
Datum: 15.07.2021
Gericht: Oberlandesgericht Düsseldorf
Spruchkörper: 5. Zivilsenat
Entscheidungsart: Urteil
Aktenzeichen: 5 U 88/20
ECLI: ECLI:DE:OLGD:2021:0715.5U88.20.00

Vorinstanz: Landgericht Mönchengladbach, 2 O 167/18
Rechtskraft: rechtskräftig

Tenor:

Die Berufung der Kläger gegen das am 11.3.2020 verkündete Urteil der 2. Zivilkammer des Landgerichts Mönchengladbach – Einzelrichterin – wird zurückgewiesen.

Auf die Berufung der Beklagten wird das am 11.3.2020 verkündete Urteil der 2. Zivilkammer des Landgerichts Mönchengladbach – Einzelrichterin – teilweise abgeändert und wie folgte neu gefasst:

Die Klage wird abgewiesen.

Die Kosten des Rechtsstreits beider Instanzen tragen die Kläger.

Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar. Den Klägern bleibt vorbehalten, die Vollstreckung durch Sicherheitsleistung in Höhe von 110% des nach dem Urteil vollstreckbaren Betrages abzuwenden, sofern nicht die Beklagte vor der Vollstreckung Sicherheit in Höhe von 110% des jeweils zu vollstreckenden Betrages leistet.

Die Revision wird nicht zugelassen.

Gründe

1

I.

2

Die Parteien streiten um Ansprüche der Kläger im Zusammenhang mit dem so genannten Diesel-Abgasskandal.	3
Die Kläger erwarben bei einer nicht am Prozess beteiligten Verkäuferin einen gebrauchten Audi Typ A6 Avant line 3.0 TDI quattro zu einem Preis von 46.100 €. Liefertermin war der 30.5.2016. Das Fahrzeug wies einen Kilometerstand von 8.770 km auf. In dem Fahrzeug ist ein von der Beklagten hergestellter 3,0 l Sechszylinder-Motor (Euro 6) verbaut.	4
In dem Fahrzeug werden zwei Technologien zur Reduktion des Stickoxid-Ausstoßes eingesetzt, nämlich ein mit Ad-Blue betriebener SCR-Katalysator und eine Abgasrückführung. Die Rate der Abgasrückführung erfolgt in Abhängigkeit von der Außentemperatur („Thermofenster“).	5
Das Kraftfahrtbundesamt („KBA“) ordnete im Rahmen einer Nebenbestimmung an, dass das betroffene Fahrzeug nachzurüsten und in einen vorschriftsmäßigen Zustand zu versetzen sei. Die Beklagte entwickelte ein Software-Update, dass das KBA für die Fahrzeuge des Typs Audi A6 und A7 am 12.11.2018 freigab. Wegen der Einzelheiten wird gem. § 540 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 ZPO auf die tatsächlichen Feststellungen in dem angefochtenen Urteil Bezug genommen.	6
Mit dem am 11.3.2020 verkündeten Urteil hat die 2. Zivilkammer des Landgerichts Mönchengladbach die Beklagte unter Klageabweisung im Übrigen verurteilt, an den Kläger 30.424,66 € nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 10.8.2018 zu zahlen Zug-um-Zug gegen Übergabe des Fahrzeuges Audi Typ A6 Avant. Zudem hat es festgestellt, dass die Beklagte sich mit der Rücknahme des Fahrzeuges in Verzug befindet.	7
Zur Begründung hat das Landgericht ausgeführt, den Klägern stehe gegen die Beklagte ein Anspruch aus § 826 BGB auf Rückzahlung des Kaufpreises abzüglich einer Nutzungsentschädigung in Höhe von 15.675,34 € zu.	8
Die Beklagte habe die Kläger vorsätzlich und sittenwidrig getäuscht, indem sie das Fahrzeug mit dem Motor des Typs EA 897 in den Verkehr gebracht habe. Die in dem Motorentyp EA 897 enthaltene Steuerung der Abgasbehandlung stelle eine unzulässige Abschalteinrichtung dar. Fahrzeuge dieses Motorentyps seien Gegenstand eines Rückrufs des KBA gewesen. Aus den Schreiben der Beklagten von Januar 2019, Juli 2019 und Januar 2020 folge, dass auch das streitgegenständliche Fahrzeug Gegenstand eines Rückrufes wegen Unregelmäßigkeiten sei. Vor diesem Hintergrund könne dahinstehen, ob das Thermofenster und der SCR-Katalysator eine unzulässige Abschalteinrichtung darstellen. Es komme nicht darauf an, ob das Fahrzeug die Grenzwerte auch ohne die Software einhalte.	9
Die Beklagte habe den Klägern einen Schaden zugefügt, weil diese einen Vertrag geschlossen hätten, den sie im Übrigen nicht abgeschlossen hätten. Es stehe außer Zweifel, dass unter normalen Umständen kein verständiger Autokäufer ein Fahrzeug kaufe, welches entscheidenden gesetzlichen Anforderungen nicht genüge. Auch nach den eigenen Schreiben der Beklagten sei gerade die Zulassungsfähigkeit des Fahrzeuges im Straßenverkehr bzw. der Betrieb des Fahrzeuges betroffen. Da das Fahrzeug für die Zwecke der Kläger im Zeitpunkt des Vertragsschlusses nicht voll brauchbar gewesen sei, sei die kaufvertragliche Verpflichtung auch nach der Verkehrsanschauung als unvernünftig und nachteilig anzusehen.	10

Das Software-Update lassen den Schaden nicht entfallen. Der Schaden der ungewollten Verbindlichkeit bleibe bestehen.

Die Beklagte bzw. ihre Organe hätten vorsätzlich gehandelt. Ein verfassungsmäßig berufener Vertreter habe den objektiven und subjektiven Tatbestand des § 826 BGB verwirklicht. Hiervon sei auszugehen. Bereits die äußeren Umstände sprächen für ein vorsätzliches Verhalten mindestens eines Vorstandsmitgliedes oder eines anderen verfassungsmäßig berufenen Vertreters der Beklagten. Die Motorsteuerung sei bewusst erfolgt. Aufgrund der Tragweite der Entscheidung und der hiermit verbundenen Haftungsrisiken müsse auch mindestens ein verfassungsmäßig berufener Vertreter der Beklagten in den Entscheidungsprozess eingebunden gewesen sein. Ein Vorstandsmitglied oder sonstiger Repräsentant, der in Kenntnis der Funktionsweise den serienmäßigen Einsatz der Motorsteuerung anordne oder nicht unterbinde, billige auch bewusst eine Schädigung der Erwerber. Der Vortrag der Kläger sei als zugestanden anzusehen, da die Beklagte ihrer sekundären Darlegungslast nicht nachgekommen sei. Sie hätte konkret ihre Entscheidungs- und Kontrollstrukturen darlegen müssen. Der Vortrag, dass Thermofenster von sämtlichen Herstellern eingesetzt würden, sei nicht ausreichend. Dass sie die Typengenehmigungsbehörde auf das Thermofenster oder die Funktionsweise des SCR-Katalysators hingewiesen habe, mache die Beklagte nicht geltend. 12

