

Gericht:	OLG Stuttgart 24. Zivilsenat
Entscheidungsdatum:	26.06.2025
Aktenzeichen:	24 U 2614/22
ECLI:	ECLI:DE:OLGSTUT:2025:0626.24U2614.22.00
Dokumenttyp:	Urteil
Quelle:	
Normen:	§ 31 BGB, § 187 Abs 1 BGB, § 204 Abs 1 Nr 1 BGB, § 254 Abs 2 S 1 Alt 2 BGB, § 291 BGB ... mehr

Vorteilsausgleichung bei unzulässiger Abgasrückführung und Fahrzeugveräußerung unter Marktwert im Dieselfahrerfahren

Leitsatz

Auf den Einwand des Herstellers in einem "Dieselfall", dass der Geschädigte sein Fahrzeug unter Marktwert und ohne die erforderliche Abklärung des marktgerechten Restwertes veräußert habe, muss der Geschädigte sekundär darlegen, welche Bemühungen er zur Abklärung des Marktpreises unternommen hat. Sofern eine solche Abklärung durch Einholung weiterer Händlerangebote erfolgt sein soll, obliegt es dem Geschädigten, unter Benennung eines Ansprechpartners darzulegen, wann das Fahrzeug, wem angeboten wurde und in welcher Höhe ein Ankaufsangebot abgegeben wurde.(Rn.72) (Rn.77) (Rn.80)

Orientierungssatz

1. Ein Anspruch auf Differenzschadensersatz besteht, wenn das Fahrzeug bei Vertragsschluss mit einer unzulässigen Abschalteinrichtung ausgestattet war - auch ohne Eigentumserwerb durch den Geschädigten (Anschluss EuGH, Urteil vom 21. März 2023 - C-100/21 und BGH, Urteil vom 11. September 2023 - VIa ZR 1693/22).(Rn.26)
2. Eine temperaturabhängig arbeitende Abgasrückführung (AGR) und eine Kühlmittel-Solltemperaturregelung (KSR) stellen unzulässige Abschalteinrichtungen dar, wenn sie unter normalen Betriebsbedingungen die Wirksamkeit der Emissionskontrolle reduzieren (Anschluss EuGH, Urteil vom 14. Juli 2022 - C-128/20 und BGH, Urteil vom 26. Juni 2023 - VIa ZR 335/21).(Rn.30) (Rn.42)
3. Die Motorschutzausnahme greift nur bei plötzlicher, nicht vorhersehbarer Gefahr für den sicheren Betrieb des Fahrzeugs; Verschleiß oder Verschmutzung reichen nicht aus (Anschluss EuGH, Urteil vom 17. Dezember 2020 - C-693/18).(Rn.36) (Rn.100)
4. Ein unvermeidbarer Verbotsirrtum erfordert konkrete Anhaltspunkte für eine Rechtsirrtumslage auf Seiten der verantwortlichen Mitarbeiter. Pauschale Hinweise auf fehlende Kenntnis reichen nicht aus (Anschluss BGH, Urteil vom 25. September 2023 - VIa ZR 1/23).(Rn.52)
5. Die Schadenshöhe bemisst sich innerhalb einer Bandbreite von 5-15 % des Kaufpreises unter Berücksichtigung von Risiko, Emissionsrelevanz und Verschuldensgrad (Anschluss BGH, Urteil vom 26. Juni 2023 - VIa ZR 335/21 und BGH, Urteil vom 20. Juli 2023 - III ZR 267/20).(Rn.59)

6. Veräußert der Geschädigte das Fahrzeug unterhalb des marktüblichen Händlereinkaufspreises ohne ausreichende Abklärung, liegt ein schadensminderndes Mitverschulden vor (Fortführung OLG Stuttgart, Urteil vom 29. Februar 2024 - 24 U 1424/22).(Rn.74) (Rn.81)

7. Bei Veräußerung unter Marktwert trifft den Geschädigten eine sekundäre Darlegungslast zur Abklärung des Marktpreises, insbesondere zu eingeholten Angeboten und Ansprechpartnern.(Rn.80)

8. Erzielt der Geschädigte weniger als 90 % des DAT-Händlereinkaufspreises, ist im Rahmen der Vorteilsausgleichung ein korrigierter Restwert anzusetzen.(Rn.81)

9. Ein Software-Update kann den Schaden nicht mindern, wenn es selbst eine unzulässige Abschalteneinrichtung enthält oder diese nicht vollständig entfernt (Anschluss BGH, Urteil vom 26. Juni 2023 - VIa ZR 335/21).(Rn.84) (Rn.86) (Rn.104)

10. Die Einrede der Verjährung greift nicht, wenn der Hersteller nicht darlegt, dass der Käufer bereits vor Klageerhebung Kenntnis von der konkret betroffenen Abschalteneinrichtung hatte (Anschluss BGH, Urteil vom 3. September 2020 - III ZR 136/18 und BGH, Urteil vom 30. Oktober 2023 - VIa ZR 183/21).(Rn.107)

Verfahrensgang

vorgehend LG Stuttgart, 13. Oktober 2022, 11 O 371/21

Tenor

1. Die Berufung der Klagepartei gegen das Urteil des Landgerichts Stuttgart vom 13.10.2022, Az. 11 O 371/21, wird zurückgewiesen.
2. Die Klagepartei hat die Kosten des Berufungsverfahrens zu tragen.
3. Dieses Urteil und das mit der Berufung angefochtene Urteil sind ohne Sicherheitsleistung vorläufig vollstreckbar. Der jeweilige Vollstreckungsschuldner kann die Vollstreckung des jeweiligen Vollstreckungsgläubigers durch Sicherheitsleistung in Höhe von 110% des vollstreckbaren Betrages abwenden, wenn nicht der Vollstreckungsgläubiger vor der Vollstreckung Sicherheit in Höhe von 110% des jeweils zu vollstreckenden Betrages leistet.
4. Die Revision wird zugelassen.
5. Streitwert für das Berufungsverfahren: bis 13.000 €

Gründe

- 1 Die Klagepartei verlangt von der Beklagten Schadensersatz wegen des Erwerbs des streitgegenständlichen Fahrzeugs, da dieses von der Beklagten mit unzulässigen Abschalteneinrichtungen versehen worden sei.
- 2 Die Klagepartei kaufte das streitgegenständliche Fahrzeug Mercedes-Benz E 250 CDI am 01.05.2017 von einem am Rechtsstreit nicht beteiligten Dritten mit einer damaligen Laufleistung von 119.000 km zu einem Preis von 20.000 €. Das Fahrzeug war von der

Beklagten unter Verwendung eines Motors mit der Bezeichnung OM 651 hergestellt worden und verfügt über eine EG-Typgenehmigung nach der Schadstoffklasse Euro 5.

- 3 In dem Fahrzeug kommt eine Abgasrückführung (AGR) zur Anwendung, bei der das im Rahmen der Verbrennung entstandene Abgas in den Brennraum zurückgeleitet wird und somit erneut an der Verbrennung teilnimmt, was sich mindernd auf die Stickoxidemissionen (NOx-Emissionen) auswirkt. Die AGR arbeitet bei dem streitgegenständlichen Fahrzeug u.a. temperaturgesteuert, wird also beim Unterschreiten einer Schwellentemperatur reduziert.
- 4 Weiter verfügt das streitgegenständliche Fahrzeug über eine sogenannte "Kühlmittel-Solltemperatur-Regelung" (KSR), auch als "geregeltes Kühlmittelthermostat" bezeichnet, bei der die - durch den Einsatz einer Kühlung - verzögerte Erwärmung des Motoröls zu niedrigeren NOx-Emissionen führt.
- 5 Über ein SCR-System verfügt das streitgegenständliche Fahrzeug nicht.
- 6 Am 21.09.2020 gab die Klagepartei das Fahrzeug bei einem Kilometerstand von 205.000 zu einem Preis von 4.000 € bei einem Autohaus (Anl. Ka3, eA II - Anlagen Kläger, Bl. 405) in Zahlung. Zwischen den Parteien ist unstreitig, dass das Fahrzeug bei Verkauf normale Gebrauchsspuren, aber - anders als im Weiterverkaufsvertrag ausgewiesen - keinen Unfallschaden aufwies.
- 7 Erstinstanzlich hat die Klagepartei beantragt für Recht zu erkennen:
 - 8 1. Die Beklagte wird verurteilt, an die Klagepartei 11.485,56 € nebst Zinsen hieraus in Höhe von 5% Punkten über dem jeweiligen Basiszinssatz seit 14.09.2020 zu bezahlen.
 - 9 2. Die Beklagte wird verurteilt, an die Klagepartei weitere 2.695,89 € Deliktzinsen zu bezahlen.
 - 10 3. Die Beklagte wird verurteilt, die Klagepartei von den Kosten der außergerichtlichen Rechtsverfolgung in Höhe von 1.101,94 € freizustellen.
- 11 Die Beklagte hat beantragt,
 - 12 die Klage abzuweisen.
- 13 Wegen der weiteren Einzelheiten des Sach- und Streitstands wird auf den Tatbestand des angefochtenen Urteils Bezug genommen.

B.

- 14 Das Landgericht hat die Klage abgewiesen und zur Begründung u.a. ausgeführt, der Klagepartei stünden die geltend gemachten Ansprüche nicht zu, weil schon die objektiven Voraussetzungen einer Haftung aus § 826 BGB nicht dargetan seien.

C.

- 15 Gegen dieses Urteil hat die Klagepartei Berufung eingelegt, mit welcher sie ihr ursprüngliches Begehren insoweit zunächst weiterverfolgt hat. Zuletzt hat die Klagepartei in der Hauptsache nurmehr den Anspruch auf Differenzschadensersatz geltend gemacht.

- 16 **Die Klagepartei beantragt - unter Berufungsrücknahme im Übrigen - zuletzt :**
- 17 **1. Die Beklagte wird verurteilt, an den Kläger einen in das Ermessen des Gerichts gestellten Schadensersatz in Form des Differenzschadens von 5 bis 15% des Kaufpreises, also bis zu 3.000,00 € zu bezahlen, nebst Zinsen hieraus in Höhe von 5% Punkten über dem jeweiligen Basiszinssatz seit 25.08.2020.**
- 18 **2. Die Beklagte wird verurteilt, den Kläger von den Kosten der außergerichtlichen Rechtsverfolgung in Höhe von 1.101,94 € vorgerichtlichen Rechtsanwaltskosten freizustellen.**
- 19 **Die Beklagte beantragt**
- 20 **die Berufung zurückzuweisen.**
- 21 Die Beklagte verteidigt das landgerichtliche Urteil und macht insbesondere geltend, dass das Fahrzeug bereits nicht über unzulässige Abschalteinrichtungen verfüge. Die AGR sei aus Motorschutzgründen zulässig; die KSR sei bereits keine Abschalteinrichtung. Zumindest führe das von ihr entwickelte und vom KBA freigegebene Software-Update im Wege der Vorteilsausgleichung zu einem Wegfall eines Schadens. Unabhängig hiervon sei der Klagepartei entgegenzuhalten, dass sie das Fahrzeug deutlich unter Marktwert, welcher bei 9.795€ gelegen habe, verkauft habe. Darüber hinaus erhebt die Beklagte die Einrede der Verjährung.
- D.**
- 22 Der Senat hat mit den Parteien am 03.04.2025 mündlich verhandelt. Zwischen den Parteien ist unstreitig, dass durch am 20.08.2020 ein Software-Update auf das streitgegenständliche Fahrzeug aufgespielt wurde, durch welches nach den Darlegungen der Beklagten die KSR und die Motorstarttemperaturregelung der AGR entfernt wurde und das Außentemperaturfenster für eine unbeschränkte AGR, bei betriebswarmen Motor auf die Grenzen 0°C bis +40°C aufgeweitet wurde. Eine in die Berufungsverhandlung eingeführte Restwertabfrage bei DAT ergab zum Stichtag der Weiterveräußerung einen Händler-einkaufspreis von 7.914 €. Mit Zustimmung der Parteien hat der Senat am 03.04.2025 den Übergang ins schriftliche Verfahren beschlossen (§ 128 Abs. 2 ZPO) und den Zeitpunkt der dem Schluss der mündlichen Verhandlung entspricht auf den 23.06.2025 festgelegt (eA II, Bl. 446).
- 23 Im Übrigen wird auf das Protokoll der Berufungsverhandlung sowie die Berufungsbe-gründung vom 15.11.2022, die Berufungserwiderung vom 08.02.2023 und die weiteren Schriftsätze nebst Anlagen Bezug genommen.
- II.**
- 24 Der zulässigen Berufung der Klagepartei bleibt der Erfolg in der Sache versagt. Der zuletzt in der Hauptsache allein geltend gemachte Anspruch auf den Differenzschadensersatz steht der Klagepartei nicht (mehr) zu, weil die Klagepartei sich so behandeln lassen muss, als habe sie das Fahrzeug für 7.122,60 € verkauft, womit der Differenzschaden auf Grund der im Streitfall vorzunehmenden Vorteilsausgleichung aufgezehrt ist.

A.

1.

