



BUNDESGERICHTSHOF

BESCHLUSS

VII ZR 222/21

vom

12. Januar 2022

in dem Rechtsstreit

Der VII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat am 12. Januar 2022 durch den Vorsitzenden Richter Pamp, die Richter Dr. Kartzke und Prof. Dr. Jurgeleit sowie die Richterinnen Dr. Brenneisen und Dr. C. Fischer

beschlossen:

Die Parteien werden darauf hingewiesen, dass der Senat beabsichtigt, die Revision des Klägers gegen das Urteil des 20. Zivilsenats des Kammergerichts Berlin vom 28. Januar 2021 durch Beschluss gemäß § 552a ZPO auf seine Kosten zurückzuweisen.

Es besteht Gelegenheit zur Stellungnahme binnen drei Wochen nach Zustellung des Beschlusses.

Der Streitwert für das Revisionsverfahren wird auf bis 19.000 € festgesetzt.

Gründe:

I.

- 1 Der Kläger nimmt die Beklagte hinsichtlich eines von ihm im Juli 2016 als Gebrauchtwagen erworbenen und von der Beklagten hergestellten Fahrzeugs VW Passat in Anspruch. Das Fahrzeug ist mit einem Dieselmotor des Typs EA 189 ausgestattet. Für den Fahrzeugtyp wurde die Typgenehmigung nach der Verordnung (EG) Nr. 715/2007 mit der Schadstoffklasse Euro 5 erteilt.
- 2 In dem Fahrzeug war eine Motorsteuerungssoftware installiert, die erkannte, wenn das Fahrzeug auf dem Prüfstand den Neuen Europäischen Fahrzyklus (NEFZ) durchfährt, und dann einen besonderen Modus aktivierte (sog.

Umschaltlogik). Die Software war dabei so programmiert, dass das Fahrzeug bei der Messung der Schadstoffemissionen auf dem Prüfstand diese Situation erkannte und im NOx-optimierten Modus 1 lief, bei dem es zu einer höheren Abgasrückführungsrate kam, während beim Betrieb im Straßenverkehr durchgehend Modus 0 aktiv war. Bei dem Fahrzeug wurde am 9. September 2016 ein von der Beklagten entwickeltes und vom Kraftfahrt-Bundesamt (KBA) für den hier in Rede stehenden Fahrzeugtyp am 21. Juli 2016 freigegebenes Software-Update aufgespielt, mit dem die Umschaltlogik verändert wurde.

3 Der Kläger verlangt von der Beklagten, ihn im Wege des Schadensersatzes so zu stellen, als habe er den Kaufvertrag für das Fahrzeug nicht abgeschlossen.

4 Das Landgericht hat der Klage unter Anrechnung einer Nutzungsschädigung im Wesentlichen stattgegeben. Auf die Berufung der Beklagten hat das Berufungsgericht die Klage abgewiesen. Mit der vom Berufungsgericht zugelassenen Revision verfolgt der Kläger seine in der Berufungsinstanz gestellten Schlussanträge weiter.

II.

5 Das Berufungsgericht hat zur Begründung seiner Entscheidung ausgeführt, dem Kläger stehe kein Schadensersatzanspruch aus §§ 826, 31 BGB zu. Zwar sei der im hier betroffenen Fahrzeug verbaute Motor EA 189 mit einer Manipulationssoftware zur Steuerung des Abgasrückführungssystems ausgestattet gewesen, was auch gegenüber Gebrauchtwagenkäufern ein dem Grunde nach zur Haftung gemäß § 826 BGB führendes objektiv sittenwidriges Verhalten darstelle. Die Beklagte treffe das Unwerturteil, sittenwidrig gehandelt zu haben, gerade auch im Hinblick auf die Schädigung aller unwissenden Käufer der bemaakelten Fahrzeuge. Diese Schädigung stelle die zwangsläufige Folge des Inver-

kehrbringens der betroffenen Fahrzeuge dar und liege unmittelbar in der Zielrichtung des sittenwidrigen Verhaltens. Wie der VI. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs mehrfach entschieden habe (Urteil vom 30. Juli 2020 - VI ZR 5/20 Rn. 27 ff.; Urteil vom 8. Dezember 2020 - VI ZR 244/20 Rn. 12 ff.), sei aber die Ad-hoc-Mitteilung der Beklagten vom 22. September 2015 objektiv geeignet gewesen, das Vertrauen potentieller Käufer von Gebrauchtwagen mit VW-Dieselmotoren in eine vorschriftsmäßige Abgastechnik zu zerstören, ihre diesbezügliche Arglosigkeit also zu beseitigen.

