



# **BUNDESGERICHTSHOF**

**IM NAMEN DES VOLKES**

## **URTEIL**

VII ZR 619/21

Verkündet am:  
26. Oktober 2023  
Boppel,  
Justizamtsinspektor  
als Urkundsbeamter  
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

Der VII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 26. Oktober 2023 durch den Vorsitzenden Richter Pamp, den Richter Prof. Dr. Jurgeleit sowie die Richterinnen Sacher, Dr. Brenneisen und Dr. C. Fischer

für Recht erkannt:

Auf die Revision der Klägerin wird das Urteil des 11. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Oldenburg vom 21. Mai 2021 aufgehoben.

Die Sache wird zur neuen Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten des Revisionsverfahrens, an das Berufungsgericht zurückverwiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

- 1 Die Klägerin nimmt die Beklagte hinsichtlich eines von ihr im Februar 2019 als Gebrauchtwagen erworbenen und von der Beklagten hergestellten Fahrzeugs Mercedes Benz A 220d 4M in Anspruch. Das Fahrzeug ist mit einem Dieselmotor des Typs OM 651 (Euro 6) ausgestattet. Die Abgasrückführung erfolgt unter anderem temperaturgesteuert mittels eines sogenannten Thermofensters; weiter verfügt das Fahrzeug über eine Kühlmittel-Solltemperatur-Regelung (KSR). Das Fahrzeug ist nicht von einem Rückrufbescheid des Kraftfahrt-Bundesamtes (KBA) wegen unzulässiger Abschaltvorrichtungen betroffen.

2 Die Klägerin ist der Auffassung, die Beklagte habe sie im Wege des Schadensersatzes so zu stellen, als habe sie den Kaufvertrag für das Fahrzeug nicht abgeschlossen. Mit der Klage hat sie mit dem Hauptantrag zuletzt unter Erledigungserklärung im Übrigen die Rückzahlung des Kaufpreises nebst Prozesszinsen Zug um Zug gegen Übereignung und Herausgabe des Fahrzeugs und Zahlung einer Nutzungsentschädigung in Höhe von 911,27 €, hilfsweise Feststellung der Schadensersatzpflicht wegen der manipulierten Motorsoftware, weiter die Feststellung, dass sich die Beklagte im Annahmeverzug befinde und die Forderung aus einer vorsätzlichen unerlaubten Handlung der Beklagten herühre, sowie die Freistellung von vorgerichtlichen Rechtsanwaltskosten verlangt.

3 Die Klage ist in den Vorinstanzen ohne Erfolg geblieben. Mit der vom Berufungsgericht zugelassenen Revision verfolgt die Klägerin ihre Klageanträge weiter.

#### Entscheidungsgründe:

4 Die Revision hat Erfolg.

#### I.

5 Das Berufungsgericht hat seine Entscheidung, soweit für das Revisionsverfahren von Bedeutung, wie folgt begründet:

6 Eine sittenwidrige vorsätzliche Schädigung gemäß § 826 BGB scheitere ebenso wie ein Anspruch gemäß § 823 Abs. 2 BGB in Verbindung mit § 263 StGB aus mehreren Gründen. Es fehle zum Teil bereits an hinreichend substantiiertem Vortrag zum Vorliegen einer unzulässigen Abschaltvorrichtung in

Bezug auf das konkret streitgegenständliche Fahrzeug(modell). Im Übrigen sei weder ein vorsätzlicher Verstoß gegen die einschlägigen unionsrechtlichen Vorschriften noch die Zurechnung etwaigen Verschuldens nach § 31 BGB erkennbar. Soweit die Klägerin Behauptungen zu Gesichtspunkten aufstelle, die ein vorsätzlich-sittenwidriges Verhalten der Beklagten implizieren würden, trage sie in unbeachtlicher Weise ohne Anhaltspunkte ins Blaue hinein vor. Es könne offenbleiben, ob Thermofenster und KSR unzulässige Abschaltseinrichtungen seien, da eine Haftung der Beklagten aus § 826 BGB voraussetze, dass das Inverkehrbringen des Fahrzeugs vorsätzlich und sittenwidrig erfolgt sei. Die Klägerin habe es aber nicht nur unterlassen, jedwede Anhaltspunkte dafür vorzutragen, sondern sich zudem nicht mit den gegen ein solches Verhalten der Beklagten sprechenden Anhaltspunkten auseinandergesetzt.

