



Oberlandesgericht Celle

Im Namen des Volkes

Urteil

24 U 226/22

4 O 127/20
Landgericht Hildesheim

In dem Rechtsstreit

[REDACTED]

- Kläger und Berufungskläger -

Prozessbevollmächtigte:
Gansel Rechtsanwälte, Wallstraße 59, 10179 Berlin
Geschäftszeichen: [REDACTED]

gegen

Mercedes-Benz Group AG, vertreten durch den Vorstand, Mercedesstraße 120,
70372 Stuttgart

- Beklagte und Berufungsbeklagte -

Prozessbevollmächtigte:
White & Case LLP, Valentinskamp 70 / EMPORIO, 20355 Hamburg
Geschäftszeichen: [REDACTED]

hat der 24. Zivilsenat des Oberlandesgerichts Celle auf die mündliche Verhandlung vom 5. Dezember 2024 durch den Richter am Oberlandesgericht Dr. Stodolkowitz als Einzelrichter für Recht erkannt:

Die Anträge der Beklagten auf Aussetzung des Verfahrens bis zur Entscheidung des Kraftfahrt-Bundesamtes über den Widerspruch gegen den Bescheid vom 13. Dezember 2023 und bis zur erstinstanzlichen Entscheidung des Verwaltungsgerichts Schleswig im Verfahren mit dem Aktenzeichen 3 A 51/21 werden zurückgewiesen.

Der Antrag des Klägers auf Aussetzung des Verfahrens zum Zwecke eines Vorabentscheidungsersuchens an den Gerichtshof der Europäischen Union gemäß Art. 267 AEUV wird zurückgewiesen.

Auf die Berufung des Klägers und unter Zurückweisung des weitergehenden Rechtsmittels wird das Urteil des Einzelrichters der 4. Zivilkammer des Landgerichts Hildesheim vom 31. März 2022 abgeändert und wie folgt neu gefasst:

Die Beklagte wird verurteilt, an den Kläger 3.460 € nebst Zinsen hieraus in Höhe von fünf Prozentpunkten über dem jeweiligen Basiszinssatz seit dem 24. Juli 2020 zu zahlen. Im übrigen wird die Klage abgewiesen.

Von den Kosten des Rechtsstreits haben der Kläger 88 % und die Beklagte 12 % zu tragen.

Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar.

Die Revision wird nicht zugelassen.

Der Streitwert für das Berufungsverfahren wird auf bis zu 30.000 € festgesetzt.

Gründe:

I.

Die Berufung ist zulässig und teilweise begründet. Sie führt wie aus dem Tenor ersichtlich zur Abänderung des angefochtenen Urteils.

1. Der Kläger hat gegen die Beklagte einen Anspruch auf Ersatz eines Differenzschadens in Höhe von 3.460 € aus § 823 Abs. 2 BGB in Verbindung mit § 6 Abs. 1, § 27 Abs. 1 EG-FGV.

a) Die Beklagte hat § 6 Abs. 1, § 27 Abs. 1 EG-FGV verletzt, indem sie eine unzutreffende Übereinstimmungsbescheinigung erteilt hat. Unzutreffend ist eine Übereinstimmungsbescheinigung, wenn das betreffende Kraftfahrzeug mit einer gemäß Art. 5 Abs. 2 der Verordnung (EG) Nr. 715/2007 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 20. Juni 2007 über die Typgenehmigung von Kraftfahrzeugen hinsichtlich der Emissionen von leichten Personenkraftwagen und Nutzfahrzeugen (Euro 5 und Euro 6) und über den Zugang zu Reparatur- und Wartungsinformationen für Fahrzeuge (ABl. L 171 vom 29. Juni 2007 S. 1 ff; künftig: VO 715/2007/EG) unzulässigen Abschaltvorrichtung ausgerüstet ist, weil die Bescheinigung dann eine tatsächlich nicht gegebene Übereinstimmung des konkreten Kraftfahrzeugs mit der VO 715/2007/EG ausweist (BGH, Urteil vom 26. Juni 2023 – VIa ZR 335/21, BGHZ 237, 245 Rn. 34). Das ist hier der Fall.

Sowohl die KSR als auch das Thermofenster sind unzulässige Abschaltvorrichtungen im Sinne von Art. 3 Nr. 10, Art. 5 Abs. 2 Satz 1 VO 715/2007/EG.

aa) Nach Art. 3 Nr. 10 VO 715/2007/EG kann eine Abschaltvorrichtung schon dann vorliegen, wenn die Funktion nur eines beliebigen Teils des Emissionskontrollsystems in Abhängigkeit von bestimmten Parametern verändert und die Wirksamkeit des Emissionskontrollsystems unter den Bedingungen des normalen Fahrbetriebs verringert wird. Während in Bezug auf die Funktionsänderung auf Teile des Emissionskontrollsystems abgestellt werden kann, kommt es für die Wirkung der Funktionsänderung auf das Emissionskontrollsystem in seiner Gesamtheit an, etwa auf die kombinierte Wirkung von Abgasrückführung und

-reinigung. Maßstab für die Frage der Zulässigkeit einer Funktionsveränderung in Abhängigkeit von bestimmten Parametern ist nach Art. 3 Nr. 10 VO 715/2007/EG nicht die Einhaltung des Grenzwerts, sondern die Wirksamkeit des unverändert funktionierenden Emissionskontrollsystems unter den Bedingungen des normalen Fahrbetriebs. In diesem Zusammenhang bedarf es eines Vergleichs der Wirksamkeit des unverändert funktionierenden und derjenigen des verändert funktionierenden Gesamtsystems, und zwar jeweils unter den Bedingungen des normalen Fahrbetriebs im gesamten Unionsgebiet. Ob die Grenzwerte unter den Bedingungen des Neuen Europäischen Fahrzyklus (NEFZ) auch bei veränderter Funktion eingehalten würden (Grenzwertkausalität), ist hingegen mit Rücksicht auf den Wortlaut des Art. 3 Nr. 10 VO 715/2007/EG nicht von Bedeutung. Die Prüfung im NEFZ lässt nur in Bezug auf die dabei wirksamen Emissionskontrollsysteme Prognosen für den gewöhnlichen Fahrbetrieb zu und auch das nur dann, wenn die Wirksamkeit der betreffenden Systeme im gewöhnlichen Fahrbetrieb nicht verringert wird. Art. 3 Nr. 10 VO 715/2007/EG knüpft an die Verringerung der Wirksamkeit des Emissionskontrollsystems in seiner Gesamtheit an und nicht an die Einhaltung der Grenzwerte im NEFZ. Das gilt ohne Rücksicht auf die jeweils eingesetzten Technologien (BGH, Urteil vom 26. Juni 2023 aaO Rn. 51).

bb) Hieran gemessen handelt es sich bei beiden Regelungen um Abschaltanlagen.

(1) Die KSR führt dazu, dass unter bestimmten Betriebsumständen die Sollwerttemperatur für das Kühlmittelthermostat abgesenkt wird. Dies bewirkt eine verbesserte Emissionsreduzierung durch den längeren Warmlauf und den damit verbundenen besseren Ausgleich von Stickoxiden und Partikeln vor allem unter Prüfstandbedingungen. Eine Deaktivierung der Funktion erfolgt bei Überschreiten bzw. Unterschreiten einer maximalen bzw. minimalen Außen- und Ansauglufttemperatur, Unterschreiten eines bestimmten Umgebungsdrucks, Überschreiten einer maximalen Last, einer maximalen Drehzahl, einer maximalen Motoröltemperatur und Überschreiten eines Zeitraums, der in Abhängigkeit von der Kühlmitteltemperatur bei Motorstart festgelegt wird. Die Funktion kann über jede

dieser Bedingungen deaktiviert werden, wenn die jeweilige Bedingung nicht (mehr) erfüllt ist.

Damit handelt es sich bei der KSR um eine Abschaltvorrichtung im Sinne von Art. 3 Nr. 10 VO 715/2007/EG. Dieser Wertung steht nicht entgegen, dass die KSR nur in der Motoraufwärmphase zum Tragen kommt; denn die Phase des Motorwarmlaufs zählt zu den normalen Betriebsbedingungen (vgl. OLG Celle, Urteil vom 22. November 2023 – 7 U 40/23, juris Rn. 17).

