



BUNDESGERICHTSHOF

BESCHLUSS

VII ZR 165/21

vom

15. September 2021

in dem Rechtsstreit

Der VII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat am 15. September 2021 durch den Vorsitzenden Richter Pamp, den Richter Prof. Dr. Jurgeleit sowie die Richterinnen Graßnack, Dr. Brenneisen und Dr. C. Fischer

beschlossen:

Die Parteien werden darauf hingewiesen, dass der Senat beabsichtigt, die Revision der Klägerin gegen das Urteil des 5. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Köln vom 13. Januar 2021 durch Beschluss gemäß § 552a ZPO auf ihre Kosten zurückzuweisen.

Es besteht Gelegenheit zur Stellungnahme binnen drei Wochen ab Zustellung dieses Beschlusses.

Der Streitwert für das Revisionsverfahren wird auf bis 19.000 € festgesetzt.

Gründe:

A.

- 1 Die Klägerin nimmt die Beklagte hinsichtlich eines von ihr im April 2016 von einer Niederlassung der Beklagten erworbenen und von der Beklagten hergestellten Gebrauchtwagens Mercedes Benz B 180 CDI in Anspruch. Das Fahrzeug ist mit einem Dieselmotor des Typs OM 651 ausgestattet.
- 2 Die Klägerin ist der Auffassung, die Beklagte habe sie im Wege des Schadensersatzes so zu stellen, als habe sie den Kaufvertrag für das Fahrzeug nicht abgeschlossen.

3 Das Landgericht hat die Klage abgewiesen. Die hiergegen eingelegte Berufung der Klägerin hatte keinen Erfolg. Mit der vom Berufungsgericht zugelassenen Revision verfolgt die Klägerin ihre Klageanträge weiter.

B.

4 Die Revision ist durch Beschluss zurückzuweisen. Die Voraussetzungen für die Zulassung der Revision liegen ersichtlich nicht vor und die Revision hat keine Aussicht auf Erfolg (§ 552a ZPO).

I.

5 Das Berufungsgericht hat seine Entscheidung, soweit für das Revisionsverfahren von Bedeutung, wie folgt begründet:

6 Gewährleistungsansprüche aus Kaufrecht seien verjährt. Es könne offenbleiben, ob das Thermofenster eine unzulässige Abschalt einrichtung im Sinne der Verordnung (EG) Nr. 715/2007 darstelle. Das Inverkehrbringen damit ausgestatteter Fahrzeuge stelle subjektiv keine sittenwidrige Handlung im Sinne des § 826 BGB dar, da es jedenfalls nicht unvertretbar sei, das Thermofenster als zulässige Abschalt einrichtung anzusehen. Soweit die Klägerin behauptete, in dem Fahrzeug sei eine Manipulationssoftware installiert, die den Prüfstandzyklus erkenne und dazu führe, dass dort niedrigere Abgasemissionen erreicht würden, sei dies unsubstantiiert. Greifbare Anhaltspunkte für eine solche unzulässige Abschalt einrichtung habe sie nicht dargetan; eine sekundäre Darlegungslast treffe die Beklagte weder hinsichtlich des Thermofensters noch hinsichtlich der behaupteten Manipulationssoftware. Eine Haftung der Beklagten gem. § 823 Abs. 2 BGB i.V.m. § 6 Abs. 1, § 27 Abs. 1 EG-FGV scheitere daran, dass diese Normen nicht das Interesse schützten, nicht zu einer ungewollten Verbindlichkeit veranlasst zu werden.

II.

7 Das Berufungsgericht hat die Revision zugelassen, weil die Sache angeblich "klärungsbedürftige Rechtsfragen" aufwerfe, die sich "über den Einzelfall hinaus in einer Vielzahl von Fällen" stellten, ohne zu konkretisieren, welche dies sein sollen. Solche Fragen stellen sich auch nicht. Die Rechtssache hat weder grundsätzliche Bedeutung, noch erfordern die Fortbildung des Rechts oder die Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung eine Entscheidung.

