

Aktenzeichen:

9 U 102/22

1 O 211/20 LG Koblenz



Oberlandesgericht Koblenz

IM NAMEN DES VOLKES

Urteil

In dem Rechtsstreit

[REDACTED],

- Kläger und Berufungskläger -

Prozessbevollmächtigte:

Rechtsanwälte Gansel, Wallstraße 59,
10179 Berlin,

g e g e n

Mercedes-Benz Group AG, Mercedesstraße 137, 70327 Stuttgart, gesetzlich vertreten
durch den Vorstand, ebenda, dieser vertreten durch seinen Vorsitzenden Ola Källenius,
ebenda,

- Beklagte und Berufungsbeklagte -

Prozessbevollmächtigte:

Rechtsanwälte Quinn Emanuel Urquhart & Sullivan,
LLP, Büchsenstraße 10, 70173 Stuttgart,

w e g e n Schadensersatzes

hat der 9. Zivilsenat des Oberlandesgerichts Koblenz
durch die Vorsitzende Richterin am Oberlandesgericht Semmelrogge,
den Richter am Oberlandesgericht Hoffknecht und
den Richter am Oberlandesgericht Cohnen
auf Grund der mündlichen Verhandlung vom 3. Dezember 2024

f ü r R e c h t e r k a n n t :

1. Auf die Berufung des Klägers wird das Urteil der 1. Zivilkammer des Landgerichts Koblenz - Einzelrichterin - vom 20. Dezember 2021 teilweise abgeändert und insgesamt wie folgt neu gefasst:

Die Beklagte wird verurteilt, an den Kläger einen Betrag in Höhe von 1.186,46 € nebst Zinsen hieraus in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 2. September 2020 zu zahlen.

Im Übrigen wird die Klage abgewiesen.

Die weitergehende gegen das Urteil der 1. Zivilkammer des Landgerichts Koblenz - Einzelrichterin - vom 20. Dezember 2021 gerichtete Berufung des Klägers wird zurückgewiesen.

2. Der Kläger hat die Kosten des Rechtsstreits aller drei Instanzen zu tragen.
3. Das vorliegende und das angefochtene Urteil sind ohne Sicherheitsleistung vorläufig vollstreckbar.
4. Die Revision wird nicht zugelassen.

G r ü n d e :

I.

Der Kläger erwarb am 22. Mai 2013 von der Beklagten über deren Niederlassung in Koblenz ein am 4. November 2011 erstmals zugelassenes gebrauchtes Kraftfahrzeug des Fabrikats *Mercedes-Benz E 250 T CDI BlueEFFICIENCY* zum Preis von 31.500,-- €. Zulassung und Übergabe des Wagens auf den Kläger erfolgten am 29. Mai 2013 mit einem Kilometerstand von 27.500 km.

In dem Fahrzeug ist ein seitens der Beklagten entwickelter und hergestellter Motor des Typs OM 651 mit einer Leistung von 150 kW / 204 PS und einem Hubraum von 2.143 ccm verbaut. Der Motor unterfällt der Abgasnorm Euro 5.

In die Steuerung des Motors ist ein sogenanntes *Thermofenster* implementiert. Des Weiteren war jedenfalls eine *Kühlmittel-Solltemperatur-Regelung* vorhanden. Die Beklagte bietet ein Update der Motorsteuerungssoftware an.

Der Kläger ist der Ansicht, in die Motorsteuerungssoftware seien unzulässige Abschalteneinrichtungen im Rechtssinne implementiert. Aus diesem Grunde hat er bereits mit anwaltlichem Schreiben vom 7. Juli 2020 der Beklagten gegenüber den Rücktritt vom Kaufvertrag erklärt und hieraus resultierende Rückgewährs- sowie weiter vermeintliche Schadensersatzansprüche geltend gemacht. Am 17. September 2024 hat er das streitgegenständliche Fahrzeug dann zu einem Kaufpreis von 5.000,-- € mit einer Laufleistung von 167.700 km veräußert. Zuletzt verlangt der Kläger von der Beklagten nur noch die Leistung sogenannten kleinen Schadensersatzes beziehungsweise den Ersatz des sogenannten Differenzschadens.

Im Termin vom 22. November 2021 hat der Kläger die Hauptsache in Höhe von 666,07 € für erledigt erklärt. Die Beklagte hat dieser Erledigungserklärung ausdrücklich widersprochen.

Der Kläger hat erstinstanzlich zuletzt beantragt,

1. die Beklagte zu verurteilen, an ihn EUR 31.500,00 nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit Rechtshängigkeit zu zahlen, und zwar Zug-um-Zug gegen Übereignung und Herausgabe des Fahrzeugs der Marke Mercedes-Benz vom Typ E 250 CDI T mit der Fahrzeugidentifikationsnummer (FIN) [REDACTED] nebst zwei Fahrzeugschlüsseln, Kfz-Schein, Kfz-Brief und Serviceheft sowie Zahlung eines Nutzungsersatzes in Höhe von EUR 6.486,07;

hilfsweise

2. festzustellen, dass die Beklagte verpflichtet ist, ihm Schadensersatz zu zahlen für Schäden, die aus der Ausstattung des Fahrzeugs der Marke Mercedes-Benz vom Typ E 250 CDI T mit der Fahrzeugidentifikationsnummer (FIN) [REDACTED] mit der manipulierten Motorsoftware durch die Beklagte resultieren;

sowie weiter

3. festzustellen, dass sich die Beklagte mit der Annahme der in vorgenannten Klageanträgen genannten Zug-um-Zug-Leistung im Annahmeverzug befindet;
4. festzustellen, dass der in Antrag zu 1) bezeichnete Anspruch aus einer vorsätzlichen unerlaubten Handlung der Beklagten herrührt;
5. die Beklagte zu verurteilen, ihn von den durch die Beauftragung seiner Prozessbevollmächtigten entstandenen Kosten der außergerichtlichen Rechtsverfolgung in Höhe von EUR 2.256,24 freizustellen.

Die Beklagte hat beantragt,

die Klage abzuweisen.

Das Landgericht hat die Klage mit Urteil vom 20. Dezember 2021 vollumfänglich abgewiesen. Hiergegen wendet sich der Kläger mit seiner Berufung.

Im Termin vom 12. Oktober 2022 hat der Kläger die Hauptsache weiter teilweise - hinsichtlich eines Betrages von 5.765,87 € - für erledigt erklärt. Die Beklagte hat auch dieser Erledigungserklärung ausdrücklich widersprochen.

Der Kläger danach beantragt,

unter Abänderung des erstinstanzlichen Urteils wie folgt zu erkennen:

1. Die Beklagte wird verurteilt, an den Kläger EUR 19.248,06 nebst Zinsen hieraus in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem jeweiligen Basiszinssatz seit dem 5. August 2020 zu zahlen. Die Verurteilung erfolgt Zug um Zug gegen Übereignung und Herausgabe des Fahrzeugs der Marke Mercedes-Benz vom Typ E 250 CDI T mit der Fahrzeugidentifikationsnummer (FIN) [REDACTED] nebst zwei Fahrzeugschlüsseln, Kfz-Schein und Kfz-Brief.

Hilfsweise:

2. Es wird festgestellt, dass die Beklagte verpflichtet ist, dem Kläger Schadensersatz zu zahlen für Schäden, die aus dem Einbau einer unzulässigen Abschaltanlage i.S.v. Art. 5 Abs. 2 EG-VO 715/2007 durch die Beklagte in das Fahrzeug der Marke Mercedes-Benz vom Typ E 250 CDI T mit der Fahrzeugidentifikationsnummer (FIN) [REDACTED] resultieren.

Weiter:

3. Es wird festgestellt, dass sich die Beklagte mit der Annahme der in vorgenannten Klageanträgen genannten Zug-um-Zug-Leistung im Annahmeverzug befindet.
4. Es wird festgestellt, dass der in Antrag zu 1) bezeichnete Anspruch aus einer vorsätzlichen unerlaubten Handlung der Beklagten herrührt.

5. Die Beklagte wird verurteilt, den Kläger von den durch die Beauftragung der Prozessbevollmächtigten des Klägers entstandenen Kosten der außergerichtlichen Rechtsverfolgung in Höhe von EUR 2.256,24 freizustellen.

Die Beklagte hat beantragt,

die Berufung zurückzuweisen.

Der Senat hat die Berufung mit Urteil vom 9. November 2022 zurückgewiesen und die Revision zugelassen. Diese Entscheidung hat der Bundesgerichtshof mit Urteil vom 11. Juni 2024 - VIa ZR 1647/22 - insoweit aufgehoben und die Sache zur neuen Verhandlung und Entscheidung - auch über die Kosten des Revisionsverfahrens - an das Berufungsgericht zurückverwiesen, als die Berufung auch wegen der geltend gemachten deliktischen Hauptforderungen und der entsprechenden Nebenforderungen zurückgewiesen worden ist. Im Übrigen - soweit das Rechtsmittel andere Ansprüche des Klägers als deliktische Ansprüche zum Gegenstand hatte - ist die Revision als unzulässig verworfen worden.

Der Kläger beantragt nunmehr zuletzt,

wie folgt zu erkennen:

1. Die Beklagte wird verurteilt, an den Kläger einen Entschädigungsbetrag bezüglich des Fahrzeugs der Marke Mercedes-Benz vom Typ E 250 CDI T mit der Fahrzeugidentifikationsnummer WDD2122031A498257 zu zahlen, dessen Höhe in das Ermessen des Gerichts gestellt wird, der jedoch mindestens EUR 4.725,00 nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit Rechtshängigkeit betragen muss.
2. Die Beklagte wird verurteilt, dem Kläger die durch die Beauftragung der Prozessbevollmächtigten des Klägers entstandenen Kosten der außergerichtlichen Rechtsverfolgung in Höhe von EUR 2.256,24 nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit Rechtshängigkeit zu zahlen.

Die Beklagte hat beantragt,

die Berufung zurückzuweisen.

Ergänzend wird auf die Schriftsätze der Parteien nebst Anlagen, auf die angefochtene erstinstanzliche Entscheidung, auf das Sitzungsprotokolle vom 22. November 2021, vom 12. Oktober 2022 und vom 3. Dezember 2024 sowie auf die Urteile des Senats vom 9. November 2022 und des Bundesgerichtshofs vom 11. Juni 2024 - VIa ZR 1647/22 - Bezug genommen.

Im Übrigen wird im Hinblick auf §§ 540 Abs. 2, 313a Abs. 1 Satz 1, 543 Abs. 1, 544 Abs. 2 ZPO von einer Darstellung des entscheidungserheblichen Sach- und Streitstands abgesehen.

II.

Die zulässige - insbesondere statthafte (§ 511 Absätze 1 und 2 ZPO), der gesetzlichen Form (§§ 519, 130d Satz 1, 130a Absätze 1 bis 3, Abs. 4 Satz 1 Nr. 2 ZPO) und Frist (§§ 517, 130a Abs. 5 Satz 1 ZPO) gemäß eingelegte sowie form- und fristgerecht begründete (§§ 520, 130d Satz 1, 130a Absätze 1 bis 3, Abs. 4 Satz 1 Nr. 2, Abs. 5 Satz 1 ZPO) - Berufung ist teilweise begründet. Das Landgericht hat der vorliegend zur Entscheidung stehenden Klage zu Unrecht jeden Erfolg versagt. Denn diese ist - soweit hier nach den Urteilen des Senats vom 9. November 2022 und des Bundesgerichtshofs vom 11. Juni 2024 über sie noch zu befinden ist - insgesamt zulässig und teilweise begründet.

