

**Titel:**

**Wirkungslosigkeit eines zweitinstanzlichen Hilfsantrages auf Erstattung eines Differenzschadens (hier: VW Tiguan „Sound“ 2.0 I TDI SCR)**

**Normenketten:**

BGB § 823 Abs. 2, § 826

EGFGV § 6 Abs. 1, § 27 Abs. 1

ZPO § 139, § 522 Abs. 2, § 524 Abs. 4

**Leitsätze:**

1. Ein erstmals in der Berufungsinstanz gestellter Hilfsantrag verliert seine Wirkung, wenn die Berufung zurückgenommen, verworfen oder durch Beschluss (§ 522 Abs. 2 ZPO) zurückgewiesen wird. (Rn. 19) (redaktioneller Leitsatz)
2. Die Konstellation einer „Ausdehnung“ der Klage im Berufungsrechtszug vom „großen“ Schadensersatz hilfsweise auch auf den Differenzschaden unterfällt grundsätzlich einer entsprechenden Anwendung der Vorschrift des § 524 Abs. 4 ZPO. (Rn. 22) (redaktioneller Leitsatz)
3. War bei Verkündung der BGH-Urteile vom 26. Juni 2023 eine Rechtsstreitigkeit nicht mehr in der ersten Instanz, sondern bereits in der Berufungsinstanz anhängig, ist eine auf den Ersatz des Differenzschadens abzielende Antragsänderung als wirkungslos anzusehen, die erst nach dem Hinweisbeschluss des Berufungsgerichts (§ 522 Abs. 2 Satz 2 ZPO) vorgenommen wird. (Rn. 40) (redaktioneller Leitsatz)
4. Dies gilt jedenfalls, wenn der Käufer vor dem Hinweisbeschluss mehr als ein halbes Jahr und damit in ausreichendem Maße „Gelegenheit“ hatte, den Antrag auf Ersatz des Differenzschadens anzupassen. (Rn. 42) (redaktioneller Leitsatz)

**Schlagworte:**

Diesel-Abgasskandal, unzulässige Abschalteinrichtung, Differenzschaden, Hinweisbeschluss, Klageerweiterung, Hilfsantrag, Antragsänderung, Gelegenheit zur Antragsanpassung, prozessuale Wirkungslosigkeit, Berufung

**Vorinstanzen:**

OLG Nürnberg, Hinweisbeschluss vom 27.03.2024 – 16 U 4051/21

LG Weiden, Endurteil vom 05.10.2021 – 12 O 219/21

**Rechtsmittelinstanz:**

BGH Karlsruhe, Beschluss vom 11.02.2025 – VIa ZR 334/24

**Fundstelle:**

BeckRS 2024, 42081

**Tenor**

1. Die Berufung der Klagepartei gegen das Urteil des Landgerichts Weiden i.d. OPf. vom 5. Oktober 2021, Aktenzeichen 12 O 219/21, wird zurückgewiesen.
2. Der Antrag 1. a) bb) der Klagepartei aus dem Schriftsatz vom 2. Mai 2024 ist wirkungslos.
3. Die Klagepartei hat die Kosten des Berufungsverfahrens zu tragen.
4. Das in Ziffer 1 genannte Urteil und der vorliegende Beschluss sind ohne Sicherheitsleistung vorläufig vollstreckbar. Die Klagepartei kann die Vollstreckung durch Sicherheitsleistung in Höhe von 110 % des vollstreckbaren Betrags abwenden, wenn nicht die Beklagte vor der Vollstreckung Sicherheit in Höhe des jeweils zu vollstreckenden Betrags leistet.
5. Der Streitwert für das Berufungsverfahren wird auf bis zu 22.000,00 € festgesetzt.

**Gründe**

I.

1

Hinsichtlich der Darstellung des Sach- und Streitstandes wird auf den Tatbestand im angefochtenen Urteil des Landgerichts Weiden i.d. OPf. vom 5. Oktober 2021 und die einleitende Zusammenfassung im vorausgegangenen Hinweis des Senats Bezug genommen.

2

Im Berufungsverfahren beantragt die Klagepartei zunächst,

unter Abänderung des Urteils des Landgerichts Weiden vom 05.10.2021 – 12 O 219/21 -

1.1. a) die Beklagte zu verurteilen, an den Kläger 19.386,30 EUR nebst Zinsen in Höhe von fünf Prozentpunkten über dem jeweiligen Basiszinssatz seit Rechtshängigkeit zu zahlen, abzüglich einer Nutzungsentschädigung in Höhe von 0,0924498 EUR pro gefahrenem Kilometer seit dem 23.02.2021 (km-Stand bei Erwerb: 0 km), die sich nach folgender Formel berechnet:  $(32.357,48 \text{ EUR} \times \text{gefahrte km}) : 350.000 \text{ km}$ ;

b) festzustellen, dass die Beklagte verpflichtet ist, den Kläger von sämtlichen Verpflichtungen gegenüber der V. Bank GmbH aus dem Darlehensvertrag mit der Kreditvertragsnummer ... zur Finanzierung des Fahrzeuges Volkswagen Tiguan „Sound“ 2.0 I TDI SCR (Fahrzeug-Identifizierungsnummer: ...) freizustellen; jeweils Zug um Zug gegen Abtretung der Rechte an dem Fahrzeug Volkswagen Tiguan „Sound“ 2.0 I TDI SCR (Fahrzeug-Identifizierungsnummer: ...), und Herausgabe desselben nebst Fahrzeugschlüssel;

2. festzustellen, dass sich die Beklagte mit der Rücknahme des in Ziffer 1. genannten Fahrzeugs in Annahmeverzug befindet;

3. die Beklagte zu verurteilen, den Kläger von den außergerichtlichen Rechtsanwaltskosten in Höhe von 1.626,49 EUR freizustellen;

4. festzustellen, dass die Beklagte verpflichtet ist, des Klägers sämtliche zukünftigen Schäden, die aus dem Erwerb des in Ziffer 1. genannten Fahrzeuges resultieren, zu ersetzen.

3

In der Gegenerklärung vom 2. Mai 2024 erklärt die Klagepartei den bisherigen Antrag zu 1. a) nunmehr unter 1. a) aa) zu stellen und unter 1. a) bb) zu beantragen:

bb) hilfsweise bezogen auf den Antrag zu 1. a) aa) für den Fall der Unbegründetheit des Antrags auf den sogenannten großen Schadensersatz gemäß Antrag zu 1. a) aa): die Beklagte zu verurteilen, an den Kläger 4.853,62 EUR nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem jeweiligen Basiszinssatz auf diesen Betrag seit Rechtshängigkeit zu zahlen.

4

Die Beklagte beantragt,

die Berufung zurückzuweisen.

5

Wegen der Einzelheiten des jeweiligen Sachvortrags im Berufungsverfahren wird auf den Inhalt der gewechselten Schriftsätze verwiesen.

