

- 1. Die von der Außentemperatur abhängige Steuerung der Abgasrückführung in einer Motorsteuerung (sog. Thermofenster) kann jedenfalls dann eine unzulässige Abschaltvorrichtung sein, wenn die Reduzierung der Abgasrückführung über das zum Motorschutz notwendige Maß hinausgeht und ein Maß der Abgasrückführung, wie es zum Einhalten der Grenzwerte für Stickoxidemissionen notwendig ist, nur bei Temperaturen erreicht wird, wie sie auf einem Prüfstand herrschen. In diesem Fall ist es nicht von vornherein ausgeschlossen, dass dem Fahrzeughersteller ein sittenwidriges Verhalten vorzuwerfen ist.**
- 2. Die Veräußerung eines mit einer unzulässigen Abschaltvorrichtung versehenen Fahrzeugs lässt einen Anspruch aus § 826 BGB nicht erlöschen.**

SchIHOLG, 1. Zivilsenat, Urteil v. 28. August 2020 – 1 U 137/19 –, rkr., Ja.

*Der Kl. verlangt die Rückabwicklung eines Kaufvertrages über ein Kraftfahrzeug und Schadensersatz wegen einer unzulässigen Abschaltvorrichtung.*

*Der Kl. kaufte von der ... GmbH am 23.3.2015 einen gebrauchten Mercedes Benz C 300 CDI zu einem Preis von 35490 €. Das Fahrzeug war am 9.9.2011 erstmals zugelassen worden. Es wies beim Kauf einen Kilometerstand von 49120 km auf. Das Fahrzeug ist mit einem Motor OM 642 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. Die Abgasrückführung wird über ein sogenanntes Thermofenster reguliert, d. h. abhängig u. a. von den Außentemperaturen verändert sich die Rate der Abgasrückführung. Das Fahrzeug verfügt nicht über einen SCR-Katalysator.*

*Das Fahrzeug des Kl. ist nicht von einem Rückruf betroffen. Die Bekl. bietet eine freiwillige Kundendienstmaßnahme an, durch die die Stickoxidemission im realen Fahrbetrieb reduziert werden soll.*

*Der Kl. hat behauptet, er habe ein langlebiges Fahrzeug kaufen wollen. Er hätte das Fahrzeug in Kenntnis der Verschlechterung der Stickoxidwerte im realen Straßenbetrieb gegenüber dem Prüfstandbetrieb nicht gekauft.*

*In der Motorsteuerung seien Abschaltvorrichtungen enthalten. So verlasse der Motor durch die Abschaltvorrichtung „Bit 15“ nach 26 km den sauberen Modus. Das stehe im Zusammenhang mit der AdBlue-Einspritzung. Durch die Abschaltvorrichtung „Slipguard“ werde der Prüfstandbetrieb über die Geschwindigkeit und die Beschleunigung erkannt. Nur dann komme es zu einer umfänglichen Abgasreinigung. Das betreffe u. a. die Rate der Abgasrückführung. Die Veränderung der Abgasrückführungsrate durch das Thermofenster gehe über das hinaus, was zum Schutz des Motors notwendig sei. Die Rate werde außerhalb von 20–25 °C reduziert. Ab 0 °C werde die Abgasrückführung ausgeschaltet. Auf einem Prüfstand herrsche eine Temperatur von ca. 25 °C. Die Bekl. habe die Funktion des Thermofensters bei dem Antrag auf Typengenehmigung nicht hinreichend dokumentiert. Sie habe in dem Bewusstsein, dass sie zum Motorschutz nicht erforderlich sei, die Rücknahme der Typengenehmigung in Kauf genommen.*

*Bei der Kundendienstmaßnahme würden Abschaltvorrichtungen, die vom Kraftfahrtbundesamt noch nicht entdeckt*

*worden seien, gelöscht.*

*Der Vorstand sei in den Einbau unzulässiger Abschaltvorrichtungen eingeweiht gewesen. Im Vorstand sei darüber gesprochen worden. Jedenfalls der Entwicklungsvorstand habe Kenntnis gehabt. Er habe Angaben zu den Intervallen der Nachfüllung von AdBlue gemacht, die er ohne diese Kenntnis nicht habe machen können. Das Ziel der Entwicklung des Motors sei ein sauberer Diesel gewesen. Dabei sei die Stickstoffemission die Herausforderung gewesen, die Technik ... habe die Lösung sein sollen.*

