Hanseatisches Oberlandesgericht in Bremen - Urteil vom 26.04.2024 - 2 U 36/21

Archivdruck des veröffentlichten amtlichen Entscheidungstextes

Dieser Archivdruck wurde am 31.10.2026 aus dem gespeicherten amtlichen Text erstellt. Er ist als redaktionell erstellte PDF-Fassung gekennzeichnet. Maßgeblich bleibt die angegebene amtliche Fundstelle.

Amtliche Fundstelle: https://www.oberlandesgericht.bremen.de/entscheidungen/detail.php?gsid=bremen88.c.24920.de&asl=bremen88.c.2335.de

Hanseatisches Oberlandesgericht in Bremen

Geschäftszeichen: 2 U 36/21 = 2 O 2135/19 Landgericht Bremen

Im Namen des Volkes

U r t e i l

In dem Rechtsstreit

[...],

Kläger,

Prozessbevollmächtigte:
[...]

gegen

[...],

Beklagte,

Prozessbevollmächtigte:
[...]

hat der 2. Zivilsenat des Hanseatischen Oberlandesgerichts in Bremen auf die mündliche Verhandlung vom 23.02.2024 durch den Richter am Oberlandesgericht Dr. Kramer, die Richterin am Oberlandesgericht Martin und den Richter am Landgericht Dr. Dierkes für Recht erkannt:

1. Die Berufung des Klägers gegen das Urteil des Landgerichts Bremen vom 11.03.2021 – Az. 2 O 1135/19 – wird als unbegründet zurückgewiesen.

- 2 -

Seite 2 von 16

2. Die Kosten der Berufung trägt der Kläger.
3. Das Urteil des Landgerichts Bremen vom 11.03.2021 – Az. 2 O 1135/19 – sowie dieses Urteil sind ohne Sicherheitsleistung vorläufig vollstreckbar. Dem Kläger bleibt nachgelassen, eine Zwangsvollstreckung der Beklagten gegen Sicherheitsleistung i.H.v. 110 % des vollstreckbaren Betrages abzuwenden, wenn nicht die Beklagte vor einer Vollstreckung Ihrerseits Sicherheit i.H.v. 110 % des jeweils zu vollstreckenden Betrages leistet.
4. Die Revision wird nicht zugelassen.
5. Der Streitwert der Berufung wird auf 20.450 € festgesetzt.

Gründe:
A.
Der Kläger begehrt Ersatz seiner Aufwendungen für den Erwerb eines Pkw, der mit unzulässigen Abschalteinrichtungen versehen gewesen sein soll, hilfsweise Ersatz eines Differenzschadens.
I. Der Kläger erwarb mit Kaufvertrag vom 24.03.2017 den streitgegenständlichen VW

Golf VI Cabriolet 2.0 TDI als Gebrauchtwagen bei einem Kilometerstand von 12.000 km zu einem Kaufpreis i.H.v. 20.450,- €. Das Fahrzeug ist mit einem Motor der Baureihe EA 189 ausgestattet.
Erstinstanzlich hat der Kläger nach teilweiser Klagerücknahme beantragt, die Beklagte zur Zahlung von 20.450,- € nebst Rechtshängigkeitszinsen Zug-um-Zug gegen Rückgabe des Fahrzeuges und zur Zahlung von vorgerichtlichen Rechtsanwaltskosten zu verurteilen und den Annahmeverzug der Beklagten festzustellen.
Hinsichtlich des Tatbestandes und des weiteren Vorbringens der Parteien in erster Instanz im Übrigen einschließlich der dort gestellten Anträge wird auf die Feststellungen im angefochtenen Urteil des Landgerichts Bremen vom 11.03.2021 Bezug genommen, § 540 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 ZPO.
Das Landgericht hat – nach Hinweis auf die Unschlüssigkeit der Klage auch hinsichtlich des Thermofensters in der mündlichen Verhandlung vom 11.02.2021 – die Klage mit Urteil vom 11.03.2021 abgewiesen. Eine Sittenwidrigkeit des anfänglichen Vorgehens der Beklagten mit Veröffentlichung der ad-hoc-Mitteilung sei entfallen. Auch die Aus-

stattung des Fahrzeuges mit einem Thermofenster könne ohne das Hinzutreten weiterer Umstände eine Sittenwidrigkeit nicht begründen. Angesichts des Zeitpunktes des Kaufes fehle es im Übrigen auch an der Kausalität einer etwaigen sittenwidrigen Täuschung für den Vertragsabschluss.
II. Gegen dieses Urteil, das dem Prozessbevollmächtigten des Klägers am 12.03.2021 zugestellt worden ist, wendet sich der Kläger mit seiner Berufung vom 06.04.2021, die am selben Tag bei Gericht eingegangen ist. Mit Schriftsatz vom 29.04.2021, der wiederum am selben Tag bei Gericht eingegangen ist, hat der Kläger seine Berufung begründet.
In zweiter Instanz wurde unstreitig, dass das Software-Update zur Beseitigung der ursprünglichen Umschaltlogik im Oktober 2016 in die Motorsteuerung des Fahrzeuges des Klägers eingespielt worden ist.
Der Kläger verfolgt sein ursprüngliches Prozessziel uneingeschränkt weiter. Zu Unrecht gehe das Landgericht davon aus, dass es hinsichtlich der Täuschungshandlung auf den Zeitpunkt des Vertragsabschlusses ankomme; vielmehr komme es auf den Zeitpunkt des Inverkehrbringens des Motors an. Der entgegenstehenden Entscheidung des Bundesgerichtshofes sei nicht Folge zu leisten, da die ad-hoc-Mitteilung nicht geeignet sei, die Kausalität der vorherigen Täuschung für den Vertragsabschluss zu beseitigen.
Zu Unrecht habe das Landgericht auch die Sittenwidrigkeit der erneuten Manipulation durch Aufspielen des Software-Updates in Form von Zykluserkennung und temperaturbasierter Abschalteinrichtungen verneint. Ergänzend zu seinem erstinstanzlichen Vorbringen, mit dem Software-Update sei eine weitere prüfstandsbezogene Abschalteinrichtung in die Motorsteuerung eingefügt worden, die anhand einer Zeitsteuerung arbeite, behauptet der Kläger erstmals nach Schluss der mündlichen Verhandlung erster Instanz vom 11.02.2021 mit nicht nachgelassenem Schriftsatz vom 18.02.2021, dass mit dem Software-Update auch weitere Abschalteinrichtungen, die den Prüfstandsbetrieb anhand anderer Parameter, insbesondere einer Lenkwinkelerkennung, der Außentemperatur, der Beschleunigung und der Geschwindigkeit erkenne. Während des erkannten Prüfstandsbetriebs werde die Abgasrückführung bzw. die AdBlue-Einspritzung gesteigert, was im Straßenbetrieb nicht geschehe. Bei Ausgestaltung des Updates habe sich die Beklagte somit erneut aus verwerflichem Gewinnstreben dazu entschlossen, mit unzulässigen Mitteln eine Einhaltung der Grenzwerte nur auf dem Prüfstand vorzutäuschen, um so kostenträchtige Hardwarenachrüstungen abzuwenden. Die mit

