

**Titel:**

**Kein Schadensersatzanspruch wegen Verwendung unzulässiger Abschaltvorrichtung aufgrund Verhaltensänderung des Herstellers**

**Normenketten:**

BGB § 823 Abs. 2, § 826

EG-FGV § 6 Abs. 1, § 27 Abs. 1

**Leitsätze:**

1. Hat das Kraftfahrtbundesamt vor Erwerb eines mit einer unzulässigen Abschaltvorrichtungen versehenen Fahrzeugs durch den Geschädigten wegen dieser Abschaltvorrichtung Maßnahmen angeordnet und wurde darüber in den Medien berichtet, obliegt es dem Geschädigten, das Nichtvorliegen vom Schädiger behaupteter Umstände zu beweisen, welche die Beurteilung seines Verhaltens als nicht sittenwidrig wegen einer Verhaltensänderung rechtfertigen. (Rn. 26) (redaktioneller Leitsatz)

2. Hat der Fahrzeughersteller eine Webseite eingerichtet, mit der es Käufern unter der Eingabe der FIN ermöglicht wurde, die Betroffenheit des eigenen Fahrzeugs zu ermitteln, und zudem seine Vertriebspartner angewiesen, potentielle Kunden über den Sachverhalt zu informieren, hat er damit sein ursprüngliches Verhalten geändert und ersetzt durch die Strategie, an die Öffentlichkeit zu treten, Unregelmäßigkeiten einzuräumen und in Zusammenarbeit mit dem Kraftfahrtbundesamt Maßnahmen zur Beseitigung des gesetzwidrigen Zustands zu erarbeiten, um die Gefahr einer Betriebsbeschränkung oder -untersagung auszuschließen. Im Hinblick auf dieses Gesamtverhalten ist der Vorwurf der Sittenwidrigkeit nicht mehr gerechtfertigt. (Rn. 25 – 28) (redaktioneller Leitsatz)

**Schlagworte:**

Rückruf, 3 Liter-V-TDI-Dieselmotor, Software-Update, Verhaltensänderung, Sittenwidrigkeit

**Vorinstanz:**

LG Landshut, Endurteil vom 10.11.2022 – 53 O 1158/22

**Tenor**

1. Das Versäumnisurteil des Oberlandesgerichts München vom 19.06.2023 bleibt aufrechterhalten.
2. Die Klägerin trägt auch die weiteren Kosten des Berufungsverfahrens.
3. Das Urteil ist ohne Sicherheitsleistung vorläufig vollstreckbar. Die Klägerin kann die Vollstreckung aus dem Endurteil und die weitere Vollstreckung aus dem Versäumnisurteil vom 19.06.2023 durch Sicherheitsleistung in Höhe von 110% des vollstreckbaren Betrages abwenden, wenn nicht die Beklagte vor der Vollstreckung Sicherheit in Höhe von 110% des zu vollstreckenden Betrages leistet.

**Beschluss**

Der Streitwert wird für das Berufungsverfahren auf 39.321,44 € festgesetzt.

**Entscheidungsgründe**

I.

1

Die Klagepartei erwarb am 28.11.2018 beim -Zentrum in einen Audi A6 Avant, Erstzulassung 22.01.2018, zum Preis von 58.880,00 € brutto. Zum Zeitpunkt des Kaufs wies das Fahrzeug mit der FIN einen Kilometerstand von 9.965 km auf. In diesem Fahrzeug ist ein 3 Liter-V-TDI-Dieselmotor, welcher von der Beklagten federführend entwickelt und hergestellt wurde, verbaut. Dieser Motor weist eine Leistung von 240 kW auf und unterliegt der Abgasnorm Euro 6.

2

Das Kraftfahrtbundesamt (KBA) teilte zuvor im Rahmen einer Pressemitteilung vom 23.01.2018 mit, dass bei der Überprüfung der Audi 3.0 I Euro 6 Modelle A4, A5, A6, A7, A8, Q5, SQ5, Q7 durch das KBA unzulässige Abschaltvorrichtungen nachgewiesen worden seien und das KBA deshalb in den vergangenen Wochen verpflichtende Rückrufe dieser Fahrzeuge angeordnet habe, um die Vorschriftsmäßigkeit der produzierten Fahrzeuge wiederherzustellen. Es kam insoweit auch zu Presseberichterstattungen.

### 3

Für das streitgegenständliche Fahrzeug erfolgte in der Folgezeit ein Rückruf durch das KBA wegen einer unzulässigen Abschaltvorrichtung. Der Hersteller-Code der Rückrufaktion lautete 23X6.

### 4

Zwischen dem Abschluss des Kaufvertrages und der Übergabe des Fahrzeugs am 13.12.2018 wurde das vom KBA im Rahmen des Rückrufs verpflichtend angeordnete Software-Update am 07.12.2018 aufgespielt.