Der Kläger hat gegen die Beklagte gemäß §§ 823 Abs. 2 BGB, 6 Abs. 1, 27 EG-FGV einen auf Zahlung von noch 1.186,46 € gerichteten (Schadensersatz-)Anspruch. Denn in die Motorsteuerungssoftware des streitgegenständlichen Fahrzeugs waren zum Zeitpunkt des Abschlusses des zwischen dem Kläger und der Beklagten insoweit zustande gekommenen Kaufvertrags zwei unzulässige Abschaltvorrichtungen im Sinne von Art. 5 Abs. 2 Satz 1 der Verordnung (EG) Nr. 715/2007 *über die Typgenehmigung von Kraftfahrzeugen hinsichtlich der Emissionen von leichten Personenkraftwagen und Nutzfahrzeugen (Euro 5 und Euro 6)* implementiert, sodass die Beklagte als Herstellerin des Fahrzeuges - schuldhaft - eine unzutreffende Übereinstimmungsbescheinigung ausgestellt, damit

gegen § 6 Abs. 1 EG-FGV und § 27 Abs. 1 EG-FGV verstoßen und dem Kläger hierdurch einen mit 10 % des Kaufpreises entsprechend 3.150,-- € zu bemessenden Schaden zugefügt hatte. Dieser ist jedoch teilweise - nämlich im Umfang von 1.963,54 € - durch eine schadensmindernde Berücksichtigung später eintretender Umstände im Wege der Vorteilsausgleichung kompensiert und damit gemindert.

Das Interesse des Klägers, durch den Abschluss eines Kaufvertrags über ein Kraftfahrzeug nicht wegen eines Verstoßes des Fahrzeugherstellers gegen das europäische Abgasrecht eine Vermögenseinbuße im Sinne der Differenzhypothese zu erleiden, ist - nach der gebotenen unionsrechtlichen Lesart - von § 823 Abs. 2 BGB in Verbindung mit § 6 Abs. 1, § 27 Abs. 1 EG-FGV geschützt (vgl. BGH, Urteil vom 26. Juni 2023 - VIa ZR 335/21 -, juris, Rdnr. 32). Dabei kommt es aufgrund der unionsrechtlichen Vorgaben - Gewährung eines effektiven und verhältnismäßigen Schadensersatzes im Falle des enttäuschten Käufervertrauens - nicht darauf an, ob der Verordnungsgeber einen deliktischen Schadensersatzanspruch schaffen wollte (vgl. BGH, a.a.O.). Entscheidend ist vielmehr, dass der Käufer beim Erwerb eines Kraftfahrzeugs, das zur Serie eines genehmigten Typs gehört und mit einer Übereinstimmungsbescheinigung versehen ist, aufgrund des Gesamtzusammenhangs des unionsrechtlichen Regelungsgefüges vernünftigerweise erwarten kann, die Verordnung (EG) Nr. 715/2007 und insbesondere deren Art. 5 würden eingehalten (vgl. EuGH, Urteil vom 21. März 2023 - C-100/21 -, juris, Rdnr. 81). Infolgedessen ergibt sich aus Art. 3 Nr. 36, Art. 18 Abs. 1, Art. 26 Abs. 1 und Art. 46 der Richtlinie 2007/46/EG eine unmittelbare Verbindung zwischen dem Fahrzeughersteller und dem Käufer, mit der letzterem gewährleistet wird, dass das Kraftfahrzeug mit den maßgebenden Bestimmungen des Unionsrechts übereinstimmt (EuGH, a.a.O., Rdnr. 82; OLG Hamburg, Urteil vom 6. Oktober 2023 - 3 U 183/21 -, juris, Rdnr. 32).

Die Beklagte hat hinsichtlich des streitgegenständlichen Fahrzeugs auch eine unzutreffende Übereinstimmungsbescheinigung erteilt. Denn unzutreffend ist eine Übereinstimmungsbescheinigung schon dann, wenn das betreffende Kraftfahrzeug mit einer gemäß Art. 5 Abs. 2 der Verordnung (EG) Nr. 715/2007 unzulässigen Abschalteinrichtung ausgerüstet ist, weil die Bescheinigung dann eine tatsächlich nicht gegebene Übereinstimmung des konkreten Kraftfahrzeugs mit Art. 5 Abs. 2 der Verordnung (EG) Nr. 715/2007 ausweist (vgl. BGH, Urteil vom 26. Juni 2023 - VIa ZR 335/21 -, juris, Rdnr. 34; OLG Celle, Urteil vom 11. Oktober

2023 - 7 U 794/21 -, juris, Rdnr. 2; OLG Schleswig, Urteil vom 10. Oktober 2023 - 7 U 100/22 -, juris, Rdnr. 62). Auf den Inhalt der zugrundeliegenden EG-Typgenehmigung kommt es dabei nicht an (vgl. BGH, a.a.O.). Das Vorliegen einer unzutreffenden Übereinstimmungsbescheinigung ist - in Fällen wie dem Vorliegenden - vielmehr ausschließlich vom Vorliegen der Voraussetzungen des Art. 5 Abs. 2 Satz 1 der Verordnung (EG) Nr. 715/2007 abhängig (vgl. BGH, a.a.O.). Die Übereinstimmungsbescheinigung weist danach 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 Satz 1 der Verordnung (EG) Nr. 715/2007 (vgl. EuGH, Urteil vom 21. März 2023 - C-100/21 -, juris, Rdnr. 79; BGH, a.a.O.; OLG Hamburg, Urteil vom 6. Oktober 2023 - 3 U 183/21 -, juris, Rdnr. 32). Die Übereinstimmungsbescheinigung verweist nach ihrem gesetzlichen Inhalt also auch auf materielle Voraussetzungen, die im Falle einer unzulässigen Abschalteneinrichtung nicht vorliegen (vgl. BGH, a.a.O.).

Sowohl das hier unstreitig vorliegende *Thermofenster* als auch die ebenfalls unstreitig zunächst in die Motorsteuerungssoftware implementierte *Kühlmittel-Solltemperatur-Regelung* stellen unzulässige Abschalteneinrichtungen in diesem Sinne dar. Dem steht nicht entgegen, dass beide Funktionen auch im Straßenbetrieb unter denselben Bedingungen dem Grunde nach wie auf dem Prüfstand arbeiten (vgl. OLG Köln, Urteil vom 26. Oktober 2023 - 24 U 205/21 -, juris, Rdnr. 30; OLG Schleswig, Urteil vom 10. Oktober 2023 - 7 U 100/22 -, juris, Rdnr. 62; OLG Hamm, Urteil vom 1. September 2023 - I-30 U 78/21 -, juris, Rdnr. 82).

Unter welchen konkreten Umständen eine unzulässige Abschalteneinrichtung vorliegt, richtet sich nach Art. 3 Nr. 10 und Art. 5 Abs. 2 Satz 1 der Verordnung (EG) Nr. 715/2007. Danach ist unter „Abschalteneinrichtung“ ein Konstruktionsteil zu verstehen, das die Temperatur, die Fahrzeuggeschwindigkeit, die Motordrehzahl (UpM), den eingelegten Getriebegang, den Unterdruck im Einlasskrümmer oder sonstige Parameter ermittelt, um die Funktion eines beliebigen Teils des Emissionskontrollsystems zu aktivieren, zu verändern, zu verzögern oder zu deaktivieren, wodurch die Wirksamkeit des Emissionskontrollsystems unter Bedingungen, die bei normalem Fahrzeugbetrieb vernünftigerweise zu erwarten sind, verringert wird (Art. 3 Nr. 10 der Verordnung (EG) Nr. 715/2007). Die Verwendung einer solchen Abschalteneinrichtung ist gemäß Art. 5 Abs. 2 Satz 1 der Verordnung (EG) Nr. 715/2007 grundsätzlich unzulässig.

Insoweit ist bei der Subsumtion unter Art. 3 Nr. 10 der Verordnung (EG) Nr. 715/2007 nicht auf die Verwendung des Fahrzeugs unter den Bedingungen des maßgeblichen Prüfzyklus (hier: *Neuer Europäischer Fahrzyklus* - NEFZ), sondern auf diejenige unter tatsächlichen Fahrbedingungen abzustellen, wie sie im gesamten Unionsgebiet üblich sind (vgl. EuGH, Urteil vom 14. Juli 2022 - C-128/20 -, juris, Rdnr. 40; BGH, Urteil vom 26. Juni 2023 - VIa ZR 335/21 -, juris, Rdnr. 50, m.w.N.; OLG Stuttgart, Urteil vom 19. Oktober 2023 - 24 U 103/22 -, juris, Rdnr. 31; OLG Schleswig, a.a.O., Rdnr. 63). Dieses Verständnis des Art. 3 Nr. 10 der Verordnung (EG) Nr. 715/2007 trägt dem räumlichen Geltungsbereich der genannten Verordnung Rechnung (vgl. BGH, a.a.O.). Für die Bewertung einer Vorrichtung als Abschalt-einrichtung im Sinne des Art. 3 Nr. 10, 5 Abs. 2 Satz 1 der Verordnung (EG) Nr. 715/2007 können deshalb nicht nur die tatsächlichen Fahrbedingungen und darunter die Temperatur-verhältnisse in einem Mitgliedstaat oder gar nur in bestimmten Regionen von Mitgliedstaa-ten von Bedeutung sein (vgl. BGH, a.a.O.).

Nach Art. 3 Nr. 10 der Verordnung (EG) Nr. 715/2007 kann eine Abschalteinrichtung schon dann vorliegen, wenn die Funktion nur eines beliebigen Teils des Emissionskontrollsystems in Abhängigkeit von bestimmten Parametern verändert und die Wirksamkeit des Emissi- onskontrollsystems unter den Bedingungen des normalen Fahrbetriebs verringert wird. Während in Bezug auf die Funktionsänderung auf Teile des Emissionskontrollsystems ab- gestellt werden kann, kommt es für die Wirkung der Funktionsänderung auf das Emissions- kontrollsystem in seiner Gesamtheit an, etwa auf die kombinierte Wirkung von Abgasrück- führung und -reinigung. Maßstab für die Frage der Zulässigkeit einer Funktionsveränderung in Abhängigkeit von bestimmten Parametern ist nach Art. 3 Nr. 10 der Verordnung (EG) Nr. 715/2007 nicht die Einhaltung des Grenzwerts, sondern die Wirksamkeit des unverändert funktionierenden Emissionskontrollsystems unter den Bedingungen des normalen Fahrbe- triebs. In diesem Zusammenhang bedarf es eines Vergleichs der Wirksamkeit des unverän- dert funktionierenden und derjenigen des verändert funktionierenden Gesamtsystems, und zwar jeweils unter den Bedingungen des normalen Fahrbetriebs im gesamten Unionsge- biet. Ob die Grenzwerte unter den Bedingungen des maßgeblichen Prüfzyklus auch bei ver- änderter Funktion eingehalten würden (sogenannte *Grenzwertkausalität*), ist hingegen mit Rücksicht auf den Wortlaut des Art. 3 Nr. 10 der Verordnung (EG) Nr. 715/2007 nicht von Bedeutung. Die Prüfung im maßgeblichen Zyklus lässt nur in Bezug auf die dabei wirksa- men 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 der Verordnung (EG) Nr. 715/2007 knüpft an die Verringerung der Wirksamkeit des Emissionskontrollsystems in seiner Gesamtheit an und nicht an die Einhaltung der Grenzwerte im Prüfzyklus. Das gilt ohne Rücksicht auf die jeweils eingesetzten Technologien (vgl. zu allem Vorstehenden BGH, a.a.O., Rdnr. 51, m.w.N.; OLG Celle, Urteil vom 11. Oktober 2023 - 7 U 794/21 -, juris, Rdnr. 4).

