



BUNDESGERICHTSHOF

BESCHLUSS

VII ZR 602/21

vom
23. Februar 2022
in dem Rechtsstreit

Der VII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat am 23. Februar 2022 durch den Vorsitzenden Richter Pamp, den Richter Halfmeier sowie die Richterinnen Sacher, Dr. Brenneisen und Dr. C. Fischer

beschlossen:

Der Beschwerde des Klägers gegen die Nichtzulassung der Revision wird stattgegeben.

Der Beschluss des 5. Zivilsenats des Schleswig-Holsteinischen Oberlandesgerichts vom 19. Mai 2021 wird gemäß § 544 Abs. 9 ZPO aufgehoben. Der Rechtsstreit wird zur neuen Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten des Verfahrens über die Beschwerde gegen die Nichtzulassung der Revision, an das Berufungsgericht zurückverwiesen. Die weitergehende Beschwerde des Klägers wird zurückgewiesen.

Gegenstandswert: bis zu 80.000 €

Gründe:

I.

- 1 Der Kläger nimmt die beklagte Kraftfahrzeugherstellerin wegen der Verwendung einer unzulässigen Abschaltvorrichtung auf Schadensersatz in Anspruch.

2 Der Kläger erwarb im Juni 2018 bei einem Autohaus ein von der Beklagten hergestelltes Fahrzeug Mercedes Benz E 350 D Avantgarde Night als Gebrauchtwagen. Den Kaufpreis von 69.900 € finanzierte der Kläger teilweise. Das Fahrzeug ist mit einem Dieselmotor des Typs OM 642 ausgestattet. Für den Fahrzeugtyp wurde die Typgenehmigung nach der Verordnung (EG) Nr. 715/2007 mit der Schadstoffklasse Euro 6 erteilt.

3 Ob das Fahrzeug von einem verpflichtenden Rückruf durch das Kraftfahrt-Bundesamt (KBA) betroffen ist, ist zwischen den Parteien streitig. Ein von der Beklagten entwickeltes Software-Update ist zwischenzeitlich auf das Fahrzeug des Klägers aufgespielt worden.

4 Der Kläger ist der Auffassung, die Beklagte habe ihn im Wege des Schadensersatzes so zu stellen, als habe er den Kaufvertrag für das Fahrzeug nicht abgeschlossen.

5 Das Landgericht hat die Klage abgewiesen. Die Berufung des Klägers ist erfolglos geblieben. Mit der Nichtzulassungsbeschwerde verfolgt der Kläger seine zuletzt gestellten Anträge auf Ersatz des Kaufpreises zuzüglich der Finanzierungskosten nebst Verzugszinsen Zug um Zug gegen Herausgabe des Fahrzeugs abzüglich einer noch zu beziffernden Nutzungsentschädigung, Feststellung des Annahmeverzugs und Ersatz außergerichtlicher Rechtsanwaltskosten weiter und rügt unter anderem eine Verletzung seines Anspruchs auf rechtliches Gehör.

II.

6 Die Nichtzulassungsbeschwerde hat Erfolg und führt gemäß § 544 Abs. 9 ZPO zur Aufhebung des angegriffenen Beschlusses und zur Zurückverweisung des Rechtsstreits an das Berufungsgericht. Der angefochtene Beschluss beruht

auf einer Verletzung des Anspruchs des Klägers auf Gewährung rechtlichen Gehörs aus Art. 103 Abs. 1 GG.

7 1. Das Berufungsgericht hat zur Begründung seiner Entscheidung, soweit hier von Interesse, im Wesentlichen Folgendes ausgeführt:

8 Dem Kläger stehe gegen die Beklagte unter keinem rechtlichen Gesichtspunkt ein Schadensersatzanspruch wegen der Verwendung einer unzulässigen Abschaltvorrichtung gegen die Beklagte zu. Weder sei der Beklagten durch das Inverkehrbringen des Fahrzeugs des Klägers ein Verstoß gegen die guten Sitten anzulasten, noch habe sie dem Kläger vorsätzlich einen Schaden zugefügt.