Die KSR ist auch nicht deshalb nicht als Abschaltvorrichtung anzusehen, weil ein sog. Trade-Off im Hinblick auf andere Schadstoffe zu berücksichtigen wäre. Nach der Auslegung des Gerichtshofs der Europäischen Union sieht Art. 5 Abs. 1 VO 715/2007/EG vor, dass der Hersteller die Fahrzeuge so ausrüsten muss, dass die Bauteile, die sich auf das Emissionsverhalten auswirken, es erlauben, dass die Fahrzeuge unter normalen Betriebsbedingungen die in der Verordnung und ihren Durchführungsmaßnahmen vorgesehenen Emissionsgrenzwerte einhalten (vgl. EuGH, Urteil vom 14. Juli 2022 – C-128/20, NJW 2022, 2605 Rn. 41). Aus ihren Erwägungsgründen 1 und 6 ergibt sich, dass das mit der Verordnung verfolgte Ziel darin besteht, ein hohes Umweltschutzniveau sicherzustellen und zur Verbesserung der Luftqualität und zur Einhaltung der Luftverschmutzungsgrenzwerte insbesondere die Stickoxid-Emissionen bei Dieselmotorkraftfahrzeugen zu mindern (EuGH aaO Rn. 43). Nach Erwägungsgrund 11 sollten separate Grenzwerte für die Gesamtmasse der Kohlenwasserstoffe eingeführt werden, um die Einführung von mit alternativen Treibstoffen betriebenen Fahrzeugen mit einem niedrigen Ausstoß an Stickoxiden und Partikeln zu fördern und die Existenz solcher Fahrzeuge aufrecht zu erhalten. Schließlich ist auch in Art. 3 Abs. 9 Unterabs. 2 der Verordnung (EG) 692/2008 vorgesehen, dass die Hersteller der Genehmigungsbehörde belegen, dass die Stickstoffoxid (NO_x)-Nachbehandlungseinrichtung nach einem Kaltstart bei –7 °C innerhalb von 400 Sekunden eine für das ordnungsgemäße Arbeiten ausreichend hohe Temperatur erreicht (vgl. EuGH aaO Rn. 45). Mit diesen Regelungen und dem Ziel, insbesondere Stickoxidemissionen auch im Normalbetrieb erheblich zu verringern, wäre es jedoch unvereinbar, wollte man einen „Trade-off“ mit Kohlenwasserstoffen oder anderen Schadstoffen erlauben. Im Gegenteil ging der Unionsgesetzgeber

ausweislich Erwägungsgrund 6 gerade davon aus, dass diese Art von Emissionen bei Dieselfahrzeugen ohnehin niedrig ist, während es einer besonderen Anstrengung zur Vermeidung von Stickoxiden bedürfe. Die vom Landgericht Duisburg in mehreren Vorabentscheidungsersuchen, auf die sich die Beklagte bezieht, aufgeworfenen Zweifel teilt der Senat nicht. Ein Klärungsbedarf hinsichtlich der Auslegung der maßgeblichen Verordnung besteht nicht (*acte clair*; vgl. OLG Celle, Urteil vom 11. Oktober 2023 – 7 U 794/21, juris Rn. 10).

(2) Auch das Thermofenster erfüllt die Voraussetzungen einer Abschalt-einrichtung. Nach dem eigenen Vortrag der Beklagten reduziert die Motorsteuerung die AGR-Rate abhängig von den jeweiligen Betriebsbedingungen bei Umgebungslufttemperaturen von weniger als 18 °C. Damit wird die Wirksamkeit des Emissionskontrollsystems unter Bedingungen verringert, die bei normalem Fahrzeugbetrieb vernünftigerweise zu erwarten sind. Zu den üblichen tatsächlichen Fahrbedingungen in den Mitgliedsstaaten der Europäischen Union gehört jedenfalls der Betrieb eines Fahrzeugs bei Umgebungstemperaturen von weniger als 7 °C (vgl. OLG Celle, Urteil vom 20. Dezember 2023 – 7 U 1742/19, juris Rn. 7).

cc) Die Abschalteinrichtungen sind nach Art. 5 Abs. 2 Satz 1 VO 715/2007/EG unzulässig. Sie sind nicht nach Art. 5 Abs. 2 Satz 2 Buchst. a VO 715/2007/EG aus Gründen des Motorschutzes gerechtfertigt. Dass die Funktionen erforderlich wären, um den Motor vor Beschädigung oder Unfall zu schützen und um den sicheren Betrieb des Fahrzeugs zu gewährleisten, hat die Beklagte nicht mit der erforderlichen Substanz dargelegt.

(1) Nach der Rechtsprechung des Gerichtshofs der Europäischen Union ist Art. 5 Abs. 2 Satz 2 Buchst. a VO 715/2007/EG dahin auszulegen, dass eine Abschalteinrichtung nur dann nach dieser Bestimmung zulässig sein kann, wenn nachgewiesen ist, dass diese Einrichtung ausschließlich notwendig ist, um die durch eine Fehlfunktion eines Bauteils des AGR-Systems verursachten unmittelbaren Risiken für den Motor in Form von Beschädigung oder Unfall zu vermeiden, Risiken, die so schwer wiegen, dass sie eine konkrete Gefahr beim Betrieb des mit dieser Einrichtung ausgestatteten Fahrzeugs darstellen. Die Verschmutzung und der Verschleiß des Motors können nicht als Beschädigung oder Unfall im

Sinne der genannten Bestimmung angesehen werden, denn sie sind im Prinzip vorhersehbar und der normalen Funktionsweise des Fahrzeugs inhärent (EuGH, Urteile vom 17. Dezember 2020 – C-693/18, NJW 2021, 1216 Rn. 110 und vom 14. Juli 2022 aaO Rn. 54). In der Rechtsprechung des Gerichtshofs der Europäischen Union ist zudem geklärt, dass es sich bei dem AGR-Ventil, dem AGR-Kühler und dem Dieselpartikelfilter um von dem Motor getrennte Bauteile handelt (EuGH, Urteil vom 14. Juli 2022 aaO Rn. 51 f).

Außerdem ist eine Abschaltseinrichtung nur dann notwendig im Sinne dieser Bestimmung, wenn zum Zeitpunkt der 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 8. November 2022 – C-873/19, NJW 2022, 3769 Rn. 95). Der Unionsgesetzgeber hat bei der Festlegung der Grenzwerte für Schadstoffemissionen die wirtschaftlichen Interessen der Automobilhersteller und insbesondere die Kosten, die den Unternehmen durch die erforderliche Einhaltung dieser Werte auferlegt werden, berücksichtigt. Es ist Sache der Hersteller, sich anzupassen und technische Vorrichtungen anzuwenden, mit denen diese Grenzwerte eingehalten werden können, wobei der Einsatz einer bestimmten Technologie nicht vorgeschrieben ist (EuGH aaO Rn. 92 mwN). Das angestrebte Ziel eines hohen Umweltschutzniveaus wäre in Frage gestellt, würde eine Abschaltseinrichtung allein deshalb zugelassen, weil zum Beispiel die Kosten für die Forschung hoch sind, die technische Ausrüstung teuer ist oder für den Nutzer häufigere und kostspieligere Wartungsarbeiten am Fahrzeug anfallen (aaO Rn. 93 mwN). Dabei hat sich der Gerichtshof explizit gegen das Argument gewandt, bei der Auslegung des Begriffs „notwendig“ seien die Umweltinteressen gegen die wirtschaftlichen Interessen der Hersteller abzuwägen (vgl. EuGH, Urteil vom 14. Juli 2022 – C-145/20, BeckRS 2022, 16620 Rn. 78).

Nach der Auslegung des Gerichtshofs der Europäischen Union setzt die Ausnahme des Art. 5 Abs. 2 Satz 2 Buchst. a VO 715/2007/EG voraus, dass die ausschließliche Notwendigkeit zum Motorschutz nachgewiesen wird. Es ist daher von dem beklagten Fahrzeughersteller Vortrag zu halten, bei dessen Wahrunter-

stellung, erforderlichenfalls unter Heranziehung sachverständiger Hilfe, dieser Nachweis geführt wäre. Insbesondere ist auch darzulegen, dass keine andere technische Lösung zur Verfügung stand.

Da Art. 5 Abs. 2 Satz 2 VO 715/2007/EG eine Ausnahme vom Verbot der Verwendung von Abschaltvorrichtungen enthält, die die Wirkung von Emissionskontrollsystemen verringern, ist diese Bestimmung nach der Rechtsprechung des Gerichtshofs der Europäischen Union eng auszulegen (EuGH, Urteile vom 14. Juli 2022 – C-145/20 aaO Rn. 50 und vom 21. März 2023 – C-100/21, NJW 2023, 1111 Rn. 61). 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, würde offensichtlich dem mit der VO 715/2007/EG verfolgten Ziel, von dem Art. 5 Abs. 2 Satz 2 nur unter ganz besonderen Umständen eine Abweichung zulässt, zuwiderlaufen und zu einer unverhältnismäßigen Beeinträchtigung des Grundsatzes der Begrenzung der Stickoxid-Emissionen von Fahrzeugen führen. Eine solche Abschaltvorrichtung kann daher nicht im Sinne von Art. 5 Abs. 2 Satz 2 Buchst. a der genannten Verordnung notwendig sein. Ließe man zu, dass eine solche Abschaltvorrichtung unter die in Art. 5 Abs. 2 Satz 2 Buchst. a vorgesehene Ausnahme fallen könnte, würde dies dazu führen, dass diese Ausnahme während des überwiegenden Teils eines Jahres unter den im Unionsgebiet herrschenden tatsächlichen Fahrbedingungen anwendbar wäre, so dass der in Art. 5 Abs. 2 Satz 1 der Verordnung aufgestellte Grundsatz des Verbots solcher Abschaltvorrichtungen in der Praxis weniger häufig zur Anwendung kommen könnte als diese Ausnahme (EuGH, Urteile vom 14. Juli 2022 – C-145/20 aaO Rn. 75 ff und vom 21. März 2023 aaO Rn. 65 f).

(2) Hieran gemessen ist das Thermofenster nicht für den Motorschutz erforderlich.

(a) Das Thermofenster in seiner ursprünglichen Ausgestaltung ist für den Motorschutz schon deshalb nicht erforderlich, weil es durch das von der Beklagten angebotene Software-Update erheblich ausgeweitet werden konnte. Die

Möglichkeit einer Ausweitung mag zwar erst durch die spätere Fortentwicklung der Technik zutage getreten sein. Das ändert aber nichts daran, dass das ursprüngliche Thermofenster objektiv zu keinem Zeitpunkt erforderlich war, um den Motor vor Beschädigung oder Unfall zu schützen.

(b) Aber auch unabhängig davon rechtfertigt der Vortrag der Beklagten nicht den Schluss, das Thermofenster sei aus Gründen des Motorschutzes erforderlich.