*Der Kl. hat die Zahlung von 26034,66 € nebst Zinsen abzgl. einer Nutzungsentschädigung Zug um Zug gegen Übereignung und Übergabe des Fahrzeugs, die Feststellung des Annahmeverzuges, die Freistellung von Rechtsanwaltskosten und die Feststellung begehrt, dass die Bekl. auch weitere Schäden zu ersetzen habe. Die Bekl. hat Klagabweisung beantragt.*

*Die Bekl. hat behauptet, die Abschaltvorrichtung „Bit 15“ werde nur für die USA behauptet.*

*Die Reduzierung der Abgasrückführung erfolge, um einer Versottung und Verlackung von Motorbauteilen vorzubeugen. Es handele sich um Industriestandard. Vor Erteilung der Typengenehmigung habe sie das Kraftfahrtbundesamt darauf hingewiesen, dass die Abgasrückführungsrate temperaturabhängig sei. Das Thermofenster sei den Behörden bekannt.*

*Die freiwillige Kundendienstmaßnahme habe die Bekl. bei dem Dieselpfiff der Bundesregierung im Jahr 2017 angekündigt.*

*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 Deliktsanspruch zu. Ein solcher Anspruch setze eine Manipulation der Motorsteuerung voraus, von der nicht auszugehen sei. Der Kl. habe eine unzulässige Abschaltvorrichtung nicht hinreichend dargetan.*

*Mit dem pauschalen Vortrag, dass die Abgaswerte auf dem Prüfstand besser seien als im Straßenbetrieb, werde kein konkreter Anhaltspunkt für eine Prüfstanderkennung dargelegt. Es handele sich um Vortrag ins Blaue hinein. Der Kl. habe nicht dargetan, aufgrund welcher Anhaltspunkte er eine unzulässige Abschaltvorrichtung habe für wahrscheinlich halten dürfen.*

*Der Rückruf des Kraftfahrtbundesamts für andere Motortypen reiche nicht. Es gebe keinen Generalverdacht. Die Grundlagen für die Annahme eines Mangels sollten erst im Prozess erhoben werden, was eine Ausforschung darstelle.*

*Der Kl. habe sein eigenes Fahrzeug zu überprüfen gehabt. Das habe ggf. durch einen Sachkundigen erfolgen können.*

*Für das Fahrzeug des Kl. gebe es gerade keinen Rückruf.*

*Der Vortrag zur Abschaltvorrichtung „Slipguard“ erfolge ins Blaue hinein. Aus der Zeitung ergebe sich, dass sie nur in den USA entdeckt worden sei und nur Fahrzeuge mit AdBlue-Technik betreffe.*

*Seinen Vortrag zum Thermofenster habe der Kl. nicht auf Berichte gestützt. Der Vortrag der Bekl. enthalte kein Zugeständnis. In ihm werde die Funktion anders beschrieben. Für Diesel gebe es für niedrige Temperaturen eine Freistellung. Aus einem Unterlassen einer Dokumentation der Parameter der Motorsteuerung beim Antrag auf Typengenehmigung folge keine Beweislastumkehr. Sie betreffe nur das Verhältnis zwischen der Bekl. und der Behörde.*

*Es sei nicht gesichert, dass die Dokumente, auf die sich der Kl. berufe, den Motor ... betreffen.*

*Die vom Kl. vorgelegten Presseberichte seien kein Beweismittel.*

*Dass Updates vom Kraftfahrtbundesamt angeordnet worden seien, erlaube keinen Rückschluss auf eine verbotene Abschalteneinrichtung. Es sei nicht ersichtlich, dass das aufgrund der behaupteten Manipulation der Motorsteuerung erfolgt sei.*

*Dass die Bekl. Rückstellungen gebildet habe, habe seinen Grund in kaufmännischer Vorsicht. Es sei kein Zugeständnis einer Manipulation der Motorsteuerung.*

*Dass Ziel der Updates eine Reduktion der Stickoxidemission sei, erlaube keinen Rückschluss darauf, dass ohne das Update eine verbotene Abschalteneinrichtung vorliege.*