### 5

Zum Zeitpunkt der letzten mündlichen Verhandlung in der Berufungsinstanz betrug der Kilometerstand 111.907 km.

### 6

Mit ihrer Klage macht die Klägerin im Rahmen des sog. „Abgasskandals“ Schadenersatzansprüche in Höhe des Kaufpreises abzüglich einer Nutzungsentschädigung Zug um Zug gegen Übergabe und Rückübergabe des gegenständlichen Fahrzeugs geltend. Weiter beantragt sie die Feststellung des Annahmeverzugs und die Erstattung der vorgerichtlichen Rechtsverfolgungskosten in Höhe von 2.002,41 € nebst Zinsen. Durch den verbindlichen Rückruf des KBA betreffend das streitgegenständliche Fahrzeug stehe fest, dass hier eine unzulässige Abschaltvorrichtung verbaut worden sei. Die Klägerin habe zum Zeitpunkt des Kaufvertragsabschlusses keine Kenntnis davon gehabt, dass auch die 3-Liter-Motoren von Audi vom Diesellabgasskandal und von einer Rückrufaktion des KBA betroffen gewesen seien. Zudem bestehe der Schadenersatzanspruch auch unter dem Gesichtspunkt einer Manipulation der Schaltpunktsteuerung des Automatikgetriebes.

### 7

Die Beklagte bringt vor, sie habe bereits zum Zeitpunkt des Kaufvertragsabschlusses konkrete Schritte zur Überarbeitung der Motorsteuerungssoftware eingeleitet. Über den anstehenden Rückruf und die Durchführung des Software-Updates habe die Beklagte in Abstimmung mit dem KBA die Öffentlichkeit informiert. Unter dem Gesichtspunkt der Verhaltensänderung – im Sinne der Rechtsprechung des BGH – fehle es damit an einer Sittenwidrigkeit und an einer haftungsbegründenden Kausalität. Die von der Klagepartei behauptete unzulässige Getriebekonfiguration liege nicht vor. Die von der Klagepartei angesprochene Problematik beziehe sich nur auf bestimmte Automatikgetriebe, bei denen Softwarefehler in einem Getriebesteuergerät entdeckt worden seien. Die von der Klagepartei erwähnte Getriebekonfiguration sei im streitgegenständlichen Fahrzeug gar nicht verbaut.

### 8

Das Landgericht Landshut erließ am 10.11.2022 ein Endurteil mit dem nachfolgenden Tenor:

1. Die Beklagte wird verurteilt, an die Klägerin 39.321,44 € nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem jeweiligen Basiszinssatz seit dem 08.06.2022 zu bezahlen Zug um Zug gegen Rückgabe und Übergabe des Fahrzeugs Audi A6 Avant,
2. Es wird festgestellt, dass sich die Beklagte seit dem 08.06.2022 mit der Rücknahme des in Ziff. 1 genannten Fahrzeugs in Annahmeverzug befindet.
3. Die Beklagte wird verurteilt, die Klägerin von vorgerichtlichen Rechtsverfolgungskosten in Höhe von 1.751,80 € freizustellen.
4. Im Übrigen wird die Klage abgewiesen.
5. Von den Kosten des Rechtsstreits trägt die Klägerin 16%, die Beklagte 84%.

6. Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar, für die Klägerin jedoch nur gegen Sicherheitsleistung in Höhe von 110% des zu vollstreckenden Betrags. Die Klägerin kann die Vollstreckung der Beklagten durch Sicherheitsleistung in Höhe von 110% des aufgrund des Urteils vollstreckbaren Betrags abwenden, wenn nicht die Beklagte vor der Vollstreckung Sicherheit in Höhe von 110% des zu vollstreckenden Betrags leistet.

## 9

Das Landgericht bejahte einen Schadenersatzanspruch wegen vorsätzlicher sittenwidriger Schädigung nach § 826 BGB aufgrund der Abschalteneinrichtung, die Gegenstand des Rückrufs war. Damit hatte die Klage überwiegend Erfolg, nur soweit die Nutzungsentschädigung aus einer Gesamtleistung von mehr als 250.000 km in Ansatz gebracht wurde und hinsichtlich der Höhe der Rechtsverfolgungskosten erfolgte eine Klageabweisung. Die ergriffenen Maßnahmen der Beklagten könnten hier nichts an der Täuschung der Klägerin und der Schadenersatzpflicht aufgrund des Einbaus einer unzulässigen Abschalteneinrichtung ändern. Von einem Laien könne nicht erwartet werden, vor dem Autokauf Erkundigungen einzuholen, welcher PKW mit welchem Motor nun wegen welcher Abschalteneinrichtung voraussichtlich zurückgerufen werde.