II.

6

Die Berufung gegen das Urteil des Landgerichts Weiden i.d. OPf. vom 5. Oktober 2021, Aktenzeichen 12 O 219/21, ist gemäß § 522 Abs. 2 ZPO zurückzuweisen, weil nach einstimmiger Auffassung des Senats das Rechtsmittel offensichtlich keine Aussicht auf Erfolg hat, der Rechtssache auch keine grundsätzliche Bedeutung zukommt, weder die Fortbildung des Rechts noch die Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung eine Entscheidung des Berufungsgerichts erfordern und die Durchführung einer mündlichen Verhandlung nicht geboten ist.

7

Zur Begründung wird auf den vorausgegangenen Hinweis des Senats Bezug genommen. Auch die Ausführungen in der Gegenerklärung geben zu einer Änderung keinen Anlass. Der Senat hält an der Auffassung fest, dass ein Anspruch auf den „großen“ Schadensersatz nicht besteht.

8

Soweit die Gegenerklärung Darstellungen und Überlegungen tatsächlicher und rechtlicher Art enthält, die von der Klagepartei im Verfahren bereits vorgetragen wurden und die der Senat geprüft und behandelt hat, nimmt der Senat zur Kenntnis, dass die Klagepartei den Ausführungen des Senats ihre eigenen – abweichenden – Schlussfolgerungen und Bewertungen entgegensetzt; er hält jedoch an den im Hinweis dargelegten und begründeten Standpunkten fest.

9

Soweit die Klagepartei erstmals in der Gegenerklärung zu weiteren Abschalteinrichtungen vorträgt, die in dem streitgegenständlichen Fahrzeug verbaut seien, insbesondere eine „Höhenmessungsabschalteinrichtung“, vermag auch dies keinen Anspruch nach § 826 BGB zu begründen. Der Senat hat in seinem Hinweis (beginnend auf Seite 17) bereits zu einer Erkennung des Prüfstands in Verbindung mit einer (behaupteten) Steuerung der Abgasrückführung ausgeführt. Im Hinblick auf die „Höhenmessungsabschalteinrichtung“ und weitere behauptete Steuerungen ohne konkreten Prüfstandsbezug gelten die Ausführungen des Senats im Hinweisbeschluss zum „Thermofenster“ sinngemäß. Die auszugsweise wiedergegebenen Ausführungen des OLG Karlsruhe und des OLG Koblenz, auf die sich die Klagepartei stützt, beziehen sich allein auf die Frage einer Haftung nach § 823 Abs. 2 BGB i.V.m. § 6 Abs. 1, § 27 Abs. 1 EG-FGV.

10

Der Senat hat in seinem Hinweis zudem ausgeführt, dass und warum eine Einstufung der von der Beklagten implementierten Steuerungsfunktion(en) als europarechtlich unzulässige Abschalteinrichtung(en) für sich genommenen nicht den Schluss auf das Vorliegen einer haftungsbegründenden sittenwidrigen Schädigung im Sinne der §§ 826, 31 BGB erlaubt, weil der Vorwurf der Sittenwidrigkeit – der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs folgend – nur bei Hinzutreten „weiterer Umstände“ gerechtfertigt wäre, die das zu beurteilende Geschehen erst als besonders verwerflich qualifizieren könnten. Dabei hat der Senat aufgezeigt, dass und warum nach seinem Verständnis die einschlägige Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs – insbesondere schon die Grundsatzentscheidung vom 25. Mai 2020 – in der Sache (wenngleich ohne Verwendung des inzwischen gebräuchlichen Begriffs) die „Grenzwertkausalität“ (bzw. „Grenzwertrelevanz“) der im Streit stehenden Manipulationen zur Bedingung für die Annahme einer sittenwidrigen Schädigung macht.

11

Die Behauptung, dass die Fahrkurvenerkennung grenzwertkausal sei, weil nach Ausbedatung der Fahrkurvenerkennung der Grenzwert im Realbetrieb überschritten werde, weil im Realbetrieb eine vollständige Abschaltung der Abgasrückführung sowie keinerlei Einspritzung von AdBlue in den SCR-Katalysator erfolge und ein „Abgasheizen“ unterbleibe, trägt die Klagepartei erstmals in der Gegenerklärung vor. Bisher beschränkte sich der Vortrag der Klagepartei darauf, dass im normalen Fahrbetrieb weniger Harnstoff verwendet werde und eine geringere Abgasrückführungsrate erfolge (u.a. Klage, Seiten 4, 14). Dabei ist der Vortrag der Klagepartei zu Überschreitungen des Grenzwerts bei Messungen im „Nicht-NEFZ-Prüfbetrieb“, zu denen schon nicht konkret vorgetragen wird, als Indiz für eine Abschalteinrichtung, und noch dazu für eine Manipulationssoftware, die die Voraussetzungen des § 826 BGB erfüllen könnte, angesichts der unstreitigen gravierenden Unterschiede der Bedingungen, unter denen die Messung erfolgt, ohnehin ungeeignet (vgl. zu Messungen im Realbetrieb BGH, Urteil vom 6. Februar 2024 – VI ZR 526/20, Rn. 15, bei beck-online).

12

Die Ausführungen zu einer „Heizmaßnahme“ bei einem NSK-Katalysator, welche die Beklagte eingestanden habe, gehen ins Leere, weil das hiesige Fahrzeug unstrittig nicht mit einem solchen Katalysator ausgestattet ist.

13

Soweit sich die Klagepartei in der Gegenerklärung erstmals auf auszugsweise wiedergegebene interne Unterlagen der Fa. R. B. GmbH beruft, ergibt sich hieraus für den vorliegenden Fall weder, dass die

Beklagte die dort diskutierten Motorsteuerungen überhaupt, noch selbst wenn ja, auch in dem streitgegenständlichen Fahrzeug eingebaut hat. Schließlich ergibt sich auch die erforderliche „Grenzwertkausalität“ nicht aus den internen Unterlagen der Fa. R..

III.

#### 14

Soweit die Klagepartei nach Erlass des Hinweisbeschlusses gemäß § 522 Abs. 2 S. 2 ZPO als Berufungsantrag Nummer 1. a) bb) erstmals zusätzlich zum „großen“ Schadensersatz hilfsweise den Ersatz des Differenzschadens geltend macht, ist diese Antragsänderung prozessual nicht (mehr) beachtlich. Der neue Berufungsantrag Nummer 1. a) bb) hat mit dem Erlass des vorliegenden Zurückweisungsbeschlusses seine Wirkung verloren (§ 524 Abs. 4 ZPO analog).

#### 15

1. Wird im Berufungsrechtszug ein neuer Sachantrag gestellt, so muss das Berufungsgericht – die Zulässigkeit der Berufung und der Antragsänderung unterstellt – grundsätzlich einen Termin zur mündlichen Verhandlung anberaumen und über die Berufung im Wege eines Urteils befinden (BGH, Urteil vom 18. Dezember 2023, VIa ZR 921/22, Rn. 7, 16).

