

V. Entscheidungen

Zivilrecht und Zivilverfahren

BGB § 826; VO 715/2007/EG Art. 3 Nr. 10, Art. 5 II

- 1. Ein Kl., der behauptet, die Parameter für die Abgasrückführungsrate in seinem Fahrzeug seien auf die Bedingungen des NEFZ abgestellt, was zum Motorschutz technisch nicht erforderlich sei, und sich auf Rückrufe durch das Kraftfahrt-Bundesamt für sein Fahrzeug und Fahrzeuge mit vergleichbaren Motoren beruft, trägt hinreichend substantiiert zu einer unzulässigen Abschalteneinrichtung vor.**
- 2. Damit trägt er auch substantiiert zu dem Bewusstsein einer sittenwidrigen Handlung bei den Verantwortlichen bei dem Hersteller vor, weil eine solche Motorsteuerung statt des Versuches, einen Ausgleich zwischen der Einhaltung der Grenzwerte für Schadstoffemissionen und dem Motorschutz zu finden, erklärungsbedürftig wäre.**
- 3. Ein Hersteller, der bewusst die Steuerung eines Motors so programmiert, dass Parameter für die Abgasrück-**

führungsrate auf die Bedingungen des NEFZ abgestellt sind, ohne dass das zum Motorschutz erforderlich ist, und das bei der Beantragung der Typengenehmigung verschweigt, kann sittenwidrig handeln.

SchlHOLG, 1. Zivilsenat, Urteil v. 19. Februar 2021, 1 U 91/20, Ja.

1. Der Kl. verlangt Schadensersatz wegen einer in sein Fahrzeug eingebauten unzulässigen Abschalteneinrichtung.

Der Kl. kaufte von der GmbH am 27.7.2015 einen gebrauchten Mercedes-Benz GLK 220 CDI zu einem Preis von 39900,00 € (Anlage K 1, AB). Das Fahrzeug ist mit einem Motor OM 651 ausgestattet. Es ist in die Schadstoffklasse EU 5 eingestuft.

In dem Motor wird der Stickoxidausstoß über eine Abgasrückführung minimiert. Dabei werden Abgase in den Verbrennungsraum zurückgeführt, was zu einer Abkühlung des Verbrennungsprozesses und dadurch zu einer verringerten Bildung von Stickoxiden führt. Andererseits steigt dadurch die Bildung von Rußpartikeln und es kann zu Ablagerungen im

Motor kommen. Die Abgasrückführung wird über ein sogenanntes Thermofenster reguliert, d. h. abhängig u. a. von den Außentemperaturen verändert sich die Rate der Abgasrückführung.

Das Fahrzeug des Kl. war von einem Rückruf betroffen. Der Bescheid des Kraftfahr-Bundesamts ist nicht bestandskräftig. Der Kl. hat behauptet, er habe ein umweltfreundliches und sparsames Fahrzeug kaufen wollen. Er hätte das Fahrzeug in Kenntnis der Verschlechterung der Stickoxidwerte im realen Straßenbetrieb gegenüber dem Prüfstandbetrieb nicht gekauft.

Die Motorsteuerung optimiere den Stickoxidausstoß auf dem Prüfstand. Die Abgasrückführungsrate werde unterhalb von 10° C bzw. 17° C reduziert. Die Abgasrückführung funktioniere außerhalb des Labors nicht. Ein begrenztes Temperaturfenster, in dem die Abgasreinigung gegenüber vergleichbaren Zuständen intensiviert werde, sei durch technische Erfordernisse nicht plausibel erklärbar. Das Thermofenster sei auf die Prüfbedingungen des NEFZ zugeschnitten. Auf einem Prüfstand herrsche eine Temperatur von 25° C bis 30° C. Die Bekl. habe die Funktion des Thermofensters bei dem Antrag auf Typengenehmigung ggf. nicht hinreichend dokumentiert.

Der Vorstand der Bekl. habe Kenntnis von dem Einbau einer unzulässigen Abschaltvorrichtung gehabt. Die Entwicklung des Motors und der Motorsteuerung sei bei der Entwicklung eines Fahrzeugs wesentlich.

Der Kl. hat die Zahlung von 37538,32 € nebst Zinsen Zug um Zug gegen Übereignung des Fahrzeugs, die Feststellung des Annahmeverzuges und die Erstattung von Rechtsanwaltskosten begehrt. Die Bekl. hat Klageabweisung beantragt.

Die Bekl. hat behauptet, die Reduzierung der Abgasrückführung erfolge bei kalten Temperaturen, um einer Versottung und Verlackung von Motorbauteilen vorzubeugen. Bei warmen Temperaturen sinke die Luftdichte und der Sauerstoffgehalt, wodurch es bei unveränderter Abgasrückführung zu einer erhöhten Partikelbildung komme. Zudem drohe die Gefahr der Überhitzung des Motors. Die Abgasrückführung werde nie ganz ausgeschaltet.

Dem Kraftfahr-Bundesamt sei bekannt, dass eine temperaturabhängige Steuerung vorliege. Es handele sich um Industriestandard.