Die Täuschung der Beklagten habe der Kostensenkung und der Erzielung von Wettbewerbsvorteilen gedient. 13

Die Beklagte habe den Klägern den Kaufpreis abzüglich eines Ausgleichs für die gezogenen Nutzungen zu erstatten. Die Zivilrechtsordnung sehe als Rechtsfolge einer unerlaubten Handlung nur den Schadensausgleich, nicht aber eine Bereicherung des Geschädigten vor. Bestrafung und Abschreckung seien keine Ziele des Zivilrechtes. Die erwartbare Gesamtleistung des Fahrzeuges schätze das Gericht auf 300.000 km. Das Gericht schätze auf Basis der bis zum 17.2.2020 gefahrenen Kilometer den Kilometerstand im Zeitpunkt der letzten mündlichen Verhandlung auf 99.026,64 km, woraus sich ein Nutzungsersatz in Höhe von 15.675,34 € ergebe. 14

Der Zinsanspruch folge ab dem 10.8.2019 aus Verzug. Ein Anspruch auf Zinsen ab Kaufpreiszahlung stehe den Klägern hingegen nicht zu. Ein solcher Anspruch folge nicht aus § 849 BGB, da dessen Schutzzweck hier nicht betroffen sei. Die Kläger hätten das Fahrzeug jederzeit nutzen können. 15

Die Beklagte befinde sich in Annahmeverzug mit der Rücknahme des Fahrzeuges. Der Anspruch auf Freistellung von vorgerichtlichen Anwaltskosten folge aus §§ 826, 249 BGB. Auf Basis eines geschätzten Gegenstandswertes von 36.617,75 € und einer 1,3 Geschäftsgebühr ergebe sich ein Ersatzanspruch in Höhe von 1.590,91 €. 16

Hiergegen richten sich beide Parteien mit ihren Berufungen. 17

Die Kläger begehren eine Verurteilung der Beklagten zu weitergehenden Zinsen. Zudem greife sie die Bemessung des Nutzungsvorteils an. Sie tragen vor, die Nutzungsvorteile seien auf Basis einer Gesamtleistung von 400.000 km zu ermitteln. Auf mobile.de würden zahlreiche Fahrzeuge mit einem Kilometerstand von über 400.000 km zu einem Verkaufspreis im hohen vierstelligen Bereich angeboten. Eine Gesamtleistung von unter 400.000 km scheine für die angesprochenen Verkehrskreise unrealistisch zu sein. Die Deliktzinsen seien wie beantragt geschuldet. Dies hätten zahlreiche Oberlandesgerichte so erkannt. 18

Die Kläger beantragen,	19
die Beklagte unter Abänderung des Urteils des Landgerichts Mönchengladbach vom 11.3.2020 zu verurteilen, an sie weitere 5.055,34 € nebst Zinsen in Höhe von jährlich 4 Prozent seit dem 24.5.2016 bis zum 9.8.2018 sowie in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem jeweiligen Basiszinssatz seit dem 10.8.2018 zu zahlen.	20
Die Beklagte beantragt,	21
die Berufung der Kläger zurückzuweisen	22
Sie trägt vor: Das Landgericht habe die Höhe der Nutzungen fehlerfrei geschätzt. Die zugrunde gelegte Gesamtleistung von 300.000 km sei nicht zu beanstanden, auch wenn die Rechtsprechung vielfach von einer Laufleistung von nur 200.000 km – 250.000 km ausgehe. Ein Anspruch auf Zinsen gemäß § 849 BGB bestehe nicht. Dies habe der BGH mit Urteil vom 30.7.2020 entscheiden.	23
Im Übrigen richtet sie sich mit ihrer Berufung gegen das Urteil, soweit der Klage stattgegeben wurde. Sie trägt vor: Eine Sittenwidrigkeit sei zu verneinen. Das Fahrzeug verfüge nicht über den bekannten Motor EA 189. Sie habe bereits umfassend vorgetragen, dass die Motorsoftware des Fahrzeuges auf Anordnung des KBA aktualisiert werde. Der Rückruf betreffe jedoch nur die Arbeitsweise des SCR-Katalysators, wenn der Harnstoff nur noch für eine voraussichtliche Restreichweite von 2.400 km ausreiche (Restreichweiten-Warnung). Mit unterschiedlichen Betriebsmodi für den Rollenprüfstand und den Straßenbetrieb habe dies nichts zu tun. Es handele sich auch nicht um eine Software zur Überlistung des Prüfstandes.	24
Es fehle an einer Täuschung der Kläger durch sie. Der bloße Verweis auf einen Bescheid des KBA ersetze keine Subsumtion unter die Anspruchsgrundlage. Das Landgericht habe nicht auf die Wirkweise des SCR-Katalysators oder den Inhalt des Rückrufes abgestellt, sondern lapidar nur auf das Vorliegen des KBA-Bescheides (Bl. 385).	25
Den Klägern sei kein Schaden entstanden.	26
Verfahrensfehlerhaft habe das Landgericht zudem unter Rückgriff auf die Grundsätze der sekundären Darlegungslast ihren Vorsatz festgestellt. Die Kläger müssten primär schlüssig Tatsachen vortragen, woran es schon fehle. Erst in einem zweiten Schritt könne darüber entschieden werden, ob sie eine sekundäre Darlegungslast treffe.	27
Das Thermofenster sei nicht geeignet, eine Haftung zu begründen. Eine Haftung scheitere jedenfalls am fehlenden Vorsatz bezüglich einer sittenwidrigen Schädigung. Der Gesetzgeber habe die Notwendigkeit temperaturabhängiger Emissionsregelungen anerkannt. Zudem sei die Frage, ob ein Thermofenster zum Schutz vor Beschädigungen des Motors notwendig sei, zuerst eine technische Frage. Gutachter hätten bestätigt, dass die Verwendung von Thermofenstern in Dieselmotoren der Abgasnormen EU 4 – 6 dem Stand von Wissenschaft und Technik bzw. der bestverfügbaren Technik entsprochen habe (Bl. 396 GA). Ein gänzlicher Verzicht sei aufgrund der physikalischen Rahmenbedingungen nicht möglich. Das streitgegenständliche Thermofenster habe zum Entwicklungszeitpunkt dem modernsten Stand der Technik entsprochen und sei aus Gründen des Motorschutzes und zum sicheren Betrieb des Fahrzeuges notwendig gewesen.	28
Jedenfalls seien die gezogenen Nutzungsvorteile abzuziehen. Der Nutzungsersatz sei nicht linear nach den gefahrenen Kilometern zu berechnen. Vielmehr sei darauf abzustellen, wie	29

die Kläger hypothetisch ohne das schädigende Ereignis stünden. Bei lebensnaher Betrachtung hätten sie ein anderes Fahrzeug erworben und hätten dessen Wertverlust zu tragen (Bl. 400 GA). Jedenfalls sei von einer Gesamtleistung von 200.000 km – 250.000km auszugehen.

