

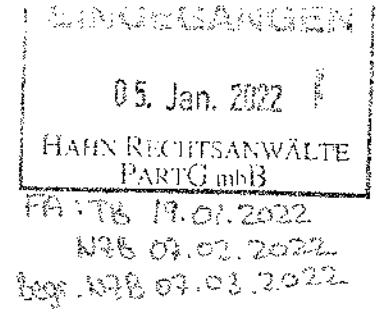
3 U 135/21

2-14 O 24/21 Landgericht Frankfurt am Main

Verurteilte Abertus

Verkündet laut Protokoll am
15.12.2021

Gräfe Justizangestellte
als Urkundsbeamtin der Geschäftsstelle



OBERLANDESGERICHT FRANKFURT AM MAIN
IM NAMEN DES VOLKES
URTEIL

In dem Rechtsstreit

Klägerin und Berufungsklägerin,

Prozessbevollmächtigte:

Anwaltsbüro Hahn Rechtsanwälte PartG mbB, Alter Steinweg 1, 20459 Hamburg,

Geschäftszeichen: /Ha/dk

gegen

Daimler AG, vertreten durch den Vorstand, Mercedesstraße 137, 70327 Stuttgart,

Beklagte und Berufungsbeklagte,

Prozessbevollmächtigte:

am Main,

Geschäftszeichen:

hat der 3. Zivilsenat des Oberlandesgerichts Frankfurt am Main durch den Richter am Oberlandesgericht Hundt als Einzelrichter aufgrund der mündlichen Verhandlung vom 15. September 2021 für Recht erkannt:

Unter Zurückweisung der Berufung der Klägerin im Übrigen wird das am 07.05.2021 verkündete Urteil der 14. Zivilkammer des Landgerichts Frankfurt am Main - Aktenzeichen: 2-14 O 24/21 - nebst dem zugrundeliegenden Verfahren aufgehoben und die Sache zur erneuten Verhandlung und Entscheidung an das Landgericht Frankfurt am Main, das auch über die Kosten dieses Berufungsverfahrens zu entscheiden haben wird, zurückverwiesen, soweit die Klage nicht wegen eines € 20.941,71 übersteigenden Betrages nebst Zinsen in Höhe von fünf Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 04.02.2021 und der beantragten Feststellung, dass die Beklagte verpflichtet ist, an die Klägerin Schadensersatz zu leisten für weitere Schäden, die aus der Ausstattung des Fahrzeugs Mercedes C 250 CDI 4MATIC, FIN: mit einer unzulässigen Abschalt einrichtung resultieren, abgewiesen worden ist.

Dieses Urteil ist vorläufig vollstreckbar.

Die Revision wird nicht zugelassen.

Gründe:

I.

Von einer Bezugnahme auf die tatsächlichen Feststellungen im angefochtenen Urteil sowie von der Darstellung etwaiger Änderungen und Ergänzungen gemäß § 540 Abs. 1 Nr. 1 ZPO wird gemäß § 540 Abs. 2 ZPO in Verbindung mit § 313a

Abs. 1 Satz 1 ZPO abgesehen, weil die Revision nicht zugelassen wurde und ein Rechtsmittel gegen das Urteil deshalb bei einer Beschwer der Parteien von jeweils nicht über 20.000 EUR unzweifelhaft nicht zulässig ist (§ 544 Abs. 2 Nr. 1 ZPO).

II.

Die Berufung ist wohl noch insgesamt zulässig. Sie ist insbesondere form- und fristgerecht eingelegt und wohl auch hinreichend begründet worden. Zwar bestehen erhebliche Zweifel, ob die Abweisung des Klageantrags zu 3) in zulässiger Form angegriffen wurde. Ob die Berufung dadurch teilweise unzulässig ist, kann jedoch dahinstehen, da sie insoweit offensichtlich unbegründet ist (vgl. die Ausführungen unter II.1.c)).

1. In dem aus dem Tenor ersichtlichen Umfang hat sie unter keinen Umständen Erfolg, so dass sie insoweit zurückzuweisen war.

a) Denn Rechtsfolge eines etwaigen ggf. vom Landgericht je nach Ausgang der durchzuführenden Beweisaufnahme festzustellenden Anspruchs wäre, dass die Beklagte die Klägerin im Wege der Naturalrestitution so zu stellen hat, als ob sie den Kaufvertrag nicht geschlossen hätte, mithin die Rückabwicklung dergestalt, dass die Beklagte an die Klägerin den von ihr gezahlten Kaufpreis Zug um Zug gegen Übergabe und Übereignung des streitgegenständlichen Fahrzeugs zu zahlen hat. Gleiches gälte vom Umfang her für den Anspruch nach Rücktritt von dem mit der Beklagten geschlossenen Kaufvertrages. Dies wären im vorliegenden Fall maximal € 20.941,71, so dass die Berufung, soweit die Abweisung der Klage durch das Landgericht diesen Betrag überschreitet, zurückzuweisen war.