Die Annahme der Kenntnis des Vorstands von Einzelheiten der Motorsteuerung sei angesichts der Vielzahl der Parameter nicht realistisch.

Das Landgericht, auf dessen Urteil wegen der näheren Einzelheiten gemäß § 540 Abs. 1 Nr. 1 ZPO Bezug genommen wird, hat die Klage abgewiesen. Es hat zur Begründung im Wesentlichen ausgeführt, dem Kl. stehe kein Anspruch aus § 826 BGB zu. Er habe die Voraussetzungen einer vorsätzlichen sittenwidrigen Schädigung nicht schlüssig dargelegt.

Der Kl. habe das Vorliegen einer Abschaltvorrichtung nicht hinreichend substantiiert dargelegt. Er habe zwar vorgetragen, dass eine Optimierung des Stickstoffausstoßes nur innerhalb des Thermofensters erfolge, aber eine Beweisaufnahme stelle eine Ausforschung dar. Das Fahrzeug solle untersucht werden, um Tatsachen zum Vorliegen einer Abschaltvorrichtung erst vortragen zu können. Die Behauptung des Kl. erfolge ins Blaue hinein. Er habe sie nur den Medien entnommen. Es gebe keinen Anhaltspunkt für eine Abhängigkeit des Thermofensters vom NEFZ.

Der Kl. habe eine sittenwidrige Schädigung nicht hinreichend dargelegt. Das Thermofenster funktioniere im NEFZ grundsätzlich wie im normalen Betrieb, so dass das Bewusstsein einer unzulässigen Abschaltvorrichtung nicht unterstellt werden könne. Das Kraftfahr-Bundesamt und das Verkehrsministerium beanstandeten das Thermofenster grundsätzlich

nicht. Die Beurteilung hänge von der konkreten Funktion ab. Auch bei der Unterstellung der von dem Kl. behaupteten Werte wäre es noch ausreichend groß dimensioniert. Es könne nicht auf einen Vorsatz geschlossen werden. Das Thermofenster sei nicht evident unzulässig. Es komme eine vertretbare, wenn auch unrichtige, Auslegung der Vorschriften in Betracht. Die Bekl. treffe keine sekundäre Darlegungslast. Es sei ihr nicht zumutbar, auf die bloße Behauptung einer unzulässigen Abschaltvorrichtung in dem Fahrzeug etwa vorhandene Abschaltvorrichtungen und deren Notwendigkeit darzulegen. Sonst werde der Beibringungsgrundsatz ausgehöhlt. Der Kl. könne die erforderlichen Tatsachen von sich aus ermitteln, etwa durch die Einholung eines Gutachtens. Bei der Annahme einer sekundären Darlegungslast bezüglich des Vorsatzes werde die Darlegungslast aufgehoben.

Gegen dieses Urteil richtet sich die frist- und formgerecht eingelegte und begründete Berufung des Kl. Zur Begründung führt er im Wesentlichen aus, der Einsatz eines Thermofensters sei sittenwidrig, wenn es exakt auf den NEFZ abgestellt sei. Darin lägen ein planmäßiges Vorgehen und eine Täuschung des Kraftfahr-Bundesamts. Es läge ein Anscheinsbeweis dafür vor, dass die Abgasrückführung außerhalb des Temperaturrahmens auf dem Prüfstand nicht funktioniere, ohne dass es dafür eine Notwendigkeit gebe.

Es gebe Rückrufe von Fahrzeugen, die mit dem Motor OM 651 ausgestattet seien, wegen Abschaltvorrichtungen.

Die Bekl. treffe eine sekundäre Darlegungslast. Sie habe die Anmeldung der Abschaltvorrichtung beim Kraftfahr-Bundesamt darlegen müssen. Es liege eine Täuschung vor, die Rücknahme der Typengenehmigung sei möglich.

Die Bekl. habe bzgl. des Thermofensters nur pauschal vorgetragen, nicht konkret zum Motorschutz. Jedenfalls aber sei ein Sachverständigengutachten einzuholen. Das Landgericht habe seinen Anspruch auf rechtliches Gehör verletzt.

Die Bekl. verteidigt das angefochtene Urteil unter Wiederholung und Vertiefung ihres erstinstanzlichen Vortrags. Sie führt aus, die Berufung sei unzulässig, weil die Begründung keine Auseinandersetzung mit dem Urteil des Landgerichts enthalte und keine entscheidungserheblichen Fehler nachvollziehbar aufzeige.

In dem Fahrzeug sei keine unzulässige Abschaltvorrichtung verbaut. Wegen der Tatbestandswirkung der EG-Typengenehmigung sei die Prüfung den Zivilgerichten entzogen. Das gelte selbst dann, wenn sie im Genehmigungsverfahren unzureichende Angaben gemacht habe. Dass das Kraftfahr-Bundesamt die Genehmigung erteilt habe, ohne detaillierte Angaben zur Temperatursteuerung zu machen, zeige, dass es eine Präzisierung nicht für erforderlich gehalten habe. Sie habe aber nicht getäuscht oder etwas verheimlicht, sondern im Antrag (Anlage BB 2, AB) darauf hingewiesen, dass die Abgasrückführungsrate u. a. durch die Lufttemperatur gesteuert werde. Bei der Freigabe des Updates habe das Kraftfahr-Bundesamt Zugang zu der Alt-Software und der Neu-Software. Sie habe darauf vertrauen dürfen, dass das nicht beanstandete Emissionskontrollsystem den gesetzlichen Vorgaben entspreche.