*Gegen dieses Urteil richtet sich die frist- und formgerecht eingelegte und begründete Berufung des Kl. Zur Begründung führt er im Wesentlichen aus, das Landgericht habe seinen Anspruch auf rechtliches Gehör verletzt. Sein Vortrag sei substantiiert. Das Landgericht habe die Anforderungen überspannt. Er habe vorgetragen, soweit ihm das möglich gewesen sei. Er habe keine eigene Sachkunde und keinen Einblick in die Entwicklung des Motors.*

*Das Landgericht habe seinen Vortrag zu der freiwilligen Kundendienstmaßnahme ignoriert. Dabei würden Funktionalitäten gelöscht, wegen derer Ermittlungen gegen die Bekl. liefen. Wenn die Halter der Maßnahme nicht nachkämen, drohe ein Rückruf. So sei es etwa bei dem Modell ... gewesen. Offensichtlich sei auch dem Kraftfahrtbundesamt eine unzulässige Abschalteneinrichtung bekannt. Das sei aus dem Kodex für Rückrufe zu schließen.*

*Ihm seien nach Schluss der mündlichen Verhandlung neue Tatsachen bekannt geworden. Die Motorsteuerung enthalte eine Kühlmittel-Sollwert-Temperaturregelung. Das sei für den Motor ... durch die Bundesregierung in einer Antwort auf eine Anfrage der Fraktion der Grünen bestätigt worden, gelte aber auch für den Motor .... Der Kühlmittelkreislauf werde künstlich kälter gehalten, die Aufwärmung des Motoröls verzögert. Dadurch würden auf dem Prüfstand die Grenzwerte eingehalten, im Straßenverkehr sei die Funktion deaktiviert. Bei Dauerbetrieb mit dieser Funktion würde der Motor versotten. Die Funktion habe bei einem Update entfernt werden sollen, was zufällig bei der Analyse des Updates entdeckt worden sei. Sie sei 2011 bei dem Typengenehmigungsprozess nicht vorgestellt worden. Erst im Mai 2018 bzw. 2019 habe die Bekl. sie dem Kraftfahrtbundesamt vorgestellt. Dieses habe daraufhin einen Rückruf angeordnet, der das Modell ... betroffen habe. Das Kraftfahrtbundesamt habe die Funktion erst bei Messungen entdeckt. Nach den Messungen erfolgten bei einem Kaltstart, wie auf dem Prüfstand, geringere Emissionen als bei einem Warmstart, was physikalisch nicht erklärbar sei. Bei einem Warmstart werde über die Kühlmitteltemperatur und andere Parameter wie etwa den Neigungswinkel die Testsituation erkannt. Das Fahrzeug werde vor einem Test in bestimmter Weise konditioniert. Die Software erkenne das. Der Kl. hat das streitgegenständliche Fahrzeug am 20.11.2019 für 13000 € an einen Bekannten verkauft. Der Kilometerstand betrug seinerzeit 142000 km.*

*Die Bekl. verteidigt das angefochtene Urteil unter Wiederholung und Vertiefung ihres erstinstanzlichen Vortrags. Sie bestreitet, dass die Kühlmittel-Sollwert-Temperaturregelung oder die Konditionierung der Fahrzeuge vor dem Test einer Prüfstandserkennung mit verschiedenen Betriebsmodi für Prüfstand und Regelbetrieb dienen. Die Kühlmittel-Sollwert-Temperaturregelung führe auf dem Prüfstand wie im Straßenbetrieb dazu, dass der Motor während der Warmlaufphase bei einem Kaltstart kühl gehalten werden, was zu einer niedrigeren Verbrennungstemperatur und so zu einer verringerten Bildung von Stickoxiden führe.*

## **Aus den Gründen**

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

1. Die Klageänderung ist nach § 533 ZPO zulässig. Sie ermöglicht eine weitergehende Streitbeilegung zwischen den Parteien. Die Entscheidung auch über den geänderten Antrag ist auf der Grundlage der Tatsachen möglich, die der Entscheidung ohnehin zugrunde zu legen sind. Das sind die bereits in erster Instanz vorgetragenen Tatsachen und - was den Verkauf des Fahrzeugs angeht - eine nach Abschluss der ersten Instanz neu entstandene Tatsache, die so ohne Nachlässigkeit i. S. d. § 531 Abs. 2 Nr. 3 ZPO vorgetragen werden kann.