Sie befinde sich nicht in Annahmeverzug, da die Kläger ihr das Fahrzeug nicht in einer den Annahmeverzug begründenden Weise angeboten hätten. Ein wirksames Angebot setze voraus, dass die Kläger auch sämtliche Schlüssel und mitverkauften Gegenständen angeboten hätten. Die Anwaltskosten seien nicht erstattungsfähig 30

Sie beantragt, 31

unter Änderung des erstinstanzlichen Urteils die Klage insgesamt abzuweisen; 32

hilfsweise, den Rechtsstreit unter Aufhebung des Urteils zur erneuten Verhandlung an das Landgericht Mönchengladbach zurückzuverweisen. 33

Die Kläger beantragen, 34

die Berufung der Beklagten zurück zu weisen. 35

Sie verteidigen das Urteil unter Wiederholung ihrer erstinstanzlichen Ausführungen. Die unzulässige Abschaltvorrichtung habe dazu führen können, dass eine Betriebsbeschränkung oder -untersagung erfolgt wäre. Die Beklagte habe sich im Rahmen der bei der Motorenentwicklung getroffenen Entscheidung, die Typengenehmigung durch arglistige Täuschung des KBA zu erschleichen, die Arglosigkeit der Käufer zunutze gemacht. Der Käufer setze die Einhaltung der gesetzlichen Vorgaben und eines ordnungsgemäßen Typengenehmigungsverfahrens voraus. Sie hätten ausreichende Anhaltspunkte für eine Kenntnis des Vorstandes von der Verwendung einer unzulässigen Abschaltvorrichtung vorgetragen. Das Landgericht sei zutreffend davon ausgegangen, dass die Beklagte eine sekundäre Darlegungslast treffe. Der Anspruch nach § 826 BGB diene nicht nur dem Ausgleich jeder nachteiligen Einwirkung auf die objektive Vermögenslage. Vielmehr müsse sich der Geschädigte auch von einer Belastung mit einer ungewollten Verpflichtung befreien können. 36

Ergänzend tragen die Kläger vor, das KBA habe bei den Fahrzeugen vom Typ Audi A 6 und Audi A 7 EU 6 mit EA 897evo vier unterschiedliche Strategien entdecken können, die ausschließlich dem Zweck gedient hätten, die NOx-Grenzwerte auf dem Prüfstand sicher einzuhalten und im Straßenbetrieb eine ordnungsgemäß funktionierende Abgasnachbehandlung zu unterbinden. 37

Dies gehe aus einem Anschreiben des KBA an die Beklagte von November 2017 hervor. Die dort beschriebenen Strategien A und B hätten nur dem Ziel gedient, den NEFZ zu erkennen. Das KBA habe die Strategie A als unzulässig angesehen und die Strategien B, C und D als zweifelhaft. Die Beklagte habe erklärt, freiwillig auf die Strategien B, C und D zu verzichten und diese aus der Software zu entfernen. In diesem Fall könnten die Strategien nicht zum Motorschutz notwendig gewesen sein. 38

Mit Bescheid vom 7.12.2017 habe das KBA die Anordnung einer nachträglichen Nebenbestimmung zur EG-Typgenehmigung des Audi A6/A7 3,0 l EU6 mit dem streitgegenständlichen EA 897evo Dieselmotor erlassen und die Beklagte aufgefordert, die Vorschriftsmäßigkeit der Fahrzeuge herzustellen. Der endgültige Rückruf sei am 23.1.2018 39

erfolgt (Bl. 430 GA).

Erst jetzt könnten sie auf Basis anhaltender privater Nachforschungen ihres Prozessbevollmächtigten diese weiteren Erkenntnisse vortragen. 40

Wegen der Einzelheiten des Parteivorbringens im Berufungsverfahren wird auf die wechselseitigen Schriftsätze und Urkunden Bezug genommen. 41

II. 42

Die Berufung der Kläger hat keinen Erfolg. Die Berufung der Beklagten ist hingegen begründet und führt zur Abweisung der Klage. 43

A. 44

Die Berufung der Kläger ist - unabhängig davon, ob ihnen ein Anspruch aus § 826 BGB gegen die Beklagte zusteht - nicht begründet. 45

1. 46

Den Klägern steht selbst bei Annahme eines Anspruchs aus § 826 BGB kein Anspruch auf Zinsen für einen Zeitraum vor dem 10.8.2019 (vorgerichtliche Zahlungsaufforderung) zu. Insbesondere folgt ein solcher Anspruch nicht aus § 849 BGB. Die Tatbestandsvoraussetzungen des § 849 BGB liegen nicht vor. Die Vorschrift billigt dem Geschädigten ohne Nachweis eines konkreten Schadens Zinsen als pauschalierten Schadensersatz für die entgangene Nutzung einer ihm durch den Schädiger entzogenen oder beschädigten Sache zu. Der Zinsanspruch soll den endgültig verbleibenden Verlust an Nutzbarkeit der Sache ausgleichen, der durch den späteren Gebrauch derselben oder einer anderen Sache nicht nachgeholt werden kann (OLG Hamm, Urteil vom 10.09.2019 – 13 U 149/18, juris, Rn. 99). § 849 BGB gilt auch in den Fällen, in denen dem Geschädigten Geld entzogen wurde und verlangt nicht, dass die Sache oder der Geldbetrag ohne oder gegen den Willen des Geschädigten entzogen worden ist (BGH, Urteil vom 26.11.2007 – II ZR 167/06, juris Rn. 4). Der Regelung kann dennoch kein allgemeiner Rechtsgrundsatz entnommen werden, deliktische Schadensersatzansprüche seien stets von ihrer Entstehung an zu verzinsen (BGH, Urteil vom 12.06.2018 – KZR 56/16, juris Rn. 45; MüKo-BGB/Wagner, 7. Aufl., § 849, Rn. 2 ff.). Vielmehr ist maßgeblich der Zweck der Norm zu berücksichtigen, den später nicht mehr nachholbaren Verlust der Nutzbarkeit einer Sache auszugleichen (BGH, Urteil vom 26.11.2007 – II ZR 167/06, juris Rn. 4; OLG Hamm, Urteil vom 10.09.2019 – 13 U 149/18, juris, Rn. 99). 47