Zur Vermeidung von Ablagerungen im Motorraum und dadurch drohenden Schäden und Ausfällen werde die Abgasrückführungsrate u. a. durch die Temperatur der Ladeluft gesteuert. Sie liege bei 20° C bis 30° C bis maximal 30 %, z. T. unter 20 %. Die maximale Rate von 50 % komme nur selten zum Einsatz. Die Abgasrückführungsrate könne z. B. bei 25° C, niedriger Drehzahl und niedriger Last 40 % betragen, bei 25° C, mittlerer Drehzahl und niedriger Last 30 %. Bei 5° C, niedriger Drehzahl und niedriger Last könne sie 32 % betragen, bei 5° C, mittlerer Drehzahl und niedriger Last 30 %. Es sei eine Vielzahl von Faktoren abzuwägen. I. d. R. liege die

Abgasrückführungsrate bei 10° C bis 25° C nicht niedriger als bei 20° C bis 30° C. Eine Abschaltung der Abgasrückführung finde nicht statt. Ab einer Lufttemperatur von 35° C werde die Abgasrückführungsrate verringert, um eine erhöhte Partikelbildung und einen erhöhten Eintritt von Kraftstoff in das Motoröl zu vermeiden.

Die technische Ausgestaltung der Motorsteuerung werde auf Mitarbeiterebene getroffen. Der Vorstand habe von den Einzelheiten angesichts der Vielzahl von Parametern keine Kenntnis. Mitarbeitern würden nach der hinreichenden fachlichen Qualifikation, Erfahrung und zu erwartender Zuverlässigkeit Aufgaben zugeteilt. Sie seien verpflichtet, wesentliche Fragestellungen mit ihren Vorgesetzten abzusprechen. Diese seien verpflichtet, sich laufend über die Tätigkeit untergeordneter Mitarbeiter zu informieren und bei Anhaltspunkten für Rechtsverstöße einzugreifen.

II. Die zulässige Berufung des Kl. hat in der Sache vorerst Erfolg. Sie führt zur Aufhebung des angefochtenen Urteils und Zurückverweisung der Sache an das Landgericht.

1. Die Berufung ist zulässig. Insbesondere hat der Kl. sie in zulässiger Weise begründet. ...

2. Dem Kl. kann ein Anspruch aus § 826 BGB wegen sittenwidriger vorsätzlicher Schädigung zustehen.

a) Der Kl. kann einen Schaden erlitten haben, indem er zur Eingehung einer nicht gewollten Verbindlichkeit veranlasst wurde. Das Fahrzeug kann für seine Zwecke nicht voll brauchbar sein, weil die Stilllegung möglich wäre.

aa) Auch bei der Gleichwertigkeit von Leistung und Gegenleistung liegt nach normativer Wertung ein Schaden vor, wenn die eingegangene Verbindlichkeit für den Käufer ungewollt ist, weil die gekaufte Sache für seine Zwecke nicht voll brauchbar ist. Die Vorschrift des § 826 BGB schützt insoweit nicht allein das Vermögensinteresse des Geschädigten, sondern auch die Willensfreiheit

(BGH, Urteil vom 25.5.2020, VI ZR 252/19, Rn. 45 ff. bei juris).

bb) Das Fahrzeug kann mit einer unerlaubten Abschalteneinrichtung ausgerüstet sein, die zum Rückruf durch das Kraftfahrt-Bundesamt führen kann.

(1) Eine Abschalteneinrichtung ist nach Art. 3 Nr. 10 VO 715/2007/EG ein Konstruktionsmerkmal, das bestimmte Parameter ermittelt, um die Funktion eines beliebigen Teils des Emissionskontrollsystems zu aktivieren, zu verändern, zu verzögern oder zu deaktivieren, wodurch die Wirksamkeit des Emissionskontrollsystems unter Bedingungen, die bei normalem Fahrzeugbetrieb vernünftigerweise zu erwarten sind, verringert wird. Nach Art. 5 Abs. 2 VO 715/2007/EG ist die Verwendung von Abschalteneinrichtungen, die die Wirkung von Emissionskontrollsystemen verringern, unzulässig, wenn nicht bestimmte Ausnahmen vorliegen.

Nach dieser Definition handelt es sich bei dem Thermofenster um eine Abschalteneinrichtung

(OLG Stuttgart, Urteil vom 30.7.2019, 10 U 134/19, Rn. 67 ff. bei juris; LG Stuttgart, Urteil vom 25.7.2019, 30 O 34/19, Rn. 31 bei juris; LG Stuttgart, Urteil vom 17.1.2019, 23 O 178/18, Rn. 40 bei juris).