## 10

Die Beklagte legte gegen das Urteil des LG Landshut vom 10.11.2022 mit Schriftsatz vom 14.11.2022 Berufung ein und begründete diese mit Schriftsatz vom 13.02.2023. Sie bringt vor, dass kein Schadenersatzanspruch gegen die Beklagte nach § 826 BGB bestehe, da eine Sittenwidrigkeit aufgrund einer Verhaltensänderung der Beklagten vor Erwerb entfallen sei. Auch fehle es an einem Nachweis der haftungsbegründenden Kausalität. Jedenfalls sei der Anspruch verjährt, da spätestens zum Ende des Jahres 2018 von einer Kenntnis oder grob fahrlässigen Unkenntnis der Klägerin von der Betroffenheit des streitgegenständlichen Fahrzeugs auszugehen sei. Das erstinstanzliche Urteil sei deshalb im Umfang der Beschwer der Beklagten abzuändern und die Klage insgesamt abzuweisen.

## 11

Die Klägerin verteidigt das erstinstanzliche Urteil. Sie habe im Jahre 2018 weder allgemein, noch bezogen auf das streitgegenständliche Fahrzeug, Kenntnis von dem Abgasskandal um die V6- und V8-Motoren von Audi gehabt. Bei Kauf sei sie von dem Vertragshändler weder hierüber noch im Hinblick auf das Software-Update informiert worden. Im Übrigen habe auch keine Verjährung des Anspruchs nach § 823 Abs. 2 BGB eintreten können, weil eine Klageerhebung wegen unsicherer Rechtslage unzumutbar gewesen wäre.

## 12

Nachdem die Klagepartei im Termin vom 19.06.2023 keinen Antrag gestellt hatte, erließ der Senat am 19.06.2023 ein Versäumnisurteil mit folgendem Tenor:

1. Auf die Berufung der Beklagten wird das Urteil des Landgerichts Landshut vom 10.11.2022, Az. 53 O 1158/22, aufgehoben, soweit die Beklagte verurteilt wurde, an die Klägerin 39.321,44 € nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem jeweiligen Basiszinssatz seit dem 08.06.2022 zu bezahlen Zug um Zug gegen Rückgabe und Übereignung des Fahrzeugs Audi A6 Avant, FIN, soweit festgestellt wurde, dass sich die Beklagte seit dem 08.06.2022 mit der Rücknahme des genannten Fahrzeugs in Annahmeverzug befindet, und soweit die Beklagte verurteilt wurde, die Klägerin von vorgerichtlichen Rechtsverfolgungskosten in Höhe von 1.751,80 € freizustellen, und soweit die Beklagte zur Tragung von 84% der Kosten verurteilt wurde.

2. Die Klage wird insgesamt abgewiesen.

3. Die Klägerin hat die Kosten des Rechtsstreits beider Instanzen zu tragen.

4. Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar.

## 13

Gegen das Versäumnisurteil legte die Klägerin mit Schriftsatz vom Einspruch ein. Auf den Einspruch hin verhandelte der Senat am 25.09.2023 mündlich zur Sache. Der Senat hat Beweis erhoben durch Einvernahme des Zeugen J in der mündlichen Verhandlung vom 25.09.2023.

## 14

Zuletzt beantragt die Klägerin und Berufungsbeklagte,

das Versäumnisurteil vom 19.06.2023 aufzuheben und die Berufung zurückzuweisen.

## 15

Hilfsweise stellte sie die Anträge:

1a. Die Beklagte wird verurteilt, der klagenden Partei 8.832,00 € zu zahlen nebst Zinsen hieraus in Höhe von fünf Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit Rechtshängigkeit.

1b. Die Beklagte wird verurteilt, die streitgegenständlichen, unzulässigen Abschaltvorrichtungen, welche in dem Fahrzeug Audi A6 Avant mit der Fahrzeug-Identifizierungsnummer implementiert wurden, zu beseitigen.

## 16

Die Hilfsanträge werden für den Fall gestellt, dass mit den geltend gemachten Ansprüchen nicht die Rückabwicklung des Kaufvertrags über das in Antrag Ziffer 1 genannte Fahrzeug geltend gemacht werden kann und daher der Antrag Ziffer 1 unbegründet ist.

## 17

Die Beklagte und Berufungsklägerin beantragt,

das Versäumnisurteil vom 19.06.2023 aufrecht zu erhalten und die Hilfsanträge der Klägerin zurückzuweisen.

## 18

Wegen der weiteren Einzelheiten des Sach- und Streitstandes sowie der Anträge erster Instanz wird auf den Tatbestand des angefochtenen Urteils Bezug genommen, § 540 Abs. 1 Nr.1 ZPO, sowie auf die von den Parteien gewechselten Schriftsätze nebst Anlagen. Hinsichtlich des Ergebnisses der Beweisaufnahme wird auf das Sitzungsprotokoll der mündlichen Verhandlung vom 25.09.2023 verwiesen.

