zur Zulässigkeit von Thermofenstern und deren Grenzen weder national noch auf europäischer Ebene höchstrichterlich geklärt, sodass sich die Beklagte damals erkennbar in einem rechtlichen Grenzbereich bewegte und sie schon deshalb eine abweichende rechtliche Beurteilung ihres Vorgehens in Betracht ziehen und von der eventuell rechtswidrigen Verwendung der Abschaltvorrichtung absehen musste (BGH, Urteil vom 25.9.2023 – VIa ZR 1/23, BeckRS 2023, 29219 Rn. 14 m.w.N.). Dass der Verwendung von Thermofenstern damals ein allgemeiner Industriestandard zugrunde lag oder dass nach den von der Beklagten zitierten Angaben des KBA rechtlich von ihm so bewertete unzulässige Abschaltvorrichtungen auch nach umfangreichen Untersuchungen nicht festgestellt worden seien, kommt nach dem gesetzlichen Fahrlässigkeitsmaßstab nicht in Betracht (BGH, Urteil vom 25.9.2023 – VIa ZR 1/23, BeckRS 2023, 29219 Rn. 14 m.w.N.).

c) Die für die Klägerin gemäß § 31 BGB verantwortlichen Personen hätten das streitgegenständliche Fahrzeug nach der Überzeugung des Senats nicht zum vereinbarten Preis erworben, wenn sie von der unzutreffenden Übereinstimmungsbescheinigung Kenntnis gehabt hätten. Zur Erwerbskausalität kann sich die Klagepartei bei der Inanspruchnahme der Beklagten auf Erstattung des Differenzschadens auf den – hier nicht widerlegten – Erfahrungssatz stützen, dass sie den Kaufvertrag zu diesem Kaufpreis nicht geschlossen hätte (BGH, Urteil vom 26.6.2023, VIa ZR 335/21, NJW 2023, 2259 Rn. 55). Diesen Erfahrungssatz hat die Beklagte nicht widerlegt.

d) Der Differenzschaden wird vom Senat mit 10% des Netto-Kaufpreises (46.391,18 €) geschätzt. Der Differenzschaden beträgt damit 4.639,12 €. Eine teilweise oder vollständige Anrechnung gezogener Vorteile erfolgt nicht, da die „Anrechnungsschwelle“ (gezahlter Kaufpreis abzüglich Differenzschaden) vorliegend nicht erreicht wird; im Einzelnen:

aa) Die Schätzung des Differenzschadens unterliegt in den Fällen des Vertrauens eines Käufers auf die Richtigkeit der Übereinstimmungsbescheinigung bei Erwerb eines mit einer unzulässigen Abschaltvorrichtung versehenen Kraftfahrzeugs unionsrechtlichen Vorgaben. Denn der Gerichtshof hat festgehalten, dass die vorzusehenden Sanktionen nach Art. 46 der RL 2007/46/EG und Art. 13 Abs. 1 der Verordnung (EG) Nr. 715/2007 wirksam, verhältnismäßig und abschreckend sein müssen und dass nationale Vorschriften dem Käufer die Erlangung eines angemessenen Schadensersatzes nicht praktisch unmöglich machen oder übermäßig erschweren dürfen. Daraus ergeben sich Vorgaben des Unionsrechts für die Anwendung des nationalen Rechts sowohl in Bezug auf die Untergrenze als auch auf die Obergrenze des nach § 823 Abs. 2 BGB in Verbindung mit § 6 Abs. 1, § 27 Abs. 1 EG-FGV zu gewährenden Schadensersatzes, die das Schätzungsermessen innerhalb einer Bandbreite zwischen 5% und 15% des gezahlten Kaufpreises rechtlich begrenzen (BGH, Urteil vom 26.06.2023, VIa ZR 335/21, WM 2023, 1514, 1524 Rn. 73; s.a. Urteil vom 20.07.2023, III ZR 303/20, juris Rn. 26; Urteil vom 11.09.2023, VIa ZR 1669/22, juris Rn. 18; Urteil vom 20.07.2023, III ZR 267/20, WM 2023, 1839, 1843 Rn. 34; Urteil vom 11.09.2023, VIa ZR 1533/22, juris Rn. 11; Urteil vom 25.09.2023, VIa ZR 1/23, WM 2023, 2064, 2066 Rn. 19; Urteil vom 16.10.2023, VIa ZR 14/22, WM 2023, 2193, 2194 Rn. 13).