Denn es wird die Lufttemperatur ermittelt. Je nach Lufttemperatur wird die Rate der Abgasrückführung verändert. Die Abgasrückführung ist Teil des Emissionskontrollsystems, weil sie Einfluss auf den Ausstoß von Stickoxiden hat. Die Veränderung der Rate geschieht bei Bedingungen, die bei normalem Fahrbetrieb zu erwarten sind, denn in Europa sind Lufttemperaturen in einer großen Bandbreite zu erwarten.

Unerheblich ist, ob das System auch außerhalb des Prüfstandes arbeitet, wenn ähnliche Verhältnisse wie dort vorliegen. Denn eine Abschalteneinrichtung ist auch gegeben, wenn die Verbesserung der Leistung des Emissionskontrollsystems

punktuell auch unter normalen Nutzungsbedingungen erfolgt (EuGH, Urteil vom 17.12.2020, C-693/18, juris).

(2) Zu klären ist, ob die Abschalteneinrichtung unzulässig ist oder eine Ausnahme nach Art. 5 Abs. 2 S. 2 VO 715/2007/EG eingreift. Nach lit. a dieser Vorschrift ist eine Abschalteneinrichtung, die notwendig ist, um den Motor vor Beschädigungen oder Unfall zu schützen, zulässig. Ob das Thermofenster im Sinne der Ausnahmeregelung notwendig ist, um den Motor vor Schäden durch Versottung zu schützen, ist fraglich. Denn der Schutz vor Beschädigung und Unfall ist mit dem Schutz vor einer kontinuierlichen Verschmutzung des Motors nicht gleichzusetzen

(EuGH, Urteil vom 17.12.2020, C-693/18, juris).

Unzulässig wäre jedenfalls ein Thermofenster, das genau auf die Bedingungen des NEFZ zugeschnitten wäre, z. B. auf die dort herrschende Temperatur von 20° C bis 30° C, ohne dass eine solche Funktion mit dem Schutz des Motors erklärt werden könnte. Der entsprechenden Behauptung des Kl. muss durch die Einholung des von ihm angebotene Sachverständigenutachten nachgegangen werden.

Die Behauptung ist hinreichend substantiiert, um eine Beweisaufnahme zu veranlassen. Ein Sachvortrag ist hinreichend substantiiert, wenn er in Verbindung mit einem Rechtssatz zu der von der Partei begehrten Rechtsfolge führt. Einzelheiten, die für die Rechtsfolge nicht von Bedeutung sind, müssen nicht mitgeteilt werden, v. a. wenn die Partei keinen Einblick in den Sachverhalt haben kann. Es ist dann Sache des Tatrichters, in die Beweisaufnahme einzutreten und ggf. einem Sachverständigen die Streitfragen zu unterbreiten. Eine Partei darf auch Aufklärung über Tatsachen verlangen, über die sie kein zuverlässiges Wissen erlangen kann, die sie aber nach Lage der Dinge für möglich hält. Eine Behauptung ist erst unbeachtlich, wenn sie ohne greifbare Anhaltspunkte aufs Geratewohl oder ins Blaue hinein aufgestellt wird. Die Annahme einer solchen willkürlichen Behauptung ist zurückhaltend zu treffen. Kann die Partei mangels eigener Sachkunde keine Kenntnis von der genauen Wirkweise haben, kann ein greifbarer Anhaltspunkt bereits dann gegeben sein, wenn andere Modelle mit dem gleichen Motortyp einem Rückruf unterliegen

(BGH, Beschluss vom 28.1.2020, VIII ZR 57/19, Rn. 4, 7 ff. bei juris).

Der Kl. macht geltend, dass Fahrzeuge mit dem gleichen Motortyp und sogar sein Fahrzeug selbst von Rückrufen betroffen sind, und untermauert damit seine Behauptung, es sei eine unzulässige Abschalteneinrichtung eingebaut. Dass die Bekl. ihrerseits behauptet, der Rückruf habe die temperaturabhängige Steuerung der Abgasrückführungsrate nicht betroffen, macht die Behauptung des Kl. nicht unbeachtlich. Von ihm kann nicht erwartet werden, dass er die technischen Einzelheiten der von ihm angenommenen Abschalteneinrichtung darlegt. Insbesondere ist es verfehlt, die fehlende Substanz des Vortrags des Kl. daraus abzuleiten, dass er im Termin vom 23.6.2020 die ihm vom Gericht gestellten technischen Fragen nicht beantworten konnte.

Der Vortrag des Kl. hat nicht nach § 138 Abs. 3 ZPO als unstreitig zu gelten, weil die Bekl. einer sekundären Darlegungslast der Bekl. bzgl. der technischen Einzelheiten des Thermofensters nicht nachgekommen wäre. Der Gegner der darlegungsbelasteten Partei kann sich nicht auf einfaches Bestreiten beschränken, wenn der darlegungsbelasteten Partei der Beweis nicht möglich oder nicht zumutbar ist und sie außerhalb des von ihr darzulegenden Geschehensablaufs steht und keine nähere Kenntnis der maßgebenden Tatsachen hat, während die Gegenpartei diese Kenntnis hat und ihr nähere Angaben zumutbar sind

(BGH NJW 1983, 687, 688; BGH, NJW 1987, 2008, 2009; BGH NJW 1999, 579, 580; BGHZ 163, 209, 214).