9 Ob hinsichtlich des vom Kläger behaupteten Thermofensters eine unzulässige Abschaltvorrichtung vorliege, könne dahinstehen. Das Thermofenster arbeite vom Grundsatz her im normalen Fahrbetrieb in gleicher Weise wie auf dem Prüfstand, so dass es weiterer Anhaltspunkte für ein Bewusstsein der Rechtswidrigkeit und eine billigende Inkaufnahme des Gesetzesverstößes seitens der Beklagten bedürfe, die weder vorgetragen noch ersichtlich seien. Es müsse eine möglicherweise falsche, aber vertretbare Gesetzesauslegung seitens der Beklagten in Betracht gezogen werden. Allein der Umstand, dass Fahrzeuge mit der gleichen Motorkennung von einer vom KBA angeordneten Rückrufaktion betroffen seien, sei hierfür nicht ausreichend. Daran ändere nichts, dass auch das Klägerfahrzeug mittlerweile ggf. von einem Rückruf des KBA betroffen sei, da es auf die Vertretbarkeit der Gesetzesauslegung zum Zeitpunkt des Inverkehrbringens des Fahrzeugs ankomme.

10 Unabhängig davon, ob der Einbau einer Kühlmittel-Solltemperatur-Regelung (KSR) in das Klägerfahrzeug noch streitig sei, seien die Überlegungen zum Thermofenster zu übertragen. Selbst wenn es sich um eine unzulässige Abschaltvorrichtung handele, werde aus dem Klägervortrag nicht hinreichend deutlich, dass die KSR eine Funktion aufweise, die bei erkanntem Prüfstandsbetrieb

eine verstärkte Abgasrückführung aktiviere und den Stickoxidausstoß gegenüber dem normalen Fahrbetrieb reduziere. Der Kläger trage nicht vor, dass die von ihm dargestellte Funktion nach der Vorkonditionierung des Fahrzeugs - Abstellen für ca. sechs Stunden bei gleichbleibender Temperatur - nicht auch im normalen Fahrbetrieb eingreife. Es werde vor allem nicht deutlich, warum ein solcher Kaltstart im üblichen Fahrbetrieb nicht in gleicher Weise vorkomme wie auf dem Prüfstand.

11 Aus den vorgenannten Gründen könne jedenfalls ein Schädigungsvorsatz der für die Beklagte handelnden Personen nicht festgestellt werden. Anders als bei der "Umschaltlogik" im EA 189, bei der sich die Gesetzeswidrigkeit aufdränge, könne dies weder für das Thermofenster noch für die KSR ohne Weiteres vermutet und aus der bloßen Existenz der Einrichtung auf einen Schädigungsvorsatz geschlossen werden.

12 In seiner Stellungnahme zum Hinweisbeschluss vertiefe der Kläger nur bereits vorgebrachte Argumente. Zur KSR trage er vor, dass die Regelung bei niedrigen Temperaturen und bei nicht sehr hohen Temperaturen zum Einsatz komme; durch die geringe Beschleunigung mit einhergehender geringer Drehzahl sowie geringem Luftmassenstrom erkenne das Fahrzeug den Prüfstand. Dass dies nach einem Abstellen beziehungsweise einem Neustart mit anfänglich geringer Beschleunigung nicht auch im Normalbetrieb erfolge, trage er nicht vor. Es werde nach wie vor nicht deutlich, wieso ein Kaltstart im üblichen Fahrbetrieb nicht genauso vorkommen sollte wie auf dem Prüfstand. Die Beklagte habe die Prüfstandsbezogenheit zudem bestritten und lege dazu eine amtliche Auskunft des KBA vom 6. Oktober 2020 vor, derzufolge es sich bei der beanstandeten Funktion nicht um eine Prüfstandserkennung handele.