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 unerlaubten Abschalteneinrichtungen ausgerüstet sein, von denen mindestens eine zum Rückruf durch das Kraftfahrtbundesamt führen kann.

(1) Eine Abschalteneinrichtung ist nach Art. 3 Nr. 10 VO 715/2007/EG ein Konstruktionsteil, 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 Umgebungstemperatur ermittelt. Je nach Umgebungstemperatur 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 Temperaturen unter 10 Grad oder über 30 Grad nicht ungewöhnlich.

Auch eine Kühlmittel-Sollwert-Temperaturregelung wäre in der vom Kl. behaupteten Ausgestaltung eine Abschalteneinrichtung. Denn sie würde dann auf dem Prüfstand eine optimale Abgasrückführung bewirken, mit der der Grenzwert für die Stickoxidemission eingehalten werden kann, während sie im Straßenverkehr deaktiviert wäre, um den Motor zu schonen, indem eine Versottung vermieden wird, die bei der für die Einhaltung der Grenzwerte notwendigen Verbrennungstemperatur zu erwarten wäre. Der Vortrag des Kl. dazu ist nicht nach § 531 Abs. 2 Nr. 3 ZPO zurückzuweisen. Er ist zwar in der Berufungsinstanz neu, aber es ist nicht erkennbar, dass die Funktion dem Kl. bereits in der ersten Instanz bekannt war, sodass nicht festgestellt werden kann, dass das

fehlende Vorbringen in der ersten Instanz auf Nachlässigkeit beruhte.

Soweit der Kl. weiter vorträgt, das Fahrzeug erkenne den Prüfstandbetrieb wegen der Konditionierung vor dem Test, spielt das keine Rolle. Denn er behauptet nicht, dass dieses Erkennen Einfluss auf die Schadstoffemissionen hat.

Die erstinstanzlich behauptete Prüfstanderkennung „Slip-guard“, nach der auf dem Prüfstand u. a. die Rate der Abgasrückführung verändert werde, wäre ebenfalls eine Abschalt-einrichtung. Sie würde zu verschiedenen Betriebsmodi auf dem Prüfstand und im Regelbetrieb führen.

Die weiter behauptete Funktion „Bit 15“ spielt für das Fahrzeug des Kl. keine Rolle. Denn damit soll Einfluss auf die Harnstoffeinspritzung genommen werden. Das Fahrzeug des Kl. verfügt dagegen über keinen SCR-Katalysator, zu dessen Betrieb die Einspritzung von Harnstoff notwendig wäre.

(2) Jedenfalls einige der behaupteten Abschalt-einrichtungen wären unzulässig, weil keine Ausnahme nach Art. 5 Abs. 2 S. 2 VO 715/2007/EG eingriffe. Nach lit. a dieser Vorschrift ist eine Abschalt-einrichtung, die notwendig ist, um den Motor vor Beschädigungen oder Unfall zu schützen, zulässig. Unzulässig wären die Funktion „Slipguard“ und die Kühlmittel-Sollwert-Temperaturregelung in der vom Kl. behaupteten Ausgestaltung. Auch die Bekl. behauptet nicht, dass diese Funktionen dem Motorschutz dienen. Das Kraftfahrtbundesamt stuft die Kühlmittel-Sollwert-Temperaturregelung bei einigen anderen Fahrzeugmodellen als unzulässig ein und hat deswegen einen Rückruf angeordnet.

Unzulässig wäre ebenfalls eine Auslegung des Thermofensters in einer Weise, die über das zum Motorschutz notwendige Maß hinausginge. Das ist unabhängig von der Frage, ob das Thermofenster ansonsten zulässig ist und ob es sich dabei um einen von allen Herstellern verwendeten Industriestandard handelt.

