
Datum: 10.08.2021
Gericht: Oberlandesgericht Hamm
Spruchkörper: 28. Zivilsenat
Entscheidungsart: Beschluss
Aktenzeichen: 28 U 76/21
ECLI: ECLI:DE:OLGHAM:2021:0810.28U76.21.00

Vorinstanz: Landgericht Detmold, 04 O 177/20

Tenor:

Der Senat beabsichtigt, die Berufung durch Beschluss gemäß § 522 Abs. 2 ZPO zurückzuweisen.

Der Kläger erhält Gelegenheit zur Stellungnahme **binnen 3 Wochen ab Zugang dieses Beschlusses**

G r ü n d e

- I. 2
- Der Kläger nimmt die Beklagte als Herstellerin eines von ihm erworbenen Gebrauchtfahrzeugs (bzw. als deren Rechtsnachfolgerin) unter dem Vorwurf vorsätzlicher sittenwidriger Schädigung auf Schadensersatz in Anspruch. 3
- Er erwarb das streitgegenständliche Fahrzeug vom Typ A 2,0 CDTi (Erstzulassung 06/2012, km-Stand: 25.576 km) am 10.05.2013 zum Preis von 19.800 EUR. Ausweislich des Bestellformulars der Verkäuferin Auto C vom 10.05.2013 handelt es sich um einen reimportierten Mietwagen. 4
- Der Kläger leistete eine Anzahlung von 3.600 EUR und finanzierte den Kaufpreisrest durch ein Darlehen bei der B, das er nach seiner Darstellung zwischenzeitlich zurückgeführt hat. 5
- Das Fahrzeug ist mit einem Motor der Baureihe XX, eingeordnet in die Schadstoffklasse EU 5, ausgestattet. 6

Im Rahmen des Emissionskontrollsystems des Fahrzeugs findet eine von verschiedenen Parametern (Umgebungstemperatur, Motordrehzahl) abhängige Steuerung der Abgasrückführung statt. Unstreitig wird die Abgasrückführung bei Außentemperaturen unter -10° und über +40°C sowie oberhalb einer Drehzahl von 3.000 - 3.200 U/min abgeschaltet.

Das Fahrzeug ist nicht von einem die Emissionsteuerung betreffenden Rückruf des Kraftfahrtbundesamts (KBA) erfasst. 8

Mit Schreiben vom 02.08.2017 bezifferte die B gegenüber dem Kläger den Betrag zur vorzeitigen Ablösung des Darlehens mit 1.474,09 EUR. 9

Der Kläger hat geltend gemacht, das streitgegenständliche Fahrzeug sei mit mehreren unzulässigen Abschaltvorrichtungen im Bereich der Abgassteuerung ausgestattet, weshalb die Beklagte ihm u.a. aus dem Gesichtspunkt einer vorsätzlichen sittenwidrigen Schädigung auf Schadensersatz hafte. 10

Er hat behauptet, die Abgasrückführungsrate seines Fahrzeugs werde außerhalb eines Temperaturfensters von 20° bis 30°C, oberhalb einer Motordrehzahl von 2.400 Umdrehungen/min und unterhalb eines Außenluftdrucks von 915 mbar reduziert. Dabei handele es sich um normale Betriebsbedingungen, unter denen nach den gesetzlichen Vorgaben des Art 5 VO (EG) 715/2007 der Einsatz von Abschaltvorrichtungen, die die Wirkung von Emissionskontrollsystemen verringern, unzulässig sei. Diese Ausgestaltung der Abgassteuerung sei auch zum Schutz des Motors nicht notwendig. Vielmehr wirke sich die Umgebungstemperatur auf die von der Beklagten als Rechtfertigung angeführte Verschleißgefahr in keiner Weise aus. Ohnehin sei die Beklagte - so die Auffassung des Klägers - für die Erfüllung des Ausnahmetatbestandes des Art 5 Abs. 2 S. 2 VO (EG) 715/2007 darlegungs- und beweispflichtig. 11

Der Kläger hat zudem behauptet, in der Abgassteuerung seines Fahrzeug finde eine Prüfstandserkennung anhand der vor dem Prüfstandslauf erfolgenden Vorkonditionierung des Fahrzeugs statt, die dazu führe, dass im Straßenbetrieb die Abgasrückführung deutlich reduziert werde, wodurch es zu einem erheblichen Anstieg der NOx-Emissionen komme. 12

