



# Hanseatisches Oberlandesgericht in Bremen

Geschäftszeichen: 2 U 67/21 = 1 O 549/20 Landgericht Bremen

**Im Namen des Volkes**

## **U r t e i l**

In dem Rechtsstreit

[...], Bremen,

Kläger,

Prozessbevollmächtigte:

gegen

VW AG,

Beklagte,

Prozessbevollmächtigte:

hat der 2. Zivilsenat des Hanseatischen Oberlandesgerichts in Bremen auf die mündliche Verhandlung vom 26.01.2024 durch den Vorsitzenden Richter am Oberlandesgericht Dr. Pellegrino, die Richterin am Oberlandesgericht Martin und den Richter am Oberlandesgericht Dr. Kramer für Recht erkannt:

1. Die Berufung des Klägers gegen das Urteil des Landgerichts Bremen vom 02.06.2021 – Az. 1 O 549/20 – wird als unbegründet zurückgewiesen.
2. Die Kosten der Berufung trägt der Kläger.

3. Das Urteil des Landgerichts Bremen vom 02.06.2021 – Az. 1 O 549/20 – sowie dieses Urteil des Senats sind ohne Sicherheitsleistung vorläufig vollstreckbar.
4. Die Revision wird nicht zugelassen.
5. Der Streitwert der Berufung wird auf 17.022,80 € festgesetzt.

### **Gründe:**

#### **A.**

Der Kläger begehrt Schadensersatz wegen der behaupteten Verwendung unzulässiger Abschaltvorrichtungen.

Der Kläger erwarb am 23.02.2015 einen Skoda Octavia 1,6 TDI Combi, 77 Kw, mit einem Kilometerstand von 10 km zum Kaufpreis von 25.610 €. Das Fahrzeug ist mit einem Dieselmotor des Typs EA 288 (Euro 5) ausgestattet.

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 02.06.2021 Bezug genommen, § 540 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 ZPO.

Mit der Klage begehrte der Kläger in 1. Instanz im wesentlichen Erstattung seiner Aufwendungen für den Erwerb des Fahrzeuges gemindert um einen Abzug wegen gezogener Nutzungen Zug um Zug gegen Übertragung des Fahrzeuges an die Beklagte, hilfsweise die Feststellung einer Schadensersatzpflicht der Beklagten wegen des Einbaus unzulässiger Abschaltvorrichtungen in das Fahrzeug des Klägers.

Das Landgericht hat die Klage als unbegründet abgewiesen. Ein Anspruch aus § 826 BGB bestehe nicht, da der Kläger nicht hinreichend substantiiert dargelegt habe, dass das Fahrzeug mit einer unzulässigen Abschaltvorrichtung ausgerüstet sei. Zwar reichten Anhaltspunkte für unzulässige Abschaltvorrichtungen aus, wenn diese in vergleichbaren Fahrzeugtypen vorliegen. Soweit der Kläger behauptete, in dem Fahrzeug seien unzulässige Abschaltvorrichtungen in Gestalt einer Zykluserkennung (Fahrkurve bzw. Akustikfunktion) eines Thermofensters und einer Manipulation des OBD-Systems verbaut, so handele es sich um nicht berücksichtigungsfähige Behauptungen des Klägers ins Blaue hinein. Es fehlten jegliche greifbare Anhaltspunkte für das tatsächliche Vorliegen der behaupteten Abschaltvorrichtungen.

Allein der Verweis auf Medienberichterstattungen sei nicht geeignet, ein solches Indiz zu begründen, da unklar bleibe, ob die darin erhobenen Vorwürfe richtig seien oder nicht. Auch der Verweis auf staatsanwaltschaftliche Ermittlungen reiche nicht aus. Schließlich lasse ein Rückruf des VW Busses T6 keine Anhaltspunkte für eine unzulässige Abschaltvorrichtung erkennen. Zudem habe das KBA bisher kein einziges Fahrzeug mit einem Motor der Baugruppe EA 288 zurückgerufen. Die Behauptung, das KBA sei nicht in der Lage, die Abschaltvorrichtung zu erkennen, bleibe reine Spekulation. Hinzu komme, dass das Kraftfahrtbundesamt ausweislich des Berichtes vom 22.04.2016 Fahrzeuge der Baureihe EA 288 (Euro 6) ausführlich untersucht, aber keine Anhaltspunkte für Abschaltvorrichtung vorgefunden habe. Soweit der Kläger interne Unterlagen der Beklagten bezogen auf den Motor Typ EA 288 (Euro 6) mit einem NSK heranziehe, sei bereits zweifelhaft, ob die darin enthaltenen Angaben auf den streitgegenständlichen Motor bezogen sein. Die angeführten Messungen der deutschen Umwelthilfe im Realbetrieb seien als tatsächliche Anhaltspunkte für das Vorliegen unzulässiger Abschaltvorrichtung untauglich. Erfahrungen in den USA seien auch deshalb nicht übertragbar, weil die Fahrzeuge in den USA anderen regulatorischen Anforderungen unterlägen als in der EU.

