



# BUNDESGERICHTSHOF

## IM NAMEN DES VOLKES

### URTEIL

III ZR 205/20

Verkündet am:  
13. Januar 2022  
Uytterhaegen  
Justizangestellte  
als Urkundsbeamtin  
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

Nachschlagewerk: ja  
BGHZ: nein  
BGHR: ja

---

BGB § 826 Ga

- a) Zur Erstreckung der Verhaltensänderung des Volkswagenkonzerns in dem "Dieselskandal" ab dem 22. September 2015 auf andere Konzernmarken (hier: AUDI AG; Anschluss an BGH, Urteil vom 23. November 2021 - VI ZR 818/20, juris Rn. 8; Beschluss vom 15. Juni 2021 - VI ZR 566/20, juris Rn. 6).
- b) Die höchstrichterlich entwickelten Grundsätze zur Verwirklichung des Tatbestands der objektiven Sittenwidrigkeit im Sinne des § 826 BGB bei Verwendung einer temperaturabhängigen Steuerung des Emissionskontrollsystems (Thermofenster) gelten nicht nur, wenn ein Thermofenster nachträglich im Rahmen eines Software-Updates installiert wurde, sondern erfassen auch den Fall, dass ein Thermofenster bereits zum Zeitpunkt des Inverkehrbringens des Fahrzeugs vorhanden war (Anschluss an BGH, Urteile vom 13. Juli 2021 - VI ZR 128/20, WM 2021, 1609 und vom 16. September 2021 - VII ZR 190/20, NJW 2021, 3721; Beschluss vom 19. Januar 2021 - VI ZR 433/19, NJW 2021, 921).

BGH, Urteil vom 13. Januar 2022 - III ZR 205/20 - OLG Stuttgart

LG Ulm

Der III. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 13. Januar 2022 durch die Richter Dr. Remmert, Reiter, Dr. Kessen, Dr. Herr und Liepin

für Recht erkannt:

Die Revision des Klägers gegen das Urteil des Oberlandesgerichts Stuttgart - 10. Zivilsenat - vom 25. August 2020 wird zurückgewiesen.

Der Kläger hat die Kosten des Revisionsverfahrens zu tragen.

Von Rechts wegen

#### Tatbestand

- 1 Der Kläger nimmt den beklagten Fahrzeughersteller auf Schadensersatz wegen Verwendung unzulässiger Abschaltvorrichtungen für die Abgasreinigung in Anspruch.
  
- 2 Der Kläger erwarb am 17. November 2015 von einem Autohaus einen im Jahr 2012 erstmals zugelassenen Audi A4 2.0 TDI zum Preis von 25.000 € (Stand des Kilometerzählers: 63.600 km), wobei der Kaufpreis teilweise finanziert wurde. Bis zum 17. Januar 2020 legte er mit dem Fahrzeug 61.674 Kilometer zurück.

- 3 In dem Fahrzeug ist ein von der Volkswagen AG entwickelter Dieselmotor des Typs EA 189 verbaut. Für den Fahrzeugtyp wurde die Typgenehmigung nach der Verordnung (EG) Nr. 715/2007 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 20. Juni 2007 über die Typgenehmigung von Kraftfahrzeugen hinsichtlich der Emissionen von leichten Personenkraftwagen und Nutzfahrzeugen (Euro 5 und Euro 6) und über den Zugang zu Reparatur- und Wartungsinformationen für Fahrzeuge (im Folgenden: VO (EG) Nr. 715/2007) mit der Schadstoffklasse Euro 5 erteilt. Die Motorsteuerung des Fahrzeugs war werkseitig mit einer die Abgasrückführung steuernden (unzulässigen) Software ausgestattet (sog. "Umschaltlogik"). Diese schaltete automatisch den "Modus 1" mit einer höheren Abgasrückführungsrate ein, wenn das Fahrzeug auf einem Prüfstand dem Neuen Europäischen Fahrzyklus (NEFZ) unterzogen wurde. Im normalen Fahrbetrieb außerhalb des Prüfstands schaltete der Motor dagegen in den "Modus 0", bei dem die Abgasrückführungsrate niedriger und der Stickoxidausstoß höher waren. Für die Erteilung der Typgenehmigung der Emissionsklasse 5 maßgeblich war der Stickoxidausstoß auf dem Prüfstand. Die Stickoxidgrenzwerte der Euro 5-Norm wurden nur im Abgasrückführungsmodus 1 eingehalten.
- 4 Am 22. September 2015 veröffentlichte die Volkswagen AG, die Muttergesellschaft der Beklagten, eine Ad-hoc-Mitteilung sowie eine im Wesentlichen gleichlautende Pressemitteilung, aus denen sich ergab, dass bei in Dieselfahrzeugen des Volkswagenkonzerns verbauten Motoren des Typs EA 189 eine auffällige Abweichung zwischen Prüfstandswerten und realem Fahrbetrieb festgestellt worden sei und mit Hochdruck an der Aufklärung und Beseitigung dieser Unregelmäßigkeiten gearbeitet werde (siehe auch BGH, Urteil vom 30. Juli 2020 - VI ZR 5/20, NJW 2020, 2798 zum genauen Wortlaut der Ad-hoc-Mitteilung). Seitdem wurde über die Software in einer breiten Öffentlichkeit diskutiert und in