- 13 2. Zwar hat das Berufungsgericht mit zutreffender Begründung und inso-
weit von der Nichtzulassungsbeschwerde nicht angegriffen eine Haftung der Be-
klagten hinsichtlich des Thermofensters ausgeschlossen. Die Nichtzulassungs-
beschwerde rügt aber zu Recht, dass das Berufungsgericht die Substantiierungs-
anforderungen im Hinblick auf die KSR in gehörsverletzender Weise gehandhabt
habe.
- 14 a) Das Berufungsgericht hat offengelassen, ob das Fahrzeug des Klägers
überhaupt von einem verpflichtenden Rückruf des KBA wegen einer unzulässig-
gen Abschaltelinrichtung betroffen ist, so dass dieser zugunsten des Klägers re-
visionsrechtlich zu unterstellen ist. Ebenso offengelassen und damit zu unterstel-
len ist, dass die KSR eine unzulässige Abschaltelinrichtung darstellt.
- 15 b) In revisionsrechtlich nicht zu beanstandender Weise stellt das Beru-
fungsgericht sodann darauf ab, ob die unzulässige Abschaltelinrichtung in Form
der KSR prüfstandsbezogen ist. Das Kriterium der Prüfstandsbezogenheit ist
grundsätzlich geeignet, um zwischen nur unzulässigen Abschaltelinrichtungen
und solchen, deren Implementierung die Kriterien einer sittenwidrigen vorsätzli-
chen Schädigung erfüllen können, zu unterscheiden (vgl. BGH, Beschluss vom
16. September 2021 - VII ZR 126/21 Rn. 18, BeckRS 2021, 33038; Urteil vom
16. September 2021 - VII ZR 190/20 Rn. 19, WM 2021, 2108; Beschluss vom
9. März 2021 - VI ZR 889/20 Rn. 27, VersR 2021, 661; Beschluss vom
19. Januar 2021 - VI ZR 433/19 Rn. 18, ZIP 2021, 297). Das Berufungsgericht
benennt damit eines der wesentlichen Merkmale, nach denen die den sogenann-
ten Abgasskandal auslösende, von der Volkswagen AG im Motortyp EA 189 ver-
wendete Manipulationssoftware nicht nur eine unzulässige Abschaltelinrichtung
darstellt, sondern die deutlich höheren Anforderungen an eine sittenwidrige vor-
sätzliche Schädigung im Sinne des § 826 BGB erfüllen kann. Die Tatsache, dass
eine Manipulationssoftware ausschließlich im Prüfstand die Abgasreinigung ver-
stärkt aktiviert, indiziert eine arglistige Täuschung der Genehmigungsbehörden.

- 16 c) Die Nichtzulassungsbeschwerde beanstandet insoweit aber zu Recht, dass das Berufungsgericht dem Sachvortrag des Klägers nicht nachgegangen ist, die Abgasreinigung seines Fahrzeugs werde durch eine Software-Funktion gesteuert, die erkenne, ob sich das Fahrzeug auf dem Prüfstand befinde, und in diesem Fall eine KSR aktiviere, die den Ausstoß von Stickoxiden auf das zulässige Maß reduziere. Die Verwendung einer derartigen Prüfstandserkennungssoftware käme als Anknüpfungspunkt für die Annahme eines sittenwidrigen Verhaltens der für die Beklagte handelnden Personen grundsätzlich in Betracht. Damit hat das Berufungsgericht die Anforderungen an ein substantiiertes Vorbringen offenkundig überspannt.
- 17 aa) Ein Sachvortrag zur Begründung eines Anspruchs ist bereits dann schlüssig und erheblich, wenn die Partei Tatsachen vorträgt, die in Verbindung mit einem Rechtssatz geeignet und erforderlich sind, das geltend gemachte Recht als in der Person der Partei entstanden erscheinen zu lassen. Die Angabe näherer Einzelheiten ist nicht erforderlich, soweit diese für die Rechtsfolgen nicht von Bedeutung sind. Das Gericht muss nur in die Lage versetzt werden, aufgrund des tatsächlichen Vorbringens der Partei zu entscheiden, ob die gesetzlichen Voraussetzungen für das Bestehen des geltend gemachten Rechts vorliegen. Sind diese Anforderungen erfüllt, ist es Sache des Tatrichters, in die Beweisaufnahme einzutreten und dabei gegebenenfalls die benannten Zeugen oder die zu vernehmende Partei nach weiteren Einzelheiten zu befragen oder einem Sachverständigen die beweiserheblichen Streitfragen zu unterbreiten (vgl. BVerfG, Beschluss vom 24. Januar 2012 - 1 BvR 1819/10, WM 2012, 492, juris Rn. 16; BGH, Urteil vom 13. Juli 2021 - VI ZR 128/20 Rn. 20, WM 2021, 1609; Urteil vom 18. Mai 2021 - VI ZR 401/19 Rn. 19, MDR 2021, 871; Beschluss vom 28. Januar 2020 - VIII ZR 57/19 Rn. 7, ZIP 2020, 486; Beschluss vom 26. März 2019 - VI ZR 163/17 Rn. 11, VersR 2019, 835; jeweils m.w.N.).