Denn die Klägerin hätte sich die gezogenen Nutzungen anrechnen zu lassen, was sie selbst nicht in Abrede stellt. Dabei ist im Rahmen der insoweit nach § 287 ZPO vorzunehmenden Schätzung die lineare Nutzungsentschädigung bezogen auf die Gesamtleistung im Verhältnis zum gezahlten Kaufpreis vorzunehmen, was rechnerisch durch folgende Formel zu geschehen hat: gefahrene Kilometer x gezahlter Kaufpreis / (voraussichtliche Gesamtleistung – Kilometerstand bei Kauf).

Die von den Parteien herangezogenen Laufleistungen vermögen den Senat nicht zu überzeugen, da sie nicht hinsichtlich des Hubraums und der Leistung der unterschiedlichen Fahrzeuge differenzieren. Eine Schätzung hat sich daher an den verfügbaren Daten des Kraftfahrtbundesamtes für das durchschnittliche Alter eines Kraftfahrzeuges und der durchschnittlichen Jahresfahrleistung bezogen auf die konkrete Motorisierung zu orientieren. Solche Daten sind mit den Statistiken FZ 15 (Stand: 01.01.2021) und VK des Kraftfahrt-Bundesamtes vorhanden. Betrachtet man die dortigen Zahlen beträgt das Durchschnittsalter der Personenkraftwagen mit einem Hubraum von 2.000-2.499 cm³ 12,9 Jahre (Seite 12 der Statistik FZ 15) und die durchschnittliche jährliche Fahrleistung der Jahre 2014-2020 von Diesel-Personenkraftwagen mit einer Leistung von mehr als 90kw 21.519km (Statistik VK 1.12), was eine zu erwartende Gesamtlauflistung von 277.595km ergibt.

Der Senat verkennt dabei nicht, dass andere Gerichte im Rahmen der Schätzung andere pauschale Laufleistungen zugrunde legen und auch aus den vorgenannten Statistiken eine andere Gesamtlauflistung herleiten wollen (vgl. zuletzt nur OLG Köln, Urteil vom 13. Februar 2020 – 18 U 147/19 – Rn. 22, juris). Nach der Überzeugung des Senats kann Grundlage der Schätzung aber, da keine detaillierteren Daten vorhanden sind, sinnvollerweise nur das Produkt aus Durchschnittsalter und Jahresfahrleistung bezogen auf die konkreten Motorkenndaten sein, da das Durchschnittsalter auch ggf. vorher auftretende erhebliche Defekte mitberücksichtigt, die eine Reparatur unwirtschaftlich machen würden.

Bezogen auf das streitgegenständliche Fahrzeug, das bei Kauf einen Kilometerstand von 12.727km aufwies, mithin eine Restlaufleistung von 264.868km, ergibt dies unter Berücksichtigung des Kaufpreises von € 34.990,00 und unstreitig bis zum Zeitpunkt der mündlichen Verhandlung gefahrener Kilometer von 106.343km (119.070km – 12.727km) eine Nutzungsentschädigung von € 14.048,29, die sich die Klägerin anrechnen lassen muss, so dass ihr maximal ein Schaden von € 20.941,71 verbleiben kann.

b) Dementsprechend kann die Klägerin aus einem € 20.941,71 übersteigenden Betrag auch keinen Anspruch auf Zahlung von Zinsen haben.

c) Einen Anspruch auf Feststellung der Ersatzpflicht für weitere Schäden (Klageantrag zu 3)) hat die Klägerin nicht. Denn die im Übrigen zutreffende Feststellung des Landgerichts, dass dieser Antrag unzulässig ist, hat die Klägerin mit ihrer Berufung nicht wirksam angegriffen, indem sie in der Berufungsbegründung schlicht ausführte, dass dieser Antrag zulässig sei und zur Begründung auf ihren erstinstanzlichen Vortrag verwies.