II.

## 19

Der zulässige, insbesondere form- und fristgerecht eingelegte Einspruch der Klägerin gegen das Versäumnisurteil vom 19.06.2023 ist unbegründet. Das klageabweisende Versäumnisurteil vom 19.06.2023 erweist sich im Ergebnis als zutreffend. Die Berufung der Beklagten gegen das überwiegend klagestattgebende Endurteil des Landgerichts Landshut ist damit erfolgreich. Sowohl hinsichtlich der Hauptanträge in Bezug auf die Geltendmachung des großen Schadenersatzes einschließlich Nebenforderungen als auch im Hinblick auf den Hilfsantrag zum Differenzschaden und zum Beseitigungsanspruch, war die Klage insgesamt abzuweisen.

## 20

1. Der mit dem Hauptantrag zu Ziff.1 geltend gemachte Zahlungsantrag ist unbegründet.

## 21

a) Auch unterstellt, die im streitgegenständlichen Fahrzeug konkret verwendete und durch das KBA beanstandete Abschaltvorrichtung hätte ursprünglich eine vorsätzliche, sittenwidrige Schädigung des Fahrzeugkäufers durch den Hersteller begründen können, scheidet hier ein Anspruch nach §§ 826, 31 BGB daran, dass das Verhalten der Beklagten zum maßgeblichen Zeitpunkt des Erwerbs des Fahrzeugs nicht mehr als sittenwidrig im Sinne von § 826 BGB anzusehen war.

## 22

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. 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. 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, Urteil vom 19.01.2021, ZR 433/19; BGH, Urteil vom 30.7.2020, ZR 5/20; BGH, Urteil vom 25.5.2020, ZR 2 52/19; BGH, Urteil vom 7.5.2019, ZR 512/17; jeweils zitiert nach beck-online).

## 23

Für die Bewertung eines schädigenden Verhaltens als sittenwidrig im Sinne von § 826 BGB ist in einer Gesamtschau dessen Gesamtcharakter zu ermitteln und das gesamte Verhalten des Schädigers bis zum Eintritt des Schadens beim konkreten Geschädigten zugrunde zu legen. Dies wird insbesondere dann bedeutsam, wenn die erste potentiell schadensursächliche Handlung und der Eintritt des Schadens zeitlich auseinanderfallen und der Schädiger sein Verhalten zwischenzeitlich nach außen erkennbar geändert hat (vgl. BGH, Urteil vom 30.07.2020, ZR 5/20; BGH, Hinweisbeschluss vom 12.01.2022 – ZR 391/21; jeweils zitiert nach beck-online).

#### **24**

b) Gemessen an diesen Maßstäben lässt sich im vorliegenden Fall eine vorsätzliche sittenwidriges Täuschung des Klägers nicht bejahen.

#### **25**

Jedenfalls zum Zeitpunkt des Kaufs des Fahrzeugs durch den Kläger ist im Hinblick auf das Gesamtverhalten der Beklagten der Vorwurf der Sittenwidrigkeit nicht mehr gerechtfertigt (vgl. zum Fall eines Audi SQ5 mit einem Dieselmotor des Typs V6 3.0 TDI EU 6, welcher im April 2018 erworben wurde: BGH, Hinweisbeschluss v. 12.1.2022 – ZR 391/21, BeckRS 2022, 6626 Rn. 28, beck-online).

#### **26**

aa) Hat das KBA vor Erwerb des Fahrzeugs durch den Geschädigten wegen unzulässiger Abschaltvorrichtungen Maßnahmen angeordnet und wurde darüber in den Medien berichtet, wie vorliegend der Fall, obliegt es dem Geschädigten, das Nichtvorliegen vom Schädiger behaupteter Umstände zu beweisen, welche die Beurteilung seines Verhaltens als nicht sittenwidrig wegen einer Verhaltensänderung rechtfertigen (BGH, Urteil vom 26.6.2023 – VIa ZR 533/21NJW 2023, 2270, beck-online). Dem Sachvortrag der Beklagten zur Verhaltensänderung ist die Klagepartei hier weder substantiiert entgegengetreten, noch sind hierzu Gegenbeweisangebote erfolgt.