- 25 Das Vorliegen der Voraussetzungen eines Anspruchs aus § 826 BGB wird von der Klagepartei nicht mehr behauptet, so dass vom Nichtvorliegen derselben auszugehen ist (vgl. BGH, Urteil vom 26.06.2023 - VIa ZR 335/21, juris Rn. 44).
- 2.**
- 26 Eine Haftung der Beklagten gem. § 823 Abs. 2 BGB in Verbindung mit § 6 Abs. 1, § 27 Abs. 1 EG-FGV - welche an die Stellung der Klagepartei als Vertragspartner anknüpft und eine Eigentümerstellung nicht voraussetzt (vgl. BGH, Urteil vom 11.09.2023 - VIa ZR 1693/22, juris Rn. 7) - ist unter Berücksichtigung der unionsrechtskonformen Auslegung der Art. 18 Abs. 1, Art. 26 Abs. 1 und Art. 46 der zugrundeliegenden Rahmenrichtlinie 2007/46/EG i.V.m. Art. 5 Abs. 2 der Verordnung Nr. 715/2007 nach den Vorgaben des Europäischen Gerichtshofs (vgl. EuGH, Urteil vom 21.03.2023 - C-100/21, juris) begründet.
- 27 Denn das Fahrzeug verfügte zum Zeitpunkt des Abschlusses des Kaufvertrages über drei unzulässige Abschalteinrichtungen im Sinne von Art. 5 Abs. 2 Satz 1 VO (EG) Nr. 715/2007 (a)). Nach inzwischen gefestigter höchstrichterlicher Rechtsprechung (vgl. BGH, Urteile vom 26.06.2023 - VIa ZR 335/21, juris Rn. 34; vom 20.07.2023 - III ZR 267/20, juris Rn. 22ff; vom 24.10.2023 - VI ZR 493/20, juris Rn. 24; vom 26.10.2023 - VII ZR 306/21, juris Rn. 10) haftet die Beklagte daher als Herstellerin des Fahrzeuges gem. § 823 Abs. 2 BGB, soweit sie - wie hier - schuldhaft eine unzutreffende Übereinstimmungsbescheinigung ausgestellt und damit gegen § 6 Abs. 1 und § 27 Abs. 1 EG-FGV verstoßen hat, wobei einer solchen Haftung die grundsätzlichen und unter anderem auf Art. 80 GG gestützten Bedenken der Beklagten nicht entgegenstehen (vgl. BGH, Urteile vom 20.07.2023 - III ZR 267/20, juris Rn. 23 und 32; vom 19.10.2023 - III ZR 221/20, juris Rn. 25; vgl. weiter BGH, Urteil vom 16.10.2023 - VIa ZR 374/22, juris Rn. 11ff). Schuldhaft handelte die Beklagte jedenfalls hinsichtlich der KSR (b)). Die Grundsätze der Vorteilsausgleichung stehen dem Anspruch im Streitfall nicht entgegen (c)).
- 28 a) Das Fahrzeug hat zum Zeitpunkt des Abschlusses des Kaufvertrages - unstreitig - über drei technische Einrichtungen verfügt, die entgegen der Auffassung der Beklagten als Abschalteinrichtungen im Sinne von Art. 3 Nr. 10, Art. 5 Abs. 2 Satz 1 VO (EG) Nr. 715/2007 einzuordnen sind, eine temperaturgesteuerte AGR (sog. Thermofenster) (aa)) und eine KSR (bb)). Für darüberhinausgehende weitere Abschalteinrichtungen sind tatsächliche Anhaltspunkte weder vorgetragen noch ersichtlich.
- 29 aa) Die im Erwerbszeitpunkt in dem streitgegenständlichen Fahrzeug vorhandene temperaturgesteuerte sowie motorstarttemperaturabhängige AGR, bei welcher nach dem Vorbringen der Beklagten eine Reduzierung der Wirksamkeit jedenfalls unterhalb von +7°C Außentemperatur und betriebswarmem Motor sowie dann erfolgte, wenn die Motorstarttemperatur außerhalb eines Temperaturfensters zwischen +18 und +35°C lag oder die Motortemperatur bei Einhaltung dieses Fensters im weiteren Betrieb +86°C überschritt, stellten unzulässige Abschalteinrichtungen im Sinne von Art. 3 Nr. 10, 5 Abs. 2 Satz 1 VO (EG) Nr. 715/2007 dar.
- 30 (1.) (a) Die AGR muss als Emissionskontrollsystem unter normalen Betriebsbedingungen, die beim normalen Fahrzeugbetrieb vernünftigerweise zu erwarten sind, im Sinne

von Art. 3 Nr. 10, Art. 5 Abs. 1 VO (EG) Nr. 715/2007 uneingeschränkt wirksam sein. Anderenfalls handelt es sich um eine Abschalteinrichtung. Diese normalen Betriebsbedingungen im Sinne von Art. 3 Nr. 10, Art. 5 Abs. 1 VO (EG) Nr. 715/2007 umfassen die tatsächlichen Fahrbedingungen, wie sie im Unionsgebiet üblich sind (vgl. EuGH, Urteil vom 14.07.2022, C-128/20, Rn. 40; EuGH, Urteil vom 14.07.2022 - C-134/20, juris Rn. 47), so dass zu ihnen auch der Außentemperaturbereich gehört, der im Gebiet der Europäischen Union üblicherweise vorkommt (vgl. BGH, Urteil vom 26.06.2023 - VIa ZR 335/21, juris Rn. 50). Ausgehend von diesem rechtlich geklärten Verständnis der europarechtlichen Normen, ist es eine Tatsachenfrage, welche Temperaturen im Unionsgebiet üblicherweise, d.h. unter Ausnahme von Extremwetterereignissen, vorkommen. Danach rechnet der Außentemperaturbereich von -15°C bis +40°C, wie der Senat wiederholt entschieden hat, zu den normalen Betriebsbedingungen im Sinn von Art. 3 Nr. 10, Art. 5 Abs. 1 VO (EG) Nr. 715/2007 (vgl. Senatsurteile vom 19.10.2023 - 24 U 103/22, juris Rn. 31; vom 09.11.2023 - 24 U 14/21, juris Rn. 79; vom 11.01.2024 - 24 U 241/22, juris Rn. 7; OLG Frankfurt, Urteil vom 29.11.2023 - 19 U 185/22, juris Rn. 14; VG Schleswig, Urteil vom 20.02.2023 - 3 A 113/18, juris Rn. 267, 274; OLG Schleswig-Holstein, Urteil vom 08.12.2023 - 1 U 105/20, juris Rn. 91: zweistellige Minusgrade - etwa in Skandinavien - und Temperaturen um 40°C - etwa in Südeuropa). Einwendungen gegen diese vom Senat mittlerweile in zahlreichen Entscheidungen gegenüber der Beklagten getroffene tatsächliche Feststellung, dass im Unionsgebiet Außentemperaturen von -15°C, u.a. in Helsinki im Winter, bis zu +40°C, u.a. in der europäischen Mittelmeerregion im Sommer, üblicherweise vorkommen, sind von der Beklagten nicht vorgetragen worden und sind auch nicht ersichtlich.

- 31 (b) Nach dem Vorbringen der Beklagten wurde die AGR im streitgegenständlichen Fahrzeug bei Außentemperaturen unterhalb von +7°C und betriebswarmem Motor in ihrer Wirksamkeit reduziert (sog. Thermofenster).
- 32 (c) Die motorstarttemperaturabhängige Reduzierung der AGR erfolgte vor dem Software-Update, soweit der Motor innerhalb eines Bereichs von 18°C bis 35°C (Motoröltemperatur) gestartet wurde, oberhalb einer Motoröltemperatur von 84°C, mithin sobald der Motor betriebswarm war. Wurde der Motor dagegen bei einer Motoröltemperatur unterhalb von 18°C oder oberhalb von 35°C gestartet, wurde die AGR-Rate bereits vor Erreichen des betriebswarmen Motors reduziert; ersterenfalls oberhalb einer Motoröltemperatur von 20°C, letzterenfalls oberhalb einer Motoröltemperatur von 50°C.
- 33 Dies ergibt sich aus dem Vortrag der Klagepartei, welche sich - worauf der Senat in der mündlichen Verhandlung hingewiesen hat - den Inhalt des den Parteien bekannten Anhörungsschreibens des KBAs vom 05.07.2023 hinsichtlich der Schaltparameter im streitgegenständlichen Fahrzeug nach allgemeinen Grundsätzen stillschweigend zu eigen gemacht hat (vgl. etwa BGH, Urteil vom 22. März 2011 - II ZR 215/09, juris Rn. 23 m.w.N.). Dieser Vortrag blieb auf Nachfrage des Senats beklagtenseits unbestritten (§ 138 Abs. 3 ZPO).
- 34 (2.) Diese Abschalteinrichtungen waren auch unzulässig im Sinne von Art. 5 Abs. 2 Satz 1 VO (EG) Nr. 715/2007. Die Voraussetzungen der in Art. 5 Abs. 2 Satz 2 VO (EG) Nr. 715/2007 genannten Ausnahmetatbestände, unter denen eine Abschalteinrichtung ausnahmsweise zulässig ist, lassen sich dem Vortrag der hierfür darlegungs- und beweisbelasteten Beklagten (vgl. dazu BGH, Urteil vom 26.06.2023 - VIa ZR 335/21, juris Rn. 54) nicht entnehmen. Die Voraussetzungen des Ausnahmetatbestandes des Art. 5 Abs. 2

Satz 2 lit. a VO (EG) Nr. 715/2007 - auf den sich die Beklagte hier maßgeblich beruft - lassen sich ihrem Vortrag nicht entnehmen.

- 35 (a) Der Ausnahmetatbestand des Art. 5 Abs. 2 Satz 2 lit. a VO (EG) Nr. 715/2007 setzt kumulativ (vgl. EuGH, Urteil vom 21.03.2023 - C-100/21, juris Rn. 62; VG Schleswig, Urteil vom 20.02.2023 - 3 A 113/18, juris Rn. 310) voraus, dass eine Notwendigkeit der Einrichtung zum Schutz des Motors vor Beschädigung oder Unfall besteht und dass dies zum sicheren Betrieb des Fahrzeugs erforderlich ist.
- 36 (aa) Die Begriffe "Unfall" und "Beschädigung" in diesem Sinn sind dahin auszulegen, dass eine die Wirkung des Emissionskontrollsystems verringernde Abschalteinrichtung, um nach dieser Bestimmung zulässig zu sein, notwendig sein muss, um den Motor vor plötzlichen und außergewöhnlichen Schäden zu schützen (EuGH, Urteil vom 14.07.2022 - C-145/20, juris Rn. 72, 73), was voraussetzt, dass unmittelbare Risiken für den Motor in Form von Beschädigung oder Unfall bestehen, die beim Fahren eines Fahrzeugs eine konkrete Gefahr hervorrufen (EuGH aaO Rn. 67). Die bloße Verschmutzung und ein Verschleiß des Motors können daher nicht als "Beschädigung" oder "Unfall" in diesem Sinn angesehen werden, da sie im Prinzip vorhersehbar und der normalen Funktionsweise des Fahrzeugs inhärent sind (EuGH aaO Rn. 65; EuGH, Urteil vom 17.12.2020, C-693/18, juris Rn. 110; VG Schleswig, Urteil vom 20.02.2023 - 3 A 113/18, juris Rn. 302).
- 37 (bb) Auch der Begriff "Motor" ist eng auszulegen. AGR-Ventil, AGR-Kühler und Dieselpartikelfilter sind z.B. vom Motor im Sinn dieses Ausnahmetatbestandes getrennte Bauteile (vgl. EuGH, Urteil vom 14.07.2022 - C-128/20, juris Rn. 63; VG Schleswig, Urteil vom 20.02.2023 - 3 A 113/18, juris Rn. 300).
- 38 (cc) Notwendig im Sinn dieses Ausnahmetatbestandes ist eine Abschalteinrichtung zum Motorschutz zudem nur dann, wenn zum Zeitpunkt der EG-Typengenehmigung dieser Einrichtung oder des mit ihr ausgestatteten Fahrzeugs keine andere technische Lösung zur Verfügung gestanden hatte, um unmittelbare Risiken für den Motor in Form von Beschädigung oder Unfall abzuwenden, die beim Fahren eines Fahrzeugs eine konkrete Gefahr hervorrufen (EuGH, Urteile vom 14.07.2022 - C-128/20, juris Rn. 80; C-134/20, juris Rn. 81). Mit der alternativen Technik einhergehende Mehrkosten für den Hersteller fallen dabei nicht ins Gewicht (EuGH, Urteile vom 14.07.2022 - C-145/20, juris Rn. 77, 78; C-128/20, juris Rn. 66, 67). Um notwendig im Sinne von Art. 5 Abs. 2 Satz 2 lit. a VO (EG) Nr. 715/2007 zu sein, darf es sich zudem nicht so verhalten, dass die Abschalteinrichtung 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 (EuGH, Urteil vom 21.03.2023 - C-100/21, NJW 2023, 1111 Rn. 65f).
- 39 (b) Dem Vortrag der Beklagten lassen sich diese Anforderungen nicht entnehmen.
- 40 (aa) Sie hat hierzu vorgetragen, im Fall einer Abgasrückführung bei zu niedrigen Temperaturen komme es zur Kondensation von Abgasbestandteilen, was zu verschiedenen unerwünschten Ablagerungen in den Bauteilen führe. Ein wiederholter Betrieb des Motors in diesem Zustand könne zu einer dauerhaften Schädigung des Motors oder einem plötzlichen Ausfall führen, weshalb es zum Schutz des Motors erforderlich sein könne, die Abgasrückführung abhängig von der Temperatur zu reduzieren. Die von der Motorstarttem-

peratur abhängige Steuerung der AGR trage der mit steigender Motortemperatur abnehmenden AGR-Verträglichkeit Rechnung.