Das vorgelegte Gutachten des Sachverständigen Dr. P. sei auf ein anderes Fahrzeug, einen VW Golf 2.0 TDI Euro 5 bezogen, das nicht ohne weiteres vergleichbar mit dem streitgegenständlichen Fahrzeug sei. Im Übrigen seien die Untersuchungsergebnisse des Sachverständigen vom Kraftfahrtbundesamt nicht bestätigt worden.

Selbst wenn aber ein unzulässiges Thermofenster vorhanden wäre, wäre das Verhalten der Beklagten nicht als sittenwidrig einzuordnen. Es fehle an konkreten Anhaltspunkten dafür, dass die Beklagte in Kenntnis einer Gesetzeswidrigkeit gehandelt hätte. Bei der Verwendung eines Thermofensters könne dies jedenfalls nicht ohne Weiteres vermutet werden. Es obliege auch nicht der Beklagten, darzulegen, mit welchen Angaben sie die Verwendung eines Thermofensters gegenüber dem KBA begründet habe. Der pauschale Vortrag, die Beklagte habe gegenüber dem KBA die Abschaltvorrichtungen nicht offengelegt, bleibe unsubstantiiert. Es fehlten konkrete Angaben dazu, welche unzutreffenden Angaben dem KBA gegenüber durch die Beklagte gemacht worden sein sollen.

Dieselben Erwägungen griffen auch für die geltend gemachte Fahrkurvenerkennung. Auch ausbleibende Fehlermeldungen des OBD-Systems stellten keine Abschalteneinrichtung dar und begründeten auch keine hinreichenden Anhaltspunkte für ein sittenwidriges Verhalten.

Für die weiteren Einzelheiten wird auf die Gründe des angefochtenen Urteils verwiesen.

Gegen diese Entscheidung, die dem Prozessbevollmächtigten des Klägers am 02.06.2021 zugestellt worden ist, wendet sich der Kläger mit seiner Berufung vom 11.06.2021, die am selben Tag bei Gericht eingegangen ist. Nach Verlängerung der Berufungsbegründungsfrist bis zum 02.09.2021 hat der Kläger seine Berufung mit Schriftsatz vom 27.08.2021, der wiederum am selben Tag bei Gericht eingegangen ist, begründet. Der Kläger verfolgt sein ursprüngliches Klageziel nach übereinstimmender teilweiser Erledigungserklärung weiter und begehrt im wesentlichen Verurteilung der Beklagten zur Erstattung seiner Aufwendungen für den Erwerb des Fahrzeuges i.H.v. 12.410,44 € nebst Zinsen Zug um Zug gegen Übertragung des Fahrzeuges an die Beklagte, hilfsweise die Feststellung einer Schadensersatzpflicht der Beklagten begehrt. Ergänzend hat der Kläger beantragt, den Annahmeverzug der Beklagten mit der Zug-um-Zug-Leistung sowie die Rechtsnatur des Anspruches aus einer vorsätzlich begangenen unerlaubten Handlung festzustellen und die Beklagte zur Freistellung des Klägers von vorgerichtlichen Rechtsanwaltskosten zu verurteilen.

In der Berufungsinstanz wurde unstreitig, dass die Abgasreinigung des streitbefangenen Fahrzeuges allein im Wege der Abgasrückführung erfolge und weder ein SCR-Katalysator noch ein NSK-Katalysator in dem Fahrzeug verbaut sei.

Der Kläger beanstandet, dass das Landgericht zu Unrecht einen Schadensersatzanspruch aus § 826 BGB, aber auch aus weiteren Anspruchsgrundlagen nicht zugesprochen habe. Insbesondere habe das Landgericht die Anforderungen an die Substantiierung des Sachvortrages des Klägers überspannt. Letztlich kenne der Kläger die zum Einsatz gekommenen Abschalteneinrichtungen nicht im Einzelnen, deren Vorliegen sich jedoch aus den erstinstanzlich vorgetragenen Indizien ergebe. Die Beklagte jedenfalls habe den technischen Grund für diese Immissionsüberschreitungen und die konkret verwendeten Abschalteneinrichtungen nie offengelegt.