den Medien ausführlich berichtet. Im Oktober 2015 richteten sowohl die Volkswagen AG als auch die Beklagte Websites ein, auf denen durch Angabe der Fahrzeugidentifizierungsnummer (FIN) die Betroffenheit eines Fahrzeugs von den Manipulationsvorwürfen abgefragt werden konnte.

5 Mit Bescheid vom 15. Oktober 2015 beanstandete das Kraftfahrtbundesamt (KBA) die verwendete Prüfstanderkennungsoftware ("Umschaltlogik") als unzulässige Abschaltvorrichtung im Sinne von Art. 5 Abs. 2 Satz 1 VO (EG) Nr. 715/2007 und ordnete an, diese in den davon betroffenen Fahrzeugen zu entfernen und geeignete Maßnahmen zur Wiederherstellung der Vorschriftsmäßigkeit zu ergreifen. Das daraufhin entwickelte Software-Update wurde vom KBA freigegeben und zu einem nicht näher festgestellten Zeitpunkt auch bei dem vom Kläger erworbenen Fahrzeug aufgespielt.

6 In dem streitgegenständlichen Fahrzeug ist ferner eine temperaturabhängige Steuerung des Emissionskontrollsystems vorhanden (Thermofenster). Bei geringeren Außentemperaturen (z.B. unter 15 Grad Celsius) wird die Abgasrückführung reduziert oder ganz abgeschaltet, so dass die Stickoxidemissionen ansteigen. Dieses Thermofenster war entweder bereits beim Inverkehrbringen des Fahrzeugs installiert oder ist erstmals im Rahmen des vorgenannten Software-Updates aufgespielt worden.

7 Der Kläger hat geltend gemacht, die Beklagte habe die im Motor seines Fahrzeugs integrierte Software mit dem Ziel programmieren lassen, die Stickoxidemissionen so zu manipulieren, dass die gesetzlichen Grenzwerte nur bei Abgastests auf dem Prüfstand zur Erlangung der EU-Typgenehmigung eingehalten würden. Dabei habe sie die Ziele der Gewinnmaximierung und Marktführerschaft verfolgt. Die Entwicklungsabteilung der Beklagten habe mit Wissen des

Vorstands entschieden, die als illegal erkannte Manipulationssoftware serienmäßig in die Motoren des Typs EA 189 zu integrieren. Der Vorsatz der Beklagten sei auch nicht durch die am 22. September 2015 veröffentlichte Ad-hoc-Mitteilung entfallen. Die Beklagte habe nicht davon ausgehen dürfen, dass damit sämtliche Folgeerwerber über die Manipulationssoftware in Kenntnis gesetzt würden. Jedenfalls werde noch heute über das Vorhandensein einer Abgasrückführung mit Abschaltautomatik getäuscht, weil das in das Abgasrückführungs(AGR)-System implementierte Thermofenster eine unzulässige Abschalteinrichtung darstelle, die nicht mit dem Ausnahmetatbestand des Art. 5 Abs. 2 Satz 2 Buchst. a VO (EG) Nr. 715/2007 gerechtfertigt werden könne.