(aa) Die Entstehung von Ablagerungen (Versottung, Verlackung und Vereisung) stellt als solche weder Beschädigung noch Unfall im Verordnungssinne dar und vermag für sich genommen die Verwendung eines Thermofensters nicht zu rechtfertigen. Daran ändert sich nichts, wenn diese Belagbildung zu einem Ausfall des AGR-Ventils führt, weil es sich hierbei nicht um einen Motorbestandteil handelt. Die gegenteilige Ansicht der Beklagten gibt keinen Anlass, eine von der gefestigten Rechtsprechung des Gerichtshofs der Europäischen Union abweichende Auslegung in Erwägung zu ziehen.

Hinsichtlich der Ölverdünnung und des Rußeintrags, die einen erhöhten Verschleiß nach sich ziehen sollen, gilt im Ergebnis nichts anderes, weil auch der Verschleiß nach der Rechtsprechung des Gerichtshofs der Europäischen Union nicht als Beschädigung oder Unfall im Sinne der genannten Bestimmung angesehen werden kann.

(bb) Die Verwendung eines Thermofensters könnte daher nur insofern zulässig sein, als die Folgen der Belagbildung zu einer Schädigung des Motors führen und hierdurch der sichere Betrieb des Fahrzeugs gefährdet wird, wie etwa ein Brand des Dieselpartikelfilters unter ungünstigen Bedingungen zu einem Fahrzeugbrand oder der sogenannte Wasserschlag zu einem Verbiegen der Pleuelstange und Aussetzen des Motors während der Fahrt führen kann.

Hinsichtlich dieser Risiken behauptet die Beklagte im Ergebnis jedoch nicht, dass eine andere technische Lösung zur Vermeidung der Ablagerungsrisiken für den Motor nicht zur Verfügung gestanden hätte, sondern nur, dass der damit verbundene Aufwand unverhältnismäßig und von dem Unionsgesetzgeber

nicht gewollt gewesen sein könne. Sie wendet ein, dass, wenn die Steuerung der AGR ohne jede Rücksicht auf Ablagerungsrisiken erfolgen müsste, es schon nach kurzen Fahrtstrecken zu Bauteilversagen oder Steuerungsfehlern im Motor einschließlich Aussetzern kommen könnte, so dass offenkundig nicht von einer Behebbarkeit von Ablagerungen durch Wartung die Rede sein könne. Ein ständiger Austausch von Großteilen des Motors könne weder von der ökonomischen noch von den ökologischen Kosten her vom Unionsgesetzgeber gewollt gewesen sein, der Diesel-Fahrzeuge habe günstig halten wollen. Solche Fahrzeuge wären jedoch nicht mehr marktfähig.

Der Gerichtshof der Europäischen Union hat jedoch bereits entschieden, dass häufige und kostspielige Wartungsarbeiten es nicht rechtfertigen, zu Lasten des Ziels eines hohen Umweltschutzniveaus eine Abschaltvorrichtung zuzulassen. Maßgeblich ist in diesem Zusammenhang nur, ob eine andere technische Lösung zur Verfügung stand. Ist das – wie hier – der Fall, ist die Abschaltvorrichtung unzulässig. Ob die Herstellung eines solchen Fahrzeugs wirtschaftlich tragfähig ist, ist, weil eine bestimmte Technologie nicht vorgeschrieben ist, der Entscheidung des Fahrzeugherstellers überlassen (vgl. OLG Stuttgart, Urteil vom 19. Oktober 2023 – 24 U 103/22, NJW-RR 2024, 27 Rn. 27; VG Schleswig, Urteil vom 20. Februar 2023 – 3 A 113/18, juris Rn. 362 ff). Die Beklagte kann sich jedoch nicht damit rechtfertigen, dass sie es versäumt hat, die von ihr geforderte technische Anpassung vorzunehmen.

Ähnlich liegt es hinsichtlich der Ölverdünnung und des Rußeintrags, die allerdings, weil sie lediglich erhöhten Verschleiß bewirken, bereits nicht als Beschädigung oder Unfall gelten. Insoweit führt die Beklagte selbst an, dass die Ölverdünnung reversibel sei. Das sei zwar der Rußeintrag nicht, er könne aber durch einen Ölwechsel beseitigt werden. Damit stehen jedoch andere technische Lösungen zur Verfügung. Warum diese Möglichkeiten nicht ausreichend sein sollen, legt die Beklagte nicht dar.

(cc) Auch im Übrigen genügen die von der Beklagten beschriebenen mittelbaren Auswirkungen auf den Motor und die Betriebssicherheit nicht den Anforderungen der Rechtsprechung des Gerichtshofs der Europäischen Union.

Danach kann eine Abschalteinrichtung nur dann ausnahmsweise zulässig sein, wenn nachgewiesen ist, dass diese Einrichtung ausschließlich notwendig ist, um die durch eine Fehlfunktion eines Bauteils des AGR-Systems 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.

Soweit die Beklagte gegen diese Auslegung geltend macht, dass Art. 5 Abs. 2 Satz 2 Buchst. a VO 715/2007/EG nur in dem Sinne interpretiert werden könne, wie es – nach ihrer Auffassung – der englische Wortlaut beschreibt, überzeugt dies nicht. Mit den Argumenten der Beklagten hat sich der Gerichtshof der Europäischen Union der Sache nach ausführlich in seinem Urteil vom 14. Juli 2022 (C-128/20 aaO Rn. 53 ff) auseinandergesetzt, worauf der Senat Bezug nimmt. Lediglich ergänzend ist anzumerken, dass die englische Fassung nichts dafür hergibt, dass eine Funktion bereits dann notwendig sei, wenn sie dem Motorschutz dient. Vielmehr ist auch nach der englischen Fassung eine Einrichtung erst dann notwendig, wenn sie zum Schutz des Motors und des sicheren Betriebs gerechtfertigt (justified; franz.: se justifie) ist.

Um die Vermeidung solcher unmittelbaren Risiken geht es bei der Verwendung des Thermofensters nicht. Da die Verschmutzung und der Verschleiß des Motors nicht als Beschädigung oder Unfall im Sinne der genannten Bestimmung angesehen werden können, gilt dies erst recht für eine Verschmutzung des AGR-Ventils oder des Dieselpartikelfilters. Damit dient die Verwendung des Thermofensters nicht dazu, ausschließlich die durch eine Fehlfunktion des AGR-Ventils oder des Dieselpartikelfilters verursachten Risiken zu vermeiden, sondern darum, deren Dauerhaltbarkeit zu sichern; nur als Nebenfolge dient die Abschalteinrichtung der Vermeidung einer Fehlfunktion. Nichts anderes ergibt sich aus der von der Beklagten als Anlage BB 11 vorgelegten Kurzstudie von Beidl/Koch/Rottengruber.

Der Ausschluss allgemeiner Betriebsrisiken kann nach den oben dargelegten Grundsätzen jedenfalls nicht die primäre Aufgabe der Emissionskontrolle

sein. Blicke es den Herstellern überlassen, Bauteile des Emissionskontrollsystems durch Abschaltvorrichtungen vor Verschleiß zu schützen, um so mittelbar Beschädigungen und Unfälle zu verhindern, wäre der Ausnahmecharakter der Vorschrift nicht mehr gewahrt. Ein Hersteller darf Emissionskontrollsysteme nicht so konstruieren, dass ihre Bauteile ständiger Abschaltvorrichtungen bedürfen, um störungsfrei zu funktionieren (OLG Karlsruhe, Urteil vom 3. November 2023 – 8 U 104/21, juris Rn. 43; VG Schleswig aaO Rn. 348 ff, das sich ausführlich auch mit der genannten Kurzstudie auseinandersetzt).

(dd) Selbst wenn das Thermofenster zur Vermeidung der durch eine Fehlfunktion eines Bauteils des AGR-Systems verursachten unmittelbaren Risiken für den Motor in Form von Beschädigung oder Unfall notwendig wäre, diene es nicht dazu, eine konkrete Gefahr bei dem Betrieb des Fahrzeugs zu vermeiden, sondern lediglich dazu, das abstrakte, mit der Belagbildung allgemein verbundene Risiko, dass unter ungünstigen Bedingungen eine Beeinträchtigung der Betriebssicherheit eintreten kann, zu reduzieren.

(ee) Hinsichtlich eines möglichen Brandes des Dieselpartikelfilters, eventueller Berechnungsfehler und der Temperaturbeanspruchung von Bauteilen handelt es sich bereits nicht um Bestandteile des Motors (EuGH, Urteil vom 14. Juli 2022 – C-128/20 aaO Rn. 51 f). Zudem droht ein unkontrollierter Abbrand des Dieselpartikelfilters, der, wie sich aus der auch in diesem Zusammenhang angeführten Kurzstudie von Beidl/Koch/Rottengruber ergibt, nicht mit einem allerdings möglichen Fahrzeugbrand verwechselt werden darf, nur bei einem Überschreiten der Beladungsgrenze. Ein Überschreiten der Beladungsgrenze kann jedoch durch eine aktive Regeneration verhindert werden. Das führt zwar wiederum zu erhöhtem Öleintrag. Dieser kann aber, wie bereits festgestellt, durch andere technische Lösungen behoben werden.