- 18 Diese Grundsätze gelten insbesondere dann, wenn die Partei keine unmittelbare Kenntnis von den ihrer Behauptung zugrunde liegenden Vorgängen hat. Eine Partei darf auch von ihr nur vermutete Tatsachen als Behauptung in einen Rechtsstreit einführen, wenn sie mangels entsprechender Erkenntnisquellen oder Sachkunde keine sichere Kenntnis von Einzeltatsachen hat. Unbeachtlich ist der auf Vermutungen gestützte Sachvortrag einer Partei erst dann, wenn die Partei ohne greifbare Anhaltspunkte für das Vorliegen eines bestimmten Sachverhalts willkürlich Behauptungen "aufs Geratewohl" oder "ins Blaue hinein" aufstellt. Bei der Annahme von Willkür in diesem Sinne ist allerdings Zurückhaltung geboten. In der Regel wird sie nur bei Fehlen jeglicher tatsächlicher Anhaltspunkte vorliegen (BGH, Urteil vom 13. Juli 2021 - VI ZR 128/20 Rn. 21 f. m.w.N., WM 2021, 1609).
- 19 bb) Nach diesen Grundsätzen liegt eine Gehörsverletzung vor. Die Annahme des Berufungsgerichts, der von der Nichtzulassungsbeschwerde aufgezeigte Vortrag des Klägers zu einer Prüfstandsbezogenheit der KSR sei nicht hinreichend substantiiert, überspannt die Anforderungen offenkundig und verletzt den Kläger in seinem Anspruch auf rechtliches Gehör gemäß Art. 103 Abs. 1 GG.
- 20 (1) Der Kläger hat vorgetragen, dass das KBA im Herbst 2018 ein formelles Anhörungsverfahren wegen des Verdachts einer weiteren Abschaltvorrichtung gegen die Beklagte eingeleitet habe, bei der eine Software-Funktion eine spezielle Temperaturregelung (Kühlmittel-Solltemperatur-Regelung) aktiviere, welche den Kühlmittelkreislauf künstlich kälter halte und die Aufwärmung des Motoröls verzögere. Nur dadurch blieben die Stickoxidwerte auf dem Prüfstand unterhalb der gesetzlich vorgeschriebenen Grenzwerte. Im realen Fahrbetrieb hingegen werde diese Funktion deaktiviert und der gesetzliche Grenzwert von 180 mg/km deutlich überstiegen. Diese Software-Funktion sei zunächst bei Emissionsmessungen an einem GLK 220 CDI mit OM 651-Dieselmotor festgestellt worden. Inzwischen sei bekannt geworden, dass diese Abschaltvorrichtung nicht

nur in OM 651-Motoren der Modellreihe GLK, sondern darüber hinaus auch in Fahrzeugen der C-, E- und S-Klasse mit OM 642-Motoren verbaut worden sei. Im Juni 2019 habe das KBA aufgrund der detektierten und unzulässigen Abschaltvorrichtung ("Kühlmittel-Solltemperatur-Regelung") einen amtlichen Rückruf für zunächst rund 60.000 Dieselaautos des Modells GLK 220 CDI mit Euro-5-Norm und dem von der Beklagten produzierten OM 651-Motor erlassen. Es liege nahe, dass darüber hinaus viele weitere Modelle der Beklagten mit einem OM 651-Dieselmotor mit dieser unzulässigen Abschaltvorrichtung versehen seien. Das KBA gehe von mehr als 700.000 betroffenen Fahrzeugen aus.