Dieser Schutzzweck ist im Streitfall nicht betroffen. Die Kläger erhielten als Gegenleistung für die Hingabe des Kaufpreises ein in tatsächlicher Hinsicht voll nutzbares Fahrzeug (vgl. OLG Düsseldorf, Urteil vom 18.12.2019 – 18 U 58/18; OLG Düsseldorf, Urteil vom 18.12.2019 – 18 U 16/19; OLG Celle, Urteil vom 22.01.2020 – 7 U 445/18, juris, Rn. 73; OLG Schleswig, Urteil vom 31.01.2020 – 17 U 95/19, juris, Rn. 46; OLG Hamm, Urteil vom 10.09.2019 – 13 U 149/18, juris, Rn. 99). Da sich die bestehende Gefahr einer Stilllegung des Fahrzeuges nicht realisierte, war dieses gleichwohl tatsächlich nutzbar. Hierdurch wurde der Verlust der Nutzungsmöglichkeit des Geldes kompensiert. Eine zusätzliche Verzinsung gemäß § 849 BGB entspräche einer vom Normzweck nicht gerechtfertigten Überkompensation (BGH, Urteil vom 30. Juli 2020 – VI ZR 354/19 –, Rn. 19, juris). § 849 BGB ist deshalb nicht anwendbar, weil die Kläger für die Hingabe des Geldes das nutzbare Fahrzeug erhalten haben. Dieser kompensierende Leistungsaustausch ist davon unabhängig, ob und in welchem Ausmaß der 48

Kläger das Fahrzeug tatsächlich nutzt, maßgebend ist die Möglichkeit der Nutzung (vgl. BGH NJW 2020, 2796).

2. 49

Die Berufung ist auch nicht begründet, sofern sich die Kläger gegen die Berechnung des Nutzungsvorteils wenden. Unterstellt man einen Anspruch der Kläger aus § 826 BGB auf Rückzahlung des Kaufpreises, so hat das Landgericht unter dem Gesichtspunkt des Vorteilsausgleichs zutreffend einen Wertersatz für die gezogenen Nutzungen abgezogen. Nach der Rechtsprechung des BGH dürfen dem Geschädigten nach den Grundsätzen der Vorteilsausgleichung neben dem Ersatzanspruch nicht die Vorteile verbleiben, die ihm durch das schädigende Ereignis zugeflossen sind. Gleichartige Gegenansprüche sind automatisch zu saldieren (BGH, Urteil vom 12.03.2009, VII ZR 26/06, MDR 2009, 624). 50

Das Landgericht ist auch von einer zutreffenden Berechnungsweise ausgegangen. Der Wert von Gebrauchsvorteilen bei der Eigennutzung einer beweglichen Sache wird nach der zeitanteiligen linearen Wertminderung berechnet (vgl. BGH, Urteil vom 8.9.2016, IX ZR 52/15; Reinking / Eggert, Der Autokauf, 14. Auflage 2020, VI., Rn. 1162, 1164 ; BGH, NJW 2020, 1962 Rn. 68). 51

In der von dem Landgericht auf 300.000km geschätzten Gesamtlauflistung des Fahrzeuges liegt ebenfalls kein Fehler zu Lasten der Kläger. Der Senat schätzt in ständiger Rechtsprechung die Gesamtfahrleistung von Fahrzeugen mit Motoren der Baureihe **EA 189 bis zu 2,0 Liter** Hubraum auf 250.000 km. Es kann dahinstehen, ob diese Lauflistung auch bei dem streitgegenständlichen Fahrzeug mit einem **Hubraum von 3,0 Liter** anzusetzen ist. Denn keinesfalls würde der Senat eine höhere Gesamtlauflistung annehmen, als sie von dem Landgericht zugrunde gelegt wurde. Die Kläger benennen auch keine individuellen und konkreten Aspekte, weshalb sie von einer Gesamtlauflistung von 400.000 km ausgehen. Dass es (nach Typ und Motorausstattung nicht näher spezifizierte) Fahrzeuge gibt, die mit 400.000km Lauflistung noch einen vierstelligen Kaufpreis erzielen, lässt keinen Rückschluss auf die durchschnittliche Lauflistung eines mit dem streitgegenständlichen Fahrzeugs vergleichbaren PKW zu. Dabei ist auch zu sehen, dass ein signifikanter Unterschied zwischen Ottomotoren und Dieselmotoren nicht mehr in dem Maße wie zwischen 1950 und 2000 besteht (vgl. Reinking / Eggert, Der Autokauf, 14. Auflage 2020, III. Rücktritt, Rn. 3572). 52

B. 53

Die Berufung der Beklagten ist zulässig und begründet. 54

Den Klägern steht kein Anspruch auf Schadensersatz gegen die Beklagte zu. 55

1. 56

Ein Anspruch folgt insbesondere nicht aus § 826 BGB. Die Tatbestandsvoraussetzungen des § 826 BGB erfordern eine vorsätzliche Schadenszufügung in einer gegen die guten Sitten verstoßenden Weise. Eine solche ist auf Basis des zugrunde zu legenden Vortrags nicht feststellbar. 57

Die Kläger haben ein sittenwidriges Verhalten der Beklagten nicht substantiiert vorgetragen. 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 58

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. Bei mittelbaren Schädigungen kommt es 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 (vgl. BGH, Urteil vom 30.7.2020 - VI ZR 5/20 - ; NJW 2020, 2798 mwN). Dabei kann im Rahmen des § 826 BGB ein Verhalten, das sich gegenüber zunächst betroffenen (anderen) Geschädigten als sittenwidrig darstellte, aufgrund einer Verhaltensänderung des Schädigers vor Eintritt des Schadens bei dem konkreten Geschädigten diesem gegenüber nicht mehr als sittenwidrig zu werten sein. Eine solche Verhaltensänderung kann bereits der Bewertung seines Gesamtverhaltens als sittenwidrig entgegenstehen und ist nicht erst im Rahmen der Kausalität abhängig von den Vorstellungen des jeweiligen Geschädigten zu berücksichtigen (vgl. BGH, Urteil vom 30.7.2020 - VI ZR 5/20 - ; NJW 2020, 2798).

a)