8 1. Die Revision rügt zu Unrecht, das Berufungsgericht habe die Anforderungen an die Darlegungslast hinsichtlich einer Manipulationssoftware, die den Prüfstandzyklus erkenne und in einen Modus mit hoher Abgasrückführung umschalte, überspannt und so den Anspruch der Klägerin auf rechtliches Gehör verletzt (Art. 103 Abs. 1 GG). Vielmehr hat das Berufungsgericht unter Beachtung der höchstrichterlich abstrakt geklärten Substantiierungsanforderungen den Vortrag der Klägerin in revisionsrechtlich nicht zu beanstandender Weise dahin gewürdigt, dass diese keine hinreichenden Anhaltspunkte für die Existenz einer solchen Manipulationssoftware dargelegt habe. Eine Verletzung rechtlichen Gehörs ist nicht zu erkennen.

9 a) Art. 103 Abs. 1 GG verpflichtet das Gericht, die Ausführungen der Prozessbeteiligten zur Kenntnis zu nehmen und in Erwägung zu ziehen. Das Gebot des rechtlichen Gehörs soll als Prozessgrundrecht sicherstellen, dass die Entscheidung frei von Verfahrensfehlern ergeht, welche ihren Grund in unterlassener Kenntnisnahme und Nichtberücksichtigung des Sachvortrags der Parteien haben (st. Rspr, vgl. nur BGH, Urteil vom 11. März 2021 - VII ZR 196/18 Rn. 42, BauR 2021, 1183 = NZBau 2021, 316; Beschluss vom 4. November 2020 - VII ZR 261/18 Rn. 13, BauR 2021, 593 = NZBau 2021, 178; Beschluss vom 14. Dezember 2017 - VII ZR 217/15 Rn. 9, BauR 2018, 669; Beschluss vom 16. November 2016 - VII ZR 23/14 Rn. 8, 10, ZfBR 2017, 146; jeweils m.w.N.). Ein Verstoß gegen Art. 103 Abs. 1 GG liegt dann vor, wenn das Gericht die Substantiierungsanforderungen offenkundig überspannt und es dadurch versäumt, den Sachvortrag der Parteien zur Kenntnis zu nehmen und die angebotenen Beweise zu erheben (st. Rspr., vgl. nur BGH, Urteil vom 11. März 2021

- VII ZR 196/18 Rn. 42, BauR 2021, 1183 = NZBau 2021, 316; Beschluss vom 4. November 2020 - VII ZR 261/18 Rn. 13, BauR 2021, 593 = NZBau 2021, 178; Beschluss vom 26. Februar 2020 - VII ZR 166/19 Rn. 14, BauR 2020, 1035 = NZBau 2020, 293; Beschluss vom 14. Dezember 2017 - VII ZR 217/15 Rn. 9, BauR 2018, 669; jeweils m.w.N.).

10 Nach der ständigen Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs ist ein Sachvortrag zur Begründung eines Anspruchs 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 (st. Rspr., vgl. nur BGH, Urteil vom 11. März 2021 - VII ZR 196/18 Rn. 43, BauR 2021, 1183 = NZBau 2021, 316; Beschluss vom 4. November 2020 - VII ZR 261/18 Rn. 14, BauR 2021, 593 = NZBau 2021, 178; Beschluss vom 16. November 2016 - VII ZR 314/13 Rn. 22, BauR 2017, 306; jeweils m.w.N.). 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, MDR 2021, 871, juris Rn. 19; Beschluss vom 28. Januar 2020 - VIII ZR 57/19 Rn. 7, ZIP 2020, 486; jeweils m.w.N.).

11 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 (vgl.