#### 16

Für den Fall der Kollision des Beschlussverfahrens (§ 522 ZPO) mit einer Anschlussberufung bestimmt das Gesetz allerdings unmissverständlich den Vorrang des Beschlussverfahrens gegenüber dem neuen Antrag. Die von einem Berufungsbeklagten vollzogene Anschließung an eine vom Gegner eingelegte Berufung verliert ihre Wirkung, wenn die Berufung zurückgenommen, verworfen oder durch Beschluss zurückgewiesen wird (§ 524 Abs. 4 ZPO).

#### 17

Abseits der Anschlussberufung enthält die Zivilprozessordnung für das Aufeinandertreffen des Beschlussverfahrens (§ 522 ZPO) mit einem erstmals im Berufungsverfahren gestellten Sachantrag keine direkt anwendbaren Bestimmungen. Solche finden sich insbesondere nicht in den Vorschriften der §§ 522, 533 ZPO. Auch den Gesetzesmaterialien lässt sich hierzu nichts entnehmen (vgl. ausführlich BGH, Urteil vom 24. Oktober 2013 – III ZR 403/12, NJW 2014, 151 Rn. 22 m.w.N.).

#### 18

In der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs ist die entsprechende Anwendung von § 524 Abs. 4 ZPO auf bestimmte weitere prozessuale Konstellationen jedoch seit längerer Zeit anerkannt. So verliert eine in der Berufungsinstanz erhobene Widerklage ihre Wirkung, wenn das Berufungsgericht die den erstinstanzlichen Streitgegenstand betreffende Berufung durch einstimmigen Beschluss gemäß § 522 ZPO zurückweist. Dasselbe gilt für eine erstmals in der Berufungsinstanz vorgenommene (quantitative) Klageerweiterung (BGH, Urteil vom 3. November 2016 – III ZR 84/15, NJW-RR 2017, 56 Rn. 14; Urteil vom 7. Juli 2022 – IX ZR 144/20, NJW-RR 2022, 1433 Rn. 13; Beschluss vom 10. Juni 2015 – IV ZR 366/14; Beschluss vom 9. Juli 2019 – VII ZR 86/17, NJW-RR 2019, 1150 Rn. 6; Beschluss vom 18. April 2023 – VIII ZR 421/21 bei juris Rn. 13). Der Bundesgerichtshof hat erst jüngst bestätigt, dass die Wirkungslosigkeit des neuen Antrags selbst dann eintritt, wenn die Erweiterung des Klageantrags nach §§ 525 Satz 1, 264 Nr. 2 ZPO nicht als Klageänderung anzusehen und deshalb nach allgemeinen Grundsätzen des Berufungsrechts – vorbehaltlich der aus dem Verfahren nach § 522 ZPO folgenden prozessualen Besonderheiten – ohne weiteres zulässig ist (BGH, Urteil vom 18. Dezember 2023 – VIa ZR 921/22, Rn. 6; bereits zuvor BGH, Beschluss vom 10. März 2016 – VII ZR 47/13, NJW 2016, 2508 Rn. 8 und 11; Beschluss vom 2. Mai 2017 – VI ZR 85/16, NJW 2017, 2623 Rn. 8; Beschluss vom 4. Juni 2019 – XI ZR 331/17, ZIP 2019, 1855 Rn. 8 und 15 f.). Im Gegensatz dazu wendet der Bundesgerichtshof die Vorschrift des § 524 Abs. 4 ZPO jedenfalls bei einer Antragsbeschränkung in Gestalt einer einseitigen Erledigungserklärung nicht entsprechend an (Beschluss vom 8. Februar 2022 – VIII ZR 37/21, BeckRS 2022, 4379 Rn. 31 ff.). Der Berufungsführer verfolge in diesem Fall, ohne dass zusätzlicher Streitstoff in das Verfahren eingeführt werde, lediglich sein früheres Begehren in eingeschränktem Umfang weiter.

#### 19

Auch ein erstmals in der Berufungsinstanz gestellter Hilfsantrag verliert unter den vorgenannten Umständen seine Wirkung (vgl. BGH Urteil vom 16. Januar 2024 – VIa ZR 1136/22, BeckRS 2024, 764 Rn. 4 bei beck-online Zöller/Heßler, ZPO, 35. Aufl. 2024, § 522 Rn. 37 m.w.N.).

## 20

Vorgenannte Rechtsprechung beruht im Kern auf folgenden Erwägungen: Mit der Beschlusszurückweisung soll verhindert werden, dass durch Berufungen, die nach Überzeugung des Berufungsgerichts keine Aussicht auf Erfolg haben, richterliche Arbeitskraft unnötig gebunden, die für verhandlungsbedürftige Fälle benötigte Terminzeit verkürzt und die rechtskräftige Erledigung der Streitigkeit zu Lasten der in erster Instanz obsiegenden Partei verzögert wird (RegE eines Gesetzes zur Reform des Zivilprozesses, BT-Dr 14/4722, S. 97). Sowohl dieser Normzweck des § 522 Abs. 2 ZPO als auch der Umstand, dass die Berufungsinstanz vornehmlich der Fehlerkontrolle dienen soll, gebieten es daher, diese Regelungslücke durch eine analoge Anwendung des § 524 Abs. 4 ZPO zu schließen. Mit beidem ist es nicht vereinbar, in die Prüfung der Erfolgsaussicht gemäß § 522 Abs. 2 Nr. 1 ZPO auch die Frage der Begründetheit einer zweitinstanzlichen Klageerweiterung einzubeziehen (BGH NJW-RR 2017, 56 Rn. 15). Das gesetzgeberische Anliegen, offensichtlich aussichtslose Berufungen im Beschlussweg zurückzuweisen, stünde einer mündlichen Verhandlung sowohl über die Berufung als auch über den mit der Klageerweiterung geltend gemachten Teil entgegen. Diesem Anliegen würde nicht Rechnung getragen, wenn der Berufungskläger mit einer – gegebenenfalls geringfügigen – Erweiterung seiner Klage eine mündliche Verhandlung erzwingen könnte, obwohl die Berufung in Bezug auf die erstinstanzliche Beschwer des Berufungsklägers keine Aussicht auf Erfolg bietet (BGH NJW-RR 2017, 56 Rn. 16).

## 21

Hiervon ausgehend ist jeder in der zweiten Instanz neu gestellte Klageantrag, der das Berufungsgericht ggf. in eine mündliche Verhandlung drängen würde, im Grundsatz (zu Ausnahmen siehe unten 3.) nicht beachtlich, wenn das Gericht sich zu einer Zurückweisung der eigentlichen Berufung im Beschlusswege (§ 522 Abs. 2 ZPO) entschließt.