Mit Schriftsatz vom 18.01.2024 kündigte der Kläger reduzierte Klageanträge an, wonach er nunmehr nur noch den kleinen Schadensersatz geltend mache und Verurteilung der Beklagten zur Zahlung eines in das Ermessen des Gerichts gestellten Schadensersatzbetrages, der 3.841,50 € nicht unterschreiten dürfe nebst Zinsen und Freistellung von vorgerichtlichen Rechtsanwaltskosten begehre. Die Beklagte habe in diversen anderen Zivilverfahren eine unterschiedliche Ausgestaltung der temperaturabhängigen Steuerung der Abgasrückführungsrate vorgetragen, sodass das gegnerische Vorbringen der Beklagten als widersprüchlich und unsubstantiiert anzusehen sei.

In der mündlichen Verhandlung vom 26.01.2024 kehrte der Unterbevollmächtigte der Prozessbevollmächtigten des Klägers zu den verfahrenseinleitend in der Berufungsinstanz gestellten Anträgen mit der Maßgabe zurück, dass Zahlung in Höhe von 12.410,44 € begehrt und die Klage im Übrigen für erledigt erklärt werde.

Nachdem die Beklagte sich der teilweisen Erledigungserklärung angeschlossen hat, beantragt der Kläger,

das am 02.06.2021 verkündete Urteil des Landgerichts Bremen zum Az. 1 O 549/20 abzuändern und

1. die Beklagte zu verurteilen, an den Kläger 12.410,44 € nebst Zinsen i.H.v. 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 22.11.2019 Zug-um- Zug gegen Übereignung und Herausgabe des Fahrzeuges der Marke Skoda vom Typ Octavia 1.6 TDI Combi mit der Fahrzeugidentifikationsnummer (FIN) [...] nebst 2 Fahrzeugschlüsseln, Kfz-Schein, Kfz-Brief und Serviceheft zu zahlen,

hilfsweise

festzustellen, dass die Beklagte verpflichtet ist, dem Kläger Schadensersatz zu zahlen für Schäden, die aus dem Einbau einer unzulässigen Abschalteneinrichtung im Sinne von Art. 5 Abs. 2 EG-VO 715/2007 durch die Beklagte in das Fahrzeug der Marke Skoda vom Typ Octavia 1.6 TDI Combi mit der Fahrzeugidentifikationsnummer (FIN) [...] resultieren,

2. festzustellen, dass sich die Beklagte mit der Annahme der in vorgenannten Klageanträgen genannten Zug-um-Zug-Leistung im Annahmeverzug befindet,

3. festzustellen, dass der in Antrag zu 1 bezeichnete Anspruch aus einer vorsätzlichen unerlaubten Handlung der Beklagten herrührt und
4. die Beklagte zu verurteilen, den Kläger von den durch die Beauftragung der Prozessbevollmächtigten des Klägers entstandenen Kosten der außergerichtlichen Rechtsverfolgung i.H.v. 2077,74 € freizustellen.

Die Beklagte beantragt unter Verteidigung des angefochtenen Urteils,

die Berufung zurückzuweisen.

## **B.**

Die Berufung ist zulässig, jedoch unbegründet. Die Klage ist zwar zulässig, jedoch ist ein Anspruch des Klägers gegen die Beklagte nicht schlüssig dargelegt worden.

I. Die Klage in ihrer ursprünglichen Gestalt, wie sie der Kläger mit Einleitung der Berufungsinstanz zunächst fortgesetzt hat, ist zulässig und weiterhin rechtshängig. Zwar hat der Kläger die Klage mit Schriftsatz vom 18.01.2024 teilweise zurückgenommen. Dieser Schriftsatz ist der Beklagten auch zugestellt worden, jedoch fehlt es für die Wirksamkeit der Klagerücknahme an einer Einwilligung der Beklagten, § 269 Abs. 1 ZPO.

II. Die Klage ist jedoch unbegründet, da dem Kläger weder ein Anspruch auf Erstattung seiner Aufwendungen für den Erwerb des Fahrzeuges gegen Übertragung auf die Beklagte im Wege des großen Schadenersatzes noch Ersatz eines Differenzschadens im Wege des kleinen Schadenersatzes zusteht.

1. Zutreffend hat das Landgericht festgestellt, dass der Kläger einen Anspruch aus § 826 BGB gegen die Beklagte nicht schlüssig dargelegt hat.

a) 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, NJW 2020, 1962 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., NJW 2020, 2798; Urteil vom 08. Dezember 2020 – VI ZR 244/20 –, juris Rn. 12, WM 2021, 50; Urteil vom 23. März 2021 – VI ZR 1180/20 –, juris Rn. 10, WM 2021, 986).

