

Ausfertigung

7 U 35/20

15 O 172/19
Landgericht Bonn



Verkündet am 05.11.2020

Kreßmann, Justizbeschäftigte
als Urkundsbeamtin der
Geschäftsstelle

Oberlandesgericht Köln

IM NAMEN DES VOLKES

Urteil

In dem Rechtsstreit

Klägers und Berufungsklägers,

Prozessbevollmächtigte:



gegen

Daimler AG, vertr. d. d. Vorstand, Mercedesstraße 137, 70327 Stuttgart,

Beklagte und Berufungsbeklagte,

Prozessbevollmächtigte:

hat der 7. Zivilsenat des Oberlandesgerichts Köln
auf die mündliche Verhandlung vom 06.08.2020
durch den Vorsitzenden Richter am Oberlandesgericht Dr. Sossna, den Richter am
Oberlandesgericht Dr. Hoppe und die Richterin am Amtsgericht Hüpper

für Recht erkannt:

Auf die Berufung des Klägers wird unter Zurückweisung seines
weitergehenden Rechtsmittels das Urteil des Einzelrichters der 15.
Zivilkammer des Landgerichts Bonn vom 24.01.2020, Az. 15 O 172/19,
teilweise abgeändert und insgesamt wie folgt neu gefasst:

Die Beklagte wird verurteilt, an den Kläger 53.813,18 € nebst Zinsen hieraus in Höhe von 5 %-Punkten über dem jeweiligen Basiszinssatz seit dem 08.06.2019 zu bezahlen, Zug um Zug gegen Übereignung und Herausgabe des Mercedes Benz 250 D Marco Polo (Fahrzeugidentifikationsnummer:

Die Beklagte wird weiter verurteilt, den Kläger von den durch die Beauftragung der Prozessbevollmächtigten des Klägers entstandenen vorgerichtlichen Rechtsanwaltskosten in Höhe von 1.954,46 € freizustellen.

Im Übrigen wird die Klage abgewiesen.

Die Kosten des Rechtsstreits tragen zu 15 % der Kläger und zu 85 % die Beklagte.

Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar. Der jeweilige Vollstreckungsschuldner darf die Zwangsvollstreckung durch eine Sicherheitsleistung in Höhe von 110 % des aufgrund des Urteils vollstreckbaren Betrages abwenden, wenn nicht der jeweilige Vollstreckungsgläubiger vor der Vollstreckung Sicherheit i.H.v. 110 % des jeweils zu vollstreckenden Betrages leistet.

Die Revision wird nicht zugelassen.

Der Streitwert wird für beide Instanzen auf 63.304,04 € festgesetzt.

Gründe:

I.

Der Kläger nimmt die Beklagte auf Schadensersatz im Zusammenhang mit dem sogenannten Diesel-Abgas-Skandal in Anspruch.

Der Kläger kaufte von der Beklagten gemäß verbindlicher Bestellung vom 22./24.02.2017 einen Mercedes Benz 250 D Marco Polo zum Preis von 61.304,04 €. Die Übergabe des Fahrzeugs erfolgte am 16.06.2017. Das Fahrzeug ist mit einem Motor des Typs OM 651 DE22-LA der Schadstoffklasse Euro 6 ausgerüstet. Zum Zeitpunkt der mündlichen Verhandlung vor dem Berufungsgericht betrug der Kilometerstand 30.548 km.

Die Kontrolle der Stickoxidemissionen erfolgt in dem Fahrzeug über die sogenannte Abgasrückführung. Bei der Abgasrückführung wird ein Teil des Abgases zurück in das Ansaugsystem des Motors geführt und nimmt erneut an der Verbrennung teil. Der Abgasrückführung wird bei kühleren Temperaturen zurückgefahren, wobei zwischen den Parteien streitig ist, bei welchen Außen-/Ladelufttemperaturen die Abgasrückführung reduziert wird (sogenanntes Thermofenster).

Das streitgegenständliche Fahrzeug verfügt ferner über ein sogenanntes SCR-System, also Abgaskatalysatoren, die Stickoxide reduzieren können. Bei diesem System wird dem Abgas eine wässrige Harnstofflösung "Ad Blue" beigemischt. Diese Harnstofflösung reagiert chemisch mit den Abgasen, wodurch beide Arten von Gasen zu ungefährlichen Gasen abgebaut werden. Die Verwendung von SCR-Katalysatoren funktioniert dabei nur, wenn dem Abgas eine passende Menge Harnstoffe beigemischt wird.

Das Kraftfahrtbundesamt (KBA) erließ mit Bescheid vom 23.05.2018 (Anlage KB 20, Bl. 855 GA) einen amtlichen Rückruf mit der Anordnung nachträglicher Nebenbestimmungen zur EG-Typengenehmigung inklusive Nachrüstung für den Fahrzeugtyp Mercedes Vito 1,6 l Diesel Euro 6. Dieser Rückruf inklusive Nebenbestimmungen wurde mit einem am 03.08.2018 erlassenen Ergänzungsbescheid des KBA (Bl. 857 GA) auch auf das streitgegenständliche Fahrzeug erstreckt. Gegen beide Bescheide hat die Beklagte Widerspruch eingelegt. Die Beklagte entwickelte u.a. für den streitgegenständlichen Motor ein Software-Update, das vom KBA nach Prüfung am 12.09.2018 freigegeben wurde. In der Freigabebescheinigung teilt das KBA als Ergebnis seiner Überprüfung u.a. mit, es seien keine unzulässigen Abschaltvorrichtungen festgestellt worden, vorhandene Abschaltvorrichtungen würden als zulässig eingestuft. Hinsichtlich von Schadstoffemissionen und der Dauerhaltbarkeit von emissionsmindernden Einrichtungen habe die Überprüfung ergeben, dass die Grenzwerte und die anderen Anforderungen eingehalten würden. Die ursprünglich vom Hersteller angegebenen

Kraftstoffverbrauchswerte und CO²-Emissionen würden mit der neuen Software erreicht. Wegen der weiteren Einzelheiten wird auf das zur Akte gereichte Schreiben (Anlage B 16, Bl. 279 d.A.) Bezug genommen.

Mit Schreiben vom 19.10.2018 unterrichtete die Beklagte den Kläger über die Rückrufaktion und bot die kostenlose Installation des Software-Updates an. Wegen der weiteren Einzelheiten des Schreibens wird auf die Anlage KB 16 (Bl. 572 GA) verwiesen.

Der Kläger hat das angebotene Update bislang nicht aufspielen lassen.

Mit Schreiben vom 24.05.2019 erklärten die Prozessbevollmächtigten des Klägers die Anfechtung des Kaufvertrages wegen arglistiger Täuschung hilfsweise den Rücktritt vom Kaufvertrag und forderten die Rückabwicklung bis zum 07.06.2019.

Der Kläger hat die Auffassung vertreten, die Beklagte habe ihn durch Einbau der Motorsteuerungssoftware getäuscht. Die Motorsteuerungssoftware sei gesetzeswidrig, denn in der Verbindung von mehreren Abschaltvorrichtungen, die die Wirkung von Emissionskontrollsystemen verringern, liege ein Verstoß gegen Art. 5 Abs. 2 i.V.m. Art. 3 Nr. 10 EG VO Nr. 715/2007.

Der Kläger hat behauptet, im Straßenbetrieb würden höhere Emissionen ausgestoßen als auf dem Prüfstand. Die für die Abgaskontrollanlage zuständige Software erkenne die Prüfungssituation (Bl. 14). Im normalen Fahrbetrieb würden Teile der Abgaskontrollanlage außer Betrieb gesetzt, mit der Folge, dass die NO_x-Emissionen dann erheblich höher seien. Technischer Hintergrund seien insbesondere die Einflüsse des sogenannten "Thermofensters". Bei einer bestimmten Temperatur, die im standardisierten Testbetrieb nicht unter- oder überschritten werde, funktioniere die Abgasführung einwandfrei und die geforderten Stickoxidgrenzwerte würden nicht überschritten. Werde diese Temperatur aber über- oder unterschritten, werde die Abgasrückführung reduziert oder sogar ganz ausgeschaltet. Daneben seien die Fahrzeuge der Beklagten mit einer Vielzahl weiterer, manipulativer Einrichtungen – nämlich einer Aufwärmstrategie mit Erkennung der Prüfstandsituation, fehlerhafter Dosierung des AdBlue im SCR-Katalysator, Wechsel der Motorsteuerung nach 20 Minuten (Dauer des Testzyklusses) in einen schmutzigen Abgasmodus sowie einer auf das Getriebe einwirkende Abschaltvorrichtung - versehen, die allesamt den Stickoxidausstoß im Fahrbetrieb erhöhten.

Der Kläger hat weiter behauptet, die tatsächlichen NOx-Werte wichen von gesetzlichen Vorgaben und Angaben des Herstellers im Datenblatt derart ab, dass die angegebene EU-Schadstoffklasse nicht erreicht werde. Durch die vorgenommenen Manipulationen sei die Zulassung erloschen. Maßnahmen zur Verringerung der NOx-Werte hätten zahlreiche negative Auswirkungen auf das Fahrzeug. Eine Nachbesserung in Form des von der Beklagten angebotenen Software-Updates sei ihm daher nicht zumutbar.

Der Kläger hat beantragt,

die Beklagte zu verurteilen, an ihn 61.304,04 € nebst Zinsen hieraus in Höhe von 5 % Punkten über dem jeweiligen Basiszinssatz seit dem 08.06.2019 zu bezahlen, Zug um Zug gegen Übereignung und Herausgabe des Mercedes Benz 250 D Marco Polo (Fahrzeugidentifikationsnummer:) sowie Zug um Zug gegen Zahlung einer von der Beklagten noch darzulegenden Nutzungsentschädigung für die Nutzung des PKW;

festzustellen, dass die Beklagte verpflichtet ist, dem Kläger für über Klageantrag Ziff. 1) hinausgehende Schäden, die aus der Manipulation des in Klageantrag zu Ziff. 1) genannten Fahrzeugs durch die Beklagte resultieren, Schadensersatz zu leisten;

die Beklagte zu verurteilen, den Kläger von den durch die Beauftragung der Prozessbevollmächtigten des Klägers entstandenen vorgerichtlichen Rechtsanwaltskosten in Höhe von 2.994,04 € freizustellen.

Die Beklagte hat beantragt,
die Klage abzuweisen.