59

Ein ausreichend substantiierter Vortrag eines sittenwidrigen Verhaltens liegt entgegen der Ansicht des Landgerichts nicht allein deshalb vor, weil das streitgegenständliche Fahrzeug von einem amtlichen Rückruf des KBA betroffen ist. Der Rückruf bildet zwar greifbare Anhaltspunkte für die Annahme der Kläger, dass das Fahrzeug mit einer unzulässigen Abschalteinrichtung ausgestattet ist. Denn der Rückruf betrifft Unregelmäßigkeiten der Motorsteuerungssoftware im Hinblick auf die Funktion des Emmissionssystems. Zu beachten ist allerdings, dass das Vorliegen einer unzulässigen Abschalteinrichtung nicht automatisch den Vorwurf des sittenwidrigen Verhaltens begründet. Bei einer Abschalteinrichtung, die im Grundsatz auf dem Prüfstand und im Straßenbetrieb in gleicher Weise arbeitet, ist der Vorwurf der Sittenwidrigkeit nur gerechtfertigt, wenn zu dem Verstoß gegen die Verordnung 715/2007/EG weitere Umstände hinzutreten, die das Verhalten der handelnden Personen als besonders verwerflich erscheinen ließen. Dabei setzt die Annahme von Sittenwidrigkeit jedenfalls voraus, dass diese Personen bei der Entwicklung und/oder Verwendung der entsprechenden Steuerung des Emissionskontrollsystems in dem Bewusstsein handelten, eine unzulässige Abschalteinrichtung zu verwenden, und den darin liegenden Gesetzesverstoß billigend in Kauf nahmen. Fehlt es hieran, ist bereits der objektive Tatbestand der Sittenwidrigkeit nicht erfüllt (vgl. BGH Beschluss vom 9.3.2021; Az: VI ZR 889/20; BGH, Beschluss vom 19.1.2021, VI ZR 433/19; BGH Urteil vom 13.7.2021; Az: VI ZR 128/20). Die Darlegungs- und Beweislast für diese Voraussetzung tragen nach allgemeinen Grundsätzen die Kläger als Anspruchsteller (vgl. BGH aaO). Der Umstand eines amtlichen Rückrufes alleine lässt keinen Rückschluss darauf zu, ob die handelnden Personen bei der Beklagten bewusst gegen die europarechtlichen Vorgaben verstießen. Erst auf Basis der konkreten Funktionsweise der Abschalteinrichtung kann beurteilt werden, ob eine Bewertung, wonach die Funktionsweise zulässig sei, plausibel oder offensichtlich vorgeschoben ist. Auch die sonstigen und bei der Verwerflichkeitsprüfung zu berücksichtigen Umstände mögen je nach Funktionsweise der Abschalteinrichtung differieren. Im Rahmen von § 826 BGB ist daher auch bei Vorliegen eines Rückrufes notwendig, dass die Kläger im Rahmen seiner Möglichkeiten unter Darstellung greifbarer Anhaltspunkte konkret bezeichnen, von welcher Funktionsweise sie ausgehen und wie diese arbeiten soll.

60

b)

61

62

Eine Verwerflichkeit des Verhaltens der Beklagten ergibt sich nicht deshalb, weil in dem Motor eine temperaturabhängige Steuerung der Abgasrückführung (nachfolgend: „Thermofenster“) implementiert ist. Dabei ist unstreitig, dass die Abgasrückführung nur bei bestimmten Außentemperaturen in vollem Umfang stattfindet und außerhalb dieser Bedingungen deutlich reduziert wird.

Das Thermofenster rechtfertigt den Vorwurf besonderer Verwerflichkeit in der gebotenen Gesamtbetrachtung nicht. Dabei kann zugunsten der Kläger unterstellt werden, dass eine derartige temperaturbeeinflusste Steuerung der Abgasrückführung als unzulässige Abschalteinrichtung im Sinne von Art. 5 Abs. 2 Satz 1 der Verordnung (EG) Nr. 715/2007 zu qualifizieren ist. Der darin liegende - unterstellte - Gesetzesverstoß reicht aber nicht aus, um das Gesamtverhalten der Beklagten zu 2) als sittenwidrig zu qualifizieren (vgl. BGH Beschluss vom 9.3.2021; Az: VI ZR 889/20; BGH, Beschluss vom 19.1.2021, VI ZR 433/19). Hierfür bedürfte es vielmehr weiterer Umstände im Zusammenhang mit der Entwicklung und Anwendung, die aber nicht feststellbar sind.

63

Die Applikation einer temperaturabhängigen Steuerung des Emissionskontrollsystems ist nicht mit der Verwendung der Prüfstandserkennungssoftware bei dem Motor EA 189 durch die Volkswagen AG zu vergleichen. Die Volkswagen AG hatte im eigenen Kosten- und Gewinninteresse entschieden, von der Einhaltung der Euro 5 Grenzwerte im realen Fahrbetrieb vollständig abzusehen und dem KBA stattdessen zwecks Erlangung der Typgenehmigung mittels einer eigens zu diesem Zweck entwickelten Motorsteuerungssoftware wahrheitswidrig vorzuspiegeln, dass die von ihm hergestellten Dieselfahrzeuge die neu festgelegten Grenzwerte einhalten. Die Software war bewusst und gewollt so programmiert, dass die gesetzlichen Abgasgrenzwerte nur auf dem Prüfstand beachtet, im normalen Fahrbetrieb hingegen überschritten wurden (Umschaltlogik), und zielte damit unmittelbar auf die arglistige Täuschung der Typgenehmigungsbehörde ab. Sodann wurden die mit einer derartigen – evident unzulässigen – Abschalteinrichtung versehenen Fahrzeuge unter bewusster Ausnutzung der Arglosigkeit der Erwerber in den Verkehr gebracht (vgl. BGH, Urteil vom 25.5.2020 – VI ZR 252/19, BeckRS 2020, 10555 Rn. 17, 23, 25). Ein solches Verhalten steht einer unmittelbaren arglistigen Täuschung der Fahrzeugwerber in der Bewertung gleich. Demgegenüber ist der Einsatz einer temperaturabhängigen Steuerung des Emissionskontrollsystems nicht von vornherein durch Arglist geprägt (vgl. BGH aaO). Eine solche Steuerung führt nicht dazu, dass bei erkanntem Prüfstandsbetrieb eine verstärkte Abgasrückführung aktiviert und der Stickoxidausstoß gegenüber dem normalen Fahrbetrieb reduziert wird. Vielmehr arbeiten Software und Abgasrückführung in beiden Fahrsituationen im Grundsatz in gleicher Weise.

64

Bei dieser Sachlage wäre der Vorwurf der Sittenwidrigkeit gegenüber der Beklagten nur gerechtfertigt, wenn zu dem – unterstellten – Verstoß gegen die Verordnung 715/2007/EG weitere Umstände hinzuträten, die das Verhalten der für sie handelnden Personen als besonders verwerflich erscheinen ließen. Dabei setzt die Annahme von Sittenwidrigkeit jedenfalls voraus, dass die Personen bei Entwicklung und/oder Verwendung der Software in dem Bewusstsein handelten, eine unzulässige Abschalteinrichtung zu verwenden und den darin liegenden Gesetzesverstoß billigend in Kauf nahmen. Fehlt es hieran, ist bereits der objektive Tatbestand der Sittenwidrigkeit nicht erfüllt. Dabei trägt die Darlegungs- und Beweislast für diese Voraussetzung nach allgemeinen Grundsätzen der Kläger als Anspruchsteller (vgl. BGH Beschl. v. 9.3.2021 – VI ZR 889/20, BeckRS 2021, 4148; BGH Beschluss vom 19.1.2021 - VI ZR 433/19).