- 8 Das Landgericht hat die auf Zahlung von 26.067,23 € (Kaufpreis zzgl. Kreditkosten) nebst Deliktzinsen Zug um Zug gegen Übergabe und Übereignung des Fahrzeugs, Feststellung des Annahmeverzugs der Beklagten und Freistellung von außergerichtlichen Anwaltskosten gerichtete Klage abgewiesen. In der Berufungsinstanz hat der Kläger unter Aufrechterhaltung der übrigen Anträge hinsichtlich der begehrten Zug-um-Zug-Zahlung den Abzug einer Nutzungsent-schädigung von 4.672,43 € berücksichtigt sowie Delikts- und Prozesszinsen ver-langt. Das Oberlandesgericht hat die Berufung des Klägers zurückgewiesen. Mit der vom Berufungsgericht zugelassenen Revision verfolgt er seine zweitinstanz-lich geltend gemachten Ansprüche in vollem Umfang weiter.

#### Entscheidungsgründe

- 9 Die Revision des Klägers ist unbegründet.

I.

10            Das Berufungsgericht hat zur Begründung seiner Entscheidung im Wesentlichen ausgeführt:

11            Dem Kläger stehe kein Anspruch gegen die Beklagte auf Zahlung von Schadensersatz wegen des Erwerbs des mit dem Motor EA 189 ausgestatteten Fahrzeugs zu, wobei ausschließlich deliktische Anspruchsgrundlagen in Betracht kämen. Das streitgegenständliche Fahrzeug sei zwar bei seinem Inverkehrbringen durch die Beklagte mit einer im Sinne des Art. 5 Abs. 2 Satz 1 VO (EG) Nr. 715/2007 unzulässigen Abschaltvorrichtung ("Umschaltlogik") versehen gewesen. Gleichwohl scheidet eine Haftung der Beklagten wegen sittenwidriger vorsätzlicher Schädigung gemäß §§ 826, 31 BGB aus. Denn zum Zeitpunkt des Fahrzeugerwerbs durch den Kläger habe es an einer sittenwidrigen Veranlassung des Erwerbs seitens der Beklagten gefehlt. Die maßgebliche Schädigungshandlung der Beklagten sei das Herstellen und Inverkehrbringen des Dieselmotors EA 189 mit der unzulässigen Abschaltvorrichtung. Fielen - wie im vorliegenden Fall - das Inverkehrbringen des Fahrzeugs und dessen Erwerb durch einen Gebrauchtwagenkäufer zeitlich auseinander, müsse auch zum Zeitpunkt des Fahrzeugerwerbs (vorliegend durch den Kläger) noch eine sittenwidrige Veranlassung vonseiten der Beklagten vorliegen. Daran fehle es im Streitfall. Die Ad-hoc-Mitteilung und die gleichlautende Pressemitteilung vom 22. September 2015, die nachfolgende Berichterstattung über die Anordnungen des KBA und die Einräumung der Möglichkeit, sich selbst im Internet durch Eingabe der Fahrzeugidentifizierungsnummer Klarheit über die Betroffenheit des eigenen Fahrzeugs zu verschaffen, seien objektiv geeignet gewesen, das Vertrauen potenzieller Käufer von Gebrauchtwagen mit VW-Dieselmotoren in eine vorschriftsmä-

ßige Abgastechnik zu zerstören. Nach dieser Strategieänderung des Volkswagenkonzerns sei für die Ausnutzung einer diesbezüglichen Arglosigkeit der Fahrzeugewerber kein Raum mehr gewesen (Hinweis auf BGH, Urteil vom 30. Juli 2020 - VI ZR 5/20, NJW 2020, 2798 Rn. 37 f).

12 Ein sittenwidriges Verhalten der Beklagten folge auch nicht aus dem Einbau eines Thermofensters in das streitgegenständliche Fahrzeug, das nach dem Vortrag des Klägers so programmiert sei, dass die die Stickoxidemissionen verringende Abgasrückführung "bereits bei bestimmten Außentemperaturen, z.B. unter 15° C" beziehungsweise "wohl erstmals bei 7° C" reduziert beziehungsweise ganz abgeschaltet werde. Die Beklagte habe eingeräumt, dass eine volle Abgasrückführung (auch nach dem Software-Update) lediglich zwischen 15 und 33 Grad Celsius stattfinde. Sie habe sich darauf berufen, diese "Ausrampstrategie" sei zum Schutz des AGR-Systems vor Bauteilschäden erforderlich und vom KBA im Rahmen des Freigabeprozesses (für das Software-Update) geprüft und nicht beanstandet worden. Eine darüber hinausgehende sekundäre Darlegungslast der Beklagten zur genauen Funktionsweise der Emissionssteuerung bestehe nicht. Darauf, ob das Thermofenster eine objektiv unzulässige Abschalteneinrichtung darstelle, komme es letztlich nicht an. Es könne nicht davon ausgegangen werden, dass aufseiten der Beklagten bewusst eine - unterstellt - objektiv unzulässige Abschalteneinrichtung verwendet worden sei. Mangels anderweitiger Anhaltspunkte liege allenfalls eine fahrlässige Verkennung der Rechtslage vor. Dann fehle es aber an einem sittenwidrigen Verhalten und am notwendigen Schädigungsvorsatz. Mangels näherer Ausführungen des Klägers fehlten konkrete Anhaltspunkte dafür, dass die Beklagte in dem Bewusstsein gehandelt habe, durch die Verwendung eines Thermofensters möglicherweise gegen die gesetzlichen Vorschriften zu verstoßen, und diesen Gesetzesverstoß billigend in Kauf genommen habe. Die Gesetzeslage sei nicht eindeutig, wie die kontrovers