Von diesen Grundsätzen ausgehend handelt es sich bei dem streitgegenständlichen *Thermofenster* um eine Abschaltvorrichtung im Sinne von Art. 3 Nr. 10 und Art. 5 Abs. 2 Satz 1 der Verordnung (EG) Nr. 715/2007. Denn selbst nach dem Vorbringen der Beklagten bewirkte die hier in Rede stehende Softwarefunktion bei unterhalb von 15 °C liegenden Umgebungstemperaturen eine schrittweise Reduzierung der Abgasrückführungs-Rate (AGR) bei betriebswarmem Motor. Diese Korrektur der AGR ist zudem unstreitig emissionserheblich; das entsprechende Klagevorbringen hat die Beklagte nicht bestritten (§ 138 Abs. 3 ZPO). Damit wird die Wirksamkeit des Emissionskontrollsystems unter tatsächlichen Fahrbedingungen, wie sie im gesamten Gebiet der Europäischen Union üblich sind, verringert.

Dass im Unionsgebiet Außentemperaturen von unter 15 °C durchaus üblich sind, ist allgemeinkundig (§ 291 ZPO, vgl. insoweit MünchKomm-Prütting, ZPO, 6. Aufl. 2020, § 291, Rdnr. 5 bis 7, m.w.N.). Im Übrigen ist zur Auslegung des Begriffs der üblichen Fahrbedingungen unter anderem Art. 3 Abs. 9 Unterabs. 2 VO (EG) Nr. 692/2008 heranzuziehen (vgl. EuGH, Urteil vom 14. Juli 2022 - C-128/20 -, juris, Rdnr. 45; OLG Celle, Urteil vom 11. Oktober 2023 - 7 U 794/21 -, juris, Rdnr. 12). Dieser sieht einen seitens der Hersteller zu erbringenden Beleg dafür vor, dass die Stickstoffoxid (NO_x)-Nachbehandlungseinrichtung nach einem Kaltstart bei - 7 °Celsius innerhalb von 400 Sekunden eine für das ordnungsgemäße Arbeiten ausreichend hohe Temperatur erreicht (vgl. EuGH, a.a.O.; OLG Celle, a.a.O.). Daraus ist zu folgern, dass zu den üblichen tatsächlichen Fahrbedingungen in den Mitgliedsstaaten der Europäischen Union jedenfalls der Betrieb eines Fahrzeugs bei Umgebungstemperaturen von weniger als 15 °C gehört (vgl. insoweit auch *Senat*, Urteil vom 19. Dezember 2023 - 9 U 941/22 - und OLG Celle, a.a.O.: sogar weniger als 0 °C).

Auch die *Kühlmittel-Solltemperatur-Regelung* (auch als *geregelttes Kühlmittelthermostat* bezeichnet) ist als Abschaltvorrichtung im Sinne von Art. 3 Nr. 10 und Art. 5 Abs. 2 Satz 1 der Verordnung (EG) Nr. 715/2007 zu qualifizieren. Selbst nach dem Beklagtenvorbringen

führt sie zu einem besonders guten Emissionsverhalten des Fahrzeugs dadurch, dass die Sollwerttemperatur für das Kühlmittelthermostat von 100 °C auf 70 °C abgesenkt wird. Allerdings wird diese Funktion - ebenfalls schon nach dem Vorbringen der Beklagten selbst - bei Überschreiten bzw. Unterschreiten einer maximalen bzw. minimalen Außen- und Ansauglufttemperatur, bei Unterschreiten eines bestimmten Umgebungsdrucks, bei Überschreiten einer maximalen Last, einer maximalen Drehzahl sowie einer maximalen Motoröltemperatur und bei Überschreiten eines Zeitraums, der in Abhängigkeit von der Kühlmitteltemperatur bei Motorstart festgelegt wird, deaktiviert. Die hier in Rede stehende Funktion kann über jede einzelne dieser Bedingungen deaktiviert werden. Die vorstehend geschilderte Regelung des *Kühlmittelthermostats* ist mithin schon dann nicht mehr aktiv, wenn nur eine einzelne der Deaktivierungsbedingungen eingetreten ist. Eine erneute Aktivierung der Funktion im laufenden Betrieb findet nicht statt. Damit wird die Wirksamkeit des Emissionskontrollsystems unter tatsächlichen Fahrbedingungen, wie sie im gesamten Gebiet der Europäischen Union üblich sind, verringert (vgl. *Senat*, Urteil vom 19. Dezember 2023 - 9 U 941/22 -; OLG Köln, Urteil vom 26. Oktober 2023 - 24 U 205/21 -, juris, Rdnr. 31). Insoweit wird - zur Vermeidung unnötiger Wiederholungen - ergänzend auf die entsprechenden oben zum *Thermofenster* gemachten Ausführungen verwiesen.

Des Weiteren ist zu beachten, dass das durch die *Kühlmittel-Solltemperatur-Regelung* optimierte Emissionsverhalten nur während der Warmlaufphase des Motors aufrechterhalten wird, aber auch Fahrten jenseits der Warmlaufphase - Fahren mit betriebswarmen Motor - zu den Bedingungen im Sinn von Art. 3 Nr. 10 VO (EG) Nr. 715/2007 gehören, die bei normalem Fahrzeugbetrieb vernünftigerweise zu erwarten sind (vgl. *Senat*, a.a.O.; OLG Stuttgart, Urteil vom 19. Oktober 2023 - 24 U 103/22 -, juris, Rdnr. 44). Ungeachtet der zusätzlichen Deaktivierungsbedingungen handelt es sich mithin bereits aus diesem Grund bei der hier in Rede stehenden Funktion um eine Abschaltvorrichtung im Rechtssinne (vgl. *Senat*, a.a.O.; OLG Stuttgart, a.a.O.; OLG Schleswig, Urteil vom 10. Oktober 2023 - 7 U 100/22 -, juris, Rdnr. 76; OLG Hamm, Urteil vom 13. September 2023 - I-30 U 81/21 -, juris, Rdnr. 113).

Die Verwendung der vorliegenden Abschaltvorrichtungen war auch gemäß Art. 5 Abs. 2 Satz 1 der Verordnung (EG) Nr. 715/2007 unzulässig. Eine der in Art. 5 Abs. 2 Satz 2 der Verordnung geregelten Ausnahmetatbestände liegt nicht vor.

Dabei verkennt der Senat nicht, dass die Beklagte behauptet, sowohl das *Thermofenster* als auch die Deaktivierung des *geregelten Kühlmittelthermostats* unter bestimmten Bedingungen seien aus Gründen des Motorschutzes erforderlich. Finde die Abgasrückführung nämlich bei zu niedrigen Temperaturen statt, komme es zur Kondensation von Abgasbestandteilen. Dies wiederum führe zu verschiedenen unerwünschten Ablagerungen in den Bauteilen. Ein wiederholter Betrieb des Motors in diesem Zustand könne zu einer dauerhaften Schädigung des Motors oder einem plötzlichen Ausfall führen. Umgekehrt könne es bei zu hohen Temperaturen zu einer Schädigung oder einem unerwarteten Ausfall des Motors kommen. Daher sei es zum Schutz des Motors erforderlich, die Abgasrückführung abhängig von der Temperatur zu reduzieren. Würde die *Kühlmittel-Solltemperatur-Regelung* zudem ohne Rücksicht auf die Betriebsumstände genutzt, würden damit ebenfalls Risiken der Ablagerungen und darüber hinaus auch der Ölverdünnung und des Schmierverlusts einhergehen.

Derartige Gründe - auch solche des Motorschutzes - unterfallen indes keinem der in Art. 5 Abs. 2 Satz 2 der Verordnung (EG) Nr. 715/2007 normierten Ausnahmetatbestände, insbesondere nicht demjenigen des Art. 5 Abs. 2 Satz 2 a) der Verordnung. Danach ist eine Abschaltvorrichtung (unter anderem) zulässig, wenn sie notwendig ist, um den Motor vor Beschädigung oder Unfall zu schützen und um den sicheren Betrieb des Fahrzeugs zu gewährleisten. Dem unterfallen die Verschmutzung und der Verschleiß eines Motors sowie die dadurch verursachten Folgeschäden jedoch gerade nicht (vgl. EuGH, Urteil vom 14. Juli 2022 - C-128/20 -, juris, Rdnr. 54; OLG Köln, Urteil vom 26. Oktober 2023 - 24 U 205/21 -, juris, Rdnr. 32; Urteil vom 3. Februar 2022 - I-24 U 410/19 -, juris, Rdnr. 30; OLG Celle, Urteil vom 11. Oktober 2023 - 7 U 794/21 -, juris, Rdnr. 15). Denn sie sind im Prinzip vorhersehbar und der normalen Funktionsweise des Fahrzeugs inhärent (vgl. EuGH, a.a.O.; OLG Köln, a.a.O.; OLG Celle, a.a.O.). Das Verbot, auf das sich Art. 5 Abs. 2 der Verordnung (EG) Nr. 715/2007 bezieht, würde ausgehöhlt und jeder praktischen Wirksamkeit beraubt, wenn es zulässig wäre, dass die Hersteller Fahrzeuge allein deshalb mit solchen Abschaltvorrichtungen ausstatten, um den Motor vor Verschmutzung und Verschleiß zu schützen (vgl. EuGH, a.a.O., Rdnr. 55, m.w.N.). Infolgedessen sind nur unmittelbare Beschädigungsrisiken, die zu einer konkreten Gefahr während des Betriebs des Fahrzeugs führen, geeignet, die Nutzung einer Abschaltvorrichtung zu rechtfertigen (vgl. EuGH, a.a.O., Rdnr. 56; OLG Celle, a.a.O.). Insoweit ist Voraussetzung, dass diese Einrichtung ausschließlich notwendig ist, um die

durch eine Fehlfunktion eines Bauteils des Abgasrückführungssystems verursachten unmittelbaren Risiken für den Motor in Form von Beschädigung oder Unfall zu vermeiden - Risiken, die so schwer wiegen, dass sie eine konkrete Gefahr beim Betrieb des mit dieser Einrichtung ausgestatteten Fahrzeugs darstellen (vgl. EuGH, a.a.O., Rdnr. 62; OLG Köln, Urteil vom 26. Oktober 2023 - 24 U 205/21 -, juris, Rdnr. 32).

Derartiges hat indes auch die Beklagte nicht behauptet. Zudem hat die Beklagte zwar abstrakt Sachgründe aufgezeigt, weshalb Abgasrückführung und *Kühlmittel-Solltemperatur-Regelung* nicht ohne Einschränkung zur Anwendung gelangen könne, nicht aber, weshalb diese Sachgründe gerade die konkret gewählte Bedatung und Wirkweise der streitgegenständlichen Softwarefunktionen erforderlich machten (vgl. insoweit auch OLG Köln, Urteil vom 26. Oktober 2023 - 24 U 205/21 -, juris, Rdnr. 32).