Der Bundesgerichtshof hat es in den Entscheidungen zum ebenfalls von der Beklagten hergestellten Motor des Typs EA 189, der der Vorgängermotor zum hier streitgegenständlichen Modell ist, als sittenwidrig angesehen, dass der Hersteller eines Kraftfahrzeuges auf der Grundlage einer für seinen Konzern getroffenen grundlegenden strategischen Entscheidung bei der Motorenentwicklung im eigenen Kosten- und damit auch Gewinninteresse durch bewusste und gewollte Täuschung des Kraftfahrtbundesamtes

(KBA) systematisch, langjährig und in Bezug auf den Dieselmotor der Baureihe EA 189 in siebenstelligen Stückzahlen in Deutschland Fahrzeuge in Verkehr gebracht hat, deren Motorsteuerungssoftware bewusst und gewollt so programmiert war, dass die gesetzlichen Abgasgrenzwerte mittels einer unzulässigen Abschaltvorrichtung nur auf dem Prüfstand eingehalten wurden. Damit ging einerseits eine erhöhte Belastung der Umwelt mit Stickoxiden und andererseits die Gefahr einher, dass bei einer Aufdeckung dieses Sachverhalts gegenüber den Fahrzeughaltern eine Betriebsbeschränkung oder -untersagung hinsichtlich der betroffenen Fahrzeuge erfolgen könnte. Der Umstand, dass das Vertrauen der Verbraucher in den Bestand der Typengenehmigung und die Erfüllung der gesetzlichen Abgasgrenzwerte ausgenutzt worden war, begründete zudem die Wertung, dass die Täuschung gegenüber der Typengenehmigungsbehörde wertungsmäßig einer Täuschung des geschädigten Verbrauchers gleichstehe (vgl. BGH, Urteil vom 25. Mai 2020 – VI ZR 252/19 –, juris Rn. 23, BGHZ 225, 316) und daher auch im Verhältnis zu einer Person, die eines der bemakelten Fahrzeuge in Unkenntnis der illegalen Abschaltvorrichtung erwirbt, besonders verwerflich und mit den grundlegenden Wertungen der Rechts- und Sittenordnung nicht zu vereinbaren ist (vgl. BGH, Urteil vom 25.05.2020 – VI ZR 252/19, juris Rn. 16, NJW 2020, 1962; vgl. auch BGH, Urteil vom 30.07.2020 – VI ZR 5/20, juris Rn. 33, NJW 2020, 2798; Urteil vom 30.07.2020 – VI ZR 367/19, juris Rn. 12 f., NJW 2020, 2804; Urteil vom 26.01.2021 – VI ZR 405/19, juris Rn. 12 f., ZIP 2021, 368; vgl. zum Ganzen auch Hanseatisches Oberlandesgericht in Bremen, Urteil vom 4. Februar 2022 – 2 U 87/21 –, Rn. 27 ff., juris).

b) Ausgehend hiervon hat der Kläger keine Umstände dargelegt, die in ihrer Gesamtschau die Würdigung tragen könnten, die Beklagte habe dadurch, dass sie das streitgegenständliche Fahrzeug in Verkehr gebracht habe, den Kläger sittenwidrig vorsätzlich geschädigt.

aa) Soweit der Kläger behauptet, dass die Beklagte in der Motorsteuerung anknüpfend an die Fahrkurvenerkennung die Abgasrückführung im Prüfstandsbetrieb anders regelt als im Straßenbetrieb und dort die Abgasrückführung reduziert werde, so dass die Stickoxidemissionen die Grenzwerte überschritten, hat das Landgericht dieses Vorbringen aus zutreffenden Gründen als unsubstantiiert angesehen. Auch das Berufungsvorbringen enthält insoweit keine weiteren konkreten Anhaltspunkte für diese Behauptung.



(1) In den vom Kläger angeführten internen Unterlagen aus dem Haus der Beklagten wird keinesfalls zugestanden, dass auch Motoren der Baureihe EA 288 dieselbe prüfstandsbezogene Abschaltvorrichtung aufwiesen wie der EA 189. Der Umstand, dass erste Erklärungen der Beklagten in der Öffentlichkeit nach Aufdecken der täuschenden Abschaltvorrichtungen im Motor der Baureihe EA 189 es noch als möglich erscheinen lassen, dass auch in einigen Motoren der Baureihe EA 288 eine vergleichbare Abschaltvorrichtung verbaut gewesen sein könnte, vermag ebenfalls kein hinreichendes Indiz zu begründen. Die Erklärungen bleiben erkennbar vage und lassen Einzelheiten nicht erkennen. Im Oktober 2015 hat die Beklagte diese Aussagen auch relativiert und erklärt, dass Motoren der Baureihe EA 288 nicht betroffen seien.