(3) Es muss der von dem Kl. angebotene Sachverständigenbeweis über die von ihm behaupteten unzulässigen Abschalt-einrichtungen erhoben werden. Sein Vortrag dazu 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 begehrteten 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. Das gilt bei der Behauptung einer unzulässigen Abschalt-einrichtung nicht, weil die Partei mangels eigener Sachkunde keine Kenntnis von der genauen Wirkweise haben kann

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

Der Kl. hat zu den von ihm behaupteten unzulässigen Abschalt-einrichtungen vorgetragen, soweit ihm das möglich war. Er hat sich z. T. auf Berichte über festgestellte Abschalt-einrichtungen in den USA und bzgl. der Kühlmittel-Sollwert-Temperaturregelung auf Rückrufe durch das Kraftfahrt-Bundesamt und eine Äußerung der Bundesregierung bezogen. Soweit er eine Ausgestaltung des Thermofensters über das notwendige Maß hinaus behauptet, geschieht das nicht ins Blaue hinein, sondern beschreibt eine technisch mögliche Ausgestaltung. Weiterer Vortrag ist dem Kl. nicht möglich, weil er keinen Ein-

blick in die Motorsteuerung und deren Entwicklung bei der Bekl. hat. Ein Sachverständigen-gutachten zur Ermöglichung weiteren Vortrags muss er nicht einholen. Der Vortrag des Kl. ist andererseits hinreichend konkret, um zur Überprüfung durch einen Sachverständigen gestellt zu werden.

(4) Liegt eine unzulässige Abschalt-einrichtung vor, so könnte die zuständige Verwaltungsbehörde nach § 5 Abs. 1 FZV dem Halter oder Eigentümer eine Frist zur Beseitigung setzen und danach die Betriebserlaubnis entziehen. Diese Möglichkeit kann nicht ausgeschlossen werden. Jedenfalls besteht die Gefahr nicht erst dann, wenn ein Rückruf angeordnet worden ist

(vgl. BGH, Beschluss vom 28.1.2020, VIII ZR 57/19, Rn. 13 bei juris).

Auch könnte das Kraftfahrt-Bundesamt nach § 25 Abs. 3 EG-FGV die Typengenehmigung widerrufen. Zwar hat es bei dem viel offensichtlicheren Verstoß durch die ... AG, bei dem die Motorsteuerung aufgrund der Prüfstanderkennung eine eindeutig unzulässige Abschalt-einrichtung enthielt, nicht den Weg des Widerrufs der Typenzulassung gewählt, sondern eine Nebenbestimmung nach § 25 Abs. 2 EG-FGV erlassen. Nach einer solchen Nebenbestimmung wäre die Abschalt-einrichtung zu entfernen bzw. zu ändern, damit sie zulässig wird. Indes kann nicht ausgeschlossen werden, dass es bei anderen festgestellten Verstößen gegen das Typenzulassungsrecht anders reagiert.

b) Das Verhalten der Bekl. wäre als sittenwidrig zu beurteilen.

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 drittschützend und der Geschädigte in den Schutzbereich einbezogen sein

(Wagner in: MK BGB, 7. Auflage, § 826, Rn. 22).

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 das Verhalten eines Autoherstellers, der ein Fahrzeug mit einem Motor in Verkehr bringt, der mit einer unzulässigen Abschalt-einrichtung versehen ist, als sittenwidrig angesehen werden. Er würde seinen Kunden bewusst einen Schaden zufügen, um seine Gewinne zu optimieren. Denn der Einbau einer unzulässigen Abschalt-einrichtung 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).

Die Veranlassung zum Abschluss eines ungewollten Vertrages durch Täuschung liegt dabei im Schutzbereich der Norm.

Hinsichtlich der Funktion „Slipguard“ und der Kühlmittel-Sollwert-Temperaturregelung in der vom Kl. behaupteten Ausgestaltung wäre von einer Sittenwidrigkeit auszugehen. Die

Schaffung von zwei verschiedenen Betriebsmodi mit dem Ziel, dass auf dem Prüfstand die Grenzwerte eingehalten werden, könnte nur der Umgehung der Grenzwerte dienen und führt zu der erheblichen Gefahr eines Rückrufs.