geführte Diskussion über Inhalt und Reichweite der Ausnahmegvorschrift des Art. 5 Abs. 2 Satz 2 Buchst. a VO (EG) Nr. 715/2007 zeige. Dementsprechend hätten sich bislang weder das KBA noch das Bundesverkehrsministerium von der Unzulässigkeit des von der Beklagten verwendeten Thermofensters überzeugen können. Ein sämtliche Fahrzeuge betreffender Rückruf sei daher nicht angeordnet worden. Auch nach der Einschätzung der Untersuchungskommission "Volkswagen" (Bericht vom April 2016) liege ein Gesetzesverstoß durch die von allen Autoherstellern eingesetzten Thermofenster jedenfalls nicht eindeutig vor. Nach alledem sei eine Auslegung, wonach ein Thermofenster eine zulässige Abschalt-einrichtung darstelle, jedenfalls nicht unvertretbar. Ein Handeln der Beklagten unter vertretbarer Auslegung des Gesetzes könne jedoch nicht als besonders verwerfliches Verhalten angesehen werden.

- 13 Aus denselben Gründen, die zur Verneinung einer sittenwidrigen Veranlassung des Fahrzeugerwerbs führten, scheitere ein Anspruch des Klägers aus § 823 Abs. 2 BGB i.V.m. § 263 Abs. 1 StGB, § 31 BGB. Die Beklagte hafte auch nicht aus § 823 Abs. 2 BGB i.V.m. § 6 Abs. 1, § 27 Abs. 1 Satz 1 der EG-Fahrzeuggenehmigungsverordnung (EG-FGV) und Art. 5 VO (EG) Nr. 715/2007.

## II.

- 14 Diese Ausführungen halten einer rechtlichen Überprüfung stand.
- 15 1. Ansprüche aus § 823 Abs. 2 BGB i.V.m. § 6 Abs. 1, § 27 Abs. 1 EG-FGV oder Art. 5 der VO (EG) Nr. 715/2007 oder aus § 823 Abs. 2 BGB i.V.m. § 263 Abs. 1 StGB, § 31 BGB bestehen nicht (vgl. Senatsurteile vom 23. September 2021 - III ZR 200/20, NJW 2021, 3725 Rn. 14 und vom 28. Oktober 2021 - III ZR 261/20, juris Rn. 13; BGH, Urteile vom 30. Juli 2020 - VI ZR 5/20, NJW 2020,

2798 Rn. 10 ff, 17 ff; vom 8. Dezember 2020 - VI ZR 244/20, VersR 2021, 263 Rn. 20; vom 23. März 2021 - VI ZR 1180/20, VersR 2021, 732 Rn. 19 und vom 16. September 2021 - VII ZR 190/20, NJW 2021, 3721 Rn. 35 ff; Beschluss vom 9. März 2021 - VI ZR 889/20, NJW 2021, 1814 Rn. 10). Dies zieht die Revision nicht in Zweifel.

16 2. Dem Kläger steht auch kein Schadensersatzanspruch aus §§ 826, 31 BGB zu. Ohne Erfolg wendet sich die Revision gegen die Beurteilung des Berufungsgerichts, die Beklagte habe dem Kläger nicht in einer gegen die guten Sitten verstoßenden Weise Schaden zugefügt.