Den Anträgen der Beklagten, den Rechtsstreit bis zur Entscheidung des KBA über den Widerspruch gegen den Bescheid vom 13. Dezember 2023 und/oder zur Entscheidung des Verwaltungsgerichts Schleswig im Verfahren - 3 A 51/21 - auszusetzen, war nicht nachzukommen. Denn die Voraussetzungen des § 148 Abs. 1 ZPO liegen nicht vor. Geht der Hersteller eines vom sog. Dieselskandal betroffenen Fahrzeugs mit der Anfechtungsklage gegen die nachträgliche Anordnung von Nebenbestimmungen zu einer EG-Typgenehmigung vor, ist der Ausgang des verwaltungsgerichtlichen Verfahrens für einen Zivilrechtsstreit nämlich nicht vorgreiflich, in dem der Käufer des Fahrzeugs den Fahrzeughersteller wegen einer deliktischen Schädigung in Anspruch nimmt (vgl. BGH, Beschluss vom 24. Juli 2023 - VIa ZB 10/21 -, juris, Rdnr. 10 ff.; OLG Saarbrücken, Urteil vom 31. Oktober 2024 - 4 U 74/23 -, juris, Rdnr. 18).

Die Beklagte hat auch schuldhaft gehandelt. Das Verschulden des Fahrzeugherstellers, der eine unrichtige Übereinstimmungsbescheinigung in Verkehr bringt und damit objektiv ein Schutzgesetz verletzt hat, ist nämlich zu vermuten (vgl. BGH, Urteil vom 26. Juni 2023 - VIa ZR 335/21 -, juris, Rdnr. 59, m.w.N.; OLG Stuttgart, Urteil vom 19. Oktober 2023 - 24 U 103/22 -, juris, Rdnr. 47).

Dementsprechend muss der Fahrzeughersteller, wenn er - wie hier die Beklagte - eine Übereinstimmungsbescheinigung trotz der Verwendung einer unzulässigen Abschalteneinrichtung ausgegeben und dadurch § 6 Abs. 1, § 27 Abs. 1 EG-FGV verletzt hat, Umstände dar-

legen und beweisen, die sein Verhalten ausnahmsweise nicht als fahrlässig erscheinen lassen (vgl. BGH, a.a.O.). Weil auch das aus § 823 Abs. 2 BGB in Verbindung mit § 6 Abs. 1, § 27 Abs. 1 EG-FGV resultierende gesetzliche Schuldverhältnis erst mit dem Abschluss des Kaufvertrags über das mit einer unzulässigen Abschalteinrichtung versehene Fahrzeug entsteht, muss der Vorwurf einer zumindest fahrlässigen Inverkehrgabe einer unzutreffenden Übereinstimmungsbescheinigung für diesen Zeitpunkt widerlegt werden (vgl. BGH, a.a.O., Rdnr. 61).

Insoweit kann sich der Hersteller insbesondere dadurch entlasten, dass er sich auf einen unvermeidbaren Verbotsirrtum im Zeitpunkt des maßgeblichen Vertragsschlusses beruft und einen solchen im Bestreitensfall nachweist (vgl. BGH, a.a.O., Rdnr. 62; OLG Stuttgart, Urteil vom 19. Oktober 2023 - 24 U 103/22 -, juris, Rdnr. 47). Der Fahrzeughersteller, der sich unter Berufung auf einen unvermeidbaren Verbotsirrtum entlasten will, muss jedoch sowohl den Verbotsirrtum als solchen als auch die Unvermeidbarkeit des Verbotsirrtums konkret darlegen und beweisen (vgl. BGH, a.a.O., Rdnr. 63). Erst in einem zweiten Schritt ist dann gegebenenfalls zu prüfen, ob der Verbotsirrtum - insbesondere infolge einer tatsächlich erteilten EG-Typgenehmigung (vgl. insoweit BGH, a.a.O., Rdnr. 64) oder einer hypothetischen Genehmigung (vgl. insoweit BGH, a.a.O., Rdnr. 65 ff.) - entlastend wirkt.

Dabei muss der Fahrzeughersteller darlegen und beweisen, dass sich sämtliche seiner verfassungsmäßig berufenen Vertreter im Sinne des § 31 BGB über die Rechtmäßigkeit der vom Käufer dargelegten und erforderlichenfalls nachgewiesenen Abschalteinrichtung mit allen für die Prüfung nach Art. 5 Abs. 2 der Verordnung (EG) Nr. 715/2007 bedeutsamen Einzelheiten im maßgeblichen Zeitpunkt im Irrtum befanden oder im Falle einer Ressortaufteilung den damit verbundenen Pflichten genügten (vgl. BGH, Urteil vom 30. Januar 2024 - VIa ZR 1291/22 -, juris, Rdnr. 14; Urteil vom 25. September 2023 - VIa ZR 1/23 -, juris, Rdnr. 14. m.w.N.). Der Irrtum muss außerdem die Rechtmäßigkeit der konkreten, in Rede stehenden Abschalteinrichtung mit allen für die Prüfung nach Art. 5 Abs. 2 der Verordnung (EG) Nr. 715/2007 bedeutsamen Einzelheiten betreffen (vgl. BGH, Urteil vom 30. Januar 2024 - VIa ZR 1291/22 -, juris, Rdnr. 14). Nur in Bezug auf einen in diesen Einzelheiten konkret festgestellten Irrtum der maßgebenden Personen kann der Sorgfaltsmaßstab der Fahrlässigkeit sinnvoll geprüft und kann die Unvermeidbarkeit festgestellt werden (vgl. BGH, a.a.O.). Eine Entlastung ohne Rücksicht auf die aus den vorstehenden Erwägungen folgenden Sorgfalts-

pflichten, etwa mit Rücksicht darauf, dass der Verwendung von *Thermofenstern* ein allgemeiner Industriestandard zugrunde lag oder dass nach Angaben des *Kraftfahrt-Bundesamts* (KBA) rechtlich von ihm so bewertete unzulässige Abschaltseinrichtungen auch nach umfangreichen Untersuchungen nicht festgestellt worden seien, kommt dagegen nach dem gesetzlichen Fahrlässigkeitsmaßstab nicht in Betracht (vgl. BGH, Urteil vom 30. Januar 2024 - VIa ZR 1291/22 -, juris, Rdnr. 14; Urteil vom 25. September 2023 - VIa ZR 1/23 -, juris, Rdnr. 14. m.w.N.).

Von diesen Grundsätzen ausgehend ist der Beklagten eine Entlastung nicht gelungen. Denn sie hat bereits einen relevanten Verbotsirrtum nicht hinreichend dargetan. Auf die Frage seiner (Un-)Vermeidbarkeit - insbesondere infolge einer tatsächlichen oder hypothetischen Genehmigung des *Thermofensters* und der *Kühlmittel-Solltemperatur-Regelung* durch das KBA - kommt es mithin nicht an.

Dass sich sämtliche ihrer verfassungsmäßig berufenen Vertreter im Sinne des § 31 BGB über die Rechtmäßigkeit der hier in Rede stehenden Abschaltseinrichtung mit allen für die Prüfung nach Art. 5 Abs. 2 der Verordnung (EG) Nr. 715/2007 bedeutsamen Einzelheiten im maßgeblichen Zeitpunkt im Irrtum befanden oder im Falle einer Ressortaufteilung den damit verbundenen Pflichten genügten, hat die Beklagte schon nicht schlüssig vorgetragen. Zu ihrem - beziehungsweise zu dem der insoweit maßgeblich für sie handelnden natürlichen Personen - tatsächlichen Vorstellungsbild im Hinblick auf die Rechtmäßigkeit der streitgegenständlichen Softwarefunktionen hat sie nicht konkret und subsumtionsfähig vorgetragen (vgl. insoweit auch OLG Celle, Urteil vom 11. Oktober 2023 - 7 U 794/21 -, juris, Rdnr. 53 ff).

Infolge der nach alledem zu bejahenden schuldhaft erfolgten Ausstellung einer unzutreffenden Übereinstimmungsbescheinigung und dem hier streitgegenständlichen Vertragsschluss ist dem Kläger auch in adäquat kausaler Art und Weise ein ersatzfähiger Vermögensschaden entstanden. Sein Schaden liegt in dem Betrag, um den er den streitgegenständlichen Pkw mit Rücksicht auf die mit den unzulässigen Abschaltseinrichtungen verbundenen Risiken zu teuer erworben hat (vgl. BGH, Urteil vom 26. Juni 2023 - VIa ZR 335/21 -, juris, Rdnr. 40). Der Kläger hat ein Fahrzeug erworben, das dem Gebrauch als Fortbewegungsmittel im Straßenverkehr dient. Da dem Kläger infolge der unzulässigen Abschaltseinrichtungen Maßnahmen bis hin zu einer Betriebsbeschränkung oder -untersagung durch die Zulassungsbehörde gemäß § 5 Abs. 1 FZV drohten, stand die zweckentsprechende Nutzung des erwor-

benen Fahrzeugs in Frage (vgl. BGH, a.a.O., Rdnr. 41). Die damit einhergehende, zeitlich nicht absehbare Unsicherheit, das erworbene Kraftfahrzeug jederzeit seinem Zweck entsprechend nutzen zu dürfen, setzt den objektiven Wert des Kaufgegenstands im maßgeblichen Zeitpunkt der klägerseits getätigten Vertrauensinvestition bei Abschluss des Kaufvertrags herab, weil schon in der Gebrauchsmöglichkeit als solcher ein geldwerter Vorteil liegt (vgl. BGH, a.a.O.). Dass es bisher noch nicht zu Einschränkungen der Nutzbarkeit gekommen ist und das KBA bisher von der Veranlassung eines Rückrufs oder anderen einschränkenden Maßnahmen abgesehen hat, ändert daran nichts (vgl. BGH, a.a.O., Rdnr. 42). Denn mit Rücksicht auf den geldwerten Vorteil der jederzeitigen Verfügbarkeit eines Kraftfahrzeugs genügt schon die rechtliche Möglichkeit einer Nutzungsbeschränkung, die mit der Verwendung einer unzulässigen Abschalteneinrichtung gegeben ist (vgl. BGH, a.a.O.).

Die Höhe des entsprechenden (Differenz-)Schadens ist gemäß § 287 Abs. 1 Satz 1 ZPO unter Würdigung aller Umstände nach freier Überzeugung zu schätzen (vgl. BGH, a.a.O., Rdnr. 72). Diese Schätzung unterliegt in den Fällen des Vertrauens eines Käufers auf die Richtigkeit der Übereinstimmungsbescheinigung bei Erwerb eines mit einer unzulässigen Abschalteneinrichtung versehenen Kraftfahrzeugs unionsrechtlichen Vorgaben (vgl. BGH, a.a.O., Rdnr. 73).

So kann der Schaden aus Gründen unionsrechtlicher Effektivität nicht geringer sein als 5 % des gezahlten Kaufpreises (vgl. BGH, a.a.O., Rdnr. 74). Aus Gründen der Verhältnismäßigkeit kann er jedoch auch nicht höher sein als 15 % des gezahlten Kaufpreises (vgl. BGH, a.a.O., Rdnr. 75).