Bzgl. des Thermofensters käme es darauf an, ob die Bekl. hätte damit rechnen müssen, dass es als unzulässig eingestuft werden und die Zulassung des Fahrzeugs dadurch in Gefahr sein könnte. Das hängt davon ab, inwieweit sich die Funktion im Rahmen des für den Motorschutz Erforderlichen bewegen, was von der Funktionsweise dem Kraftfahrtbundesamt im Typengenehmigungsverfahren offengelegt worden ist und welches Bewusstsein die Verantwortlichen bei der Bekl. hinsichtlich der Zulässigkeit hatten.

Vielfach wird angenommen, dass die Sittenwidrigkeit bei einer technischen Lösung, die nicht speziell auf Verhältnisse des Betriebes des Fahrzeugs auf den Prüfstand zugeschnitten ist, nicht ohne Weiteres angenommen werden kann

(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).

Bei einer solchen Lösung, die in der Industrie zumindest weit verbreitet sei, könne nicht vermutet werden, dass der Hersteller damit gerechnet habe, sie werde von den Behörden als unzulässige Abschaltvorrichtung angesehen werden. Es komme auch einfache Fahrlässigkeit in Betracht.

Das ist allerdings bei einer Ausgestaltung über das notwendige Maß hinaus nicht überzeugend. Denn das Thermofenster kann – abhängig von dem jeweiligen 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. Das Temperaturfenster wird so eingestellt sein, dass die Abgasrückführung bei den Temperaturen, die im Prüfstand herrschen, voll wirksam ist und so die Grenzwerte sicher erreicht werden. Auf der Straße wäre das hingegen nicht der Fall, weil die Temperaturen im Prüfstand häufig unterschritten werden dürften. Die Rate der Abgasrückführung würde dann abgesenkt, um eine Versottung zu vermeiden, die bei einem ständigen Betrieb wie auf dem Prüfstand zu erwarten wäre. Je nachdem, wie stark die Absenkung erfolgt, kann man von verschiedenen Betriebsweisen sprechen. Es kommt daher auf die genaue Wirkungsweise und deren Notwendigkeit für den Motorschutz an.

Allein dass viele oder alle Hersteller ein Thermofenster nutzen, führt nicht dazu, dass je nach konkreter Ausgestaltung ein Bewusstsein dafür fehlen muss, dass die Abschaltvorrichtung unzulässig sein kann. Denn alle Hersteller sehen sich mit dem Problem konfrontiert, dass die Motoren versotten würden, wenn immer die Abgasrückführungsrate eingehalten würde, die zur sicheren Einhaltung der Grenzwerte für NOx führen würde. Sie können so alle versucht sein, die Rückführungsrate stärker abzusenken als notwendig, um eine Dauerhaltbarkeit der Motoren zu erreichen.

Ein Schluss auf die Einschätzung der Verantwortlichen kann daraus zu ziehen sein, ob und ggf. wie genau das Kraftfahrtbundesamt bei der Beantragung der Typengenehmigung von dem Vorhandensein der Abschaltvorrichtungen informiert worden ist. Eine Offenlegung der genauen Wirkungsweise würde dafür sprechen, dass die Bekl. nicht mit einer Einstufung als unzulässige Abschaltvorrichtung rechnete. Darin wäre sie durch die Genehmigung bestärkt worden. Es bliebe kein Raum für die Annahme der Kenntnis der die Sittenwidrigkeit begründenden Umstände.

Zu diesem Punkt wird die Bekl. weiter vortragen müssen,

weil der Kl. die Kenntnis des Kraftfahrtbundesamtes bestreitet. Die Bekl. legt dazu derzeit nur dar, dass bei der Beantragung der Typengenehmigung ein Hinweis auf die Temperaturabhängigkeit der Abgasrückführung erfolgt sei. Das wäre gegebenenfalls nicht ausreichend, da Einzelheiten der Funktion des Thermofensters, insbesondere die Beeinflussung der Abgasrückführungsrate durch die Umgebungstemperaturen, nicht deutlich werden.

Die Bekl. muss im Rahmen der sekundären Darlegungslast dazu vortragen, welche Informationen dem Kraftfahrtbundesamt genau zur Verfügung gestellt worden sind. Ebenfalls muss sie weiter vortragen, welches Bewusstsein die Personen hatten, die an der Beantragung der Typengenehmigung beteiligt waren. Diese müssen sich notwendigerweise mit der Frage beschäftigen haben, ob die Motorsteuerung zulässig ist, weil Abschaltvorrichtungen angemeldet werden müssen. 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).