- 6 Nach diesen Maßstäben scheidet eine Haftung der Beklagten für das vom Kläger mehr als zehn Monate nach der Ad-hoc-Mitteilung erworbene Fahrzeug aus. Etwas Anderes ergebe sich auch nicht aus der unbestrittenen Behauptung des Klägers, dass zusätzlich zur Softwaremanipulation auch das On-Board-Diagnose-System (OBD) manipuliert gewesen sei, was nach der Interpretation des Klägers eine Hardwaremanipulation darstelle, die in der Ad-hoc-Mitteilung nicht mitgeteilt worden sei. Zunächst sei bereits das Vorliegen einer "Hardwaremanipulation" zweifelhaft, weil der Kläger selbst vortrage, das OBD sei durch die Beklagte bewusst an die Prüfstandserkennung gekoppelt und so programmiert worden, dass die Messung der Abgasrückführung nur im sauberen Fahrzeugmodus durchgeführt werde. Zudem habe die Manipulation des OBD nach dem Klägervortrag dazu dienen sollen, die Manipulation der Abgasrückführung zusätzlich zu vertuschen. Eine Täuschung sei jedoch nicht mehr möglich gewesen, nachdem die Manipulation durch die Ad-hoc-Mitteilung bereits aufgedeckt gewesen sei. Dies sei in der vom Kläger zitierten Entscheidung des Oberlandesgerichts Köln (Urteil vom 18. Dezember 2020 - 20 U 288/19) nicht berücksichtigt, bei deren Verkündung das Urteil des Bundesgerichtshofs vom 8. Dezember 2020 (VI ZR 244/20) noch nicht veröffentlicht gewesen sei und in der im Übrigen maßgeblich darauf abgestellt werde, dass das dortige Fahrzeug bereits mit aufgespieltem Software-Update erworben worden sei.

7 Eine vorsätzliche sittenwidrige Schädigung des Klägers gemäß § 826 BGB ergebe sich auch nicht durch das am 9. September 2016 bei dem streitbefangenen Fahrzeug aufgespielte Software-Update. Für den Kaufvertragsabschluss und damit den für die Schadensentstehung maßgeblichen Zeitpunkt habe das - spätere - Aufspielen des Updates nicht maßgeblich sein können. Auch die vorgenannte Entscheidung des Oberlandesgerichts Köln gehe von der Maßgeblichkeit des Kaufzeitpunkts sowie davon aus, dass die Käufer mit Fertigstellung des Updates und dessen Aufspielen hätten erwarten können, dass damit ein gesetzeskonformer Zustand geschaffen worden sei. Zuvor sei diese Erwartung infolge der Ad-hoc-Mitteilung vom 22. September 2015 und der nachfolgenden Presse- und Medienberichterstattung jedoch nicht gerechtfertigt gewesen.

III.

8 Die Revision ist durch Beschluss zurückzuweisen. Die Voraussetzungen für die Zulassung der Revision liegen ersichtlich nicht vor und die Revision hat keine Aussicht auf Erfolg (§ 552a ZPO).

9 1. Die Rechtssache hat weder grundsätzliche Bedeutung noch erfordern die Fortbildung des Rechts oder die Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung eine Entscheidung des Revisionsgerichts. Maßgeblich für die Beurteilung ist der Zeitpunkt der Entscheidung des Revisionsgerichts (BGH, Beschluss vom 27. Mai 2020 - VIII ZR 58/19 Rn. 3, juris; Beschluss vom 13. August 2015 - III ZR 380/14 Rn. 7, juris; Beschluss vom 1. März 2010 - II ZR 13/09 Rn. 3, ZIP 2010, 1078).

10 a) Das Berufungsgericht hat die Revision zugelassen, weil die Frage, ob das Software-Update selbst eine unzulässige Abschaltvorrichtung enthalte und dies auch Auswirkungen auf Fahrzeuge habe, die nach der Ad-hoc-Mitteilung, aber vor dem Aufspielen des Software-Updates gekauft wurden, noch beim Bundesgerichtshof anhängig sei (VI ZR 513/20).