7            Das Thermofenster funktioniere unter den gleichen Bedingungen auf der Straße genauso wie auf dem Prüfstand. Die Gesetzeslage sei hinsichtlich der Zulässigkeit von Thermofenstern jedenfalls bis zur Entscheidung des Gerichtshofs der Europäischen Union vom 17. Dezember 2020 - C-693/18 - nicht eindeutig gewesen. Ein Handeln unter vertretbarer Auslegung des Gesetzes im Zeitpunkt des Inverkehrbringens des konkreten Fahrzeugs könne indes nicht als besonders verwerflich angesehen werden.

8            Soweit die Klägerin zweitinstanzlich die Funktion "hot restart" als "Kühlmittelsollwert-Temperatur-Regelung" bezeichne, obwohl sie in der Klageschrift beide Begriffe in Unterscheidung voneinander verwendet habe, versuche sie offensichtlich, neu vorzutragen, nämlich dass bei der KSR eine "echte" Prüfstandserkennung anhand von Vorkonditionierungsparametern vorliege. Der Vortrag sei zum einen gemäß § 531 Abs. 2 ZPO ausgeschlossen. Zum anderen habe die Klägerin keine Anhaltspunkte dafür dargelegt, dass in ihrem Fahrzeug tatsächlich eine solche "echte" Abschaltseinrichtung verbaut sei. Zwar verschließe sich das Berufungsgericht nicht der Erkenntnis, dass eine naturgemäß außerhalb der Motorenentwicklung stehende Klägerin zur Substantiierung ihres Vortrags auf

öffentliche Erkenntnisse zurückgreifen dürfe. Es sei aber allgemein und gerichts-  
bekannt, dass die KSR vom KBA nur beanstandet werde, wenn bei ihrem ge-  
dachten Entfallen die Abgasgrenzwerte nicht eingehalten würden, was das  
schlichte Vorhandensein der KSR nicht mehr zum tauglichen Anknüpfungspunkt  
für eine Haftung gemäß § 826 BGB mache. Da das Vorhandensein dieser Funk-  
tion für das Bestehen des Testzyklus teilweise ohne jede Relevanz sei, hätte die  
Klägerin darlegen müssen, wieso die Beklagte die KSR generell mit Täuschungs-  
absicht verbaut haben solle. Ansprüche aus § 823 Abs. 2 BGB in Verbindung mit  
§§ 6, 27 EG-FGV scheiterten am fehlenden Schutzgesetzcharakter beziehungs-  
weise dadurch vermittelten Drittschutz der Normen.

## II.

9 Die Revision ist begründet. Sie führt zur Aufhebung des Berufungsurteils  
und zur Zurückverweisung der Sache an das Berufungsgericht.

10 1. Allerdings begegnet es auf der Grundlage der getroffenen Feststellun-  
gen keinen revisionsrechtlichen Zweifeln, dass das Berufungsgericht eine Haf-  
tung der Beklagten gemäß §§ 826, 31 BGB und gemäß § 823 Abs. 2 BGB in Ver-  
bindung mit § 263 StGB mangels vorsätzlichen (und sittenwidrigen) Verhaltens  
verneint hat, weil es entsprechende Anhaltspunkte für das Vorstellungsbild der  
für die Beklagte handelnden Personen nicht feststellen konnte. Hieran ist das  
Revisionsgericht gemäß § 559 Abs. 2 ZPO in Ermangelung eines zulässigen und  
begründeten Revisionsangriffs gebunden. Die Revision zeigt nicht auf, dass dem  
Berufungsgericht bei der Würdigung der von ihm festgestellten Tatsachen und  
des von ihm als zutreffend unterstellten Sachvortrags der Klägerin ein Rechts-  
fehler unterlaufen wäre (vgl. zur eingeschränkten revisionsgerichtlichen Prüfung  
BGH, Urteil vom 25. November 2021 - VII ZR 257/20 Rn. 32 m.w.N., WM 2022,  
87). Sie legt auch nicht dar, dass das Berufungsgericht relevanten Sachvortrag  
oder Beweisantritte der darlegungs- und beweisbelasteten Klägerin (vgl. BGH,

Beschluss vom 14. März 2022 - VIa ZR 51/21 Rn. 21 m.w.N., juris) übergangen hätte.