Der Kl. hat keinen Einblick in die Entwicklung der Motorsteuerung durch die Bekl. und den Ablauf des Typengenehmigungsverfahrens. 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 verheimlicht wurde bzw. die Beteiligten das Bewusstsein hatten, dass sie unzulässig sei. Darauf ist er noch hinzuweisen.

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 selbständigen 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 das Problem der Gefahr der Versottung bei Verbrennungstemperaturen, die den Stickstoffausstoß minimieren, bekannt gewesen sei und der entwickelte Motor die Lösung habe sein sollen. In der Tat läge bei dieser Sachlage eine

Nachfrage nahe, wie genau die technische Lösung aussieht.

Dem Kl. kann weiterer Vortrag nicht abverlangt werden. Denn er hat keinen Einblick in die Verhältnisse bei der Bekl.

Er kann so 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.

Der Kl. steht außerhalb der Entscheidungsprozesse bei der Bekl. Der Bekl. sind nähere Angaben dazu zumutbar. Sie ist nicht gezwungen, Betriebsgeheimnisse zu offenbaren. Sie muss nur die Vorgänge und die Beteiligten an der Motorentwicklung benennen, damit der Kl. 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 Voratz 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 Voratz 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 Voratz vor. Denn dann wäre absehbar gewesen, dass das Vermögen der Käufer beeinträchtigt war, weil eine Stilllegung der Fahrzeuge drohte.

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 mag sie die Mitarbeiter benennen.

e) Sollten die Haftungsvoraussetzungen bestehen, stünde dem Kl. Schadensersatz zu. Er könnte den Ersatz des negativen Interesses verlangen. Er könnte zumindest den Ersatz des Kaufpreises unter Anrechnung des Gebrauchsvorteils verlangen.

Der Schaden wäre nicht dadurch weggefallen, dass der Kl. das Fahrzeug zwischenzeitlich verkauft hat. Denn dadurch ist keine Befreiung von der ungewollten Verbindlichkeit eingetreten.

Der Schaden des Käufers eines Fahrzeugs, dessen Motor mit einer unzulässigen Abschaltvorrichtung versehen ist, besteht in dem Abschluss eines ungewollten Vertrages

(BGH, Urteil vom 25.5.2020, VII ZR 252/19, Rn. 47 bei juris).

Wer mit einem ungewollten Vertrag belastet ist, kann die Befreiung davon verlangen. Er kann den Ersatz des Kaufpreises verlangen. Im Gegenzug muss er die Kaufsache dem Schädiger übereignen oder, wenn er sie zwischenzeitlich anderweitig veräußert hat, sich den dabei erzielten Preis anrechnen lassen. Beides erfolgt, damit etwaige Vorteile im Zusammenhang mit dem ungewollten Vertrag nicht bei dem Geschädigten verbleiben, dessen Schaden sonst überkompensiert würde

(BGH, Urteil vom 9.5.2005, II ZR 287/02, Rn. 13, 18 bei juris).

Ziel ist nicht, dem Schädiger bestimmte Werte im Zusammenhang mit der Kaufsache zu verschaffen oder zu erhalten.

Veräußert der Geschädigte die streitbefangene Sache an einen Dritten, wird er nicht in diesem Sinne von dem Vertrag

befreit, es sei denn, er würde dabei den ursprünglich aufgewandten Kaufpreis erzielen

(OLG Schleswig, Urteil vom 5.8.2020, 9 U 206/19, n. v.; a. A. OLG Celle, Urteil vom 4.12.2019, 7 U 434/18, Rn. 12 bei juris).

Zwar liegt in dem Verkauf eine auf einer freien Entscheidung beruhende Verfügung über die Sache. Die Belastung mit der Verbindlichkeit zur Kaufpreiszahlung aus dem ursprünglichen Kauf wird dadurch aber nicht beseitigt. Das ist erst der Fall, wenn der Geschädigte den Kaufpreis – abzüglich etwaiger Gebrauchsvorteile – ersetzt erhält.