- 41 (bb) Mangels einer konkreten Darlegung der Ausgestaltung der AGR bei Vertragsschluss kann dem Vortrag der Beklagten weder entnommen werden, ob die von ihr behaupteten Ablagerungen an Bestandteilen erfolgen sollen, die nach der vorstehend engen Definition des Motors überhaupt diesem zuzurechnen sind. Ihrem Vortrag lässt sich nicht entnehmen, dass es sich bei den befürchteten Ablagerungen nicht lediglich um bloße Verschmutzungen oder einen Verschleiß des Motors handelt, was nicht als "Beschädigung" oder "Unfall" in diesem Sinn angesehen werden kann. Zudem fehlt eine Darlegung einer Kausalkette für hieraus entstehende unmittelbare Risiken für den Motor, die beim Fahren eine konkrete Gefahr hervorrufen und dass zum Zeitpunkt der Erteilung der EG-Typgenehmigung keine andere technische Lösung zur Verfügung gestanden hatte, um diese zu verhindern.
- 42 bb) Auch die KSR stellte - bereits auf Grundlage des Beklagtenvortrags - eine Abschalt-einrichtung im Sinne von Art. 3 Nr. 10, Art. 5 Abs. 1 VO (EG) Nr. 715/2007 dar (1.), die ebenfalls unzulässig ist (2.).
- 43 (1.) Die KSR ist eine Abschalt-einrichtung im Sinne von Art. 3 Nr. 10, Art. 5 Abs. 1 VO (EG) Nr. 715/2007.
- 44 (a) Der Hersteller hat nach Art. 4 Abs. 2 VO (EG) Nr. 715/2007 sicherzustellen, dass die ergriffenen technischen Maßnahmen die Emissionen während der gesamten Lebensdauer des Fahrzeugs und bei normalen Nutzungsbedingungen, also auch bei betriebswarmem Motor, wirksam begrenzen. Hierzu hat er das Fahrzeug nach Art. 5 Abs. 1 VO (EG) Nr. 715/2007 entsprechend auszurüsten (vgl. VG Schleswig, Urteil vom 20.02.2023 - 3 A 113/18, juris Rn. 232). Diesen Anforderungen genügt die KSR aufgrund ihres begrenzten Wirkbereiches nicht. Senatsbekannt wird bei der KSR die Solltemperatur für das Kühlmittelthermostat (von 95°C oder je nach Fahrzeug: 100°C) unter bestimmten Betriebsumständen auf 70° C abgesenkt, wodurch eine frühere Zuschaltung des großen Kühlkreislaufes bewirkt wird, welche zu einer langsameren Erwärmung des Motors führt und aufgrund der so länger vorherrschenden kühleren Motortemperaturen höhere AGR-Raten ermöglicht. Da dieses durch die KSR optimierte Emissionsverhalten nur während der Warmlaufphase des Motors aufrechterhalten werden kann, aber auch Fahrten jenseits der Warmlaufphase - Fahren mit betriebswarmem Motor - zu den Bedingungen des normalen Betriebs im Sinn von Art. 5 Abs. 1 VO (EG) Nr. 715/2007 gehören, handelt es sich aus diesem Grund bereits um ein nicht zulässiges Emissionskontrollsystem. Anhaltspunkte dafür, dass das durch die KSR optimierte Emissionsverhalten jenseits der Warmlaufphase, also bei betriebswarmem Motor, durch andere Einrichtungen aufrechterhalten wird, sind weder ersichtlich noch vorgetragen (vgl. Senatsurteil vom 30.11.2023 - 24 U 153/21, juris Rn. 94).
- 45 (b) Die KSR ist darüber hinaus - innerhalb ihres begrenzten Wirkbereichs - auch mit einer Abschaltbedatung im Sinne von Art. 3 Nr. 10 VO (EG) Nr. 715/2007 versehen. So ist diese bereits bei bestimmten Umgebungslufttemperaturen außerhalb eines Bereichs von +15°C bis +35°C nicht aktiv, was schon für sich genommen - und ungeachtet der weiteren (De)Aktivierungsbedingungen - zu einer Einordnung als Abschalt-einrichtung führt (vgl. Senatsurteile vom 09.11.2023 - 24 U 14/21, juris Rn. 89ff, und vom 30.11.2023 - 24 U 153/21, juris Rn. 95).

- 46 (c) Der Einwand der Beklagten, die KSR erfülle bereits tatbestandlich nicht die Voraussetzungen einer Abschalteinrichtung im Sinne von Art. 3 Nr. 10 VO (EG) Nr. 715/2007, weil der Parameter Kühlmittelsolltemperatur, auf den allein eingewirkt werde, kein Teil des Emissionskontrollsystems sei, sondern ein solcher der Motorkühlung, greift nicht durch. Denn durch die Einwirkung auf den Parameter Kühlmittelsolltemperatur wird mittelbar (Kausalkette: frühere Zuschaltung des großen Kühlkreislaufes führt zu einer Verzögerung der Erwärmung des Motors, was wiederum zur Folge hat, dass höhere AGR-Raten über einen längeren Zeitraum möglich sind, als dies bei einem sich andernfalls schneller erwärmenden Motor) - wie von der Beklagten gerade bezweckt - auf das Emissionskontrollsystem in Gestalt der AGR-Raten eingewirkt. Zumindest weil diese Folge von den entwickelnden Ingenieuren bei der Beklagten intendiert gewesen war, steht die Mittelbarkeit der Einwirkung der Annahme einer Abschalteinrichtung im Sinn von Art. 3 Nr. 10 VO (EG) Nr. 715/2007 nicht entgegen.
- 47 (2.) Zulässigkeitsgründe im Sinne von Art. 5 Abs. 2 Satz 2 VO (EG) Nr. 715/2007 sind nicht ersichtlich. Die von der Beklagten angeführten Gefahren der Ölverdünnung, des Verlusts der Schmierfähigkeit und von Ablagerungen an den Wänden der Abgasrückführung erfüllen die Ausnahmetatbestandsvoraussetzungen des Art. 5 Abs. 2 Satz 2 lit. a VO (EG) Nr. 715/2007 nicht. Auf die vorstehenden Ausführungen bei der AGR kann insoweit Bezug genommen werden. Unerheblich ist insoweit, ob die KSR zur Einhaltung der Grenzwerte bei der NEFZ-Prüfung erforderlich ist, da auch dies keinen Ausnahmetatbestand im Sinne von Art. 5 Abs. 2 Satz 2 Buchst. c VO (EG) Nr. 715/2007 begründet (vgl. BGH, Urteil vom 26.06.2023 - VIa ZR 335/21, juris Rn. 51 zur "Grenzwertkausalität").
- 48 b) Die Beklagte hat auch schuldhaft gehandelt. Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs ist das Verschulden des Fahrzeugherstellers, der eine unrichtige Übereinstimmungsbescheinigung in Verkehr bringt, zu vermuten (BGH, Urteil vom 26.06.2023 - VIa ZR 335/21, NJW 2023, 2259 Rn. 59). Der Hersteller kann sich insofern aber entlasten, wenn er darlegt und im Bestreitensfall nachweist, dass er sich hinsichtlich der Zulässigkeit der eingesetzten Abschalteinrichtung in einem Verbotsirrtum befand und dieser Irrtum bei Anwendung der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt unvermeidbar war (BGH, Urteile vom 26.06.2023 - VIa ZR 335/21, juris Rn. 63, vom 25.09.2023 - VIa ZR 1/23, juris Rn. 13f; Senatsurteil vom 28.09.2023 - 24 U 2504/22, juris Rn. 61).
- 49 Die Beklagte beruft sich sowohl hinsichtlich des Einsatzes der Außentemperaturgesteuerten und motorstarttemperaturabhängigen AGR als auch hinsichtlich der KSR auf einen solchen unvermeidbaren Verbotsirrtum (aa). Da dieser Einwand jedenfalls hinsichtlich der unzulässigen Steuerung KSR nicht durchgreift, so dass jedenfalls insoweit von einem schuldhaften Verhalten der Beklagten auszugehen ist (bb), kann auf sich beruhen, ob sich die Beklagte hinsichtlich der Steuerung der AGR im Streitfall mit Erfolg auf einen unvermeidbaren Verbotsirrtum berufen könnte.
- 50 (aa) Unvermeidbarer Verbotsirrtum:
- 51 (1.) Voraussetzung des Verbotsirrtums ist, dass der Schädiger entweder positiv von der Zulässigkeit des eigenen Verhaltens ausgeht, oder - sofern er bei einer zweifelhaften Rechtslage die Möglichkeit der Unzulässigkeit des eigenen Handelns erkannt hat - dass der Schädiger darauf vertraut, sich dennoch im Rahmen des gesetzlich Zulässigen zu bewegen. Rechnet der Schädiger dagegen mit der Möglichkeit, Unrecht zu tun und nimmt er diese Möglichkeit in derselben Weise wie beim bedingten Vorsatz

in seinen Willen auf, so kann er sich nicht mit Erfolg darauf berufen, dass ihm die Einsicht gefehlt habe, Unerlaubtes zu tun (vgl. vgl. BGH, Beschluss vom 01.06.1977 - KRB 3/76, juris Rn. 15; BGH, Urteile vom 16.06.1977 - III ZR 179/75, juris Rn. 53ff, 55; vom 10.07.1984 - VI ZR 222/82, juris Rn. 14; vom 07.03.1996 - 4 StR 742/95, juris Rn. 19; vom 10.01.2023 - 6 StR 133/22, juris Rn. 38; vgl. weiter: Rengier in Karlsruher Kommentar zum OWiG, 5. Aufl., § 11 Rn. 56ff; BeckOK/Valerius, OWiG § 11 Rn. 30f m.w.N. [Stand: 01.07.2023]; Sternberg-Lieben/Schuster in Schönke/Schröder, StGB, 30. Aufl., § 17 Rn. 5a jew. m.w.N.).

- 52 (2.) Unvermeidbar ist der Verbotsirrtum, wenn der Schädiger diesen auch bei Anwendung der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt nicht erkennen konnte (BGH, Urteile vom 26.06.2023 - VIa ZR 335/21, juris Rn. 63; vom 11.01.1984 - VIII ZR 255/82, juris Rn. 22 jew. m.w.N.). Da der Verpflichtete das Risiko eines Irrtums über die Rechtslage selbst trägt, sind an das Vorliegen eines unverschuldeten Rechtsirrtums strenge Maßstäbe anzulegen. Soweit sich der Schuldner nicht auf eine tatsächlich oder hypothetisch erteilte behördliche Genehmigung stützt (vgl. BGH, Urteil vom 26.06.2023 - VIa ZR 335/21, juris Rn. 64ff m.w.N.), muss er die Rechtslage sorgfältig prüfen, soweit erforderlich Rechtsrat einholen und die höchstrichterliche Rechtsprechung (sofern vorhanden) sorgfältig beachten (vgl. BGH, Urteile vom 12.07.2006 - X ZR 157/05, juris Rn. 19; vom 25.09.2023 - VIa ZR 1/23, juris Rn. 14).
- 53 (bb) Jedenfalls hinsichtlich der in dem streitgegenständlichen Fahrzeug eingesetzten Steuerung der KSR und der hieraus folgenden Unrichtigkeit der Übereinstimmungsbescheinigung ist von einem schuldhaften Verhalten der "Beklagten" auszugehen. Der Senat kann sich insoweit bereits nicht vom Vorliegen eines Irrtums überzeugen. Ausführungen zu einer Vermeidbarkeit sind daher nicht veranlasst.
- 54 (1.) Der Senat kann sich bereits keine Überzeugung dazu bilden, dass sich Repräsentanten (§ 31 BGB) und mit der KSR befasste Mitarbeiter der Beklagten (§ 831 BGB) in einem Irrtum befunden haben, zumal es den Repräsentanten der Beklagten (§ 31 BGB) im Rahmen ihrer Organisationspflichten oblegen hätte, dafür Sorge zu tragen, dass alle notwendigen verfügbaren Informationen auch ihren Mitarbeitern zur Verfügung gestanden hätten.
- 55 Als Fahrzeugherstellerin traf die Beklagte die deliktsrechtlich geschützte Pflicht, keine unzutreffenden Übereinstimmungsbescheinigungen in den Verkehr zu bringen (vgl. BGH, Urteile vom 26.06.2023 - VIa ZR 335/21, NJW 2023, 2259 Rn. 61; vom 10. Juli 2023 - VIa ZR 1119/22, MDR 2023, 1042 Rn. 20ff; vom 20. Juli 2023 - III ZR 267/20, ZIP 2023, 1903 Rn. 22). Um dieser Verpflichtung zu genügen, musste die Beklagte ihre innerbetrieblichen Abläufe etwa durch interne Weisungen, Meldekettens und Überwachungs- sowie Kontrollmechanismen so organisieren, dass bei regelgerechtem Ablauf nur zutreffende Übereinstimmungsbescheinigungen in Verkehr gelangen konnten. Dies erforderte insbesondere eine Weisungslage, nach welcher technisch kritische Punkte von den für die technische Entwicklung verantwortlichen Personen an die Rechtsabteilung zur Überprüfung weiterzuleiten waren und die Weiterentwicklung und der spätere Einsatz der Technik erst nach positiver rechtlicher Bewertung und Freigabe durch hierfür qualifizierte Personen erfolgen durfte. Zudem war das rechtliche Umfeld und dessen für die Zulässigkeit der eingesetzten Technik relevante Entwicklungen weiter durch die Rechtsabteilung oder sonstiges juristisch qualifiziertes Personal zu beobachten, um erforderlichenfalls entsprechend reagieren und Abläufe stoppen zu können (vgl. BGH, Urteil vom 25.09.2023 - VIa ZR 1/23, juris Rn. 14; Senatsurteil vom 28.09.2023 - 24 U 2504/22, juris Rn. 41 m.w.N.).

Danach musste die Beklagte sicherstellen, dass die erforderlichen Informationen auch bis zum Aussteller der Übereinstimmungsbescheinigung weitergeleitet würden. Allein der Umstand, dass dieser keine Kenntnis von möglichen Bedenken bezüglich der Unzulässigkeit von Abschaltvorrichtungen hatte, wird daher, anders als die Beklagte meint, im Regelfall nicht genügen, um das Vorliegen eines Rechtsirrtums zu begründen.