Von der Gegenpartei wird dann im Rahmen des Zumutbaren ein substantiiertes Bestreiten der behaupteten Tatsachen unter Darlegung der für das Gegenteil sprechenden Tatsachen und Umstände verlangt

(BGH NJW 2008, 982, 984, Rn. 16).

Selbst wenn man danach eine erhöhte Darlegungslast hinsichtlich der Funktion des in dem Fahrzeug des Kl. implementierten Thermofensters annehmen will, weil der Kl. keinen Einblick in sie haben kann, ist die Bekl. der erhöhten Darlegungslast jedenfalls nachgekommen. Sie hat in der Berufungserwiderung die Wirkweise der Abgasrückführung beschrieben und dargelegt, von welchen Faktoren die Steuerung der Abgasrückführungsrate abhängig ist und welche Raten unter welchen Verhältnissen angenommen werden kann.

(3) Sollte sich herausstellen, dass eine unzulässige Abschalteneinrichtung vorliegt, so könnte das Kraftfahrt-Bundesamt nach § 25 Abs. 3 EG-FGV die Typengenehmigung widerrufen. Die zuständige Verwaltungsbehörde könnte nach § 5 Abs. 1 FZV dem Halter oder Eigentümer eine Frist zur Beseitigung setzen und danach die Betriebserlaubnis entziehen. Ob das ernsthaft droht oder stattdessen eine Nebenbestimmung erlassen wird, ist zwar ungewiss. Ein Schaden in Form einer ungewollten Verbindlichkeit liegt jedoch – wie in den Fällen des Motors EA 189, in denen die Typengenehmigungen nicht widerrufen worden sind – bereits dann vor, wenn der Bestand der Typengenehmigung infrage steht.

b) Das Verhalten der Bekl. kann als sittenwidrig zu beurteilen sein.

aa) 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. Es genügt regelmäßig 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 zu Tage getretenen Gesinnung oder den eingetretenen Folgen ergeben kann

(BGH, NJW 2017, 250, 251 f., Rn. 16).

Die verletzte Verhaltenspflicht muss drittsschützend und der Geschädigte in den Schutzbereich einbezogen sein

(Wagner in: MK BGB, 8. Auflage, § 826, Rn. 23).

Es reicht nicht, wenn der Schädiger gegen öffentlich-rechtliche Normen verstößt, die der Umwelt, nicht aber den wirtschaftlichen Interessen des Geschädigten dienen

(OLG Koblenz, Beschluss vom 21.10.2013, 5 U 507/13, Rn. 44 bei juris).

bb) Unter diesen Gesichtspunkten kann ein Autohersteller, der aufgrund einer strategischen Unternehmensentscheidung und unter Täuschung des Kraftfahrt-Bundesamts bewusst ein Fahrzeug mit einem Motor in Verkehr bringt, der mit einer unzulässigen Abschalteneinrichtung versehen ist, als sittenwidrig angesehen werden

(BGH, Urteil vom 25.5.2020, VI ZR 252/19, Rn. 16 ff. bei juris; BGH, Beschluss vom 19.1.2021, VI ZR 433/19, Rn. 17 bei juris).

Er würde seinen Kunden bewusst einen Schaden zufügen, um seine Gewinne zu optimieren. Denn der Einbau einer unzulässigen Abschalteneinrichtung zeigt, dass der Hersteller mit anderen Mitteln Umweltvorschriften nicht einhalten kann oder die Kosten dafür nicht aufwenden will und dennoch Marktanteile behalten oder gewinnen will. Dabei ist Gewinnstreben an sich noch nicht anstößig. Anstößig ist aber die Täuschung zahlreicher Kunden über die ungestörte Nutzbarkeit des Produkts, um Marktanteile zu erhalten

(OLG Koblenz, NJW 2019, 237, 239, Rn. 37; OLG Karlsruhe, Urteil vom 18.7.2019, 17 U 160/18, Rn. 88 ff. bei juris).

Für die Annahme eines sittenwidrigen Verhaltens reicht es noch nicht aus, wenn das Thermofenster als unzulässige Abschalteneinrichtung anzusehen sein sollte. Solange die Motorsteuerung auf dem Prüfstand im Grundsatz ebenso arbeitet wie im Straßenverkehr, kann noch keine bewusste Entwicklung einer unzulässigen Abschalteneinrichtung angenommen werden

(BGH, Beschluss vom 19.1.2021, VI ZR 433/19, Rn. 18 bei juris; OLG Schleswig, Urteil vom 18.9.2019, 12 U 123/18, Rn. 46 ff. bei juris; OLG Dresden, Urteil vom 9.7.2019, 9 U 567/19, Rn. 24 ff. bei juris; OLG Stuttgart, Urteil vom 20.7.2019, 10 U 134/19, Rn. 81 ff. bei juris; OLG Koblenz, Urteil vom 21.10.2019, 12 U 246/19, Rn. 42 ff. bei juris; OLG Frankfurt, Urteil vom 7.11.2019, 6 U 119/18, Rn. 34 f. bei juris; OLG Köln, Urteil vom 28.11.2019, 15 U 93/19, Rn. 26 ff. bei juris; OLG München, Beschluss vom 20.1.2020, 21 U 5072/19, Rn. 30 ff. bei juris).