BGH, Urteil vom 13. Juli 2021 - VI ZR 128/20 Rn. 21, WM 2021, 1609; Beschluss vom 28. Januar 2020 - VIII ZR 57/19 Rn. 8, ZIP 2020, 486; Urteil vom 10. Januar 1995 - VI ZR 31/94, VersR 1995, 433, juris Rn. 17). Gemäß § 403 ZPO hat die Partei, die die Einholung eines Sachverständigengutachtens beantragen will, die zu begutachtenden Punkte zu bezeichnen. Dagegen verlangt das Gesetz nicht, dass der Beweisführer sich auch dazu äußert, welche Anhaltspunkte er für die Richtigkeit der in die Sachkenntnis des Sachverständigen gestellten Behauptung habe (BGH, Beschluss vom 14. Januar 2020 - VI ZR 97/19 Rn. 8, VersR 2020, 1069).

12 Unbeachtlich ist der auf Vermutungen gestützte Sachvortrag einer Partei erst dann, wenn die unter Beweis gestellten Tatsachen so ungenau bezeichnet sind, dass ihre Erheblichkeit nicht beurteilt werden kann, oder wenn sie zwar in das Gewand einer bestimmt aufgestellten Behauptung gekleidet, aber auf Geratewohl gemacht, gleichsam "ins Blaue" aufgestellt, mit anderen Worten, aus der Luft gegriffen sind und sich deshalb als Rechtsmissbrauch darstellen (vgl. BGH, Urteil vom 13. Juli 2021 - VI ZR 128/20 Rn. 22, WM 2021, 1609; Beschluss vom 28. Januar 2020 - VIII ZR 57/19 Rn. 8, ZIP 2020, 486; Urteil vom 20. Februar 2014 - VII ZR 26/12 Rn. 26, BauR 2014, 1023; Urteil vom 14. Januar 1993 - VII ZR 185/91, BGHZ 121, 210, juris Rn. 26). Bei der Annahme von Willkür in diesem Sinne ist allerdings Zurückhaltung geboten; in der Regel wird nur das Fehlen jeglicher tatsächlicher Anhaltspunkte sie rechtfertigen können (vgl. BGH, Urteil vom 13. Juli 2021 - VI ZR 128/20 Rn. 22, WM 2021, 1609; Beschluss vom 28. Januar 2020 - VIII ZR 57/19 Rn. 8, ZIP 2020, 486; Urteil vom 14. Januar 1993 - VII ZR 185/91, BGHZ 121, 210, juris Rn. 26).

13 b) Nach diesen Grundsätzen hat das Berufungsgericht den Vortrag der Klägerin, das Fahrzeug enthalte neben dem Thermofenster eine Manipulationssoftware, die bewirke, dass auf dem Prüfstand die gesetzlichen Grenzwerte eingehalten würden, im regulären Straßenbetrieb aber nicht, zutreffend als prozessual unbeachtlich angesehen.

14 Die schlichte Behauptung, in dem streitgegenständlichen Fahrzeug, bei dem die Klägerin erstinstanzlich nicht einmal konkret zu dem darin verbauten

Motortyp vorgetragen hatte, sei eine solche Manipulationssoftware verbaut, genügt den Anforderungen offensichtlich nicht. Die von der Revision weiter angeführten Umstände für die angebliche Existenz der Software - Betroffenheit des Motors OM 651 vom Abgasskandal laut Bericht der Untersuchungskommission des Bundesministeriums für Verkehr und digitale Infrastruktur, Medienberichte zu dem Verdacht, die Beklagte habe mehr als eine Million manipulierter Fahrzeuge verkauft, Ermittlungen der Staatsanwaltschaft Stuttgart sowie eine Rückrufaktion der Beklagten das Fahrzeug der Klägerin betreffend mit Aufforderung zu einer freiwilligen Kundendienstmaßnahme zur weiteren Senkung der Stickoxidemissionen - erweisen sich ebenso wenig als solche hinreichenden Anhaltspunkte für die behauptete Manipulationssoftware. Dem von der Revision in Bezug genommenen Vortrag in der Klageschrift lassen sich schon keinerlei konkrete Bezüge zu dem hier streitgegenständlichen Fahrzeug mit dem Motortyp OM 651 (Euro 5) entnehmen. Dass Fahrzeuge der Beklagten mit unzulässigen Abschaltvorrichtungen versehen sein mögen, begründet kein Indiz dafür, dass dies auf das hier streitgegenständliche Fahrzeug zutrifft. Insbesondere der Rückruf seitens der Beklagten, zu dem die Klägerin, obwohl sie davon betroffen war, ebenfalls nicht konkret vorträgt, lässt keinen Rückschluss auf eine unzulässige Abschaltvorrichtung, und noch dazu in Form einer Manipulationssoftware zu. Das Berufungsgericht verweist zutreffend darauf, dass Softwareaktualisierungen zur technischen Verbesserung des Fahrzeugs nicht indizieren, dass ohne die Aktualisierung ein Mangel oder gar eine unzulässige Manipulationssoftware vorläge. Darauf, ob der Vortrag im Hinblick auf die Annahme eines Sachmangels nach kaufrechtlichem Gewährleistungsrecht gemäß § 434 BGB als substantiiert zu erachten wäre (vgl. dazu BGH, Beschluss vom 28. Januar 2020 - VIII ZR 57/19 Rn. 9 ff., ZIP 2020, 486), kommt es für die hier erforderliche Substantiierung der Voraussetzungen eines Anspruchs wegen sittenwidriger vorsätzlicher Schädigung gemäß § 826 BGB nicht an.