## 22

2. Auch die vorliegende Konstellation – „Ausdehnung“ der Klage im Berufungsrechtszug vom „großen“ Schadensersatz hilfsweise auch auf den Differenzschaden – unterfällt grundsätzlich einer entsprechenden Anwendung der Vorschrift des § 524 Abs. 4 ZPO.

## 23

Dies ist auf der Grundlage der Ausführungen unter 1. schon deshalb unproblematisch der Fall, weil die Klagepartei in der Gegenerklärung mit der „Ausdehnung“ der Klage eine (hilfsweise) Klageerweiterung vorgenommen hat. Der Anspruch auf den Differenzschaden wird vorliegend nicht anstelle des „großen“ Schadensersatzes geltend gemacht, sondern hilfsweise zusätzlich für den Fall, dass ein Anspruch auf den „großen“ Schadensersatz nicht besteht.

## 24

Anderes hätte im Übrigen aber auch dann nicht gegolten, wenn die Klagepartei – wie nicht – den Antrag auf den „großen“ Schadensersatz auf den Differenzschaden umgestellt hätte, also nunmehr anstelle des „großen“ Schadensersatzes den Differenzschaden begehren würde:

## 25

Für die (hilfsweise) Umstellung vom „großen“ Schadensersatz (Rückzahlung des Kaufpreises, ggf. gemindert durch Nutzungsvorteile, Zug um Zug gegen Übergabe und Übereignung des Fahrzeugs) auf den „kleinen“ Schadensersatz (Wertminderung, als Abschlag vom Kaufpreis) hat der Bundesgerichtshof die entsprechende Anwendbarkeit von § 524 Abs. 4 ZPO ausdrücklich bejaht (Urteil vom 16. Januar 2024 – VIa ZR 1136/22, BeckRS 2024, 764 Rn. 4).

## 26

Auch für eine Umstellung der Schadensberechnung kann nach Auffassung des Senats nichts anderes gelten. Die Umstellung des Klageantrags vom „großen“ Schadensersatz auf den Differenzschaden (5 bis 15 Prozent des Kaufpreises, ggf. gemindert durch Nutzungsvorteile und Restwert) bedeutet rein formal eine Änderung der Klageanträge. Diese Bewertung ändert sich auch nicht dadurch, dass der Bundesgerichtshof den „großen“ Schadensersatz und den Differenzschaden als „lediglich unterschiedliche Methoden der Schadensberechnung“ einordnet, die „im Kern an die Vertrauensinvestition des Käufers bei Abschluss des Kaufvertrags anknüpfen“ (BGH, Urteil vom 26. Juni 2023 – VIa 335/21 Rn. 45 bei juris). Die Anträge zielen – und allein darauf kommt es bei der gebotenen formalen Betrachtungsweise an – auf augenscheinlich unterschiedliche Begehren ab. Anstelle der zunächst beantragten Zug-um-Zug-Verurteilung wird nunmehr uneingeschränkt eine Verurteilung zur Zahlung beantragt.

## 27

Bei einer solchen Antragsänderung handelt es sich auch um eine Klageerweiterung, obwohl die Klagepartei nur noch einen (deutlich) geringeren Zahlbetrag geltend macht. Die Umstellung eines Antrags von einer Verurteilung zu einer Zug-um-Zug-Leistung auf eine unbedingte Zahlung bedeutet stets eine Erweiterung des Klageantrags gemäß § 264 Nr. 2 ZPO (BGH, Urteil vom 27. Februar 2007 – XI ZR 56/06; NJW 2007, 3127, Rn. 30). Auch speziell in einem „Diesel“-Fall hat der Bundesgerichtshof für die Anpassung des auf den „großen“ Schadensersatz ausgerichteten Klageantrags nach Weiterveräußerung des Fahrzeugs entschieden, dass der Kläger – trotz (deutlich) geringeren Zahlungsbegehrens – durch den Verzicht auf den einschränkenden Zusatz einer Verurteilung nur Zug um Zug gegen Übereignung und Herausgabe des Fahrzeugs sein Begehren erweitert hat (BGH, Urteil vom 11. September 2023 – VIa ZR 83/23 Rn. 15 bei juris siehe ferner OLG Stuttgart, Urteil vom 11. Januar 2024 – 24 U 241/22 Rn. 60 bei beck-online). Erfolgt der Verzicht auf den Verurteilungszusatz „Zug um Zug“ nicht im Rahmen des „großen“ Schadensersatzes nach Verkauf des Pkws, sondern im Zuge einer Umstellung vom „großen“ Schadensersatz auf den Differenzschaden, muss nach Auffassung des Senats dasselbe gelten (ebenso OLG Karlsruhe Urteil vom 11. November 2023 – 8 U 295/21 Rn. 33 bei beck-online).

## 28

Das Zwischenergebnis im vorliegenden Fall – der grundsätzliche Vorrang des Beschlussverfahrens (§ 522 ZPO) gegenüber der Antragsumstellung auf den Differenzschaden – hält auch einer Überprüfung anhand von Sinn und Zweck der Regelung, die Schonung der Ressourcen der Justiz im Falle aussichtsloser Berufungen, aber auch der Schutz des Berufungsbeklagten vor einer Verfahrensverzögerung, stand. Ohne die Anwendung der Vorschrift wäre richterliche Arbeitskraft – obwohl die eigentliche Berufung keine Aussicht auf Erfolg hat – allein aufgrund des neuen Antrags in nicht unbeträchtlichem Maße zusätzlich gebunden, auch der Verfahrensabschluss würde sich verzögern. Es wäre nicht nur eine mündliche Verhandlung anzuberaumen, vorzubereiten und durchzuführen, sondern es ist – anders als in dem vom Bundesgerichtshof entschiedenen Fall der einseitigen Erledigungserklärung – regelmäßig davon auszugehen, dass – mit einer entsprechenden Verlängerung der Prozessdauer – der streitentscheidende Prozessstoff sich ausweitete, insbesondere mit Blick auf die Rechtsfolgenseite. So könnte bei der Schadensschätzung (§ 287 ZPO) zusätzlicher Sachvortrag, insbesondere im Rahmen der hierfür notwendigen Schätzgrundlagen, zu berücksichtigen sein. Denn bei der Schätzung des Differenzschadens hat der Tatrichter die mit der Verwendung einer unzulässigen Abschalteinrichtung verbundenen Nachteile, insbesondere das Risiko behördlicher Anordnungen, zu berücksichtigen und den Umfang in Betracht kommender Betriebsbeschränkungen und die Eintrittswahrscheinlichkeit solcher Beschränkungen mit Rücksicht auf die Einzelfallumstände in den Blick zu nehmen (BGH, Urteil vom 26. Juni 2023, VIa 335/21 Rn. 76 bei juris). Maßgebend ist dabei eine auf den Zeitpunkt des jeweiligen Vertragsschlusses bezogene Betrachtung. Dabei ist – anders als bei der Haftung auf „großen“ Schadensersatz nach §§ 826, 31 BGB, bei der bereits eine einzige Abschalteinrichtung die Verantwortlichkeit im vollen Umfang begründen kann – vorbehaltlich der Haftungsdeckelung auf 15 Prozent des Kaufpreises grundsätzlich jede als unzulässig vorgetragene, das Risiko einer Betriebsbeschränkung erhöhende Abschalteinrichtung zu bewerten und ggf. aufzuklären, ggf. auch diejenige, die erstmalig mit der Geltendmachung des Differenzschadens vorgetragen wird. Über diese originär schadensrechtlichen Gesichtspunkte hinaus hat der Tatrichter zusätzlich – und zwar grundsätzlich hinsichtlich jeder unzulässigen Abschalteinrichtung gesondert – den Grad des Verschuldens (leicht fahrlässig, fahrlässig, grob fahrlässig, eventualvorsätzlich, absichtlich oder arglistig bzw. sittenwidrig) nach Maßgabe der Umstände des zu beurteilenden Einzelfalls zu bewerten, um dem Gebot einer auf den Einzelfall bezogenen verhältnismäßigen Sanktionierung Rechnung zu tragen (BGH a.a.O., Rn. 77 bei juris). Dies kann im Vergleich zum „großen“ Schadensersatz zusätzlichen Sachvortrag der Parteien erfordern. Dabei können sich speziell mit Blick auf einen möglichen Verbotsirrtum hinsichtlich der Verwendung einer oder mehrerer unzulässiger Abschalteinrichtungen neue komplexe Fragestellungen ergeben, die von Seiten der darlegungs- und beweisbelasteten Beklagten weiteren Sachvortrag erfordern und zu einer spürbaren Ausdehnung des Prozessstoffes führen können. Schließlich wäre ggf. bei der Schadensberechnung, anders als beim „großen“ Schadensersatz, zusätzlich der Frage nach dem Restwert des Fahrzeugs nachzugehen.