Das gilt für eine Motorsteuerung, die in dem Bestreben programmiert worden ist, für bestimmte Betriebszustände schädliche Ablagerungen im Motor, mit denen tatsächlich zu rechnen ist, zu vermeiden. Es kommt dabei nicht darauf an, ob eine solche Motorsteuerung nach heutiger Auffassung zulässig wäre. Es kommt vielmehr auf die Zeit der Entwicklung der Motorsteuerung an, die jedenfalls vor der Erstzulassung des Fahrzeugs des Kl. im Jahr 2014 gelegen haben muss, also vor dem Bekanntwerden des Abgasskandals. Seinerzeit ging man davon aus, dass ein Thermofenster zum Motorschutz zulässig sei. Es wurde bei der Typenzulassung vom Kraftfahrt-Bundesamt nicht beanstandet. Noch nach Bekanntwerden des Abgasskandals gingen das Kraftfahrt-Bundesamt und das Bundesverkehrsministerium von der Zulässigkeit aus.

Zu berücksichtigen ist aber, dass das Thermofenster – abhängig von dem Temperaturbereich, in dem die Rate der Abgasrückführung gesenkt wird – durchaus zu einem System der Prüfstanderkennung und des Betriebs des Fahrzeugs in zwei verschiedenen Modi führen kann. Das ist der Fall, wenn das Temperaturfenster so eingestellt ist, dass die Abgasrückführung bei den Temperaturen, die im Prüfstand herrschen, voll wirksam ist und so die Grenzwerte sicher erreicht werden, im Straßenverkehr aber die Abgasrückführungsrate reduziert wird, weil dort die auf dem Prüfstand herrschenden Temperaturen häufig unterschritten werden. Das Ziel einer solchen Strategie kann es sein, Ablagerungen im Motor sicher zu vermeiden, die bei einer Abgasrückführungsrate, wie sie für die Einhaltung des Grenzwerts für Stickoxidemissionen notwendig wären, zu erwarten wären, ohne die von der Bekl. beschriebene schwierige Balance zwischen dem Motorschutz und der Optimierung der Emissionen einhalten zu müssen.

Sollte sich herausstellen, dass das Thermofenster in dem Fahrzeug des Kl. auf eine solche Weise programmiert worden ist, kann das darauf hindeuten, dass die Verantwortlichen bei der Bekl. damit gerechnet haben, dass es als unzulässig eingestuft werden und die Zulassung des Fahrzeugs dadurch in Gefahr sein könnte. Indizien für ein solches Bewusstsein können sich daraus ergeben, dass die Abschalteneinrichtung unter den Bedingungen des Prüfstandes anders arbeitet als im normalen Straßenverkehr und in welchem Umfang die Funktionsweise dem Kraftfahrt-Bundesamt im Typengenehmigungsverfahren offengelegt worden ist

(BGH, Beschluss vom 19.1.2021, VI ZR 433/19, Rn. 19 ff., 22).

Eine Täuschung des Kraftfahrt-Bundesamts ist nicht von vornherein ausgeschlossen. Bei der Beantragung der Typengenehmigung sind Einzelheiten der Steuerung der Abgasrückführungsrate nicht mitgeteilt worden. Es ist nur mitgeteilt worden, dass sie zu. a. von der Lufttemperatur abhängig sei (Anlage BB 2, AB). Dass das Kraftfahrt-Bundesamt nicht nach den genauen Temperaturen, die zur Absenkung der Abgas-

rückführungsrate führen, gefragt hat, heißt nicht, dass diese ihm gleichgültig waren. Es kann nur der Schluss gezogen werden, dass es von einer industriüblichen Motorsteuerung zur Vermeidung von Ablagerungen ausging, nicht dass es ein Abstellen auf die Bedingungen des Prüfstandes gebilligt hätte.

Sollte sich herausstellen, dass die Motorsteuerung auf die Bedingungen des Prüfstandes zugeschnitten ist, müsste die Bekl. im Rahmen der sekundären Darlegungslast dazu vortragen, welches Bewusstsein die Personen hatten, die an der Entwicklung der Motorsteuerung und an der Beantragung der Typengenehmigung beteiligt waren. Diese müssen sich notwendigerweise mit der Frage beschäftigt haben, ob die Ausgestaltung der Motorsteuerung zulässig ist. In diese Vorgänge hat der Kl. keinen Einblick. Die Bekl. kennt jedoch die Einzelheiten und es ist ihr zumutbar, dazu weiter vorzutragen.