11 a) Soweit die Revision rügt, das Berufungsgericht habe verfahrensfehlerhaft die Voraussetzungen des § 531 Abs. 2 ZPO hinsichtlich der Behauptung einer Prüfstandsbezogenheit der KSR bejaht, kommt es darauf schon deswegen nicht an, weil das Berufungsgericht den Vortrag gleichwohl berücksichtigt und als unsubstantiiert zurückgewiesen hat. Die Würdigung des Berufungsgerichts, die Klägerin habe mit Blick auf die KSR keine hinreichenden Anhaltspunkte für ein vorsätzlich-sittenwidriges Verhalten der Beklagten vorgetragen, beruht auch nicht auf überspannten Substantiierungsanforderungen. Dies gilt insbesondere mit Blick auf die von der Revision angeführte Entscheidung des Bundesgerichtshofs vom 13. Juli 2021 (Az. VI ZR 128/20 Rn. 24 ff., WM 2021, 1609). Dem von der Revision als übergangen gerügten Vortrag, die Messwerte im Realbetrieb überträfen die Grenzwerte um ein Mehrfaches, lässt sich schon kein konkreter Bezug zu dem hier streitgegenständlichen Fahrzeug entnehmen. Darauf kommt es aber nicht entscheidend an. Die Abweichung der Messwerte im Realbetrieb von den Messwerten nach Neuem Europäischen Fahrzyklus ist als Indiz für eine Abschaltvorrichtung, und noch dazu für eine prüfstandsbezogene Manipulationssoftware, die die Voraussetzungen des § 826 BGB erfüllen könnte, angesichts der unstrittigen gravierenden Unterschiede der Bedingungen, unter denen die Messung erfolgt, ungeeignet (vgl. BGH, Beschluss vom 15. September 2021 - VII ZR 2/21 Rn. 30, juris; Urteil vom 13. Juli 2021 - VI ZR 128/20 Rn. 23, WM 2021, 1609).

12 Das Berufungsgericht hat im Weiteren insbesondere die Bezugnahme der Klägerin auf die öffentliche Berichterstattung und sachverständige Äußerungen in anderen Verfahren zur Substantiierung ihres Vortrags zu unzulässigen Abschaltvorrichtungen berücksichtigt, aber zu Recht festgestellt, dass das Voranschreiten der allgemeinen Erkenntnislage die Substantiierungsanforderungen erhöhen könne. Mit der Begründung des Berufungsgerichts, das KBA nehme die

KSR allgemein und gerichtsbekannt gerade nicht stets zum Anlass für einen verpflichtenden Rückruf, sondern differenziere danach, ob die beanstandete Funktion für die Einhaltung der Grenzwerte überhaupt von Bedeutung sei, was gegen einen generell mit Täuschungsabsicht erfolgten Einbau spreche, setzt sich die Revision nicht auseinander.

13            b) Fehlt es damit an einem begründeten Angriff auf die Feststellung des Berufungsgerichts, eine Prüfstandsbezogenheit der KSR sei nicht substantiiert vorgetragen, zeigt die Revision auch keine anderen Umstände auf, die über die bloße Verwendung einer - revisionsrechtlich zu unterstellenden - unzulässigen Abschalteinrichtung hinaus die besondere Verwerflichkeit des Verhaltens der Beklagten indizieren würden und die vom Berufungsgericht übergangen worden wären. Soweit die Revision aus der Zurverfügungstellung freiwilliger Software-Updates auf das Vorliegen nicht nur unzulässiger, sondern manipulativer Abschalteinrichtungen schließen möchte, setzt sie lediglich ihre eigene Würdigung an die Stelle der gegenteiligen Würdigung des Berufungsgerichts, ohne einen Rechtsfehler aufzuzeigen (vgl. auch BGH, Urteil vom 26. April 2022 - VI ZR 435/20 Rn. 15, VersR 2022, 1122).

14            c) Auch im Übrigen erachtet der Senat die von der Revision erhobenen Rügen von Verfahrensmängeln nicht für durchgreifend (§ 564 Satz 1 ZPO).

15            2. Im Lichte der nach Erlass der Entscheidung des Berufungsgerichts ergangenen neueren Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs kann allerdings eine Haftung der Beklagten nach § 823 Abs. 2 BGB in Verbindung mit § 6 Abs. 1, § 27 Abs. 1 EG-FGV auf Ersatz des Differenzschadens nicht ausgeschlossen werden (vgl. BGH, Urteil vom 26. Juni 2023 - VIa ZR 1031/22 Rn. 24 ff., DAR 2023, 503; Urteil vom 26. Juni 2023 - VIa ZR 335/21 Rn. 28 ff., ZIP 2023, 1421).