Im Übrigen sind bei der Bestimmung des objektiven Werts des Fahrzeugs im Zeitpunkt des Vertragsschlusses die mit der Verwendung einer unzulässigen Abschalteneinrichtung verbundenen Nachteile, insbesondere das Risiko behördlicher Anordnungen, zu berücksichtigen (vgl. BGH, a.a.O., Rdnr. 76, m.w.N.). Weiter sind der Umfang in Betracht kommender Betriebsbeschränkungen und die Eintrittswahrscheinlichkeit solcher Beschränkungen mit Rücksicht auf die Einzelfallumstände in den Blick zu nehmen (vgl. BGH, a.a.O.). Darüber hinaus sind das Gewicht des der Haftung zugrundeliegenden konkreten Rechtsverstoßes für das unionsrechtliche Ziel der Einhaltung gewisser Emissionsgrenzwerte sowie der Grad des Verschuldens nach Maßgabe der Umstände des zu beurteilenden Einzelfalls zu bewerten, um so dem Gebot einer verhältnismäßigen Sanktionierung auch bezogen auf den zu

würdigenden Einzelfall Rechnung zu tragen (vgl. BGH, a.a.O., Rdnr. 77). Zur Einholung eines Sachverständigengutachtens ist das Gericht bei seiner Schätzung innerhalb des genannten Rahmens nicht gehalten (vgl. § 287 Abs. 1 Satz 2 ZPO und BGH, a.a.O., Rdnr. 78, m.w.N.).

In diesem Zusammenhang ist auch keine Vorlage an den Gerichtshof der Europäischen Union nach Art. 267 AEUV veranlasst (vgl. insoweit auch OLG Schleswig, Urteil vom 9. August 2024 - 1 U 42/22 -, juris, Rdnr. 26). Denn dieser hat bereits entschieden, dass die Sanktionen nach Art. 46 der Richtlinie 2007/46/EG und nach Art. 13 Abs. 1 der Verordnung (EG) Nr. 715/2007 in Ermangelung unionsrechtlicher Vorschriften über die Modalitäten des Schadensersatzes von den Mitgliedsstaaten festzulegen sind und dass die nationalen Gerichte befugt sind, dafür Sorge zu tragen, dass der Schutz der unionsrechtlich gewährleisteten Rechte nicht zu einer ungerechtfertigten Bereicherung der Anspruchsberechtigten führt (vgl. EuGH, Urteil vom 21. März 2023 - C-100/21 -, juris, Rdnr. 92 und Rdnr. 94; OLG Nürnberg, Urteil vom 15. Oktober 2024 - 16 U 1784/21 -, juris, Rdnr. 70; OLG Frankfurt am Main, Beschluss vom 25. März 2024 - 9 U 68/22 -, juris, Rdnr. 26). Der Bundesgerichtshof hat diese Modalitäten weiter ausgefüllt und hierbei den Vorgaben europäischen Rechts Rechnung getragen (vgl. OLG Nürnberg, a.a.O.; OLG Frankfurt am Main, a.a.O.). Der nationale Gestaltungsspielraum wurde in diesem Zusammenhang gewahrt (vgl. OLG Nürnberg, a.a.O., m.w.N.; OLG Frankfurt am Main, a.a.O.). Insbesondere hat sich der Bundesgerichtshof ausführlich mit der Vorgabe des Gerichtshofs der Europäischen Union auseinandergesetzt, wonach es Sache des nationalen Rechts ist, die Vorschriften über den Ersatz des Schadens festzulegen, der dem Käufer eines (fahrlässig) mit einer unzulässigen Abschalteneinrichtung im Sinne von Art. 5 Abs. 2 der Verordnung Nr. 715/2007 ausgestatteten Fahrzeugs tatsächlich entstanden ist, vorausgesetzt, dass dieser Ersatz in einem angemessenen Verhältnis zum entstandenen Schaden steht (vgl. OLG Hamm, Urteil vom 15. August 2024 - I-13 U 3/23 -, juris, Rdnr. 21; OLG Düsseldorf, Urteil vom 21. Juni 2024 - 7 U 266/22 -, BeckRS 2024, 14794, Rdnr. 25).

Nach diesen Grundsätzen ist der hier dem Kläger entstandene Schaden auf 10 % des von ihm gezahlten Kaufpreises, mithin auf 3.150,-- € zu bestimmen. So kann der Schaden nicht im oberen Bereich liegen. Zwar hat die Beklagte durch die Verwendung von gleich zwei unzulässigen Abschalteneinrichtungen das Risiko eines behördlichen Eingreifens erheblich gesteigert und hat zudem das mit dem Verbot unzulässiger Abschalteneinrichtungen angestrebte

hohe Umweltschutzniveau vereitelt. Des Weiteren ist ein entsprechender Rechtsirrtum der Beklagten und damit ein nur fahrlässiges Verhalten nicht festzustellen. Sowohl hinsichtlich des erstrebten Umweltschutzniveaus als auch des Grads des Verschuldens bleibt der Verstoß der Beklagten aber dennoch hinter dem einer manipulativen Prüfstandserkennung zurück. Zudem kann nicht unberücksichtigt bleiben, dass die hier in Rede stehenden Abschaltanlagen seitens der zuständigen Typgenehmigungsbehörde - namentlich seitens des Kraftfahrt-Bundesamts - jahrelang unbeanstandet geblieben waren. Andererseits stehen die eingangs genannten Gründe einer Schadensbestimmung im unteren Bereich entgegen. Aus der danach noch verbleibenden Spanne erscheint die Beeinträchtigung des Vorteils der jederzeitigen Verfügbarkeit eines Kraftfahrzeugs in diesem Fall mit 10 % zutreffend erfasst (vgl. zu allem Vorstehenden auch *Senat*, Urteil vom 19. Dezember 2023 - 9 U 941/22 -).

Der entsprechende Schaden ist jedoch durch eine schadensmindernde Berücksichtigung später eintretender Umstände im Wege der Vorteilsausgleichung teilweise - nämlich in Höhe eines Betrages von 1.963,54 € - kompensiert. Danach verbleibt nur noch ein Schaden in Höhe von 1.186,46 €.

Dass für die Schätzung des Differenzschadens auf den Zeitpunkt des Vertragsschlusses abzustellen ist, schließt eine schadensmindernde Berücksichtigung später eintretender Umstände im Wege der Vorteilsausgleichung, deren Voraussetzungen der Fahrzeughersteller darzulegen und zu beweisen hat, nicht aus. Insofern gelten die im Rahmen des sogenannten „kleinen“ Schadensersatzes nach § 826 BGB anzulegenden Maßstäbe sinngemäß. Danach sind Nutzungsvorteile und der Restwert des Fahrzeugs erst dann und nur insoweit schadensmindernd anzurechnen, als sie den Wert des Fahrzeugs bei Abschluss des Kaufvertrags (gezahlter Kaufpreis abzüglich Differenzschaden) übersteigen. Beruft sich der Fahrzeughersteller - wie hier die Beklagte - auf die nachträgliche Verbesserung des Fahrzeugs durch ein Software-Update, kann damit eine Schadensminderung zudem (nur) verbunden sein, wenn und soweit das Software-Update die Gefahr von Betriebsbeschränkungen signifikant reduziert. Die Vorteilsausgleichung kann der Gewährung auch eines Schadensersatzes aus § 823 Abs. 2 BGB entgegenstehen, wenn der Differenzschaden vollständig ausgeglichen ist (vgl. zu allem Vorstehenden BGH, a.a.O., Rdnr. 80, m.w.N.).

Danach ist der oben dargestellte Schaden teilweise ausgeglichen. Denn die Summe aus dem Wert der klägerseits gezogenen Nutzungen und dem anzurechnenden Restwert des Fahrzeugs übersteigt den tatsächlichen Wert des Fahrzeugs bei Abschluss des Kaufvertrags (gezahlter Kaufpreis abzüglich Differenzschaden) von 28.350,-- € (= 90 % des Kaufpreises) um 1.963,54 €.

Nach allgemeinen Grundsätzen der Vorteilsausgleichung können dem Geschädigten diejenigen Vorteile anzurechnen sein, die ihm in adäquatem Zusammenhang mit dem Schadensereignis zufließen. Es soll ein gerechter Ausgleich zwischen den bei einem Schadensfall widerstreitenden Interessen herbeigeführt werden. Der Geschädigte darf im Hinblick auf das schadensersatzrechtliche Bereicherungsverbot nicht bessergestellt werden, als er ohne das schädigende Ereignis stünde. Allerdings sind nur diejenigen durch das Schadensereignis bedingten Vorteile auf den Schadensersatzanspruch anzurechnen, deren Anrechnung mit dem jeweiligen Zweck des Ersatzanspruchs übereinstimmt, das heißt bei denen dem Geschädigten die Anrechnung zumutbar ist und die den Schädiger nicht unangemessen entlastet. Vor- und Nachteile müssen bei wertender Betrachtung gleichsam zu einer Rechnungseinheit verbunden sein (vgl. zu allem Vorstehenden BGH, Urteil vom 24. Januar 2022 - VIa ZR 100/21 -, juris, RdNr. 18, m.w.N.).

Danach sind die klägerseits gezogenen Nutzungsvorteile und der Restwert des Fahrzeugs im Wege der Vorteilsausgleichung anzurechnen. Denn der Käufer eines Fahrzeugs erwirbt die Möglichkeit, dieses ohne zeitliche Begrenzung über die gesamte Laufleistung zu nutzen. Kaufpreiszahlung und Gesamtnutzung stehen sich folglich „kongruent“ und daher anrechenbar gegenüber. Sie sind bei wertender Betrachtung gleichsam zu einer Rechnungseinheit verbunden, wenn der Käufer den großen Schadensersatzanspruch geltend macht. Gleiches gilt für einen (Rest-)Wert des Fahrzeugs, der in einem inneren Zusammenhang mit dem Schaden steht (vgl. zu allem Vorstehenden BGH, a.a.O., Rn. 19, m.w.N.).

Dass der Geschädigte im vorliegenden Fall - anders als im Falle der Geltendmachung des großen Schadensersatzes - nicht einen ungünstigen Vertrag rückabwickeln, sondern die Differenz zwischen dem Wert ihrer Leistung und der Gegenleistung im Zeitpunkt des Vertragsschlusses liquidieren will, ändert an der Rechnungseinheit zwischen einerseits dem von ihm gezahlten Kaufpreis und andererseits dem Nutzungswert und tatsächlichen Restwert des Kraftfahrzeugs nichts. Denn bei der Bemessung des objektiven Werts des Fahr-

zeugs im Zeitpunkt des Vertragsschlusses ist insbesondere das Risiko der Betriebsunter-sagung oder -beschränkung einzubeziehen. Hat sich dieses wertbestimmende Risiko bis zum Ende der Gesamtlaufzeit des Fahrzeugs nicht verwirklicht, muss dieser Umstand im Wege der Vorteilsausgleichung Berücksichtigung finden (vgl. zu allem Vorstehenden BGH, a.a.O., Rdnr. 20, m.w.N.).