bb) Der Senat schätzt die Höhe des zu gewährenden Differenzschadens hier unter Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalls auf 10% des Kaufpreises. Dabei berücksichtigt der Senat insbesondere, dass das vorliegend das KBA wegen des verbauten Thermofensters von einer unzulässigen Abschaltvorrichtung ausgeht und am 27.8.2023 eine, wenngleich nicht rechtskräftige, Feststellung getroffen hat. Damit bestand auch bei Erwerb die Gefahr eines Rückrufs. Andererseits ist zu berücksichtigen, dass zum Erwerbszeitpunkt ein Rückruf aufgrund der damaligen Rechtsauffassung des KBA nicht konkret drohte. Dies zeigt sich auch daran, dass die Klägerin das Fahrzeug seit dem Jahr 2012 bis zur Veräußerung im Mai 2023 ohne Einschränkungen nutzen konnte (die zeitweise Fahrzeugstilllegung erfolgte freiwillig). Zudem kann das Thermofenster, wie von der Beklagten bereits angekündigt, erfahrungsgemäß durch ein Software-Update beseitigt bzw. aufgeweitet und damit eine Fahrzeugstilllegung vermieden werden.

cc) Maßgebliche Berechnungsgrundlage ist aufgrund der Berechtigung der Klägerin zum Vorsteuerabzug – wovon auch beide Parteien als Berechnungsgrundlage ausgehen – nicht der Brutto-, sondern der Netto-Kaufpreis. Die Klägerin wurde mit der bezahlten Umsatzsteuer (8.903,66 € bzw. 8.814,32 € bei Herausrechnung des aus Anlage K 1 ersichtlichen „Dienstleistungsanteils“ für Briefgebühr und Auslieferungspauschale, was sich rechnerisch nachfolgend aber nicht auswirkt) wirtschaftlich nicht belastet, da sie diese beim Finanzamt als Vorsteuer geltend machen konnte. Angefallene Umsatzsteuer ist nach den Grundsätzen der Vorteilsausgleichung nicht ersatzfähig, soweit sie die Geschädigte als Vorsteuer abziehen kann (vgl. BGH, Ur. v. 25.7.2022 – VIa ZR 622/21, BeckRS 2022, 21807 Rn. 9 m.w.N.). Den in der Abzugsmöglichkeit liegenden Vorteil muss sich die Geschädigte auf ihren Schaden anrechnen lassen; ob sie von dieser Möglichkeit tatsächlich Gebrauch gemacht hat, ist unerheblich (vgl. BGH, Ur. v. 25.7.2022 – VIa ZR 622/21, BeckRS 2022, 21807 Rn. 9 m.w.N.). Dies gilt, da dem „großen“ Schadensersatz und dem Differenzschaden nur unterschiedliche Methoden der Schadensberechnung zugrunde liegen (vgl. dazu BGH, Ur. v. 26.6.2023 – VIa ZR 335/21, BeckRS 2023, 15117 Rn. 45), bei Geltendmachung des Differenzschadens gleichermaßen (vgl. auch OLG München Endurteil v. 13.3.2024 – 7 U 5702/21, BeckRS 2024, 5142; Zurlinden, NJW 2024, 1910 Rn. 4 m.w.N.).

dd) Der Anspruch ist der Höhe nach durch die nach der Rechtsprechung des BGH (Urteil vom 26.06.2023, VIa ZR 335/21, NJW 2023, 2259 Rn. 80; Urteil vom 17.11.2022, Az. VII ZR 260/20, Rn. 25; Urteil vom 24.01.2022, Az. VIa ZR 100/21, Rn. 16 ff.; Urteil vom 06.07.2021, Az. VI ZR 40/20 Rn. 23 f.) im Wege der Vorteilsausgleichung zu berücksichtigenden Vorteile der Klägerin beschränkt. Insofern gelten die in der höchstrichterlichen Rechtsprechung entwickelten Maßstäbe zum „kleinen“ Schadensersatz nach § 826 BGB für den Differenzschaden sinngemäß (vgl. BGH, Urteil vom 6.7.2021 – VI ZR 40/20, BGHZ 230, 224 Rn. 23 f.; Urteil vom 24.1.2022 – VIa ZR 100/21, NJW-RR 2022, 1033 Rn. 17). 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

(vgl. BGH, Urteil vom 24.1.2022, a.a.O., Rn. 22). Auch die beim Fahrzeugkauf angefallene Umsatzsteuer ist auf den Differenzschaden der vorsteuerabzugsberechtigten Klägerin im Wege der Vorteilsausgleichung anzurechnen, wenn und soweit sie nebst den anderen anzurechnenden Vermögensvorteilen den Wert des Fahrzeugs bei Abschluss des Kaufvertrags (gezahlter Kaufpreis abzüglich Differenzschaden) übersteigt (so ausdrücklich BGH, Urteil vom 18.12.2023 – VIa ZR 1248/22, NJW 2024, 496 Rn. 13 m.w.N.).