- 15 2. Auch soweit die Revision hinsichtlich des vom Berufungsgericht abgelehnten Sittenverstößes bezüglich des Thermofensters eine andere Bewertung als das Berufungsgericht vornehmen möchte, ist ein Revisionsgrund nicht ersichtlich.

16 a) 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. Dafür genügt es im Allgemeinen 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 zutage getretenen Gesinnung oder den eingetretenen Folgen ergeben kann (st. Rspr., vgl. nur BGH, Urteil vom 13. Juli 2021 - VI ZR 128/20 Rn. 11, WM 2021, 1609; Urteil vom 30. Juli 2020 - VI ZR 5/20 Rn. 29, ZIP 2020, 1715; Urteil vom 25. Mai 2020 - VI ZR 252/19 Rn. 15, BGHZ 225, 316; Urteil vom 12. März 2020 - VII ZR 236/19 Rn. 24, VersR 2020, 1120; jeweils m.w.N.). 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. Die Verwerflichkeit kann sich auch aus einer bewussten Täuschung ergeben (BGH, Urteil vom 13. Juli 2021 - VI ZR 128/20 Rn. 11, WM 2021, 1609; Urteil vom 30. Juli 2020 - VI ZR 5/20 Rn. 29, ZIP 2020, 1715; Urteil vom 25. Mai 2020 - VI ZR 252/19 Rn. 15, BGHZ 225, 316). 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, Beschluss vom 9. März 2021 - VI ZR 889/20 Rn. 12, VersR 2021, 661; Beschluss vom 19. Januar 2021 - VI ZR 433/19 Rn. 14, ZIP 2021, 297; Urteil vom 30. Juli 2020 - VI ZR 5/20 Rn. 29, ZIP 2020, 1715; Urteil vom 25. Mai 2020 - VI ZR 252/19 Rn. 15, BGHZ 225, 316).

17 Ob das Verhalten des Anspruchsgegners sittenwidrig im Sinne des § 826 BGB ist, ist dabei eine Rechtsfrage, die der uneingeschränkten Kontrolle des Revisionsgerichts unterliegt (st. Rspr., vgl. nur BGH, Urteil vom 13. Juli 2021 - VI ZR 128/20 Rn. 12, WM 2021, 1609; Beschluss vom 9. März 2021 - VI ZR 889/20 Rn. 14, VersR 2021, 661; Beschluss vom 19. Januar 2021 - VI ZR 433/19 Rn. 15, ZIP 2021, 297; Urteil vom 25. Mai 2020 - VI ZR 252/19 Rn. 14, BGHZ 225, 316; Urteil vom 12. März 2020 - VII ZR 236/19 Rn. 25, VersR 2020, 1120).