Der Restwert des streitgegenständlichen Fahrzeugs ist auch ohne Rücksicht darauf anzu-rechnen, ob beziehungsweise in welchem Umfang er durch eine Weiterveräußerung reali-siert worden ist (vgl. BGH, Urteil vom 27. November 2023 - VIa ZR 159/22 -, juris, Rdnr. 13; OLG Frankfurt am Main, Urteil vom 2. Februar 2024 - 19 U 220/22 -, BeckRS 2024, 2799, Rdnr. 128). Eine abweichende Betrachtung ist insoweit auch nicht aus Gründen des Unions-rechts geboten (vgl. OLG München, Urteil vom 15. November 2023 - 7 U 197/22 -, juris, Rdnr. 67). Gleiches gilt hinsichtlich der Frage einer Anrechenbarkeit des Werts der gezo-genen Nutzungen.

Insoweit ist beachtlich, dass nationale Gerichte auch unter Geltung des unionsrechtlichen Effektivitätsgebots (*effet utile*) befugt sind, dafür Sorge zu tragen, dass der Schutz der uni-onsrechtlich gewährleisteten Rechte nicht zu einer ungerechtfertigten Bereicherung der An-spruchsberechtigten führt (vgl. EuGH, Urteil vom 21. März 2023 - C-100/21 -, juris, Rdnr. 94; Urteil vom 25. März 2021 - C-501/18 -, juris, Rdnr. 125; OLG München, a.a.O.). In Ermange-lung einschlägiger unionsrechtlicher Vorschriften ist es daher Sache des Rechts des betrof-fenen Mitgliedstaates, die Vorschriften über den Ersatz des Schadens festzulegen, der dem Käufer eines mit einer unzulässigen Abschalteneinrichtung im Sinne von Art. 5 Abs. 2 der Ver-ordnung Nr. 715/2007 ausgestatteten Fahrzeugs tatsächlich entstanden ist, vorausgesetzt, das dieser Ersatz in einem angemessenen Verhältnis zum entstandenen Schaden steht (vgl. EuGH, Urteil vom 21. März 2023 - C-100/21 -, juris, Rdnr. 96; OLG München, a.a.O.; OLG Celle, Beschluss vom 16. Oktober 2023 - 7 U 346/22 -, BeckRS 2023, 30810, Rdnr. 103). Dabei sind zwar Rechtsvorschriften, die es dem Käufer eines Kraftfahrzeugs prak-tisch unmöglich machen oder übermäßig erschweren, einen angemessenen Ersatz des Schadens zu erhalten, der ihm durch den Verstoß des Herstellers des Fahrzeugs gegen das in Art. 5 Abs. 2 VO (EG) 717/2007 enthaltene Verbot entstanden ist, mit den Grundsät-zen des Unionsrechts nicht in Einklang zu bringen (vgl. EuGH, a.a.O., Rdnr. 93; OLG Celle, a.a.O., Rdnr. 104). Darum geht es jedoch bei der Frage einer anspruchsmindernden An-

rechnung von Nutzungsentschädigung und Restwert auf den Schaden gerade nicht (vgl. OLG Celle, a.a.O., Rdnr. 105). Vielmehr führt die Anrechnung lediglich dazu, dass der Schutz der unionsrechtlich gewährleisteten Rechte nicht zu einer ungerechtfertigten Bereicherung der Anspruchsberechtigten führt (vgl. OLG Celle, a.a.O.). Hierfür zu sorgen, hat der EuGH die nationalen Gerichte indes ausdrücklich aufgefordert (vgl. EuGH, Urteil vom 25. März 2021 - C-501/18 -, juris, Rdnr. 125; OLG München, Urteil vom 15. November 2023 - 7 U 197/22 -, juris, Rdnr. 67; OLG Celle, a.a.O.).

Allerdings sind Nutzungsvorteile und der Restwert des Fahrzeugs auf den Anspruch auf kleinen Schadensersatz erst dann und nur insoweit schadensmindernd anzurechnen, als sie den tatsächlichen Wert des Fahrzeugs bei Abschluss des Kaufvertrags übersteigen (vgl. BGH, a.a.O., Rdnr. 22). Diese für den kleinen Schadensersatz entwickelten Grundsätze gelten auch für einen Anspruch aus sittenwidriger vorsätzlicher Schädigung gemäß § 826 BGB (vgl. BGH, a.a.O., Rdnr. 17; Urteil vom 25. Mai 2020 - VI ZR 252/19 -, juris, Rdnr. 66) und für den - hier in Rede stehenden - aus §§ 823 Abs. 2 BGB, 6 Abs. 1, 27 Abs. 1 EG-FGV folgenden Anspruch auf Ersatz des sogenannten Differenzschadens (vgl. BGH, Urteil vom 26. Juni 2023 - VIa ZR 335/21 -, juris, Rdnr. 80).

Den Restwert des streitgegenständlichen Fahrzeugs - entsprechend demjenigen Betrag, den der Kläger bei zumutbaren Bemühungen im aktuellen Zustand auf dem für ihn allgemein zugänglichen regionalen Markt hätte erzielen können (vgl. insoweit BGH, NJW 2009, 1265, 1265 f., Rdnr. 10) - zum Zeitpunkt der Veräußerung des Wagens schätzt (§ 287 Abs. 1 Sätze 1 und 2 ZPO) der Senat auf 10.465,-- €. Denn die klägerseits mit Schriftsatz vom 4. September 2024 wiedergegebene „Vorläufige Wertindikation“ der *Deutschen Automobil Treuhand GmbH* (DAT) weist für ein erstmals im November 2013 zugelassenes Basismodell („Ausstattungsline Standard“) *Mercedes-Benz E 250 T CDI BlueEFFICIENCY* mit einer Laufleistung von 169.692 km einen Wert von 9.100,-- € aus. Bedenkt man, dass das streitgegenständliche Fahrzeug zwar einerseits bereits im November 2011 erstmals zugelassen worden war und zudem lediglich eine Laufleistung von 167.700 km aufwies, andererseits aber unstreitig über umfangreiche (Sonder-)Ausstattungsmerkmale verfügte, die nach der klägerseits vorgelegten vorläufigen Wertindikation den Preis um bis zu 30 % erhöhen können, ist eine Schätzung des Restwerts auf 10.465,-- € (= 115 % von 9.100,-- €) an-

gemessen. Dabei ist auch zu berücksichtigen, dass das Fahrzeug selbst nach dem Vorbringen der Beklagten nicht über eine „Vollausstattung“ verfügte.

Dem gegenüber stellen die beklagtenseits in Bezug genommenen Daten des Internetportals *mobile.de* keine gleichwertige Schätzungsgrundlage dar. Dies folgt schon daraus, dass auf Internetangebots-Plattformen genannte Preise die Vorstellung des Anbieters darstellen und der im Rahmen eines etwa folgenden Verkaufs nach Verhandlungen mit dem Käufer tatsächlich vereinbarte Preis häufig geringer sein wird (vgl. OLG Karlsruhe, Urteil vom 25. September 2024 - 6 U 155/21 -, juris, Rdnr. 155, m.w.N.; OLG München, Urteil vom 26. August 2024 - 17 U 779/21 -, juris, Rdnr. 60; OLG Koblenz, Urteil vom 12. Juni 2024 - 10 U 2076/22 -, juris, Rdnr. 26; OLG Brandenburg, Urteil vom 9. April 2024 - 3 U 224/22 -, juris, Rdnr. 70). Die klägerseits wiedergegebene „Vorläufige Wertindikation“ stellt mithin eine wesentlich tauglichere Schätzungsgrundlage als die beklagtenseits vorgelegten Internet-Annoncen dar.

Anders als der Kläger meint, ist statt des Restwerts allerdings auch nicht lediglich der von ihm erzielte Verkaufserlös in Höhe von 5.000,-- € schadensmindernd zu berücksichtigen. Denn dieser entsprach nach dem Vorstehenden nicht dem tatsächlichen (Rest-)Wert des Fahrzeugs und war deshalb nicht marktgerecht. Denn der Restwert eines Kraftfahrzeugs ist gerade als derjenige Betrag zu definieren, den ein Verkäufer bei zumutbaren Bemühungen im aktuellen Zustand auf dem für ihn allgemein zugänglichen regionalen Markt erzielen könnte (vgl. insoweit BGH, NJW 2009, 1265, 1265 f., Rdnr. 10). Im Wege der Vorteilsausgleichung ist aber - dem Rechtsgedanken des § 254 Abs. 2 Satz 1 BGB entsprechend - gerade der erzielte marktgerechte Verkaufserlös mit einem dem Käufer zustehenden (Differenz-)Schadensersatz zu verrechnen (vgl. *Senat*, Urteil vom 9. April 2024 - 9 U 109/23 -; BGH, Urteil vom 25. September 2023 - VIa ZR 1/23 -, juris, Rdnr. 17).

Zu dem auf 10.465,-- € zu schätzenden Restwert tritt im Streitfall ein Wert der klägerseits gezogenen Nutzungen in Höhe von rd. 19.848,54 € hinzu. Die Summe des Restwerts und des Werts der gezogenen Nutzungen beträgt mithin rd. 30.313,54 €.

Zu berücksichtigen sind hier alle Nutzungen, welche der Kläger bis zum Zeitpunkt der letzten mündlichen Tatsachenverhandlung, mithin bis zum Schluss der mündlichen Verhandlung in der Berufungsinstanz, gezogen hat (vgl. BGH, Urteil vom 21. Februar 2022 - VIa ZR 8/21 -, juris, Rdnr. 17).

juris, Rdnr. 28, m.w.N.). Diese liegen in unstreitig 140.200 (= 167.700 - 27.500) - bis zur Veräußerung des Wagens - gefahrenen Kilometern.

Ausgehend hiervon ist der Wert der klägerseits gezogenen Nutzungsvorteile linear zu berechnen. Es ist also der von dem Kläger gezahlte Kaufpreis für das Fahrzeug durch die voraussichtliche Restlaufleistung im Erwerbszeitpunkt zu dividieren und dieser Wert dann mit den gefahrenen Kilometern zu multiplizieren (vgl. *Senat*, Urteil vom 13. August 2024 - 9 U 629/22 -; Urteil vom 14. Mai 2024 - 9 U 104/22 -; Urteil vom 2. April 2024 - 9 U 2158/21 -; Urteil vom 27. Februar 2024 - 9 U 1710/21 -; Urteil vom 30. Januar 2024 - 9 U 638/23 -; Urteil vom 19. Dezember 2023 - 9 U 941/22 -; Urteil vom 26. April 2023 - 9 U 2226/21 -; Urteil vom 27. April 2022 - 9 U 976/21 -; Urteil vom 16. März 2022 - 9 U 1191/21 -; BGH, Urteil vom 30. Juli 2020 - VI ZR 354/19 -, juris, Rdnr. 13; Urteil vom 25. Mai 2020 - VI ZR 252/19 -, juris, Rdnr. 80; OLG München, Urteil vom 29. Januar 2021 - 21 U 52/20 -, juris, Rdnr. 69).

Die voraussichtliche Gesamtlauflistung des streitgegenständlichen Fahrzeugs ist seitens des Senats nach § 287 ZPO zu schätzen. Die Norm ist - unter anderem - auf den Vorteilsausgleich anwendbar (vgl. BGH, NJW 2005, 1041, 1043; Musielak/Voit-Foerste, ZPO, 21. Aufl. 2024, § 287, Rdnr. 3). Hinreichende Schätzungsgrundlagen liegen mit dem konkreten Fahrzeugtyp einschließlich seiner Motorisierung vor.