(2) Soweit der Kläger auf den Umstand abstellt, dass in der Motorsteuerung auch des streitgegenständlichen Fahrzeuges jedenfalls zunächst eine Fahrkurvenerkennung enthalten war, stellt diese für sich genommen keine Abschaltvorrichtung dar, deren Verwendung einen Anspruch aus § 826 BGB rechtfertigen könnte. Sie ist vielmehr für eine Haftung nach § 826 BGB nur dann relevant, wenn eine auf dem Prüfstand erkannte Fahrkurve Auswirkungen auf das Emissionsverhalten hat (vgl. BGH, Urteil vom 26. Juni 2023 – VIa ZR 335/21 –, BGHZ 237, 245, Rn. 48). Im Fall der fehlenden Grenzwertkausalität bestehen vielmehr keine Anhaltspunkte für eine Täuschung der Genehmigungsbehörde mit dem Ziel, die EG-Typgenehmigung zu erhalten (vgl. BGH, Urteil vom 6. November 2023 – VIa ZR 535/21 –, Rn. 11, juris; Urteil vom 27. November 2023 – VIa ZR 159/22 –, Rn. 9, juris; Hanseatisches Oberlandesgericht in Bremen, Urteil vom 21. Januar 2022 – 2 U 62/21 –, Rn. 35, juris)

Es fehlen aber greifbare Anhaltspunkte dafür, dass die Fahrkurve für das Emissionsverhalten des Motors relevant war. Dagegen sprechen die von der Beklagten angeführten Auskünfte des Kraftfahrtbundesamtes, das in Bezug auf diverse Ausführungen des Motors der Baureihe EA 288 – wie gerichtsbekannt, aber auch unbestritten vorgetragen (Anlagenkonvolut BB1-BB7) ist – mitgeteilt hat, dass die Deaktivierung der Fahrkurvenerkennung nicht zu einer Veränderung des Emissionsverhaltens des Motors geführt habe. Auch in Bezug auf den streitgegenständlichen Motor hat das KBA mitgeteilt, dass unzulässige Abschaltvorrichtungen nicht vorhanden seien (vgl. Anlage BB1). Dem ist der Kläger nicht substantiiert entgegengetreten.

(3) Soweit der Kläger anführt, dass bei Messungen eines Fahrzeuges mit einem ähnlichen Motor (Audi A3 mit einem Motor der Baureihe EA 288, 2.0 TDI Euro 5) im Realbetrieb Stickoxidemissionen festgestellt worden seien, die die gesetzlichen Grenzwerte und die Emissionen im NEFZ um ein Vielfaches überschritten, so ist dieses Vorbringen ungeeignet, die behauptete prüfstandsbezogene Abschaltvorrichtung zu belegen.

Zum einen sind Messwerte mit Blick auf den Motor eines Fahrzeuges eines anderen Herstellers mit einem anderen Hubraum nicht geeignet, um ein Indiz für eine Abschaltvorrichtung auch im streitgegenständlichen Fahrzeug zu begründen.

Zum anderen aber ist eine solche Abweichung der Messwerte im Realbetrieb gegenüber den im NEFZ festgestellten Werten ohnehin nicht als Indiz für eine Abschaltvorrichtung, 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). Auch eine Durchführung eines freiwilligen Software-Updates durch den Hersteller zur Verbesserung der Abgaswerte bietet keine hinreichende Grundlage für das Vorhandensein einer täuschenden prüfstandsbezogenen Abschaltvorrichtung (vgl. BGH, Urteil vom 26. April 2022 – VI ZR 435/20 –, Rn. 15, juris).

(4) Die Berufung zeigt auch nicht auf, welche konkreten Erkenntnisse im Zuge der Untersuchung amerikanischer Behörden zum streitgegenständlichen Fahrzeugtyp darauf hindeuteten, dass eine Abschaltvorrichtung vorliege, die die Abgasrückführung außerhalb des Prüfstandsbetriebes absenke.

(5) Soweit der Kläger Abschaltstrategien in Bezug auf NSK- und SCR-Katalysatoren im NEFZ-Betrieb anführt, sind diese für das vorliegende Verfahren ohne Bedeutung, da das Fahrzeug unstreitig nicht über solche Katalysatoren verfügt.

bb) Nicht zu beanstanden ist auch, dass das Landgericht keine objektiv sittenwidrige Handlung darin gesehen hat, dass in der Motorsteuerung unstreitig eine außertempe-

raturabhängige Steuerung der Abgasreinigung (sogenanntes Thermofenster) – in streitigem Zuschnitt – zur Anwendung kommt. Auf die Frage, ob ein solches Thermofenster eine unzulässige Abschaltvorrichtung darstellt, kommt es insoweit nicht an.