Trägt die Bekl. weiter vor, so muss der Kl. Beweis dafür anbieten, dass die genaue Wirkungsweise des Thermofensters bewusst verheimlicht wurde bzw. die Beteiligten das Bewusstsein hatten, dass sie unzulässig sei.

c) Dass der Handelnde sich der Sittenwidrigkeit bewusst ist, ist nicht notwendig. Er muss jedoch die Umstände kennen, aus denen sich die Sittenwidrigkeit ergibt. Ist Schädigerin eine Gesellschaft, so muss dieses Wissen bei den Organen im Sinne § 31 BGB vorhanden sein. Eine Wissenszurechnung und Zusammenrechnung wie im rechtsgeschäftlichen Verkehr findet nicht statt, weil es anders als für die Arglist um ein moralisches Unwerturteil geht

(BGH, NJW 2017, 250, 252 f., Rn. 23).

aa) Organ einer Gesellschaft ist nach § 31 BGB nicht nur der Vorstand, sondern auch der verfassungsmäßig berufene Vertreter. Dieser Begriff ist weit zu verstehen. Es genügt, dass einer Person durch die allgemeine Betriebsregelung und Handhabung bedeutsame wesensmäßige Funktionen der Gesellschaft zur selbstständigen, eigenverantwortlichen Erfüllung zugewiesen sind und sie die Gesellschaft insoweit repräsentiert, ohne dass die Tätigkeit in der Satzung vorgesehen oder die Person rechtsgeschäftliche Vertretungsmacht haben muss

(BGH, Urteil vom 30.10.1967, VII ZR 82/65, Rn. 10 f. bei juris).

Der infrage kommende Personenkreis deckt sich in etwa mit dem der leitenden Angestellten im Sinne des Arbeitsrechts

(Palandt/Ellenberger, BGB, 79. Auflage, § 31, Rn. 6).

bb) Der Kl. behauptet, der Vorstand habe Kenntnis von den unerlaubten Abschaltvorrichtungen gehabt. Das ergebe sich daraus, dass die Entwicklung des Motors und der Motorsteuerung bei der Entwicklung eines Fahrzeugs wesentlich sei und es Berichtspflichten gebe.

Für seine Behauptung könnte der Kl. theoretisch Beweis antreten, weil die Vorstandsmitglieder zurzeit der Entwicklung des Motors ermittelbar wären. Allerdings wäre nicht zu ermitteln, wer noch an der Entwicklung des Motors beteiligt war und so als Zeuge in Betracht käme. Man kann sich nicht vorstellen, dass eine Entscheidung, eine unzulässige Abschaltvorrichtung einzubauen, angesichts ihrer Tragweite von nur einem oder wenigen Mitarbeitern getroffen wird. Bei der Entwicklung eines Motors wird es entscheidend darauf ankommen, auf welche Weise er die gesetzlichen Vorgaben einhält. Gerade die Einhaltung der Vorschriften für den Schadstoffausstoß steht seit einigen Jahren im Fokus. Die technische Lösung bei der Entwicklung muss also hinterfragt worden sein. Es erscheint nicht ausgeschlossen, dass dabei auch Mitarbeiter Kenntnis erlangt haben, die als Repräsentanten der Bekl. i.S.d. § 31 BGB anzusehen wären, etwa Abteilungsleiter.

Dem Kl. kann weiterer Vortrag dazu nicht abverlangt werden. Denn er hat keinen Einblick in die Verhältnisse bei der Bekl.. Er kann so letztlich nur das vortragen, was plausibel ist.

Die Bekl. muss nach den Regeln der sekundären Darlegungslast darlegen, wer an der Entwicklung des Motors und speziell der Motorsteuerung beteiligt war und wie die Entscheidungswege in ihrem Unternehmen waren. Ihr sind nähere Angaben dazu zumutbar. Sie ist nicht gezwungen, Betriebsgeheimnisse zu offenbaren. Sie muss nur die Beteiligten an der Motorentwicklung benennen, damit der Kl. sie als Zeugen benennen kann. Da die Entwicklung bei der Bekl. dokumentiert sein muss, kann sie zu der von ihr verlangten Darlegung auf diese Dokumentation zurückgreifen.

d) Die Bekl. kann vorsätzlich gehandelt haben. Für den Vorsatz reicht es aus, wenn der Schädiger Art und Richtung des Schadens und die Schadensfolgen zumindest vorausgesehen und billigend in Kauf genommen hat, wobei bei einer Gesellschaft wiederum ihre Organe diesen Vorsatz gehabt haben müssen

(BGH NJW 2017, 250, 253, Rn. 24 f.).

Es kommt wiederum darauf an, ob Vorstandsmitglieder oder verfassungsmäßig berufene Vertreter der Bekl. Kenntnis von dem Inverkehrbringen der Motoren mit der gegebenenfalls unzulässigen Abschaltvorrichtung gehabt haben. Sollte das der Fall gewesen sein, läge Vorsatz vor. Denn dann wäre absehbar gewesen, dass das Vermögen der Käufer bedroht war, weil eine Stilllegung der Fahrzeuge drohte.

3. Eine mögliche Haftung der Bekl. aus § 831 Abs. 1 BGB würde den Nachweis ersparen, dass Organe der Bekl. Kenntnis von der Sittenwidrigkeit des Verhaltens der Bekl. begründenden Umstände hatten.