#### **27**

bb) Die Klägerin erwarb das Fahrzeug im November 2018, also mehrere Monate, nachdem die Öffentlichkeit über die Beanstandungen durch das KBA informiert wurde. Bereits die Mitteilungen aus dem Januar 2018 waren objektiv geeignet, das Vertrauen potenzieller Käufer von Gebrauchtwagen des Modells Audi A6 mit Dieselmotoren EU6 in eine vorschriftsmäßige Abgastechnik zu zerstören, diesbezügliche Arglosigkeit somit zu beseitigen. Aufgrund der anschließenden öffentlichen Mitteilung des KBA über die Rückrufe von Audi-Fahrzeugen, insbesondere auch des hier streitgegenständlichen Fahrzeugmodells, sowie der darauffolgenden Berichterstattung war typischerweise nicht mehr damit zu rechnen, dass Käufer von gebrauchten Audi-Fahrzeugen mit Dieselmotoren die Erfüllung der maßgeblichen gesetzlichen Vorgaben noch als selbstverständlich voraussetzen würden. Unstreitig ist, dass die Beklagte eine Webseite eingerichtet hatte, mit der es Käufern unter der Eingabe der FIN ermöglicht wurde, die Betroffenheit des eigenen Fahrzeugs zu ermitteln. Unstreitig ist ferner auch, dass die Beklagte ihre Vertriebspartner (Audi-Partner) angewiesen hatte, potentielle Kunden über den Sachverhalt zu informieren („Beipackzettel“). Soweit die Klägerin vorbringt, sie sei im Rahmen der Kaufvertragsgespräche mit dem Vertragshändler nicht auf die Problematik hingewiesen worden, ändert dieser Umstand – den Sachvortrag als wahr unterstellt – nichts an der rechtlichen Beurteilung. Etwaige Verletzungen der Aufklärungspflichten des Verkäufers können dem Hersteller nicht ohne weiteres zugerechnet werden, vielmehr ist für die Beurteilung der Frage der Sittenwidrigkeit allein auf das Verhalten des Schädigers, d.h. des Fahrzeugherstellers, abzustellen. Für die Frage nach einer die Sittenwidrigkeit ausschließenden Verhaltensänderung des Schädigers kommt es demgegenüber nicht darauf an, ob ein Hersteller sichergestellt hat, dass die Informationen über den Rückruf des KBA und das Erfordernis eines Software-Updates zur Beseitigung einer unzulässigen Abschaltvorrichtung tatsächlich jeden potentiellen Käufer erreicht und einen Fahrzeugwerb in Unkenntnis der Abschaltvorrichtung in jedem Einzelfall verhindert haben (BGH, Urteil vom 26. Juni 2023 – VIa ZR 533/21 –, Rn. 20, juris, m.w.N.)

#### **28**

Im vorliegenden Fall hat die Beklagte mithin ihr ursprüngliches Verhalten geändert und ersetzt durch die Strategie, an die Öffentlichkeit zu treten, Unregelmäßigkeiten einzuräumen und in Zusammenarbeit mit dem KBA Maßnahmen zur Beseitigung des gesetzwidrigen Zustands zu erarbeiten, um die Gefahr einer Betriebsbeschränkung oder -untersagung auszuschließen. Dies ist ihr durch die Entwicklung und Bereitstellung eines Software-Updates für das streitgegenständliche Fahrzeug letztlich auch gelungen.

Schließlich war es zum Ausschluss objektiver Sittenwidrigkeit nicht erforderlich, dass die von der Beklagten ergriffenen Aufklärungsmaßnahmen auch tatsächlich jeden potenziellen Käufer erreichen und einen Fahrzeugerwerb in Unkenntnis der Abschaltvorrichtung sicher verhindern. Käufern, die sich, wie der Kläger, erst für einen Kauf entschieden haben, nachdem die Beklagte ihr Verhalten geändert hatte, wurde – unabhängig von ihren Kenntnissen vom Dieselskandal im Allgemeinen und der Betroffenheit ihres Fahrzeugs im Besonderen – nicht sittenwidrig ein Schaden zugefügt (vgl. BGH, Urteil vom 30.07.2020, ZR 5/20, BeckRS 2020, 19146, Rn. 37 f. m.w.N., BGH, Hinweisbeschluss vom 12.01.2022 -ZR 391/21, BeckRS 2022, 6626, Rn. 28 ff.). Angesichts dieser Verhaltensänderung der Beklagten stellt sich ihr Verhalten im Hinblick auf die Abschaltvorrichtung, die Gegenstand des Rückrufs des KBA ist, zumindest zum Zeitpunkt des Erwerbs im November 2018 nicht mehr als sittenwidrig dar.

### 29

c) Ein Anspruch aus §§ 823 Abs. 2 BGB, 263 Abs. 1 StGB besteht schon deswegen nicht, weil es an der Stoffgleichheit der etwaigen Vermögensschädigung der Klagepartei mit den denkbaren Vermögensvorteilen, die ein verfassungsmäßiger Vertreter der Beklagten (§ 31 BGB) für sich oder einen Dritten erstrebt haben könnte, fehlt (vgl. BGH, Urteil vom 30.7.2020 – VI ZR 5/20, Rn.24).