- 56 (2.) Vortrag, der auf das Vorliegen eines Rechtsirrtums über die Zulässigkeit der eingesetzten KSR auf Seiten der damit befassten Repräsentanten und Mitarbeiter der Beklagten schließen lassen könnte, hat die Beklagte, worauf der Senat die Beklagte hingewiesen hat, nicht gehalten. Ihrem Vortrag lässt sich bereits nicht entnehmen, wie die Mitarbeiter der Beklagten sich von der Richtigkeit der auch vorliegend von der Beklagten vertretenen unzutreffenden Rechtsansicht überzeugt haben wollen, was hinsichtlich des Vorliegens eines auf die KSR bezogenen Rechtsirrtums aber erforderlich gewesen wäre.
- 57 Denn anders als im Fall der Außentemperaturabhängig gesteuerten AGR (Thermofenster - vgl. hierzu etwa Senatsurteil vom 28.09.2023 - 24 U 2616/22, juris Rn. 46ff) fehlen für die im streitgegenständlichen Fahrzeug eingesetzte unzulässige KSR allgemein bekannte Indiztatsachen, welche einen Rückschluss auf einen solchen Rechtsirrtum ermöglichen könnten. Das Thermofenster war flächendeckend von nahezu allen namhaften Herstellern von Dieselfahrzeugen eingesetzt worden und war dabei sowohl in Fachkreisen als auch dem KBA bekannt gewesen, wobei letzteres dieses auch seit Jahren in ständiger Genehmigungspraxis nicht beanstandet hatte. Für einen vergleichbaren Sachverhalt, der im hier relevanten Zeitpunkt des Abschlusses des streitgegenständlichen Kaufvertrages vorgelegen hätte, und einen ähnlichen, den Schluss auf die Zulässigkeit der Technik ermöglichender Vertrauensstatbestand geschaffen haben könnte, ist hinsichtlich der KSR weder etwas vorgetragen noch ersichtlich.

3.

- 58 Ein Anspruch auf den Differenzschadensersatz aus § 823 Abs. 2 BGB i.V.m. § 6 Abs. 1, § 27 Abs. 1 EG-FGV, den der Senat vorliegend mit 10% des Kaufpreises des Fahrzeuges bewertet, steht der Klagepartei aber auf Grund der im Streitfall vorzunehmenden Vorteilsausgleichung nur noch teilweise zu, weil sie sich so behandeln lassen muss, als habe sie das Fahrzeug zu einem Preis von 7.122,60 € veräußert (§ 254 Abs. 2 BGB).
- 59 a) Die Beklagte haftet der Klagepartei wie dargelegt auf Ersatz des Differenzschadens, welcher nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs - vorbehaltlich der im Einzelfall vorzunehmenden Vorteilsausgleichung - auf eine Bandbreite zwischen 5 und 15% des gezahlten Kaufpreises rechtlich begrenzt ist (BGH, Urteile vom 26.06.2023 - VIa ZR 335/21, Rn. 73; vom 20.07.2023 - III ZR 267/20, Rn. 34). Für die gemäß § 287 ZPO vorzunehmende Festlegung des Schadens innerhalb dieser Bandbreite sind die Umstände des Einzelfalls im Rahmen einer auf den Zeitpunkt des Vertragsschlusses bezogenen Betrachtung zu gewichten. Dabei ist insbesondere in den Blick zu nehmen, welches Ausmaß an behördlichen Anordnungen auf Grund der festgestellten unzulässigen Abschaltvorrichtung drohte und wie groß die Eintrittswahrscheinlichkeit solcher Anordnungen war, welches Gewicht dem festgestellten Verstoß des Herstellers bezogen auf das unionsrechtliche Ziel der Einhaltung gewisser Emissionsgrenzwerte zukommt und schließlich mit welchem Verschuldensgrad der Hersteller den Verstoß verwirklicht hat.
- 60 Hiervon ausgehend erscheint dem Senat die Bemessung des Schadens im vorliegenden Fall mit 10% des Kaufpreises als sachgerecht, da es sich um einen mit Blick auf die ge-

nannten Kriterien durchschnittlichen Fall handelt. Besondere Umstände, welche diesen Fall in die eine oder andere Richtung gegenüber anderen Fällen hervorheben würden, sind weder vorgetragen noch ersichtlich. Dies gilt unabhängig davon, ob hinsichtlich der Ausgestaltung der AGR vom Vorliegen eines unvermeidbaren Verbotsirrtums auszugehen wäre. Denn nach Auffassung des Senats (§ 287 ZPO) ist die Bemessung des Schadens im Streitfall mit 10% des Kaufpreises nicht davon abhängig, ob die Beklagte mit Blick auf das Thermofenster und die fragliche Steuerung in Abhängigkeit von der Motorstarttemperatur, dem Grunde nach auch für die Ausgestaltung der AGR haftet.

- 61 aa) Insoweit ist zu berücksichtigen, dass das insbesondere und aus der zeitlichen Warte des Vertragsschlusses heraus in den Blick zu nehmende Risiko behördlicher Anordnungen nach Auffassung des Senats nicht maßgebend von der absoluten Anzahl von Abschalteneinrichtungen der hier festgestellten Art abhängt, weil insbesondere das Stilllegungsrisiko nicht proportional mit dieser Anzahl anwächst. Denn schon zum Zeitpunkt des Fahrzeugerwerbs war überwiegend wahrscheinlich (vgl. BGH, Urteil vom 17.09.2019 - VI ZR 396/18, juris Rn. 13 m.w.N.), dass ein mit einer Beanstandung der Typ-Genehmigungsbehörde konfrontierter Fahrzeughersteller nicht die Stilllegung bereits verkaufter Fahrzeuge riskieren - und damit den Absatz weiterer Fahrzeuge gefährden - würde, sondern stattdessen und unbeschadet der eigenen Einschätzung der Rechtslage mit der Behörde kooperieren und Maßnahmen zur Abwendung der Stilllegung entwickeln würde. Dabei war auch schon zum Zeitpunkt des Fahrzeugerwerbs überwiegend wahrscheinlich, dass diese zu erwartende Reaktion des Herstellers, im Streitfall der Beklagten, jedenfalls in dem hier fraglichen Rahmen weder von der Anzahl der festgestellten Abschalteneinrichtungen noch von der - zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses nicht vorhersehbaren - Frage abhängen würde, ob die Behörde die Abschalteneinrichtungen gleichzeitig feststellt und rügt, oder ob es zu mehreren Rügen kommen würde. Denn es war überwiegend wahrscheinlich zu erwarten, dass ihr weiteres Absatzinteresse für die Beklagte in jedem Fall handlungsleitend sein würde und sie zu kooperativem Verhalten veranlassen würde, so wie dies im Zuge des "Abgasskandals" später auch tatsächlich der Fall war.
- 62 bb) Auch mit Blick auf die neben diesen originär schadensrechtlichen Erwägungen in den Blick zu nehmenden Gesichtspunkte ergibt sich im Streitfall kein erheblicher Einfluss einer unterstellten Haftung auch für die temperaturgesteuerte AGR. Denn auch insoweit wäre zum einen lediglich von einem fahrlässigen Verhalten der Beklagten auszugehen, weil Anhaltspunkte dafür, dass die temperaturgesteuerte AGR auf dem NEFZ-Prüfstand nicht in gleicher Weise funktionieren würde wie im Realbetrieb weder vorgetragen noch ersichtlich sind. Zum anderen wäre auch das Gewicht des der Haftung zugrundeliegenden konkreten Rechtsverstoßes für das unionsrechtliche Ziel der Einhaltung gewisser Emissionsgrenzwerte im Streitfall kein spürbar anderes. Denn auch wenn man insoweit den Klägervortrag zu Grunde legt, wonach die einzuhaltenden Grenzwerte im Realbetrieb ganz erheblich überschritten werden und hierzu auch die temperaturgesteuerte AGR beigetragen haben mag, erscheint dem Senat - auch unter dieser Voraussetzung - eine Bemessung des Schadens mit 10% im Streitfall als angemessen (§ 287 ZPO).
- 63 cc) Daraus folgt, dass der Differenzschaden im Streitfall im Ausgangspunkt mit 2.000 € zu bemessen ist (§ 287 ZPO).
- 64 b) Soweit die Beklagte dieser Haftung entgegenzuhalten sucht, dass sich die Klagepartei ihr gegenüber nicht auf den vom Bundesgerichtshof für die Haftung auf Differenzschadensersatz anerkannten Erfahrungssatz berufen könne, dass sie das Fahrzeug bei Kenntnis der Unrichtigkeit der Übereinstimmungsbescheinigung nicht zu dem vereinbar-

ten Kaufpreis erworben hätte (etwa BGH, Urteil vom 26.06.2023 - VIa ZR 335/21, juris Rn. 55), verfängt dies nicht. Denn um diesen Erfahrungssatz in Frage zu stellen, muss der Hersteller darlegen und im Bestreitensfall beweisen, dass er die Ausrüstung seiner Fahrzeuge mit Motoren einer dem erworbenen Fahrzeug entsprechenden Baureihe mit einer unzulässigen Abschaltvorrichtung in einer Art und Weise bekannt gegeben hat, die einem objektiven Dritten die mit dem Kauf eines solchen Kraftfahrzeugs verbundenen Risiken verdeutlicht (etwa BGH, Urteile vom 26.06.2023 - VIa ZR 335/21, juris Rn. 57; VIa ZR 533/21 juris Rn. 35). Davon kann mit Blick auf die Beklagte - welche das Vorhandensein unzulässiger Abschaltvorrichtungen in ihren Fahrzeugen bis zum Schluss der mündlichen Verhandlung geleugnet hat - keine Rede sein. Dass Kunden durch Mitteilungen anderer Hersteller (VW) über die Existenz von Thermofenstern und durch die jährlichen Geschäftsberichte der Beklagten, beginnend mit dem Bericht 2016 über den Umstand informiert gewesen sein mögen, dass nicht auszuschließen sei, dass die Behörden zum Schluss kommen, dass in Mercedes-Benz Dieselfahrzeugen Funktionalitäten enthalten sein könnten, die möglicherweise als unzulässig zu qualifizieren sind, ändert daran erkennbar nichts.

- 65 Mit dem verschiedentlich erhobenen Einwand, die Klagepartei habe den Erfahrungssatz durch ihr tatsächliches Verhalten selbst widerlegt, indem sie das Fahrzeug trotz der im Zuge des Abgasskandals aufgekommenen Diskussionen weitergenutzt habe, anstatt sich zeitnah um eine Rückabwicklung zu bemühen, vermag die Beklagte ebenso wenig durchzudringen. Der Einfluss einer durch eine (möglicherweise) unzulässige Abschaltvorrichtung begründeten Gefahr einer Betriebsbeschränkung (vgl. dazu BGH, Urteil vom 25.05.2020 - VI ZR 252/19, juris Rn. 51) ist mit Blick auf die Entscheidung, ein solches Fahrzeug erst zu erwerben, wesentlich gewichtiger als mit Blick auf die Frage, ein bereits erworbenes Fahrzeug wieder abzustoßen und sich in den mit Ungewissheiten behafteten Prozess einer streitigen Rückabwicklung zu begeben. Ein verlässlicher Rückschluss auf das Erwerbsverhalten lässt sich daher aus dem Umstand der späteren Weiternutzung zur tatrichterlichen Überzeugung des Senats nicht ziehen (anders OLG Schleswig, Beschluss vom 14.11.2023 - 17 U 44/23, BeckRS 2023, 35794 Rn. 8f). Hinzu kommt, dass es mit Blick auf den Differenzschadensersatz nicht auf die Frage ankommt, ob die Klagepartei das Fahrzeug überhaupt erworben hätte, sondern darauf, ob sie es zu dem vereinbarten Kaufpreis erworben hätte (BGH, Urteil vom 26.06.2023 - VIa ZR 335/21, juris Rn. 55). Ein verlässlicher Rückschluss darauf, dass die Klagepartei zum vereinbarten Kaufpreis erworben hätte, lässt sich aus dem Umstand, dass sie das Fahrzeug weitenutzte anstatt nach Bekanntwerden des Abgasskandals ein - im Streitfall zudem unberechtigtes - Rückabwicklungsverlangen zu äußern, aber tatrichterlich erst Recht nicht ziehen.
- 66 c) Im Wege des Vorteilsausgleichs muss sich der Geschädigte jedoch diejenigen Vorteile anrechnen lassen, die ihm in adäquatem Zusammenhang mit dem Schadensereignis zugeflossen sind. Er darf einerseits im Hinblick auf das schadensersatzrechtliche Bereicherungsverbot nicht bessergestellt werden, als er ohne das schädigende Ereignis stünde. Andererseits sind nur diejenigen durch das Schadensereignis bedingten Vorteile auf den Schadensersatzanspruch anzurechnen, deren Anrechnung mit dem jeweiligen Zweck des Ersatzanspruchs übereinstimmt, also dem Geschädigten zumutbar ist und den Schädiger nicht unangemessen entlastet (st. Rspr.; vgl. etwa BGH, Urteil vom 25.05.2020 - VI ZR 252/19, juris Rn. 65).
- 67 Im Streitfall führen diese Grundsätze dazu, dass ein Schaden der Klagepartei zum Schluss der mündlichen Verhandlung - dem grundsätzlich maßgeblichen Zeitpunkt für

die Bewertung der anzurechnenden Vorteile (etwa: BGH, Urteil vom 24.01.2022 - VIa ZR 100/21, juris Rn. 23 m.w.N.) - nicht verbleibt.