Denn die Berufungsbegründung soll für das Berufungsgericht erkennbar werden lassen, auf welche nach § 513 ZPO zulässigen Gründe der Berufungsführer sein Änderungsbegehren, das die Berufungsanträge nach § 520 Abs. 3 S. 2 Nr. 1 ZPO festlegen, stützen will. Demnach muss die Berufungsbegründung jeweils auf den Streitfall zugeschnitten sein und im Ergebnis erkennen lassen, in welchen Punkten tatsächlicher oder rechtlicher Art sowie aus welchen Gründen der Berufungskläger das angefochtene Urteil für unrichtig hält. (vgl. nur Zöller/Heßler, Zivilprozessordnung, 32. Aufl. 2018, § 520 ZPO, Rn. 33). Es reicht nicht aus, die tatsächliche oder rechtliche Würdigung durch den Erstrichter mit formelhaften Wendungen zu rügen oder lediglich auf das erstinstanzliche Vorbringen zu verweisen (vgl. nur BGH NJW 1999, 3126; 3269; BauR 2002, 1434). Es gibt jedoch eine untere Grenze, unterhalb derer nicht mehr von einer Begründung im Sinne einer wenigstens versuchten Darlegung der Urteilskritik gesprochen werden kann, etwa wenn das angefochtene Urteil nur als „irrig“ oder „unhaltbar“ eingestuft wird (vgl. BFH DStR 1977, 287; Celle VersR 2003, 268). Eine kurze, auf die wesentlichen Gesichtspunkte beschränkte Darlegung ist daher unerlässlich (vgl. BGH VersR 1980, 580), und zwar auch in einfachen Streitfällen (BGH FamRZ 81, 534). Formularmäßige Sätze und allgemeine Redewendungen genügen nicht (vgl. BGH NJW 1995, 1560; 1999, 3784; 2000, 1576). Werden nur die erstinstanzlichen Rechtsausführungen angegriffen, dann muss die eigene Rechtsansicht dargelegt werden (vgl. BGH MDR 1984, 310). Es reicht nicht aus, die Auffassung des Erstrichters als falsch oder die Anwendung einer bestimmten Vorschrift als irrig zu rügen (vgl. BGH VersR 1985, 67; NJW 1995, 1560). Diese Anforderungen gelten nicht nur im Rahmen der Zulässigkeit der Berufung, sondern erst recht für die Anforderungen, die an einen wirksamen Berufungsangriff zu stellen sind.

Gemessen an diesen Anforderungen liegt in der pauschalen Negierung der Feststellung des Landgerichts unter Verweis auf den erstinstanzlichen Vortrag kein wirksamer Berufungsangriff vor.

2. Im Übrigen kann die Erfolgsaussicht der Berufung dahinstehen. Denn auf den Antrag der Klägerin war unter Aufhebung des angefochtenen Urteils und des zugrundeliegenden Verfahrens nach § 538 Abs. 2 ZPO im Übrigen der Rechtsstreit an das Landgericht zurückzuverweisen.

Die Klage kann in Höhe von € 20.941,71 nebst Zinsen aus diesem Betrag und hinsichtlich des Feststellungsantrags zu 2) sowohl unter dem Gesichtspunkt einer vertraglichen Haftung aus §§ 346 Abs. 1, 323 i.V.m. §§ 437 Nr. 2, 434 Abs. 1, 433 BGB als auch aus § 826 BGB Erfolg haben. Entgegen der Auffassung des Landgerichts ist das klägerische Vorbringen schlüssig bezüglich eines arglistig verschwiegenen Sachmangels bzw. einer vorsätzlichen sittenwidrigen Schädigung.

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. 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. 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 in ständiger Rechtsprechung: NJW 2019, 2164 Rn. 8; NJW 2020, 1962 = ZIP 2020, 1179 Rn. 15; NJW 2020, 2798 Rn. 29, beck-online). Dies gilt beispielsweise dann, wenn eine vom Schädiger entwickelte Motorsteuerungssoftware wahrheitswidrig vorspiegelt, dass die betreffenden Dieselfahrzeuge die neu festgelegten Grenzwerte einhalten und die Software bewusst und gewollt so programmiert ist, dass die gesetzlichen