16

Der VIa. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat am 26. Juni 2023 entschieden, dass von § 823 Abs. 2 BGB in Verbindung mit § 6 Abs. 1, § 27 Abs. 1 EG-FGV nach der gebotenen unionsrechtlichen Lesart das Interesse des Käufers geschützt ist, durch den Abschluss eines Kaufvertrags über ein Kraftfahrzeug nicht wegen eines Verstoßes des Fahrzeugherstellers gegen das europäische Abgasrecht eine Vermögenseinbuße im Sinne der Differenzhypothese zu erleiden. Der Gerichtshof der Europäischen Union habe in seinem Urteil vom 21. März 2023 (Az. C-100/21) Art. 3 Nr. 36, Art. 18 Abs. 1, Art. 26 Abs. 1 und Art. 46 der Richtlinie 2007/46/EG im Sinne des Schutzes auch der individuellen Interessen des Käufers eines mit einer unzulässigen Abschalt-einrichtung im Sinne von Art. 5 Abs. 2 Satz 1 VO (EG) Nr. 715/2007 aus-gerüsteten Kraftfahrzeugs gegenüber dem Fahrzeughersteller ausgelegt. Den Schutz der individuellen Interessen des Fahrzeugkäufers im Verhältnis zum Hersteller habe er dabei aus der in Art. 26 Abs. 1 der Richtlinie 2007/46/EG vorgesehenen Beifügung einer Übereinstimmungsbescheinigung für die Zulassung, den Verkauf oder die Inbetriebnahme des Fahrzeugs abgeleitet. Der Gerichtshof der Europäischen Union habe das auf der Übereinstimmungs- bescheinigung beruhende und unionsrechtlich geschützte Vertrauen des Käufers mit dessen Kaufentscheidung verknüpft und dem Unionsrecht auf diesem Weg einen von einer vertraglichen Sonderverbindung unabhängigen Anspruch des Fahrzeugkäufers gegen den Fahrzeughersteller auf Schadensersatz "wegen des Erwerbs" eines mit einer unzulässigen Abschalt-einrichtung ausgestatteten Fahrzeugs entnommen. Das trage dem engen tatsächlichen Zusammenhang zwischen dem Vertrauen des Käufers auf die Ordnungsmäßigkeit des erwor- benen Kraftfahrzeugs einerseits und der Kaufentscheidung andererseits Rechnung. Dieser Zusammenhang wiederum liege der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs zu dem Erfahrungssatz zugrunde, dass ein Käufer, der ein Fahrzeug zur eigenen Nutzung erwerbe, in Kenntnis der Gefahr einer Betriebs- beschränkung oder -untersagung von dem Erwerb des Fahrzeugs abgesehen hätte. Dementsprechend könne der vom Gerichtshof geforderte Schutz des



Käufervertrauens im Verhältnis zum Fahrzeughersteller, sollten Wertungswidersprüche vermieden werden, nur unter einer Einbeziehung auch der Kaufentscheidung gewährleistet werden an (vgl. BGH, Urteil vom 20. Juli 2023 - III ZR 267/20 Rn. 22, ZIP 2023, 1903; Urteil vom 26. Juni 2023 - VIa ZR 335/21 Rn. 28 ff., ZIP 2023, 1421). Der erkennende Senat schließt sich dieser Rechtsprechung an.

- 17            Das Berufungsgericht hätte die Berufung der Klägerin bei richtiger rechtlicher Bewertung mithin nicht zurückweisen dürfen, ohne ihr Gelegenheit zu geben, den von ihr geltend gemachten Schaden im Sinne des Differenzschadens zu berechnen. Die Stellung eines an die Geltendmachung des Differenzschadens angepassten, unbeschränkten Zahlungsantrags ohne Zug-um-Zug-Vorbehalt ist der Klägerin möglich. Denn dem von ihr in erster Linie auf §§ 826, 31 BGB gestützten großen Schadensersatz einerseits und einem Differenzschaden nach § 823 Abs. 2 BGB in Verbindung mit § 6 Abs. 1, § 27 Abs. 1 EG-FGV andererseits liegen lediglich unterschiedliche Methoden der Schadensberechnung zugrunde, die im Kern an die Vertrauensinvestition des Käufers bei Abschluss des Kaufvertrags anknüpfen (BGH, Urteil vom 26. Juni 2023 - VIa ZR 335/21 Rn. 45, ZIP 2023, 1421).

III.

18            Danach hat das angefochtene Urteil keinen Bestand. Es ist aufzuheben und die Sache zur neuen Verhandlung und Entscheidung an das Berufungsgericht zurückzuverweisen (§ 562 Abs. 1, § 563 Abs. 1 Satz 1 ZPO). Eine Entscheidung in der Sache durch den Senat kommt nicht in Betracht, weil der Rechtsstreit nicht zur Endentscheidung reif ist (§ 563 Abs. 3 ZPO).

Pamp

Jurgeleit

Sacher

Brenneisen

C. Fischer

Vorinstanzen:

LG Osnabrück, Entscheidung vom 28.08.2020 - 7 O 157/20 -

OLG Oldenburg, Entscheidung vom 21.05.2021 - 11 U 86/20 -