## 29

3. Im Streitfall sind auch keine besonderen Umstände gegeben, die es gebieten, ausnahmsweise von einer entsprechenden Anwendung des § 524 Abs. 4 ZPO auf den neuen, auf den Ersatz des Differenzschadens gerichteten Antrag abzusehen.

### 30

a) Es entspricht der ständigen Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs, dass der Weg über § 524 Abs. 4 ZPO ausnahmsweise versperrt und ein erstmals in der Berufungsinstantz gestellter Antrag beachtlich ist (und deshalb das Beschlussverfahren gemäß § 522 ZPO nicht zulässig ist), wenn die zweitinstanzliche Antragsänderung auf einen – ggf. gebotenen und unterlassenen – gerichtlichen Hinweis erfolgte (vgl. BGH, Beschluss vom 10. März 2016 – VII ZR 47/13, NJW 2016, 2508 Rn. 11; Beschluss vom 2. Mai 2017 – VI ZR 85/16, NJW 2017, 2623 Rn. 11; Beschluss vom 4. Juni 2019 – XI ZR 331/17, ZIP 2019, 1855 Rn. 16; Beschluss vom 6. Juni 2023 – XI ZR 199/22, juris Rn. 14). Denn andernfalls würde der Anspruch des Berufungsführers auf rechtliches Gehör (in Verbindung mit dem Recht auf wirkungsvollen Rechtsschutz) unzulässig eingeschränkt (BGH, Beschluss vom 10. März 2016 – VII ZR 47/13, Rn. 11 bei juris; BGH Urteil vom 18. Dezember 2023, VIa ZR 921/22, Rn. 16 bei juris).

### 31

Hat in einem solchen Fall das Berufungsgericht das Beschlussverfahren bereits eingeleitet, d.h. einen Hinweisbeschluss gemäß § 522 Abs. 2 Satz 2 ZPO erlassen, und kommt es dann zur Antragsmodifizierung, handelt es sich bei dem Hinweis rein funktional um den an sich nach § 139 ZPO gebotenen Hinweis. Der Hinweisbeschluss taugt dann nicht als Grundlage für einen Zurückweisungsbeschluss, sondern hat lediglich terminsvorbereitenden Charakter.

### 32

Eine Unanwendbarkeit von § 524 Abs. 4 ZPO kann sich nicht nur aus den geschilderten allgemeinen prozessualen Erwägungen ergeben, sondern speziell in „Diesel“-Fällen auch aus der Besonderheit, dass der Bundesgerichtshof seine an eine Entscheidung des Europäischen Gerichtshofs anknüpfende Rechtsprechung zum Differenzschaden in „Diesel-Abgasfällen“ erst im Jahr 2023 und damit erst zu einem Zeitpunkt begründet hat, in dem zahlreiche „Diesel“-Verfahren bereits in der Berufungsinstantz anhängig waren.

### 33

b) Gemessen an diesen Grundsätzen besteht im Streitfall keine Veranlassung, von einer entsprechenden Anwendung des § 524 Abs. 4 ZPO Abstand zu nehmen. Der nach dem Erlass des Hinweisbeschlusses (§ 522 Abs. 2 Satz 2 ZPO) vom 27. März 2024 gestellte Antrag der Klagepartei – gerichtet auf Ersatz des Differenzschadens – ist nicht ausnahmsweise zuzulassen.

### 34

Der von der Klagepartei nunmehr mit dem neuen Klageantrag geltend gemachte Differenzschaden ist keine Reaktion auf einen Hinweis i.S.v. § 139 ZPO des Berufungsgerichts. Der Senat hat keinen solchen Hinweis erteilt.

### 35

Im vorausgegangenen Hinweisbeschluss stützt der Senat seine Rechtsauffassung auch nicht auf einen Gesichtspunkt, den der Berufungskläger für den Senat erkennbar übersehen oder für unerheblich gehalten hat und der deshalb, bei Lichte betrachtet, anstelle eines Hinweises gemäß § 522 Abs. 2 Satz 2 ZPO eine Hinweispflicht gemäß § 139 ZPO ausgelöst hätte (dazu bb)). Eine Hinweispflicht des Senats ergab sich auch nicht aus der jüngsten Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs speziell zum „Differenzschaden“ in „Diesel-Abgasfällen“ (siehe aa)).

### 36

aa) Mit den Grundsatzurteilen vom 26. Juni 2023 (VIa ZR 335/21, VIa ZR 533/21 und VIa ZR 1031/22) hat der Bundesgerichtshof erstmals entschieden, dass einem Kläger „Gelegenheit zu geben“ ist, „den von ihm geltend gemachten Schaden [anstelle des „großen“ Schadensersatzes] im Sinne des Differenzschadens zu berechnen“ (Urteil vom 26. Juni 2023 – VIa ZR 335/21, Rn. 45 bei juris). Wiederholt wird vom Bundesgerichtshof auch die Formulierung gebraucht, wonach der Kläger „Gelegenheit haben wird“, einen Differenzschaden darzulegen (etwa BGH, Urteil vom 11. Dezember 2023; VIa ZR 574/22; Urteil vom 11. Dezember 2023, VIa ZR 340/22, Rn. 13). Die Vorgabe trägt dem Umstand Rechnung, dass im betroffenen Berufungsverfahren die Klagepartei in Ermangelung der Kenntnis der zukünftigen Entscheidung des Bundesgerichtshofs noch keine Veranlassung zu einer Antragsanpassung hatte (und dort deshalb möglicherweise „Nachholbedarf“ besteht). Von einer Notwendigkeit des Berufungsgerichts, die Klagepartei auf die Möglichkeit einer Antragsumstellung förmlich hinzuweisen, ist hingegen weder an dieser noch an anderer Stelle die Rede.