21 (2) Der Kläger hat sich in der Berufungsinstanz mit der schon der landgerichtlichen Entscheidung zugrunde liegenden Auffassung, die KSR unterscheide nicht zwischen Prüfstand und realem Fahrbetrieb, auseinandergesetzt. Er hat dazu vorgetragen, dass infolge der Vorkonditionierung vor dem Prüfstandtest - für etwa sechs Stunden würden die Fahrzeuge bei gleichbleibenden Temperaturen abgestellt, so dass das Kühlmittel binnen dieser Zeit eine Temperatur von 20 °C - 30 °C annehme - die Motorsteuerung die bevorstehende Prüfung erkenne. Die KSR Sorge dafür, dass die Kühlmitteltemperatur im Kühlmittelkreislauf und damit einhergehend das Motoröl nur verzögert erwärmt werde. Daraus resultiere eine erheblich niedrigere NOx-Bildung und die Einhaltung der gesetzlichen NOx-Grenzwerte auf dem Prüfstand. Werde der Motor ohne die Vorkonditionierungsphase gestartet, erkenne die Motorsteuerung dies. Dann greife die KSR nicht ein, so dass sich Kühlmittel und Motoröl nebst Motor- und Brennraum des Fahrzeugs schneller erwärmten mit der Folge höherer Stickoxidemissionen.

22 (3) Nachdem das Berufungsgericht den Kläger darauf hingewiesen hatte, er trage weder vor, dass die KSR bei einem Abstellen für ca. sechs Stunden bei gleichbleibender Temperatur im üblichen Fahrbetrieb nicht auch eingreife noch werde deutlich, warum ein Kaltstart dabei nicht genauso vorkommen sollte wie auf dem Prüfstand, hat der Kläger seinen Vortrag vertieft. Er hat unter Hinweis

auf ein Sachverständigengutachten, das in einem Verfahren vor dem Landgericht Stuttgart eingeholt worden war, ausgeführt, die Motorsteuerung erkenne die im Vergleich zum realen Fahrbetrieb erheblich geringeren Beschleunigungswerte und die damit einhergehende verringerte Drehzahl und den verringerten Luftmassenstrom. Anhand dieser Parameter werde der Prüfstand erkannt und die Kühlmittelsolltemperatur auf 70 °C statt üblicher 100 °C geregelt. Im realen Fahrbetrieb hingegen würden die Bedingungen, unter denen die höhere Solltemperatur von 100 °C angesteuert werde, mit dem ersten Anfahren erfüllt.

23 cc) Weitergehender Vortrag war vom Kläger nicht zu verlangen. Zwar hat das vom Kläger zitierte Sachverständigengutachten nicht ausgeschlossen, dass die Absenkung der Kühlmittelsolltemperatur auch im normalen Fahrbetrieb auftreten könne. Der Beachtlichkeit des Sachvortrags des Klägers auf der Darlegungsebene steht dies indes genauso wenig entgegen wie die vom Berufungsgericht zitierte Entscheidung des Landgerichts Stuttgart betreffend einen Mercedes Vito mit Motortyp OM 651 und Euro-5-Zulassung, für den andere Abgasgrenzwerte gelten. Dies gilt auch für den Umstand, dass die Beklagte bestritten hat, dass die KSR nur auf dem Prüfstand aktiviert sei und das KBA für einen weder dargelegten noch erkennbaren Motortyp bescheinigt hat, dass es sich bei der KSR nicht um eine Prüfstandserkennung handele.

24 dd) Die Gehörsverletzung ist entscheidungserheblich. Es kann nicht ausgeschlossen werden, dass das Berufungsgericht unter Berücksichtigung des Vorbringens des Klägers zu einer anderen Beurteilung gekommen wäre.

25 d) Von der aufgezeigten Gehörsverletzung beeinflusst ist zugleich die Annahme des Berufungsgerichts, der Kläger habe hinsichtlich der KSR nicht hinreichend dazu vorgetragen, dass die für die Beklagte agierenden Personen die unzulässige Abschaltvorrichtung im Bewusstsein der Rechtswidrigkeit und unter bil-