(ff) Ähnlich liegt es hinsichtlich der Motoraussetzer, die im schlechtesten Fall einen Fahrzeugbrand auslösen könnten. Der Gerichtshof der Europäischen Union hat entschieden, dass eine Abschaltvorrichtung nur zulässig ist, wenn sie erforderlich ist, um den Motor vor Beschädigung oder Unfall zu schützen und – kumulativ – um den sicheren Betrieb des Fahrzeugs zu gewährleisten (EuGH

aaO Rn. 61 f). Da der Diesel-Oxidationskatalysator aber kein Teil des Motors ist, erscheint diese Voraussetzung schon zweifelhaft. Dessen ungeachtet erklärt die Beklagte nicht, warum eine temperaturabhängige Steuerung der AGR – zudem in der im Fahrzeug mit der Ursprungssoftware vorhandenen konkreten Bedeutung – zur Vermeidung dieser Risiken notwendig sein soll und die einzige technisch mögliche Alternative zur Vermeidung dieser Beeinträchtigungen darstellt. Unter diesen Voraussetzungen genügt damit das Vorbringen der Beklagten im Ergebnis nicht zur schlüssigen Darlegung, dass diese Abschaltseinrichtung und ihre konkrete Ausgestaltung alternativlos waren.

(2) Das Gleiche gilt entsprechend für die Notwendigkeit der KSR. Auch insoweit macht die Beklagte Risiken aus Ölverdünnung, reduzierter Schmierfähigkeit infolge geringerer Ölqualität sowie Ablagerungsrisiken geltend, die – wie ausgeführt – die Verwendung der Abschaltseinrichtung zum Motorschutz nicht rechtfertigen können. Überdies scheidet eine Rechtfertigung deshalb aus, weil die KSR bei Temperaturen von weniger als 15 °C deaktiviert wird und damit die Abschaltseinrichtung während des überwiegenden Teils des Jahres wirksam ist.

dd) Dass, wie die Beklagte geltend macht, die KSR für die Einhaltung der Stickoxid-Grenzwerte nicht erforderlich ist, steht der Beurteilung als unzulässige Abschaltseinrichtung nicht entgegen. Denn entscheidend ist nicht die Frage, ob die Grenzwerte unter den Bedingungen des NEFZ auch bei veränderter Funktion eingehalten würden (Grenzwertkausalität), sondern allein der Vergleich der Wirksamkeit des unverändert funktionierenden und derjenigen des verändert funktionierenden Gesamtsystems unter den Bedingungen des normalen Fahrbetriebs im gesamten Unionsgebiet (vgl. BGH, Urteil vom 26. Juni 2023 aaO Rn. 51).

b) Die Beklagte hat fahrlässig gehandelt.

aa) Eine Schadensersatzhaftung gemäß § 823 Abs. 2 BGB in Verbindung mit § 6 Abs. 1, § 27 Abs. 1 EG-FGV setzt ein Verschulden des in Anspruch genommenen Fahrzeugherstellers voraus. Dabei genügt, weil der subjektive Tatbestand des Schutzgesetzes auch für die Schadensersatzpflicht nach § 823 Abs. 2 BGB maßgebend ist, nach § 37 Abs. 1 EG-FGV ein fahrlässiger Verstoß (BGH, Urteil vom 26. Juni 2023 aaO Rn. 36, 38). Das Verschulden des Fahrzeugher-

stellers wird innerhalb des § 823 Abs. 2 BGB im Fall des objektiven Verstoßes gegen § 6 Abs. 1, § 27 Abs. 1 EG-FGV vermutet. Dementsprechend muss 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, im Fall der Inanspruchnahme nach § 823 Abs. 2 BGB Umstände darlegen und beweisen, die sein Verhalten zum maßgeblichen Zeitpunkt des Kaufs des Fahrzeugs durch den Kläger ausnahmsweise nicht als fahrlässig erscheinen lassen (BGH, Urteile vom 26. Juni 2023 aaO Rn. 59 mwN und vom 25. September 2023 – VIa ZR 1/23, WM 2023, 2064 Rn. 13). Beruft sich der Fahrzeughersteller auf einen unvermeidbaren Verbotsirrtum, muss er sowohl den Verbotsirrtum als solchen als auch die Unvermeidbarkeit des Verbotsirrtums darlegen und erforderlichenfalls beweisen (BGH, Urteil vom 25. September 2023 aaO).

Das setzt zunächst die Darlegung und erforderlichenfalls den Nachweis eines Rechtsirrtums seitens des Fahrzeugherstellers voraus. 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 VO 715/2007/EG bedeutsamen Einzelheiten im maßgeblichen Zeitpunkt im Irrtum befanden oder im Falle einer Ressortaufteilung den damit verbundenen Pflichten genügten (BGH aaO mwN).

Erst im Anschluss an die Darlegung und den Nachweis dieser Umstände kann Bedeutung gewinnen, ob eine festgestellte Abschaltvorrichtung entweder in all ihren für die Bewertung nach Art. 5 Abs. 2 VO 715/2007/EG maßgebenden Einzelheiten von der damit befassten nationalen Behörde genehmigt war oder genehmigt worden wäre und der Irrtum damit unvermeidbar war (BGH aaO Rn. 15). Das Vorhandensein einer EG-Typgenehmigung oder die Ermittlung einer hypothetischen Genehmigung der zuständigen Typgenehmigungsbehörde betreffen nicht den Verbotsirrtum als solchen, sondern dessen Unvermeidbarkeit. Die Verneinung eines Verschuldens unter dem Gesichtspunkt eines unvermeidbaren Verbotsirrtums und gestützt auf Äußerungen der zuständigen Typgeneh-

migungsbehörde setzt zunächst einen Irrtum der Beklagten voraus (BGH, Urteil vom 27. November 2023 – VIa ZR 1425/22, WM 2024, 1140 Rn. 32).

bb) Gemessen hieran hat die Beklagte ein zumindest fahrlässiges Handeln weder für den Zeitpunkt des Inverkehrbringens des Fahrzeugs noch für den Abschluss des Kaufvertrages (vgl. BGH, Urteil vom 11. Dezember 2023 – VIa ZR 340/22, WM 2024, 225 Rn. 12) widerlegt. Die Beklagte legt weder dar, dass sich sämtliche ihrer verfassungsmäßig berufenen Vertreter im Sinne des § 31 BGB über die Rechtmäßigkeit der verwendeten Abschaltseinrichtungen mit allen für die Prüfung nach Art. 5 Abs. 2 VO 715/2007/EG bedeutsamen Einzelheiten zu den genannten Zeitpunkten im Irrtum befanden, noch, dass sie den mit einer Ressortaufteilung verbundenen Pflichten genügten.

(1) Die Beklagte äußert sich bereits nicht zum konkreten Vorstellungsbild ihrer maßgeblichen Entscheidungsträger, sondern erachtet entsprechende Ausführungen – rechtsirrig (vgl. dazu oben sowie OLG Celle, Urteil vom 20. Dezember 2023 – 7 U 1742/19, juris Rn. 115) – für entbehrlich.

Soweit die Beklagte pauschal behauptet, sich über die Richtigkeit der Übereinstimmungserklärung geirrt zu haben, genügt dies den Anforderungen der Rechtsprechung an die Darlegung eines Rechtsirrtums nicht. Die Beklagte benennt weder ihre verfassungsmäßig berufenen Vertreter im Sinne des § 31 BGB namentlich oder anderweitig individualisiert, noch legt sie dar, welche Erwägungen diese in Bezug auf die eingesetzten Abschaltseinrichtungen mit allen für die Prüfung nach Art. 5 Abs. 2 VO 715/2007/EG bedeutsamen Einzelheiten seinerzeit, also im Zuge der Entwicklung der Emissionsstrategien noch vor dem behördlichen Typgenehmigungsverfahren, jeweils angestellt hatten. Diese wären der Auffassung gewesen, eine zutreffende Übereinstimmungsbescheinigung in den Verkehr zu geben, weil das Fahrzeug mit dem genehmigten Typ übereingestimmt habe. Dass die Übereinstimmungsbescheinigung eine eigenständige Aussage über die materielle Übereinstimmung mit allen Rechtsakten enthalten sollte, sei für die Ausstellenden nicht ersichtlich gewesen. Eine Überprüfung der Konformität des Fahrzeugs auf das Vorhandensein unzulässiger Abschaltseinrichtungen sei nach ihrer Auffassung nicht veranlasst gewesen.

Mit diesem Vortrag mag zwar zu Gunsten der Beklagten davon ausgegangen werden, dass sie eine Ressortaufteilung vorgenommen hatte. Dazu, welche Maßnahmen ihre verfassungsmäßig berufenen Vertreter zu der Erfüllung ihrer damit verbundenen Pflichten unternahmen, äußert sie sich jedoch nicht.

Auch im übrigen hat die Beklagte einen Irrtum darüber, dass die Übereinstimmungsbescheinigung die Übereinstimmung mit allen Rechtsakten enthält, nicht schlüssig dargelegt. Sie behauptet lediglich pauschal, dass die Ausstellenden der Auffassung gewesen seien, eine zutreffende Übereinstimmungsbescheinigung in den Verkehr gegeben zu haben, weil das Fahrzeug mit dem genehmigten Typ übereingestimmt habe. Dass neben der EG-Typgenehmigung auch die Übereinstimmungsbescheinigung eine eigenständige Aussage über die materielle Übereinstimmung „mit allen Rechtsakten“ enthalten sollte, sei für diese nicht ersichtlich gewesen.