### 37

Die vom Bundesgerichtshof geforderte „Gelegenheit“ zur Antragsumstellung auf einen Differenzschaden hat der Senat im Streitfall der Klagepartei vor Erlass des Beschlusses vom 27. März 2024 in ausreichendem Maße gegeben. Der Anspruch der Klagepartei auf rechtliches Gehör ist nicht verletzt.

### 38

(1) Für den vorliegenden Fall ergibt sich aus dem Zeitpunkt der erstmaligen Entscheidung des Bundesgerichtshofs zum Differenzschaden eine Besonderheit. Sie besteht darin, dass bei der Verkündung der Urteile am 26. Juni 2023 die vorliegende Rechtsstreitigkeit nicht mehr in der ersten Instanz, sondern bereits in der Berufungsinstanz anhängig war. Dadurch entsteht ein Spannungsverhältnis zwischen der grundsätzlich entsprechend anwendbaren Vorschrift des § 524 Abs. 4 ZPO und der nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs der Klagepartei einzuräumenden „Gelegenheit“ zur (hilfsweisen) Antragsumstellung auf den Ersatz des Differenzschadens.

### 39

Wird die den erstinstanzlichen Streitgegenstand betreffende Berufung durch einen einstimmigen Beschluss nach § 522 Abs. 2 ZPO zurückgewiesen, verlieren sowohl die zweitinstanzliche Klageerweiterung als auch die in der zweiten Instanz erhobene Widerklage entsprechend § 524 Abs. 4 ZPO ihre Wirkung (BGH, Urteil vom 3. November 2016 – III ZR 84/15 Rn. 14 bei juris). Nach dem Sinn und Zweck der Vorschrift – die Schonung der Ressourcen der Justiz im Falle aussichtsloser Berufungen durch eine Entscheidung im schriftlichen Verfahren, aber auch die Vermeidung von Verzögerungen des Rechtsstreits zum Nachteil der im Berufungsrechtszug beklagten Partei – kommt es für die Wirkungslosigkeit der zweitinstanzlichen Klageänderung nicht darauf an, in welchem Stadium des Berufungsverfahrens die Änderung erfolgte. Auch die frühestmöglich, etwa bereits in der Berufungsbegründung vorgenommene Antragsänderung wird mit dem Zurückweisungsbeschluss wirkungslos. Im vorliegenden Fall hätte dies freilich zur Folge, dass – ganz unabhängig vom konkreten Zeitpunkt – jede Umstellung auf den Differenzschaden mit dem Zurückweisungsbeschluss unbeachtlich würde und damit der Klagepartei – entgegen der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs – in keinem Fall eine „Gelegenheit“ zur Geltendmachung des Differenzschadens eingeräumt wäre. Umgekehrt würde die mit der Vorschrift des § 524 Abs. 4 ZPO intendierte „verhandlungsfreie“ Entscheidung über aussichtslose Berufungen vollständig in den Hintergrund treten, wenn die Klagepartei – unabhängig davon, wieviel „Gelegenheit“ zuvor bestand – noch jederzeit bis unmittelbar vor Erlass des Zurückweisungsbeschlusses auf den Differenzschaden umstellen könnte.

### 40

In diesem Spannungsfeld hält es der Senat im Ausgangspunkt für einen interessengerechten Ausgleich, dass jedenfalls die auf den Ersatz des Differenzschadens abzielende Antragsänderung als wirkungslos anzusehen ist, die erst nach dem Hinweisbeschluss des Berufungsgerichts (§ 522 Abs. 2 Satz 2 ZPO) vorgenommen wird. Denn mit dem Erlass des Hinweisbeschlusses hat sich das Gericht im konkreten Einzelfall auf eine bestimmte Verfahrensweise festgelegt und verdient damit – ganz im Einklang mit den hinter der Bestimmung des § 524 Abs. 4 ZPO stehenden Regelungszielen – Schutz, den eingeschlagenen Weg weiter gehen und an der begonnenen Vorgehensweise festhalten zu können. Grundlegende Voraussetzung ist freilich, dass die Vorgaben aus der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs zum Differenzschaden eingehalten werden, nämlich dass die Klagepartei vor Erlass des Hinweisbeschlusses „Gelegenheit“ hatte, eine Antragsmodifizierung hin zum Differenzschaden vorzunehmen. In diesem Fall ist dann auch der verfassungsrechtlich verbürgte Anspruch der Klagepartei auf rechtliches Gehör gewahrt.

### 41

Welches Zeitfenster bestehen muss, damit eine Klagepartei vor dem Hinweisbeschluss (§ 522 Abs. 2 Satz 2 ZPO) ausreichend „Gelegenheit“ zur Antragsmodifizierung hatte, lässt sich nicht pauschal, sondern nur bei Betrachtung des konkreten Einzelfalls unter Berücksichtigung des Verfahrensverlaufs und des jeweiligen Parteivortrags beantworten. Nach der § 282 Abs. 1 ZPO zu Grunde liegenden gesetzgeberischen Wertung ist eine Partei gehalten, so rechtzeitig zu reagieren, wie es nach der Prozesslage einer sorgfältigen und auf die Förderung des Verfahrens bedachten Prozessführung entspricht. (vgl. auch BGH, Beschluss vom 4. April 2007, VIII ZB 109/05, NJW 2007, 1887 Rn. 7 für den Fall eines nicht fristgebundenen Hinweises). Grundsätzlich zu berücksichtigen ist, dass es einer Rücksprache zwischen Rechtsanwalt und Mandant sowie ggf. der Klärung der Frage bedarf, ob – unter Berücksichtigung der Grundsätze des Vorteilsausgleichs – aktuell noch ein einklagbarer Differenzschaden vorhanden ist. Zudem sind die Prozessbevollmächtigten im Rahmen des „Dieselskandals“ erfahrungsgemäß nicht mit einem Einzelfall



befasst, sondern eine entsprechende Klärung steht in einer Vielzahl der vom Rechtsanwalt betreuten Verfahren an.