Die Beklagte hat behauptet, die festgelegten Abgasgrenzwerte der Euro 6-Norm würden eingehalten. Der Kläger verkenne insoweit grundlegend, dass im sogenannten neuen europäischen Fahrzyklus (NEFZ) unter dort genau festgelegten Bedingungen der NOx-Grenzwert einzuhalten sei. Dieser Wert gelte - was letztlich unstrittig ist - nicht im normalen Fahrbetrieb.

Die Beklagte ist der Ansicht gewesen, die von ihr getroffenen Maßnahmen hinsichtlich der Motorsteuerungssoftware seien durch Art. 5 Abs. 2 EG-VO 715/2017

gedeckt. Demnach sei der Einsatz für Abschaltvorrichtungen aus Gründen des Motorschutzes, beim Motorstart oder bei Erfassung der einheitlichen gesetzlichen Prüfungsverfahren legalisiert. Die Maßnahmen hinsichtlich des sogenannten "Thermofensters" seien zum Schutz des Motors getroffen worden, nämlich um bei bestimmten, niedrigeren Temperaturen, die dann bestehende Gefahr der Versottung des Motors bei einer zu hohen Abgasführung zu verhindern. Dies sei nach den EG-Bestimmungen zulässig. Die Steuerung der technisch überaus anspruchsvollen Abgasreinigung in den von der Beklagten produzierten Fahrzeugen und Motoren erfolge in Abhängigkeit des konkreten Betriebszustands des Fahrzeugs und des Abgasreinigungssystems selber sowie im Rahmen einer dynamischen Berechnung, in die notwendigerweise eine Vielzahl von Parametern und Sensordaten eingingen. Die Außentemperatur sei dabei nur einer von vielen Faktoren, der bei der Steuerung der Abgasreinigung eine Rolle spielen könne. Die Abgasrückführung bleibe aber bis hin zu zweistelligen Minusgraden aktiv. Auch dem Betrieb eines SCR-Systems seien durch die Umgebungsbedingungen, insbesondere die Umgebungstemperatur, Grenzen gesetzt. Dies hänge u.a. damit zusammen, dass für den ordnungsgemäßen Betrieb eines SCR-Systems eine Abgastemperatur von mindestens 180° Celsius erforderlich sei. Auf andere angebliche Manipulationen als das sogenannte "Thermofenster", die der Kläger in der Klage anführe, beziehe sich der Rückruf des KBA nicht, so z.B. nicht auf die Kühlmittel-Sollwert-Temperatur-Regelung. Die Beklagte hat hinsichtlich der gewährleistungsrechtlichen Ansprüche die Verjährungseinrede erhoben.

Das Landgericht hat die Klage abgewiesen. Dem Kläger stehe unter keinem rechtlichen Gesichtspunkt ein Schadensersatzanspruch zu. In der Folge sei auch der Feststellungsantrag jedenfalls unbegründet.

Zur Begründung hat es angeführt, ein auf §§ 812,134 BGB, 27 EG-FGV gestützter Anspruch sei nicht gegeben, da selbst ein unterstellter Verstoß gegen § 27 Abs. 1 EG-FGV nicht zur Nichtigkeit des Kaufvertrages nach § 134 BGB führe.

Da auch keine arglistige Täuschung der Beklagten vorliege, scheide ein auf § 812 BGB i.V.m. §§ 123,142 BGB gestützter Anspruch auf Zahlung des Kaufpreises ebenfalls aus. Bei der Beurteilung der Frage, ob eine arglistige Täuschung vorliege, hat das Landgericht hinsichtlich der in Betracht zu ziehenden Mechanismen im klägerischen Fahrzeug allein auf das Thermofenster abgestellt. Die Installation des Thermofensters bzw. die Ausstattung des Fahrzeugs hiermit stelle den einzig konkreten Vorwurf des Klägers dar. Es fehle jedenfalls auf subjektiver Seite an

Anhaltspunkten dafür, dass die Beklagte in dem Bewusstsein gehandelt habe, möglicherweise gegen gesetzliche Vorschriften zu verstoßen und einen derartigen Gesetzesverstoß billigend in Kauf genommen zu haben. Zu berücksichtigen sei die viel diskutierte und bislang nicht eindeutig beantwortete Frage zu Inhalt und Reichweite der Ausnahmevorschrift des Art. 5 Abs. 2 Satz 2 a VO (EG) 715/2007. Die Auslegung, dass ein Thermofenster eine zulässige Abschaltvorrichtung darstelle, sei jedenfalls nicht unvertretbar mit der Folge, dass allein aus der Installation des Thermofensters nicht auf eine vorsätzliche Täuschung seitens der Beklagten geschlossen werden könne.

Darüberhinausgehende Manipulationen, die geeignet seien, den Vorwurf einer arglistigen Täuschung zu erfüllen, habe der Kläger nicht konkret dargelegt. Der Kläger habe auch dem im mündlichen Termin erteilten Hinweis, dass er sich nach dem Verständnis des Gerichts nur auf das Thermofenster stütze, nicht widersprochen. Im Übrigen sei sein Vortrag zu weiteren unzulässigen Funktionsweisen überwiegend widersprüchlich und könne zudem nicht auf das streitgegenständliche Fahrzeug zutreffen.

Ein auf §§ 346, 323, 434, 437 BGB gestützter gewährleistungsrechtlicher Schadensersatzanspruch scheide mangels einer der Beklagten eingeräumten und auch für den Kläger zumutbaren Nachbesserungsmöglichkeit aus.

Einen Schadensersatzanspruch aus § 826 BGB hat das Landgericht unter Hinweis auf die Rechtsprechung des OLG Köln (Beschluss vom 04.07.2019, 3 U 148/18) und des OLG Koblenz (Urteil vom 21.10.2019, 12 U 246/19) verneint.

Da es an einer Täuschung des Klägers durch die Beklagte fehle, ergebe sich auch auf Grundlage von §§ 823 Abs. 2 BGB, 263 BGB kein Schadensersatzanspruch.

Unter Verweis auf das o.a. Urteil des OLG Koblenz hielt das Landgericht einen Anspruch aus §§ 823 Abs. 2 iVm Art. 5 Abs. 2, Art. 3 Nr. 10 VO (EG) 715/2007 ebenfalls für nicht gegeben.

Auch § 823 Abs. 2 i.V.m. § 16 UWG scheide als Anspruchsgrundlage aus.

Der Kläger greift mit seiner Berufung das landgerichtliche Urteil im vollen Umfang an und rügt die Verletzung des zivilprozessualen Beibringungsgrundsatzes sowie die Verletzung seines Anspruchs auf rechtliches Gehör, Art. 103 Abs. 1 GG. Er vertieft sein erstinstanzliches Vorbringen und macht darüberhinaus geltend, das KBA hätte bei zutreffenden Angaben der Beklagten im Typengenehmigungsverfahren eine Typengenehmigung für das vom Kläger erworbene Fahrzeugmodell nicht erteilt, da sein Fahrzeug über mehrere unzulässige Abschaltvorrichtungen verfüge. Sowohl ein

Rückruf seitens des KBA als auch das Vorhandensein von unzulässigen Abschaltvorrichtungen begründe jeweils für sich genommen einen Sachmangel.

Der Einbau des Thermofensters sei als sittenwidrig einzustufen. Entgegen der Darstellung der Beklagten sei die von ihr beschriebene Versottungsgefahr wegen niedriger Temperaturen nicht ohne weiteres plausibel nachvollziehbar. Die Verwendung von zwei Getriebemodi stelle ebenfalls eine unzulässige Abschaltvorrichtung dar. Die Kühlmittel-Solltemperatur-Regelung werde außerhalb des NEFZ - aufgrund einer eingebauten Steuerung, die die Bedingungen des NEFZ erkenne – abgeschaltet und sei vom Landgericht nicht berücksichtigt worden. Im Übrigen müsse auch die OBD (On-Board-Diagnose) manipuliert sein, andernfalls eine dauerhafte Fehleranzeige die Folge wäre. Hinsichtlich des AdBlue liege außerhalb des Prüfstandes eine zu geringe Dosierung vor.

Der Kläger beantragt sinngemäß,

das Urteil des Landgerichts Bonn vom 24. Januar 2020, 15 O172/19 abzuändern und

1. die Beklagte zu verurteilen, an die Klägerpartei 61.304,04 € nebst Zinsen hieraus i.H.v. 5 Prozentpunkten über dem jeweils Basiszinssatz seit dem 08.06.2019 zu bezahlen, Zug um Zug gegen Übereignung und Herausgabe des Mercedes-Benz 250 D Marco Polo, FIN: WDF44781313306776 sowie Zug um Zug gegen Zahlung einer von der Beklagten noch darzulegenden Nutzungsentschädigung für die Nutzung des PKW;
2. festzustellen, dass die Beklagte verpflichtet ist, dem Kläger für über den Klageantrag zu Ziffer 1 hinausgehende Schäden, die aus der Manipulation des in Klageantrag Ziffer 1 genannten Fahrzeugs durch die Beklagte resultieren, Schadensersatz zu leisten,
3. die Beklagte zu verurteilen, den Kläger von den durch die Beauftragung der Prozessbevollmächtigten des Klägers entstandenen vorgerichtlichen Rechtsanwaltskosten i.H.v. 2994,04 € freizustellen.

Die Beklagte beantragt,

die Berufung zurückzuweisen.

Die Beklagte verteidigt das erstinstanzliche Urteil und macht geltend, der Kläger müsse - um seiner Darlegungs- und Beweislast nachzukommen - das Konstruktionsteil benennen, das eine Abschaltvorrichtung darstellen solle und seine Funktionsweise konkret beschreiben. Das Thermofenster, d.h. die temperaturabhängige Steuerung der Abgasrückführung, sei im Produktionszeitraum des streitgegenständlichen Fahrzeugs gängiger Industriestandard gewesen und stelle keine unzulässige Abschaltvorrichtung dar. Der behaupteten mangelnden Rechtskonformität des klägerischen Fahrzeugs stehe bereits die Tatbestandswirkung der erteilten EG-Typengenehmigung entgegen. Da die Beklagte zutreffend die Übereinstimmung der Produktion des klägerischen Fahrzeugs mit dieser EG-Typengenehmigung bescheinigt habe, habe zu keinem Zeitpunkt die ihr zurechenbare Gefahr einer Entziehung der Zulassung bestanden. Es liege keine Täuschung der zuständigen Behörden ihrerseits vor. Sie habe im EG-Typengenehmigungsverfahren die in der Praxis des KBA erwarteten Angaben zu den Emissionskontrollsystemen gemacht. Anders als in den Fahrzeugen des VW-Konzerns existiere im streitgegenständlichen Fahrzeug keine Funktion, die den Prüfstand erkenne und den Stickoxidausstoß lediglich für die Zwecke des EG-Typengenehmigungsverfahrens gezielt reduziere. Im Rahmen der Rückrufaktion habe das KBA nicht die Verwendung von zwei verschiedenen Getriebemodi im SCR-Katalysator beanstandet, sondern den Wechsel bzw. die Schaltung zwischen diesen beiden Modi. Die Nicht-Rückschaltung führe nicht zur Reduktion der Wirksamkeit des Emissionskontrollsystems; vielmehr handele es sich allenfalls um ein Unterlassen von Optimierungen und jedenfalls nicht um eine unzulässige Abschaltvorrichtung im Sinne von Art. 3 Abs. 10 EG VO Nr. 715/2007. Im Zeitpunkt der Einführung der Technologie hätten die inzwischen gewonnenen Erkenntnisse, die erst jetzt die Optimierung per Software-Update ermöglichen, noch nicht zur Verfügung gestanden.