- 68 aa) Eine Reduzierung des Schadens ergibt sich aus der Berücksichtigung des Restwertes und der von der Klagepartei gezogenen Nutzungsvorteile. Sowohl beim Differenzschadensersatz nach § 823 Abs. 2 BGB i.V.m. § 6 Abs. 1, 27 Abs. 1 EG-FGV als auch beim kleinen Schadensersatz nach § 826 BGB sind die Nutzungsvorteile und der Restwert des Fahrzeuges nur insoweit und erst dann schadensmindernd anzurechnen, wenn sie den Wert des Fahrzeugs bei Abschluss des Kaufvertrages (gezahlter Kaufpreis abzüglich Differenzschaden) übersteigen (vgl. zu § 823 Abs. 2 BGB i.V.m. § 6 Abs. 1, 27 Abs. 1 EG-FGV: BGH, Urteil vom 26.06.2023 - VIa ZR 335/21, juris Rn. 44, 80; zu § 826 BGB: BGH, Urteil vom 24.01.2022 - VIa ZR 100/21, juris Rn. 22). Erreichen sie den ursprünglich gezahlten Kaufpreis, besteht kein Schaden. Dem vollständigen Wegfall des Schadens stehen auch die Grundsätze des Unionsrechts nicht entgegen, weil die nationalen Gerichte nach der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs befugt sind, dafür Sorge zu tragen, dass der Schutz der unionsrechtlich gewährleisteten Rechte nicht zu einer ungerechtfertigten Bereicherung des Anspruchsberechtigten führt (vgl. etwa BGH, Beschluss vom 29.10.2024 - VIa ZR 1090/23, juris Rn. 3; Urteil vom 24.07.2023 - VIa ZR 752/22, juris Rn. 12 m.w.N.).
- 69 (1.) Die Bewertung der gezogenen Nutzungen - für welche es regelmäßig und auch im Streitfall der Einholung eines Sachverständigengutachtens nicht bedarf (BGH, Urteile vom 18.05.2021 - VI ZR 720/20, juris Rn. 13; vom 29.09.2021 - VIII ZR 111/20, juris Rn. 52ff jew. m.w.N.) - schätzt der Senat auf Basis der vom Bundesgerichtshof für zulässig erachteten Methode der linearen Wertminderung (vgl. u.a. BGH, Urteil vom 30.07.2020 - VI ZR 354/19, juris Rn. 12f; BGH, Beschluss vom 12.10.2021 - VIII ZR 255/20, juris Rn. 22f) gemäß § 287 ZPO unter Zugrundelegung einer - auf gefestigter Schätzpraxis der Gerichte beruhenden - Gesamtleistung des Fahrzeugs von 250.000 km (ebenfalls von einer Gesamtleistung in Höhe von 250.000 km ausgehend - Fundstellen jeweils juris: BGH, Beschluss vom 09.12.2014 - VIII ZR 196/14, Rn. 3; OLG Stuttgart, Urteile vom 29.09.2020 - 12 U 449/19, Rn. 36; vom 02.04.2020 - 2 U 249/19, Rn. 56; vom 12.05.2021 - 9 U 17/21, Rn. 49; vom 13.04.2021 - 16a U 718/20, Rn. 88; vom 20.04.2021 - 16a U 71/20, Rn. 81; OLG Stuttgart, Beschluss vom 12.03.2021 - 23 U 728/21, Rn. 7; OLG Karlsruhe, Urteil vom 06.11.2019 - 13 U 37/19, Rn. 108; OLG Celle, Urteil vom 22.01.2020 - 7 U 445/18, Rn. 65; OLG Köln, Urteil vom 24.03.2020 - I-4 U 235/19, Rn. 128; OLG Hamm, Urteil vom 14.08.2020 - 45 U 22/19, Rn. 129).
- 70 Bei der Schätzung der (durchschnittliche) Gesamtfahrleistung eines Fahrzeugs, ist die unter gewöhnlichen Umständen zu erzielende Gesamtleistung in den Blick zu nehmen und nicht diejenige, die das Fahrzeug unter günstigen Bedingungen im äußersten Fall erreichen kann; abzustellen ist hierfür nicht lediglich auf den Motor, sondern auf das Fahrzeug in seiner Gesamtheit (BGH, Urteil vom 29.09.2021 - VIII ZR 111/20, juris Rn. 58, 59; Eggert, in: Reinking/Eggert, Der Autokauf, 14. Auflage 2020 Rn. 3573). Dabei ist zu beachten, dass die höhere Motorleistung heutiger Kraftfahrzeuge durch die Störanfälligkeit von deren Elektronik negativ kompensiert wird. Bei Versagen der Elektronik ist das Kraftfahrzeug nicht mehr einsatzfähig und häufig auch nicht mehr wirtschaftlich reparabel, obwohl Motor und Karosserie noch in vergleichsweise gutem Zustand sein mögen (BeckOGK/Schall, 1.11.2020, BGB § 346 Rn. 437; OLG Stuttgart, Urteil vom 27.11.2019 - 9 U 202/19, juris Rn. 58). In aller Regel werden daher 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 29.09.2021 - VIII ZR 111/20, juris Rn. 58). Zur Annahme einer Gesamtleistung von 250.000 km führt auch die Schätzung anhand der vom KBA veröffentlichten Statistiken für das Durchschnittsalter von Personenkraftwagen und deren durchschnittlicher Jahresfahrleistung (vgl. OLG Köln, Urteil vom 24.03.2020 - I-4 U 235/19, juris Rn. 128). Denkbare Schwankungen gehen nicht über die mit einer Schätzung ohnehin und immer einhergehenden Unsicherheiten hinaus, welche im Rahmen der Schadensschätzung nach § 287 ZPO vom Gesetz aber in Kauf genommen werden (vgl. BGH, Urteil vom 26.06.2023 - VIa ZR 335/21, juris Rn. 72). Höhere Gesamtleistungen kommen vor, umgekehrt aber auch geringere. Für die voraussichtliche Gesamtleistung fällt beides nicht ins Gewicht (vgl. OLG Stuttgart, Urteil vom 20.04.2021 - 16a U 71/20, juris Rn. 82).

- 71 (2.) Der Bemessung des Wertes der gezogenen Nutzungen legt der Senat den von der Klagepartei tatsächlichen gezahlten Kaufpreis zugrunde und nicht den um den Differenzschadensersatz reduzierten "Wert des Fahrzeugs" bei Vertragsschluss (BGH, Urteil vom 26.06.2023 - VIa ZR 335/21, juris Rn. 44, 80). Dies beruht darauf, dass nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs zwischen dem gezahlten Kaufpreis einerseits und dem Nutzungswert und tatsächlichen Restwert des Kraftfahrzeugs andererseits eine Rechnungseinheit besteht. Insofern ist zwar bei der Bemessung des Werts des Fahrzeugs im Zeitpunkt des Vertragsschlusses insbesondere das Risiko der Betriebsuntersagung oder -beschränkung einzubeziehen. Hat sich dieses wertbestimmende Risiko aber nicht verwirklicht, so muss dieser Umstand im Wege der im Zeitpunkt des Schlusses der mündlichen Verhandlung vorzunehmenden Vorteilsausgleichung Berücksichtigung finden (BGH, Urteil vom 24.01.2022 - VIa ZR 100/21, juris Rn. 20). Daraus folgt, dass auch bei einer Bewertung der bislang gezogenen Nutzungen, welche von dem wertbestimmenden Risiko einer Betriebsstilllegung unbeeinflusst geblieben sind, auf den ursprünglichen Kaufpreis abzustellen ist (§ 287 ZPO).
- 2).
- 72 (3.) Ausgehend von der Laufleistung von 205.000 km zum Zeitpunkt des Weiterverkaufs sind gezogene Nutzungen in Höhe von 13.129,77 € als anrechenbarer Vorteil zu berücksichtigen. Hinzu kommt im Streitfall ein als Restwert zu berücksichtigender Betrag in Höhe von 7.122,60 €. Zwar tritt im Falle der Veräußerung des Fahrzeugs auch im Rahmen des Differenzschadensersatzes grundsätzlich nur der hierbei erzielte - sich im Streitfall auf 4.000 € belaufende - Verkaufserlös im Rahmen der Vorteilsausgleichung an die Stelle des Fahrzeugrestwertes (BGH, Urteil vom 25.09.2023 - VIa ZR 1687/22, juris Rn. 12). Im Streitfall trifft die Klagepartei aber - wie die Beklagte teilweise zu Recht geltend macht - ein Mitverschulden, weshalb sie sich gemäß § 254 Abs. 2, Satz 1, Fall 2 BGB im Ergebnis so behandeln lassen muss, als habe sie das Fahrzeug für 7.122,60 € veräußert (vgl. dazu BGH, Urteil vom 23.10.2023 - VIa ZR 468/21 -, juris Rn. 14 m.w.N.). Damit verbleibt ihr kein Schaden.
- 73 (a) Die Berücksichtigung eines höheren Restwertes an Stelle des erzielten Veräußerungserlöses im Rahmen der Bewertung der zum Schluss der mündlichen Verhandlung im Vermögen der Klagepartei (noch) vorhandenen Vorteile setzt voraus, dass der (teilweise) Untergang des Vorteils durch Austausch des marktgerechten Fahrzeugrestwertes gegen einen nicht marktgerechten Veräußerungserlös auf einem dem Geschädigten anzulastenden Verstoß gegen die ihn treffende Schadensminderungsobliegenheit (§ 254 Abs. 2, Satz 1, Fall 2 BGB) beruht (vgl. dazu BGH, Urteil vom 23.10.2023 - VIa ZR 468/21,

juris Rn. 14 m.w.N. sowie bereits Senatsurteil vom 29.02.2024 - 24 U 1424/22, juris Rn. 98ff). Von einer solchen Verletzung der Schadensminderungsobliegenheit kann nach ständiger höchstrichterlicher Rechtsprechung nur ausgegangen werden, wenn der Geschädigte es schuldhaft unterlassen hat, den Schaden abzuwenden oder zu mindern. Dieses Verschulden bedeutet nicht die vorwerfbare Verletzung einer gegenüber einem anderen bestehenden Leistungspflicht, sondern ein Verschulden gegen sich selbst, wovon nur ausgegangen werden kann, wenn der Geschädigte es unter Verstoß gegen Treu und Glauben unterlässt, diejenigen Maßnahmen zu ergreifen die ein ordentlicher und verständiger Mensch an seiner Stelle ergriffen hätte (vgl. etwa: BGH, Urteile vom 07.12.2022 - VIII ZR 81/21, juris Rn. 36; vom 21.09.2021 - VI ZR 91/19, juris Rn. 10 jew. m.w.N.).

- 74 In Fällen der vorliegenden Art setzt ein Verstoß gegen die Schadensminderungsobliegenheit zum einen voraus, dass das Fahrzeug zu einem nicht marktgerechten Preis veräußert wurde und zum anderen, dass dies für den Geschädigten - im Rahmen der ihm gemäß § 254 Abs. 2 BGB obliegenden, zumutbaren Anstrengungen zur Geringhaltung des Schadens - erkennbar und damit vorwerfbar war (vgl. Senatsurteil vom 29.02.2024 - 24 U 1424/22, juris Rn. 99, vgl. weiter BGH, Urteile vom 12.07.2005 - VI ZR 132/04, juris Rn. 14; vom 01.06.2010 - VI ZR 316/09, juris Rn. 9f).
- 75 (b) Von diesen Grundsätzen ausgehend hat die Klagepartei die sie treffende Schadensminderungsobliegenheit nach Auffassung des Senats in schadensrechtlich beachtlicher Weise verletzt, soweit sie das Fahrzeug - ohne den Marktwert des Fahrzeugs zuvor hinreichend abzuklären - zu einem Preis veräußerte, welcher um mehr als 10% unter dem durchschnittlichen Händlereinkaufspreis des Fahrzeugs lag (§ 287 ZPO).
- 76 (aa) Indessen beläuft sich der marktgerechte Veräußerungserlös, anders als die Beklagte meint, nicht auf 9.795 €, sondern lediglich auf 7.914 € (§ 287 ZPO). Denn zur Ermittlung des Marktwertes sind nach Auffassung des Senats weder die - lediglich Angebote und keine realen Verkaufspreise wiedergebenden - Preisangaben auf Gebrauchtwagenbörsen noch der zwar auf Grundlage stattgehabter Verkäufe ermittelte, aber eine nicht im Vermögen des Geschädigten vorhandene Gewinnspanne umfassende, durchschnittliche Händlerverkaufspreis zu Grunde zu legen. Heranzuziehen ist vielmehr der Händlereinkaufspreis, mithin der Preis zu welchem der Geschädigte sein Fahrzeug ohne Weiteres an einen Händler veräußern kann (Senatsurteil vom 09.11.2023 - 24 U 14/21, juris Rn. 133 und ständig). Diesen auf den Stichtag des Verkaufs bezogenen Restwert des streitgegenständlichen Fahrzeugs hat der Senat über die allgemein bekannte Datenbank der Deutschen Automobil Treuhand GmbH unter Angabe der FIN des Fahrzeuges, seines Erstzulassungsdatums und der Laufleistung zum Stichtag ermittelt und in die Berufungsverhandlung eingeführt (vgl. etwa BGH, Urteil vom 12.04.2011 - VI ZR 300/09, VersR 2011, 769 Rn. 17 m.w.N.). Die Abfrage hat einen Händlereinkaufspreis von 7.914 € ergeben.
- 77 (bb) Die höchstrichterlich nicht geklärte Frage, unter welchen Umständen der Käufer eines mit einer unzulässigen Abschalteneinrichtung ausgestatteten Fahrzeugs, der dieses Fahrzeug weiter veräußert und dabei - wie hier - den Händlereinkaufspreis unterschreitet, seine Obliegenheit verletzt den Schaden gering zu halten (§ 254 Abs. 2 BGB), ist nach Auffassung des Senats unter Anlehnung an die ständige Rechtsprechung zur Restwertverwertung von Unfallfahrzeugen zu beantworten. Insofern ist anerkannt, dass der Geschädigte sich zwar in den für die Schadensbehebung durch § 249 Abs. 2 Satz 1 BGB gezogenen Grenzen hält, wenn er die Veräußerung seines beschädigten Kraftfahrzeuges