- 18 b) Nach diesen Grundsätzen reicht der Umstand, dass vom Berufungsgericht zugunsten der Klägerin unterstellt wird, in ihrem Fahrzeug sei eine unzulässige Abschaltvorrichtung in Form des Thermofensters verbaut, schon nicht aus, um dem Verhalten der für die Beklagte handelnden Personen ein objektiv sittenwidriges Gepräge zu geben. Von der Revision insoweit nicht angegriffen nimmt das Berufungsgericht zutreffend an, dass der darin liegende Gesetzesverstoß für sich genommen nicht geeignet wäre, den Einsatz dieser Steuerungssoftware durch die für die Beklagte handelnden Personen als besonders verwerflich erscheinen zu lassen (vgl. BGH, Beschluss vom 19. Januar 2021 - VI ZR 433/19 Rn. 16, ZIP 2021, 297; Beschluss vom 9. März 2021 - VI ZR 889/20 Rn. 26, VersR 2021, 661). So setzt die Annahme von Sittenwidrigkeit jedenfalls voraus, dass diese Personen bei der Entwicklung und/oder Verwendung der temperaturabhängigen Steuerung des Emissionskontrollsystems in dem Bewusstsein handelten, eine unzulässige Abschaltvorrichtung zu verwenden, und den darin liegenden Gesetzesverstoß billigend in Kauf nahmen. Fehlt es hieran, ist bereits der objektive Tatbestand der Sittenwidrigkeit nicht erfüllt (vgl. BGH, Beschluss vom 19. Januar 2021 - VI ZR 433/19 Rn. 19, ZIP 2021, 297; Beschluss vom 9. März 2021 - VI ZR 889/20 Rn. 28, VersR 2021, 661).
- 19 c) Entgegen der Auffassung der Revision hat das Berufungsgericht rechtsfehlerfrei ein solches Vorstellungsbild der für die Beklagte handelnden Personen verneint. Die Revision zeigt weder vom Berufungsgericht festgestellten noch von diesem übergangenen Sachvortrag der insoweit darlegungsbelasteten Klägerin (vgl. BGH, Urteil vom 13. Juli 2021 - VI ZR 128/20 Rn. 14, WM 2021, 1609; Beschluss vom 9. März 2021 - VI ZR 889/20 Rn. 29, VersR 2021, 661; Beschluss vom 19. Januar 2021 - VI ZR 433/19 Rn. 19, ZIP 2021, 297) auf, dem hierfür sprechende Anhaltspunkte zu entnehmen wären.
- 20 aa) Soweit die Revision meint, die Klägerin habe vorgetragen, der Temperaturbereich des Thermofensters sei "auf die Bedingungen auf dem Prüfstand ausgerichtet", zeigt sie entsprechendes substantiiertes Vorbringen der Klägerin schon nicht auf. Ausweislich der Feststellungen des landgerichtlichen Urteils hat die Klägerin noch vorgetragen, das Thermofenster optimiere die Abgasreinigung

im Temperaturbereich von 10-18 Grad Celsius. Der von der Revision in Bezug genommene Schriftsatz vom 28. Oktober 2019 verortet eine signifikante Reduzierung der Abgasrückführung erst bei 15 Grad Celsius, während der Prüfzyklus in einem Temperaturbereich zwischen 20 und 30 Grad Celsius stattfinden soll. Auch hierbei handelt es sich in Bezug auf eine spezifisch an die Prüfstandsituation anknüpfende Abschaltung der Abgasreinigung um prozessual nicht berücksichtigungsfähiges Vorbringen von mangelnder Substanz.