Des Weiteren hat der Kläger beanstandet, dass das OBD-System bei Überschreiten der gesetzlich vorgesehenen Stickoxid-Emissionsgrenze im Straßenbetrieb keinen Fehler anzeige. 13

Seinen Sachvortrag hat der Kläger auf Messungen der Deutschen Umwelthilfe an verschiedenen von der Beklagten hergestellten Fahrzeugen, eingeordnet in die Schadstoffklasse EU 6, gestützt, sowie ein darauf bezogenes Rechtsgutachten des Prof. Dr. D vom 26.09.2016. 14

Der Einsatz der unzulässigen Abschaltvorrichtungen, der die Einhaltung der Emissionsgrenzwerte nur unter Prüfbedingungen gewährleiste, sei auf eine strategische Entscheidung der Beklagten zurückzuführen. Deren Repräsentanten hätten davon gewusst. Die Funktionsweise der Abgasnachbehandlung sei dem KBA im Prüfverfahren nicht offen gelegt worden, was einen zumindest bedingt vorsätzlichen Sittenverstoß indiziere. Die Beklagte habe im Typgenehmigungsverfahren die Mitteilungspflichten gemäß des Art 3 Nr. 9 VO 692/2008 verletzt. Mit dem bloßen Hinweis, dass sich die Abgasrückführung nach der Lufttemperatur richte, habe die Beklagte fälschlicherweise konkludent erklärt, die temperaturabhängige Steuerung wirke sich nicht auf die Emissionssteuerung bei niedrigen Temperaturen aus. Dass das KBA keine weiteren Informationen eingefordert habe, entlaste 15

die Beklagte - so die Ansicht des Klägers - nicht. Von ihr sei zu fordern, dass sie die im Genehmigungsverfahren vorgelegten Unterlagen zur Akte reiche.

Außerdem weise die Programmierung des OBD-Systems, das bei Grenzwertüberschreitungen keine Warnmeldungen gebe, auf eine gezielte Verheimlichung der verwendeten Abschaltmechanismen hin.

Der Kläger hat den Standpunkt vertreten, dass sein Fahrzeug nicht über eine wirksame Typ-Genehmigung verfüge und deshalb die Stilllegung drohe.

Als Schadensersatz hat der Kläger Erstattung der Anzahlung und der auf das Darlehen geleisteten Zahlungen verlangt, wobei er für die Nutzung des Fahrzeugs einen Vorteilsausgleich auf Basis einer voraussichtlichen Gesamtleistung von 300.000 km in Abzug bringt.

Er hat behauptet, er habe - neben der Anzahlung von 3.600 EUR - auf das Darlehen die vereinbarten 54 Raten à 373,20 EUR (in Summe 20.152,80 EUR) sowie als "Sonder-Schlussrate" 1.494,09 EUR gezahlt, woraus er insgesamt einen gezahlten Betrag von 25.246,89 EUR ermittelt.

Nach teilweiser Klagerücknahme hat der Kläger beantragt,

1. die Beklagte zu verurteilen, an ihn 12.050,93 EUR nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 16.04.2020 zu zahlen Zug um Zug gegen Übergabe des Fahrzeugs vom Typ A mit der Fahrzeug-Ident.-Nr. 000;

2. festzustellen, dass sich die Beklagte mit der Annahme des in Ziff. 1. genannten Fahrzeugs zwei Wochen nach Rechtshängigkeit in Annahmeverzug befindet.

Die Beklagte hat beantragt,

die Klage abzuweisen.

Sie hat dem Kläger entgegen gehalten, dass er seinen Sachvortrag auf angebliche Emissionsmessungen an Fahrzeugen der Schadstoffklasse EU 6 stütze, die für sein Fahrzeug ohne Relevanz seien, weil sie mit einer anderen Emissionstechnologie ausgestattet seien. Die im streitgegenständlichen Fahrzeug anhand verschiedener Parameter erfolgende Steuerung der Abgasrückführung sei, wenn sie als Abschalteinrichtung eingeordnet werden könnte, zulässig. Weil sie auf dem Prüfstand und im Straßenverkehr in gleicher Weise erfolge, handele sich nicht um eine manipulative Prüfzykluserkennung, wie sie in VW-Fahrzeugen verwendet worden sei. Die Parametrierung der Abgasrückführung sei zum Motorschutz vor Beschädigungen durch Versottung und Verrußung notwendig.