den erhöhten Emissionen einhergehenden Gesundheitsgefahren habe die Beklagt erneut um des Erhaltes ihres Gewinns willen in Kauf genommen. Die neuerliche Zyklus-erkennung sei dem KBA verschwiegen worden.
Angesichts dessen sei auch die Sittenwidrigkeit des ursprünglichen Verhaltens der Beklagten nicht entfallen, da sie es eben nicht unternommen habe, wie es der Bundesgerichtshof in seiner Entscheidung vom 30.07.2020 noch angenommen habe, mit dem Kraftfahrtbundesamt Maßnahmen zur Beseitigung des von ihr geschaffenen gesetzeswidrigen Zustandes zu erarbeiten und die Gefahr der Betriebsbeschränkung oder -untersagung zu bannen. Tatsächlich habe die Beklagte weitere unzulässige Abschalteinrichtungen aufgespielt und auf diese Weise erneut getäuscht und ihr sittenwidriges Verhalten fortgeführt.
Soweit mit dem Software-Update – unstreitig – ein Thermofenster aufgespielt worden ist, dass die Abgasrückführung bei Temperaturen unterhalb von 10º C und oberhalb von 32º C abregele, liege auch hierin eine unzulässige Abschalteinrichtung, die zugleich eine Haftung der Beklagten wegen vorsätzlicher sittenwidriger Schädigung begründe. Die politisch motivierte Freigabe durch das Kraftfahrtbundesamt stehe dem nicht entgegen. Die Täuschungshandlung in Form des zusätzlichen Aufspielens des Thermofensters sei auch kausal für den Vertragsentschluss des Klägers gewesen. Denn hätte der Kläger gewusst, dass auch durch das Software-Update erneut die Gefahr der Betriebsuntersagung hervorgerufen worden ist, hätte er das Fahrzeug nicht erworben.
Im Verlauf des Berufungsverfahrens hat der Kläger seinen Klageantrag ergänzt und verlangt nunmehr ergänzend hilfsweise auch Ersatz des Differenzschadens, der ihm durch den Erwerb des mit den unzulässigen Abschalteinrichtungen versehenen Fahrzeuges entstanden sei.
Der Kläger beantragt,
das angefochtene Urteil des Landgerichts abzuändern und
1. die Beklagte zu verurteilen, Zug um Zug gegen Herausgabe und Übereignung des Fahrzeugs Marke: Volkswagen Fahrzeug-Identifizierungs-Nummer (FIN): […], an den Kläger einen Betrag in Höhe von 20.450,00 € nebst Zinsen hieraus in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem jeweiligen Basiszinssatz seit Rechtshängigkeit zu zahlen, unter Anrechnung einer Nutzungsentschädigung für die Nutzung des Fahrzeugs, die sich aus folgender For-

- 5 -

mel ergibt: Kaufpreis x (Kilometerstand im Zeitpunkt der mündlichen Verhandlung - Kilometerstand bei Kauf) / (in das Ermessen des Gerichts gestellte Gesamtlaufleistung - Kilometerstand bei Kauf),
hilfsweise:
die Beklagte zu verurteilen, an den Kläger einen in das Ermessen des Gerichts zu stellenden angemessenen Schadensersatz in Höhe von mindestens 15 % des Kaufpreises des Fahrzeugs, mithin mindestens 3.67,50 € nebst Zinsen hieraus in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem jeweiligen Basiszinssatz seit Rechtshängigkeit zu zahlen und
festzustellen, dass die Beklagte die Kosten des Rechtsstreits zu tragen hat,
2. festzustellen, dass sich die Beklagte mit der Annahme der in dem Antrag zu 1) genannten Zug-um-Zug-Leistung im Annahmeverzug befindet und
3. die Beklagte zu verurteilen, an den Kläger die Kosten des außergerichtlichen Vorgehens in Höhe von 1.789,76 € nebst Zinsen hieraus in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem jeweiligen Basiszinssatz seit Rechtshängigkeit zu zahlen.
Die Beklagte beantragt,
die Berufung zurückzuweisen.

Die Beklagte bestreitet in der Berufungsinstanz, dass mit dem Software-Update neben dem Thermofenster weitere, von dem Kläger behauptete Abschalteinrichtungen aufgespielt worden seien. Im Gegenteil sei Gegenstand des Updates die Entfernung einer jeden Fahrkurven- oder Zykluserkennung gewesen.