Weder ein Organ, Organmitglied oder ein „deliktsrechtlich Verantwortlicher“ der Beklagten habe entschieden, eine unzulässige Abschaltvorrichtung in das streitgegenständliche Fahrzeug einzubauen. Technische Entscheidungen seien auf Mitarbeiterenebene nach den Grundsätzen ingenieurmäßiger Vorsicht getroffen worden (Bl. 733 GA). Eine Zurechnung eines Vorsatzelementes einer natürlichen Person analog § 31 BGB scheide aus.

Wegen der weiteren Einzelheiten des Parteivorbringens wird auf die zwischen den Parteien gewechselten Schriftsätze und die zu den Akten gereichten Urkunden verwiesen.

II.

Die Berufung des Klägers gegen das landgerichtliche Urteil ist überwiegend erfolgreich.

Die Beklagte hat den Kläger durch den Verkauf des streitgegenständlichen Fahrzeugs vorsätzlich sittenwidrig geschädigt, mit der Folge, dass der Kläger gemäß §§ 826, 31, 249 BGB die Zahlung von Schadensersatz verlangen kann. Denn es ist davon auszugehen, dass das von ihm erworbene streitgegenständliche Fahrzeug eine unzulässige Abschaltvorrichtung aufweist, hinsichtlich deren Existenz die Beklagte bewußt getäuscht hat. Ihm stehen daher gestützt auf §§ 826, 31, 249 BGB Zahlungsansprüche im tenorierten Umfang gegen die Beklagte zu.

Im Einzelnen:

A) Anspruch aus §§ 826, 31 BGB

Dem Kläger steht ein Anspruch auf Rückerstattung des von ihm gezahlten Kaufpreises abzüglich des Wertes der von ihm in der Zwischenzeit gezogenen Nutzungen zu.

4.

Das Verhalten der Beklagten – nämlich das Inverkehrbringen des streitgegenständlichen Motors OM 651 in dem vom Kläger erworbenen Fahrzeug - ist als sittenwidrig zu qualifizieren.

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 Urteile BGH vom 28. Juni 2016 - VI ZR 536/15, WM 2016, 1975 Rn. 16 mwN; vom 7. Mai 2019 - VI ZR 512/17, NJW 2019, 2164 Rn. 8 mwN). Schon zur Feststellung der 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 28. Juni 2016 - VI ZR 536/15, WM 2016, 1975 Rn. 16 mwN). Insbesondere bei mittelbaren Schädigungen kommt es ferner darauf an, dass den Schädiger das Unwerturteil, sittenwidrig gehandelt zu haben, gerade auch in Bezug auf die Schäden desjenigen trifft, der Ansprüche aus § 826 BGB geltend macht (BGH Urteil vom 7. Mai 2019 - VI ZR 512/17, NJW 2019, 2164 Rn. 8 mwN; BGH, Urteil vom 25.05.2020 – VI ZR 252/19 –, Rn. 15 - 16, juris).

Von einem sittenwidrigen Verhalten im Zusammenhang mit dem „Dieselskandal“ ist auszugehen, wenn ein Konzern im eigenen Kosten- und Gewinninteresse durch jahrelange bewusste und gewollte Täuschung des KBA Fahrzeuge in den Verkehr bringt, deren Motorsteuerungssoftware bewusst und gewollt so programmiert ist, dass die gesetzlichen Abgaswerte mittels einer unzulässigen Abschalteneinrichtung nur auf dem Prüfstand eingehalten wurden und dieser Umstand nicht nur zu einer Erhöhung der Umweltbelastung durch Stickoxide führt, sondern auch die Gefahr birgt, dass bei einer Aufdeckung dieses Sachverhalts eine Betriebsbeschränkung oder –untersagung der betroffenen Fahrzeuge droht (vgl. BGH, Urteil vom 25.05.2020, VI ZR 252/09, Rz. 16).

b) Unzulässige Abschalteneinrichtung

aa)

Entgegen der Auffassung des Landgerichts ist bezüglich der von Klägerseite behaupteten unzulässigen Abschalteneinrichtung nicht allein auf die – im Grunde unstreitige - Installation eines Thermofensters abzustellen. Denn der Kläger hat die angebliche Manipulation des Motors nicht auf die Installation eines derartigen Thermofensters beschränkt, sondern bereits erstinstanzlich unter Nennung von 7 verschiedenen Abschalteneinrichtungen bzw. Steuerungsmechanismen die Verwendung einer aus seiner Sicht unzulässigen „Abgasstrategie“ in seinem Fahrzeug dargelegt. Bereits in der Klageschrift hat der Kläger eine Aufwärmstrategie mit Erkennung der Prüfstandssituation (identischer Sachverhalt wie bei VW), die

Installation eines Thermofensters, die abweichende Arbeitsweise des SCR-Katalysators in der Straßennutzung im Vergleich zum Prüfstand, die Umsteuerung des Motors nach 20 Minuten in einen „schmutzigen Modus“, eine auf dem Prüfstand und im Straßenverkehr unterschiedlich zum Einsatz kommende Abschalteneinrichtung des Getriebes mit der Folge höherer CO₂- und Benzinverbrauchswerte im regulären Straßenverkehr, eine unzulässige Kühlmittel-Solltemperatur-Regelung und eine Programmierung des OBD-Systems dergestalt, dass fälschlicherweise keine Meldung über Fehler im Abgassystem angezeigt werde, geltend gemacht. Als Folge würden die angegebenen respektive zulässigen Werte für Stickoxide im Realbetrieb deutlich überschritten. Der Kläger hat somit bereits im erstinstanzlichen Verfahren mehrere aus seiner Sicht unzulässige Funktionen im Motor des von der Beklagten hergestellten und verkauften Fahrzeugs beschrieben und damit zum Gegenstand des vorliegenden Rechtsstreits gemacht. Insofern liegt ein Verstoß gegen den Grundsatz des rechtlichen Gehörs, Art. 103 GG, vor, indem das Landgericht im Rahmen der Klageabweisung allein auf den Aspekt des Thermofensters abgestellt hat. Hieran vermögen auch der Hinweis des Landgerichts in der mündlichen Verhandlung – dass das Gericht den klägerischen Vortrag so verstehe, dass lediglich das Thermofenster als Manipulation geltend gemacht werde - und der Umstand, dass dieser Hinweis klägerseits unwidersprochen blieb, nichts zu ändern. Denn das Gericht kann den Prozessstoff nicht von sich aus begrenzen oder reduzieren, sondern muss den Sachvortrag der Parteien in Gänze berücksichtigen, soweit er nicht zurückgenommen wurde.

bb)

Im Ergebnis ist aus folgenden Gründen vom Vorliegen einer unzulässigen Abschalteneinrichtung im Motor des streitgegenständlichen Fahrzeugs auszugehen:

Der unstrittige sowie der klägerische Vortrag zur Funktionsweise des Abgassystems im klägerischen Fahrzeug legen in einer dem Substantiierungserfordernis entsprechenden Weise dar, dass es sich bei dieser innerhalb des Emissionskontrollsystems verwendeten Technik um eine unzulässige Abschalteneinrichtung handelt.

Gemäß Beschluss des BGH vom 28.01.2020, VIII ZR 57/19 genügt es für einen ausreichend substantiierten Vortrag zum Vorliegen eines *Sachmangels*, wenn dargelegt wird, dass das streitgegenständliche Fahrzeug einen Motortyp ausweist, der von einem Rückruf betroffen ist, die Einleitung eines staatsanwaltschaftlichen

Ermittlungsverfahrens wegen des Einbaus einer unzulässigen Abschaltvorrichtung erfolgt ist sowie eine allgemein beschriebene Funktionsweise einer vermuteten Abschaltvorrichtung vorliegt.

Diese Voraussetzungen sind vorliegend gegeben: Bereits in der Klageschrift hat der Kläger im Zusammenhang mit dem SCR-Katalysator eine zu geringe Einspritzung von AdBlue behauptet. Wäre die AdBlue-Einspritzung so eingestellt, dass eine ordnungsgemäße Reduzierung der Stickoxide gewährleistet sei, wäre der Ad-Blue-Verbrauch wesentlich höher (Bl. 29 GA). Zur Funktionsweise der Kühlmittel-Soll-Temperaturregelung hat der Kläger Angaben im Schriftsatz vom 23.09.2019 (Bl. 202 GA) gemacht. Außerdem hat der Kläger ausdrücklich vorgetragen, dass eine Software installiert sei, mit deren Hilfe das System einen Testzyklus erkenne, und dass die Grenzwerte für Stickoxide ausschließlich im Testzyklus gewährleistet seien. Dass es sich hierbei nur um eine allgemeine Beschreibung des von Klägerseite behaupteten Problems handelt, schadet dabei nicht. Denn derjenige, der weder über eigene Sachkunde noch über weitere Erkenntnismöglichkeiten verfügt, ist letztlich auf Vermutungen angewiesen und kann diese naturgemäß nur auf einige greifbare Gesichtspunkte stützen. Erforderlich ist daher lediglich, dass er greifbare Umstände anführt, auf die er den Verdacht gründet, sein Fahrzeug weise eine oder mehrere unzulässige Abschaltvorrichtungen auf (vgl. BGH, Beschluss vom 28. Januar 2020 – VIII ZR 57/19 –, Rn. 10, juris). Der Kläger hat desweiteren die Durchsuchungsaktionen der Staatsanwaltschaft Stuttgart angeführt (Bl. 11 der Akte); zwar hat er in diesem Zusammenhang nicht explizit angegeben, dass sich das Ermittlungsverfahren auf den Motorentyp 651 bezog. Allerdings ist der streitgegenständliche Motor von einer konkreten Rückrufaktion des KBA wegen einer unzulässigen Abschaltvorrichtung betroffen, so dass sich schon aufgrund dieser Maßnahme jedenfalls der begründete Verdacht einer unzulässigen Manipulation des Fahrzeugmotors aufdrängt. Zwar beziehen sich die seitens des BGH aufgestellten Substantiierungsanforderungen auf eine unzulässige Abschaltvorrichtung als Sachmangel; allerdings kann gerade eben dieser Sachmangel auch Gegenstand einer Täuschung nach § 826 BGB sein, so dass die Substantiierungsanforderungen hinsichtlich des Gegenstandes der Täuschung den gleichen Maßstäben unterliegen.