Abgasgrenzwerte nur auf dem Prüfstand beachtet, im normalen Fahrbetrieb hingegen überschritten wurden (Umschaltlogik), sodass damit unmittelbar auf die arglistige Täuschung der Typgenehmigungsbehörde abgezielt wird (BGH, Beschluss vom 19.1.2021 – VI ZR 433/19 – SVR 2021, 100, beck-online). Ein Sachvortrag zur Begründung eines Anspruchs ist bereits dann schlüssig und erheblich, wenn die Partei Tatsachen vorträgt, die in Verbindung mit einem Rechtssatz geeignet und erforderlich sind, das geltend gemachte Recht als in der Person der Partei entstanden erscheinen zu lassen. Die Angabe näherer Einzelheiten ist nicht erforderlich, soweit diese für die Rechtsfolgen nicht von Bedeutung sind. Das Gericht muss nur in die Lage versetzt werden, aufgrund des tatsächlichen Vorbringens der Partei zu entscheiden, ob die gesetzlichen Voraussetzungen für das Bestehen des geltend gemachten Rechts vorliegen. Sind diese Anforderungen erfüllt, ist es Sache des Tatrichters, in die Beweisaufnahme einzutreten und dabei gegebenenfalls die benannten Zeugen oder die zu vernehmende Partei nach weiteren Einzelheiten zu befragen oder einem Sachverständigen die beweiserheblichen Streitfragen zu unterbreiten (vgl. Senatsurteil vom 18. Mai 2021 - VI ZR 401/19, juris Rn. 19; Senatsbeschluss vom 26. März 2019 - VI ZR 163/17, VersR 2019, 835 Rn. 11; BGH, Beschluss vom 28. Januar 2020 - VIII ZR 57/19, ZIP 2020, 486 Rn. 7; BVerfG, WM 2012, 492, juris Rn. 16; jeweils mwN).

Diese Grundsätze gelten insbesondere dann, wenn die Partei keine unmittelbare Kenntnis von den ihrer Behauptung zugrundeliegenden 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 Urteile vom 18. Mai 2021 - VI ZR 401/19, juris Rn. 19; vom 10. Januar 1995 - VI ZR 31/94, VersR 1995, 433, juris Rn. 17; BGH Beschlüsse vom 26. März 2019 - VI ZR 163/17, VersR 2019, 835 Rn. 13; BGH, Beschlüsse vom 28. Januar 2020 - VIII ZR 57/19, ZIP 2020, 486 Rn. 8; vom 13. Dezember 2017 - IV ZR 319/16, VersR 2018, 890 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 darüber 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, VersR 2020, 1069 Rn. 8).

Unbeachtlich ist der auf Vermutungen gestützte Sachvortrag einer Partei erst dann, wenn die Partei ohne greifbare Anhaltspunkte für das Vorliegen eines bestimmten Sachverhalts willkürlich Behauptungen "aufs Geratewohl" oder "ins Blaue hinein" aufstellt (vgl. BGH Urteile vom 25. April 1995 - VI ZR 178/94, VersR 1995, 852, juris Rn. 13; vom 24. Juni 2014 - VI ZR 560/13, ZIP 2014, 1635 Rn. 36; vom 18. Mai 2021 - VI ZR 401/19, juris Rn. 20; BGH Beschluss vom 14. Januar 2020 - VI ZR 97/19, VersR 2020, 1069 Rn. 8; BGH, Beschluss vom 28. Januar 2020 - VIII ZR 57/19, ZIP 2020, 486 Rn. 8; BGH Urteile vom 4. März 1991 - II ZR 90/90, NJW-RR 1991, 888, juris Rn. 18; vom 8. Mai 2012 - XI ZR 262/10, BGHZ 193, 159 Rn. 40; vom 4. Februar 2014 - XI ZR 398/12, BKR 2014, 200 Rn. 16; BVerfG, WM 2012, 492, juris Rn. 15; jeweils mwN). Bei der Annahme von Willkür in diesem Sinne ist allerdings Zurückhaltung geboten. In der Regel wird sie nur bei Fehlen jeglicher tatsächlicher Anhaltspunkte vorliegen (vgl. BGH Urteile vom 18. Mai 2021 - VI ZR 401/19, juris Rn. 20; vom 25. April 1995 - VI ZR 178/94, aaO; BGH, Beschluss vom 28. Januar 2020 - VIII ZR 57/19, aaO; BGH Urteil vom 13. Juli 2021 - VI ZR 128/20 -, Rn. 20 - 22, juris).

Der Bundesgerichtshof hat in dem vorgenannten Urteil vom 13. Juli 2021 (VI ZR 128/20 -, Rn. 24f, juris) Folgendes zu den Anforderungen an den schlüssigen Vortrag im Rahmen der Abgasmanipulation ausgeführt:

„Wie die Revision aber zu Recht rügt, durfte das Berufungsgericht die Behauptung des Klägers, in seinem Fahrzeug sei eine Abschaltvorrichtung in Gestalt einer Kühlmittel-Solltemperatur-Regelung implementiert, nicht als prozessual unbeachtlich ansehen. Denn der Kläger hat hierzu in der Berufungsinstanz mit Schriftsatz vom 11. November 2019 (S. 6 f.), auf den die Revisionsbegründung (RB 32 oben) verweist, konkrete Ausführungen gemacht. Er hat unter Bezugnahme auf im Internet abrufbare Presseberichte des Handelsblatts vom 14. April und 19. Mai 2019 sowie der FAZ vom 22. Juni und 11. Oktober 2019 vorgetragen, dass das KBA im Herbst 2018 ein formelles Anhörungsverfahren wegen des Verdachts einer weiteren Abschaltvorrichtung gegen die Beklagte eingeleitet habe, bei der eine

Software-Funktion eine spezielle Temperaturregelung (Kühlmittel-Solltemperatur-Regelung) aktiviere, welche den Kühlmittelkreislauf künstlich kälter halte und die Aufwärmung des Motoröls verzögere. Nur dadurch blieben die Stickoxidwerte auf dem Prüfstand unterhalb der gesetzlich vorgeschriebenen Grenzwerte. Im realen Fahrbetrieb hingegen werde diese Funktion deaktiviert und der gesetzliche Grenzwert von 180 mg/km deutlich überstiegen. Diese Software-Funktion sei zunächst bei Emissionsmessungen an einem GLK 220 CDI mit OM 651-Dieselmotor festgestellt worden. Inzwischen sei bekannt geworden, dass diese Abschaltvorrichtung nicht nur in OM 651-Motoren der Modellreihe GLK, sondern darüber hinaus auch in Fahrzeugen der C-, E- und S-Klasse mit OM 642-Motoren verbaut worden sei. Im Juni 2019 habe das KBA aufgrund der detektierten und unzulässigen Abschaltvorrichtung (Kühlmittel-Solltemperatur-Regelung) einen amtlichen Rückruf für zunächst rund 60.000 Dieselaautos des Modells GLK 220 CDI mit Euro-5-Norm und dem von der Beklagten produzierten OM 651-Motor erlassen. Es liege nahe, dass darüber hinaus viele weitere Modelle der Beklagten mit einem OM 651-Dieselmotor mit dieser unzulässigen Abschalteinrichtung versehen seien. Das KBA gehe von mehr als 700.000 betroffenen Fahrzeugen aus. Im Oktober 2019 habe die Beklagte zudem selbst mitgeteilt, dass das KBA einen weiteren Rückrufbescheid für eine sechsstellige Zahl an Mercedes-Benz-Fahrzeugen mit OM 651-Dieselmotor und Euro-5-Norm, darunter u.a. etwa 260.000 Transporter des Modells Sprinter, erlassen habe, da eine unzulässige Abschalteinrichtung bei der Abgasreinigung festgestellt worden sei. Im Rahmen der Anordnung zum GLK habe die Beklagte bereits zugegeben, dass die Kühlmittel-Solltemperatur-Regelung in verschiedenen Modellen implementiert worden sei.

Weitergehender Vortrag war vom Kläger nicht zu verlangen.

Der Beachtlichkeit des Sachvortrags des Klägers auf der Darlegungsebene steht entgegen der Ansicht der Revisionserwiderung nicht entgegen, dass die Beklagte in der mündlichen Verhandlung vor dem Berufungsgericht bestritten hat, dass die Funktion der Kühlmittel-Solltemperatur-Regelung nur auf dem Prüfstand aktiviert sei. Unerheblich ist ferner, dass sich der Kläger

nicht zu technischen Einzelheiten der Beeinflussung des Emissionskontrollsystems verhalten hat. Vom Kläger als Außenstehenden und technischen Laien kann nicht verlangt werden, dass er im Einzelnen darlegt, wie die von ihm behaupteten Abschaltvorrichtungen konkret funktionieren (vgl. BGH, Beschluss vom 28. Januar 2020 - VIII ZR 57/19, ZIP 2020, 486 Rn. 10).“