- 11 b) Unabhängig davon, dass das vom Berufungsgericht als Anlass für die Revisionszulassung bezeichnete Revisionsverfahren VI ZR 513/20 durch Rücknahme des Rechtsmittels beendet worden ist, stellen sich höchstrichterlich klärungsbedürftige Fragen nicht. Die Voraussetzungen, unter denen eine Haftung nach § 826 BGB in Betracht kommt, sind abstrakt seit langem geklärt und speziell für die Frage der Verwendung einer unzulässigen Abschalt Einrichtung durch die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs weiter konkretisiert worden (BGH, Beschluss vom 9. März 2021 - VI ZR 889/20, NJW 2021, 1814; Beschluss vom 19. Januar 2021 - VI ZR 433/19, ZIP 2021, 297; Urteil vom 30. Juli 2020 - VI ZR 5/20, ZIP 2020, 1715; Urteil vom 25. Mai 2020 - VI ZR 252/19, BGHZ 225, 316).
- 12 Sofern - wie hier - die erste potentiell schadensursächliche Handlung und der Eintritt des Schadens zeitlich auseinanderfallen, ist insbesondere höchstrichterlich geklärt, dass der Bewertung eines schädigenden Verhaltens als (nicht) sittenwidrig das gesamte Verhalten des Schädigers bis zum Eintritt des Schadens bei dem konkreten Geschädigten zugrunde zu legen ist. Denn im Falle der vorsätzlichen sittenwidrigen Schädigung gemäß § 826 BGB wird das gesetzliche Schuldverhältnis erst mit Eintritt des Schadens bei dem konkreten Geschädigten begründet; der haftungsbegründende Tatbestand setzt die Zufügung eines Schadens zwingend voraus. 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 (BGH, Beschluss vom 9. März 2021 - VI ZR 889/20 Rn. 13, NJW 2021, 1814). Ausgehend hiervon ist - wie der Bundesgerichtshof ebenfalls bereits entschieden hat - der Vorwurf der Sittenwidrigkeit angesichts der von der Beklagten ab dem 22. September 2015 ergriffenen Maßnahmen bei der gebotenen Gesamtbetrachtung nicht gerechtfertigt (BGH, Beschluss vom 9. März 2021 - VI ZR 889/20 Rn. 15 ff., NJW 2021, 1814). Es bestehen ferner keine Anhaltspunkte dafür, dass das KBA, das nach der Beanstandung der Umschaltlogik als

unzulässige Abschaltvorrichtung die Beklagte verpflichtet hatte, einen vorschriftsmäßigen Zustand herzustellen, die von der Beklagten daraufhin entwickelte technische Lösung in Form des Software-Updates genehmigt und die Beklagte aufgefordert hatte, das Update aufzuspielen, sich ein weiteres Mal über die Arbeitsweise des für den Motor EA 189 entwickelten Emissionskontrollsystems im Irrtum befunden hätte (BGH, Beschluss vom 9. März 2021 - VI ZR 889/20 Rn. 24, NJW 2021, 1814).

13 c) Weitere Zulassungsgründe zeigt die Revision nicht auf und liegen nicht vor.

14 2. Die Revision hat auch in der Sache keine Aussicht auf Erfolg. Das Berufungsgericht hat zutreffend angenommen, dass dem Kläger gegen die Beklagte kein Anspruch auf Schadensersatz gemäß §§ 826, 31 BGB zusteht. Die von der Revision vorgetragene Erwägung vermögen diese Bewertung nicht in Zweifel zu ziehen.

15 a) 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 (st. Rspr., vgl. nur BGH, Urteil vom 13. Juli 2021 - VI ZR 128/20 Rn. 11, WM 2021, 1609; Urteil vom 30. Juli 2020 - VI ZR 5/20 Rn. 29, ZIP 2020, 1715; Urteil vom 25. Mai 2020 - VI ZR 252/19 Rn. 15, BGHZ 225, 316; Urteil vom 12. März 2020 - VII ZR 236/19 Rn. 24, VersR 2020, 1120; jeweils m.w.N.). Schon zur Feststellung der objektiven 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 (BGH, Urteil vom 13. Juli 2021

- VI ZR 128/20 Rn. 11, WM 2021, 1609; Urteil vom 30. Juli 2020 - VI ZR 5/20 Rn. 29, ZIP 2020, 1715; Urteil vom 25. Mai 2020 - VI ZR 252/19 Rn. 15, BGHZ 225, 316). 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 (BGH, Beschluss vom 9. März 2021 - VI ZR 889/20 Rn. 12, VersR 2021, 661; Beschluss vom 19. Januar 2021 - VI ZR 433/19 Rn. 14, ZIP 2021, 297; Urteil vom 30. Juli 2020 - VI ZR 5/20 Rn. 29, ZIP 2020, 1715; Urteil vom 25. Mai 2020 - VI ZR 252/19 Rn. 15, BGHZ 225, 316).

16 Ob das Verhalten des Anspruchsgegners sittenwidrig im Sinne des § 826 BGB ist, ist eine Rechtsfrage, die der uneingeschränkten Kontrolle des Revisionsgerichts unterliegt (st. Rspr., vgl. nur BGH, Urteil vom 13. Juli 2021 - VI ZR 128/20 Rn. 12, WM 2021, 1609; Beschluss vom 9. März 2021 - VI ZR 889/20 Rn. 14, VersR 2021, 661; Beschluss vom 19. Januar 2021 - VI ZR 433/19 Rn. 15, ZIP 2021, 297; Urteil vom 25. Mai 2020 - VI ZR 252/19 Rn. 14, BGHZ 225, 316; Urteil vom 12. März 2020 - VII ZR 236/19 Rn. 25, VersR 2020, 1120).