(1) Ausgehend von den einleitend skizzierten Maßstäben reicht allein 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 –, juris Rn. 16 ff.). 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 –, juris Rn. 19; Urteil vom 20. Juli 2021 – VI ZR 1154/20 –, juris Rn. 13; Urteil vom 16. September 2021 – VII ZR 190/20 –, juris Rn. 16). Die Annahme von Sittenwidrigkeit setzt in diesen Fällen 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 Abschaltvorrichtung 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 –, juris Rn. 13; Urteil vom 20. Juli 2021 – VI ZR 1154/20 –, juris Rn. 13; Urteil vom 16. September 2021 – VII ZR 190/20 –, juris Rn. 16). Hierfür trägt der Kläger nach allgemeinen Grundsätzen die Darlegungs- und Beweislast (vgl. BGH, Beschluss vom 19.01.2021 – VI ZR 433/19, juris Rn. 19; Beschluss vom 09.03.2021 – VI ZR 889/20, juris Rn. 28 f.; Urteil vom 13.07.2021 – VI ZR 128/20, juris Rn. 14; Urteil vom 20. Juli 2021 – VI ZR 1154/20 –, juris Rn. 13; Urteil vom 16. September 2021 – VII ZR 190/20 –, juris Rn. 17).

Anhaltspunkte für ein solches Handeln in Kenntnis des möglichen Gesetzesverstoßes können sich daraus ergeben, dass im Typengenehmigungsverfahren verschleiert wird, dass eine bestimmte Abschaltvorrichtung zur Anwendung kommt (vgl. BGH, Beschluss vom 19. Januar 2021 – VI ZR 433/19 –, juris Rn. 24); ebenso sprechen wissentlich

unterbliebene oder unrichtige Angaben der Beklagten im Typengenehmigungsverfahren, 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 –, juris Rn. 26). Dagegen reicht es nicht aus, wenn der Hersteller es im Typengenehmigungsverfahren unterlässt, die genaue Wirkungsweise der dem Grunde nach bekannten Abschaltvorrichtung zu beschreiben und hierzu erforderliche Angaben unterlässt. 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 Abschaltvorrichtung im streitgegenständlichen Fahrzeug zu prüfen (BGH, Urteil vom 16. September 2021 – VII ZR 190/20 –, juris Rn. 26).

(2) Solche Anhaltspunkte dafür, dass die für die Beklagte handelnden Personen bei Programmierung der Motorsteuerung sich der – unterstellten – Gesetzeswidrigkeit eines jeden Thermofensters bewusst gewesen wären und eine solche wenigstens als möglich erkannte Gesetzeswidrigkeit billigend in Kauf genommen hätten, um den Gewinninteressen des Konzerns in breitem Umfang unter Umgehung von Gesundheits- und Umweltschutzvorschriften und auf die Gefahr einer späteren Betriebsuntersagung gegenüber den Erwerbern den Vorzug zu geben, hat der Kläger nicht vorgetragen.

Soweit der Kläger in erster Linie darauf abhebt, dass sich die Rechtswidrigkeit des Thermofensters auch seinerzeit unmittelbar aufgedrängt habe, vermag dies Anhaltspunkte dafür, dass die Beklagte ein etwaig rechtswidriges Verhalten gebilligt habe, nicht zu begründen. Aus dem 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 auch mit Blick auf die Ausnahmegesetzgebung 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 Rechts-

lage - 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 Feststellung der objektiven Sittenwidrigkeit nicht (vgl. BGH, Urteil vom 13. Januar 2022 – III ZR 205/20 –, Rn. 24, juris).