Damit ist zwar eine rechtliche Fehlvorstellung bezeichnet, jedoch ohne jeglichen Anhaltspunkt dafür, dass diese zutreffen könnte. Nach Art. 3 Nr. 36 Richtlinie 2007/46/EG ist die Übereinstimmungsbescheinigung das in Anhang IX wiedergegebene, vom Hersteller ausgestellte Dokument, mit dem bescheinigt wird, dass ein Fahrzeug aus der Baureihe eines nach dieser Richtlinie genehmigten Typs zum Zeitpunkt seiner Herstellung allen Rechtsakten entspricht. Da die „Übereinstimmung mit allen Rechtsakten“ im Wortlaut der Definition der Übereinstimmungsbescheinigung enthalten ist und von einem Fahrzeughersteller erwartet werden muss, dass er die für seinen Geschäftsbereich erlassenen Vorschriften auch zur Kenntnis nimmt, entbehrt die Behauptung, dieses sei für die verantwortlichen Personen bei der Beklagten nicht ersichtlich gewesen, jeglicher Plausibilität.

(2) Die Beklagte hat auch nicht dargelegt, dass sich die für die Ausstellung der Übereinstimmungsbescheinigung Verantwortlichen über die Zulässigkeit der Abschaltvorrichtungen in ihrer konkreten Ausgestaltung und über ihre etwaige Erforderlichkeit für den Motorschutz im Irrtum befunden hätten. Im Gegenteil trägt sie selbst vor, dass die verantwortlichen Personen diese Fragen nicht geprüft

hätten, weil sie davon ausgegangen seien, dass es hierauf für die Ausstellung der Übereinstimmungsbescheinigung nicht ankomme.

(3) Insgesamt – das gilt für das Thermofenster ebenso wie für die KSR – bleibt unklar, ob die Verantwortlichen in diesen Funktionen bereits irrtümlich keine Abschaltseinrichtungen gesehen haben oder ob sie von Abschaltseinrichtungen ausgegangen sind, diese aber aus Gründen des Motorschutzes für gerechtfertigt gehalten haben. Damit ist nicht erkennbar, inwiefern die Verantwortlichen einer konkreten rechtlichen Fehlvorstellung unterlegen sein sollen. Die pauschale Behauptung, alles sei auf Grund eines einheitlichen Rechtsverständnisses für zulässig gehalten worden, zielt an den maßgeblichen Rechtsfragen vorbei und genügt daher für die konkrete Darlegung eines Rechtsirrtums nicht.

(4) Da es bereits an einem Irrtum fehlt, kommt es auf die Fragen einer tatsächlichen oder hypothetischen Genehmigung nicht an, denn diese sind nicht für die Annahme eines Irrtums relevant, sondern lediglich für die Beurteilung der Unvermeidbarkeit.

c) Zur Erwerbskausalität kann sich der Kläger auf den Erfahrungssatz stützen, dass er den Kaufvertrag zu diesem Kaufpreis nicht geschlossen hätte, wenn ihm das Vorhandensein einer unzulässigen Abschaltseinrichtung bekannt gewesen wäre (BGH, Urteile vom 6. Juli 2021 – VI ZR 40/20, BGHZ 230, 224 Rn. 21 und vom 26. Juni 2023 aaO Rn. 55). Für die Anwendung eines solchen Erfahrungssatzes ist nicht von Bedeutung, ob dem Käufer bei dem Erwerb des Kraftfahrzeugs die vom Fahrzeughersteller ausgegebene unzutreffende Übereinstimmungsbescheinigung vorgelegen und ob er von deren Inhalt Kenntnis genommen hat. Auch ohne Kenntnisnahme der vom Fahrzeughersteller ausgegebenen Übereinstimmungsbescheinigung geht der Käufer typischerweise davon aus, dass der Hersteller für das erworbene Fahrzeug eine Übereinstimmungsbescheinigung ausgegeben hat und dass diese die gesetzlich vorgesehene Übereinstimmung mit allen maßgebenden Rechtsakten richtig ausweist (BGH, Urteil vom 26. Juni 2023 aaO Rn. 55 f).

d) Der Höhe nach ist der Anspruch des Klägers auf Zahlung von 3.460 € gerichtet.

aa) Die Höhe des ersatzfähigen Differenzschadens schätzt der Senat auf zehn Prozent des Kaufpreises und damit auf einen Betrag von 3.460 €.

(1) Der Differenzschaden ist im Rahmen einer Bandbreite zwischen fünf und 15 Prozent des gezahlten Kaufpreises nach § 287 Abs. 1 Satz 1 ZPO ohne Hinzuziehung eines Sachverständigengutachtens nach freier Überzeugung zu schätzen (BGH, Urteil vom 26. Juni 2023 aaO Rn. 73 ff). Bei dieser Schätzung hat der Tatrichter bei der Bestimmung des objektiven Werts des Fahrzeugs im Zeitpunkt des Vertragsschlusses die mit der Verwendung einer unzulässigen Abschaltanlage 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 Einzelfall Rechnung zu tragen (BGH aaO Rn. 76 f).

(2) Nach diesen Grundsätzen ist der dem Kläger entstandene Schaden mit zehn Prozent des Kaufpreises zu bemessen. Der Schaden ist dabei im mittleren Bereich der vorgegebenen Spanne von fünf bis 15 Prozent anzusiedeln. Dabei ist zu berücksichtigen, dass das Fahrzeug des Klägers zwei unzulässige Abschaltanlagen aufweist. Das Risiko behördlicher Maßnahmen ist damit im Vergleich zum Vorliegen nur einer unzulässigen Abschaltanlage deutlich erhöht. Zudem wird das mit dem Verbot unzulässiger Abschaltanlagen verbundene Ziel eines hohen Umweltschutzniveaus infolge der Verwendung von zwei unzulässigen Abschaltanlagen gleich mehrfach vereitelt. Vor diesem Hintergrund scheidet eine Ansiedlung des Schadens im unteren Bereich aus.

Andererseits bleibt der Grad des Verschuldens deutlich hinter dem einer manipulativen Prüfstanderkennung zurück. Schließlich ist zu berücksichtigen, dass das Thermofenster zum Zeitpunkt des Fahrzeugerwerbs durch den Kläger im Jahr 2014 der üblichen und vom KBA tolerierten Praxis entsprach.

Gemessen hieran erscheint aus der danach noch verbleibenden Spanne die Beeinträchtigung des Vorteils der jederzeitigen Verfügbarkeit eines Kraftfahrzeugs im vorliegenden Fall mit zehn Prozent angemessen abgegolten.

bb) Der Schaden ist nicht – auch nicht teilweise – durch Vorteilsausgleichung kompensiert.

(1) Nach dem Zeitpunkt des Vertragsschlusses eintretende Umstände können im Wege der Vorteilsausgleichung zu berücksichtigen sein, deren Voraussetzungen der Fahrzeughersteller darzulegen und zu beweisen hat. Insofern gelten die in der höchstrichterlichen Rechtsprechung entwickelten Maßstäbe zum „kleinen“ Schadensersatz nach § 826 BGB sinngemäß (BGH, Urteile vom 6. Juli 2021 aaO Rn. 23 f; vom 24. Januar 2022 – VIa ZR 100/21, WM 2022, 543 Rn. 17 und vom 26. Juni 2023 aaO Rn. 80). 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, Urteile vom 24. Januar 2022 aaO Rn. 22 und vom 26. Juni 2023 aaO). Beruft sich der Fahrzeughersteller auf die nachträgliche Verbesserung des Fahrzeugs durch ein Software-Update, kann damit eine Schadensminderung indessen nur verbunden sein, wenn und soweit das Software-Update die Gefahr von Betriebsbeschränkungen signifikant reduziert. Das wiederum kann nur dann der Fall sein, wenn es nicht seinerseits eine unzulässige Abschalteneinrichtung beinhaltet (BGH, Urteil vom 26. Juni 2023 aaO).

(2) Das Fahrzeug des Klägers erfährt durch das Software-Update keine relevante Aufwertung. Ein Vorteilsausgleich durch das Software-Update setzt voraus, dass das Risiko behördlicher Maßnahmen signifikant reduziert wird. Daran fehlt es, wenn, wie hier, eine unzulässige Abschalteneinrichtung nur verändert, aber nicht beseitigt wird. Denn in diesem Falle besteht das Risiko von Betriebsbeschränkungen fort.

(a) Zwar legt die Beklagte dar, dass mit dem Software-Update der Umfang der Wirksamkeit der AGR stark ausgeweitet werde. Etwaig verbleibende außen-temperaturabhängige Steuerungen seien jedenfalls aus Motorschutzgründen gerechtfertigt. Dieser Vortrag lässt aber nicht erkennen, dass das unzulässige Thermofenster tatsächlich entfernt wurde.

Das gilt auch, soweit die Beklagte vorträgt, das Thermofenster werde durch das Software-Update ausgeweitet und umfasse sodann bei betriebswarmem Motor einen Temperaturbereich von ungefähr 0 °C bis 40 °C. Auch bei dem derart ausgeweiteten Thermofenster handelt es sich um eine unzulässige Abschalteneinrichtung, weil sowohl der Betrieb bei noch nicht warmem Motor (vgl. OLG Stuttgart, Urteil vom 6. Juni 2024 – 24 U 1328/22, juris Rn. 157 f) als auch Temperaturen von bis zu –15 °C (OLG Celle, Urteil vom 3. Juli 2024 – 7 U 234/21, juris Rn. 71 ff; OLG Frankfurt am Main, Urteil vom 29. November 2023 – 19 U 185/22, juris Rn. 14; OLG Stuttgart, Urteil vom 22. Februar 2024 – 24 U 254/21, juris Rn. 76 mwN) zu den im Unionsgebiet üblichen Betriebsbedingungen zählen.