21 bb) Auch aus einer etwaig unterbliebenen Offenlegung der genauen Wirkungsweise des Thermofensters gegenüber dem Kraftfahrt-Bundesamt (KBA) folgen entgegen der Auffassung der Revision keine Anhaltspunkte, dass für die Beklagte tätige Personen in dem Bewusstsein handelten, eine unzulässige Abschalteneinrichtung zu verwenden. Selbst wenn die Beklagte im Typgenehmigungsverfahren - erforderliche - Angaben zu den Einzelheiten der temperaturabhängigen Steuerung unterlassen haben sollte, wäre die Typgenehmigungsbehörde nach dem Amtsermittlungsgrundsatz gemäß § 24 Abs. 1 Satz 1 und 2 VwVfG gehalten gewesen, diese zu erfragen, um sich in die Lage zu versetzen, die Zulässigkeit der Abschalteneinrichtung im streitgegenständlichen Fahrzeug zu prüfen (vgl. OLG München, Beschluss vom 1. März 2021 - 8 U 4122/20, juris Rn. 63; OLG Nürnberg, Beschluss vom 27. Juli 2020 - 5 U 4765/19, BeckRS 2020, 17693 Rn. 17; Führ, NVwZ 2017, 265, 269; a.A. wohl OLG Schleswig, Urteil vom 28. August 2020 - 1 U 137/19, juris Rn. 62 ff.). Anhaltspunkte für wissentlich unterbliebene oder unrichtige Angaben der Beklagten im Typgenehmigungsverfahren, die noch dazu auf ein heimliches und manipulatives Vorgehen oder eine Überlistung des KBA und damit auf einen bewussten Gesetzesverstoß hindeuten würden (vgl. BGH, Beschluss vom 19. Januar 2021 - VI ZR 433/19 Rn. 24, ZIP 2021, 297), vermag der Senat nach alledem nicht zu erkennen.

22 cc) Entgegen der Auffassung der Revision traf die Beklagte insoweit keine sekundäre Darlegungslast, der sie nicht nachgekommen wäre. Denn Anhaltspunkte zur Substantiierung des Vortrags, mit dem die darlegungsbelastete Klägerin die Tatbestandsmerkmale der von ihr angezogenen Anspruchsgrund-

lage ausfüllen muss und die eine sekundäre Darlegungslast erst auslösen könnten, fehlen gerade. Der Vortrag der Klägerin erschöpft sich vielmehr in Spekulationen und Mutmaßungen.

23 dd) Weiteren Vortrag der Klägerin, aus dem sich hinreichende Anhaltspunkte für eine Vergleichbarkeit der temperaturabhängigen Steuerung des Emissionskontrollsystems mit einer Prüfstandserkennungssoftware entnehmen ließen (zur Abgrenzung vgl. BGH, 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), zeigt die Revision nicht auf.

24 d) Unabhängig davon, dass schon damit der objektive Tatbestand der Sittenwidrigkeit des Verhaltens der für die Beklagte handelnden Personen nicht gegeben ist, hat das Berufungsgericht in revisionsrechtlich nicht zu beanstandender Weise ein besonders verwerfliches Verhalten auch im Hinblick auf eine unsichere Rechtslage bei der Beurteilung der Zulässigkeit des Thermofensters ausgeschlossen.

25 Bei einer Abschalt einrichtung, die - wie hier - im Grundsatz auf dem Prüfstand in gleicher Weise arbeitet wie im realen Fahrbetrieb und bei der die Frage der Zulässigkeit nicht eindeutig und unzweifelhaft beantwortet werden kann, kann bei Fehlen sonstiger Anhaltspunkte nicht ohne weiteres unterstellt werden, dass die für die Beklagte handelnden Personen in dem Bewusstsein handelten, eine unzulässige Abschalt einrichtung zu verwenden, und den darin liegenden Gesetzesverstoß billigend in Kauf nahmen, so dass es bereits an der objektiven Sittenwidrigkeit fehlt (vgl. BGH, Beschluss vom 19. Januar 2021 - VI ZR 433/19 Rn. 19, ZIP 2021, 297; Beschluss vom 9. März 2021 - VI ZR 889/20 Rn. 28, VersR 2021, 661).