Der Inhalt der Rückrufbescheide des KBA vom 23.05.2018 und vom 03.08.2018 sowie der Freigabebescheinigung vom 12.09.2018 für das von der Beklagten entwickelte Softwareupdate (Anlage B 16, Bl. 279 GA) belegen die substantiierte Darlegung einer unzulässigen Abschaltvorrichtung seitens des Klägers in

eindrücklicher Deutlichkeit, da sie der Beklagten aufgeben, auf der Basis der erteilten Typengenehmigungen in den von ihr produzierten Fahrzeugen die „Vorschriftsmäßigkeit herzustellen, indem alle unzulässigen Abschaltseinrichtungen [...] aus dem Emissionskontrollsystem entfernt werden,“ und „die Emissionsstrategie der derzeit in Produktion befindlichen Fahrzeuge Mercedes Vito 1.6 I Diesel Euro 6 vollständig offen zu legen“ (Bescheid vom 23.05.2018, Bl. 855 f.). Weiterhin ist in dem Bescheid von einer „Strategie A“ die Rede, die in der Verwendung zweier unterschiedlicher Betriebsarten für den SCR-Katalysator bestehe. Der Bescheid ist von der Beklagten grob unvollständig mitgeteilt worden. Nicht nur werden die im Bescheid angesprochenen Anlagen nicht zur Verfügung gestellt, der Textteil bricht zudem auch ersichtlich mit Seite 2 ab, obwohl er erkennbar nicht zu Ende ist, da die letzte lesbare Bemerkung darin besteht, die unterschiedlichen Betriebsarten für den SCR-Katalysator würden „für sich nicht beanstandet“. Dadurch bleibt gänzlich unklar, worin denn das KBA die zulassungstechnische Problematik der „Strategie A“ gesehen hat; erst recht bleibt unklar, welche weiteren „Abschaltseinrichtungen“ (Plural) das KBA zum Gegenstand seiner Anordnung machen wollte. Darüber hinaus enthält selbst der mitgeteilte fragmentarischen Textteil zusätzlich noch zahlreiche Schwärzungen, die sein Verständnis erschweren und letztlich verhindern. Der Bescheid vom 03.08.2018 (Bl. 857 f.) dehnt die Anordnung des Bescheides vom 23.05.2018 auf weitere Fahrzeugtypen der Beklagten aus, da sie – so der Text – die Emissionsstrategien „A und B“ in vergleichbarer Ausprägung besitzen. Zum Inhalt der beiden Emissionsstrategien enthält der Bescheid, der wiederum über großflächige Schwärzungen verfügt, nichts. In ihrer Gesamtheit vermitteln die beiden Bescheide damit das Bild, dass das Kraftfahrtbundesamt (auch) im Hinblick auf den streitbefangenen Fahrzeugtyp zwei verschiedene Abgasstrategien und mehrere Abschaltseinrichtungen (Plural) beanstandet hat, und dass die Problematik sich keinesfalls auf den SCR-Katalysator beschränken lässt. Darüber hinaus vermitteln die Bescheide den Eindruck, dass das KBA selbst den Sachverhalt durch die Beklagte noch nicht für ausreichend offengelegt gehalten hat. Zum weiteren Schicksal der beiden Bescheide teilt die Beklagte lediglich mit, sie seien nicht bestandskräftig. Nähere Angaben zum Sachstand oder gegebenenfalls zum Ausgang der Auseinandersetzung macht die Beklagte auch auf ausdrückliche Nachfrage bewusst nicht.

Die Beklagte hat eingeräumt, dass die vom KBA im (Nachfolge)Bescheid vom 03.08.2018 getroffenen Nebenbestimmungen auch das streitgegenständliche Fahrzeug betreffen (Bl. 933 GA). Grund für diese Anordnung ist also eine unzulässige Emissionsstrategie, die in „vergleichbarer Ausprägung“ (siehe Bescheid vom 03.08.2018, Bl. 857 GA) auch im klägerischen Fahrzeug vorhanden ist. Da als Folge der „unzulässigen Emissionsstrategien A in vergleichbarer Ausprägung“ im streitgegenständlichen Motor die identischen Maßnahmen seitens des KBA wie im Ursprungsbescheid angeordnet werden, besteht kein Zweifel, dass es sich um – offenkundig sogar mehrere – Abgasstrategien handelt, die hinsichtlich der Beurteilung ihrer Zulässigkeit / Unzulässigkeit den gleichen Maßstäben zu unterwerfen sind wie bei den im Ursprungsbescheid genannten Motoren.

Auch die Freigabebescheinigung des KBA vom 12.09.2018 (Bl. 279 GA) für das von der Beklagten im Rahmen der Rückrufaktion entwickelte Software-Update bestätigt den klägerischen Vortrag hinsichtlich des Vorliegens einer unzulässigen Abschaltvorrichtung. Denn zum einen indiziert bereits die Tatsache, dass ein Update für die im Freigabeschreiben genannten Punkte erstellt wurde, dass es mit der ursprünglichen Software diesbezüglich Probleme gegeben hat. Darüberhinaus bezieht sich das Schreiben offensichtlich auf den Zustand des Emissionskontrollsystems nach Aufspielen des Updates. So werden u.a. die „ursprünglich vom Hersteller angegeben Kraftstoffverbrauchswerte und CO₂-Emissionen (...) **mit der neuen Software bestätigt**“ und „Die **bisherigen** Geräuschemissionen blieben unverändert“ (Bl. 279 / 280 GA – Hervorhebung durch das Gericht).

Im Ergebnis ist damit eine im Emissionskontrollsystem des klägerischen Fahrzeugs verbaute unzulässige Abschaltvorrichtung substantiiert dargelegt worden.

cc)

Diesen substantiierten Vortrag hat die Beklagte nicht wirksam bestritten, so dass er nach § 138 Abs. 3 ZPO als zugestanden gelten muss. Denn sie ist ihrer sekundären Darlegungslast, die sie aufgrund des allein ihr und nicht dem Kläger zugänglichen Wissens über den von ihr konstruierten Motor trifft, nicht nachgekommen.

aaa)

Steht ein darlegungspflichtiger Kläger außerhalb des für seinen Anspruch erheblichen Geschehensablaufs und kennt der Beklagte alle wesentlichen Tatsachen, so genügt nach den Grundsätzen über die sekundäre Darlegungslast

sein einfaches Bestreiten nicht, sofern ihm nähere Angaben zuzumuten sind (BGHZ 86, 23, 29; 100, 190, 196; 140, 156, 158 f.; 163, 209, 214; siehe auch BGH, Urteil vom 12. Juni 2007 - X ZR 87/06 - NJW 2007, 2549, 2553 Rn. 46). In diesen Fällen kann vom Prozessgegner im Rahmen des Zumutbaren das substantiierte Bestreiten der behaupteten Tatsache unter Darlegung der für das Gegenteil sprechenden Tatsachen und Umstände verlangt werden (BGH, Urteil vom 17. Januar 2008 – III ZR 239/06 –, Rn. 16, juris).

Die sekundäre Darlegungslast führt weder zu einer Umkehr der Beweislast noch zu einer über die prozessuale Wahrheitspflicht und Erklärungslast (§ 138 I und II ZPO) hinausgehenden Verpflichtung des in Anspruch Genommenen, dem Anspruchsteller alle für seinen Prozesserfolg benötigten Informationen zu verschaffen (BGHZ 200, 76 = NJW 2014, 2360 Rn. 18 mwN). Genügt der Anspruchsgegner seiner sekundären Darlegungslast nicht, gilt die Behauptung des Anspruchstellers nach § 138 Abs. 3 ZPO als zugestanden (stRspr, vgl. etwa BGH NJW 2018, 2412 Rn. 30 mwN; BGH NJW 2020, 755 Rn. 35).

bbb)

Der Vortrag der Beklagten zu ihren Abgasstrategien genügt diesen Anforderungen nicht. Sie hätte in einer für das Gericht nachvollziehbaren Weise darlegen müssen, dass und aus welchem Grund entgegen den Angaben der KBA-Bescheide keine unzulässigen Abschaltvorrichtungen im Motor des streitgegenständlichen Fahrzeugs verbaut sind. Dazu hätte es der Vorlage der zumindest im Textteil ungeschwärzten Bescheide des KBA sowie weiteren Vortrags zum Stand des Widerspruchsverfahrens bedurft. Trotz des entsprechenden ausdrücklichen Hinweises des Senats in der mündlichen Verhandlung vom 06.08.2020 auf die Notwendigkeit der Vorlage der Bescheide sowie weiteren Vortrags hat die Beklagte diese Dokumente jedoch unter Hinweis auf technische Geheimhaltungsinteressen nicht eingereicht. Über den Stand des Widerspruchsverfahrens hat sie ebenfalls keine weiteren Informationen erteilt. Somit stehen dem Gericht nur die umfangreich geschwärzten Bescheide des KBA ohne Anlagen und der - insbesondere im Schriftsatz vom 17.09.2020 enthaltene - ausführliche Vortrag der Beklagten zur Funktionsweise der technischen Abläufe – im speziellen zum SCR-Katalysator - zur Verfügung, um ihre Darstellung nachzuvollziehen, es lägen entgegen der Rückrufaktion keine unzulässige Abschaltvorrichtungen vor.

Mit dieser Vorgehensweise wird die Beklagte den Anforderungen für einen substantiierten Vortrag im Rahmen der sekundären Darlegungslast nicht gerecht.

Denn ohne Kenntnis des Textteils der Bescheide und des Stands des Widerspruchsverfahrens lässt sich bereits nicht nachvollziehen, ob die vom KBA als unzulässige Abschaltvorrichtung beanstandete Abgasstrategie zum einen tatsächlich nur die von der Beklagten sehr umfangreich dargelegte angeblich zulässige Funktionsweise des SCR-Katalysators betraf oder aber weitere technische Funktionen des Abgassystems – auf die der Kläger sich ergänzend berufen hat – ebenfalls Gegenstand der als unzulässig eingestuften Abschaltvorrichtung gewesen sind.