b) aa) Nach diesen Grundsätzen reicht zwar der Umstand, dass die Abgasrückführung im Fahrzeug der Klägerin durch eine temperaturabhängige Steuerung des Emissionskontrollsystems bei niedrigen Positivtemperaturen reduziert und letztlich ganz abgeschaltet wird (sog. Thermofenster), für sich genommen nicht aus, um dem Verhalten der für die Beklagte handelnden Personen ein sittenwidriges Gepräge zu geben. Dabei kann zugunsten der Klägerin in tatsächlicher und rechtlicher Hinsicht unterstellt werden, dass eine derartige temperaturbeeinflusste Steuerung der Abgasrückführung als unzulässige Abschaltvorrichtung im Sinne von Art. 5 Abs. 2 Satz 1 der Verordnung 715/2007/EG zu qualifizieren ist. Bei dem Einsatz einer temperaturabhängigen Steuerung des Emissionskontrollsystems wie im vorliegenden Fall fehlt es an einem arglistigen Vorgehen des beklagten Automobilherstellers, das die Qualifikation seines Verhaltens als objektiv sittenwidrig rechtfertigen würde. Auch nach dem klägerischen Vortrag unterscheidet die im streitgegenständlichen Fahrzeug eingesetzte temperaturbeeinflusste Steuerung der Abgasrückführung nicht danach, ob sich das Fahrzeug auf dem Prüfstand oder im normalen Fahrbetrieb befindet. Sie weist keine Funktion auf, die bei erkanntem Prüfstandbetrieb eine verstärkte Abgasrückführung aktiviert und den Stickoxidausstoß gegenüber dem normalen Fahrbetrieb reduziert, sondern arbeitet in beiden Fahrsituationen im Grundsatz in gleicher Weise. Unter den für den Prüfzyklus maßgebenden Bedingungen (Umgebungstemperatur, Luftfeuchtigkeit, Geschwindigkeit, Widerstand) entspricht die Rate der Abgasrückführung im normalen Fahrbetrieb derjenigen auf dem Prüfstand. Besondere weitere Umstände, die das Verhalten der für die Beklagte handelnden Personen als besonders verwerflich erscheinen ließen, hat die Klägerin im Zusammenhang mit diesem Vorwurf nicht vorgebracht.

bb) Anders verhält es sich aber, wie auch der Bundesgerichtshof festgestellt hat, mit der sog. Kühlmittel-Solltemperatur-Regelung. Hierzu hat die Klägerin bereits in

der Klageschrift unter Bezugnahme auf mehrere Zeitungsartikel, die den Manipulationsverdacht bei einem Motor der Baureihe OM 651 untermauern mit Blick auf ihr Fahrzeug vorgetragen, dass auf dem Prüfstand der Kühlmittelkreislauf künstlich kühl gehalten werde, sodass die Grenzwerte für Stickoxide eingehalten würden; im Straßenbetrieb werde diese Funktion aber deaktiviert, was zu hohe Emissionswerte zur Folge habe, und einen Sachverständigenbeweis angeboten. Wäre dieser Vortrag der Klägerin zutreffend, so läge nicht nur eine unzulässige Abschaltvorrichtung vor, sondern die Software wäre bewusst und gewollt so programmiert, dass die gesetzlichen Abgasgrenzwerte nur auf dem Prüfstand beachtet, im normalen Fahrbetrieb hingegen überschritten würden. Eine solche Funktionsweise stelle eine Prüfstanderkennung dar und wäre nach den oben dargestellten Grundsätzen nicht nur objektiv, sondern auch subjektiv sittenwidrig. Es wäre dann der Rückschluss naheliegend, dass die für die Beklagten tätigen Personen in dem Bewusstsein handelten, eine unzulässige Abschaltvorrichtung zu verwenden, und den darin liegenden Gesetzesverstoß billigend in Kauf genommen hätten. Dabei ist es für die Frage der Schlüssigkeit unerheblich, ob sich die Beklagte insoweit damit rechtfertigt, dass sie aus Gründen des Motorschutzes von der Verwendung einer zulässigen Abschaltvorrichtung ausgegangen sei. Ferner ist es aus den vom Bundesgerichtshof aufgestellten Grundsätzen unerheblich, ob und inwieweit die Beklagte substantiiert die klägerischen Behauptungen bestritten hat. Ein solcher Vortrag kann die Klägerin als technische Laiin nicht dazu zwingen, ggf. mit privatsachverständiger Hilfe den Vortrag der Beklagten zu widerlegen. Der Bundesgerichtshof hat in dem vorgenannten Urteil deutlich gemacht, dass in solchen Fällen für die Annahme eines Vortrags ins Blaue hinein größte Zurückhaltung geboten ist. Entgegen der Auffassung der Beklagten steht auch der Hinweisbeschluss des Senats in dem Rechtsstreit 3 U 96/21 nicht entgegen. Der Sachverhalt ist schon deshalb nicht vergleichbar, weil in dem dortigen Verfahren das Fahrzeug von einem Dritten verkauft wurde, während im hiesigen Rechtsstreit die Beklagte auch die Verkäuferin ist. Denn bei einem solchen Verhalten kommt auch die Würdigung als arglistiges Verschweigen eines Mangels in Betracht, so dass die regelmäßige Verjährungsfrist des § 438 Abs. 3 BGB eingriffe. Da diese an die Kenntnis des Getäuschten anknüpft, wäre sie bei Klageerhebung noch nicht abgelaufen gewesen. Die Klägerin hat sich bereits erstinstanzlich zum Beweis ihres Vortrags auf die Einholung von Sachverständigengutachten berufen. An die