Verrichtungsgehilfe im Sinne von § 831 BGB ist, wem von einem anderen, in dessen Einflussbereich er sich befindet und zu dem er in einem gewissen Abhängigkeitsverhältnis steht, eine Tätigkeit übertragen worden ist, wobei er von den Weisungen des Geschäftsherrn abhängig ist, so dass dieser die Tätigkeit jederzeit beschränken oder entziehen und nach Zeit und Umfang bestimmen kann

(NJW 2013, 1002, 1003, Rn. 15).

Das trifft auf alle Mitarbeiter zu, die an der Entwicklung des streitgegenständlichen Motors beteiligt waren.

Die Mitarbeiter müssten bei der Entwicklung des Motors eine deliktische Handlung begangen haben, wobei alleine eine sittenwidrige vorsätzliche Schädigung nach § 826 BGB in Betracht kommt. Es stellen sich dieselben Fragen wie unter 2. erörtert.

Die Benennung bestimmter Mitarbeiter, die dem Kl. auch nicht möglich wäre, ist entbehrlich. Denn die Überlegungen, die ggf. zu einer Sittenwidrigkeit des Verhaltens führen, drängen sich auf. Sie müssen jedem, der mit der Entwicklung des Motors befasst war, bewusst gewesen sein. Es wäre Sache der Bekl., sich zu entlasten, indem sie darlegt und beweist, dass sie die Mitarbeiter sorgfältig ausgewählt und überwacht hat. Dabei muss sie die Mitarbeiter benennen. Der allgemeine Hinweis auf die Auswahl und Überwachung der Mitarbeiter in der Berufungserwiderung reicht nicht aus.

4. Sollten die Haftungsvoraussetzungen bestehen, stünde dem Kl. Schadensersatz zu. Er könnte den Ersatz des negativen Interesses verlangen.

Der Kl. wäre nach § 249 BGB so zu stellen, wie er stünde, wenn er den Kaufvertrag nicht abgeschlossen hätte. Er könnte jedenfalls den Ersatz des Kaufpreises abzüglich des Werts der Nutzung verlangen. Im Wege der Vorteilsausgleichung müsste er das Fahrzeug an die Bekl. übereignen.

5. Auf den Antrag des Kl. wird nach § 538 Abs. 2 Nr. 1 ZPO das landgerichtliche Urteil aufgehoben und die Sache an das Landgericht zurückverwiesen.

Das Verfahren vor dem Landgericht leidet an einem wesentlichen Mangel. Ein wesentlicher Mangel liegt vor, wenn

das Gericht den Anspruch einer Partei auf rechtliches Gehör verletzt

(Zöller/Heßler, ZPO, 33. Auflage, § 538, Rn. 20).

Der Anspruch auf rechtliches Gehör wird unter anderem dann verletzt, wenn die Anforderungen an die Substantiierung eines Vortrags überspannt werden.

Der Kl. hat bereits erstinstanzlich behauptet, das Thermofenster sei auf die Bedingungen des Prüfstandes zugeschnitten, was dem Kraftfahrt-Bundesamt nicht bekannt gewesen sei. Darauf ist das Landgericht nicht eingegangen. Es hat so den Vortrag des Kl. zu einer Abschaltvorrichtung und zu einer Sittenwidrigkeit des Vorgehens der Bekl. zu Unrecht als unsubstantiiert angesehen. Denn weiterer Vortrag war dem Kl. nicht möglich. Als Außenstehender konnte er zu der Wirkungsweise des von der Bekl. implementierten Thermofensters nichts weiter vortragen.

Aufgrund des Vortrags des Kl. und des Bestreitens der Bekl. ist eine umfangreiche und schwierige Beweisaufnahme notwendig. Es wird die Einholung eines Sachverständigen-gutachtens zu den technischen Fragen notwendig werden. Gegebenenfalls werden auch Zeugen zu vernehmen sein, die an der Entwicklung der Motorsteuerung beteiligt waren. Die Beurteilung der technischen Frage wird schwierig sein. Die Vernehmung der Zeugen wird voraussichtlich umfangreich sein, da es sich um zahlreiche Personen handeln dürfte.

Bei der Entscheidung, ob das Urteil aufgehoben oder zurückverwiesen wird, ist das Interesse der Parteien an einer schnellen Entscheidung gegen das Interesse, keine Instanz zu verlieren, abzuwägen

(a.a.O., Rn. 6).

Hier überwiegt das Interesse, keine Instanz zu verlieren, da noch die gesamte Beweisaufnahme aussteht. Den Parteien würde dadurch die fehlende Berufungsinstanz die Möglichkeit genommen, Unzulänglichkeiten der Beweisaufnahme oder der Beweiswürdigung zu rügen.

6. Der Bekl. war kein Schriftsatznachlass zur Stellungnahme zu den rechtlichen Hinweisen im Termin zu gewähren. ...

Die Zulassung der Revision ist nicht angezeigt, weil die Rechtssache weder grundsätzliche Bedeutung hat noch die Fortbildung des Rechts oder die Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung eine Entscheidung des Revisionsgerichts erfordert (§ 543 Abs. 2 ZPO). Die entscheidungserheblichen Rechtsfragen sind geklärt.