Es ermöglicht auch dem Kläger nicht, seinerseits weiter vorzutragen und damit seinen Vortrag einer Beweiserhebung zugänglich zu machen, weil die Beklagte wesentliche Gesichtspunkte verschweigt.

ccc)

Zwar setzt eine sekundäre Darlegungslast der nicht darlegungs- und beweisbelasteten Partei die Zumutbarkeit näherer Angaben voraus (vgl. BGH, Urteil vom 14. 6. 2005 - VI ZR 179/04, NJW 2005, 2614, beck-online), wobei hinsichtlich der Frage der Zumutbarkeit berechnete Geheimhaltungsinteressen zu berücksichtigen sind (vgl. Musielak/Voit/Stadler, 17. Aufl. 2020 Rn. 10a, ZPO § 138 Rn. 10a). Dass derartige Geheimhaltungsinteressen der Beklagten durch eine Vorlage der Bescheide – jedenfalls auch bei möglicher Schwärzung von einzelnen Stellen mit schützenswerten Informationen – betroffen wären, ist indes ebenfalls nicht ausreichend dargelegt.

Zwar beruft sich die Beklagte zum einen darauf, die Funktionsweise der Motorsteuerungssoftware und die zugrunde liegenden Parameter stellen sensible Geschäfts- und Betriebsgeheimnisse dar, die gegenüber der Öffentlichkeit und damit auch anderen Wettbewerbern nicht bekannt gemacht werden dürften (Bl. 912). Sie führt dringende Geheimschutzbelange an, da die nachträglichen Anordnungen des KBA insbesondere Details der Motorsteuerung betreffen, die zum Kern der Entwicklungsleistung der Beklagten gehörten und deren Offenlegung die Wettbewerbssituation der Beklagten nachteilig beeinflussen könnten.

Dieser Vortrag genügt jedoch nicht, um eine Gefährdung von Geschäfts- und Betriebsgeheimnissen darzulegen. Zwar ist das Interesse einer Partei, ihre Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse im Prozess nicht offenlegen zu müssen, grundgesetzlich durch Art. 12 Abs. 1 GG geschützt. Allerdings genügt es nicht, dass sich eine Partei

pauschal auf die Wahrung ihrer Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse beruft. Vielmehr ist es im Prozess die Aufgabe des sich auf diesen Schutz Berufenden, nachvollziehbar und substantiiert darzulegen, welche konkreten Nachteile er bei Offenlegung welcher konkreten Geheimnisses zu befürchten hätte (vgl. BGH, Urteil vom 19. November 2008 - VIII ZR 138/07, BGHZ 178, 362 Rn. 46; BGH, Urteil vom 20. Juli 2010 – EnZR 24/09 –, Rn. 35, juris). Die Angaben der Beklagten sind angesichts ihrer Pauschalität nicht geeignet, eine konkrete Gefährdung von Geschäftsgeheimnissen zu plausibilisieren.

ddd)

Zu berücksichtigen ist hierbei auch, dass die Beklagte andererseits über 23 Seiten (Schriftsatz vom 17.09.2020, Seite 6 ff., Bl. 912 ff. GA) ausführlich die Funktionsweise des SCR-Systems beschreibt, so dass nicht nachvollziehbar oder erkennbar ist, dass und aus welchem Grund durch die Vorlage der Textteile der KBA-Bescheide Geheimhaltungsinteressen der Beklagten berührt sein könnten. So besteht der im Bescheid vom 03.08.2018 geschwärzte Textteil aus nur wenigen, nämlich insgesamt 10 Zeilen. Dass dieser im Vergleich zum schriftsätzlichen Vortrag zur Funktionsweise des SCR-Systems verschwindend geringe Textteil weitergehende und inhaltlich sensiblere Informationen enthalten sollte, ist nicht plausibel. Desweiteren wird die Emissionsstrategie im Textteil des Grundbescheids offenbar zumindest nicht in Gänze dargelegt, andernfalls die Aufforderung des KBA unter Ziff. 4 des Bescheides vom 23.05.2018 – dass die Emissionsstrategie der derzeit in Produktion befindlichen Fahrzeuge Mercedes Vito 1,6 l Diesel Euro 6 von der Beklagten **vollständig** (Hervorhebung durch das Gericht) offen zu legen sei – überflüssig wäre. Auch unter Berücksichtigung dieser Umstände ist nicht nachvollziehbar, dass durch die Vorlage der Textteile der Bescheide Geheimhaltungsinteressen der Beklagten tangiert werden könnten. Im Übrigen hat der Senat bereits in seinen Hinweis aufgenommen, dass die Textteile ohne Anlagen vorgelegt werden können. Insofern war für die Beklagte erkennbar, dass in Bezug genommene Dokumente, die technische Details oder Funktionsmechanismen und damit geheimhaltungsbedürftige Informationen enthalten, gerade nicht vorgelegt werden sollten. Sollten derartige schützenswerten Daten im Textteil der Bescheide enthalten sein, hätte die Beklagte diese speziellen Stellen schwärzen können, so dass zumindest die als unzulässige Abschaltvorrichtung beanstandeten Strategien vom Grundsatz her verständlich und damit gegebenenfalls weiterer Aufklärung zugänglich gewesen wären.

An dieser Einschätzung vermag auch nicht die seitens des KBA in den Schreiben vom 25.07.2019 (BB 3, Bl. 977 GA) und vom 17.07.2019 (BB 4, Bl. 979 GA) unter Berufung auf den Beschluss des Bundesverwaltungsgerichts vom 19. Januar 2009 – 20 F 23/07 vertretene Auffassung etwas zu ändern, derzufolge der durch das Landgericht Stuttgart in einem anderen Verfahren angeforderten Übersendung des gegen die Beklagte ergangenen Rückrufbescheides das schützenswerte Interesse der Beklagten an der Geheimhaltung ihrer Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse entgegensteht. Anders als im Falle der Vorlage von Dokumenten Dritter durch die Behörde an auskunftsbegehrende Antragsteller hätte die Beklagte vorliegend die Möglichkeit gehabt, die Bescheide in eigener Zuständigkeit intensiv auf darin enthaltene geheimhaltungsbedürftige Informationen zu überprüfen und dementsprechend zu schwärzen. Es bestand somit keine Gefahr, dass schützenswerte Daten Unbefugten zur Kenntnis gebracht worden wären. Darüberhinaus betrifft die Entscheidung des Bundesverwaltungsgerichts die in § 99 VwGO geregelte Vorlagepflicht von Behörden. Vorliegend wird die Vorlage des Bescheides nicht von einer Behörde verlangt, sondern durch die Beklagte als im Geschäftsverkehr tätige juristische Person und Inhaberin der Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse. Die auf § 99 VwGO gestützten Erwägungen sind somit bereits nicht einschlägig. Der Beklagten ist die Schwärzung sensibler Informationen in diesen für den Rechtsstreit relevanten Dokumenten auch vor dem Hintergrund zumutbar, dass sich der Kläger auf anderem Wege keine Kenntnis vom Inhalt der Rückrufbescheide verschaffen kann.

eee)

Allein auf Grundlage der geschwärzten Bescheide ist nicht nachvollziehbar, dass das KBA zum einen – so die Behauptung der Beklagten – einzig das SCR-System bzw. die verspätete Zurückschaltung vom Online-Modus in den Füllstandsmodus (Bl. 934 GA) als unzulässige Abschaltvorrichtung - und dies zudem zu Unrecht - bemängelt hat. Im Ursprungsbescheid ist zwar im nicht geschwärzten Teil das SCR-System erwähnt. Allerdings hat die Beklagte diesen Bescheid – auch in geschwärzter Form - nicht vollständig vorgelegt, so dass nicht abschätzbar ist, ob die weiteren, vom Kläger ebenfalls als unzulässig angeführten Funktionsweisen im Emissionskontrollsystem des streitgegenständlichen Motors nicht auch vom KBA beanstandet wurden. Im Ergänzungsbescheid vom 03.08.2018 sind „unzulässige(n) Emissionsstrategien A in vergleichbarer Ausprägung“ angeführt. Welche technischen

Abläufe und Funktionen zu diesen Strategien gehören, ist ohne Kenntnis des Textteils des Bescheides nicht verständlich. Offenkundig handelt es sich allerdings um mehrere Strategien, so dass auch unter diesem Gesichtspunkt die Vorlage der Textteile der Bescheide zwecks Nachvollziehbarkeit der beanstandeten Mechanismen notwendig gewesen wäre. Da zudem kein weiterer Vortrag zum Stand des Widerspruchsverfahrens erfolgt, ist nicht abschätzbar, ob und mit welchem Ausgang dieses abgeschlossen ist. Offenkundig hat die Beklagte zumindest nicht obsiegt; denn die Vorlage des stattgebenden Widerspruchsbescheids hätte ihre prozessuale Stellung aufgrund der daraus abzuleitenden Zulässigkeit der monierten Abschaltvorrichtung erheblich verbessert. Die Nichtvorlage des Widerspruchs liefe in diesem Fall einer sorgfältigen Prozessführung zuwider und kann nicht unterstellt werden. Vielmehr ist angesichts des Schweigens der Beklagten hinsichtlich der als notwendig angesehenen Information zum Stand des Widerspruchsverfahrens weiterhin von dem im Rückrufbescheid zugrunde gelegten status quo, nämlich einer unzulässigen Abschaltvorrichtung im streitgegenständlichen Motor, auszugehen.

fff)

Mit ihren Einwänden, das KBA habe - ohne sich konkret mit der Ausgestaltung der gerügten Funktion im vorliegenden Fahrzeug auseinanderzusetzen – nicht die im Ursprungsbescheid vom 23.05.2018 beanstandete Strategie, sondern nur eine „Strategie A in vergleichbarer“ Ausprägung bemängelt, beide Bescheide seien aufgrund ihrer Anfechtung nicht bestandskräftig und es handle sich bei der beanstandeten Funktion nicht um eine Reduktion der Wirksamkeit des Emissionskontrollsystems, sondern lediglich um eine nach heutigem Stand mögliche und unterlassene Optimierung, dringt die Beklagte nicht durch. Ihre diesbezüglichen Ausführungen, insbesondere zur detaillierten Funktionsweise des Katalysators, sind ohne Kenntnis der Bescheide nicht überprüfbar und daher nicht geeignet, den substantiierten und durch die Rückrufbescheide des KBA bestätigten Vortrag des Klägers zum Vorliegen einer unzulässigen Abschaltvorrichtung zu entkräften. Gleiches gilt für ihre Behauptung, sie habe bei der Ausgestaltung des SCR-Systems ein vertretbares Normverständnis an den Tag gelegt.