B.
Die Berufung ist zulässig, aber unbegründet.
I. Die Klage ist auch im Hilfsbegehren zulässig. In der Umstellung des Klageantrages liegt auch eine zulässige Klageänderung im Sinne des § 364 Nr. 2 ZPO, für die die Vorgaben des § 533 ZPO nicht greifen.
II. Die Klage ist jedoch unbegründet. Der Kläger hat wegen des Erwerbs des streitgegenständlichen Fahrzeuges unter keinem erdenklichen rechtlichen Gesichtspunkt einen Anspruch gegen die Beklagte auf Schadensersatz.

1. Die Verwendung der vom Landgericht festgestellten (ursprünglich verwendeten) Abschalteinrichtung vermag einen solchen Anspruch des Klägers nicht zu begründen.
a) Ein Automobilhersteller handelt gegenüber dem Fahrzeugkäufer allerdings objektiv sittenwidrig, wenn er entsprechend seiner grundlegenden strategischen Entscheidung im eigenen Kosten- und Gewinninteresse unter bewusster Ausnutzung der Arglosigkeit der Erwerber, die die Einhaltung der gesetzlichen Vorgaben und die ordnungsgemäße Durchführung des Typgenehmigungsverfahrens als selbstverständlich voraussetzen, Fahrzeuge mit einer Motorsteuerung in Verkehr bringt, deren Software bewusst und gewollt so programmiert ist, dass die gesetzlichen Abgasgrenzwerte nur auf dem Prüfstand beachtet, im normalen Fahrbetrieb hingegen überschritten werden, und damit unmittelbar auf die arglistige Täuschung der Typgenehmigungsbehörde abzielt. Ein solches Verhalten steht einer unmittelbaren arglistigen Täuschung der Fahrzeugerwerber in der Bewertung gleich (vgl. BGH, Urteil vom 25. Mai 2020 – VI ZR 252/19 –, BGHZ 225, 316, Rn. 16 ff. juris; Urteil vom 17. Dezember 2020 – VI ZR 739/20 –, Rn. 18 f., juris; Urteil vom 08. März 2021 – VI ZR 505/19 –, Rn. 19, juris; Beschluss vom 09. März 2021 – VI ZR 889/20 –, Rn. 16, juris; Urteil vom 16. September 2021 – VII ZR 192/20 –, Rn. 21, juris; Urteil vom 25. November 2021 – VII ZR 238/20 –, Rn. 19, juris; Urteil vom 21. Dezember 2021 – VI ZR 875/20 –, Rn. 9, juris).
Notwendige Bedingung eines jeden deliktischen Schadensersatzanspruches ist aber, dass die Abschalteinrichtung im maßgeblichen Zeitpunkt des Abschlusses des Kaufvertrages noch vorhanden ist (vgl. BGH, Urteil vom 10. Juli 2023 – VIa ZR 1119/22 –, Rn. 13, juris).
b) Daran fehlt es vorliegend. Zwar hat das Landgericht festgestellt, dass in der Motorsteuerung des Fahrzeuges des Klägers unstreitig eine Softwarefunktion zum Einsatz gekommen ist, die die Abgasrückführung zur Abgasreinigung im Prüfstandlauf des NEFZ gezielt in einen „Modus 1“ schaltet, sodass die Schadstoffgrenzwerten der einschlägigen Euro-5-Norm eingehalten werden, während im normalen Straßenbetrieb die Abgasrückführung in einen „Modus 0“ abgesenkt wird.
In zweiter Instanz wurde allerdings unstreitig, dass das vom Landgericht bereits festgestellte Einspielen eines Software-Updates bereits im Oktober 2016 und damit vor Erwerb des Fahrzeuges durch den Kläger erfolgte. Der Kläger ist auch dem weiteren Vorbringen der Beklagten, dass mit diesem Software-Update die ursprünglich verwendete Umschaltlogik entfernt worden ist, sodass die Abgasreinigung nunmehr durchgängig in

dem nicht reduzierten Modus 1 betrieben wird, auch nicht entgegengetreten. Der Anspruchssteller ist aber gehalten, darzulegen und ggf. zu beweisen, dass die von ihm angeführte Abschalteinrichtung im maßgeblichen Zeitpunkt des Vertragsabschlusses noch vorhanden ist (vgl. BGH, Urteil vom 10. Juli 2023 – VIa ZR 1119/22 –, Rn. 13, juris). Hierauf hat der Senat in der mündlichen Verhandlung vom 23.02.2024 auch hingewiesen, ohne dass der Kläger sein Vorbringen insoweit ergänzt hätte. Daher ist die Tatsache, dass die vom Landgericht festgestellte Umschaltlogik in der Motorsteuerung des streitgegenständlichen Fahrzeuges durch Aufspielen des Software-Updates entfernt worden ist, als unstreitig anzusehen.
Ausgehend hiervon ist zwischen den Parteien unstreitig geworden, dass die ursprünglich angeführte Umschaltlogik in dem streitgegenständlichen Fahrzeug im maßgebenden Zeitpunkt des Vertragsabschlusses nicht mehr vorhanden war, so dass deliktische Ansprüche insoweit von vornherein ausscheiden, und zwar sowohl Ansprüche aus § 826 BGB als auch Ansprüche aus § 823 Abs. 2 BGB in Verbindung mit §§ 6 Abs. 1, 27 Abs. 1 EG-FGV oder aus § 823 Abs. 2 BGB in Verbindung mit § 263 StGB.
Ungeachtet dessen hat das Landgericht zutreffend angenommen, dass die Verwendung der ursprünglichen, vom Landgericht festgestellten Abschalteinrichtung ohnehin nicht geeignet ist, einen Schadensersatzanspruch des Klägers aus § 826 BGB zu begründen. Denn die Beklagte hat bereits vor Erwerb des streitgegenständlichen Fahrzeuges u.a. durch Veröffentlichung der Mitteilung vom 22.09.2015 ihr bisheriges Verhalten so geändert, dass der Vorwurf der Sittenwidrigkeit bezogen auf ihr Gesamtverhalten gegenüber späteren Käufern und im Hinblick auf den Schaden, der bei diesen durch den Abschluss eines ungewollten Kaufvertrags nach dem 22. September 2015 entstanden sein könnte, nicht mehr gerechtfertigt ist (vgl. BGH, Urteil vom 30.07.2020 – VI ZR 5/20, juris Rn. 37; Beschluss vom 09.03.2021 – VI ZR 889/20, juris Rn. 17; Urteil vom 23.03.2021 – VI ZR 1180/20, juris Rn. 12).
2. Ebenso bestehen keine Ansprüche des Klägers aus § 826 BGB wegen des nachträglichen Aufspielens des Software-Updates.
a) Der Umstand, dass die Beklagte im Wege des Software-Updates im Zuge der Umsetzung der Vorgaben des Kraftfahrtbundesamtes im Rahmen des Rückrufes der Fahrzeuge mit Motoren der Baureihe EA 189 unstreitig ein Thermofenster in die Motorsteuerung des Fahrzeuges der Klägerin eingefügt hat, rechtfertigt weder die Annahme, die Beklagte habe ihr ursprünglich sittenwidriges Verhalten fortgesetzt, noch folgt hieraus für sich genommen ein Anspruch aus § 826 BGB.