23

Vorliegend ergibt der „gezahlte Kaufpreis“ von 55.765,01 € (bzw. ohne „Dienstleistungsanteil“ 55.205,50 €, was sich rechnerisch nachfolgend aber nicht auswirkt) abzüglich des Differenzschadens von 4.639,12 € einen Betrag von 51.125,89 € (bzw. 50.566,38 €). „Gezahlter Kaufpreis“ ist der Brutto-Kaufpreis, da die Umsatzsteuer im Wege der Vorteilsanrechnung in voller Höhe angerechnet wird (vgl. Zurlinden, NJW 2024, 910 Rn. 6; siehe auch nachfolgend unter (4)). Dieser Betrag wird durch die Summe aus anzurechnender Nutzungsentschädigung, Restwert des Fahrzeugs und gezahlter Umsatzsteuer nicht erreicht, sodass keine Anrechnung stattfindet; im Einzelnen:

(1) Die anzusetzende Nutzungsentschädigung ist linear zu berechnen (vgl. hierzu BGH, Urteil vom 11.8.2022, VII ZR 499/21, juris Rn. 27). In ständiger Rechtsprechung nimmt der Senat im Rahmen seines Schätzungsermessens (§ 287 Abs. 1 Satz 1 ZPO) an, dass die durchschnittliche Gesamtleistung von Fahrzeugen wie das streitgegenständliche bei 250.000 km liegt. Die von der Beklagten mit Nichtwissen bestrittene Laufleistung des Fahrzeugs zum Verkaufszeitpunkt (09.05.2023) ergibt sich zur Überzeugung des Senats aus den Verkaufsunterlagen vom 09.05.2023 (Anlagen BB 8 und BB 9), die eine Laufleistung zum Verkaufszeitpunkt von 167.124 km ausweisen. Der Senat legt für die Berechnung der Nutzungsentschädigung spiegelbildlich zur Schadensberechnung den Netto-Kaufpreis zugrunde, da die beim Kauf gezahlte Umsatzsteuer im Wege der Vorteilsausgleichung gesondert in die Anrechnung einbezogen wird (BGH, Urteil vom 18.12.2023 – VIa ZR 1248/22, NJW 2024, 496 Rn. 13; vgl. zur tatrichterlich freien Bemessung des Nutzungersatzes nach dem Brutto- oder Nettokaufpreis BGH, Urteil vom 24.7.2023 – VIa ZR 752/22, BeckRS 2023, 23033 Rn. 20). Damit beträgt die Nutzungsentschädigung auf Grundlage der linearen Berechnungsformel (Kaufpreis netto 46.391,18 € x gefahrene Strecke seit Erwerb 167.124 km /. Restlaufleistung bei Erwerb 250.000 km) insgesamt 31.012,32 €.

(2) Bei einem – wie hier zur Überzeugung des Senats erfolgten – Weiterverkauf ist nach den Grundsätzen der Vorteilsausgleichung der Marktwert des Kfz im Zeitpunkt des Weiterverkaufs anzurechnen, der gemäß den Grundsätzen des § 287 ZPO ausgehend von dem vom Kläger tatsächlich erzielten Kaufpreis zu ermitteln ist (vgl. BGH, Urteil vom 20. Juli 2021 – VI ZR 533/20, NJW 2021, 3594 Rn. 18 ff.; Urteil vom 20. Juli 2021 – VI ZR 575/20, ZIP 2021, 1922 Rn. 30). Der von der Klägerin erzielte Weiterverkaufspreis beträgt zur Überzeugung des Senats 12.000 € brutto bzw. 10.084,03 € netto (vgl. Anlagen BB 8 und BB 9). Dieser Wert ist marktangemessen. Anzurechnen ist der Netto-Verkaufswert.