Die mangelnde Substantiierung des Beklagtenvortrags zu den vom Kläger behaupteten Abschaltvorrichtungen ergibt sich zusammengefasst also aus folgendem: Der Kläger hat konkret vorgetragen, dass die Steuerungsmechanismen des von ihm erworbenen Fahrzeugs durch eine aus *mehreren verschiedenen*

Abschalteinrichtungen zusammengesetzte Abgasstrategie bewirken, dass die Abgasrückführung die Grenzwerte für Stickoxide letztlich ausschließlich unter Prüfstandsbedingungen erreichen kann und im Realbetrieb auf der Straße durchweg zwangsläufig bei weitem verfehlen muss. Auf diesen Vortrag hat die Beklagte so reagiert, dass sie lediglich *einen* Steuerungsmechanismus (SCR-Katalysator) näher zu beschreiben versucht hat, ohne freilich das Zusammenspiel der verschiedenen angesprochenen technischen Steuerungsmechanismen transparent zu machen. Sie hat lediglich extreme Temperaturbereiche (unter -15 und über +60 °C) näher beschrieben, in denen die Abgasrückführung komplett deaktiviert wird – jedoch nachvollziehbare Angaben dazu vermieden, in welchem Umfang die Abgasrückführung in den dazwischen liegenden Temperaturbereichen reduziert wird. Dadurch ist sie dem Vortrag des Klägers, die relevante Wirkung des Gesamtsystems entfalte sich im Wesentlichen nur in einem minimal kleinen Temperaturfenster, in dem (nicht zufällig) auch die vorgegebene Temperatur auf dem Rollenprüfstand liege, nur abstrakt bestreitend entgegengetreten, ohne auf die Staffelung der Reduktion im Zusammenspiel der verschiedenen eingesetzten Steuerungsmechanismen konkreter einzugehen. Das ist vor allem deshalb in augenfälliger Weise unzureichend, weil auch die vorliegenden Bescheide des KBA selbst in ihrer grob verkürzten und geschwärzten Form deutlich machen, dass eine aus mehreren Abschalteinrichtungen bestehende Abgasstrategie – tatsächlich ist sogar von zwei verschiedenen Abgasstrategien A und B die Rede – beanstandet worden ist, weil das KBA sie als Verstoß gegen die Vorschriften der VO (EG) Nr. 715/2007 bewertet hat. Warum berechtigte technische Geheimhaltungsbedürfnisse es ihr unzumutbar machen sollten, auch die übrigen vom Kläger konkret angesprochenen Steuerungsmechanismen die Rügen des KBA zumindest in groben Zügen offenzulegen und einer Bewertung zugänglich zu machen, vermochte die Beklagte ebenso wenig plausibel darzulegen wie die Gründe dafür, warum sie noch nicht einmal den aktuellen Stand und eventuellen Ausgang des Widerspruchsverfahrens beschreiben will. Gerade in diesem Punkt bleibt die Berufung auf Betriebsgeheimnisse undurchsichtig und kann nur noch als eine nicht näher begründete Schutzbehauptung gedeutet werden. Da die Beklagte ihrer sekundären Darlegungslast mithin trotz entsprechender Hinweise nicht gerecht geworden ist, muss der Senat nach § 138 Abs. 3 ZPO seiner Entscheidung den Vortrag des Klägers zugrunde legen, wonach die Motorsteuerung über zahlreiche Abschalteinrichtungen verfügt, die das KBA als unzulässige Abschalteinrichtungen im Sinne der europarechtlichen Vorschriften ansieht.

c)

Durch den Einbau der unzulässigen Abschaltvorrichtung hat die Beklagte das KBA bewusst getäuscht und sich damit zugleich gegenüber dem Kläger sittenwidrig verhalten.

Die besondere Verwerflichkeit eines Verhaltens kann sich aus einer bewussten Täuschung ergeben (vgl. BGH, Urteil vom 25.05.2020, VI ZR 252/19, Rz. 15 zit. nach juris), die hier im Verschweigen des Einbaus der unzulässigen Abschaltvorrichtung gegenüber dem KBA im Typengenehmigungsverfahren zu sehen ist. Soweit sich die Beklagte darauf beruft, die im Genehmigungsverfahren vorgesehenen Angaben seien gemacht worden, weitergehende Anforderungen hätten nicht bestanden und die Offenlegung weiterer Details habe nicht dem Verständnis des Typengenehmigungsverfahrens durch das KBA entsprochen, vermag sie dieser Vortrag nicht zu entlasten. Denn nach ihrem eigenen Vortrag hat die Beklagte beispielsweise die nunmehr durch das KBA als unzulässige Abschaltvorrichtung klassifizierte Arbeitsweise des SCR-Systems nicht angegeben. Dass sie diese Funktionsweise nie „verheimlicht“ habe, ist insofern irreführend formuliert, da das KBA mangels erkennbarer Anhaltspunkte keinen Anlass hatte, diesbezüglich Nachfragen zu stellen. Dass in den behördlichen Formularen die Beschreibung von „Abschaltvorrichtungen“ nicht vorgesehen ist – wie die Beklagte vorträgt (Bl. 939 GA) – versteht sich von selbst, da derartige Vorrichtungen schon nach Art. 5 Abs. 2 Satz 1 VO (EG) Nr. 715/2007 unzulässig und somit nicht als abgefragtes Zulässigkeitsmerkmal in einem Genehmigungsantrag zu erwarten sind. Da bereits das materielle Recht derartige Vorrichtungen verbietet, besteht aufgrund dessen schon die Verpflichtung, derartige Mechanismen nicht in den Motoren zu verbauen. Davon, dass die Beklagte diese Täuschung bewusst verübt hat, ist ebenfalls unter Berücksichtigung der sie treffenden sekundären Darlegungslast auszugehen. Der Kläger hat mehrere unzulässigerweise von der Beklagten installierte technische Abläufe im Emissionskontrollsystem des Motors OM 651 substantiiert dargelegt, ohne dass die Beklagte diesen Vortrag durch Vorlage der Bescheide und Angaben zum weiteren Verlauf des Widerspruchsverfahrens wirksam bestritten hätte. Angesichts der Vielzahl der nicht ordnungsgemäß, d.h. unter Einhaltung der im Typengenehmigungsverfahren genehmigten Grenzwerte für Stickoxide, arbeitenden Mechanismen im streitgegenständlichen Motor kann nur der Rückschluss gezogen werden, dass der Beklagten diese Täuschung bewusst gewesen ist. Zwar macht die Beklagte geltend, sie habe bezüglich des Emissionsverhaltens des Fahrzeugs eine

zutreffende, zumindest aber vertretbare Auffassung vertreten, so dass keine bewusste und strategische Entscheidung zur Verwendung einer prüfstandsbezogenen Umschaltlogik zwecks Einhaltung gesetzlicher Grenzwerte und zwecks systematischer Täuschung des KBA getroffen worden sei (Bl. 970 GA). Dieser Einwand der Beklagten ist allerdings unbehelflich: Denn ohne Kenntnis der seitens des KBA gegenüber der Beklagten beanstandeten Abgasstrategien und deren Funktionsweise durch Vorlage der Bescheide ist ihre dahingehende Rechtsauffassung nicht überprüfbar und somit nicht plausibel.

d)

Aufgrund des mittels Täuschung des KBA in den Verkehr gebrachten Motors drohte dem Kläger im Falle der Entdeckung der verwendeten Abschaltvorrichtung eine Betriebsbeschränkung oder -untersagung seines Fahrzeugs nach § 5 Abs. 1 FZV. Auf diese konkrete Gefahr wies die Beklagte selbst in ihrem Anschreiben zum Software-Update vom 19.10.2018 an den Kläger hin (KB 1, Bl. 572 GA). Von der möglichen Stilllegung waren - wie im Fall von VW - tausende von in den Verkehr gebrachten Fahrzeuge mit dem Motor OM 651 betroffen. Allein in der dem Ergänzungsbescheid beigefügten Anlage sind 28 Emissionstypengenehmigungen aufgelistet, auf die sich die auch für das streitgegenständliche Fahrzeug einschlägige Rückrufaktion bezieht. Auch im Falle des Motors OM 651 wirkte sich daher die Täuschung auf eine große Vielzahl von Kunden der Beklagten aus, die in ihrem Vertrauen auf die Ordnungsgemäßheit der Zulassung des als verlässliche Institution eingestuften KBA enttäuscht wurden.

Da die Entwicklung von Motoren und deren Umweltverträglichkeit einen wesentlichen Bestandteil der grundsätzlichen Ausrichtung eines Autokonzerns darstellt, drängt es sich geradezu auf, dass die Entscheidung zum Einbau dieser unzulässigen Software in die Motoren von den verantwortlichen Entscheidungsträgern im Unternehmen getroffen wurde. Die Beklagte trägt selbst vor, dass die jeweiligen Aufgaben den Mitarbeitern nach hinreichender fachlicher Qualifikation, Erfahrung und zu erwartender Zuverlässigkeit zugeteilt werden (Bl. 180) und im Bereich der Fahrzeugentwicklung die Verpflichtung der Mitarbeiter bestehe, sich bei wesentlichen Fragestellungen mit ihrem Vorgesetzten abzusprechen. Die Vorgesetzten wiederum seien verpflichtet, sich laufend über die Tätigkeit der Mitarbeiter zu informieren und bei Anhaltspunkten für Rechtsverstöße einzugreifen (Bl. 180). Die Entwicklung und Verwendung einer unzulässigen Abschaltvorrichtung kann nicht ohne Kenntnis von Personen mit Leitungsfunktion im Unternehmen der Beklagten erfolgt sein und ist

daher als strategische Unternehmensentscheidung zu qualifizieren. Zugleich hat sich die Beklagte mit ihrem Verhalten gleichgültig gegenüber dem drohenden finanziellen Schaden ihrer Kunden und – angesichts der erhöhten Emissionen – auch gegenüber dem allgemeinen Gesundheitsinteresse gezeigt. Soweit sich die Beklagte darauf beruft, sie habe hinsichtlich der vom KBA beanstandeten Schaltfunktion zwischen den beiden Modi eine vertretbare – wenn nicht sogar zutreffende - Rechtsauffassung vertreten, dringt sie nicht durch. Denn auch dieser Einwand ist ohne die im Rahmen der sekundären Darlegungslast angeforderte Vorlage der Bescheide nicht nachprüfbar und entzieht sich somit der Beurteilung durch das Gericht. In der Gesamtschau ist das Verhalten der Beklagten angesichts der eingesetzten Mittel sowie der eingetretenen Folgen als besonders verwerflich und damit als sittenwidrig einzustufen.