Eine Prüfstandserkennung anhand der Vorkonditionierung gebe es im streitgegenständlichen Fahrzeug nicht und das OBD-System sei nicht manipuliert.

Sie, die Beklagte, habe im Typgenehmigungsverfahren nichts verheimlicht. Sie habe eine jedenfalls vertretbare Gesetzesauslegung zugrunde gelegt, wonach keine unzulässigen Abschalteinrichtungen zum Einsatz kämen. Deshalb sei ihr kein Schädigungsvorsatz vorzuwerfen.

Dem Kläger sei im Übrigen kein Schaden entstanden, weil er ein funktionstüchtiges Fahrzeug erhalten habe, für das eine wirksame Typ-Genehmigung erteilt worden sei und dem keine

Betriebsbeschränkung drohe.

Die Beklagte hat sich auf Verjährung berufen und hilfsweise geltend gemacht, ein etwaiger Vorteilsausgleich sei auf der Grundlage einer Gesamtleistung von 200.000 km zu berechnen. 29

Das Landgericht hat die Klage abgewiesen. 30

Ein Anspruch des Klägers ergebe sich weder aus den §§ 826, 31 BGB noch aus § 823 Abs. 2 BGB iVm § 263 StGB. 31

Die klägerische Behauptung der Verwendung einer Prüfstandserkennungssoftware sei ins Blaue hinein aufgestellt und deshalb nicht beweisenerheblich. Im Hinblick auf das sog. Thermofenster - sowie die Abgassteuerung anhand von Motordrehzahl und Luftdruck - habe der Kläger jedenfalls ein vorsätzliches Verhalten der Beklagten nicht substantiiert darlegen können. Es könne offen bleiben, ob es sich um eine unzulässige Abschaltvorrichtung handele. Die Beklagte habe dargelegt, dass sie das Thermofenster zum Bauteilschutz für erforderlich gehalten habe; dies sei eine mögliche Auslegung im Rahmen des Art 5 Abs. 2 VO (EG) 715/2007 gewesen. Die Implementierung des Thermofensters sei im Übrigen nicht als sittenwidrig zu bewerten. Soweit der Kläger vortrage, die Beklagte habe im Genehmigungsverfahren bestimmte Angaben nicht gemacht, sei das eine pauschale und gleichfalls ins Blaue hinein erfolgte Behauptung, die prozessual unbeachtlich sei und keine sekundäre Darlegungslast auslöse. 32

Der Vortrag zu der Manipulation des OBD-Systems sei unschlüssig bzw. beruhe letztlich auf einem Zirkelschluss des Klägers. 33

Wegen der weiteren Einzelheiten wird auf die Urteilsgründe Bezug genommen. 34

Mit der Berufung erweitert der Kläger sein Zahlungsbegehren auf einen Betrag von 13.570,67 EUR, während der Feststellungsantrag im Berufungsantrag vom 25.06.2021 keine Erwähnung findet. Nach der Begründung des Rechtsmittels soll das landgerichtliche Urteil aber in vollem Umfang zur Überprüfung gestellt werden. 35

Das Landgericht habe verkannt, dass die klägerseits beanstandeten Abschaltvorrichtungen nach Maßgabe des EuGH-Urteils vom 17.12.2020 unzulässig seien, sofern keine in Art 5 Abs. 2 VO (EG) 715/2007 normierten Rechtfertigungsgründe in Betracht kämen. Das gelte für die Prüfstandserkennung und für den anhand der Umgebungstemperatur und der Motordrehzahl gesteuerten Wirkungsgrad der Abgasrückführung. Das Landgericht habe fehlerhaft festgestellt, dass die parametergesteuerten Vorrichtungen dem Ausnahmetatbestand des Art 5 Abs. 2 VO (EG) 715/2007 unterfielen. Die kumulative Verknüpfung der Bedingungen für die effektive Abgasreinigung führe dazu, dass sich deren Funktionsweise unter Prüfbedingungen von der Funktionsweise im Realbetrieb unterscheide. Der Aspekt des Motorschutzes vor Versottung und Verschleiß sei nach der Rechtsprechung des EuGH ungeeignet, die ausnahmsweise Zulässigkeit zu begründen. 36

Das Landgericht habe den Anspruch des Klägers auf rechtliches Gehör verletzt, indem es kein Sachverständigengutachten zur Feststellung einer prüfstandsoptimierten Abschaltvorrichtung eingeholt habe. Vorzugswürdig sei, der Beklagten die Vorlage der sie betreffenden Rückrufbescheide (?) und des Typgenehmigungsantrags aufzugeben und eine amtliche Auskunft des KBA einzuholen. Die konkrete Ausgestaltung der Motorsteuerungssoftware habe aufgeklärt werden müssen, weil sie Rückschlüsse auf 37

subjektive Tatbestandsvoraussetzungen möglich mache.