Hiervon ausgehen ist die zu erwartende Gesamtlauflistung des noch zur sogenannten *Mittelklasse* zählenden und mit einem nur über rund 2,2 Liter Hubraum verfügenden Motor ausgestatteten streitgegenständlichen Kraftfahrzeugs auf 250.000 km zu schätzen (vgl. Insoweit auch OLG Stuttgart, Urteil vom 19. Oktober 2023 - 24 U 193/21 -, juris, Rdnr. 83 f.). Hinreichender Vortrag des Klägers dahingehend, aus welchen konkreten Gründen ein Pkw wie der hier streitgegenständliche in der Regel eine Gesamtlauflistung von mehr als 250.000 km erreiche ist im Übrigen nicht ersichtlich.

Der Wert der klägerseits gezogenen Nutzungen ist nach alledem wie folgt zu berechnen:

$$31.500,- \text{ €} / (250.000 \text{ km} - 27.500 \text{ km}) \times 140.200 \text{ km} \approx 19.848,54 \text{ €}$$

Maßgeblicher Ausgangspunkt dieser Berechnung ist - wie bereits erwähnt - der klägerseits gezahlte Kaufpreis und nicht der tatsächliche Wert des Fahrzeugs zum Zeitpunkt des Kaufs. Denn der Käufer eines Fahrzeugs erwirbt zu dem tatsächlich gezahlten Preis die Möglich-

keit, dieses ohne zeitliche Begrenzung über die gesamte Laufleistung zu nutzen. Gerade der vereinbarte Kaufpreis ist also wertbestimmend für die Nutzungen des Wagens. Eine Gefahr der Stilllegung des Fahrzeugs ist diesbezüglich hingegen nicht von Relevanz. Denn eine solche hat sich insoweit, wie Nutzungen tatsächlich gezogen worden sind, gerade nicht realisiert (vgl. BGH, Urteil vom 12. März 2024 - VI ZR 381/20 -, Rdnr. 13).

Jedenfalls soweit hier ein auf dem *Thermofenster* beruhender Schaden in Rede steht, ist eine weitergehende Schadenskompensation indes nicht festzustellen. Insbesondere hat der Wagen durch das beklagtenseits für ihn angebotene Software-Update insoweit keine (nachträgliche) Aufwertung erfahren. Der Kläger ist auch nicht so zu behandeln (vgl. insoweit BGH, Urteil vom 23. Oktober 2023 - VIa ZR 468/21 -, juris, Rdnr. 14, m.w.N.; OLG Braunschweig, Beschluss vom 29. April 2024 - 9 U 25/24 -, juris, Rdnr. 18; OLG Frankfurt am Main, Urteil vom 25. Januar 2024 - 26 U 51/21 -, juris, Rdnr. 37; OLG Karlsruhe, Urteil vom 19. Dezember 2023 - 14 U 6/22 -, juris, Rdnr. 93).

Zwar hat die Beklagte vorgetragen, bei betriebswarmem Motor werde die Rate der Abgasrückführung nach Aufspielen des Software-Updates erst unterhalb von Umgebungslufttemperaturen von ungefähr 0 °C und oberhalb von Umgebungslufttemperaturen von ungefähr +40 °C schrittweise reduziert. Auch das derart bedatete *Thermofenster* ist indes unzulässig. Infolgedessen ist hinsichtlich dieser Funktion durch das Update keine signifikante Reduzierung der Gefahr von Betriebsbeschränkungen herbeigeführt worden.

Dass im Unionsgebiet Außentemperaturen von unter 0 °C - jedenfalls in den Herbst- und Wintermonaten - üblich sind, ist allgemeinkundig (§ 291 ZPO, vgl. insoweit Münch-Komm-Prütting, ZPO, 6. Aufl. 2020, § 291, Rdnr. 5 bis 7, m.w.N.). Im Übrigen ist - wie bereits erwähnt - zur Auslegung des Begriffs der üblichen Fahrbedingungen unter anderem Art. 3 Abs. 9 Unterabs. 2 VO (EG) Nr. 692/2008 heranzuziehen (vgl. EuGH, Urteil vom 14. Juli 2022 - C-128/20 -, juris, Rdnr. 45; OLG Celle, Urteil vom 11. Oktober 2023 - 7 U 794/21 -, juris, Rdnr. 12). Dieser sieht einen seitens der Hersteller zu erbringenden Beleg dafür vor, dass die Stickstoffoxid (NOx)-Nachbehandlungseinrichtung nach einem Kaltstart bei -7 Grad Celsius innerhalb von 400 Sekunden eine für das ordnungsgemäße Arbeiten ausreichend hohe Temperatur erreicht (vgl. EuGH, a.a.O.; OLG Celle, a.a.O.). Daraus ist zu folgern, dass zu den üblichen tatsächlichen Fahrbedingungen in den Mitgliedsstaaten der Europäischen Union jedenfalls der Betrieb eines Fahrzeugs bei Umgebungstemperaturen von

weniger als 0 °C gehört (vgl. *Senat*, Urteil vom 19. Dezember 2023 - 9 U 941/22 -; OLG Celle, a.a.O.).

Ob die *Kühlmittel-Solltemperatur-Regelung* durch ein Software-Update vollständig entfernt werden könnte, ist nach alledem nicht mehr von entscheidender Bedeutung und kann folglich dahinstehen. Denn selbst bejahendenfalls bestünde vorliegend noch ein nicht kompensierter (Differenz-)Schaden in Höhe von 1.186,46 € entsprechend rd. 3,77 % des klägerseits gezahlten Kaufpreises.

Auch die Entfernung der *Kühlmittel-Solltemperatur-Regelung* durch ein Software-Update könnte nämlich nur zu einem Schadensausgleich in Höhe von 5 % des klägerseits gezahlten Kaufpreises führen. Die Summe aus dem Wert der klägerseits gezogenen Nutzungen und dem anzurechnenden Restwert des Fahrzeugs überstiege die Differenz aus gezahltem Kaufpreis und dem verbleibenden Differenzschaden von 29.925,-- € dann immer noch um 388,54 €.

So existiert bei dem hier in Rede stehenden Wagen mit dem *Thermofenster* jedenfalls noch eine unzulässige Abschalteneinrichtung. Des Weiteren ist zwar ein entsprechender Rechtsirrtum der Beklagten und damit ein nur fahrlässiges Verhalten nach wie vor nicht festzustellen. Sowohl hinsichtlich des erstrebten Umweltschutzniveaus als auch des Grads des Verschuldens bleibt der auf dem *Thermofenster* beruhende Verstoß der Beklagten aber dennoch weit hinter dem einer manipulativen Prüfstandserkennung zurück. Zudem kann nach wie vor nicht unberücksichtigt bleiben, dass die hier nur noch in Rede stehende Abschalteneinrichtung seitens der zuständigen Typgenehmigungsbehörde - namentlich seitens des *Kraftfahrt-Bundesamts* - jahrelang unbeanstandet geblieben und in der Fachwelt anerkannt war (vgl. zu allem Vorstehenden auch *Senat*, Urteil vom 19. Dezember 2023 - 9 U 941/22 -).

Der hier in Rede stehende Schadensersatzanspruch des Klägers ist auch nicht verjährt. Der Anspruch auf Differenzschadensersatz verjährt nach § 195 BGB innerhalb von drei Jahren. Die Verjährung beginnt mit dem Schluss des Jahres, in dem der Anspruch entstanden ist und der Gläubiger von den den Anspruch begründenden Umständen und der Person des Schuldners Kenntnis erlangt oder ohne grobe Fahrlässigkeit erlangen müsste (§ 199 Abs. 1 BGB). Dass diese Voraussetzungen vor dem Jahr 2017 vorlagen und die Verjährungsfrist

daher durch die im Juli 2020 anhängig gemachte und im September 2020 zugestellte Klage nicht rechtzeitig gemäß § 204 Abs. 1 Nr. 1 BGB gehemmt wurde, hat die insoweit darlegungs- und beweisbelastete Beklagte (vgl. BGH, Urteil vom 3. September 2020 - III ZR 136/18 -, juris, Rdnr. 55; OLG Stuttgart, Urteil vom 11. Januar 2024 - 24 U 241/22 -, juris, Rdnr. 59) nicht schlüssig vorgetragen.

Dies gilt zum einen hinsichtlich einer positiven Kenntnis des Klägers von der Existenz des *Thermofensters* und der *Kühlmittel-Solltemperatur-Regelung* gerade bei dem streitgegenständlichen Fahrzeug. Zu welchem Zeitpunkt der Kläger eine solche Kenntnis erlangt haben soll, hat die Beklagte schon gar nicht konkret behauptet.

Die Beklagte hat auch keine hinreichenden Umstände dargetan, aufgrund derer der Klagepartei die hier maßgeblichen Tatsachen ohne grobe Fahrlässigkeit zur Kenntnis hätten gelangen müssen. Insbesondere ergaben sich aus der Ad-hoc Mitteilung der *Volkswagen AG* vom 22. September 2015 keine Hinweise auf möglicherweise unzulässige Abschalteinrichtungen in Fahrzeugen der Beklagten, die solche bis heute in Abrede stellt (vgl. OLG Saarbrücken, Urteil vom 31. Oktober 2024 - 4 U 74/23 -, juris, Rdnr. 40; OLG Karlsruhe, Urteil vom 13. Dezember 2023 - 6 U 198/20 -, juris, Rdnr. 255).

Ebenfalls unerheblich ist, dass dem ersten Bericht der *Untersuchungskommission Volkswagen* vom 22. April 2016 zu entnehmen gewesen sein mag, dass sogenannte *Thermofenster* auch in Fahrzeugen der Beklagten vorhanden seien. Soweit die Beklagte darauf hinweist, dass der Bericht breit in den Medien aufgegriffen worden sei, behauptet sie schon nicht, dass gerade über dieses Detail berichtet worden sei und damit auch ein Urteil über die Zulässigkeit von *Thermofenstern* verbunden gewesen sei. Allerdings gibt die Beklagte einen Bericht der *Tagesschau* vom selben Tag wieder, wonach die Prüfer bei zahlreichen Herstellern einen anderen „Trick“ festgestellt haben sollen, nämlich die Nutzung des sogenannten *Thermofensters*, also des Zurückfahrens der Reinigung der Abgase bei bestimmten Außentemperaturen. Ein konkreter Bezug zu den Fahrzeugen gerade (auch) der Beklagten ist dem aber nicht zu entnehmen. Im Übrigen wird in der Berichterstattung bloß auf „Zweifel“ der Untersuchungskommission an der Notwendigkeit dieser Vorrichtung zum Motorschutz, eine Aufforderung zur Beschränkung auf das notwendige Maß und einen freiwilligen Rückruf hingewiesen. Dem ist nicht zu entnehmen, dass Fahrzeuge der Beklagten und insbesondere das vom Kläger erworbene Fahrzeug von einer unzulässigen Gestaltung der

Emissionskontrolle betroffen waren. Entsprechendes gilt für die am selben Tag veröffentlichte Pressemitteilung, in der die Beklagte ausdrücklich darauf hinweist, Kunden freiwillige Software-Updates anzubieten. Schließlich ist zumindest ein konkreter Bezug zum klägerischen Fahrzeug auch nicht dem Bericht des Handelsblatts vom 20. April 2016 zu entnehmen, in dem unter dem Titel „Diesel-Betrug – Der Schmutz hinter dem Thermofenster“ zur Verwendung von *Thermofenstern* in Fahrzeugen der Beklagten berichtet worden sein mag. Abgesehen von alledem ist weder behauptet noch ohne weiteres anzunehmen, dass der Kläger eine dieser öffentlichen Verlautbarungen tatsächlich bereits im Jahr 2016 zur Kenntnis genommen hat. Jedenfalls ist nicht zu erkennen, dass der Kläger schon zu diesem Zeitpunkt in der Lage und ohne grobe Fahrlässigkeit gehalten war, sich die für eine aussichtsreiche gerichtliche Geltendmachung seines Anspruchs erforderlichen Kenntnisse davon zu verschaffen, ob und in welcher Weise sein Fahrzeug mit einer temperaturabhängigen Steuerung der Abgasrückführung versehen und zudem deshalb unzulässig ausgestaltet war (vgl. zu allem Vorstehenden OLG Karlsruhe, a.a.O., Rdnr. 256).