#### 42

(2) Im Streitfall hat der Senat bis zum Erlass des Hinweisbeschlusses (§ 522 Abs. 2 Satz 2 ZPO) am 27. März 2024 mehr als ein halbes Jahr zugewartet und damit der Klagepartei in ausreichendem Maße „Gelegenheit“ gegeben, den Antrag auf Ersatz des Differenzschadens anzupassen.

#### 43

Im Anwaltsprozess begann die Gelegenheit zur Antragsumstellung bereits in den Tagen nach den Grundsatzentscheidungen des Bundesgerichtshofs vom 26. Juni 2023. Denn dass das oberste deutsche Zivilgericht aufgrund europarechtlicher Direktiven möglicherweise neue Grundsatzaussagen zur Haftung von Kfz- und Motorenherstellern wegen unzulässiger Abschalteinrichtungen zu treffen haben würde, war zumindest der mit dem „Diesel-Abgasskandal“ befassten juristisch-forensisch tätigen Fachwelt – zu der das Gericht aufgrund der Vielzahl der bei ihm anhängigen bzw. anhängig gewesenen Verfahren auch die Klägervertreter zählt – seit längerer Zeit bekannt. Mit den Entscheidungen vom Juni 2023 knüpft der Bundesgerichtshof an das Urteil des Europäischen Gerichtshofs (EuGH) vom 21. März 2023 (C-100/21) an, in dem erstmals festgestellt wurde, dass bestimmte europarechtliche Vorschriften dahin auszulegen seien, dass sie – neben allgemeinen Rechtsgütern – auch die Einzelinteressen des individuellen Käufers eines Kraftfahrzeugs gegenüber dessen Hersteller schützen, wenn dieses Fahrzeug mit einer unzulässigen Abschalteinrichtung ausgestattet ist. Es sei Sache des Rechts des jeweiligen Mitgliedstaats, die Vorschriften über den Ersatz des Schadens in einem solchen Falle festzulegen. In der in Rede stehenden, vor dem EuGH geführten Rechtssache hatte der Generalanwalt Rantos bereits am 2. Juni 2022 – also mehr als ein Jahr vor den genannten BGH-Entscheidungen – die Schlussanträge gestellt, denen in den Folgemonaten bis zur EuGH-Entscheidung in der Fachwelt höchste Aufmerksamkeit zuteil geworden war.

#### 44

Auch die Prozessbevollmächtigten der Klagepartei waren mit der europarechtlichen Komponente des Streitfalls nicht nur bestens vertraut, sondern sie richteten auch ihr prozessuales Vorgehen daran aus. Mit Schriftsatz vom 27. Juni 2022 stellten die Prozessbevollmächtigten der Klagepartei mit Blick auf eine mögliche Haftung der Beklagten gemäß § 823 Abs. 2 BGB unter Bezugnahme auf die Schlussanträge des Generalanwalts Rantos den Antrag, das Verfahren bis zur Entscheidung des EuGH in der Rechtssache C-100/21 gemäß § 148 Abs. 1 ZPO analog auszusetzen.

#### 45

Bereits am Tag der Verkündung der Grundsatzentscheidungen des Bundesgerichtshofs vom 26. Juni 2023 wurde eine einschlägige Pressemitteilung, die auch – für den Fall des schuldhaften Einbaus einer unzulässigen Abschalteinrichtung – die Möglichkeit eines ersatzfähigen Differenzschadens in Höhe von mindestens 5 bis höchstens 15 Prozent des Kaufpreises aufzeigt, auf der Homepage des Gerichts veröffentlicht. Nur wenige Tage später waren dort auch schon die schriftlichen Urteilsgründe abrufbar.

#### 46

Es entsprach auch der anwaltlichen Pflicht der Prozessbevollmächtigten der Klagepartei, diese sich seit Längerem anbahnende Entwicklung in der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs zu verfolgen. Das Bundesarbeitsgericht hat in einer Entscheidung über eine Anhörungsrüge eine eigene Hinweispflicht und damit eine Gehörsverletzung bezüglich einer in den Vorinstanzen nicht erörterten Rechtsfrage mit der Begründung verneint, dass ein gewissenhafter Prozessbevollmächtigter, der er ein Revisionsverfahren führt, in dem es auf eine grundlegende Rechtsfrage ankommt, prüft, ob bereits Entscheidungen des maßgeblichen Spruchkörpers vorliegen oder dazu eine Pressemitteilung veröffentlicht ist (Beschluss vom 3. Juni 2020 – 3 AZR 255/20 (F) Rn. 8 bei juris). Nach Auffassung des Senats kann mit Blick auf Pressemitteilungen des Bundesgerichtshofs als dem obersten Zivilgericht nichts anderes gelten. Der gewissenhafte Prozessbevollmächtigte hat – jedenfalls wenn der Prozessstoff, wie bei den „Dieselfällen“, noch vergleichsweise neu und höchststrichtrich ersichtlich noch nicht abschließend „abgearbeitet“ ist – die veröffentlichten einschlägigen Pressemitteilungen und (erst recht) Entscheidungen des Bundesgerichtshofs regelmäßig zur Kenntnis zu nehmen. Er kann sich nicht darauf zurückziehen, der mit einem von ihm betreuten Fall konkret befasste Spruchkörper habe ihn auf kürzlich ergangene Grundsatzurteile eines obersten Gerichts noch einmal gesondert aufmerksam zu machen.

#### 47

Obwohl der Bundesgerichtshof die geschilderte Rechtsprechungsänderung schon Ende Juni 2023 verkündet hatte, hat der Senat vorliegend erst am 27. März 2024 den Hinweisbeschluss (§ 522 Abs. 2 Satz 2 ZPO) erlassen. Er hat damit der Klagepartei über mehr als ein halbes Jahr hinweg ausreichend „Gelegenheit“ gegeben, den Ersatz des Differenzschadens (als Haupt- oder Hilfsantrag) geltend zu machen. Hinderungsgründe, die ausnahmsweise eine andere Betrachtung rechtfertigen, wurden dem Senat nicht mitgeteilt. Solche Gründe können sich angesichts des stattgehabten Zeitablaufs auch nicht aus dem Charakter der „Diesel“-Fälle als „Massenverfahren“ ergeben.

**48**

bb) Eine Pflicht des Senats, keinen Hinweisbeschluss gemäß § 522 Abs. 2 Satz 2 ZPO zu erlassen, sondern stattdessen auf die Möglichkeit bzw. Sinnhaftigkeit einer Antragsmodifizierung hin zum Differenzschaden förmlich hinzuweisen (§ 139 ZPO), ergab sich auch nicht aus allgemeinen Grundsätzen.