26 Entgegen der Ansicht der Revision ist dabei die Berücksichtigung eines speziellen Prüfstandmodus bei der Beurteilung der objektiven Sittenwidrigkeit einer unzulässigen Abschalt einrichtung kein ungeeignetes Indiz. Das Berufungsgericht stellt damit auf eines der wesentlichen Merkmale ab, nach denen die den sogenannten Abgasskandal auslösende Manipulationssoftware der Volkswagen

AG nicht nur eine unzulässige Abschaltvorrichtung darstellt, sondern die deutlich höheren Anforderungen an eine sittenwidrige vorsätzliche Schädigung im Sinne des § 826 BGB erfüllen konnte. Etwas Anderes ergibt sich insbesondere nicht aus dem von der Revision angeführten Urteil des LG Saarbrücken vom 9. April 2021 (12 O 320/19, juris Rn. 41). Die Tatsache, dass eine Manipulationssoftware ausschließlich im Prüfstand die Abgasreinigung verstärkt aktiviert, indiziert eine arglistige Täuschung der Genehmigungsbehörden. Wie ausgeführt hat die Klägerin schon nicht dargetan, dass das hier in Rede stehende Thermofenster in diesem Sinne auf die Bedingungen des Prüfstands ausgerichtet gewesen sei.

27 Die Würdigung des Berufungsgerichts, die Rechtslage sei zweifelhaft, ist entgegen der Auffassung der Revision revisionsrechtlich nicht zu beanstanden. Zu Recht verweist das Berufungsgericht auf den Bericht der vom Bundesminister für Verkehr und digitale Infrastruktur eingesetzten Untersuchungskommission Volkswagen, nach dem die Einordnung des Thermofensters betreffend die Ausnahmevorschrift des Art. 5 Abs. 2 Satz 2 a VO (EG) Nr. 715/2007 nicht eindeutig sei (vgl. BMVI, Bericht der Untersuchungskommission Volkswagen, Stand April 2016). Der Gerichtshof der Europäischen Union hat sich auf Vorlage eines französischen Gerichts mit der Frage der Auslegung der genannten Vorschrift befassen müssen (vgl. EuGH, Urteil vom 17. Dezember 2020 - C-693/18, NJW 2021, 1216). Zutreffend nimmt das Berufungsgericht auch die breit geführte Diskussion um die Zulässigkeit und den erheblichen Aufwand, mit dem die Unzulässigkeit des Thermofensters begründet wird, in den Blick. Eine möglicherweise nur fahrlässige Verkennung der Rechtslage genügt aber für die Feststellung der besonderen Verwerflichkeit des Verhaltens der Beklagten nicht.

28 e) Ebenso fehlt es an dem erforderlichen Schädigungsvorsatz. Der Handelnde muss die Schädigung des Anspruchstellers gekannt beziehungsweise vorausgesehen und in seinen Willen aufgenommen, jedenfalls aber für möglich gehalten und billigend in Kauf genommen haben. Es genügt nicht, wenn die relevanten Tatumstände lediglich objektiv erkennbar waren und der Handelnde sie

hätte kennen können oder kennen müssen oder sie sich ihm sogar hätten aufdrängen müssen; in einer solchen Situation ist lediglich ein Fahrlässigkeitsvorwurf gerechtfertigt (BGH, Urteil vom 28. Juni 2016 - VI ZR 536/15 Rn. 25, NJW 2017, 250 m.w.N.). Allein aus der hier zu unterstellenden objektiven Unzulässigkeit der Abschaltvorrichtung in Form des Thermofensters folgt kein Vorsatz hinsichtlich der Schädigung der Fahrzeugkäufer. Im Hinblick auf die unsichere Rechtslage - hinsichtlich des unstreitig im Fahrzeug der Klägerin verbauten Thermofensters fehlt es bis heute an einer behördlichen Stilllegung oder einem Zwang zu Umrüstungsmaßnahmen - geht die Behauptung der Revision, den für die Beklagte tätigen Personen hätte sich die Gefahr einer Schädigung der Klägerin aufdrängen müssen, ins Leere.