### 30

d) Ansprüche auf Rückabwicklung ergeben sich auch nicht gemäß § 823 Abs. 2 BGB in Verbindung mit Art. 4 Abs. 2, 5 VO (EG) Nr. 715/2007 bzw. mit §§ 6 Abs. 1, 27 Abs. 1 EG-FGV. Das Interesse des Käufers an der Befreiung von einer so nicht gewollten Verbindlichkeit ist nicht vom Schutzzweck dieser Normen umfasst. Der Bundesgerichtshof hat entschieden, dass Käufer von Diesel-Pkw in Fällen wie dem vorliegenden wegen der Verletzung ihres wirtschaftlichen Selbstbestimmungsrechts aus dem behaupteten Verstoß gegen §§ 6 Abs. 1, 27 Abs. 1 EG-FGV (EG-Fahrzeuggenehmigungsverordnung) und Art. 5 VO (EG) Nr. 715/2007 keine Ansprüche aus § 823 Abs. 2 BGB herleiten können, da das Interesse, nicht zu einer ungewollten Verbindlichkeit veranlasst zu werden, nicht in den Schutzbereich dieser Bestimmungen fällt (vgl. BGH, Beschluss vom 04.05.2022, VII ZR 565/21 BeckRS 2022, 11994, Rn. 3; BGH, Beschluss vom 22.04.2022, VII ZR 720/21, BeckRS 2022, 12628, Rn. 13; BGH, Beschluss vom 10. Februar 2022, III ZR 87/21 BeckRS 2022, 4565, Rn. 12 ff.; BGH, Urteil vom 30.07.2020, VI ZR 5/20, BeckRS 2020, 19146, Rn. 10 ff., BGH, Urteil vom 25.05.2020, VI ZR 252/19, Rn. 72 ff.). Es sind keinerlei Anhaltspunkte dafür ersichtlich, dass der Gesetz- und Ordnungsgeber mit den genannten Vorschriften auch einen Schutz der allgemeinen Handlungsfreiheit und speziell des wirtschaftlichen Selbstbestimmungsrechts der einzelnen Käufer bezweckte und bei Fehlern im Genehmigungsverfahren einen gegen den Hersteller gerichteten Anspruch auf Rückabwicklung eines mit einem Dritten geschlossenen Kaufvertrags hätte knüpfen wollen (BGH, Urteil vom 25.05.2020, VI ZR 252/19, Rn. 76).

### 31

Hieran hält der BGH auch nach dem Urteil des EuGH vom 21.03.2023 in der Rechtssache C-100/21 ausdrücklich fest (BGH, Urteil vom 26.06.23 – VIa ZR 335/21, Rn.18ff).

### 32

e) Auch das erstinstanzliche Vorbringen der Klagepartei zu einer unzulässigen Getriebekonfiguration, vermag den geltend gemachten Anspruch nach §§ 826, 31 BGB nicht zu begründen.

### 33

aa) Die Behauptung der Klagepartei, das streitgegenständliche Fahrzeug weise eine unzulässige Getriebekonfiguration auf, erfolgte ersichtlich ins Blaue hinein. Hinreichende Anhaltspunkte dafür, dass die behauptete Funktion im streitgegenständlichen Fahrzeug tatsächlich verbaut wurde, fehlen. Vielmehr ist die Beklagte den Behauptungen der Klagepartei, die beschriebene Getriebekonfiguration „AL551“ sei im streitgegenständlichen Fahrzeug verbaut, mit einem substantiierten Vortrag entgegengetreten. Eine Erwiderung auf das Gegenvorbringen der Beklagten erfolgte nicht. Vor diesem Hintergrund war den Beweisangeboten nicht nachzukommen.

### 34

bb) Im Übrigen handelt es sich bei der behaupteten Abweichung der Schaltpunktsteuerung im Bereich des Getriebes nicht um eine Abschaltvorrichtung im Sinne Art.3 Nr.10 der VO (EG) 715/2007. Die Getriebesteuerung des Fahrzeugs wirkt gerade nicht unmittelbar auf das Emissionssteuerungs- bzw. Emissionskontrollsystem ein. Zwar kann auch eine mittelbare Einwirkung auf das Emissionsverhalten, etwa durch eine Steuerung der Schaltpunkte, als sittenwidrige Schädigung zu bewerten sein, unabhängig davon,

ob eine solche Manipulation begrifflich als Abschaltvorrichtung im Sinne Art. 3 Nr.10 der VO (EG) 715/2007 zu qualifizieren ist. Vorausgesetzt ist, dass es sich dabei um eine evident unzulässige Manipulation handelt, die den Schluss auf ein Rechtswidrigkeitsbewusstsein der für die Beklagten handelnden Personen zulässt (BGH, Hinweisbeschluss vom 21.03.22, VIa ZR 334/21, BeckRS 2022, 10201 Rn. 22). Hierfür ergeben sich jedoch keine Anhaltspunkte.