17 Ob ein Verhalten sittenwidrig im Sinne des § 826 BGB ist, ist eine Rechtsfrage, die der uneingeschränkten Kontrolle des Revisionsgerichts unterliegt (st. Rspr.; vgl. nur Senatsurteile vom 23. September 2021 aaO Rn. 16 und vom 28. Oktober 2021 aaO Rn. 15; BGH, Urteile vom 25. Mai 2020 - VI ZR 252/19, BGHZ 225, 316 Rn. 14 und vom 16. September 2021 aaO Rn. 14; Beschluss vom 9. März 2021 aaO Rn. 14; jew. mwN).

18 a) Nach den Feststellungen der Vorinstanzen hat die Beklagte die von der Volkswagen AG entwickelten Dieselmotoren der Baureihe EA 189, deren Motorsteuerungssoftware so programmiert war, dass die gesetzlichen Abgasgrenzwerte nur auf dem Prüfstand eingehalten, im normalen Fahrbetrieb aber überschritten wurden (sog. Umschaltlogik), in den von ihr hergestellten Fahrzeugen verbaut. Zugunsten des Klägers kann unterstellt werden, dass die Beklagte die mit dieser offensichtlich unzulässigen Abschaltvorrichtung versehenen Fahrzeuge auf der Grundlage einer strategischen Entscheidung unter bewusster Ausnutzung der Arglosigkeit der Erwerber, die die Einhaltung der gesetzlichen Vor-

gaben und die ordnungsgemäße Durchführung des Typgenehmigungsverfahrens als selbstverständlich voraussetzten, in den Verkehr gebracht und dabei die damit einhergehende Belastung der Umwelt und die Gefahr, dass bei einer Aufdeckung dieses Sachverhalts eine Betriebsbeschränkung oder -untersagung hinsichtlich der betroffenen Fahrzeuge erfolgen könnte, in Kauf genommen hat. Nach inzwischen gefestigter höchstrichterlicher Rechtsprechung ist ein solches Verhalten im Verhältnis zu den Personen, die eines der betroffenen Fahrzeuge vor den im September 2015 ergriffenen (Aufklärungs-)Maßnahmen des Volkswagenkonzerns (insbesondere Ad-hoc-Mitteilung und Presseerklärung vom 22. September 2015 der Volkswagen AG) erwarben und keine Kenntnis von der illegalen Abschaltvorrichtung hatten, besonders verwerflich und objektiv sittenwidrig. Es steht wertungsmäßig einer unmittelbaren arglistigen Täuschung dieser Personen gleich (Senatsurteile vom 23. September 2021 aaO Rn. 17 und vom 28. Oktober 2021 aaO Rn. 16; BGH, Urteile vom 25. Mai 2020 aaO Rn. 16 ff, 23, 25 und vom 30. Juli 2020 aaO Rn. 33; Beschluss vom 9. März 2021 aaO Rn. 16).

- 19            b) Ab September 2015 trat jedoch eine Zäsur ein, da sowohl die Volkswagen AG als auch die Beklagte als deren Tochtergesellschaft ihr Verhalten nach außen erkennbar im Sinne eines grundlegenden Strategiewechsels maßgeblich geändert haben. Durch diese Verhaltensänderung wurden wesentliche Elemente, die das bisherige Verhalten gegenüber den zuvor betroffenen Fahrzeugkäufern als besonders verwerflich erscheinen ließen, derart relativiert, dass der Vorwurf der Sittenwidrigkeit bezogen auf ihr Gesamtverhalten gegenüber späteren Käufern von mit einem Motor des Typs EA 189 ausgestatteten Fahrzeugen und im Hinblick auf den Schaden, der bei ihnen durch den Abschluss eines ungewollten Kaufvertrags entstanden sein könnte, nicht mehr gerechtfertigt ist. Der Volkswagenkonzern ist an die Öffentlichkeit getreten, hat Unregelmäßigkeiten

eingräumt und Maßnahmen zur Beseitigung des gesetzwidrigen Zustandes erarbeitet, um die Gefahr einer Betriebsbeschränkung oder -untersagung zu bannen (vgl. Senatsurteile vom 23. September 2021 aaO Rn. 18 und vom 28. Oktober 2021 aaO Rn. 17; vgl. auch BGH, Urteile vom 30. Juli 2020 aaO Rn. 34, 37 und vom 8. Dezember 2020 aaO Rn. 14 f; Beschluss vom 9. März 2021 aaO Rn. 17). Auf dieser Grundlage kann das Verhalten sowohl der Volkswagen AG als auch der Beklagten bei der gebotenen Gesamtbetrachtung nicht mehr einer arglistigen Täuschung gleichgesetzt werden (vgl. Senatsurteile vom 23. September 2021 und 28. Oktober 2021, jew. aaO; siehe auch BGH, Urteile vom 30. Juli 2020 aaO Rn. 38 und vom 8. Dezember 2020 aaO Rn. 17; Beschluss vom 9. März 2021 aaO Rn. 17 ff).