aa) Objektiv sittenwidrig ist ein Verhalten, das nach seinem Gesamtcharakter, der durch umfassende Würdigung von Inhalt, Beweggrund und Zweck zu ermitteln ist, gegen das Anstandsgefühl aller billig und gerecht Denkenden verstößt. Dafür genügt es im Allgemeinen nicht, dass der Handelnde eine Pflicht verletzt und einen Vermögensschaden hervorruft. Vielmehr muss eine besondere Verwerflichkeit seines Verhaltens hinzutreten, die sich aus dem verfolgten Ziel, den eingesetzten Mitteln, der zutage getretenen Gesinnung oder den eingetretenen Folgen ergeben kann. Schon zur Feststellung der Sittenwidrigkeit kann es daher auf Kenntnisse, Absichten und Beweggründe des Handelnden ankommen, die die Bewertung seines Verhaltens als verwerflich rechtfertigen. Die Verwerflichkeit kann sich auch aus einer bewussten Täuschung ergeben. Insbesondere bei mittelbaren Schädigungen kommt es ferner darauf an, dass den Schädiger das Unwerturteil, sittenwidrig gehandelt zu haben, gerade auch in Bezug auf die Schäden desjenigen trifft, der Ansprüche aus § 826 BGB geltend macht (vgl. BGH, Urteil vom 25.05.2020 – VI ZR 252/19, juris Rn. 15, m.w.N.).
Für die Bewertung eines schädigenden Verhaltens als sittenwidrig ist in einer Gesamtschau dessen Gesamtcharakter zu ermitteln. Dieser Gesamtschau ist das gesamte Verhalten des Schädigers bis zum Eintritt des Schadens beim konkreten Geschädigten

zugrunde zu legen. Dies wird insbesondere dann bedeutsam, wenn – wie hier – die erste potentiell schadensursächliche Handlung und der Eintritt des Schadens zeitlich auseinanderfallen und der Schädiger sein Verhalten zwischenzeitlich nach außen erkennbar geändert hat. In solchen Fällen kann demnach nicht isoliert auf den Zeitpunkt des haftungsbegründenden Handelns oder auf den des Schadenseintritts abgestellt werden. Im Falle der vorsätzlichen sittenwidrigen Schädigung gemäß § 826 BGB wird das gesetzliche Schuldverhältnis erst mit Eintritt des Schadens beim konkreten Geschädigten begründet, weil der haftungsbegründende Tatbestand des § 826 BGB die Zufügung eines Schadens zwingend voraussetzt. Deshalb kann im Rahmen des § 826 BGB ein Verhalten, das sich gegenüber zunächst betroffenen (anderen) Geschädigten als sittenwidrig darstellte, aufgrund einer Verhaltensänderung des Schädigers vor Eintritt des Schadens bei dem konkreten Geschädigten diesem gegenüber als nicht sittenwidrig zu werten sein. Eine solche Verhaltensänderung kann somit bereits der Bewertung seines Gesamtverhaltens als sittenwidrig - gerade in Bezug auf den geltend gemachten, erst später eingetretenen Schaden und gerade im Verhältnis zu dem erst später Geschädigten - entgegenstehen und ist nicht erst im Rahmen der Kausalität abhängig von den Vorstellungen des jeweiligen Geschädigten zu berücksichtigen (vgl. BGH, Urteil vom 30. Juli 2020 – VI ZR 5/20 –, juris Rn. 30 f.; Urteil vom 08. Dezember 2020