17 b) Wie der Bundesgerichtshof bereits mehrfach entschieden hat, ist das Verhalten der Beklagten bei der gebotenen Gesamtbetrachtung nicht mehr als sittenwidrig zu erachten, nachdem sie ihr Verhalten im September 2015 nach außen erkennbar maßgeblich geändert hat. Denn sie ist an die Öffentlichkeit getreten, hat Unregelmäßigkeiten eingeräumt und Maßnahmen zur Beseitigung des gesetzwidrigen Zustandes erarbeitet, um die Gefahr einer Betriebsbeschränkung oder -untersagung der Fahrzeuge zu bannen. Hierdurch wurden wesentliche Elemente, die ihr vorheriges Verhalten gegenüber bisherigen Käufern von Fahrzeugen mit Dieselmotoren der Baureihe EA 189 als besonders verwerflich erscheinen ließen, derart relativiert, dass der Vorwurf der Sittenwidrigkeit bezogen auf ihr Gesamtverhalten gegenüber dem Kläger und im Hinblick auf den Schaden, der bei ihm durch den Abschluss eines ungewollten Kaufvertrags im Juli 2016 entstanden sein könnte, nicht gerechtfertigt ist (vgl. BGH, Beschluss vom 9. März

2021 - VI ZR 889/20 Rn. 17, NJW 2021, 1814; Urteil vom 8. Dezember 2020 - VI ZR 244/20 Rn. 14 f., VersR 2021, 263; Urteil vom 30. Juli 2020 - VI ZR 5/20 Rn. 34 ff., NJW 2020, 2798).

18 aa) Die Beklagte veröffentlichte am 22. September 2015 eine Ad-hoc-Mitteilung. Darin teilte sie mit, dass bei weltweit rund elf Millionen Fahrzeugen mit Motoren des Typs EA 189 eine auffällige Abweichung zwischen Prüfstandswerten und realem Fahrbetrieb festgestellt worden sei, sie mit Hochdruck daran arbeite, die Abweichungen mit technischen Maßnahmen zu beseitigen, dazu in Kontakt mit den zuständigen Behörden und dem KBA stehe und für notwendige Servicemaßnahmen an den betroffenen Motoren rund 6,5 Milliarden Euro zurückstelle. Die Beklagte gab darüber hinaus eine im Wesentlichen gleichlautende Presseerklärung heraus und schaltete eine Webseite frei, auf der durch Eingabe der Fahrzeug-Identifikationsnummer überprüft werden kann, ob ein konkretes Fahrzeug mit der Abschaltvorrichtung versehen ist.

19 bb) Bereits die Ad-hoc-Mitteilung der Beklagten vom 22. September 2015 war objektiv geeignet, das Vertrauen potentieller Käufer von Gebrauchtwagen mit VW-Dieselmotoren des Typs EA 189 in eine vorschriftsgemäße Abgastechnik zu zerstören, diesbezügliche Arglosigkeit also zu beseitigen. Aufgrund der Verlautbarung und ihrer als sicher vorherzusehenden medialen Verbreitung war typischerweise nicht mehr damit zu rechnen, dass Käufer von gebrauchten VW-Fahrzeugen mit Dieselmotoren der Baureihe EA 189 die Erfüllung der hier maßgeblichen gesetzlichen Vorgaben noch als selbstverständlich voraussetzen würden. Für das bewusste Ausnutzen einer diesbezüglichen Arglosigkeit dieser Käufer war damit kein Raum mehr; hierauf konnte das geänderte Verhalten der Beklagten nicht mehr gerichtet sein (vgl. BGH, Beschluss vom 9. März 2021 - VI ZR 889/20 Rn. 19 f., NJW 2021, 1814; Urteil vom 8. Dezember 2020 - VI ZR 244/20 Rn. 15, VersR 2021, 263; Urteil vom 30. Juli 2020 - VI ZR 5/20 Rn. 37, NJW 2020, 2798).