zu demjenigen Preis vornimmt, den ein von ihm eingeschalteter Sachverständiger in einem Gutachten, das eine korrekte Wertermittlung erkennen lässt, als Wert auf dem allgemeinen regionalen Markt ermittelt hat. Veräußert der Geschädigte das Fahrzeug auf dieser Erkenntnisgrundlage zu dem ermittelten Preis, kann ihm grundsätzlich nicht anspruchskürzend entgegengehalten werden, dass tatsächlich ein höherer Restwert erzielbar gewesen wäre (st. Rspr. vgl. etwa BGH, Urteile vom 27.09.2016 - VI ZR 673/15, juris Rn. 9f; vom 01.06.2010 - VI ZR 316/09, juris Rn. 9f; vom 12.07.2005 - VI ZR 132/04, juris Rn. 11 jew. m.w.N.). Anders verhält es sich aber dann, wenn der Geschädigte den Restwert ohne eine solche, hinreichende Absicherung realisiert und der Erlös sich später im Prozess als zu niedrig erweist; in diesem Fall ist das Risiko eines Mindererlöses vom Geschädigten zu tragen (BGH, Urteil vom 12.07.2005 - VI ZR 132/04, juris Rn. 14; ebenso für den Fall der Beauftragung eines überbewerteten Sachverständigen ohne vorherige Plausibilisierung des Preises: BGH, Urteil vom 29.10.2019 - VI ZR 104/19, juris Rn. 13). Hieran anknüpfend trifft auch den Käufer eines mit einer unzulässigen Abschalteneinrichtung ausgestatteten Fahrzeugs die Obliegenheit, den Marktwert des Fahrzeugs vor der Veräußerung des Fahrzeugs abzuklären, was in zumutbarer Weise etwa durch die Einholung verschiedener Ankaufsangebote von KfZ-Händlern geschehen kann. Unterlässt der Geschädigte eine hinreichende Abklärung des Marktwertes, so hat er im Prozess das Risiko einer Veräußerung unter Wert zu tragen.

- 78 (cc) Eine Abklärung des Marktwertes durch Einholung von Händlerangeboten oder eine andere hinreichende Abklärung hat die Klagepartei auch auf Hinweis des Senats (eA II, Bl. 446f) nicht dargelegt, womit die Behauptung der Beklagten, dass eine solche unterblieben sei, als unstreitig anzusehen war (§ 138 Abs. 3 ZPO).
- 79 [1.] Insofern war zu sehen, dass die Beklagte sowohl für die zur Vorteilsausgleichung führenden Umstände (etwa: BGH, Beschluss vom 25.07.2022 - VIa ZR 622/21, juris Rn. 10 m.w.N.) wie auch für die zur Annahme einer Verletzung der Schadensminderungsobligiegenheit führenden Umstände (BGH, Urteil vom 26.05.2023 - VI ZR 274/22, juris Rn. 18) primär darlegungs- und beweisbelastet ist. Insofern hat die Beklagte behauptet, dass die Klagepartei das Fahrzeug lediglich auf Grundlage eines Händlerangebotes, nämlich des von ihr angenommenen, verkauft habe. Weitergehender Vortrag war von der Beklagten, die über keine eigenen Erkenntnisse zu Art und Umfang der von der Klagepartei vorgenommenen Abklärung des Marktpreises verfügte, nicht zu verlangen. Vielmehr traf die Klagepartei - worauf der Senat sie hingewiesen hatte (eA II, Bl. 446f) - insofern eine sekundäre Darlegungslast, im Rahmen welcher sie darzulegen hatte, welche Bemühungen sie zur Abklärung des Marktpreises unternommen hatte. Sofern eine solche durch Einholung weiterer Händlerangebote erfolgt sein sollte, oblag es der Klagepartei, unter Benennung eines Ansprechpartners darzulegen, wann das Fahrzeug, wem angeboten wurde und in welcher Höhe ein Ankaufsangebot abgegeben wurde.
- 80 [2.] Diesen Anforderungen wird der Vortrag der Klagepartei nicht gerecht, denn sie hat lediglich vorgetragen, dass sie das Fahrzeug dem "H. Autohandel" angeboten habe, ohne dies zeitlich einzugrenzen oder den dortigen Ansprechpartner namentlich zu benennen. Da die sekundären Darlegungen der Klagepartei somit trotz entsprechendem Hinweis unzureichend blieben, war die Behauptung der Klagepartei, eine hinreichende Abklärung des Marktwertes sei unterblieben, gemäß § 138 Abs. 3 ZPO als unstreitig anzusehen (etwa: BGH, Urteil vom 25.05.2020 - VI ZR 252/19, juris Rn. 37 m.w.N.).
- 81 (dd) Nachdem das Fahrzeug bei Veräußerung unstreitig einen normalen, altersentsprechenden Zustand aufwies, hat die Verletzung der Schadensminderungsobligiegenheit zur

Folge, dass sich die Klagepartei so behandeln lassen muss, als habe sie im Rahmen der Veräußerung 90% des ermittelten Händlereinkaufspreises erzielt. Insoweit ist bei der Bemessung des Mitverschuldenseinwands (§ 287 ZPO) zu berücksichtigen, dass dieser nicht dazu führen darf, dass der Geschädigte schlechter gestellt wird als er bei Vornahme der ihm obliegenden Abklärung des Marktwertes, etwa durch Einholung von Händlerangeboten, stünde. Da der ermittelte Händlereinkaufspreis nach DAT aber einen Durchschnittswert an Ankaufsangeboten widerspiegelt, hätte das Einholen von Händlerangeboten naturgemäß auch zu - im Rahmen des § 254 BGB nicht zu beanstandenden - Angeboten am unteren Ende der Preisspanne führen können. Ein beachtlicher Verstoß gegen die Schadensminderungsobligen lässt sich vor diesem Hintergrund und mit der erforderlichen überwiegenden Wahrscheinlichkeit daher nur feststellen (§ 287 ZPO), soweit der erzielte Erlös um mehr als 10% unterhalb des durchschnittlichen Händlereinkaufspreises liegt. Im Streitfall muss die Klagepartei sich daher so behandeln lassen als habe sie einen Erlös in Höhe von 90% des Händlereinkaufspreises, mithin in Höhe von 7.122,60 € erzielt.

- 82 (c) Da die Summe dieses Wertes (7.122,60 €) und der Wert der im Weiterverkaufszeitpunkt gezogenen Nutzungen in Höhe von 13.129,77 € den Kaufpreis übersteigt, ist eine Vorteilsausgleichung vorzunehmen, weshalb der Klagepartei ein Schaden nicht verbleibt (BGH, Urteile vom 26.06.2023 - VIa ZR 335/21, juris Rn. 44, 80; vom 24.01.2022 - VIa ZR 100/21, juris Rn. 22).
- 83 bb) Demgegenüber konnte das von der Beklagten entwickelte und vom KBA freigegebene Software-Update - auf welches nach dem zuvor Dargelegten aus Sicht des Senats nicht mehr entscheidungserheblich ankommt - nach der Darlegung der hierfür belasteten Beklagten (vgl. BGH, Urteil vom 26.06.2023 - VIa ZR 335/21, juris Rn. 80) nicht zu einem Entfallen des Schadens im Wege der Vorteilsausgleichung führen.
- 84 (1.) Ein Software-Update ist schadensmindernd zu berücksichtigen, wenn und soweit das Software-Update die Gefahr von Betriebsbeschränkungen signifikant reduziert, was aber voraussetzt, dass das Software-Update nicht seinerseits eine unzulässige Abschalteneinrichtung beinhaltet (BGH, Urteil vom 26.06.2023 - VIa ZR 335/21, juris Rn. 80).
- 85 Dieser Umstand steht für die Zivilgerichte, entgegen der Auffassung der Beklagten, nicht aufgrund einer Tatbestandswirkung des Verwaltungsaktes in Gestalt der Freigabebestätigung des KBA bindend fest. Denn soweit in dieser erklärt wird, die nach dem Software-Update vorhandenen Abschalteneinrichtungen seien zulässig oder das Software-Update enthalte solche nicht, handelt es sich um Begründungselemente, die vom Regelungsgehalt und damit von der Tatbestandswirkung des Verwaltungsaktes nicht erfasst werden (vgl. BGH, Beschlüsse vom 14.12.2021 - VIII ZR 386/20, juris Rn. 34; vom 11.01.2022 - VIII ZR 33/20, juris Rn. 30; BGH, Urteil vom 08.12.2021 - VIII ZR 190/19, juris Rn. 81 m.w.N.). Der Senat hat daher selbst festzustellen, ob das Software-Update diesen Anforderungen genügt (BGH, Urteil vom 08.12.2021 - VIII ZR 190/19, juris Rn. 82; BGH, Beschluss vom 11.01.2022 - VIII ZR 33/20, juris Rn. 30). Dies gilt - entgegen der Auffassung der Beklagten - auch mit Blick auf die angeführten - zum Teil aber andere Hersteller betreffenden - verwaltungsrechtlichen Rechtsstreitigkeiten mit dem KBA, welche mangels einer (zumindest teilweisen) präjudiziellen Bedeutung weder eine Aussetzung gemäß § 148 ZPO erlauben noch einer eigenen Beurteilung der in Rede stehenden Rechtsfragen durch den Senat entgegenstehen (vgl. etwa: BGH, Beschluss vom 24.07.2023 - VIa ZB 10/21, juris Rn. 10ff m.w.N.).

- 86 (2.) Damit das Software-Update die Gefahr von Betriebsbeschränkungen signifikant reduziert, muss die temperaturgesteuerte AGR, die durch das Software-Update der Beklagten modifiziert wird, als Emissionskontrollsystem unter normalen Betriebsbedingungen im Sinne von Art. 3 Nr. 10, Art. 5 Abs. 1 VO (EG) Nr. 715/2007 uneingeschränkt wirksam sein. Diese normalen Betriebsbedingungen umfassen - wie bereits ausgeführt - u.a. Umgebungstemperaturen im Bereich von -15°C bis +40°C und neben dem Fahrbetrieb mit betriebswarmem Motor auch den in der Warmlaufphase (dazu folgend unter (a). Dem Vortrag der Beklagten lässt sich weder entnehmen, dass die AGR unter diesen normalen Betriebsbedingungen uneingeschränkt funktioniert (b) noch, dass Einschränkungen aus Motorschutzgesichtspunkten im Sinne von Art. 5 Abs. 2 Satz 2 Buchst. a VO (EG) Nr. 715/2007 (c) ausnahmsweise zulässig sind.
- 87 (a) Auch der Kaltstart des Motors stellt eine normale Betriebsbedingung im Sinne von Art. 3 Nr. 10, Art. 5 Abs. 1 VO (EG) Nr. 715/2007 dar. Denn das Starten des Motors und zwar auch das erstmalige Starten nach einer gewissen Standzeit bei kalten Umgebungstemperaturen gehört denknotwendig zu den Betriebsbedingungen, die vernünftigerweise zu erwarten sind, weil ein Betrieb des Fahrzeugs mit betriebswarmem Motor ohne Durchlaufen dieses Betriebszustands (Warmlaufphase) nicht möglich ist (vgl. auch OLG Celle, Urteil vom 20.12.2023 - 7 U 1742/19, juris Rn. 62 m.w.N.). Auch während der Warmlaufphase muss das Emissionskontrollsystem, vorliegend die AGR, daher innerhalb des vorgenannten Außentemperaturfensters von -15°C bis +40°C uneingeschränkt funktionieren, sofern nicht die Voraussetzungen einer der Ausnahmetatbestände nach Art. 5 Abs. 2 Satz 2 VO (EG) Nr. 715/2007 vorliegt. Hiervon geht auch der europäischen Gesetzgeber aus, der insoweit Ausnahmen zwar für das SCR-System normiert hat (vgl. Nr. 10 des Anhangs XVI zur VO (EG) Nr. 692/2008 und - wie von der Beklagten selbst angeführt - Art. 3 Abs. 9 VO (EG) Nr. 692/2008), nicht aber für die AGR.
- 88 Soweit die Beklagte mit Blick auf Art. 3 Abs. 9 VO (EG) Nr. 692/2008 geltend gemacht hat, dass sich aus den dort mit Blick auf die AGR geregelten Informationspflichten ergäbe, dass der Verordnungsgeber einen Kaltstart bei niedrigen Temperaturen vom Bereich der normalen Betriebsbedingungen habe ausnehmen wollen, so verfährt dies nicht. Das Statuieren einer Informationspflicht vermag schon keine Ausnahme vom Bereich der normalen Betriebsbedingungen zu begründen. Vielmehr ergibt das Auferlegen einer Verpflichtung zu "Angaben zur Arbeitsweise des Abgasrückführungssystems (AGR), einschließlich [seines] Funktionierens" im Gegenteil nur dann Sinn, wenn die AGR in dem berichtspflichtigen Bereich funktionieren muss. Dies wiederum deckt sich mit dem Umstand, dass die VO (EG) Nr. 692/2008, wie dargelegt, eine Ausnahme für die Funktionalität bei niedrigen Temperaturen und Kaltstartbedingungen zwar für das SCR-System, aber gerade nicht für die AGR formuliert.
- 89 (b) Dem Vortrag der Beklagten ist nicht zu entnehmen, dass die AGR sowohl in der Warmlaufphase als auch bei Fahrten mit betriebswarmem Motor innerhalb des vorstehend genannten Außentemperaturfensters von -15°C bis +40°C uneingeschränkt wirksam ist. Vielmehr trägt die Beklagte hinsichtlich der Fahrt mit betriebswarmem Motor für eine unbeschränkte AGR lediglich ein Außentemperaturfenster von 0°C bis +40°C vor. Damit liegt indessen weiterhin eine Abschalt einrichtung vor.
- 90 (aa) Soweit die Beklagte in verschiedenen Verfahren vorgetragen hat, die Reduzierung der AGR außerhalb des von ihr vorgetragenen Rahmens sei jeweils nur geringfügig und wirke sich hin zu kalten Umgebungstemperaturen am Auspuff nicht auf die NOx-Emissio-

nen aus, da die NO_x-Emissionen mit sinkenden Umgebungstemperaturen bei im Übrigen gleichen Bedingungen abnehmen würden, so dass der NO_x-erhöhende Einfluss der AGR-Reduktion und der NO_x-verringernde Einfluss der niedrigen Umgebungstemperatur sich in etwa gegenseitig aufheben würden, lässt dieser Vortrag das Vorliegen einer Abschalt-einrichtung nicht entfallen.