(a) Die Einwendungen der Beklagten zur Angemessenheit des Verkaufserlöses, zuletzt im nachgelassenen Schriftsatz vom 22.07.2024, überzeugen nicht. Soweit sie im Schriftsatz vom 28.06.2024 (S. 3) von einem deutlich höheren Marktwert von 18.990 €, verfängt dies nicht. Sie stützt ihre Schätzung allein auf zwei Angebotspreise auf der Internetplattform www.mobile.de, ohne entsprechende Abschläge vorzunehmen. Auch ihr Einwand, das Fahrzeug habe möglicherweise einen reparierten (Unfall-)Schaden, was nicht zu Lasten der Beklagten gehen könne, greift nicht durch. Aus dem von der Klägerin zwar nur auszugsweise, aber mit den maßgeblichen Informationen („Bemerkungen“) vorgelegten DEKRA-Bericht (Anlage BB 10) ergaben sich nach eigener Untersuchung keine Hinweise auf Nachlackierungen, Instandsetzungsarbeiten und behobene Vorschäden. Zudem betrug ausweislich einer vom Senat zur Plausibilisierung erhaltenen FINbasierten DAT-Auskunft auf der Homepage der Deutsche Automobil Treuhand GmbH (www.dat.de) unter Eingabe der sich teilweise bereits aus der Eingabe der FIN [...] ergebenden Daten (Q5 (8R) (11.2008->), 3.0 TDI DPF, quattro, 2008 – 2012; 176 kW / 239 PS, Ez.: 28.03.2012, Laufleistung 167.124 km, Halterzahl 1, Zustand unfallfrei) zum Stichtag 09.05.2023 der Netto-Händlerverkaufswert 11.255,00 € und der Brutto-Händlerverkaufswert 13.394,00 €. Eine FINbasierte DAT-Auskunft ist eine geeignete Grundlage für die Schätzung des Restwerts eines Gebrauchtfahrzeugs gemäß § 287 Abs. 1 ZPO. Maßgeblich ist nach ständiger Rechtsprechung des Senats im Rahmen des tatrichterlich eingeräumten Ermessens der Händlerverkaufspreis als marktüblicher Preis, da der Kläger durch Gewährung des Differenzschadens bzw. „kleinen“ Schadensersatzes wegen der Enttäuschung des Käufervertrauens lediglich so behandelt wird, als wäre es ihm in Kenntnis der wahren Sachlage und der damit verbundenen Risiken gelungen, den Vertrag zu einem niedrigeren Preis, der ebenso ein Händlerverkaufspreis wäre, abzuschließen. Dieser Grundsatz ist

nach Auffassung des Senats „spiegelbildlich“ auch im Rahmen der Bemessung der Vorteilsausgleichung zu berücksichtigen und daher der tatrichterlichen Bemessung der Händlerverkaufspreis zugrunde zu legen. Selbst wenn man vom Netto-Händlerverkaufspreis einen Abschlag von 10% für Privatverkäufer machen wollte und damit als Marktwert nur 10.129,50 € ansetzte, wäre der von der Klägerin erzielte Verkaufspreis (10.084,03 € netto) noch angemessen.

(b) Als anzurechnender Restwert ist auch hier nur der Netto-Verkaufspreis (10.084,03 €) zu berücksichtigen, da die beim Verkauf ausweislich der Anlagen BB 8 und BB 9 gesondert ausgewiesene Umsatzsteuer (1.915,97 €) an das Finanzamt abzuführen ist und damit nicht bei der Klägerin verbleibt (vgl. auch BGH, Hinweisbeschluss v. 21.1.2021 – I ZR 87/20, BeckRS 2021, 8422 Rn. 16; Zurlinden, NJW 2024, 1910 Rn. 10).

(3) Neben der Nutzungsentschädigung und dem Restwert ist, wie bereits ausgeführt, auch die von der Klägerin bei Erwerb des Fahrzeugs bezahlte Umsatzsteuer (8.903,66 € bzw. ohne „Dienstleistungsanteil“ 8.814,32 €) im Rahmen der Vorteilsausgleichung zu berücksichtigen (BGH, Urteil vom 18.12.2023 – VIa ZR 1248/22, NJW 2024, 496 Rn. 13 m.w.N.).

(4) Die Summe aus Nutzungsentschädigung, Netto-Restwert und gezahlter Umsatzsteuer beträgt damit nicht mehr als 50.000,01 € und übersteigt den Wert des Fahrzeugs bei Abschluss des Kaufvertrags (51.125,89 € bzw. ohne „Dienstleistungsanteil“ 50.566,38 €) nicht. Eine Anrechnung findet damit nicht statt.