Weitere konkrete Anhaltspunkte für ein Handeln im Bewusstsein der möglichen Gesetzeswidrigkeit hat der hierfür darlegungs- und beweisbelastete Kläger nicht vorgetragen. Sein pauschales Bestreiten, dass das Thermofenster überhaupt gegenüber der Typengenehmigungsbehörde offengelegt worden sei, ist ungeeignet, um solche konkreten Anhaltspunkte aufzuzeigen. Die Beklagte hat ausführlich dargelegt, dass bereits im Zuge eines Workshops im Januar 2016 mit dem KBA auch die Verwendung eines Thermofensters offengelegt worden sei. Demgegenüber hat der darlegungs- und beweisbelastete Kläger nicht vorgetragen, dass die Beklagte im Typengenehmigungsverfahren bestimmte Angaben zur Arbeitsweise des Thermofensters gemacht hätte, die bewusst unrichtig und auf eine Überlistung des KBA gerichtet gewesen seien. Die Beklagte trifft insoweit auch keine sekundäre Darlegungslast, ihre technischen Angaben aus dem Typengenehmigungsverfahren offen zu legen (vgl. Hanseatisches Oberlandesgericht in Bremen, Urteil vom 4. Februar 2022 – 2 U 87/21 –, Rn. 35, juris). Denn es ist Sache des Klägers, soweit er seinen Anspruch auf die Behauptung stützt, die Beklagte habe die Typengenehmigungsbehörde getäuscht, diese Täuschung darzulegen. Keinesfalls ist die Beklagte auf die bloße und nicht weiter belegte Behauptung hin gehalten, sich zu exkulpieren.

(3) Im Übrigen hat der Kläger auch keine hinreichenden Anhaltspunkte für seine Behauptung vorgetragen, dass die Abgasreinigung anders als die Beklagte es darstelle nur in einem sehr viel engeren Außentemperaturbereich uneingeschränkt arbeite.

Die Messung der DUH an einem Audi A3 2.0 TDI, Euro 5, EA 288, im realen Fahrbetrieb umfasst zwar auch 2 Messungen des Fahrzeuges, bei dem der NEFZ auf der Straße nachgefahren worden sein soll. Bei den beiden Messungen herrschten Außentemperaturen von 11°C. Die gemessenen Stickoxidemissionen überschritten den Grenzwert

von 180 mg/Km um weniger als das Doppelte. Im Übrigen zeigen auch die weiteren, nicht am NEFZ orientierten Messungen des Fahrzeuges auf der Straße, dass die Stickoxidemissionen mit sinkender Außentemperatur (auf +6 °C) ansteigen. Diese Messungen an einem Fahrzeug eines anderen Herstellers mit einem anderen Hubraum stellen kein hinreichendes Indiz für ein Thermofenster eines bestimmten Zuschnitts dar, schon weil sie im realen Fahrbetrieb vorgenommen worden sind.

Auch die Ausführungen des Sachverständigen Dr. P. belegen ein solches engeres Thermofenster nicht. Aus dem vorgelegten Privatgutachten des Dr. P. betreffend einen PKW VW Golf EU 5 ergibt sich zwar eine temperaturabhängige Veränderung der NOx-Werte zwischen +14 und +19 Grad Celsius. Der Gutachter bestätigte aber, dass die Abgasreinigung in dem betreffenden Temperaturfenster zu 100 % aktiv war (vgl. OLG München, Urteil vom 12. August 2021 – 14 U 4191/20 –, Rn. 101, juris). Im Übrigen sind die Ausführungen des Privatgutachtens auf ein anderes Fahrzeug (VW Golf) mit abweichendem Hubraum (2.0 TDI) bezogen und können für den hier in Rede stehenden Skoda Octavia 1.6 TDI keine Belege liefern (vgl. Oberlandesgericht des Landes Sachsen-Anhalt, Urteil vom 21. November 2022 – 12 U 110/22 –, Rn. 14, juris). Im Übrigen haben die von der Beklagten angeführten und durch die vorgelegten Auskünfte belegten Untersuchungen des Kraftfahrtbundesamtes zu den diversen Motoren aus der Baureihe EA 288 keine aus Sicht der Behörde hinreichenden Anhaltspunkte für ein unzulässiges Thermofenster ergeben. Eine vorgelegte Auskunft des Kraftfahrtbundesamtes gegenüber dem Landgericht Bonn bezog sich auch auf ein baugleiches Fahrzeug (Anlage BB1). Daneben hat das Kraftfahrtbundesamt die Untersuchung eines VW Golf mit baugleichem Motor (VW Golf VII, 1.6 I Euro 5 EA 288 ohne NSK und SCR) im Bericht der Untersuchungskommission „Volkswagen“ des BMI veröffentlicht. Bei dem dort dokumentierten NEFZ-Tests bei 10°C Außentemperatur wurde aber keine Grenzwertüberschreitung festgestellt (vgl. Bericht der Untersuchungskommission „Volkswagen“ des BMI, S. 66).

2. Offen bleiben kann, ob daneben Ansprüche aus § 823 Abs. 2 BGB in Verbindung mit §§ 6, 27 EG-FGV bestehen, da die Beklagte insoweit jedenfalls nicht passiv legitimiert ist.