- 20 cc) Die Rügen, mit denen die Revision die den Grundsätzen dieser höchst-richterlichen Rechtsprechung entsprechende Beurteilung des Berufungsgerichts in Zweifel ziehen möchte, vermögen nicht zu überzeugen.
- 21 Der Einwand, es sei wenig plausibel, dass sich ein späterer Autokäufer an einer Ad-hoc-Mitteilung orientiere, deren Adressaten primär Aktieninhaber und potentielle Aktienkäufer seien, so dass "schon aus diesem Grund" die zwischenzeitliche Information der Öffentlichkeit keinen maßgeblichen Einfluss auf die Täuschung potentieller Erwerber hätte haben können, verkennt, dass die mediale Verbreitung des Inhalts der Ad-hoc-Mitteilung - und damit deren allgemeines Bekanntwerden auch außerhalb des üblichen Adressatenkreises derartiger Mitteilungen - schon Ende September 2015 absehbar war (vgl. BGH, Urteil vom 30. Juli 2020 - VI ZR 5/20 Rn. 37, NJW 2020, 2798).
- 22 Die Umstände, mit denen die Revision die Verlautbarungen des VW-Konzerns als "beschönigend, verharmlosend und in erheblichem Umfang bewusst falsch" darstellen möchte, sind - wie der VI. Zivilsenat sowie der III. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs bereits entschieden haben - nicht geeignet, die Bewertung einer für die Frage der Sittenwidrigkeitshaftung aus § 826 BGB relevanten Verhaltensänderung der Beklagten in Zweifel zu ziehen; der erkennende Senat teilt diese Einschätzung. Durch das Fehlen eines Hinweises darauf, dass auf Grund der "Unregelmäßigkeiten" bei Fahrzeugen mit Motoren vom Typ EA 189 das Entfallen der Typgenehmigung und damit eine Betriebsuntersagung möglich seien, wurden die Grundaussagen der Verlautbarungen vom 22. September 2015 - auffällige Abweichung zwischen Prüfstandswerten und realem Fahrbetrieb, sehr hohe Anzahl der betroffenen Fahrzeuge, ganz erheblicher Beseitigungsaufwand, enge Einbindung der zuständigen Behörden - nicht relativiert; Gleiches gilt für die Erklärung, dass "weder Fahrverhalten, Verbrauch noch Emissionen" beeinflusst würden (BGH, Urteil vom 23. September 2021 - III ZR 200/20 Rn. 20 m.w.N., NJW 2021, 3725). Inwiefern die Versicherung der Beklagten auf ihrer Website, betroffene Fahrzeuge seien "technisch sicher und fahrbereit", die Sittenwidrigkeitshaftung begründen soll, erschließt sich schon im Ansatz nicht.

- 23 Die weitere Rüge der Revision, die Pressemitteilung vom 22. September 2015 habe in Bezug auf "Neuwagen mit Dieselantrieb EU 6" unrichtige Angaben enthalten, verkennt schon, dass der Kläger einen Gebrauchtwagen mit einem Dieselmotor der Schadstoffklasse Euro 5 erworben hat. Für die Bewertung, ob das Verhalten der Beklagten gegenüber dem Kläger als objektiv sittenwidrig anzusehen ist, kommt es nicht darauf an, ob auch die nachfolgende Motorengeneration eine unzulässige Abschaltvorrichtung aufwies (BGH, Urteil vom 28. Oktober 2021 - III ZR 261/20 Rn. 20, BeckRS 2021, 38422; Urteil vom 23. September 2021 - III ZR 200/20 Rn. 20, NJW 2021, 3725; Beschluss vom 9. März 2021 - VI ZR 889/21 Rn. 21, NJW 2021, 1814).
- 24 Ohne Erfolg bemängelt die Revision in diesem Zusammenhang ferner, die Beklagte habe ihr Versprechen in der Pressemitteilung vom 22. September 2015 nicht eingehalten, die Öffentlichkeit über den Fortgang der Entwicklungen fortlaufend und transparent zu informieren. Dass die Beklagte die Abschaltvorrichtung nicht selbst als illegal gebrandmarkt hat, sondern im Gegenteil dieser (zutreffenden) Bewertung in der Folgezeit entgegengetreten ist, dass sie eine bewusste Manipulation geübt hat und dass sie möglicherweise weitere Schritte zur umfassenden Aufklärung hätte unternehmen können, reicht für die Begründung des gravierenden Vorwurfs der sittenwidrigen Schädigung gegenüber dem Kläger nicht aus. Insbesondere war ein aus moralischer Sicht tadelloses Verhalten der Beklagten oder eine Aufklärung, die tatsächlich jeden potentiellen Käufer erreicht und einen Fahrzeugerwerb in Unkenntnis der Abschaltvorrichtung sicher verhindert, zum Ausschluss objektiver Sittenwidrigkeit nicht erforderlich. Bei der gebotenen Gesamtbetrachtung kann vielmehr das Verhalten der Beklagten bis zu dem im Juli 2016 erfolgten Abschluss des Kaufvertrages einer Täuschung nicht mehr gleichgesetzt werden. Wesentliche Umstände, aufgrund derer ihr Verhalten gegenüber früheren Käufern als verwerflich zu werten war, waren bereits im Herbst 2015 entfallen. Käufern, die sich - wie der Kläger - erst für einen Kauf entschieden haben, nachdem die Beklagte ihr Verhalten, wie beschrieben, geändert