– VI ZR 244/20 –, juris Rn. 12; Urteil vom 23. März 2021 – VI ZR 1180/20 –, juris Rn. 10).
Nach ständiger Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes, der sich der Senat weiterhin anschließt, reicht der Umstand, dass in der Fahrzeugsteuerung des streitgegenständlichen Fahrzeuges ein Thermofenster verbaut ist, das die Abgasreinigung in Abhängigkeit von der Außentemperatur steuert, für sich genommen nicht aus, um den Vorwurf der Sittenwidrigkeit zu rechtfertigen, selbst wenn sich diese Steuerung der Abgasreinigung gemäß Art. 3 Nr. 10, 5 Abs. 2 S. 1 VO 715/2007/EG als unzulässig erweisen sollte. Denn eine solche Steuerung beeinflusst die Abgasreinigung nicht abhängig davon, ob das Fahrzeug im Prüfstand oder im Straßenverkehr betrieben wird (vgl. BGH, Beschluss vom 19. Januar 2021 – VI ZR 433/19 –, Rn. 16 ff., juris). Bei dieser Sachlage wäre der Vorwurf der Sittenwidrigkeit gegenüber der Beklagten nur gerechtfertigt, wenn zu einem – unterstellten – Verstoß gegen die Verordnung 715/2007/EG weitere Umstände hinzuträten, die das Verhalten der für sie handelnden Personen als besonders verwerflich erscheinen ließen (BGH, Beschluss vom 19. Januar 2021 – VI ZR 433/19 –, Rn. 19, juris; Urteil vom 20. Juli 2021 – VI ZR 1154/20 –, Rn. 13, juris; Urteil vom 16. September 2021 – VII ZR 190/20 –, Rn. 16, juris; Urteil vom 13. Januar 2022 – III ZR 205/20 –, Rn. 22, juris). Die Annahme von Sittenwidrigkeit setzt in diesen Fällen vielmehr voraus, dass die für die Beklagte handelnden Personen bei der Entwicklung und/oder Verwendung der in Rede stehenden Gestaltung des Emissionskontrollsystems in dem Bewusstsein handelten, eine unzulässige Abschalteinrichtung zu verwenden, und den darin liegenden Gesetzesverstoß billigend in Kauf nahmen. Fehlt es hieran, ist bereits der objektive Tatbestand der Sittenwidrigkeit nicht erfüllt (vgl. BGH, Urteil vom 13. Juli 2021 – VI ZR 128/20 –, Rn. 13, juris; Urteil vom 20. Juli 2021 – VI ZR 1154/20 –, Rn. 13, juris; Urteil vom 16. September 2021 – VII ZR 190/20 –, Rn. 16, juris; Urteil vom 13. Januar 2022 – III ZR 205/20 –, Rn. 22, juris; Urteil vom 20. Juli 2023 – III ZR 267/20 –, Rn. 12, juris; Urteil vom 6. November 2023 – VIa ZR 535/21 –, Rn. 12, juris). Hierfür trägt der Kläger nach allgemeinen Grundsätzen die Darlegungs- und Beweislast (vgl. BGH, Beschluss vom 19.01.2021 – VI ZR 433/19, Rn. 19, juris; Beschluss vom 09.03.2021 – VI ZR 889/20, Rn. 28 f., juris; Urteil vom 13.07.2021 – VI ZR 128/20 –, Rn. 14, juris; Urteil vom 20. Juli 2021 – VI ZR 1154/20 –, Rn. 13, juris; Urteil vom 16. September 2021 – VII ZR 190/20 –, Rn. 17, juris).

Solche weiteren Anhaltspunkte können sich daraus ergeben, dass im Typengenehmigungsverfahren verschleiert wird, dass eine bestimmte Abschalteinrichtung zur Anwendung kommt (vgl. BGH, Beschluss vom 19. Januar 2021 – VI ZR 433/19 –, Rn. 24,

juris); ebenso sprechen wissentlich unterbliebene oder unrichtige Angaben der Beklagten im Typgenehmigungsverfahren, die auf ein heimliches und manipulatives Vorgehen oder eine Überlistung des Kraftfahrtbundesamtes gerichtet sind, für ein solches Unrechtsbewusstsein (BGH, Urteil vom 16. September 2021 – VII ZR 190/20 –, Rn. 26, juris; Urteil vom 13. Januar 2022 – III ZR 205/20 –, Rn. 22 f., juris). Dagegen reicht es nicht aus, wenn der Hersteller es im Typengenehmigungsverfahren unterlässt, die genaue Wirkungsweise der dem Grunde nach bekannten Abschalteinrichtung zu beschreiben und hierzu erforderliche Angaben nicht mitteilt. Denn in einem solchen Fall wäre die Typengenehmigungsbehörde nach dem Amtsermittlungsgrundsatz gemäß § 24 Abs. 1 Satz 1 und 2 VwVfG gehalten gewesen, Einzelheiten zu erfragen, um sich in die Lage zu versetzen, die Zulässigkeit der Abschalteinrichtung im streitgegenständlichen Fahrzeug zu prüfen (BGH, Urteil vom 16. September 2021 – VII ZR 190/20 –, Rn. 26, juris; Beschluss vom 25. November 2021 – III ZR 202/20 –, Rn. 15, juris; Urteil vom 13. Januar 2022 – III ZR 205/20 –, Rn. 25, juris).
bb) Solche Umstände, die ein Agieren der für die Beklagten tätigen Personen im Bewusstsein der – unterstellten – Gesetzeswidrigkeit eines Thermofensters belegen könnten, hat der Kläger nicht dargelegt.
Soweit er anführt, dass sich den für die Beklagten handelnden Personen in Ansehung der vermeintlich eindeutigen Auslegung der heranzuziehenden Vorschriften der VO (EG) 715/2007 und der offenkundig fehlenden Rechtfertigungsfähigkeit solcher Thermofenster hätte aufdrängen müssen, dass das Thermofenster eine unzulässige Abschalteinrichtung darstelle, so dass davon auszugehen sei, dass der Vorstand der Beklagten den Einsatz des Thermofensters in Kenntnis von dessen Gesetzeswidrigkeit gebilligt haben müsse, so reicht ein solches Vorbringen nicht aus.
Aus dem von der Beklagten bereits in erster Instanz angeführten und auch im Internet veröffentlichten Bericht der vom Bundesminister für Verkehr und digitale Infrastruktur eingesetzten Untersuchungskommission "Volkswagen" vom April 2016 ergibt sich, dass in dem hier fraglichen Zeitraum Thermofenster von allen Autoherstellern verwendet wurden. Begründet wurde dies mit dem Erfordernis des Motorschutzes, auf den sich die Beklagte auch im vorliegenden Verfahren beruft. Sowohl das Kraftfahrtbundesamt als auch das zuständige Fachministerium haben seinerzeit den Einsatz eines Thermofensters mit Blick auf die Ausnahmevorschrift des Art. 5 Abs. 2 Satz 2 Buchst. a VO (EG) Nr. 715/2007 für rechtfertigungsfähig erachtet, wenn die Einrichtung notwendig sei, um den Motor vor Beschädigung oder Unfall zu schützen (vgl. BGH, Urteil vom 16.