Anforderungen für die Arglist sind andere Anforderungen als an die sittenwidrige Schädigung zu stellen. Denn die Beklagte wird für den Fall, dass der Klägerin der Beweis der Abschalteneinrichtung gelingen sollte, kaum einwenden können, dass sie nicht gewusst habe, wie die Software eines von ihr hergestellten und verkauften Fahrzeugs im Hinblick auf die Kühlmittelsolltemperatur ausgestattet war, was für die Annahme der Arglist ausreichen würde, ohne dass die für die Annahme der Sittenwidrigkeit erforderlichen weiteren Umstände hinzutreten müssten. Denn ein Käufer kann erwarten, dass ein Fahrzeug ohne unzulässige Abschalteneinrichtung verkauft wird (§ 434 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 2. Alt. BGB). Zu dieser üblichen Beschaffenheit gehört nämlich auch der Stand der Technik (vgl. BGH NJW 2009, 2056; 2019, 292), der selbstverständlich auch die Verwendung unzulässiger Abschalteneinrichtungen ausschließt.

Entgegen der Auffassung der Beklagten steht der von ihr vorgelegte Beschluss des Bundesgerichtshofs vom 10.11.2021 (VII ZR 415/21) nicht entgegen. Soweit darin von einer unsicheren Rechtslage bei der „Beurteilung der Zulässigkeit der KSR“ die Rede, beruht dies darauf, dass von der Revision die entsprechende Feststellung des Berufungsgerichts nicht angegriffen worden ist (Rn. 37). Damit steht aber für die Kühlmittel-Soll-Temperatur-Regelung eine solche unsichere Rechtslage nicht im Allgemeinen fest, sondern beruht darauf, dass die entsprechende Feststellung des dortigen Berufungsgerichts nicht angegriffen worden und daher vom Bundesgerichtshof als feststehend zugrunde zu legen war.

Eine solche Feststellung vermag der Senat für die Kühlmittel-Soll-Temperatur-Regelung nicht zu treffen, zumal es sich insoweit anders als beim Thermofenster nicht um einen herstellerübergreifenden Standard handelt. Letzteres, worauf bei dem Thermofenster maßgeblich abgestellt wurde, hat die Beklagte (bislang) nicht vorgetragen, zumal sich senatsbekannt die Frage der eventuellen Abgasmanipulation durch eine Kühlmittel-Soll-Temperatur-Regelung nur bei den von der Beklagten hergestellten Fahrzeugen stellt.

Auch die weiteren von der Beklagten vorgelegten Entscheidungen des Bundesgerichtshofs befassen sich nicht mit der Frage des arglistigen Verschweigens eines Mangels im Sinne des § 438 BGB und beruhen im Übrigen auf der obergerichtlichen Feststellung der Unsubstantiiertheit des klägerischen

Vortrags, der sich der Senat im Einklang mit der zuvor zitierten Entscheidung des Bundesgerichtshofs nicht anzuschließen vermag.

b) Das Unterlassen einer solchen Beweisaufnahme stellt daher einen wesentlichen Verfahrensfehler im Sinne des § 538 Abs. 2 Ziff. 1 ZPO dar, denn das Landgericht hat das aus Art. 103 GG folgende rechtliche Gehör der Klägerin verletzt, indem es ihren Vortrag als unsubstantiiert übergangen hat.

aa) Das Landgericht durfte die klägerische Behauptung zur Kühlmittel-Solltemperatur-Regelung nicht als unsubstantiiert verwerfen und das Angebot eines Sachverständigengutachtens unbeachtet lassen.