hatte, wurde - unabhängig von ihren Kenntnissen vom "Dieselskandal" im Allgemeinen und ihren Vorstellungen von der Betroffenheit des Fahrzeugs im Besonderen - nicht sittenwidrig ein Schaden zugefügt (BGH, Urteil vom 28. Oktober 2021 - III ZR 261/20 Rn. 19, BeckRS 2021, 38422; Urteil vom 30. Juli 2020 - VI ZR 5/20 Rn. 38, ZIP 2020, 1715).

25 Die Zielrichtung der Revisionsrüge, das Berufungsgericht habe "übersehen", dass die Website, auf der die Betroffenheit einzelner Fahrzeuge anhand der Fahrzeug-Identifikationsnummer habe ermittelt werden können, sich vernünftigerweise gar nicht an den Kläger als potentiellen Interessenten habe richten können, bleibt schon deshalb dunkel, weil das Berufungsgericht diese Website nicht einmal erwähnt hat. Im Ergebnis nichts anderes gilt hinsichtlich der Sinnhaftigkeit des Einwands, die Beklagte habe "vor allem auch für Fahrzeuge anderer Konzernunternehmen keineswegs das Vertrauen in eine rechtskonforme Produktion erschüttern wollen", da es sich bei dem im Streitfall betroffenen Fahrzeug um einen VW Passat handelt. Im Übrigen hat die Beklagte ihre Vertragshändler durch die Information über die Verwendung der Abschaltvorrichtung in die Lage versetzt, etwaige Kaufinteressenten über die Abgasproblematik der betroffenen Fahrzeuge aufzuklären (BGH, Urteil vom 30. Juli 2020 - VI ZR 5/20 Rn. 37, ZIP 2020, 1715).

26 dd) Die dargestellten Maßnahmen der Beklagten sind für das Ergebnis der Sittenwidrigkeitsprüfung ferner nicht deshalb irrelevant, weil die Beklagte nicht sichergestellt hatte, dass ihre Informationen tatsächlich jeden potentiellen Käufer erreichten und einen Fahrzeugerwerb in Unkenntnis der Abschaltvorrichtung in jedem Einzelfall verhinderten (vgl. BGH, Urteil vom 28. Oktober 2021 - III ZR 261/20 Rn. 19, BeckRS 2021, 38422; Urteil vom 8. Dezember 2020 - VI ZR 244/20 Rn. 18, VersR 2021, 263; Urteil vom 30. Juli 2020 - VI ZR 5/20 Rn. 38, NJW 2020, 2798). Die Beklagte traf zur Vermeidung des Sittenwidrigkeitsvorwurfs nicht die Verpflichtung, jeden potentiellen Käufer über die für seine Kaufentscheidung wesentlichen Gesichtspunkte und die Mängel des Kaufgegenstands vollständig aufzuklären (BGH, Beschluss vom 18. Mai 2021

- VI ZR 486/20 Rn. 14, BeckRS 2021, 21700; Beschluss vom 9. März 2021 - VI ZR 889/20 Rn. 22, NJW 2021, 1814).

27 ee) Eine abweichende Beurteilung ist schließlich auch nicht deshalb geboten, weil das von der Beklagten im Anschluss an ihre Ad-hoc-Mitteilung vom 22. September 2015 entwickelte Software-Update nach der - mangels abweichender Feststellungen revisionsrechtlich zu unterstellenden - Behauptung des Klägers negative Auswirkungen auf den Kraftstoffverbrauch und den Verschleiß der betroffenen Fahrzeuge haben kann. Auch dies rechtfertigt den Vorwurf besonderer Verwerflichkeit in der gebotenen Gesamtbetrachtung nicht (BGH, Beschluss vom 18. Mai 2021 - VI ZR 486/20 Rn. 19, BeckRS 2021, 21700; Beschluss vom 9. März 2021 - VI ZR 889/20 Rn. 30, NJW 2021, 1814). Soweit die Revision geltend macht, rechtliche und tatsächliche Mängel des Updates bewirkten einen merkantilen Minderwert, was für die Beklagte von vorneherein habe auf der Hand liegen müssen, fehlt schon die Angabe jeglichen - etwaigen - Instanzvortrags des Klägers, worauf diese Schlussfolgerung sich soll stützen können.