65

66

Eine die besondere Verwerflichkeit begründende Motivation oder Kenntnislage bei der Herstellung der Software „Thermofenster“ ergibt sich nicht aus deren Wirkungsbereich. Die Beklagte hat vorgetragen, eine signifikante Reduzierung erfolge erst ab 5 Grad Celsius. Eine abweichende Wirkungsweise haben die Kläger nicht vorgetragen. Geht man von einer signifikanten Reduktion erst unterhalb von 5 Grad Celsius aus, so lässt diese nicht den Rückschluss darauf zu, dass die Beklagte hier bewusst eine unzulässige Abschalteneinrichtung verwendet hat. Denn ein solches Thermofenster ist nicht offensichtlich auf eine „Überlistung“ der Prüfungssituation ausgelegt. Es ist auch nicht erkennbar, dass der zur Rechtfertigung angeführte Bauteilschutz ersichtlich nur vorgeschoben wäre. Die Kläger gehen selbst davon aus, dass bei niedrigen Außentemperaturen ein Versottungsrisiko („Verstopfungsrisiko“) bestehe (Bl. 153 GA) und das Thermofenster geeignet sei, dieser Gefahr zu begegnen.

Sofern sich die Kläger auf die Ermittlungen und die Anklageerhebung gegen Herrn A. beziehen, folgt hieraus nicht, dass Hintergrund der Anklage die Verwendung von Thermofenstern sein soll. 67

Sofern die Kläger vortragen, die Beklagte habe das Thermofenster dem KBA nicht angezeigt, bleibt dieser Vortrag zu pauschal, um daraus auf einen bewussten Verstoß gegen das Verbot von Abschalteneinrichtungen schließen zu können. Denn die Beklagte hat sich darauf berufen, es handele sich um eine allgemein anerkannte, von sämtlichen Herstellern eingesetzte Einrichtung. In diesem Fall mag die Beklagte es als selbstverständlich angenommen haben, dass das KBA von der Verwendung von Thermofenstern wusste und diese billigte. 68

Vor dem genannten Hintergrund ist eine Auslegung, die im Jahr 2013/2014 das Thermofenster als nach Art. 5 Abs. 2 VO (EG) 715/2007 zulässig angesehen hat, nicht unvertretbar. Die Frage dazu, wann eine Abschalteneinrichtung zulässig ist, wurde und wird bislang nicht einheitlich beantwortet. Dies zeigt neben der kontrovers geführten Diskussion über Inhalt und Reichweite der Ausnahmegesetzgebung des Art. 5 Abs. 2 a VO 2007/715/EG auch der Umstand, dass das Kraftfahrt-Bundesamt wie auch das Bundesverkehrsministerium (BMVI) offenbar bislang nicht von der generellen Unzulässigkeit von Thermofenstern oder auch eines konkreten „Thermofensters“ ausgehen (vgl. OLG Köln, Beschluss vom 4.7.2019 - 3 U 148/18- (OM 651 Euro 5)). Die vom BMVI eingesetzte Untersuchungskommission Volkswagen weist sogar explizit auf die mangelnde Konkretisierung und Bestimmtheit der betreffenden Norm hin: 69

„Die Untersuchungskommission hält im Hinblick auf den Ausnahmetatbestand des Motorschutzes sogar fest, dass es dieser Bestimmung an hinreichender Konkretisierung und rechtsstaatlicher Bestimmtheit mangelt.“ 70

(BMVI, Bericht der Untersuchungskommission Volkswagen, Stand April 2016, S. 123). 71

Die Beklagte hat in der Berufungsbegründung aufgezeigt, weshalb aus ihrer Sicht die Gesetzgebung zu den Abgasnormen EU 5 und EU6 die Notwendigkeit einer temperaturabhängigen Emissionsregelung sogar voraussetze, da es für Dieselmotoren keine expliziten Emissionsgrenzwerte im Kaltbetrieb gebe. Dieses Argument ist nicht gänzlich von der Hand zu weisen. Zudem enthält Art. 5 Abs. 2 Abs. 2 a VO (EG) 715/2007 neben dem Begriff des Unfalls auch den Begriff der Beschädigung, dem jedenfalls nicht zwingend ein Element der „Plötzlichkeit“ innewohnt (vgl. Schröder, NVwZ 2020, 1482, beck-online). Auch der Begriff der „Notwendigkeit“ wird nicht durchgehend so eng verstanden, wie dies heutzutage vertreten wird. So wurde noch 2019 vertreten, mit dem Wort „notwendig“ werde lediglich klargestellt, dass die Abschalteneinrichtung dem Schutz des Motors vor Beschädigung oder Unfall und dem sicheren Betrieb dienen müsse und eine reine Zweckmäßigkeit nicht 72

genüge, sondern sie dafür erforderlich sein müsse (vgl. OLG Stuttgart, NJW-RR 2019, 1489 Rn. 66, 67, beck-online).

c)

73

Von einem sittenwidrigen Verhalten der Beklagten ist nicht deshalb auszugehen, weil die Ad-Blue Zufuhr bei einer Restreichweite von 2.400 km unter bestimmten Umständen gedrosselt wird. Zunächst ist unstreitig, dass das Fahrzeug über diese Funktion verfügt. Die Kläger haben sich in erster Instanz ausdrücklich darauf bezogen, dass die (von der Beklagten im Grundsatz eingeräumte) Drosselung der AdBlue-Zufuhr bei einer Restreichweite von 2.400km in ihrem Fahrzeug verbaut ist (Bl. 154f GA). Bekannt geworden sei die Funktion im Mai 2018. Der hierauf gestützte Rückruf des KBA dürfte vom 4.6.2018 stammen. Jedenfalls bezieht sich die von der Beklagten vorgelegte Freigabe eines Software-Updates durch das KBA (Anlage BB 1) auf einen Rückruf vom 4.6.2018, „Motorkennbuchstabe CRT“.

74

Hinsichtlich der Funktionsweise dieser Steuerung ist mangels anderweitigen Vortrags der Kläger davon auszugehen, dass diese so arbeitet, wie von der Beklagten vorgetragen. Demnach wird die Ad-Blue Zufuhr geringfügig (um 2 Prozent) gedrosselt, wenn die Restmenge AdBlue nur noch für 2.400km ausreicht und das Fahrzeug hochlastig und dynamisch bewegt wird (Bl. 38). Es soll sichergestellt werden, dass das Ad-Blue in jedem Fall für 2.400 km reicht, auch wenn sich nach der Warnanzeige die Belastung/Fahrweise ändert (Bl. 41 GA). Es kann dahinstehen, ob in der Dosierungsstrategie eine unzulässige Abschalteinrichtung zu sehen ist. Denn auch ein Gesetzesverstoß reicht nicht aus, um das Gesamtverhalten der Beklagten zu 2) als sittenwidrig zu qualifizieren (vgl. BGH Beschluss vom 9.3.2021; Az: VI ZR 889/20; BGH, Beschluss vom 19.1.2021, VI ZR 433/19). Software und Abgasnachbehandlung arbeiten sowohl auf dem Prüfstand als auch im Straßenverkehr im Grundsatz in gleicher Weise.

75

Bei dieser Sachlage wäre der Vorwurf der Sittenwidrigkeit gegenüber der Beklagten – ebenso wie bei dem Thermofenster - nur gerechtfertigt, wenn weitere Umstände hinzuträten, die das Verhalten der für sie handelnden Personen als besonders verwerflich erscheinen ließen. Dies ist nicht ersichtlich.