20

c) Dieses Ergebnis wird nicht dadurch in Frage gestellt, dass der Kläger im Streitfall ein Fahrzeug der Marke Audi und nicht der Marke Volkswagen erworben hat. Die dargestellte Verhaltensänderung beschränkte sich nicht auf die Kernmarke Volkswagen. Bereits in der Ad-hoc-Mitteilung der Volkswagen AG vom 22. September 2015 wurde darauf hingewiesen, dass die betreffende Steuerungssoftware auch in anderen Dieselfahrzeugen des Volkswagenkonzerns vorhanden sei und der Motor EA 189 Auffälligkeiten aufweise. Dabei wurde keine Einschränkung auf eine bestimmte Marke des Konzerns vorgenommen. Mit diesem Schritt an die Öffentlichkeit und der damit verbundenen Mitteilung, mit den zuständigen Behörden und dem KBA bereits in Kontakt zu stehen, hat die Volkswagen AG als Muttergesellschaft ihre strategische unternehmerische Entscheidung, das KBA und letztlich die Fahrzeugkäufer zu täuschen, auch bezüglich der weiteren Konzernmarken ersetzt durch die Strategie, Unregelmäßigkeiten einzuräumen und in Zusammenarbeit mit dem KBA Maßnahmen zur Beseitigung des gesetzwidrigen Zustands zu erarbeiten. Auf Grund dieses - beginnend mit der

Ad-hoc-Mitteilung vom 22. September 2015 - nach außen erkennbaren Strategiewechsels war das Verhalten des Volkswagenkonzerns generell, das heißt hinsichtlich aller Konzernmarken, nicht mehr darauf angelegt, das KBA und arglose Erwerber zu täuschen (vgl. BGH, Urteil vom 8. Dezember 2020 - VI ZR 244/20, VersR 2021, 263 Rn. 17). Demgemäß gab die Beklagte als Tochtergesellschaft der Volkswagen AG - wie das Landgericht festgestellt hat - bereits am 2. Oktober 2015 eine Pressemitteilung heraus, in der sie darauf hinwies, dass Kunden auf der am selben Tag freigeschalteten Website überprüfen könnten, ob ihr Fahrzeug mit der auffälligen Abschaltvorrichtung versehen und damit von dem "Dieselabgasskandal" betroffen sei. Auch ihr Verhalten stellt sich bis zum Eintritt des Schadens beim Kläger in der gebotenen Gesamtschau nicht als sittenwidrig dar, ohne dass es auf die Kenntnis des Klägers vom "Dieselskandal" im Allgemeinen und seine Vorstellungen von der Betroffenheit des Fahrzeugs im Besonderen ankommt (vgl. zur Haftung der Beklagten BGH, Urteil vom 23. November 2021 - VI ZR 818/20, juris Rn. 8; Beschluss vom 15. Juni 2021 - VI ZR 566/20, juris Rn. 6).

- 21           d) Die Verwerflichkeit des Verhaltens der Beklagten setzte sich entgegen der Auffassung der Revision ("Unrechtskontinuität") auch nicht in lediglich veränderter Form fort, weil die Beklagte mit dem Software-Update, wodurch die unzulässige Umschaltlogik entfernt wurde, eine temperaturabhängige Steuerung des Emissionskontrollsystems (Thermofenster) implementiert hat. Der revisionsrechtlichen Prüfung ist dabei der vom Berufungsgericht festgestellte übereinstimmende Sachvortrag der Parteien zugrunde zu legen, wonach die Abgasrückführung nach dem Software-Update nur in einem Temperaturbereich von 15 bis 33 Grad Celsius uneingeschränkt funktioniert.