September 2021 – VII ZR 190/20 –, Rn. 31, juris; Beschluss vom 25. November 2021 – III ZR 202/20 –, Rn. 15, juris; Urteil vom 13. Januar 2022 – III ZR 205/20 –, Rn. 24, juris). Im Hinblick auf diese nicht eindeutige Rechtslage - der Gerichtshof der Europäischen Union hat sich erstmals mit Urteil vom 17. Dezember 2020 (C-693/18, NJW 2021, 1216) mit der Auslegung der vorgenannten Ausnahmevorschrift befasst - können allein aus dem Einsatz eines Thermofensters keine Anhaltspunkte dafür hergeleitet werden, dass die für die Beklagte handelnden Personen dies als illegal angesehen und gebilligt haben (vgl. BGH, Urteil vom 16. September 2021 – VII ZR 190/20 –, Rn. 30 f., juris; Beschluss vom 25. November 2021 – III ZR 202/20 –, Rn. 15, juris). Eine möglicherweise fahrlässige Verkennung der Rechtslage durch die Beklagte genügt für die Fest-

stellung der objektiven Sittenwidrigkeit nicht (vgl. BGH, Urteil vom 13. Januar 2022 – III ZR 205/20 –, Rn. 24, juris).
Soweit der Kläger im Übrigen die Darstellung der Beklagten bestreitet, sie habe die Verwendung des Thermofensters gegenüber dem Kraftfahrtbundesamt im Zuge der Genehmigung des Software-Updates offengelegt, so reicht auch ein solcher Vortrag nicht aus. Vielmehr bleibt der Kläger für die Umstände, aus denen sich ein sittenwidriges Verhalten der Beklagten ergeben soll, darlegungs- und beweisbelastet. Ein Bestreiten des gegnerischen Vortrages reicht hierfür aber nicht aus.
Auch der Vortrag, dass mit dem Update eine nachteilige Veränderung des Kraftstoffverbrauchs und ein erhöhter Verschleiß einzelner Bauteile verbunden sei, ist nicht geeignet, um das Gesamtverhalten der Beklagten als sittenwidrig zu qualifizieren (vgl. BGH, Beschluss vom 09. März 2021 – VI ZR 889/20 –, juris Rn. 30, NJW 2021, 1814).
b) Dagegen bleibt das Vorbringen des Klägers in erster Instanz, die Beklagte habe mit dem Software-Update eine neuerliche Zykluserkennung in die Motorsteuerung eingefügt, unsubstantiiert. Der Kläger behauptet, dass mit dem Software-Update neben dem Thermofenster zugleich eine Zykluserkennung eingefügt worden sei, die anhand einer Zeitmessung die Abgasreinigung im Betrieb des Fahrzeuges nach Ablauf von 1120 Sekunden – der Dauer des NEFZ – abschalte. Dieses bestrittene Vorbringen bleibt indes ohne Substanz.
aa) Ein Sachvortrag zur Begründung eines Anspruchs ist bereits dann schlüssig und erheblich, wenn die Partei Tatsachen vorträgt, die in Verbindung mit einem Rechtssatz geeignet und erforderlich sind, das geltend gemachte Recht als in der Person der Partei entstanden erscheinen zu lassen. Die Angabe näherer Einzelheiten ist nicht erforderlich, soweit diese für die Rechtsfolgen nicht von Bedeutung sind. Das gilt insbesondere

dann, wenn die Partei keine unmittelbare Kenntnis von den Vorgängen hat. Einer Partei ist es grundsätzlich nicht verwehrt, eine tatsächliche Aufklärung auch hinsichtlich solcher Umstände zu verlangen, über die sie selbst kein zuverlässiges Wissen besitzt und auch nicht erlangen kann, die sie aber nach Lage der Verhältnisse für wahrscheinlich oder möglich hält. Dies gilt insbesondere dann, wenn sie sich - wie hier der Kläger - nur auf vermutete Tatsachen stützen kann, weil sie mangels Sachkunde und Einblick – etwa in die Produktion des von der Gegenseite hergestellten und verwendeten Fahrzeugmotors einschließlich des Systems der Abgasrückführung oder -verminderung – keine sichere Kenntnis von Einzeltatsachen haben kann (vgl. BGH, Urteil vom 26.03.2019 - VI ZR 163/17, juris Rn. 13; Beschluss vom 28.01.2020 – VIII ZR 57/19, juris Rn. 8; Urteil vom 18. Mai 2021 – VI ZR 401/19 –, Rn. 19, juris; Urteil vom 13. Juli 2021 – VI ZR 128/20, juris Rn. 21 jeweils mwN). Eine Behauptung ist erst dann unbeachtlich, wenn sie ohne greifbare Anhaltspunkte für das Vorliegen eines bestimmten Sachverhalts willkürlich "aufs Geratewohl" oder "ins Blaue hinein" aufgestellt worden ist. Bei der Annahme von Willkür in diesem Sinne ist Zurückhaltung geboten; in der Regel wird sie nur beim Fehlen jeglicher tatsächlicher Anhaltspunkte gerechtfertigt werden können (vgl. BGH, Urteil vom 27.05.2003 - IX ZR 283/99, juris Rn. 13; Urteil vom 26.03.2019 - VI ZR 163/17, juris Rn. 13; Beschluss vom 28.01.2020 – VIII ZR 57/19, Rn. 7, juris; Urteil vom 18. Mai 2021 – VI ZR 401/19 –, Rn. 20, juris; Urteil vom 13. Juli 2021 – VI ZR 128/20, Rn. 21, juris; Beschluss vom 21. September 2022 – VII ZR 767/21 –, Rn. 12 f., juris).
bb) So liegt es hier. Der Kläger führt zum Beleg seiner Behauptung einer neuerlichen Abschalteinrichtung in erster Instanz lediglich drei Presseberichte des Manager Magazins vom 14.01.2019, von Focus online vom 17.01.2019 und von Spiegel.de vom 11.01.2019 an, die über den Verdacht einer solchen Abschalteinrichtung bei 1,2-Liter-Dieselmotoren von VW berichten. Vorliegend steht ein solcher Motor aber nicht in Rede.