76

Die Beklagte hat sich darauf berufen, mit der Programmierung habe sie das Spannungsverhältnis zu den Vorgaben der Nr. 3.5 und Nr. 8 Anhang XVI VO (EG) 692/2008 auflösen wollen. Das erscheint dem Senat plausibel.

77

Nach Nr. 3.1. dieser Regelungen muss das jeweilige Fahrzeug über ein Warnsystem verfügen, das den Fahrer durch ein (optisches oder akustisches) Signal u.a. darauf aufmerksam macht, dass der Reagensbehälter bald aufgefüllt werden muss. Nr. 3.5. bestimmt, dass sich das Warnsystem aktivieren muss, sobald noch eine Strecke von „mindestens 2.400 km“ gefahren werden kann, bevor der Reagensbehälter leer wird. Nach Nummer 8.1 muss der Betrieb des Fahrzeuges mit leerem Reagenzbehälter unmöglich sein. Regelungen zur Reichweite enthalten ferner Nr. 5.2., wonach die Daten über den mittleren Reagensverbrauch- und bedarf des Motorsystems für die gesamte Motorbetriebsdauer während der 2.400 km zuvor gefahrenen Kilometer verfügbar sein müssen, und Nr. 8.4., der die Deaktivierung des Aufforderungssystems nach Aktivierung und Stilllegung des Fahrzeuges nur dann zulässt, wenn die nachgefüllte Reagensmenge einer mittleren Reichweite von 2.400 km entspricht. Angesichts der Regelungssystematik ist nicht ganz eindeutig, ob das Reagens unter allen möglichen Umständen noch „mindestens 2.400 km“ oder aber nur bei einem mittleren Betriebsprofil noch 2.400 km ausreichen muss.

78

79

Angesichts des Inhalts der vorgenannten Regelungen erscheint dem Senat nicht unplausibel, dass die Beklagte von einem Spannungsfeld zwischen den verschiedenen Vorgaben ausgegangen ist. Entsprechend erscheint die von der Beklagten ursprünglich eingesetzte Strategie jedenfalls nicht gänzlich unvertretbar zu sein. Denn die Steuerung sah nur dann eine Herabsetzung des Wirkungsgrads der Reagenseindüsung vor, wenn das Fahrzeug nach Erreichen der Warnmeldung so gefahren wurde, dass jedenfalls nicht mehr von einem „mittleren“ Betriebsprofil ausgegangen werden konnte. Es ist daher plausibel, dass die eingesetzte Steuerung auch dem Zweck diene, eine Restreichweite von 2.400 km - wenn auch mit eingeschränkter Reagenseindüsung - zu gewährleisten.

d) 80

Zuletzt ist auch ein sittenwidriges Verhalten der Beklagten auf Basis der „Aufheizstrategie“ nicht ausreichend substantiiert vorgetragen. 81

Mit der Klageschrift haben die Kläger sich auf eine Aufwärmstrategie und einen Rückruf vom 8.12.2017 bezogen. Später haben sie eine schadstoffmindernde und nur auf dem Prüfstand aktive Aufheizstrategie in Bezug genommen, die Grund für einen Rückruf des KBA vom 21.1.2018 gewesen sein soll. In der Berufungserwiderung stellen die Kläger dann darauf ab, das KBA habe bei Fahrzeugen Typ A6/A7 3,0l EU 6 mit EA 897evo vier unterschiedliche Strategien entdecken können, von denen es eine als eine eindeutig unzulässige Abschalteinrichtung qualifiziert habe (Bl. 428 GA). Die Aufheizstrategie werde genutzt, um die Überschreitung des NOx-Grenzwertes bei der Prüfung sicher zu vermeiden, wohingegen im Betrieb auf der Straße dieser Zustand (höherer Füllstand im SCR) in der Regel nicht erreicht werde. Mit Bescheid vom Dezember 2017 habe das KBA die Anordnung einer Nebenbestimmung zur Typengenehmigung Audi A6/A7 mit dem streitgegenständlichen EA897evo erlassen. Der offizielle Rückruf sei unter dem 23.1.2018 erfolgt (Bl. 430 GA). 82

Die Beklagte hat bestritten, dass das Fahrzeug über eine (unzulässige) Aufheizstrategie verfügt. Sie hat in 1. Instanz vorgetragen, das Fahrzeug verfüge nicht über einen Warmlaufmodus. Zudem hat sie in der Berufungsbegründung behauptet, der Rückruf beziehe sich nur auf die Arbeitsweise des SCR-Katalysators, wenn der Harnstoff nur noch 2.400 km reiche (Bl. 385 GA). Damit bestreitet sie, dass das KBA den Rückruf auf eine Aufheizstrategie gestützt hat und dass das Fahrzeug über eine unzulässige Aufheizstrategie verfügt. 83

Angesichts des Bestreitens der Beklagten verbleibt der Vortrag der Kläger unzureichend substantiiert, worauf diese in der mündlichen Verhandlung vom 20.5.2021 hingewiesen wurden. 84

Ein Sachvortrag zur Begründung eines Anspruchs ist 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. Das gilt insbesondere dann, wenn die Partei keine unmittelbare Kenntnis von den Vorgängen hat. 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. BGH NJW 2020, 1740 mwN). Weiter ist es einer Partei grundsätzlich nicht verwehrt, eine tatsächliche Aufklärung auch hinsichtlich solcher Umstände zu verlangen, über die sie selbst kein zuverlässiges Wissen besitzt und auch nicht erlangen kann, die sie aber nach 85

Lage der Verhältnisse für wahrscheinlich oder möglich hält. Dies gilt insbesondere dann, wenn sie sich nur auf vermutete Tatsachen stützen kann, weil sie mangels Sachkunde und Einblick in die Produktion des von der Gegenseite hergestellten und verwendeten Fahrzeugmotors einschließlich des Systems der Abgasrückführung oder -verminderung keine sichere Kenntnis von Einzeltatsachen haben kann. Eine Behauptung ist erst dann unbeachtlich, wenn sie ohne greifbare Anhaltspunkte für das Vorliegen eines bestimmten Sachverhalts willkürlich „aufs Geratewohl“ oder „ins Blaue hinein“ aufgestellt worden ist (vgl. BGH aaO). Bei der Annahme von Willkür in diesem Sinne ist Zurückhaltung geboten; in der Regel wird sie nur beim Fehlen jeglicher tatsächlicher Anhaltspunkte gerechtfertigt werden können (vgl. BGH aaO). Eine prozessual unzulässige Ausforschung ist hingegen gegeben, wenn die Partei ohne greifbare Anhaltspunkte für das Vorliegen eines bestimmten Sachverhalts willkürliche Behauptungen aufstellt.