### 35

2. Für die Anträge auf Feststellung des Annahmeverzuges und der Freistellung von den vorgerichtlichen Rechtsverfolgungskosten fehlt es mangels Schadenersatzanspruches an den Anspruchsvoraussetzungen, sie teilen das Schicksal des Hauptantrages zu Ziff.1.

### 36

3. Der Hilfsantrag zum geltend gemachten Differenzschadenersatzanspruch ist zulässig, da es sich nicht um eine Klageerweiterung, sondern lediglich um eine auch in der 2. Instanz stets zulässige Antragsänderung nach §§ 525 S. 1, 264 Nr. 2 ZPO handelt, denn dem vom Kläger in erster Linie auf §§ 826, 31 BGB gestützten „großen Schadenersatz“ einerseits und einem Differenzschaden nach § 823 Abs. 2 BGB i. V. m. §§ 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 26.06.2023, VIa ZR 335/21, NJW 2023, 2259, juris Rdnr. 45). Wechselt der Kläger jedoch nur die Art der Schadensberechnung, ohne seinen Antrag auf einen abgewandelten Lebenssachverhalt zu stützen, liegt keine Klageänderung i. S. d. § 263 ZPO vor (vgl. BGH, Urteil vom 23.06.2015, XI ZR 536/14, juris Rdnr. 33).

### 37

Dieser Hilfsantrag erweist sich aber im Ergebnis als unbegründet.

### 38

a) Zwar kommt, nachdem zum maßgeblichen Zeitpunkt des Kaufvertragsabschlusses unstreitig eine unzulässige Abschaltvorrichtung verbaut und auch noch kein Software-Update aufgespielt war, ein Anspruch aus §§ 823 Abs. 2 BGB in Verbindung mit §§ 6, 26, 27 Abs. 1 EG-FGV gegen den Fahrzeughersteller nach Maßgabe der Entscheidungen des BGH vom 26.06.2023 (BGH VIa ZR 335/21, VIa ZR 533/21 und VIa ZR 1031/22) auf Ersatz des Differenzschadens im Bereich von 5 bis 15% des Kaufpreises in Betracht.

### 39

b) Die Klagepartei bringt vor, sie sei über ein durchzuführendes Software-Update im Zusammenhang mit dem Kaufvertragsabschluss durch die Verkäuferin nicht unterrichtet worden. Ein hinreichend substantiierter Vortrag der Beklagten dazu, dass das vor Übergabe des Fahrzeugs vorgenommene Software-Update zum Gegenstand des Kaufvertragsabschlusses gemacht worden sei, fehlt. Hiergegen stehen auch die glaubhaften Angaben des Zeugen J. W.. Insoweit geht der Senat davon aus, dass Gegenstand des Kaufvertragsabschlusses am 28.11.2018 das Fahrzeug im damaligen Zustand ohne das Software-Update war.

### 40

c) Der Anspruch scheidet nicht am fehlenden Nachweis der haftungsausfüllenden Kausalität. Auch wenn im Falle der Verhaltensänderung des Fahrzeugherstellers eine Kausalitätsvermutung zugunsten der Klagepartei nicht greift (vgl. BGH, Urteil vom 26.06.2023 – VIa ZR 335/21 –, Rn. 57, juris), konnte die Klagepartei den Beweis führen, dass sie das Fahrzeug nicht erworben hätte, wenn sie gewusst hätte, dass es mit einer unzulässigen Abschaltvorrichtung versehen ist und dass es von einer behördlichen Maßnahme, eine Betriebsstilllegung einschließend, bedroht sein kann. Dies steht zur Überzeugung des Senats aufgrund der Aussagen des Ehemanns der Klägerin, dem Zeugen J. W., im Rahmen der Zeugeneinvernahme in der mündlichen Verhandlung vom 25.09.2023 fest. Zweifel an der Glaubwürdigkeit des Zeugen haben sich auch vor dem Hintergrund des Näheverhältnisses zur Klägerin nicht ergeben.

### 41

d) Der Schadenersatzanspruch §§ 823 Abs. 2 BGB in Verbindung mit §§ 6, 26, 27 Abs. 1 EG-FGV scheidet hier jedoch am fehlenden Verschulden der Beklagten. Voraussetzung für eine Haftung der Beklagten ist ein Verschulden, d.h. Vorsatz oder Fahrlässigkeit.