2.

Die Entwicklung und das Inverkehrbringen der unzulässigen Abschaltvorrichtung durch die im Unternehmen tätigen Personen ist der Beklagten gemäß § 31 BGB zurechenbar. Denn auf der Grundlage des klägerischen Vortrags ist davon auszugehen, dass der Vorstand oder andere verfassungsmäßig berufene Vertreter der Beklagten in den Vorgang derart involviert waren, dass sie an der Entschlussfassung zur Verwendung von Softwaremaßnahmen - um die ansonsten nicht sicherzustellende Einhaltung der Emissionsgrenzwerte zu erreichen - beteiligt waren und ihnen die Anwendung und Illegalität der Methode sowie die drohende Schadensverursachung bei den Kunden bekannt gewesen ist.

Der Vortrag des Klägers bietet ausreichend greifbare Anhaltspunkte dafür, dass der genannte Personenkreis Kenntnis von der Verwendung der unzulässigen Abschaltvorrichtung hatte. Die Klägerseite hat diesbezüglich dargelegt, dass die Beklagte zwecks Erhaltung ihrer Wettbewerbsfähigkeit die Einhaltung der gesetzlichen Emissionsgrenzwerte durch kostengünstigere, gesetzeswidrige Abschaltvorrichtungen erzielen wollte (Bl. 37). Wie oben bereits dargelegt, fällt die Motorenentwicklung in den Bereich der grundlegenden Strategieentscheidungen eines Fahrzeugkonzerns, die angesichts ihrer wirtschaftlichen Bedeutung für das Unternehmen grundsätzlich vom Vorstand getroffen werden. Dass derartige Weichenstellungen ohne Einbeziehung der Führungsebene vorgenommen werden, erscheint gänzlich fernliegend. Nachvollziehbar weist der Kläger darauf hin, dass von der Beklagten kein Mitarbeiterexzess geltend gemacht wird und es sich im

Zusammenhang mit der Motorentwicklung und deren Einsatz in verschiedene Modelle um zentrale geschäftspolitische Entscheidungen handelt, die sich maßgeblich auf die Finanz- und Geschäftsplanung eines Konzerns auswirken. Vor diesem Hintergrund sei es nicht glaubhaft, dass derartige Entscheidungen von Mitarbeitern ohne Kenntnis des Vorstandes getroffen worden seien (Bl. 776). Ein weitergehender Vortrag ist dem Kläger, der als Außenstehender keinerlei Einblick in die Organisationsstruktur der Beklagten besitzt und auch nicht erlangen kann, weder möglich noch zumutbar.

Diesem substantiierten Vortrag der Klägerseite ist die Beklagte nicht wirksam entgegengetreten. Sie trifft angesichts der fehlenden Möglichkeit des Klägers zur weiteren Aufklärung auch in diesem Punkt eine sekundäre Darlegungslast.

Eine sekundäre Darlegungslast trifft den Prozessgegner der primär darlegungsbelasteten Partei wie erläutert in der Regel dann, wenn die primär darlegungsbelastete Partei keine nähere Kenntnis der maßgeblichen Umstände und auch keine Möglichkeit zur weiteren Sachaufklärung hat, während der Bestreitende alle wesentlichen Tatsachen kennt und es ihm unschwer möglich und zumutbar ist, nähere Angaben zu machen (stRspr, vgl. etwa BGHZ 200, 76 = NJW 2014, 2360 Rn. 17 mwN; BGH NJW 2017, 886 Rn. 19 mwN und NJW-RR 2015, 1279 Rn. 11 mwN). Im Ergebnis hat die Beklagte sich auch zu diesem Punkt nicht substantiiert eingelassen, sondern darauf verwiesen, dass der Kläger kein konkret verantwortliches Organ/Organmitglied benannt habe und sein Vortrag ins Blaue hinein erfolge (Bl. 179). Es fehle an der Darlegung, welches Verhalten und welches daran anknüpfende Wissen und Wollen welchem verfassungsmäßig berufenen Vertreter vorgeworfen werde (Bl. 270). Die technischen Ausgestaltungsentscheidungen zum Emissionskontrollsystem seien auf Mitarbeiterebene unter Berücksichtigung der Grundsätze ingenieurmäßiger Vorsicht getroffen worden, wobei weder ein Organ, Organmitglied oder sonst „deliktsrechtlich Verantwortlicher“ den Einbau in das streitgegenständliche Fahrzeug entschieden habe. Des Weiteren sei ein kritisches Verhalten eines bestimmten Organmitgliedes weder nach Inhalt, Zeitpunkt und Tatort hinreichend konkretisiert worden (Bl. 733). Dieser ganz allgemein und intransparent gehaltene Vortrag ist mangels ausreichender Substantiierung nicht geeignet, die Darlegungen der Klägerseite wirksam zu bestreiten. Es ist nicht ansatzweise nachvollziehbar vorgetragen worden, welche Abteilung zu welchem Zeitpunkt ohne Einbeziehung des Vorstandes die Entwicklung betrieben und die Verwendung des Emissionskontrollsystems in den

Motoren beschlossen hat. Das pauschale Vorbringen, der Vorgang habe sich auf der reinen Arbeiterebene abgespielt, stellt eine undurchsichtige Behauptung ohne konkreten Aussagegehalt dar, da sie die Aufsichts- und Koordinationsebene des Unternehmens gänzlich aus dem Blick nimmt und damit suggeriert, dass nachgeordnete Mitarbeiter einzelne Module entwickelt haben und im Endprodukt platziert werden konnten, für deren Zusammenwirken (Abgasstrategie) sich auf der Vorstands- und Repräsentantenebene des Unternehmens niemand interessiert hat. Die Beklagte übersieht dabei, dass es für einen verfassungsmäßig berufenen Vertreter im Sinne von § 31 BGB genügt, dass dem Vertreter durch die allgemeine Betriebsregelung und Handhabung bedeutsame, wesensmäßige Funktionen der juristischen Person zur selbstständigen, eigenverantwortlichen Erfüllung zugewiesen sind, dass er also die juristische Person auf diese Weise repräsentiert (vgl. BGH, Urteil vom 5. 3. 1998 - III ZR 183/96, NJW 1998, 1854, 1856). Einer „deliktsrechtlichen Verantwortung“ aus §§ 826, 31 BGB kann ein Unternehmen daher nicht ausweichen, indem es strategische Entwicklungsentscheidungen von unabsehbarer Konsequenz für Millionen Fahrzeuge unterhalb der Vorstandsebene ansiedelt, weil die mit der Entscheidung betrauten Personen gerade dadurch in den Kreis der verfassungsmäßig berufenen Vertreter „aufsteigen“ – unabhängig davon, ob die Stellung des „Vertreters“ in der Satzung der Körperschaft vorgesehen ist oder ob er über eine entsprechende rechtsgeschäftliche Vertretungsmacht verfügt.

Eine konkretere Darlegung wäre der Beklagten auch zumutbar gewesen. Denn die Auferlegung einer sekundären Darlegungslast geht zwangsläufig damit einher, dass die belastete Partei Tatsachen vortragen muss, von denen der Prozessgegner andernfalls keine Kenntnis erlangt hätte oder hätte erlangen können. Das wird wegen der aus den verfassungsrechtlich geschützten Rechten auf ein faires Verfahren und auf effektiven Rechtsschutz folgenden Verpflichtung zu einer fairen Verteilung der Darlegungs- und Beweislasten (vgl. BVerfG NJW 2019, 1510 Rn. 12 ff.; NZG 2011, 1379 = WM 2011, 1946 [1948] Rn. 24; NJW 2000, 1483 [1484] Rn. 39 ff., 42) nach ständiger Rechtsprechung des BGH insbesondere dann hingenommen, wenn es – wie in den Fallgestaltungen, die den oben zitierten Entscheidungen zugrunde liegen und auch hier – hinreichende Anhaltspunkte für deliktisches Verhalten zulasten des Prozessgegners gibt, und dieser außerhalb des von ihm darzulegenden Geschehensablaufs steht (BGH, Urteil vom 25.05.2020, VI ZR 252/19 in NJW 2020, 1962 Rn. 41). Ihre Angaben zur Organisationsstruktur (Bl. 180), derzufolge die Arbeiter Aufgaben nach entsprechender Qualifikation, Erfahrung und zu erwartender

Zuverlässigkeit zugeteilt kommen und zudem verpflichtet sind, wesentliche Fragestellungen mit ihren Vorgesetzten abzusprechen, zu denen auch Zweifel an der Rechtmäßigkeit von Vorgängen im Unternehmen gehören und Vorgesetzte Informationspflichten bezüglich der Arbeit der ihnen untergeordneten Mitarbeiter treffen, gelten in dieser Pauschalität für jedes Unternehmen und lassen keinen Schluss auf die konkret bei der Beklagten bestehende und insbesondere die für die Motorenentwicklung zuständige Arbeitsorganisation zu.

Auch soweit die Beklagte in diesem Punkt geltend macht, sie habe bezüglich der Zulässigkeit der Abschaltvorrichtung eine vertretbare Position vertreten, dringt sie mangels Nachprüfbarkeit der vom KBA beanstandeten und als unzulässig eingestuften Abgasstrategien nicht durch, da sie einen Abgleich mit den vom KBA gerügten Komponenten der Abgasstrategie durch extensive Schwärzungen bewusst vereitelt hat.

3.

Der vom Kläger erlittene Schaden ist bereits im Abschluss des Kaufvertrages über das Fahrzeug mit einer unzulässigen Abschaltvorrichtung zu sehen, die dazu führte, dass dem Kläger eine Betriebsbeschränkung oder –stilllegung für sein Fahrzeug drohte (vgl. BGH, Urteil vom 25.05.2002, VI ZR 252/19). Die Täuschung der Beklagten ist diesbezüglich auch kausal, da nach allgemeiner Lebenserfahrung kein Kunde ein Fahrzeug erwirbt, von dem er weiß, dass ihm eine Nutzungsuntersagung droht. Zur Schadenshöhe wird auf die unter 5. folgenden Ausführungen verwiesen.

4.