Diese Ansicht führt nicht zu unbilligen Ergebnissen, weil der Geschädigte die Möglichkeit erhalte, willkürlich auf die Höhe des Schadensersatzes einzuwirken

(anders OLG Schleswig, Urteil vom 22.11.2019, 17 U 70/19, Rn. 28 ff. bei juris; OLG Schleswig, Urteil vom 27.1.2020, 18 U 9/19, n. v.).

Es wäre vielmehr unbillig, den Geschädigten zu zwingen, die Sache zu behalten, während er einen Prozess führt, weil der Schädiger eine Kompensation des Schadens unter Übernahme der Sache verweigert. Der Geschädigte kann ein berechtigtes Interesse an der Veräußerung der Sache haben, etwa wenn er sie wegen eines streitgegenständlichen Mangels nicht mehr nutzen möchte oder wenn sie seinen Zwecken nicht mehr dient, er im Falle eines Fahrzeugkaufs z. B. ein größeres oder kleineres Fahrzeug benötigt. Auch kann der Geschädigte im Falle des Verkaufes der Sache schlechter stehen als bei der Ersetzung des Kaufpreises unter Anrechnung der Gebrauchsvorteile und Übernahme der Sache durch den Schädiger. Das zeigt etwa der vorliegende Fall. Auch wenn man eine niedrigere Gesamtleistung von 300 000 km ansetzt, läge der zu ersetzende Restkaufpreis über dem von dem Kl. erzielten Kaufpreis.

Es führt nicht zu einer Unbilligkeit des Vorgehens des Geschädigten, dass er die Sache nicht mehr an den Schädiger übereignen kann. Wie dargelegt, soll die Übereignung Vorteile bei dem Geschädigten abschöpfen, nicht zu Vorteilen des Schädigers führen. Dessen Rechte werden dadurch gewahrt, dass der Wert der Sache in Form des erzielten Kaufpreises angerechnet wird.

Eine Unbilligkeit des Vorgehens entsteht auch nicht dadurch, dass für den Geschädigten keine weiteren, den Schadensersatzanspruch schmälern, Gebrauchsvorteile anfallen. Denn auch die Anrechnung der Gebrauchsvorteile erfolgt zur Vermeidung einer Überkompensation des Schadens, nicht im Interesse des Geschädigten. Wenn keine Vorteile mehr anfallen, ist auch nichts anzurechnen. Der Schädiger hat keinen Anspruch darauf, dass der Geschädigte die Sache durchgehend nutzt.

Die Möglichkeit, dass der Geschädigte die Sache unter Wert verkauft, führt nicht dazu, dass ein Verkauf grundsätzlich als unbillig angesehen werden müsste. In solchen Fällen würde sein Schadensersatzanspruch nach § 254 Abs. 2 BGB wegen eines Verstoßes gegen die Schadensminderungspflicht gekürzt werden.

3. Auf den Hilfsantrag des Kl. hin 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 zu der Funktion „Slipguard“ und zu dem Thermofenster vorgetragen und bestritten,

dass es sich im Rahmen des Notwendigen bewege und dem Kraftfahrtbundesamt bekannt gewesen sei. Das hat das Landgericht, wie oben dargelegt 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 Näheres vortragen.

Aufgrund des Vortrags und des Bestreitens der Bekl. ist eine umfangreiche und schwierige Beweisaufnahme notwendig. Es ist die Einholung eines Sachverständigengutachtens zu den technischen Fragen notwendig. Gegebenenfalls werden auch Zeugen zu vernehmen sein, die an der Entwicklung des Thermofensters 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

(aaO, Rn. 6).

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

4. Nach § 21 Abs. 1 S. 1 werden Gerichtskosten für die Berufung nicht erhoben. Die Entscheidung über die vorläufige Vollstreckbarkeit beruht auf § 708 Nr. 10 ZPO.

Die Revision wird zugelassen, weil die Rechtssache grundsätzliche Bedeutung hat und die Fortbildung des Rechts und die Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung eine Entscheidung des Revisionsgerichts erfordert (§ 543 Abs. 2 ZPO). Es ist die Frage zu klären, ob die Veräußerung der streitbefangenen Sache einen Schadensersatzanspruch aus § 826 BGB ausschließt. Die Entscheidung weicht von den Entscheidungen anderer Senate bzw. Oberlandesgerichte ab.