### 42

Vor dem Hintergrund der zu unterstellenden Pflichtverletzung obliegt es zwar grundsätzlich der Beklagten, den Vorwurf einer zumindest fahrlässigen Inverkehrgabe einer unzutreffenden Übereinstimmungsbescheinigung für den Zeitpunkt des Kaufvertrages zu widerlegen (BGH, Urteil vom 26.06.2023, VIa ZR 335/21, beck-online, Rn. 61 ff.). Hat der Fahrzeughersteller jedoch die Verwendung einer unzulässigen Abschaltvorrichtung in einer Art und Weise bekanntgegeben, die eine allgemeine Kenntnisnahme erwarten lässt, und hat er eine Beseitigung der betreffenden Abschaltvorrichtung allgemein, d.h. insbesondere nicht nur für neue, sondern auch für gebrauchte Kraftfahrzeuge veranlasst, kann ihm unter Umständen der Vorwurf einer fahrlässigen Schädigung solcher Käufer nicht mehr gemacht werden, die ein Fahrzeug nach der Verhaltensänderung des Herstellers gekauft haben (BGH, Urteil vom 26.6.2023 – VIa ZR 335/21, NJW 2023, 2259 Rn. 61, beck-online). Im Hinblick auf die Frage des Verschuldens des Herstellers kann es insoweit aber nicht auf die individuelle Kenntnis des einzelnen Käufers von der Betroffenheit des Fahrzeugs und von der mittlerweile eingetretenen Verhaltensänderung des Herstellers ankommen. Maßgebend ist hierfür einzig das Verhalten des potentiellen Schädigers. Aufgrund der bereits weiter oben unter Ziff. 1. b) bb) näher dargestellten Verhaltensänderung kann der Beklagten zum Zeitpunkt des Kaufvertragsabschlusses am 28.11.2018 ein Fahrlässigkeitsvorwurf im Hinblick auf die Inverkehrgabe einer unzutreffenden Übereinstimmungsbescheinigung nicht mehr gemacht werden. Eine Haftung scheidet insoweit aus.

#### **43**

4. Der Hilfsantrag, gerichtet auf Beseitigung der streitgegenständlichen unzulässigen Abschaltvorrichtungen für den Fall, dass der Hauptantrag unter Ziff.1 unbegründet sein sollte, geht mangels Vorliegens der Anspruchsvoraussetzungen ins Leere. Es erscheint bereits zweifelhaft, ob ein Beseitigungsanspruch neben einem Anspruch auf Ersatz des Differenzschadens in Betracht kommen kann (vgl. hierzu Dr. A. S. „Beseitigung der Unzulässigkeit der Abschaltvorrichtung statt Differenzschaden in Dieselfällen“, in NJW 2023, 2531, beck-online).- Jedenfalls fehlt es hier an den haftungsbegründenden Voraussetzungen, insbesondere an einem Verschulden der Beklagten.

#### **44**

5. Auf die Fragen der Verjährung und des Vorteilsausgleichs kommt es vor diesem Hintergrund nicht mehr entscheidungserheblich an.

#### **III.**

#### **45**

1. Die Kostenentscheidung des Versäumnisurteils bleibt aufrechterhalten und folgt dem § 91 ZPO. Die Kostenfeststellung erfolgt nur wegen der weiteren Kosten (vgl. Musielak/Voit/Stadler, 20. Aufl. 2023, ZPO § 343 Rn. 3).

#### **46**

2. Die Entscheidung über die vorläufige Vollstreckbarkeit richtet sich nach §§ 708 Nr. 10, 711 ZPO.

#### **47**

3. Die Zulassung der Revision ist vorliegend nicht veranlasst.

#### **48**

4. Der Streitwert für das Berufungsverfahren wurde ausgehend von den Berufungsanträgen in Anwendung der §§ 40, 47, 48 GKG, § 3 ZPO bestimmt. Für den Gebührenstreitwert des Berufungsverfahrens ist hier maßgeblich auf den Wert des angefochtenen Urteilsauspruch abzustellen. Der zusätzlich gestellte Antrag auf Feststellung, dass sich die Beklagte in Annahmeverzug befinde, erhöht den Streitwert hingegen nicht (vgl. BGH, Beschluss vom 06.07.2010 – XI ZB 40/09). Der Antrag auf Freistellung von den Kosten für die vorgerichtliche Rechtsverfolgung ist ebenfalls nicht streitwerterhöhend zu berücksichtigen (BGH, Beschluss vom 25. September 2007 – VI ZB 22/07 –, juris).

#### **49**

Wegen der wirtschaftlichen Identität der Streitgegenstände waren die hilfsweise gestellten Anträge (Zahlungsantrag zum Differenzschadensersatz und Beseitigungsanspruch), obwohl über diese auch entschieden wurde, nicht streitwerterhöhend zu berücksichtigen (§ 45 Abs. 1 GKG).

Verkündet am 10.11.2023