Dass der Kläger seine Klage zunächst ausschließlich auf Ersatz des sogenannten großen Schadensersatzes gerichtet hat, ist ebenfalls unschädlich. Denn die durch die Klageerhebung bewirkte Hemmung der Verjährung umfasst gerade auch den Anspruch auf Differenzschadensersatz (vgl. OLG Saarbrücken, a.a.O.; OLG Stuttgart, Urteil vom 11. Januar 2024 - 24 U 241/22 -, juris, Rdnr. 60 ff., m.w.N.). Insoweit handelt es sich um einen einheitlichen materiell-rechtlichen Anspruch (vgl. BGH, Urteil vom 13. Juni 2022 - VIa ZR 680/21 -, juris, Rdnr. 26).

Der auf den Differenzschadensbetrag entfallende Zinsanspruch folgt aus §§ 291, 288 Abs. 1 Satz 2 BGB, 261 Abs. 1, 253 Abs. 1 ZPO.

Ein Anspruch auf Ersatz von im Zusammenhang mit der außergerichtlichen Rechtsverfolgung entstandenen Rechtsanwaltsgebührenforderungen steht dem Kläger der Beklagten gegenüber indes nicht zu. Ein derartiger Anspruch besteht unter keinem rechtlichen Gesichtspunkt.

Bei der Beurteilung der Frage, ob und in welchem Umfang der dem Geschädigten zustehende Schadensersatzanspruch auch die Erstattung von Rechtsanwaltskosten umfasst, ist zwischen dem Innenverhältnis des Geschädigten zu dem für ihn tätigen Rechtsanwalt und dem Außenverhältnis des Geschädigten zum Schädiger zu unterscheiden. Voraussetzung für einen Erstattungsanspruch ist grundsätzlich, dass der Geschädigte im Innenverhältnis zur Zahlung der in Rechnung gestellten Kosten verpflichtet ist und die konkrete anwaltliche Tätigkeit im Außenverhältnis aus der maßgeblichen Sicht des Geschädigten mit Rücksicht auf seine spezielle Situation zur Wahrnehmung seiner Rechte erforderlich und zweckmäßig war (vgl. zu allem Vorstehenden BGH, Urteil vom 22. Juni 2021 - VI ZR 353/20 -, juris, Rdnr. 6, m.w.N.).

Ob eine vorprozessuale anwaltliche Zahlungsaufforderung eine Geschäftsgebühr nach Nr. 2300 VV RVG auslöst oder als der Vorbereitung der Klage dienende Tätigkeit nach § 19 Abs. 1 Satz 2 Nr. 1 RVG zum Rechtszug gehört und daher mit der Verfahrensgebühr nach Nr. 3100 VV RVG abgegolten ist, ist eine Frage des Innenverhältnisses, nämlich der Art und des Umfangs des im Einzelfall erteilten Mandats. Erteilt der Mandant den unbedingten Auftrag, im gerichtlichen Verfahren tätig zu werden (vgl. Vorbemerkung 3 Abs. 1 Satz 1 VV RVG), lösen bereits Vorbereitungshandlungen die Gebühren für das gerichtliche Verfahren aus, und zwar auch dann, wenn der Anwalt zunächst nur außergerichtlich tätig wird. Für das Entstehen der Geschäftsgebühr nach Nr. 2300 VV RVG ist dann kein Raum mehr. Anders liegt es, wenn sich der Auftrag nur auf die außergerichtliche Tätigkeit des Anwalts beschränkt oder der Prozessauftrag jedenfalls unter der aufschiebenden Bedingung erteilt wird, dass zunächst vorzunehmende außergerichtliche Einigungsversuche erfolglos bleiben (vgl. zu allem Vorstehenden BGH, a.a.O., Rdnr. 7, m.w.N.).

Die Darlegungs- und Beweislast insoweit obliegt dem Kläger. Dieser muss schlüssig darlegen, seinen Prozessbevollmächtigten zunächst lediglich mit seiner außergerichtlichen Vertretung beauftragt oder ihm einen nur bedingten Prozessauftrag erteilt zu haben (vgl. BGH, a.a.O., Rdnr. 8).

Dem hat der Kläger nicht Genüge getan. Entsprechender Vortrag fehlt gänzlich. Dass der Auftrag auf die außergerichtliche Tätigkeit der von ihm beauftragten Rechtsanwälte beschränkt oder der Prozessauftrag jedenfalls unter der aufschiebenden Bedingung erteilt wurde, dass zunächst vorzunehmende außergerichtliche Einigungsversuche erfolglos blei-

ben, ist dem Klagevorbringen nicht zu entnehmen. Eines gerichtlichen Hinweises hierauf bedurfte es nach § 139 Abs. 2 Satz 1 ZPO („soweit nicht nur eine Nebenforderung betroffen ist“) nicht.

Mangels einer insoweit bestehenden entsprechenden Hauptforderung scheiden im Übrigen auch etwaige Zinsansprüche ohne Weiteres aus.

Auch im Übrigen stehen dem Kläger der Beklagten gegenüber weitergehende Ansprüche unter keinem rechtlichen Gesichtspunkt zu. Die Klage ist insoweit unbegründet.

Hinsichtlich anderer als deliktischer Ansprüche folgt dies bereits aus der insoweit eingetretenen (Teil-)Rechtskraft des Senatsurteils vom 9. November 2022 (vgl. insoweit BGH, Urteil vom 11. Juni 2024 - VIa ZR 1647/22 -, Rdnr. 5). Diesbezüglich wird - zur Vermeidung unnötiger Wiederholungen - auf die entsprechenden Ausführungen des Senats in den Gründen seines vorbezeichneten Urteils Bezug genommen. Diese treffen nach wie vor zu (vgl. insoweit auch BGH, a.a.O., Rdnr. 10).

Die Kostenentscheidung beruht auf §§ 97 Abs. 1, 516 Abs. 3, 92 Abs. 1 Satz 1, Abs. 2 ZPO. Danach hat der Kläger auch die Kosten seiner erfolgreichen Revision zu tragen. Denn für die Kostentragung kommt es maßgeblich allein auf das letzte Obsiegen beziehungsweise Unterliegen an (vgl. MünchKomm-Schulz, ZPO, 6. Aufl. 2020, § 97, Rdnr. 14 und Rdnr. 17).

Anders als der Kläger meint, gebietet auch der unionsrechtliche Effektivitätsgrundsatz (*effet utile*) weder eine andere Beurteilung noch eine Vorlage an den Gerichtshof der Europäischen Union nach Art. 267 AEUV. Denn die §§ 91 ff. ZPO schaffen kein erhebliches Hindernis, das geeignet wäre, Geschädigte wie den Kläger davon abzuhalten, ihre aus Art. 3 Nr. 36, Art. 18 Abs. 1, Art. 26 Abs. 1 und Art. 46 der Richtlinie 2007/46/EG folgenden Schadensersatzansprüche gerichtlich durchzusetzen (vgl. insoweit EuGH, Urteil vom 21. März 2024 - C-714/22 -, juris, Rdnr. 83 f., m.w.N.).

Dabei kann offen bleiben, ob es - wie der Kläger meint - für den Fahrzeughersteller in der Praxis aufgrund der dynamischen Entwicklung und Bemessung des Vorteilsausgleichs so-

wie der Höhe des ersatzfähigen Differenzschadens wirklich unmöglich oder mindestens übermäßig schwierig ist, den Umfang seines Anspruchs auf Ersatz eines angemessenen Schadens, der ihm durch die Ausrüstung seines Fahrzeuges mit einer unzulässigen Abschaltanlage entstanden ist, zu bestimmen. Denn selbst für einen solchen Fall stehen dem Kläger hinsichtlich des ursprünglich berechtigten Teils seiner Ansprüche zur Vermeidung einer entsprechenden Kostenlast grundsätzlich die Möglichkeiten der - übereinstimmenden (vgl. § 91a Abs. 2 Satz 1 ZPO) oder einseitigen (vgl. insoweit Musielak/Voit-Flockenhaus, ZPO, 21. Auflage 2024, § 91a, Rdnr. 28, m.w.N.) - Erledigungserklärung sowie eines unbezifferten Antrags mit der Kostenfolge des § 92 Abs. 2 Nr. 2 ZPO zur Seite. Diese führen im Streitfall nur deshalb nicht zu einer für den Kläger - zumindest teilweisen - günstigen Kostenfolge, weil die von diesem zunächst geltend gemachten Ansprüche auf Rückabwicklung des von ihm geschlossenen Kaufvertrags beziehungsweise auf sogenannten großen Schadensersatz von Anfang an (erkennbar) nicht bestanden.

Die Entscheidung über die vorläufige Vollstreckbarkeit folgt aus §§ 708 Nr. 10, 713, 543 Abs. 1, 544 Abs. 2 ZPO.

Der Streitwert für das Berufungsverfahren wird gemäß §§ 47 Abs. 1 Satz 1, 45 Abs. 1 Satz 2, 40, 37, 43 Abs. 1, 48 Abs. 1 Satz 1 GKG, 3 ZPO auf 29.013,93 € festgesetzt. Hiervon entfallen 25.013,93 € auf den ursprünglichen Hauptantrag sowie 4.000,-- € (entsprechend 80 % des Regelstreitwerts von 5.000 Euro) auf den zunächst hilfsweise angebrachten Feststellungsantrag.

Die Revision ist nicht zuzulassen. Die vorliegende Rechtssache hat keine grundsätzliche Bedeutung (§ 543 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 ZPO). Auch liegen die Voraussetzungen des § 543 Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 ZPO nicht vor; weder die Fortbildung des Rechts noch die Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung erfordert eine Entscheidung des Revisionsgerichts. Die Entscheidung des vorliegenden Rechtsstreits ist im Wesentlichen von den Besonderheiten

des zugrundeliegenden Einzelfalles geprägt und fußt im Übrigen auf einschlägiger sowie gesicherter und aktueller Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs sowie der Oberlandesgerichte.


S e m m e l r o g g e

H o f f k n e c h t


C o h n e n

Oberlandesgericht Koblenz
9 U 102/22

Verkündet am 21.01.2025

, Justizbeschäftigte
als Urkundsbeamtin der Geschäftsstelle

Beglaubigt:

() , Justizbeschäftigte
als Urkundsbeamtin der Geschäftsstelle

(Dienstsiegel)