c) Auch soweit der Kläger mit nicht nachgelassenem Schriftsatz vom 18.02.2021 nach Schluss der mündlichen Verhandlung in erster Instanz und im Berufungsverfahren ausführt, dass die Beklagte mit dem Software-Update eine neue Zykluserkennung in die Motorsteuerung eingefügt habe, die den Prüfstandsbetrieb anhand einer Lenkwinkelerkennung, der Außentemperatur, der Beschleunigung und der Geschwindigkeit erkenne und nur während des Prüfstandsbetriebes die Abgasreinigung ausreichend hoch regele, im Realbetrieb aber mindere, bleibt das Vorbingen ohne Substanz.

aa) Zum einen ist das Vorbringen gemäß §§ 529 Abs. 1, 531 Abs. 2 Nr. 3 ZPO nicht berücksichtigungsfähig, weil der Kläger trotz Hinweises des Senats nicht dargelegt hat, weshalb es nicht auf Nachlässigkeit beruhe, dass der Kläger dieses neue Vorbringen nicht bereits in erster Instanz vorgebracht hat.
bb) Selbst wenn man aber die Auffassung vertreten wollte, dass dieses Vorbringen nicht neu sei, sondern lediglich eine Erläuterung des erstinstanzlichen Vortrages zur Einfügung einer neuerlichen Zykluserkennung darstelle, bleibt auch diese bestrittene Behauptung des Klägers ohne hinreichende Substanz.
(1) Der Kläger beruft sich in erster Linie darauf, dass anhand von Messungen der Deutschen Umwelthilfe und des ADAC im Realbetrieb festgestellt worden sei, dass auch 2.0 TDI Motoren der Baureihe EA 189 nach Durchführung des Software-Updates Stickoxide in einer die gesetzlichen Grenzwerte deutlich überschreitenden Menge emittierten. Eine solche Abweichung der Messwerte im Realbetrieb gegenüber den im NEFZ festgestellten Werten ist aber nicht als Indiz für eine Abschalteinrichtung, und noch dazu für eine Manipulationssoftware, die die Voraussetzungen des § 826 BGB erfüllen könnte, geeignet. Denn dass die entsprechenden Werte im Realbetrieb diejenigen erheblich übertreffen, die im seinerzeit maßgeblichen "Neuen Europäischen Fahrzyklus" (NEFZ) erzielt werden, ist schon angesichts der Unterschiede der Bedingungen und unabhängig von der Verwendung einer Umschaltlogik zu erwarten (vgl. BGH, Urteil vom 26. April 2022 – VI ZR 435/20 –, Rn. 15, juris; ebenso BGH, Urteil vom 13. Juli 2021 – VI ZR 128/20 –, Rn. 23, juris; Beschluss vom 15. September 2021 – VII ZR 2/21 –, Rn. 30, juris).
(2) Auch soweit sich der Kläger darauf beruft, dass im September 2020 Fahrzeuge des Typs VW EOS zurückgerufen wurden mit der veröffentlichten Begründung, dass nach Durchführung des Software-Updates zur Entfernung der ursprünglichen Umschaltlogik erneut eine unzulässige Abschalteinrichtung zu entfernen sei, so bleibt dieses Vorbringen ohne Substanz. Denn der Rückruf, dessen Hintergrund die Beklagte ohnehin abweichend darstellt, ohne dass der Kläger dem substantiiert entgegengetreten wäre, ist auf den VW EOS beschränkt. Aus einem solchen eingeschränkten Rückruf, der im Bundesgebiet 2607 Fahrzeuge betreffen soll, lässt sich aber mit Blick auf den weiteren Zeitablauf keineswegs ein Indiz für eine prüfstandsbezogene Abschalteinrichtung, die über die gesamte Motorbaureihe hin zum Einsatz käme, ableiten, denn in einem solchen Fall wäre ein Rückruf auch der übrigen Modelle der Baureihe zu erwarten gewesen.
Trotz Hinweises des Senats hat der Kläger sein Vorbringen auch insoweit nicht ergänzt.

3. Auch im Hilfsbegehren ist die Klage unbegründet, denn der Kläger hat einen Anspruch auf Ersatz eines Differenzschadens gemäß §§ 823 Abs. 2 BGB in Verbindung mit §§ 6 Abs. 1, 27 Abs. 1 EG-FGV nicht schlüssig dargelegt.
Das – nach dem vorstehend Ausgeführten allein zur Anspruchsbegründung in Betracht kommende – nachträgliche Aufspielen eines Thermofensters ist nicht geeignet, einen Anspruch des Fahrzeugerwerbers gegen den Hersteller aus § 823 Abs. 2 BGB in Ver-