ligender Inkaufnahme des Gesetzesverstoßes entwickelt und implementiert haben. Zwar lehnt das Berufungsgericht zutreffend und auch insoweit von der Nichtzulassungsbeschwerde nicht angegriffen einen Schädigungsvorsatz der Beklagten hinsichtlich des Thermofensters ab. Sollte aber die KSR ausschließlich im Prüfstand die Abgasreinigung verstärkt aktivieren, wäre dieser Umstand wie bereits dargelegt grundsätzlich geeignet, auf eine arglistige Täuschung der Genehmigungsbehörden und ein entsprechendes Unrechtsbewusstsein der Handelnden zu schließen (vgl. BGH, Beschluss vom 16. September 2021 - VII ZR 126/21 Rn. 18, BeckRS 2021, 33038; Urteil vom 16. September 2021 - VII ZR 190/20 Rn. 19, WM 2021, 2108, Beschluss vom 9. März 2021 - VI ZR 889/20 Rn. 27, VersR 2021, 661; Beschluss vom 19. Januar 2021 - VI ZR 433/19 Rn. 18, ZIP 2021, 297).

26

3. Soweit die Nichtzulassungsbeschwerde Rechtsfehler im Zusammenhang mit der Ablehnung von Ansprüchen aus § 823 Abs. 2 BGB in Verbindung mit § 6 Abs. 1, 27 Abs. 1 EG-FGV rügt, wären diese jedenfalls nicht entscheidungserheblich. Die Beklagte haftet dem Kläger weder nach den genannten Normen noch nach den Normen der Verordnung (EG) Nr. 715/2007, weil das Interesse, nicht zu einer ungewollten Verbindlichkeit veranlasst zu werden, nicht im Schutzbereich dieser Bestimmungen liegt (vgl. BGH, Urteil vom 16. September 2021 - VII ZR 190/20 Rn. 36, WM 2021, 2108; Urteil vom 30. Juli 2020 - VI ZR 5/20 Rn. 10 ff., ZIP 2020, 1715; Urteil vom 25. Mai 2020 - VI ZR 252/19 Rn. 72 ff., BGHZ 225, 316). Die Schlussanträge des Generalanwalts R. vom 23. September 2021 in Bezug auf Vorlagefragen österreichischer Gerichte betreffend das Thermofenster (abrufbar unter <https://curia.europa.eu>) geben keinen Anlass zu einer abweichenden Bewertung. Der Generalanwalt befürwortet, das dort zur Überprüfung gestellte Thermofenster als eine unzulässige Abschaltvorrichtung im Sinne der Verordnung (EG) Nr. 715/2007 einzuordnen und ein so ausgestattetes Fahrzeug als nicht dem Kaufvertrag gemäß im Sinne der Richtlinie

1999/44/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 25. Mai 1999 zu bestimmten Aspekten des Verbrauchsgüterkaufs und der Garantien für Verbrauchsgüter (ABl. EU 1999, L 171, S. 12) anzusehen. Wie schon bei der "Umschaltlogik" (vgl. EuGH, Urteil vom 17. Dezember 2020 - C-693/18, NJW 2021, 1216), besagt dies aber für die hier allein interessierende Frage, ob damit auch der Schutz des wirtschaftlichen Selbstbestimmungsrechts und damit der Schutz des Käufers vor dem Abschluss eines ungewollten Vertrages erfasst sein soll, nichts. Es sind auch im vorliegenden Verfahren keinerlei Anhaltspunkte dafür ersichtlich, dass der Gesetz- und Verordnungsgeber mit den genannten Vorschriften (auch) einen Schutz der allgemeinen Handlungsfreiheit und speziell des wirtschaftlichen Selbstbestimmungsrechts der einzelnen Käufer bezweckte und an die (auch fahrlässige) Erteilung einer inhaltlich unrichtigen Übereinstimmungsbescheinigung einen gegen den Hersteller gerichteten Anspruch auf (Rück-)Abwicklung eines mit einem Dritten geschlossenen Kaufvertrags hätte knüpfen wollen (BGH, Urteil vom 30. Juli 2020 - VI ZR 5/20 Rn. 11, ZIP 2020, 1715).

III.

27 Der angefochtene Beschluss ist danach aufzuheben und die Sache an das Berufungsgericht zurückzuverweisen (§ 544 Abs. 9 ZPO).

Pamp

Halfmeier

Sacher

Brenneisen

C. Fischer

Vorinstanzen:

LG Kiel, Entscheidung vom 20.08.2020 - 6 O 21/20 -

OLG Schleswig, Entscheidung vom 19.05.2021 - 5 U 125/20 -