Im Streitfall hat sich die Klägerin – wie ausgeführt – schon erstinstanzlich darauf berufen, dass ihr Vortrag auf Erkenntnissen aus der überörtlichen Presse beruht. Eine weitere Präzisierung konnte von der Klägerin, die als technische Laiin anders als die ihr an Fachkenntnissen weit überlegene Beklagte keine Detailkenntnis besitzt und auch nicht unschwer erlangen kann, aus vorgenannten Gründen nicht verlangt werden. Auch der Umstand, dass die für die Klägerin tätigen Prozessbevollmächtigten nach Kenntnis des Senats in einer Vielzahl von Verfahren ähnlicher Art auftreten, darf nicht zu einer Überspannung der Darlegungsanforderungen führen. Insbesondere kann die Klägerin nicht darauf verwiesen werden, zur Substantiierung ihres Vortrags zur Funktionsweise ihres Motors zunächst ein Privatgutachten einzuholen. In diesem Zusammenhang ist auch zu berücksichtigen, dass der BGH in seiner Entscheidung vom 28.1.2020 (Az. VIII ZR 57/19, juris) darauf hingewiesen hat, dass die Substantiierungsanforderungen an die Darlegung eines Sachmangels betreffend Abgasmanipulation bei Dieselfahrzeugen nicht überspannt werden dürfen.

bb) Da die noch durchzuführende Beweisaufnahme voraussichtlich sowohl umfangreich als auch aufwändig sein wird, ist die weitere Voraussetzung einer Zurückverweisung nach § 538 Abs. 1 Ziff. 2 ZPO erfüllt. Im Streitfall geht es um anspruchsvolle und komplexe technische Fragestellungen, nämlich der genauen Wirkweise der Kühlmittel-Soll-Temperatur-Regelung und deren behaupteten Zuschnitts auf die Prüfstandsituation, die im realen Betrieb so gut wie nicht

vorkomme. Wie bereits ausgeführt, hat die Klägerin zu ihrem Vortrag erstinstanzlich schon die Einholung eines Sachverständigengutachtens angeboten.

cc) Der Umstand, dass das streitgegenständliche Fahrzeug ggf. zwischenzeitlich einem freiwilligen Softwareupdate unterzogen wurde, steht der Einholung des angebotenen Sachverständigengutachtens nicht von vornherein entgegen. Zwar bestehen angesichts der Änderung gewisse Bedenken, dass ein Sachverständiger die frühere Software noch auslesen und im Anschluss begutachten kann. Allerdings ist in einem solchen Fall – mindestens im Rahmen der sekundären Darlegungslast – die Beklagte gehalten, die ursprüngliche Software offenzulegen. Ob sie ihrer sekundären Darlegungslast nachkommen wird, wird abzuwarten sein. Nur wenn sie ihr nach Feststellung der Unmöglichkeit des Auslesens der Ursprungssoftware durch den Sachverständigen nicht nachkommen sollte, kann zu Lasten der Beklagten entschieden werden, ggf. unter Anwendung der Grundsätze der Beweisvereitelung.

c) Die Tatbestandswirkung der EG-Typgenehmigung steht nicht grundsätzlich der Bejahung eines arglistigen Verschweigens bzw. einer vorsätzlichen sittenwidrigen Schädigung entgegen. Eine sittenwidrige Schädigung kommt nach einhelliger obergerichtlicher Rechtsprechung, der sich der Senat anschließt, dann in Betracht, wenn und soweit die Beklagte die Mitarbeiter des KBA bei der Erteilung der Typgenehmigung arglistig getäuscht hätte (Brandenburgisches Oberlandesgericht, Beschluss vom 03. Februar 2021 – 11 U 109/20 –, Rn. 37, juris m.N.). Dies wäre bei Vorliegen einer Prüfstanderkennung ernsthaft in Betracht zu ziehen.

3. Wegen des Grundsatzes der Kosteneinheit wird das Landgericht über die Kosten des Rechtsstreits insgesamt zu entscheiden haben.

4. Die Entscheidung zur vorläufigen Vollstreckbarkeit hat ihre Grundlage §§ 708 Nr. 10, 711, 713 ZPO, da für die Parteien ein Rechtsmittel gegen dieses Urteil unzweifelhaft nach § 544 Abs. 2 Nr. 1 ZPO nicht gegeben ist. Die Klägerin, die ihren Sachantrag weiterverfolgt hat, ist offensichtlich mit weniger als € 20.000,00 beschwert. Die Beklagte ist durch dieses Urteil nicht beschwert, da mit diesem Urteil keine rechtskräftige Feststellung zum Grund und zur Höhe des verfolgten

Zahlungsanspruchs verbunden ist (vgl. BGH, Beschluss vom 14. Juni 2007 – V ZR 258/06 –, juris)

5. Die Revision war nicht zuzulassen, da die Voraussetzungen des § 543 Abs. 2 ZPO nicht vorliegen. Die Rechtssache hat weder grundsätzliche Bedeutung noch rechtfertigt die Fortbildung des Rechts oder die Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung eine Entscheidung des Revisionsgerichts. Bei der Bewertung der Substantiierungslast handelt es sich notwendigerweise immer um eine Einzelfallentscheidung.

Hundt