22

aa) Dies rechtfertigt den Vorwurf besonderer Verwerflichkeit in der gebotenen Gesamtbetrachtung aber nicht. Dabei kann - wovon auch das Berufungsgericht ausgegangen ist (weshalb die Frage der sekundären Darlegungslast der Beklagten keine Rolle spielt) - unterstellt werden, dass mit dem Update eine neue unzulässige Abschaltvorrichtung im Sinne von Art. 5 Abs. 2 Satz 1 der Verordnung (EG) Nr. 715/2007 implementiert worden ist. Der darin liegende - unterstellte - Gesetzesverstoß reicht nicht aus, um das Gesamtverhalten der Beklagten als sittenwidrig zu qualifizieren. Hierfür bedürfte es weiterer Umstände im Zusammenhang mit der Entwicklung und Genehmigung des Software-Updates (Senatsurteile vom 23. September 2021 aaO Rn. 22 und vom 28. Oktober 2021 aaO Rn. 22; BGH, Beschluss vom 9. März 2021 aaO Rn. 25 ff; siehe auch BGH, Urteile vom 13. Juli 2021 - VI ZR 128/20, WM 2021, 1609 Rn. 13 und vom 16. September 2021 aaO Rn. 16 ff, 30; Beschluss vom 19. Januar 2021 - VI ZR 433/19, NJW 2021, 921 Rn. 16 ff). Erforderlich ist insoweit, dass die für die Beklagte handelnden 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 (Senatsurteile vom 23. September 2021 und 28. Oktober 2021, jew. aaO; BGH, Urteil vom 16. September 2021 aaO Rn. 16; Beschluss vom 9. März 2021 aaO Rn. 28). Soweit die Revision geltend macht, die Beklagte habe mit dem Software-Update lediglich ein weiteres Mal eine von vornherein rechtswidrige Beseitigungsmaßnahme entwickelt und genehmigen lassen, bedarf es der Behauptung einer erneuten Täuschung des KBA (Senatsurteile vom 23. September 2021 und 28. Oktober 2021, jew. aaO; BGH, Beschluss vom 9. März 2021 aaO Rn. 24). Dafür fehlen vorliegend greifbare Anhaltspunkte.

23           bb) Die Revision zeigt weder vom Berufungsgericht festgestellten noch von diesem überangenen Sachvortrag des insoweit darlegungsbelasteten Klägers auf, dem konkrete Anhaltspunkte für eine bewusste Täuschung des KBA durch für die Beklagte handelnden Personen entnommen werden könnten. Entgegen der Auffassung der Revision genügt es nicht, lediglich zu behaupten, die Beklagte habe im Zusammenhang mit dem Software-Update den Einbau eines Thermofensters verheimlicht und das Inverkehrbringen eines Thermofensters könne mangels technischer Rechtfertigung nur darauf abzielen, eine Täuschung öffentlicher Stellen sowie einer Vielzahl von möglichen Abnehmern über die Abgasrückführung in den betreffenden Fahrzeugen herbeizuführen. Dabei übergeht die Revision, dass der Kläger mit Schriftsatz vom 23. April 2020 (S. 44) ausdrücklich eingeräumt hat, "dass hier die verwendete Ausrampstrategie gegenüber dem KBA im Freigabeprozess offengelegt wurde".

24           Aus dem - 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, wobei diese Frage vor allem die Auslegung der Ausnahmegvorschrift des Art. 5 Abs. 2 Satz 2 Buchst. a VO (EG) Nr. 715/2007 betraf. Dementsprechend haben sowohl das KBA als auch das zuständige Fachministerium den Einsatz eines Thermofensters, bei dem die Hersteller die Abgasreinigung temperaturabhängig zurückfahren, jedenfalls dann nicht grundsätzlich in Frage gestellt, wenn die Einrichtung notwendig sei, um den Motor vor Beschädigung oder Unfall zu schützen (Senatsbeschluss vom 25. November 2021 - III ZR 202/20, juris Rn. 15; BGH, Urteil vom 16. September 2021 aaO Rn. 31). 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 Ausnahmegesetzvorschrift 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. Eine möglicherweise fahrlässige Verkennung der Rechtslage durch die Beklagte genügt für die Feststellung der objektiven Sittenwidrigkeit nicht.