28 c) Entgegen den Ausführungen der Revision kann der Vorwurf einer im Sinne von § 826 BGB sittenwidrigen Schädigung des Klägers auch nicht damit begründet werden, dass die Beklagte mit dem Software-Update eine temperaturabhängige Steuerung des Emissionskontrollsystems (Thermofenster) implementiert hat. Denn dies rechtfertigt nicht die Annahme, die Verwerflichkeit des Verhaltens der Beklagten habe sich hierdurch in lediglich veränderter Form fortgesetzt.

29 Zwar ist mangels abweichender berufsgerichtlicher Feststellungen für die revisionsrechtliche Überprüfung vom Vortrag des Klägers auszugehen, wonach die Abgasrückführung in den mit einem Motor des Typs EA 189 versehenen Fahrzeugen nach dem Software-Update nur bei Außentemperaturen zwischen 15 und 33 Grad Celsius in vollem Umfang stattfindet und außerhalb dieser Be-

dingungen deutlich reduziert wird. Dies rechtfertigt den Vorwurf besonderer Verwerflichkeit in der gebotenen Gesamtbetrachtung aber nicht. Dabei kann zugunsten des Klägers unterstellt werden, dass eine derartige temperaturbeeinflusste Steuerung der Abgasrückführung als unzulässige Abschalteneinrichtung im Sinne von Art. 5 Abs. 2 Satz 1 der Verordnung (EG) Nr. 715/2007 zu qualifizieren ist (vgl. zu Art. 5 der Verordnung (EG) Nr. 715/2007 auch EuGH, Urteil vom 17. Dezember 2020 - C-693/18, Celex-Nr. 62018CJ0693, NJW 2021, 1216; OGH Österreich, Vorabentscheidungsersuchen vom 17. März 2020 - 10 Ob 44/19x, RZ 2020, 212 EÜ235 - beim EuGH geführt unter C-145/20). Der darin liegende - unterstellte - Gesetzesverstoß reicht aber nicht aus, um das Gesamtverhalten der Beklagten als sittenwidrig zu qualifizieren. Hierfür bedürfte es nach gefestigter höchstrichterlicher Rechtsprechung (BGH, Urteil vom 28. Oktober 2021 - III ZR 261/20 Rn. 22, BeckRS 2021, 38422; Urteil vom 16. September 2021 - VII ZR 190/20 Rn. 16 ff., WM 2021, 2108; Urteil vom 13. Juli 2021 - VI ZR 128/20 Rn. 13, VersR 2021, 1252; Beschluss vom 9. März 2021 - VI ZR 889/20 Rn. 26, NJW 2021, 1814) vielmehr weiterer Umstände im Zusammenhang mit der Entwicklung und Genehmigung des Software-Updates, an denen es im Streitfall fehlt.

30 aa) Entgegen der Auffassung der Revision ist die Applikation einer temperaturabhängigen Steuerung des Emissionskontrollsystems nicht mit der Verwendung der Prüfstandserkennungssoftware zu vergleichen, die die Beklagte zunächst zum Einsatz gebracht hatte. Während letztere unmittelbar auf die arglistige Täuschung der Typgenehmigungsbehörde abzielte und einer unmittelbaren arglistigen Täuschung der Fahrzeugerwerber in der Bewertung gleichsteht, ist der Einsatz einer temperaturabhängigen Steuerung des Emissionskontrollsystems nicht von vornherein durch Arglist geprägt (vgl. BGH, Beschluss vom 19. Januar 2021 - VI ZR 433/19 Rn. 17 f., ZIP 2021, 297).

31 bb) Bei dieser Sachlage hätte sich die Verwerflichkeit des Verhaltens der Beklagten durch die Implementation des Thermofensters nur dann fortgesetzt, wenn zu dem - hier unterstellten - Verstoß gegen Art. 5 der Verordnung (EG)

Nr. 715/2007 im Zusammenhang mit der Entwicklung und Genehmigung des Software-Updates weitere Umstände hinzutreten, die das Verhalten der für sie handelnden Personen als besonders verwerflich erscheinen ließen. Dies setzt jedenfalls voraus, dass diese Personen bei der Entwicklung und/oder Applikation der temperaturabhängigen Steuerung des Emissionskontrollsystems in dem Bewusstsein handelten, eine (weitere) unzulässige Abschaltvorrichtung zu verwenden, und den darin liegenden Gesetzesverstoß billigend in Kauf nahmen. Fehlt es hieran, ist der objektive Tatbestand der Sittenwidrigkeit nicht erfüllt.