Denn die Sonderpflicht, eine mit den (unions-)gesetzlichen Vorgaben konvergierende Übereinstimmungsbescheinigung auszugeben, trifft nur den Fahrzeughersteller, nicht

den Motorhersteller. Der Motorhersteller kann deshalb, weil er die Übereinstimmungsbescheinigung nicht ausgibt, nach den allgemeinen und durch das Unionsrecht unangetasteten Grundsätzen des deutschen Deliktsrechts weder Mittäter einer Vorsatztat des Fahrzeugherstellers noch mittelbarer (Vorsatz-)Täter hinter dem (gegebenenfalls fahrlässig handelnden) Fahrzeughersteller sein, weil ihm nicht die hierzu erforderliche Sonderpflicht obliegt (vgl. BGH, Urteil vom 10. Juli 2023 – VIa ZR 1119/22 –, Rn. 20, juris; Urteil vom 11. September 2023 – VIa ZR 1689/22 –, Rn. 10, juris). Eine bei Sonderdelikten mögliche Beteiligung der Beklagten als Motorherstellerin im Sinne des § 830 Abs. 2 BGB an einer deliktischen Schädigung des Fahrzeugherstellers kommt zwar rechtlich in Betracht. So kann Beihilfe auch zu Sonderdelikten geleistet werden, bei denen der Gehilfe nicht Täter sein kann. Voraussetzung ist allerdings nicht nur, dass der Gehilfe mit doppeltem Vorsatz hinsichtlich der fremden rechtswidrigen Tat und der eigenen Unterstützungsleistung gehandelt hat. Bedingung einer Beteiligung ist vielmehr weiter eine Vorsatztat des Fahrzeugherstellers. Die vorsätzliche Förderung einer fahrlässigen Tat erfüllt dagegen die Voraussetzungen des § 830 Abs. 2 BGB nicht (vgl. BGH, Urteil vom 10. Juli 2023 – VIa ZR 1119/22 –, Rn. 21, juris; Urteil vom 6. November 2023 – VIa ZR 535/21 –, Rn. 17, juris; Urteil vom 11. September 2023 – VIa ZR 1689/22 –, Rn. 11, juris). Darlegungs- und Beweisbelastet für dieses schuldhafte Verhalten des Fahrzeugherstellers ist der Anspruchsteller (BGH, Urteil vom 10. Juli 2023 – VIa ZR 1119/22 –, Rn. 23, juris). Dass der Fahrzeughersteller, hier Skoda, im Zeitpunkt der Ausstellung der Übereinstimmungsbescheinigung, positive Kenntnis von einer der geltend gemachten Abschaltvorrichtungen gehabt habe, hat der Kläger auch auf den Hinweis des Senats hin nicht dargelegt. Die Beklagte als Motorenherstellerin trifft auch nicht etwa eine sekundäre Darlegungslast, zur Schuldhaftigkeit eines Verstoßes des Fahrzeugherstellers gegen §§ 6 Abs. 1, 27 Abs. 1 EG-FGV vortragen zu müssen. Insofern bleibt es vielmehr bei der allgemeinen Darlegungslast des Anspruchstellers, der ein solches Verschulden des Fahrzeugherstellers als anspruchsbegründende Tatsache darzulegen hat (vgl. BGH, Urteil vom 10. Juli 2023 – VIa ZR 1119/22 –, Rn. 23, juris).

Nach allem ist das Berufungsvorbringen des Klägers auch mit Blick auf einen Differenzschadensersatzanspruch, zu dem vorzutragen der Senat durch zwischenzeitliche Aussetzung des Verfahrens Gelegenheit gegeben hat, nicht geeignet, einen Schadensersatzanspruch des Klägers und sei es auch in Form eines Differenzschadensersatzanspruches zu rechtfertigen. Das Landgericht hat die Klage daher auch unter Berücksich-

tigung der zwischenzeitlich vom BGH ergänzten Rechtsprechung zu einem Differenzschadensersatzanspruch bei Verstoß gegen §§ 6 Abs. 1, 27 Abs. 1 EG-FGV zu Recht abgewiesen. Die Berufung war daher insgesamt zurückzuweisen.

3. Die Kostenentscheidung beruht auf §§ 97, 91a Abs. 1 ZPO. Die Entscheidungen zur vorläufigen Vollstreckbarkeit ergeben sich aus §§ 708 Nr. 10, 711, 713, 544 Abs. 2 Nr. 1 ZPO. Die Streitwertfestsetzung beruht auf § 3 ZPO und orientiert sich gemäß § 40 GKG am Wert des die Berufungsinstanz einleitenden Antrages des Klägers.

Dr. Pellegrino

Martin

Dr. Kramer