25 Auch aus einer etwaig unterbliebenen Offenlegung der genauen Wirkungsweise des Thermofensters gegenüber dem KBA folgen keine Anhaltspunkte dafür, dass die für die Beklagte handelnden Personen in dem Bewusstsein agierten, eine unzulässige Abschaltvorrichtung zu verwenden. Denn dem KBA war die Verwendung von Thermofenstern bei allen Herstellern und die in diesem Zusammenhang geführte rechtliche Diskussion um den Motorschutz bekannt. Es war deshalb zu einer Überprüfung des Emissionsverhaltens der Fahrzeuge - gegebenenfalls nach weiteren Rückfragen beim Hersteller - ohne weiteres in der Lage (vgl. Senatsbeschluss vom 25. November 2021 aaO; BGH, Urteil vom 16. September 2021 aaO Rn. 26).

26 e) Soweit die Revision - wohl hilfsweise - geltend macht, in dem streitgegenständlichen Fahrzeug sei (möglicherweise) bereits vor dem Aufspielen des Software-Updates ein Thermofenster installiert gewesen (Revisionsbegründung, S. 3), kann dies dahinstehen. Denn die vorgenannten Grundsätze und Erwägungen gelten nicht nur dann, wenn ein Thermofenster nachträglich im Rahmen eines Software-Updates installiert wurde, sondern erfassen auch den Fall, dass das Emissionskontrollsystem des Fahrzeugs bereits zum Zeitpunkt des Inverkehrbringens temperaturabhängig gesteuert und dabei die Abgasrückführung bei kühleren Außentemperaturen reduziert wurde (vgl. BGH, Urteile vom 13. Juli

2021 aaO Rn. 10 ff und vom 16. September 2021 aaO Rn. 12 ff; Beschluss vom 19. Januar 2021 aaO Rn. 13 ff).

27 f) Die Behauptung der Revision, bei dem eingebauten Thermofenster handle es sich um eine unzulässige Abschaltvorrichtung, die den Prüfstand erkenne und in der regulären Nutzung ein völlig anderes Abgasverhalten als im Testzyklus zeige (Revisionsbegründung, S. 17 Abs. 3), widerspricht dem in den Vorinstanzen gehaltenen Sachvortrag des Klägers und ist revisionsrechtlich unbeachtlich (§ 559 Abs. 1 ZPO). Der Kläger hat erst- und zweitinstanzlich vorgetragen, das streitgegenständliche Fahrzeug sei zum einen mit einer Software (Abschaltvorrichtung) versehen, die erkenne, ob sich das Fahrzeug auf einem technischen Prüfstand zur Ermittlung der Emissionswerte oder im üblichen Straßenverkehr befinde, und sei zudem [Hervorhebung durch den Kläger] mit einem von der Beklagten entwickelten Thermofenster ausgerüstet, das die Abgasrückführung bei bestimmten Außentemperaturen ("z.B. unter 15°C") reduziere oder ganz abschalte (Klageschrift vom 15. August 2019, S. 2 f; Schriftsatz vom 19. Dezember 2019, S. 28 ff; Berufungsbegründung vom 6. März 2020, S. 17 f).

28 Zu Recht weist die Beklagte in der Revisionserwiderung darauf hin, dass das (neue) Revisionsvorbringen auch in technischer Hinsicht nicht nachvollziehbar ist. Denn die temperaturabhängige Steuerung des Emissionskontrollsystems über ein Thermofenster ist nicht mit der Verwendung der Prüfstanderkennungsoftware zu vergleichen, die die Beklagte (zunächst) unzulässigerweise zum Einsatz gebracht hat und die durch das Software-Update entfernt worden ist. Ein Thermofenster führt nicht dazu, dass bei erkanntem Prüfstandbetrieb eine verstärkte Abgasrückführung aktiviert und der Stickoxidausstoß gegenüber dem normalen Fahrbetrieb reduziert wird, sondern arbeitet in beiden Fahrsituationen im

Grundsatz in gleicher Weise. Unter den für den Prüfzyklus maßgebenden Bedingungen (Umgebungstemperatur, Luftfeuchtigkeit, Geschwindigkeit, Widerstand etc.) entspricht die Rate der Abgasrückführung im normalen Fahrbetrieb derjenigen auf dem Prüfstand (vgl. BGH, Beschluss vom 9. März 2021 - VI ZR 889/20, NJW 2021, 1814 Rn. 27).

Remmert

Reiter

Kessen

Herr

Liepin

Vorinstanzen:

LG Ulm, Entscheidung vom 07.02.2020 - 4 O 371/19 -

OLG Stuttgart, Entscheidung vom 25.08.2020 - 10 U 95/20 -