32 cc) Die Revision zeigt indes keinen in den Tatsacheninstanzen übergebenen Sachvortrag des insoweit darlegungsbelasteten Klägers (vgl. BGH, Urteil vom 16. September 2021 - VII ZR 190/20 Rn. 17, WM 2021, 2108; Beschluss vom 19. Januar 2021 - VI ZR 433/19 Rn. 19, juris; Urteil vom 25. Mai 2020 - VI ZR 252/19 Rn. 35, ZIP 2020, 1179) auf, dem für ein solches Vorstellungsbild der für die Beklagte handelnden Personen sprechende Anhaltspunkte zu entnehmen wären. Soweit sie sich darauf beruft, der Kläger habe in den Beweis der Zeugen D. und P. gestellt, dass die Beklagte mit dem Software-Update erneut "unzulässige Abschaltvorrichtungen" implementiert und diese dem KBA gegenüber nicht offengelegt habe, bezieht sich der insoweit angeführte Rückruf (VW Eos) bereits nicht auf ein Fahrzeug des vom Kläger erworbenen Typs (VW Passat) und wird aus der in Bezug genommenen Aktenfundstelle schon nicht deutlich, um welche Abschaltvorrichtung es überhaupt geht. Soweit die Revision meint, es könne "nicht zwingend" darauf ankommen, dass die Beklagte auch hinsichtlich des Thermofensters bewusst eine unzulässige Abschaltvorrichtung implementiert und den Schaden der Kunden billigend in Kauf genommen hätte, hat ihre Auffassung in der - mittlerweile gefestigten - höchstrichterlichen Rechtsprechung keine Grundlage. Soweit sie sich ferner darauf beruft, es sei nicht festgestellt oder ersichtlich, dass Versottungsgefahr und Rußpartikelproduktion bei Temperaturen unter 15 Grad Celsius erheblich anstiegen und die Abgasrückführung deshalb deaktiviert werden müsste, zeigt sie keinen hierzu im Gegensatz

stehenden Instanzvortrag des Klägers auf. Dass die "offensichtliche Rechtswidrigkeit" der Abschaltvorrichtung der Beklagten bewusst gewesen sein müsse, erschöpft sich in einem bloßen Postulat.

33 Soweit im Übrigen das Software-Update negative Auswirkungen auf den Kraftstoffverbrauch und den Verschleiß der betroffenen Fahrzeuge haben soll, rechtfertigt dies den Vorwurf besonderer Verwerflichkeit in der gebotenen Gesamtbetrachtung nicht. Der Umstand, dass mit dem Update nicht nur die unzulässige Manipulationssoftware entfernt wird, sondern auch eine - unterstellt nachteilige - Veränderung des Kraftstoffverbrauchs oder sonstiger Parameter verbunden ist, genügt nicht, um das Gesamtverhalten der Beklagten als sittenwidrig zu qualifizieren (BGH, Beschluss vom 9. März 2021 - VI ZR 889/20 Rn. 30, NJW 2021, 1814).

34 dd) Keinen Erfolg kann die Revision schließlich auch insoweit haben, als sie sich darauf beruft, aus der Manipulation des OBD - die nach der Darstellung der Revision erforderlich gewesen sein soll, damit das OBD außerhalb des Thermofensters regelmäßig auftretende Grenzwertüberschreitungen für die Stickstoffemissionen nicht registriert und als Fehlermeldung anzeigt - ergebe sich ebenfalls die bewusste sittenwidrige Schädigungsabsicht der Beklagten. Durfte die Beklagte nämlich, wovon hier mangels eines die gegenteilige Annahme rechtfertigenden Revisionsvorbringens des Klägers auszugehen ist, das Thermofenster zumindest vertretbar für eine zulässige Abschaltvorrichtung halten, vermag die Ausgestaltung des OBD derart, dass es den Einsatz des Thermofensters nicht als Fehler anzeigt, jedenfalls keinen Sittenwidrigkeitsvorwurf zu begründen (BGH, Urteil vom 28. Oktober 2021 - III ZR 261/20 Rn. 27, BeckRS 2021, 38422; Beschluss vom 15. September 2021 - VII ZR 2/21 Rn. 18, juris).

35 d) Ist eine die Haftung nach § 826 BGB begründende Sittenwidrigkeit des Beklagtenverhaltens bereits nicht hinreichend dargetan, kommt es auf die Erwägungen, mit denen die Revision geltend macht, der im Abschluss des Kaufver-

trags liegende Schaden des Klägers sei der Beklagten entgegen der Rechtsauffassung des Berufungsgerichts auch zurechenbar, nicht entscheidungserheblich an.

Pamp

Kartzke

Jurgeleit

Brenneisen

C. Fischer

Hinweis: Das Revisionsverfahren ist durch Revisionsrücknahme erledigt worden.

Vorinstanzen:

LG Berlin, Entscheidung vom 04.12.2019 - 23 O 18/19 -

KG, Entscheidung vom 28.01.2021 - 20 U 5/20 -