24

3. Der zuletzt geltend gemachte Zinsanspruch ist nur teilweise begründet:

a) Ein Anspruch auf Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem jeweiligen Basiszinssatz aus einem Betrag in Höhe von 25.589,25 € seit dem 12.02.2019 bis zum 09.05.2023 besteht nicht. Da diese Zinsen ursprünglich als Nebenforderung (§ 4 Abs. 1 HS 2 ZPO) zu dem zuletzt nicht mehr weiterverfolgten Berufungsantrag Nr. 1 auf Gewährung des „großen“ Schadensersatzes begehrt wurden, bestünde ein solcher Zinsanspruch nur, wenn die Voraussetzungen der §§ 826, 31 BGB vorgelegen hätten. Dies ist, wie oben unter 1. ausgeführt, nicht der Fall, worauf der Senat bereits in der Verfügung vom 26.04.2024 hingewiesen hat.

b) Da die Klägerin in der Berufungsbegründung noch den „großen“ Schadensersatz und damit wesentlich zu viel beantragt hat (vgl. hierzu BGH, Urteil vom 21.2.2022, VIa ZR 8/21, WM 2022, 731, 739 Rn. 78; Urteil vom 9.10.2023, VIa ZR 26/21, WM 2023, 2190, 2191 Rn. 12), sind Rechtshängigkeitszinsen hinsichtlich des unter 2. zugesprochenen Differenzschadens nicht ab dem Tag nach der Veräußerung des Fahrzeugs (10.5.2023), sondern erst ab dem (Hilfs-)Antrag im Schriftsatz vom 1.12.2023, eingegangen am 7.12.2023 und der Beklagten zugestellt am 8.12.2023, und damit ab dem 9.12.2023 (vgl. hierzu BGH, Urteil vom 9.10.2023, VIa ZR 26/21, WM 2023, 2190, 2191 Rn. 12 m.w.N.) geschuldet.

4. Über den Anspruch auf Erstattung vorgerichtlicher Rechtsanwaltskosten (Berufungsantrag Nr. 3) war nicht mehr zu entscheiden. Dieser wurde vom Senat im Zurückweisungsbeschluss vom 29.4.2022 i.V.m. dem Hinweisbeschluss vom 31.3.2022 rechtskräftig abgelehnt. Der Zurückweisungsbeschluss wurde durch das Urteil des BGH vom 24.7.2023, Az. VIa ZR 752/22, insoweit nicht aufgehoben.

III.

25

1. Die Kostenentscheidung beruht für die 1. Instanz auf § 92 Abs. 1 ZPO und für die Berufungsinstanz auf § 97 Abs. 1, § 92 Abs. 1 ZPO. Aufgrund der auch im Kostenpunkt erfolgten Aufhebung des Senatsbeschlusses vom 12.01.2022 durch die Entscheidung des BGH vom 16.10.2023 war über die gesamten Kosten des Rechtsstreits einschließlich der Kosten des Revisionsverfahrens neu zu entscheiden (vgl. OLG München, Urteil v. 13.9.2021 – 3 U 2220/19, BeckRS 2021, 47465; allgemein Anders/Gehle/Göertz, ZPO, 81. Aufl. 2023, § 97 Rn. 53-57). Die Kostenquote für die 1. Instanz bemisst sich aus dem Streitwert von 55.765,01 €, die Kostenquote für die 2. Instanz einschließlich des Revisionsverfahrens aus dem Berufungsstreitwert von 25.589,25 € (siehe unter 4.).

26

2. Die Entscheidung über die vorläufige Vollstreckbarkeit dieses Urteils und des Urteils des Landgerichts beruht auf § 708 Nr. 10, §§ 711, 713 ZPO.

27

3. Die Revision wird nicht zugelassen, da Zulassungsgründe nach § 543 Abs. 2 Satz 1 ZPO liegen nicht vorliegen. Die Entscheidung betrifft die in einem Einzelfall im Wege der Schätzung nach § 287 Abs. 1 ZPO vorgenommene Schadensbemessung.

28

4. Hinsichtlich des Streitwerts für das Berufungsverfahren (25.589,25 €) verbleibt es beim – vom Urteil des BGH vom 24.07.2023 (Az. VIa ZR 752/22) nicht betroffenen – Streitwertbeschluss in Ziff. 5 des Zurückweisungsbeschlusses vom 29.04.2022. Eine zeitlich gestaffelte Streitwertfestsetzung hat trotz der Antragsumstellung auf den Differenzschaden für die Gerichtsgebühren nicht zu erfolgen, da die Streitwertfestsetzung gemäß § 63 Abs. 2 Satz 1 GKG lediglich der Bemessung der Gerichtsgebühren dient (vgl. OLG München, Beschluss vom 13.12.2016 – 15 U 2407/16, NJW-RR 2017, 700). Das Berufungsverfahren bildet auch nach Aufhebung und Zurückverweisung gemäß § 37 GKG einen Rechtszug im Sinne des § 35 GKG.