29 3. Ein Zulassungsgrund ergibt sich entgegen der Auffassung der Revision auch nicht wegen grundsätzlicher Bedeutung gemäß § 543 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 ZPO auf Grund einer sich ergebenden Notwendigkeit eines Vorabentscheidungsersuchens an den Gerichtshof der Europäischen Union zuzulassen (BVerfG, Beschluss vom 8. Oktober 2015 - 1 BvR 137/13, NVwZ 2016, 378, juris Rn. 11; Beschluss vom 14. Januar 2021 - 1 BvR 2853/19, NJW 2021, 1005, juris Rn. 8). Der Senat hat die Voraussetzungen einer unionsrechtlichen Vorlagepflicht gemäß Art. 267 Abs. 3 AEUV in Bezug auf § 6 Abs. 1, § 27 Abs. 1 EG-FGV und Art. 5 der Verordnung (EG) Nr. 715/2007 geprüft. Diese liegen nicht vor. Der Senat schließt sich den überzeugenden Erwägungen des VI. Zivilsenats an (vgl. BGH, Urteil vom 25. Mai 2020 - VI ZR 252/19 Rn. 72 ff., BGHZ 225, 316; Urteil vom 30. Juli 2020 - VI ZR 5/20 Rn. 10 ff., ZIP 2020, 1715). Weder Vorabentscheidungsersuchen einzelner Landgerichte noch die Stellungnahme der Europäischen Kommission vom 19. Dezember 2019 (sj.h(2019)8760684) geben Anlass, an der Annahme eines *acte clair* zu zweifeln.

30 Mit den tragenden Erwägungen der höchstrichterlichen Rechtsprechung setzen sich die Landgerichte, die ein Vorabentscheidungsersuchen an den Gerichtshof der Europäischen Union gerichtet haben, nicht auseinander (vgl. nur LG Ravensburg, Beschluss vom 9. März 2021 - 2 O 315/20 u.a., juris).

31 Die Kommission, die sich in ihrer Stellungnahme zu dem mittlerweile aus dem Register des Gerichtshofs der Europäischen Union gestrichenen Vorabentscheidungsersuchen des Landgerichts Gera äußert, hält fest, dass offensichtlich nur die nationalen Gerichte in der Lage sind, die betreffenden EU-Vorschriften unter das Konzept einer drittschützenden Norm zu subsumieren (sj.h(2019)8760684, Rn. 67). Sie meint zwar im Ergebnis, die zwischenzeitlich zum 31. August 2020 außer Kraft getretene Richtlinie 2007/46 und die Verordnung (EG) 715/2007 bezweckten "den Schutz aller Käufer eines Fahrzeugs einschließlich des Endkunden vor Verstößen des Herstellers gegen seine Verpflichtung, neue Fahrzeuge in Übereinstimmung mit ihren genehmigten Typen beziehungsweise den für ihren Typ geltenden Rechtsvorschriften nach Anhang IV zur Richtlinie 2007/46 einschließlich, unter Anderem, der Verordnung 715/2007 sowie insbesondere ihres Artikels 5 in den Verkehr zu bringen" (sj.h(2019)8760684, Rn. 81). Dies besagt 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 Ordnungsgeber 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.

32 Die Revision hat auch in der Sache keine Aussicht auf Erfolg. Das Berufungsgericht hat zutreffend angenommen, dass der Klägerin kein Anspruch auf Schadensersatz gegen die Beklagte zusteht (vgl. BGH, Urteil vom 13. Juli 2021 - VI ZR 128/20 Rn. 10 ff., WM 2021, 1609).

33 Insbesondere eine Haftung aus § 823 Abs. 2 BGB i.V.m. § 263 StGB scheidet bei dem hier vorliegenden Kauf eines Gebrauchtwagens von einer Niederlassung der Beklagten jedenfalls daran, dass das auch hier erforderliche Bewusstsein der Rechtswidrigkeit hinsichtlich der Implementierung des Thermo-fensters nicht festgestellt ist.

Pamp

Jurgeleit

Graßnack

Brenneisen

C. Fischer

Hinweis: Das Revisionsverfahren ist durch Zurücknahme der Revision erledigt worden.

Vorinstanzen:

LG Köln, Entscheidung vom 19.11.2019 - 5 O 148/19 -

OLG Köln, Entscheidung vom 13.01.2021 - 5 U 263/19 -