(b) Für die Beklagte Günstigeres lässt sich auch nicht aus dem Freigabebescheid das Software-Update betreffend herleiten. Diesem Bescheid kommt keine Tatbestandswirkung zu, aufgrund derer für das Gericht verbindlich feststünde, dass unzulässige Abschalteneinrichtungen nicht vorhanden sind. Der Freigabebescheid erfasst nach der überzeugenden Auslegung des Bundesgerichtshofs, verstanden als (modifizierende) EG-Typgenehmigung (vgl. hierzu VG Schleswig, Urteil vom 20. Februar 2023 – 3 A 113/18, juris Rn. 210), nur die Rechtmäßigkeit des genehmigten Fahrzeugtyps, nicht jedoch des konkreten Fahrzeugs (vgl. BGH, Urteil vom 26. Juni 2023 aaO Rn. 14). Bei den Ausführungen des KBA, denen zufolge vorhandene Abschalteneinrichtungen zulässig seien, handelt es sich um Begründungselemente, die von dem Regelungsinhalt und damit der Tatbestandswirkung des Verwaltungsakts selbst nicht erfasst werden (vgl. BGH, Urteil vom 8. Dezember 2021 – VIII ZR 190/19, BGHZ 232, 94 Rn. 81 mwN).

(c) Die nach dem Software-Update noch verbleibenden Außentemperaturabhängigen Steuerungen sind schließlich, entgegen der Argumentation der Beklagten, nicht nach Art. 5 Abs. 2 Satz 2 Buchst. a VO 715/2007/EG aus Gründen des Motorschutzes gerechtfertigt. Weshalb die verbleibenden Steuerungen in ihrer konkreten Ausgestaltung aus Gründen des Motorschutzes unverzichtbar sein sollten, legt die Beklagte schon nicht dar.

(d) Dass nach dem Vortrag der Beklagten die KSR durch das Software-Update entfernt wurde, rechtfertigt eine Minderung des Differenzschadens nicht. Denn trotz der Entfernung der KSR führt das Software-Update nicht zu einer signifikanten Reduzierung des Risikos behördlicher Maßnahmen, weil dieses Risiko wegen des weiterhin unzulässigen Thermofensters fortbesteht.

(e) Aus den Entscheidungen des Bundesgerichtshofs vom 23. Oktober 2023 (VIa ZR 468/21, WM 2023, 2232) und vom 31. Juli 2024 (VIa ZR 910/22, juris) folgt ebenfalls nicht, dass ein – zumindest teilweiser – Schadensausgleich für den Fall der Beseitigung nur einzelner unzulässiger Abschaltseinrichtungen zwingend anzunehmen wäre.

So kann der Entscheidung vom 23. Oktober 2023 (VIa ZR 468/21) lediglich entnommen werden, dass das Tatgericht festzustellen hat, in welchem Umfang das Aufspielen eines Software-Updates geeignet ist, das Fahrzeug nachträglich aufzuwerten (aaO Rn. 14). Dieser Anforderung ist jedoch mit der Feststellung, das Software-Update führe überhaupt nicht zur Wertverbesserung, Genüge getan. Auch aus dem Urteil vom 31. Juli 2024 (aaO) lässt sich entgegen der Ansicht der Beklagten nicht folgern, dass eine anteilige Wertverbesserung in Betracht kommt, wenn nach dem Software-Update nach wie vor unzulässige Abschaltseinrichtungen vorhanden sind.

Vielmehr hat der BGH im Rahmen der vorgenannten Entscheidung lediglich klargestellt, dass die Beseitigung einer als unzulässige Abschaltseinrichtung bewerteten KSR durch das Software-Update nur dann zu einem gänzlichen Wegfall des Differenzschadens führen könne, wenn im Fahrzeug keine anderen Abschaltseinrichtungen vorhanden seien. Ansonsten sei lediglich eine Minderung vorzunehmen (aaO Rn. 12). Dabei zeigt der Hinweis, dass für den Fall der Be-

wertung der KSR als unzulässige Abschaltseinrichtung eine Aufwertung des Fahrzeugs lediglich gegebenenfalls in Betracht kommt – obwohl in dem dort entschiedenen Verfahren bereits feststand, dass die KSR nach dem Software-Update nicht mehr vorhanden ist –, sowie die Tatsache, dass nicht von anderen „unzulässigen Abschaltseinrichtungen“, sondern lediglich von „Abschaltseinrichtungen“ die Rede ist, dass eine Wertverbesserung gerade nicht ausschließlich an die Entfernung einer unzulässigen Abschaltseinrichtung anknüpft, sondern vielmehr von weiteren, im dortigen Rechtsstreit vom Berufungsgericht noch festzustellenden Umständen abhängt. Zu diesen Umständen wird dabei insbesondere die Frage gehören, ob das ebenfalls vorhandene Thermofenster, zu dem ersichtlich keine weiteren Feststellungen getroffen worden waren, als Abschaltseinrichtung und beziehendenfalls als unzulässige Abschaltseinrichtung anzusehen ist. Denn anderenfalls hätte der BGH bereits an dieser Stelle dem Berufungsgericht aufgeben können, dass für den Fall des Bestehens eines Differenzschadens und der Beurteilung der ehemals vorhandenen KSR als unzulässige Abschaltseinrichtung eine jedenfalls teilweise Schadensminderung infolge der unstreitigen Beseitigung dieser Funktion durch das Software-Update zu berücksichtigen sei. Dies hat der BGH jedoch gerade nicht getan.

(3) Die Berücksichtigung der Nutzungsentschädigung in Höhe von 18.204,81 € sowie des Restwerts von 11.275 € führt nicht zu einer Minderung des Differenzschadens.

(a) Für die Nutzungsentschädigung legt der Senat im Wege der Schätzung gemäß § 287 ZPO im Rahmen einer linearen Teilwertabschreibung des Kaufpreises eine durchschnittlich zu erwartende Gesamtnutzungsdauer von 250.000 km zugrunde.

Für die Prognose der Gesamtleistung sind in erster Linie Fahrzeugtyp und Baujahr maßgeblich (vgl. BGH, Urteil vom 27. April 2021 – VI ZR 812/20, NJW-RR 2021, 1388 Rn. 16), wobei es nicht auf die mögliche Laufleistung des Motors an sich, sondern die Lebensdauer des (gesamten) Fahrzeugs ankommt. Da Fahrzeuge aus verschiedenen Teilen mit unterschiedlicher Lebensdauer bestehen und bei zunehmender Nutzungsdauer die Reparaturanfälligkeit steigt,

werden in aller Regel bereits wirtschaftliche Erwägungen dazu führen, daß eine mögliche Lebensdauer des Motors nicht ausgeschöpft wird und daher nicht mit der maßgeblichen Gesamtnutzungsdauer des Fahrzeugs gleichzusetzen ist (BGH, Urteil vom 29. September 2021 – VIII ZR 111/20, BGHZ 231, 149 Rn. 58). Daher kommt es auf die unter gewöhnlichen Umständen zu erzielende (durchschnittliche) Gesamtfahrleistung des Fahrzeugs und nicht darauf an, welche Gesamtlauflistung das Fahrzeug unter günstigen Bedingungen im äußersten Fall erreichen kann oder in bestimmten Einzelfällen erreicht hat (BGH aaO Rn. 59). Die Lauflistung von 250.000 km entspricht der gewöhnlichen Lebensdauer eines – wie hier – Fahrzeugs mit Vierzylinder-Dieselmotor (wenn auch nicht der maximalen, bei entsprechend gesteigertem Erhaltungsaufwand technisch möglichen Leistungsgrenze) und wird der Rechtsprechung des Oberlandesgerichts Celle regelmäßig zugrunde gelegt (vgl. OLG Celle, Urteil vom 20. Dezember 2023 – 7 U 1742/19, juris Rn. 152 mwN).

Da das Fahrzeug, das der Kläger als Neuwagen mit einer Lauflistung von 5 km zu einem Kaufpreis von 34.600 € erworben hat, aktuell eine Lauflistung von 131.540 km aufweist, errechnet sich eine Nutzungsentschädigung von 18.204,81 €.

(b) Des weiteren ist der Restwert des Fahrzeugs zu berücksichtigen. Diesen schätzt der Senat gemäß § 287 ZPO auf 11.275 €.

Dabei stützt sich der Senat auf die internetbasierten und damit öffentlich zugänglichen Gebrauchtfahrzeugbewertungen der Deutsche Automobil Treuhand GmbH (DAT) und des ADAC. Die nachfolgend wiedergegebene Gebrauchtfahrzeugbewertung der DAT ergibt für ein Fahrzeug, das hinsichtlich der wesentlichen wertbildenden Merkmale wie Typ, Alter, Motorisierung und Lauflistung demjenigen des Klägers entspricht, einen Wert von 10.600 €.

**Mercedes-Benz B -Klasse (BM 246) B 200
CDI (246.201), 2011 - 2014**

DE - Van5 B 200 CDI / d EU5, BlueEfficiency DPF, 2011 - 2014

Motor 1,8 Ltr. - 100 kW CDI KAT, Karosserie: 5-türig,
Design- und Ausstattungslinie Standard, Getriebe 7-
Gang - Doppelkupplungsgetriebe DCT
Schadstoffarm nach Abgasnorm Euro 5,
Rußpartikelfilter

Laufleistung: **131.540 km**

Erstzulassung: **08/2014**

DAT Europa-Code®: **01 570 067 201 0002 DE001 5364**

Vorläufige Wertindikation



Ausstattungsmerkmale können den Preis um bis zu 30% erhöhen. Eine detaillierte Bewertung bietet Ihnen das Gutachten eines DAT Expert Partners.