bindung mit §§ 6 Abs. 1, 27 Abs. 1 EG-FGV wegen einer auch nur fahrlässigen Ausstellung einer unrichtigen Übereinstimmungsbescheinigung zu begründen.
Zwar steht dem Käufer eines mit einer unzulässigen Abschalteinrichtung im Sinne des Art. 5 Abs. 2 der Verordnung (EG) Nr. 715/2007 versehenen Kraftfahrzeugs unter den Voraussetzungen des § 823 Abs. 2 BGB in Verbindung mit § 6 Abs. 1, § 27 Abs. 1 EG-FGV ein Anspruch gegen den Fahrzeughersteller auf Ersatz des Differenzschadens zu (vgl. BGH, Urteil vom 26. Juni 2023 - VIa ZR 335/21, juris Rn. 28 ff.). Die Haftung nach § 823 Abs. 2 BGB in Verbindung mit § 6 Abs. 1, § 27 Abs. 1 EG-FGV stützt sich auf die Erteilung einer unrichtigen Übereinstimmungsbescheinigung, die der Fahrzeughersteller in seiner Eigenschaft als Inhaber einer EG-Typgenehmigung gemäß Art. 18 Abs. 1 der Richtlinie 2007/46/EG jedem Fahrzeug beilegt und die gemäß Art. 3 Nr. 36 der Richtlinie 2007/46/EG nicht nur die Übereinstimmung des erworbenen Fahrzeugs mit dem genehmigten Typ, sondern auch die Einhaltung aller maßgeblichen Rechtsakte bescheinigt (BGH, Urteil vom 10. Juli 2023 – VIa ZR 1119/22 –, Rn. 20, juris).
Die Übereinstimmungsbescheinigung ist jedoch auf den Herstellungszeitpunkt bezogen, denn sie bescheinigt gemäß § 3 Abs. 4 EG-FGV i.V.m. Art. 3 Nr. 36 RL 2007/46/EG, dass ein Fahrzeug aus der Baureihe eines genehmigten Typs zum Zeitpunkt seiner Herstellung allen Rechtsakten entspricht (vgl. OLG München, Beschluss vom 25. Juli 2023 – 30 U 1078/23 e –, Rn. 9, juris; ähnlich auch OLG Karlsruhe, Urteil vom 28. November 2023 – 17 U 415/21 –, Rn. 58, juris). Von der Fahrzeugherstellerin nach deren Erteilung ergriffene Maßnahmen – wie hier die Entwicklung und das Aufspielen eines Softwareupdates zur Entfernung einer unzulässigen Abschalteinrichtung – können in der zuvor ausgestellten Übereinstimmungsbescheinigung keinen Niederschlag finden. Sie sind damit kein tauglicher Anknüpfungspunkt für eine Haftung des Fahrzeugherstellers nach § 823 Abs. 2 BGB in Verbindung mit § 6 Abs. 1, § 27 Abs. 1 EG-FGV (vgl. BGH, Urteil vom 10. Juli 2023 – VIa ZR 1119/22 –, Rn. 25, juris; OLG München, Beschluss vom 25. Juli 2023 – 30 U 1078/23 e –, Rn. 9, juris; OLG Hamm, Beschluss vom 18. August 2023 – I-13 U 199/21 –, Rn. 22, juris; KG Berlin, Beschluss

vom 21. August 2023 – 23 U 115/21 –, Rn. 23, juris; OLG Rostock, Beschluss vom 4. Oktober 2023 – 8 U 219/22 –, Rn. 16, juris; OLG Karlsruhe, Urteil vom 28. November 2023 – 17 U 415/21 –, Rn. 58, juris; Urteil vom 12. Dezember 2023 – 17 U 214/19 –, Rn. 94, juris; Hanseatisches Oberlandesgericht in Bremen, Urteil vom 16. Februar 2024 – 2 U 21/21 –, Rn. 29, juris). Es ist auch nicht ersichtlich, dass der beklagte Hersteller im Anschluss an eine nachträgliche Installation eines Software-Updates eine neue Übereinstimmungsbescheinigung ausgestellt hätte (vgl. OLG München, Beschluss vom 25. Juli 2023 – 34 U 320/23 e –, Rn. 3, juris; OLG Dresden, Beschluss vom 18. August 2023 – 3 U 930/23 –, Rn. 35, juris).
Auch insoweit hat der Kläger sein unschlüssiges Vorbringen trotz Hinweises des Senats nicht weiter ergänzt.
Angesichts dessen bleibt die Klage des Klägers auch unter Berücksichtigung der veränderten Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes zu einem möglichen Schadensersatzanspruch des Fahrzeugerwerbers gegen den Hersteller wegen der unrichtigen Ausstellung der Übereinstimmungsbescheinigung insgesamt unschlüssig und damit unbegründet. Daher war die gegen die Klageabweisung gerichtete Berufung des Klägers als unbegründet zurückzuweisen.
III. Die Kostenentscheidung beruht auf § 97 Abs. 1 ZPO. Die Entscheidungen zur vorläufigen Vollstreckbarkeit des Urteils des Senats und des angefochtenen Urteils beruhen auf § 708 Nr. 10, 711, 709 S. 2 ZPO. Eine Zulassung der Revision war nicht veranlasst, da ein Revisionsgrund im Sinne des § 543 Abs. 2 ZPO nicht vorliegt. Angesichts dessen, dass die heranzuziehenden Maßstäbe in der höchstrichterlichen Recht-

sprechung geklärt sind, hat die Sache weder grundsätzliche Bedeutung noch bedarf es zur Fortbildung des Rechts oder zur Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung einer Entscheidung des Revisionsgerichtes.
Die Streitwertfestsetzung beruht auf § 3 ZPO, §§ 40, 47 Abs. 1 GKG. Der für die Gerichtsgebühren maßgebliche Wert der Berufung bemisst sich nach dem Wert der verfahrenseinleitend in zweiter Instanz gestellten Anträge des Berufungsführers. Zwar hat der Kläger Zahlung des Kaufpreises nur abzüglich einer Nutzungsentschädigung begehrt, die anhand einer Formel bestimmbar ist. Jedoch hat der Kläger mit der Berufungsbegründung die zur Bemessung der Nutzungsentschädigung notwendigen Daten nicht mitgeteilt, so dass der vollständige Wert des Zahlungsantrages in der Hauptsache zugrunde zu legen war. Soweit eine Entscheidung über den Hilfsantrag ergangen ist, erhöht diese den Streitwert der Berufung nicht, § 45 Abs. 1 S. 3 GKG.

Dr. Kramer
Martin
Dr. Dierkes