- 91 Die Beklagte verkennt insoweit, dass Bezugspunkt für die Frage der Emissionskausalität des Eingriffs in das Emissionskontrollsystem, welche für das Vorliegen einer Abschalt-einrichtung im Sinne von Art. 3 Nr. 10 VO (EG) Nr. 715/2007 notwendig ist, nicht das Über- oder Unterschreiten eines bestimmten Wertes ist. Denn außerhalb der NEFZ-Prüfung gibt es keine bestimmten Emissionsgrenzwerte; vorgeschrieben ist aber, dass durch das Emissionskontrollsystem innerhalb normaler Betriebsbedingungen die Auspuffemissionen wirkungsvoll begrenzt werden (EuGH, Urteil vom 14.07.2022 - C-134/20, juris Rn. 48), somit die Wirkweise des Emissionskontrollsystems nicht reduziert oder dieses gar abgeschaltet wird (sofern kein Ausnahmetatbestand nach Art. 5 Abs. 2 Satz 2 VO (EG) Nr. 715/2007 vorliegt). Maßgebend für das Vorliegen von Emissionskausalität ist deshalb ein Vergleich der Wirksamkeit des unverändert funktionierenden und derjenigen des verändert funktionierenden Gesamtemissionskontrollsystems (BGH, Urteil vom 26.06.2023 - VIa ZR 335/21, juris Rn. 51).
- 92 Diesen Bezugspunkt verkennt die Beklagte auch in ihrem in verschiedenen Verfahren erfolgten Verweis auf Simulationen von Prof. M. zu einem GLK ohne SCR, nach welchen die NO_x-Emissionen bei höherer AGR-Rate (von 26,34%) bei den für die NEFZ-Prüfung maßgeblichen Umgebungstemperaturen (Mittelwert von 25°C) in etwa auf dem Niveau der niedrigeren AGR-Rate (von 24%) bei -15°C Umgebungstemperatur liegen würden. Denn maßgeblich ist nicht, ob das Emissionsniveau bei Vorliegen bestimmter normaler Betriebsbedingungen (s.o.) - trotz der Abrampung - dem Emissionsniveau bei Vorliegen anderer, ebenfalls normaler Betriebsbedingen entspricht, sondern ob sich das Emissionsniveau in Folge der Abrampung unter den bei der Abrampung vorliegenden (normalen) Betriebsbedingungen erhöht. Insoweit belegt die Simulation von Prof. M. aber, dass die Reduzierung der AGR-Rate auch eine Verschlechterung des Emissionsverhaltens zur Folge hat.
- 93 Dass die Gesamtemissionen (NO_x) in Folge der Abrampung der AGR bei niedrigen Temperaturen höher sind als ohne eine solche Abrampung, räumt die Beklagte zudem selbst ein, wenn sie geltend macht, dass der - vorhandene - negative Effekt der Abrampung in etwa durch das bei niedrigen Temperaturen geringere NO_x-Aufkommen kompensiert werde.
- 94 (bb) Hinsichtlich einer Steuerung der AGR während der Warmlaufphase lässt der Vortrag der Beklagten eine Beurteilung hinsichtlich normaler Betriebsbedingungen, insbesondere ihrer Funktionsweise bei Umgebungstemperaturen zwischen -15°C und +40°C nicht zu. In verschiedenen Verfahren hat die Beklagte indessen pauschal geltend gemacht, dass Ablagerungs- und Kondensationsrisiken insbesondere zu Beginn einer Fahrt mit kaltem Motor erhöht seien, weshalb gerade in diesem Bereich der Betrieb der AGR entsprechend reduziert werden müsse. Einen konkreten Bezug zu den Umgebungstemperaturen hat die Beklagte - trotz Hinweis des Senats - jedoch nicht dargestellt, sodass eine Beurteilung, ob und in welchem Umfang die AGR ohne Einschränkungen unter normalen Betriebsbedingungen (Kaltstart bei Außentemperaturbereich von -15°C bis +40°C) funktioniert, nach dem Beklagtenvortrag nicht möglich ist. Damit aber hat die im Rahmen der Vorteilsausgleichung darlegungsbelastete Beklagte das Fehlen von Abschalt-einrichtun-

gen nach dem Softwareupdate auch hinsichtlich der Kaltstartbedingungen schon nicht dargelegt.

- 95 (c) Dass die nach dem Vortrag der Beklagten auch nach dem Software-Update noch vorhandenen Reduzierungen der AGR - wie die Beklagte geltend macht - durch die Motorschutzausnahme in Art. 5 Abs. 2 Satz 2 Buchst. a VO (EG) Nr. 715/2007 erlaubt seien, lässt sich ihrem Vortrag ebenfalls nicht entnehmen.
- 96 Der Ausnahmetatbestand des Art. 5 Abs. 2 Satz 2 Buchst. a VO (EG) Nr. 715/2007 setzt - wie bereits dargelegt - kumulativ (vgl. EuGH, Urteil vom 21.03.2023 - C-100/21, Rn. 62; VG Schleswig, Urteil vom 20.02.2023 - 3 A 113/18, juris Rn. 310) voraus, dass eine Notwendigkeit der Einrichtung zum Schutz des Motors vor Beschädigung oder Unfall besteht und dass dies zum sicheren Betrieb des Fahrzeugs erforderlich ist. Zudem darf zur Erreichung dieser Ziele zum Zeitpunkt der EG-Typgenehmigung dieser Einrichtung oder des mit ihr ausgestatteten Fahrzeugs keine andere technische Lösung zur Verfügung gestanden haben (vgl. dazu EuGH, Urteil vom 14.07.2022 - C-145/20, Rn. 80; EuGH, Urteil vom 14.07.2022, C-134/20, Rn. 81; VG Schleswig, Urteil vom 20.02.2023 - 3 A 113/18, juris Rn. 317, 370, 373). Mit der alternativen Technik einhergehende Mehrkosten für den Hersteller fallen dabei nicht ins Gewicht (EuGH, Urteil vom 14.07.2022 - C-145/20 Rn. 77, 78; EuGH, Urteil vom 14.07.2022, C-128/20, Rn. 66, 67). Das Vorliegen dieser Voraussetzungen hat die Beklagte nicht dargetan.
- 97 (aa) So ist eine Beurteilung der Notwendigkeit einer Reduzierung der AGR während der Warmlaufphase auf Grundlage des Beklagtenvortrags bereits deshalb nicht möglich, weil diesem das Maß der Einschränkungen der AGR während der Warmlaufphase in Bezug auf die normalen Betriebsbedingungen (Umgebungstemperaturbereichs von -15°C bis +40°C), welche zum Motorschutz erforderlich sein soll, nicht entnommen werden kann. Sofern die AGR während der Warmlaufphase in Abhängigkeit zur Ladelufttemperatur gesteuert wird, wäre zudem die Darstellung der Reduzierung in Bezug zur Umgebungslufttemperatur erforderlich gewesen, d.h. bei welchem Betriebsstand welche Ladelufttemperatur welcher Außentemperatur entspricht (vgl. dazu ua VG Schleswig, Urteil vom 20.02.2023 - 3 A 113/18, Rn. 76).
- 98 (bb) Soweit die Beklagte wiederholt geltend gemacht hat, dass die Reduzierung der AGR auch nach dem Update noch notwendig sei, um zum einen der Gefahr eines Brandes des Diesel-Oxidationskatalysators ("DOC-Brand") zu begegnen, welcher eine Inbrandsetzung des Motors und letztlich des gesamten Fahrzeugs zur Folge haben könne, sowie um die Gefahr von Kolben-Ventil-Kollisionen in Form einer Kollision des Zylinders mit einem klemmenden oder verbogenen Einlassventil, welche zum plötzlichen Stillstand des Motors führen könnten, zu vermeiden, vermag auch dies das Eingreifen der Motorschutzausnahme nicht zu rechtfertigen. Nach diesem Vorbringen sei ursächlich für den DOC-Brand die Einlagerung von Kraftstoff im Diesel-Oxidationskatalysator, weil der Kraftstoff - ohne die AGR-Reduzierung - möglicherweise nicht (vollständig) verbrannt werde. Ursächlich für die Kolben-Ventil-Kollisionen seien Blockaden durch sich lösende Partikelbrocken, welche sich - ohne die AGR-Reduzierung - bei niedrigen Temperaturen durch Ablagerungsprozesse bilden würden. Damit aber dient die nach dem Software-Update verbliebene AGR-Reduzierung nicht der Vermeidung von Risiken, welche die Motorschutzausnahme tragen könnten.
- 99 [1] Das folgt zwar noch nicht daraus, dass damit mit Blick auf die Gefahren eines DOC-Katalysatorbrandes keine unmittelbare Gefahr für den Motor behauptet wird, da nach

der Rechtsprechung des EuGHs (etwa Urteil vom 14.07.2022 - C 128/20, juris Rn. 62) auch der Schutz eines anderen, nicht zum Motor selbst gehörenden Bauteils den Einsatz einer Abschaltvorrichtung rechtfertigen könnte, sofern die Fehlfunktion dieses Bauteils zu unmittelbaren Risiken für den Motor in Form von Beschädigung oder Unfall führen würde, Risiken, die so schwer wiegen, dass sie eine konkrete Gefahr beim Betrieb des mit dieser Einrichtung ausgestatteten Fahrzeugs darstellten.

- 100 [2] Nach gefestigter Rechtsprechung des EuGHs ist die Ausnahmegesetzgebung des Art. 5 Abs. 2 Satz 2 Buchst. a VO (EG) Nr. 715/2007 aber eng auszulegen, weshalb Verschmutzung und Verschleiß des Motors nicht als "Beschädigung" oder "Unfall" im Sinne der Vorschrift angesehen werden können, da sie im Prinzip vorhersehbar und der normalen Funktionsweise des Fahrzeugs inhärent sind; das grundsätzliche Verbot von Abschaltvorrichtungen würde ausgehöhlt und jeder praktischen Wirksamkeit beraubt, wenn es zulässig wäre, dass die Hersteller Fahrzeuge allein deshalb mit Abschaltvorrichtungen ausstatten, um den Motor vor Verschmutzung und Verschleiß zu schützen (etwa EuGH, Urteile vom 17.12.2020, C-693/18, juris Rn. 110ff; vom 14.07.2022 - C-145/20, juris Rn. 65; vom 31.03.2023, C-100/21, juris Rn. 63). Soweit die Beklagte Verschleiß- und Verschmutzungserscheinungen in nicht zum Motor gehörenden Bauteilen behauptet, aus denen sich erst im Laufe einer Kausalkette eine Gefahr für den Motor und den sicheren Fahrzeugbetrieb ergeben soll, vermag dies eine andere Beurteilung offensichtlich nicht zu rechtfertigen (ebenso: VG Schleswig, Urteil vom 20.02.2023 - 3 A 113/18, juris Rn. 344). Denn die durch den EuGH vorgenommene Erstreckung der Motorschutz Ausnahme auf motorferne Bauteile kann bei der europarechtlich gebotenen engen Auslegung der Vorschrift nicht dazu führen, dass der Schutz dieser Bauteile in weiterem Umfang erlaubt wäre als der Schutz des Motors selbst. Für diesen aber kommt eine Rechtfertigung der Abschaltvorrichtung, wie dargelegt, nur zum Schutz vor plötzlichen und unmittelbaren Beschädigungsrisiken, die zu einer konkreten Gefahr während des Betriebs des Fahrzeugs führen, nicht aber zur Vermeidung von vorhersehbaren Verschmutzungs- und Verschleißerscheinungen in Betracht (etwa EuGH, Urteil vom 17.12.2020, C-693/18, juris Rn. 110ff, 114). Danach kann eine Abschaltvorrichtung, die - wie von der Beklagten angeführt - letztlich vor vorhersehbaren Folgen schützen soll, die dem ganz gewöhnlichen Betrieb des Fahrzeugs und der normalen Funktionsweise des Dieselmotors mit Abgasrückführungssystem - ohne Abschaltvorrichtung - inhärent sind, namentlich vor der Bildung von Partikelbrocken durch Kondensatablagerungen und dem Einlagern nicht verbrannten Kraftstoffes, nicht durch Art. 5 Abs. 2 Satz 2 Buchst. a VO (EG) Nr. 715/2007 gerechtfertigt werden (ebenso etwa: VG Schleswig, Urteil vom 20.02.2023 - 3 A 113/18, juris Rn. 342ff; OLG Karlsruhe, Urteil vom 03.11.2023 - 8 U 104/21, juris Rn. 41ff; OLG Köln, Urteil vom 21.12.2023 - 10 U 61/21, juris Rn. 52).
- 101 [3] Zudem hat die Beklagte die Notwendigkeit der Reduzierung der AGR zur Vermeidung eines DOC-Brandes und einer Kolben-Ventil-Kollision auch deshalb nicht ausreichend dargelegt, weil sie nicht darlegt, dass zum Zeitpunkt der EG-Typgenehmigung dieser Einrichtung oder des mit ihr ausgestatteten Fahrzeugs andere technische Lösungen zur Erreichung dieser Ziele nicht vorhanden gewesen waren (vgl. dazu EuGH, Urteil vom 14.07.2022 - C-145/20, Rn. 80; EuGH, Urteil vom 14.07.2022, C-134/20, Rn. 81; VG Schleswig, Urteil vom 20.02.2023 - 3 A 113/18, juris Rn. 317, 370, 373). Mit der alternativen Technik einhergehende Mehrkosten für den Hersteller fallen dabei nicht ins Gewicht (EuGH, Urteil vom 14.07.2022 - C-145/20 Rn. 77, 78; EuGH, Urteil vom 14.07.2022, C-128/20, Rn. 66, 67).