Bei diesem Wert handelt es sich um den Händlereinkaufspreis, der, wie dem Senat aus einer Vielzahl anderer Verfahren bekannt ist, regelmäßig hinter dem im Falle einer Veräußerung zu erzielenden Erlös und damit dem tatsächlichen Restwert zurückbleibt.

Der Händlerverkaufspreis beläuft sich nach der nachfolgenden Gebrauchtfahrzeugbewertung des ADAC auf 11.950 €.



**B-Klasse B 200 CDI / d 246
Van 5 BlueEfficiency DPF (1313/DPH)**

Individuelle Eingaben

Erstzulassung Monat

August

Erstzulassung Jahr

2014

Kilometerstand (km)

131540

Händlerverkaufspreis

11.950 €

ohne Sonderausstattung

DAT-Bezugskilometer

160.000 km

Kilometerkorrektur

+ 7,44 %

Neupreis inkl. MwSt.

30.643 €

Stand: Dezember 2024

Den Restwert schätzt der Senat auf den Mittelwert aus Händlereinkaufs- und Händlerverkaufspreis, weil dieser Wert am ehesten dem Preis entspricht, den der Kläger im Falle einer ihm zumutbaren Weiterveräußerung erzielen kann (vgl. OLG Dresden, Beschluß vom 20. Juni 2024 – 4 U 2779/21, juris Rn. 25). Der Mittelwert beläuft sich auf 11.275 €.

(c) Die Summe aus Nutzungsentschädigung (18.204,81 €) und Restwert (11.275 €) von zusammen 29.479,81 € übersteigt nicht den tatsächlichen Wert des Fahrzeugs im Zeitpunkt des Erwerbs von 31.140 € (90 Prozent des Kaufpreises), so dass es nicht zu einer Anrechnung auf den Differenzschaden kommt.

e) Der Anspruch des Klägers ist nicht verjährt.

aa) In Fällen der vorliegenden Art genügt für den Beginn der Verjährung gemäß § 199 Abs. 1 BGB, dass der geschädigte Fahrzeugkäufer Kenntnis von dem sogenannten „Diesel-“ oder „Abgasskandal“ im Allgemeinen, von der konkreten Betroffenheit seines Fahrzeugs und von der Relevanz dieser Betroffenheit für seine Kaufentscheidung hat, wobei letztere Kenntnis nicht gesondert festgestellt werden muss, sondern naturgemäß beim Geschädigten vorhanden ist (siehe nur BGH, Urteil vom 21. Februar 2022 – VIa ZR 8/21, BGHZ 233, 16 Rn. 36 mwN). Dies gilt auch für einen Anspruch aus § 823 Abs. 2 BGB in Verbindung mit § 6 Abs. 1, § 27 Abs. 1 EG-FGV, der an dasselbe Verhalten der Beklagten anknüpft (vgl. BGH, Urteil vom 13. Juni 2022 – VIa ZR 680/21, NJW-RR 2022, 1251 Rn. 26). Die Darlegungs- und Beweislast für Beginn und Ablauf der Verjährung und damit für die Kenntnis oder grob fahrlässige Unkenntnis des Gläubigers gemäß § 199 Abs. 1 Nr. 2 BGB trägt der Schuldner. Soweit es um Umstände aus der Sphäre des Gläubigers geht, hat dieser aber an der Sachaufklärung mitzuwirken und erforderlichenfalls darzulegen, was er zur Ermittlung der Voraussetzungen seiner Ansprüche und der Person des Schuldners getan hat (BGH, Urteil vom 29. Juli 2021 – VI ZR 1118/20, BGHZ 231, 1 Rn. 17 mwN).

bb) Diesen Anforderungen wird der Vortrag der Beklagten nicht gerecht. Die Beklagte legt nicht dar, dass der Kläger noch vor dem Jahr 2017 und damit so früh, dass die im Jahr 2020 erhobene Klage die Verjährung nicht mehr hätte hemmen können (§ 204 Abs. 1 Nr. 1 BGB), von der Ausstattung seines Fahrzeugs mit unzulässigen Abschaltvorrichtungen Kenntnis gehabt hätte oder seine Unkenntnis als grob fahrlässig anzusehen wäre. Anhaltspunkte hierfür gehen aus ihrem Sachvortrag nicht hervor. Sie verweist lediglich auf Maßnahmen der Volkswagen AG aus dem Jahr 2015 und auf den Bericht der Untersuchungskommission Volkswagen vom 22. April 2016 sowie dessen Verbreitung in den Medien.

Damit ist eine Kenntnis des Klägers oder seine grob fahrlässige Unkenntnis von der Betroffenheit seines Fahrzeugs nicht dargetan. Kenntnis und grob fahrlässige Unkenntnis vor dem Jahr 2017 sind im Gegenteil schon deshalb fernliegend, weil das KBA in diesem Fahrzeug die KSR und bis zum Bescheid vom 13. Dezember 2023 auch das Thermofenster nicht beanstandet hat.

2. Der Zinsanspruch ergibt sich aus § 288 Abs. 1 Satz 2, § 291 BGB. Da die Klage der Beklagten am 23. Juli 2020 zugestellt worden ist, beginnt die Verzinsung in analoger Anwendung von § 187 Abs. 1 BGB am 24. Juli 2020.

3. Ein Anspruch auf Ersatz vorgerichtlicher Rechtsanwaltskosten steht dem Kläger nicht zu. Allein auf der Grundlage des § 823 Abs. 2 BGB in Verbindung mit § 6 Abs. 1, § 27 Abs. 1 EG FGV kann neben dem Anspruch auf Ersatz des Differenzschadens eine Erstattung weiterer Kosten nicht verlangt werden (BGH, Urteil vom 16. Oktober 2023 – VIa ZR 14/22, WM 2023, 2193 Rn. 13). Ein solcher Anspruch könnte sich nur aus anderen Anspruchsgrundlagen wie § 280 Abs. 1 und 2, § 286 BGB oder §§ 826, 31 BGB ergeben, deren Voraussetzungen aber nicht erfüllt sind.

II.

Die hilfsweise gestellten Aussetzungsanträge beider Parteien sind zurückzuweisen, weil die Voraussetzungen einer Aussetzung des Verfahrens in unmittelbarer oder analoger Anwendung von § 148 Abs. 1 ZPO nicht erfüllt sind.

1. Gemäß § 148 Abs. 1 ZPO kann das Gericht, wenn die Entscheidung des Rechtsstreits ganz oder zum Teil von dem Bestehen oder Nichtbestehen eines Rechtsverhältnisses abhängt, das den Gegenstand eines anderen anhängigen Rechtsstreits bildet oder von einer Verwaltungsbehörde festzustellen ist, anordnen, dass die Verhandlung bis zur Erledigung des anderen Rechtsstreits oder bis zur Entscheidung der Verwaltungsbehörde auszusetzen ist. Die Aussetzung der Verhandlung setzt damit Vorgreiflichkeit der in dem anderen Rechtsstreit oder dem Verwaltungsverfahren zu treffenden Entscheidung im Sinne einer (zumindest teilweise) präjudiziellen Bedeutung voraus. Vorgreiflichkeit ist insbesondere

gegeben, wenn in einem anderen Rechtsstreit eine Entscheidung ergeht, die für das auszusetzende Verfahren materielle Rechtskraft entfaltet oder Gestaltungs- bzw. Interventionswirkung erzeugt. Der Umstand, dass in dem anderen Verfahren über eine Rechtsfrage zu entscheiden ist, von deren Beantwortung die Entscheidung des vorliegenden Rechtsstreits ganz oder teilweise abhängt, rechtfertigt die Aussetzung der Verhandlung hingegen nicht. Andernfalls würde das aus dem Justizgewährleistungsanspruch folgende grundsätzliche Recht der Prozessparteien auf Entscheidung ihres Rechtsstreits in seinem Kern beeinträchtigt. Eine Aussetzung allein aus Zweckmäßigkeitsgründen sieht das Gesetz nicht vor (stRspr; zB BGH, Beschlüsse vom 27. Juni 2019 – IX ZB 5/19, NJW-RR 2019, 1212 Rn. 7 und vom 22. September 2022 – V ZB 22/21, NJW-RR 2023, 210 Rn. 8; jew. mwN).

Eine Aussetzung ist auch geboten, wenn nach Art. 267 Abs. 2 oder Abs. 3 AEUV eine Vorlage zur Vorabentscheidung durch den Gerichtshof der Europäischen Union (EuGH) erforderlich ist (Zöller/Greger, ZPO, 35. Aufl., § 148 Rn. 3b).