Nach diesen Maßstäben sind keine ausreichend greifbaren Anhaltspunkte für das Vorliegen einer unzulässigen Abschalteneinrichtung vorgetragen. 86

aa) 87

Zunächst steht nicht fest, dass das KBA das Fahrzeug wegen einer – in anderen Fahrzeugen möglicherweise festgestellten - „Aufheizstrategie“ zurückgerufen hat. Das Fahrzeug der Kläger ist nicht von den Rückrufen von Dezember 2017 oder Januar 2018 betroffen. Vielmehr unterfällt es einem Rückruf vom 4.6.2018. Das Update zu dem für das Fahrzeug ergangenen Rückruf wurde unstreitig unter dem 12.11.2018 freigegeben. Aus der von der Beklagten nunmehr vorgelegten Freigabebestätigung vom 12.11.2018 ergibt sich der Bezug zu dem Rückruf vom 4.6.2018. Aus den dem Senat aus anderen Verfahren bekannten – öffentlich verfügbaren - Übersichten des KBA zu den ausgesprochenen Rückrufen folgt ebenfalls, dass das Fahrzeug des Klägers (Audi A6 mit 160 kw) von dem Rückruf vom 4.6.2018 betroffen ist. Dass sich der Rückruf vom 4.6.2018 entgegen der Behauptung der Beklagten nicht auf die Restreichweite bezieht, ist nicht erkennbar. Insofern steht nicht fest, dass die von den Klägern in Bezug genommenen Strategiebezeichnungen des KBA (Strategie A, B C, und D) sich überhaupt auf das streitgegenständliche Fahrzeug beziehen. 88

bb) 89

Aus dem Vortrag der Kläger selbst ergibt sich nicht, wie die angeblich vorhandene Aufheizstrategie arbeiten soll beziehungsweise welche Funktion die Kläger überhaupt unter dem Stichwort der „Aufheizstrategie“ verstehen. Dem Senat ist es zum einen nicht möglich zu subsumieren, ob und inwiefern es sich tatsächlich um eine unzulässige Abschalteneinrichtung handelt. Zudem aber ist es dem Senat auch nicht möglich, Beweis darüber zu erheben, ob das Fahrzeug über die von den Klägern gemeinte Strategie verfügt. Die Kläger beschränken sich im Wesentlichen auf das Schlagwort der „Aufheizstrategie“, ohne näher darzulegen, was sie hierunter verstehen. Hinsichtlich der Funktionsweise ist nur das angebliche Ergebnis behauptet. Es ist nicht annähernd nachvollziehbar, wie die Überschreitung des NOx-Grenzwertes bei der Prüfung vermieden und weshalb im Betrieb auf der Straße „dieser Zustand“ (höherer Füllstand im SCR) in der Regel nicht erreicht werden soll. 90

Auch wenn von den Klägern keine technische Erläuterung im Detail erwartet werden kann, bedürfte es dennoch einer groben Skizzierung der von ihnen angenommenen Funktionsweise. Ansonsten ist es nicht möglich zu überprüfen, ob das Fahrzeug tatsächlich über die von den Klägern angenommene Strategie verfügt. Die Kläger müssten die Wirkweise der Aufheizstrategie zumindest so grob erläutern, dass diese von anderen Emissionsstrategien eindeutig abgegrenzt werden kann. Ohne eine solche Erläuterung ist es 91

dem Sachverständigen nicht möglich festzustellen, ob in dem Fahrzeug gerade die von den Klägern behauptete „Aufheizstrategie“ verbaut ist. Würde der Senat einen Sachverständigen mit einer Begutachtung dahingehend beauftragen, „ob das Fahrzeug über eine Aufheizstrategie verfügt, die eine Überschreitung des NOx Grenzwertes auf dem Prüfstand vermeidet“, so obläge es der Einschätzung des Sachverständigen, was er unter „Aufheizstrategie“ versteht. Der Sachverständige müsste das Fahrzeug dann gegebenenfalls auf diverse Funktionen überprüfen, die man seines Erachtens als Aufheizstrategie definieren könnte. Eine solche Beweiserhebung würde sich als unzulässige Ausforschung darstellen.

2. 92

Auch aus anderen Anspruchsgrundlagen ergibt sich kein Schadensersatzanspruch. 93

a) 94

Ein Anspruch folgt nicht aus §§ 823 Abs. 2 BGB, 263 StGB. Es fehlt schon an einer vorsätzlichen Täuschung der Kläger durch die Beklagte. Überdies setzt der subjektive Tatbestand des § 263 StGB setzt die Absicht voraus, sich oder einem Dritten einen rechtswidrigen Vermögensvorteil zu verschaffen. Dazu müssen erstrebter Vermögensvorteil und eingetretener Vermögensnachteil durch dieselbe Vermögensverfügung vermittelt sein und der Vorteil muss dem Täter oder dem Dritten direkt aus dem geschädigten Vermögen zufließen (BGH NSTZ 2003, 264). Auch daran fehlt es hier. Zum einen liegt im Abschluss eines Vertrags, den der Betroffene ohne die Täuschung nicht geschlossen hätte, noch kein Vermögensschaden iSv § 263 StGB (vgl. BGH, Urteil vom 30.7.2020, VI ZR 5/20). Zum anderen besteht keine Stoffgleichheit einer etwaigen Vermögenseinbuße der Kläger mit den denkbaren Vermögensvorteilen der Beklagten, da die Kläger das Fahrzeug gebraucht bei einer dritten Partei erworben haben. 95

b) 96

Ein Anspruch folgt nicht aus § 823 Abs. 2 BGB iVm §§ 6 Abs. 1, 27 Abs. 1 EG-FGV oder Art. 5 VO (EG) Nr. 715/2007. Bei den genannten Normen handelt es sich im Hinblick auf den hier geltend gemachten Schaden nicht um Schutzgesetze im Sinne des § 823 Abs. 2 BGB. Das Interesse, nicht zur Eingehung einer ungewollten Verbindlichkeit veranlasst zu werden, liegt nicht im Aufgabenbereich der genannten Normen (vgl. BGH, Urteil vom 25.5.2020, VI ZR 252/19; BGH Urteil vom 30.7.2020, VI ZR 5/20). Es bestehen keine Anhaltspunkte dafür, dass der Gesetz- und Verordnungsgeber mit den genannten Vorschriften auch einen Schutz der allgemeinen Handlungsfreiheit und des wirtschaftlichen Selbstbestimmungsrechtes bezweckt hat (vgl. BGH, Urteil vom 25.5.2020, VI ZR 252/19). 97

3. 98

Da ein Anspruch auf Schadensersatz und Rücknahme des Fahrzeuges nicht besteht, besteht auch kein Anspruch auf die geltend gemachten Nebenforderungen und die Feststellung des Annahmeverzuges. 99

III. 100

Die Kostenentscheidung folgt aus §§ 91 Abs. 1, 97 Abs. 1 ZPO. Die Entscheidung über die vorläufige Vollstreckbarkeit ergibt sich aus §§ 708 Nr. 10, 711 ZPO. Die Revision war nicht zuzulassen, da die Voraussetzung des § 543 ZPO nicht vorliegen. 101

Der Streitwert für das Berufungsverfahren beträgt „bis 40.000 €“ 102