Auf der Grundlage des klägerischen Vortrags ist desweiteren das Vorliegen eines Schädigungsvorsatzes der für die Beklagten handelnden Personen zu bejahen.

Der gemäß § 826 BGB erforderliche Vorsatz enthält ein Wissens- und ein Wollenselement. Der Handelnde muss die Schädigung des Anspruchstellers gekannt bzw. vorausgesehen und in seinen Willen aufgenommen, jedenfalls aber für möglich gehalten und billigend in Kauf genommen haben, wobei ein Fahrlässigkeitsvorwurf nicht ausreichend ist (vgl. BGH, Urteil vom 28. Juni 2016 – VI ZR 536/15 –, Rn. 25, juris).

Für den Vorsatz im Rahmen des § 826 BGB genügt ein "Eventualdolus". Dabei braucht der Handelnde nicht im einzelnen zu wissen, welche oder wieviele Personen durch sein Verhalten geschädigt werden; vielmehr reicht aus, dass er die Richtung, in

der sich sein Verhalten zum Schaden irgendwelcher anderer Personen auswirken könnte, und die Art des möglicherweise eintretenden Schadens vorausgesehen und mindestens billigend in Kauf genommen hat (st.Rspr., BGH, Urteil vom 19. Juli 2004 – II ZR 402/02 –, BGHZ 160, 149-159, Rn. 47). Aus der Art und Weise des sittenwidrigen Handelns kann sich die Schlussfolgerung ergeben, dass mit Schädigungsvorsatz gehandelt worden ist (BGH, Urteil vom 22. Februar 2019 - V ZR 244/17, BGHZ 221, 229 Rn. 37; BGH, Urteil vom 25. Mai 2020 – VI ZR 252/19 –, Rn. 62, juris).

In diesem Kontext schließt sich der Senat der vom 19. Zivilsenat des OLG Köln in seinem Urteil vom 05.06.2020 (19 U 211/19) vertretenen Auffassung an, derzufolge das Inverkehrbringen einer Defeat Device mangels erkennbarer technischer Rechtfertigung nur darauf abzielen kann, eine Täuschung öffentlicher Stellen sowie einer Vielzahl von möglichen Abnehmern über die Abgasrückführung in den auf den Markt gebrachten Fahrzeugen herbeizuführen. Der einzig denkbare Zweck einer solchen Täuschung ist eine Kostensenkung und damit einhergehend eine Gewinnmaximierung sowie ein Wettbewerbsvorteil gegenüber Konkurrenten. Es erscheint lebensfremd, dass ein Fahrzeug- oder Motorenhersteller die rechtlichen Risiken einer Defeat Device mit Blick auf die Zulassung der Fahrzeuge sowie auf eine mögliche strafrechtliche Verfolgung eingeht, ohne dass er sich hiervon einen wirtschaftlichen Nutzen verspricht. Daher trägt die Darlegung einer Defeat Device (im beschriebenen Sinne) auch die Darlegung einer Sittenwidrigkeit und eines arglistigen Schädigungsvorsatzes (OLG Köln, Urteil vom 05. Juni 2020 – 19 U 211/19 –, Rn. 31, juris).

Da es sich vorliegend um eine vergleichbare Konstellation handelt, in der von einer unzulässigen Abschaltvorrichtung („defeat device“) auszugehen ist, die den Prüfstand erkennt und in der regulären Nutzung ein völlig anderes Abgasverhalten zeigt als im Testzyklus, ist der Schädigungsvorsatz der Beklagten damit inzident dargelegt.

Dieser Darlegung ist die Beklagte nicht substantiiert entgegen getreten. Ihr Vortrag, die vorliegende Fallgestaltung unterscheide sich grundlegend von den Manipulationsvorwürfen gegenüber VW, überzeugt nicht. Denn letztlich ist nicht die Funktionsweise der Software im Detail („Umschaltlogik“ bei VW, mehrere zusammenwirkende Abgasstrategien im vorliegenden Fall) entscheidend, sondern das mit dem Einsatz der Software erzielte Ergebnis: das gänzlich unterschiedliche Abgasverhalten des Fahrzeugs auf dem Prüfstand und auf der Straße, wobei im Testzyklus eine andere Abgasstrategie zur Anwendung kommt als im regulären

Straßenverkehr. Auch der pauschale Einwand, es fehle am substantiierten Vortrag des Klägers, welches konkrete deliktische Verhalten welchem verfassungsmäßig berufenen Vertreter der Beklagten vorgeworfen werde und die Darstellung, die Entscheidungen zum Emissionskontrollsystemen seien auf Mitarbeiterebene getroffen worden, genügen nicht dem Substantiierungserfordernis der die Beklagten auch in diesem Punkt treffenden sekundären Darlegungslast. Diesbezüglich wird auf die obigen Ausführungen zu § 31 BGB verwiesen.

5.

Der Kläger hat bereits durch den Abschluss des Kaufvertrages eine Vermögenseinbuße und damit einen erstattungsfähigen Schaden hinnehmen müssen. Der Schaden besteht in der tenorierten Höhe.

An dieser Einschätzung vermag auch das zwischenzeitliche Angebot des Software-Updates nichts zu ändern, wenngleich der Kläger nach dessen Installation über ein zumindest hinsichtlich der Einhaltung der Schadstoffgrenzwerte uneingeschränkt nutzbares Fahrzeug verfügen würde. Denn der Anspruch des Klägers auf Rückzahlung des Kaufpreises ist bereits mit dem Vertragsschluss über den Erwerb eines aufgrund der unzulässigen Abschaltvorrichtung von Stilllegung bedrohten Fahrzeugs entstanden. Die nachträgliche Veränderung an dem Fahrzeug, nachdem dessen verdeckter Sachmangel aufgedeckt wurde, entfaltet keine Rückwirkung dergestalt, dass nunmehr ein gewollter Vertragsschluss seitens des Geschädigten anzunehmen wäre (vgl. BGH aaO.).

Der Kläger muss sich allerdings im Wege des Vorteilsausgleichs die von ihm gezogenen Nutzungen, nämlich die Benutzung des Fahrzeugs über 30.548 km, anrechnen lassen.

Die Nutzungsentschädigung ist entsprechend der vom BGH gebilligten Berechnungsmethode nach der Formel

$$\frac{\text{Bruttokaufpreis} \times \text{gefahrene km}}{\text{erwartete Restlaufleistung}}$$

zu schätzen, wobei der Senat hinsichtlich der erwarteten Gesamtleistung des Fahrzeugs unter Inanspruchnahme des ihm nach § 287 ZPO eingeräumten Schätzungsermessens von 250.000 km ausgeht.

Die vom Kaufpreis in Abzug zu bringende Nutzungsentschädigung beträgt somit 7.490,86 € (61.304,04 € x 30.548 km ./ 250.000 km). Dem Kläger steht somit ein Zahlungsanspruch in Höhe von 53.813,18 € zu.

6.

Dieser Anspruch ist auch nicht verjährt. Er unterliegt gemäß § 195 BGB der regelmäßigen Verjährungsfrist von 3 Jahren. Im Zeitpunkt der Erhebung der Klage vor dem Landgericht am 09.07.2019 war somit jedenfalls noch keine Verjährung eingetreten.

7.

Der hierauf entfallende Zinsanspruch ergibt sich angesichts der fruchtlosen Fristsetzung der Klägerseite zur Rückabwicklung des Vertrags zum 07.09.2019 gemäß des Schreibens vom 24.05.2019 aus Verzug, §§ 286, 288 BGB.

B)

Der Feststellungsantrag ist dagegen unzulässig. Da dem Kläger angesichts der Herausgabe und Rückübereignung des Fahrzeugs an die Beklagte keine weiteren Schäden im Zusammenhang mit dessen Nutzung drohen und er hinsichtlich des Kaufpreises durch den ihm zugesprochenen Geldbetrag kompensiert wird, fehlt es an Darlegungen zu möglichen zukünftigen Beeinträchtigungen seinerseits und damit bereits am Feststellungsinteresse. Weder droht aktuell eine Stilllegung des Fahrzeugs, noch sind steuerliche Schäden oder weitere Rechtsverfolgungskosten dargetan oder absehbar. Die ebenfalls zur Begründung des Feststellungsantrags in der Klageschrift angeführte Beanspruchung von Zinsen in Höhe von 4 % gemäß § 849 BGB führt zu keiner anderen Einschätzung, da dem Kläger entsprechend der Rechtsprechung des BGH zum VW-Abgasskandal kein Anspruch auf Zahlung von Deliktzinsen zusteht und im Übrigen auch insoweit die Leistungsklage einschlägig wäre.

C)

Die Freistellung von seinen vorgerichtlichen Rechtsanwaltskosten als notwendige Rechtsverfolgungskosten kann der Kläger ebenfalls nach § 249 BGB verlangen. Bemessen nach dem einschlägigen Gegenstandswert von bis zu 65.000 € und unter Ansatz einer nach Einschätzung des Senats angesichts des Umfangs und der Schwierigkeit der vergleichbar den VW-Fällen als Massengeschäft einzustufenden Angelegenheit als erforderlich aber auch als ausreichend erachteten 1,3 fachen Gebühr zuzüglich Kostenpauschale und Mehrwertsteuer errechnet sich ein Betrag in Höhe von 1.954,46 € ($1.248,00 \text{ €} \times 1,3 = 1.622,40 \text{ €} + 20 \text{ €} = 1.642,40 \text{ €} \times 1,19 \text{ MwSt.}$).

III.

Die prozessualen Nebenentscheidungen beruhen auf §§ 92 Abs. 2, 708 Nr. 10 Satz 1, 709, 711 ZPO.

IV.

Der Streitwert wird wie folgt festgesetzt:

Klageantrag zu 1)	61.304,04 €
Klageantrag zu 2)	<u>2.000,00 €</u>
Summe	63.304,04 €

V.

Die Voraussetzungen für die Zulassung der Revision gemäß § 543 Abs. 2 ZPO liegen nicht vor. Weder hat die Sache grundsätzliche Bedeutung noch ist eine Entscheidung des Revisionsgerichts zur Fortbildung des Rechts oder Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung erforderlich. Der Rechtsstreit betrifft lediglich die Anwendung gesicherter Rechtsgrundsätze auf einen konkreten Einzelfall; entscheidungserhebliche und klärungsbedürftige abstrakt-generelle Rechtsfragen zeigt die Berufung nicht auf.

Dr. Sossna

Dr. Hoppe

Hüpper

Ausgefertigt

Kreßmann, Justizbeschäftigte
als Urkundsbeamtin der Geschäftsstelle