**49**

(1) Der in Art. 103 Abs. 1 GG verbürgte Anspruch auf rechtliches Gehör gewährleistet den Verfahrensbeteiligten das Recht, sich nicht nur zu dem der Entscheidung zugrunde liegenden Sachverhalt, sondern auch zur Rechtslage zu äußern. Dabei kann es in besonderen Fällen auch geboten sein, die Verfahrensbeteiligten auf eine Rechtsauffassung hinzuweisen, die das Gericht der Entscheidung zugrunde legen will, damit sie bei Anwendung der von ihnen zu verlangenden Sorgfalt zu erkennen vermögen, auf welche Gesichtspunkte es für die Entscheidung ankommen kann. Es kann im Ergebnis der Verhinderung eines Vortrags zur Rechtslage gleichkommen, wenn das Gericht ohne vorherigen Hinweis auf einen rechtlichen Gesichtspunkt abstellt, mit dem auch ein gewissenhafter und kundiger Prozessbeteiligter selbst unter Berücksichtigung der Vielfalt vertretbarer Rechtsauffassungen nicht zu rechnen braucht. Doch müssen Verfahrensbeteiligte, auch wenn die Rechtslage umstritten oder problematisch ist, grundsätzlich alle vertretbaren rechtlichen Gesichtspunkte von sich aus in Betracht ziehen und ihren Vortrag darauf einstellen (BVerfG, Beschluss vom 27. September 2018 – 1 BvR 426/13, Rn. 2 bei juris).

**50**

Eine Hinweispflicht besteht nur dann, wenn wenigstens eine Partei, ihr gesetzlicher Vertreter oder ihr Prozessbevollmächtigter einen tatsächlichen oder verfahrens- bzw. materiell-rechtlichen Gesichtspunkt erkennbar übersehen oder für unerheblich gehalten hat (BVerfG, Beschl. v. 1. August 2017 – 2 BvR 3068/14, NJW 2017, 3218; BGH, Beschluss vom 24. September 2019 – VI ZR 418/18, NJW-RR 2020, 188; BGH, Versäumnisurteil vom 16. Mai 2002 – VII ZR 197/012002, 1436; OLG Brandenburg Ur. v. 8. November 2023 – 11 U 9/22, BeckRS 2023, 35517 Rn. 47; Anders/Gehle/Anders, 82. Aufl. 2024, ZPO § 139 Rn. 55). Das Gericht kann nur auf einen Gesichtspunkt hinweisen, von dem es erkennen kann, dass er von den Parteien übersehen oder missverstanden worden ist (BeckOK ZPO/von Selle, 51. Ed. 1.12.2023, ZPO § 139 Rn. 3, 35). Maßgeblich ist eine möglichst objektive Beurteilung aus der Sicht eines mit dem bisherigen Prozessverlauf vertrauten und gewissenhaften Prozessbeteiligten (BGH, Beschluss vom 24. September 2019 – VI ZR 418/18; NJW-RR 2020, 188 Rn. 8).

**51**

(2) Die Ersatzfähigkeit des Differenzschadens ist hiernach kein Gesichtspunkt, den die Klagepartei oder ihre Prozessbevollmächtigten für das Gericht erkennbar übersehen oder für unerheblich gehalten haben, und der deshalb eine förmliche Hinweispflicht ausgelöst hätte.

**52**

Ein Anhaltspunkt für fehlende Kenntnis der Prozessbevollmächtigten der Klagepartei von der Differenzschaden-Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs lässt sich dabei von vornherein nicht allein aus dem Umstand ableiten, dass die Antragsumstellung auf den Differenzschaden unterblieben ist. Hintergrund kann zum Beispiel schlicht die nicht (mehr) gegebene wirtschaftliche Sinnhaftigkeit einer Umstellung sein. So kann der Differenzschaden infolge der gezogenen Nutzungen und des verbliebenen Restwerts vollständig oder zumindest weitreichend aufgezehrt sein – was zunächst allein die Klägerseite anhand der nur ihr bekannten aktuellen Laufleistung beurteilen kann.

**53**

Auch davon abgesehen bestanden für den Senat zum Zeitpunkt des Beschlusserlasses keine Anhaltspunkte, dass die Prozessbevollmächtigten der Klagepartei die Ersatzfähigkeit des Differenzschadens nicht im Blick hatten. Insoweit kann zunächst auf obige Ausführungen verwiesen werden, die zeigen, dass die Klägervertreter die Entwicklung der höchstrichterlichen Rechtsprechung zu

einer Haftung der Beklagten gemäß § 823 Abs. 2 BGB einschließlich der europarechtlichen Komponente im Blick hatten und ihre Prozessanträge daran ausrichteten (siehe vorstehend).

#### **54**

Auch in der Zeit nach den herstellerübergreifend gültigen Grundsatzentscheidungen vom 26. Juni 2023 hat der Bundesgerichtshof, zum Teil täglich, eine Vielzahl von Entscheidungen verkündet und auf der Homepage veröffentlicht, mit denen zweitinstanzliche Entscheidungen aufgehoben und zurückverwiesen wurden, jeweils verbunden mit dem Bemerken, dass der Klägerseite „Gelegenheit zu geben“ ist bzw. sie „Gelegenheit haben wird“, einen Differenzschaden darzulegen. Eine Vielzahl der Entscheidungen fand auch in Fachzeitschriften Einzug.

#### **55**

Vorliegend kommt hinzu, dass dem Senat mindestens ein anderes von den Prozessbevollmächtigten der Klagepartei geführtes, hier anhängiges Verfahren bekannt ist, in dem es ohne Zutun des Gerichts zu einer hilfswisen Geltendmachung des Differenzschadens gekommen ist.

#### **56**

Nach alledem bestand aus der Sicht des Senats bei Erlass des Hinweisbeschlusses (§ 522 Abs. 2 Satz 2 ZPO) kein vernünftiger Zweifel, dass die Klägerseite über die aktuellen Entwicklungen in der höchstrichterlichen „Diesel“-Rechtsprechung im Bilde ist und es deshalb hierauf keines förmlichen Hinweises bedurfte.

#### **57**

cc) Vor diesem Hintergrund brauchte der Senat in der vorliegenden Konstellation nicht zu vertiefen, ob eine Hinweispflicht oder eine „Gelegenheit“ zur Antragsumstellung nicht bereits deswegen ausschied, weil von der Klagepartei innerhalb des im Berufungsrechtszug zulässigen Rahmens nicht ausreichend zum Vorliegen einer haftungsbegründenden unzulässigen Abschaltanlage im Sinne von Art. 5 Abs. 2 der Verordnung (EG) Nr. 715/2017 vorgetragen worden war. Wegen des unzureichenden Sachvortrags der Klagepartei wird auf die diesbezüglichen Ausführungen des Senats im Hinweisbeschluss vom 27. März 2024 verwiesen.

#### **IV.**

#### **58**

Die Kostenentscheidung beruht auf § 97 Abs. 1 ZPO.

#### **59**

Die Feststellung zur vorläufigen Vollstreckbarkeit des angefochtenen Urteils und des vorliegenden Beschlusses erfolgte gemäß § 708 Nr. 10, § 711 ZPO.

#### **60**

Der Streitwert für das Berufungsverfahren würde in Anwendung der §§ 47, 48 GKG bestimmt.