2. Diese Voraussetzungen sind nicht erfüllt.

a) Eine Entscheidung in dem vor dem Verwaltungsgericht Schleswig geführten Verfahren, das die Anfechtungsklage der Beklagten gegen die Beanstandung der KSR durch das KBA zum Gegenstand hat, ist für den vorliegenden Rechtsstreit nicht vorgreiflich, weil die Prozesse zwischen verschiedenen Parteien geführt werden.

aa) Gemäß § 121 VwGO binden rechtskräftige Urteile der Verwaltungsgerichte, soweit über den Streitgegenstand entschieden worden ist, nur die Beteiligten und ihre Rechtsnachfolger (Nr. 1) sowie im Fall des § 65 Abs. 3 VwGO die Personen, die einen Antrag auf Beiladung nicht oder nicht fristgemäß gestellt haben (Nr. 2). Nur im Rahmen dieser gesetzlich geregelten Rechtskraftwirkung sind die Zivilgerichte an rechtskräftige Entscheidungen von Verwaltungsgerichten gebunden, was aus der grundsätzlichen Gleichwertigkeit der Gerichtszweige gefolgert wird. Eine weitergehende persönliche Reichweite der Rechtskraft verwaltungsgerichtlicher Urteile lässt sich § 121 VwGO weder für Amtshaftungsprozesse noch für sonstige Schadensersatzprozesse entnehmen. Gegenüber Per-

sonen, die an einem gerichtlichen Verfahren nicht beteiligt waren und denen somit in diesem Verfahren auch kein rechtliches Gehör gewährt wurde, kann eine gerichtliche Entscheidung in einem späteren Schadensersatzprozess grundsätzlich keine Bindungswirkung entfalten (stRspr; zB BGH, Urteile vom 16. März 2021 – VI ZR 773/20, DVBl 2021, 1310 Rn. 18 und vom 27. Juni 2019 – III ZR 93/18, NVwZ 2019, 1696 Rn. 24; jew. mwN).

bb) Da der hiesige Kläger ersichtlich nicht an dem Verfahren vor dem Verwaltungsgericht beteiligt ist und damit dessen Parteien nicht mit denen des vorliegenden Rechtsstreits übereinstimmen, kann eine Bindungswirkung nach § 121 VwGO nicht eintreten (vgl. BGH, Beschluss vom 8. August 2023 – VIa ZB 13/21, juris Rn. 16).

cc) Zudem erstreckt sich die Rechtskraftwirkung des zu erwartenden verwaltungsgerichtlichen Urteils in sachlicher Hinsicht nicht auf die Frage der Rechtmäßigkeit der vom KBA beanstandeten Funktion. Der Streitgegenstand einer Anfechtungsklage gemäß § 42 VwGO besteht in der Rechtsbehauptung, der angefochtene Verwaltungsakt sei rechtswidrig und verletze den Kläger in seinen Rechten. Im verwaltungsgerichtlichen Verfahren kann danach allenfalls eine rechtskräftige Entscheidung über die Rechtmäßigkeit der angefochtenen KBA-Bescheide ergehen. Dabei wäre die Zulässigkeit der vom KBA beanstandeten Funktionen aber nur eine Vorfrage. Selbst wenn das Verwaltungsgericht seine Entscheidung über die Anfechtungsklage der Beklagten auf die (Un-)Zulässigkeit der Steuerung stützen sollte, läge darin lediglich ein nicht von der Rechtskraftwirkung des § 121 VwGO umfasstes Begründungselement (vgl. BGH, Beschluss vom 8. August 2023 aaO Rn. 18 f).

dd) Eine Aussetzung allein wegen der Gefahr widersprechender Entscheidungen bei der Beurteilung einer Rechtsfrage ist nicht zulässig, da angesichts des Justizgewährleistungsanspruchs der Parteien reine Zweckmäßigkeitserwägungen hierfür nicht genügen. Der Gefahr widersprechender Entscheidungen kann mangels Rechtskrafterstreckung durch eine Aussetzung ohnehin nicht zuverlässig begegnet werden. Denn beide Gerichte sind verpflichtet, den jeweils anhängigen Rechtsstreit selbstständig und nach eigener Überzeugung zu ent-

scheiden. Zudem ist nicht ausgeschlossen, dass die jeweiligen Parteien in beiden Verfahren voneinander abweichenden Sachvortrag halten, so dass auch deshalb nicht hinreichend sicher eine übereinstimmende Beurteilung der Rechtsfrage zu erwarten ist (BGH, Beschluss vom 22. September 2022 aaO Rn. 12).

b) Dem Antrag der Beklagten auf Aussetzung des Verfahrens bis zur Entscheidung des KBA über den Widerspruch gegen den Bescheid vom 13. Dezember 2023 ist ebenfalls nicht zu entsprechen. Das Fahrzeug des Klägers ist zwar von dem genannten Bescheid erfasst. Eine zu erwartende Entscheidung über den Widerspruch entfaltet aber keine Bindungswirkung für den vorliegenden Rechtsstreit und ist für denselben deshalb nicht vorgreiflich. Eine Aussetzung zur Vermeidung des Risikos einer unterschiedlichen Beurteilung der Zulässigkeit des Thermofensters durch das KBA einerseits und die Zivilgerichte andererseits kommt nicht in Betracht, weil die Gerichte über die Frage, ob eine nach Art. 5 Abs. 2 VO 715/2007/EG unzulässige Abschaltvorrichtung vorliegt, unabhängig von der Beurteilung durch das KBA eigenständig zu entscheiden haben (vgl. BGH, Urteil vom 8. Dezember 2021 – VIII ZR 190/19, NJW 2022, 1238 Rn. 80).

c) Auch der Aussetzungsantrag des Klägers zum Zwecke eines Vorabentscheidungsersuchens an den Gerichtshof der Europäischen Union nach Art. 267 AEUV ist zurückzuweisen. Ein Vorabentscheidungsersuchen kommt nicht in Betracht, weil ohne Zweifel auszuschließen ist, dass die Pflicht zur anteiligen Kostentragung nach § 92 Abs. 1 Satz 1 ZPO im Lichte des Effektivitätsgrundsatzes gegen Vorschriften des Unionsrechts verstoßen könnte.

aa) Der Kläger beruft sich zur Begründung seines Aussetzungsantrags auf die Rechtsprechung des Gerichtshofs der Europäischen Union, dass die nach nationalem Zivilprozessrecht vorgesehene Pflicht zur anteiligen Kostentragung den Inhaber einer durch das Unionsrecht vermittelten Individualinteressen schützenden Rechtsposition an der Durchsetzung seiner Ansprüche hindern könne und deshalb mit dem Unionsrecht unvereinbar sei (Hinweis u. a. auf EuGH, Urteil vom 21. März 2024 – C-714/22, WM 2024, 974 Rn. 79 ff). Das sei hier der Fall, weil es für den Erwerber eines mit einer unzulässigen Abschaltvorrichtung ausgestatteten Fahrzeugs unmöglich oder mindestens übermäßig schwierig sei, den

Umfang seines Ersatzanspruchs zu bestimmen. Das folge aus der Schwierigkeit, den schadensmindernd zu berücksichtigenden Vorteilsausgleich als dynamische Rechengröße zu berechnen, und aus der Notwendigkeit, das ursprüngliche, auf Rückzahlung des Kaufpreises Zug um Zug gegen Herausgabe des Fahrzeugs gerichtete Klagebegehren auf den Differenzschaden umzustellen. Hieraus ergebe sich die Pflicht des Klägers, den ganz überwiegenden Teil der Verfahrenskosten selbst zu tragen, deren Höhe im Ergebnis regelmäßig den zugesprochenen Ersatzanspruch übersteige.

bb) Das rechtfertigt nicht die Annahme, dass die Pflicht zur anteiligen Kostentragung nach § 92 Abs. 1 Satz 1 ZPO mit Vorgaben des Unionsrechts unvereinbar sein könnte.

(1) Das Erfordernis, eine ursprünglich auf Rückabwicklung gerichtete Klage mit Zug-um-Zug-Vorbehalt auf den Differenzschaden umzustellen, ist nicht geeignet, einen Kläger von der Geltendmachung der ihm nach dem Unionsrecht zustehenden Ansprüche abzuhalten. Mit der auf Rückabwicklung gerichteten ursprünglichen Klage hat der Kläger keinen Anspruch verfolgt, der ihm nach dem Unionsrecht zustand. Dieses Klagebegehren war vielmehr, auch unter Berücksichtigung unionsrechtlicher Vorgaben, von Anfang an unbegründet. Das Erfordernis der Umstellung einer ursprünglich unbegründeten Klage auf den Differenzschaden, der dem Kläger auf Grund der Vorgaben des Unionsrechts zusteht, ist daher nicht mit der vom Kläger angeführten und vom Gerichtshof der europäischen Union zuletzt mit Urteil vom 21. März 2024 (aaO) entschiedenen Konstellation vergleichbar, in der ein Kläger von vornherein Ansprüche verfolgt, die ihm nach dem Unionsrecht zustehen, die er aber nicht oder nur schwierig beziffern kann.

(2) Das Erfordernis, die im Wege der Vorteilsausgleichung zu berücksichtigenden Abzugsposten, insbesondere die Nutzungsentschädigung und den Restwert, im Klageantrag zu berücksichtigen, erschwert die Bezifferung des Anspruchs ebenfalls nicht in unzumutbarer Weise. Denn der Kläger kann sich hierfür an den in der Rechtsprechung anerkannten Berechnungsweisen orientieren. Im übrigen kommt es auf die Bezifferung von Nutzungsentschädigung und Restwert

für die anteilige Kostentragung des Klägers vorliegend schon deshalb nicht an, weil die Vorteilsausgleichung hier nicht zu einer Minderung des Differenzschadens führt, sich also nicht zum Nachteil des Klägers auswirkt.

III.

Die Kostenentscheidung beruht auf § 92 Abs. 1 Satz 1 ZPO. Der Ausspruch über die vorläufige Vollstreckbarkeit ergeht nach § 708 Nr. 10, §§ 711, 713, 544 Abs. 2 Nr. 1 ZPO.

Die Revision ist nicht zuzulassen, weil weder die Rechtssache grundsätzliche Bedeutung hat noch die Fortbildung des Rechts oder die Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung eine Entscheidung des Revisionsgerichts erfordert (§ 543 Abs. 2 Satz 1 ZPO).

Die Festsetzung des Streitwerts für das Berufungsverfahren beruht auf § 47 Abs. 1 Satz 1 GKG.

Dr. Stodolkowitz

Verkündet am 18.12.2024

Justizangestellte
als Urkundsbeamtin der Geschäftsstelle

T