- 102 [a] Der verschiedentlich erfolgte, pauschale Hinweis der Beklagten, eine andere technische Lösung habe es nicht gegeben, genügt hierzu - worauf der Senat die Beklagte hingewiesen hatte - schon deshalb nicht, weil dem Senat aus anderen Verfahren bekannt ist (§ 291 ZPO), dass die Beklagte in anderen Fahrzeugen AGR-Steuerungen zum Einsatz bringt, bei denen die AGR innerhalb des Umgebungstemperaturfensters normaler Betriebsbedingungen von -15°C bis +40°C - jedenfalls in betriebswarmem Zustand - nicht reduziert wird.
- 103 [b] Unabhängig hiervon ist mit Blick auf das Vorhandensein technischer Alternativen auch zu berücksichtigen, dass eine solche Alternative nach der Rechtsprechung des EuGHs auch dann besteht, wenn sich der mit der Abschalteneinrichtung bezweckte Schutz durch Wartungsarbeiten erreichen ließe, wobei der Umstand, dass diese Wartungsarbeiten häufig und kostspielig sind, es nicht rechtfertigt, zu Lasten des Ziels eines hohen Umweltschutzniveaus eine Abschalteneinrichtung zuzulassen (vgl. EuGH, Urteile vom 14.07.2022, C-134/20, juris Rn. 80f; C-145/20, juris, Rn. 79f; vom 08.11.2022, C-873/19, juris Rn. 93). Dass den von der Beklagten geltend gemachten, vorhersehbaren Verschleißerscheinungen nicht durch entsprechende Wartungsmaßnahmen begegnet werden könnte, macht die Beklagte schon nicht geltend. Dafür ist auch nichts ersichtlich (vgl. zur Thematik etwa: VG Schleswig, Urteil vom 20.02.2023 - 3 A 113/18, juris Rn. 363ff; OLG Celle, Urteil vom 20.12.2023 - 7 U 1742/19, juris Rn. 84f).
- 104 (3.) Das für das streitgegenständliche Fahrzeug entwickelte Software-Update vermochte somit wegen des weiteren Vorhandenseins eines Thermofensters in der AGR keinen Fall der Vorteilsausgleichung zu begründen.
- 105 (a) Nach höchstrichterlicher Rechtsprechung kann mit einem Software-Update eine Reduzierung des Differenzschadens im Wege der Vorteilsausgleichung "nur verbunden sein, wenn und soweit das Software-Update die Gefahr von Betriebsbeschränkungen signifikant reduziert" (BGH, Urteil vom 26.06.2023 - VIa ZR 335/21, juris Rn. 80). Ob die danach im Rahmen der Vorteilsausgleichung maßgebliche Gefahr einer Betriebsuntersagung besteht oder nicht, ist "an der objektiven Rechtslage zu messen" (BGH, Urteile vom 26.01.2022 - VIII ZR 140/20, juris Rn. 36; vom 25.09.2024 - VIa ZR 347/22, juris Rn. 15). Die zivilgerichtliche Beurteilung, ob dem Fahrzeug aufgrund des Vorhandenseins einer unzulässigen Abschalteneinrichtung - jedenfalls latent - die Gefahr einer Betriebsuntersagung droht, hängt folglich nicht davon ab, ob die im jeweiligen Einzelfall zuständige Zulassungsbehörde eine entsprechende Betriebsuntersagung nach § 5 Abs. 1 FZV ausgesprochen hat oder eine solche - wie hier - (zunächst) unterblieben ist (BGH, Urteil vom 26.01.2022 - VIII ZR 140/20, juris Rn. 36). In gleicher Weise unerheblich für das objektive Vorliegen der Gefahr von Betriebsbeschränkungen ist, ob die Beklagte auch hinsichtlich der Ausgestaltung der AGR dem Grunde nach haftet oder ob dem ein unvermeidbarer Verbotsirrtum entgegensteht, sie also subjektiv vom Nichtvorliegen der objektiv vorhandenen Gefahr ausgehen mag. Mit Blick auf das auch nach dem Software-Update vorhandene Thermofenster besteht vorliegend die Gefahr, dass die zuständige Typgenehmigungsbehörde zu einem späteren Zeitpunkt eine Betriebsuntersagung oder -beschränkung anordnet, objektiv auch nach dem Software-Update fort, weil die rechtliche Möglichkeit fortbesteht, dass das KBA gegen die verbliebene unzulässige Abschalteneinrichtung vorgeht (vgl. BGH, Urteil vom 27.11.2023 - VIa ZR 1425/22, juris Rn. 26; BGH, Beschluss vom 11.01.2022 - VIII ZR 33/20, juris Rn. 31).

106 (b) Soweit die Beklagte weiter geltend macht, dass sich aus der Entscheidung des Bundesgerichtshofs vom 31.07.2024 (Az. VIa ZR 910/22, juris Rn. 12) ergäbe, dass jede Entfernung einer Abschaltvorrichtung jedenfalls zu einer Reduzierung des Schadens im Wege der Vorteilsausgleichung führen müsse, lässt sich dies der Entscheidung nicht entnehmen. Durch den Verweis auf seine bisherige Rechtsprechung gibt der Bundesgerichtshof vielmehr zu erkennen, dass ein Software-Update im Rahmen der Vorteilsausgleichung weiterhin - wie dargelegt - nur dann zu einer Reduzierung des Schadens führen kann, wenn es die Stilllegungsgefahr signifikant reduziert. Daran kann es fehlen, wenn das Software-Update seinerseits eine Abschaltvorrichtung beinhaltet (BGH, aaO, mit Verweis auf Urteil vom 26.06.2023 - VIa ZR 335/21, juris, Rn. 80) oder in dem Fahrzeug auch nach dem Software-Update unzulässige Abschaltvorrichtungen vorhanden sind (vgl. BGH, a.a.O.). Ein vollständiges Entfallen des Schadens im Wege der Vorteilsausgleichung setzt darüber hinaus - auch bei Entfernung aller unzulässigen Abschaltvorrichtungen - voraus, dass das Software-Update nicht mit Nachteilen tatsächlicher oder rechtlicher Art verbunden ist, die den in dem Software-Update liegenden Vorteil wieder mindern (BGH, aaO, mit Verweis auf BGH, Urteil vom 6. Juli 2021 - VI ZR 40/20, juris, Rn. 24). Da im streitgegenständlichen Fahrzeug auch nach dem Software-Update mit dem Thermofenster eine unzulässige Abschaltvorrichtung verbleibt, droht dem Fahrzeug weiter latent die Stilllegung, weil hierfür das Vorhandensein einer unzulässigen Abschaltvorrichtung ausreicht. Da diese Gefahr folglich fortbesteht und sie - wie der Senat im Rahmen der Bemessung des Differenzschadens bereits dargelegt hat - nach seiner tatrichterlichen Bewertung des Schadens nicht proportional von der Anzahl der Abschaltvorrichtungen abhängt, genügt - jedenfalls unter den Umständen des Streitfalls - die vorgetragene Entfernung der übrigen Abschaltvorrichtungen nicht, um die - objektiv betrachtet - fortbestehende Gefahr von Betriebsbeschränkungen als signifikant reduziert anzusehen (§ 287 ZPO).

4.

107 Soweit sich die Beklagte auch mit Blick auf die Haftung aus § 823 Abs. 2 BGB in Verbindung mit § 6 Abs. 1, § 27 Abs. 1 EG-FGV ausdrücklich auf die Einrede der Verjährung beruft, verfährt dies nicht. Die Haftung knüpft entscheidend an das Vorliegen der Kühlmittelsolltemperaturregelung an. Zu welchem Zeitpunkt der Kläger in verjährungsrechtlich relevanter Weise Kenntnis von deren Existenz und auch der Betroffenheit des streitgegenständlichen Fahrzeugs (vgl. dazu etwa: BGH, Urteil vom 17.03.2022 - III ZR 226/20, juris Rn. 17ff, 22) erlangt haben soll, trägt die hierfür darlegungsbelastete (etwa BGH, Urteil vom 03.09.2020 - III ZR 136/18, NJW 2021, juris 765 Rn. 55) Beklagte nicht vor. Für eine verjährungsrechtlich relevante Kenntnis der Klagepartei von auf die KSR bezogenen Umständen ist im Übrigen auch nichts ersichtlich, nachdem selbst das KBA erst deutlich nach Bekanntwerden des "Dieselskandals" von der KSR erfahren hat. Da die Erhebung der ursprünglich nur auf den großen Schadensersatz gerichteten Klage im Jahr 2021 den Lauf der Verjährung auch hinsichtlich des zuletzt geltend gemachten Anspruchs auf Differenzschadensersatz gemäß § 204 Abs. 1 Nr. 1 BGB gehemmt hat (vgl. BGH, Urteil vom 30.10.2023 - VIa ZR 183/21 juris Rn. 11, sowie ausführlich: Senatsurteil vom 11.01.2024 - 24 U 241/22, juris Rn. 62 m.w.N.), greift der Verjährungseinwand nicht durch.

B.

108 Ein Anspruch auf Erstattung der Kosten der außergerichtlichen Rechtsverfolgung steht der Klagepartei ebenfalls nicht zu. Ein zuletzt in der Hauptsache nicht mehr weiterver-

folgter Anspruch aus § 826 BGB scheidet als Grundlage hierfür bereits deshalb aus, weil ein solcher Anspruch auch im Streitfall mangels tatsächlicher Anhaltspunkte für ein vorsätzliches und sittenwidriges Handeln nicht begründet war (vgl. zuletzt etwa: Senatsurteile vom 07.12.2023 - 24 U 73/22 juris Rn. 34ff und vom 09.11.2023 - 24 U 14/21, juris Rn. 33ff sowie - den Senat bestätigend - etwa: BGH, Urteile vom 26.06.2023 - VIa ZR 1031/22, juris Rn. 17ff; vom 11.09.2023 - VIa ZR 1470/22, juris Rn. 12). Auf die Frage, ob die Klagepartei Ersatz ihrer Rechtsverfolgungskosten auf dieser Grundlage neben dem zuletzt geltend gemachten Anspruch auf Differenzschadensersatz hätte beanspruchen können (vgl. BGH, Urteil vom 18.02.1977 - I ZR 112/75, juris Rn. 49), kommt es daher nicht an. Als Grundlage für einen Anspruch auf Ersatz der Rechtsverfolgungskosten kommt daher einzig § 823 Abs. 2 BGB in Verbindung mit § 6 Abs. 1, § 27 Abs. 1 EG-FGV in Betracht. Auf diese Bestimmungen kann der Anspruch indessen nicht gestützt werden. Denn das Interesse keinen Vermögensnachteil in Form von Rechtsverfolgungskosten zu erleiden wird von den § 6 Abs. 1, § 27 Abs. 1 EG-FGV nicht geschützt (BGH, Urteil vom 16.10.2023 - VIa ZR 14/22, juris Rn. 10, 13), so dass es an dem für eine Haftung erforderlichen Schutzzweckzusammenhang - welcher voraussetzt, dass der geltend gemachte Schaden durch die verletzte Norm verhütet werden sollte (etwa: BGH, vom 07.07.2015 - VI ZR 372/14, juris Rn. 26 m.w.N.) - fehlt.

III.

- 109 Die Kostenentscheidung beruht auf §§ 97 Abs. 1; 516 Abs. 3 ZPO. Die Entscheidung zur vorläufigen Vollstreckbarkeit beruht auf den §§ 708 Nr. 10, 711 ZPO.
- 110 Die Zulassung der Revision erfolgt beschränkt auf die Frage des Mitverschuldenseinwands wegen einer Veräußerung des Fahrzeugs unter Marktwert, da die insoweit anzuwenden Maßstäbe höchstrichterlich nicht geklärt sind und obergerichtlich unterschiedlich beurteilt werden (vgl. etwa: OLG Celle, Urteil vom 20.12.2023 - 7 U 1742/19, juris Rn. 156ff). Die Voraussetzungen des § 543 Abs. 2 Satz 1 Ziffer 2 ZPO liegen insoweit vor. Im Übrigen liegen Gründe für die Zulassung der Revision nach § 543 ZPO nicht vor, weil die erheblichen Rechtsfragen bereits höchstrichterlich geklärt sind.
- 111 Der Streitwert für das Berufungsverfahren wurde gemäß den §§ 47, 48 GKG in Höhe des im Berufungsverfahren weiter verfolgten Anspruches der Klagepartei festgesetzt.