Ein Verstoß gegen das Gebot rechtlichen Gehörs liege auch darin, dass das Landgericht den klägerischen Vortrag zu unvollständigen Angaben der Gegenseite im Genehmigungsverfahren nicht als entscheidungserheblich angesehen habe. Das ergebe sich aus dem Beschluss des BGH vom 19.01.2021 zu VI ZR 433/19. Es obliege der Beklagten im Rahmen einer sekundären Darlegungslast offen zu legen, welche Angaben sie seinerzeit gemacht und aufgrund welcher Rechtsauffassung sie gehandelt habe. Hierauf hätte das Landgericht die Beklagte hinweisen müssen.

Der Kläger beziffert den Vorteilsausgleich für gefahrene 161.830 km nun mit 11.676,22 EUR und bringt diesen Betrag von den angeblich erbrachten Zahlungen auf Kaufpreis von Darlehen über 25.246,89 EUR in Abzug.

Er beantragt sinngemäß,

das am 22.03.2021 verkündete Urteil des Landgerichts Detmold abzuändern und die Beklagte zu verurteilen, an ihn 13.570,67 EUR sowie Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 16.04.2020 zu zahlen Zug um Zug gegen Übergabe und Übereignung des Fahrzeugs vom Typ A mit der Fahrzeug-Ident.-Nr. 000;

Die Beklagte beantragt,

die Berufung zurückzuweisen.

II.

Der Senat beabsichtigt, gemäß § 522 Abs. 2 ZPO zu verfahren, weil nach einstimmiger Überzeugung die Berufung zwar zulässig ist, aber offensichtlich keine Aussicht auf Erfolg hat, die Rechtssache keine grundsätzliche Bedeutung hat und die Fortbildung des Rechts oder die Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung eine Entscheidung des Senats nicht erfordern und eine mündliche Verhandlung nicht geboten ist.

1.

Gegen die zweitinstanzliche Klageerweiterung des Zahlungsbegehrens bestehen keine prozessualen Bedenken; sie ist nach den §§ 533, 264 ZPO ohne weiteres zulässig.

Keiner abschließenden Klärung bedarf, ob der Kläger mit der Berufung den Feststellungsantrag weiter verfolgt. Das Feststellungsbegehren teilt ggfls. das Schicksal der Zahlungsklage.

2.

Die Klage ist offensichtlich unbegründet.

Der Kläger kann von der Beklagten nicht Zahlung von 13.570,67 EUR Zug um Zug gegen Übergabe und Übereignung des streitgegenständlichen Fahrzeugs verlangen.

a) Ein Schadensersatzanspruch wegen vorsätzlicher sittenwidriger Schädigung gemäß den § 826 BGB iVm § 31 BGB oder § 831 BGB besteht nicht.

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. Die Verwerflichkeit kann sich auch aus einer bewussten Täuschung ergeben (st. Rspr., grundlegend BGH, Urt. v. 25.05.2020, VI ZR 252/19, BeckRS 2020, 10555 Tz 15 mwN).

Nach aktueller höchstrichterlicher Rechtsprechung, der der Senat folgt, steht dabei 54 wertungsmäßig einer unmittelbaren arglistigen Täuschung der Fahrzeugkäufer gleich, wenn ein Fahrzeughersteller im Rahmen einer von ihm bei der Motorenentwicklung getroffenen strategischen Entscheidung, die Typgenehmigungen der Fahrzeuge durch arglistige Täuschung des KBA zu erschleichen und die derart bemakelten Fahrzeuge alsdann in Verkehr zu bringen, die Arglosigkeit und das Vertrauen der Fahrzeugkäufer gezielt ausnutzt.

Von einer arglistigen Täuschung des KBA im Rahmen des Typgenehmigungsverfahrens ist 55 auszugehen, wenn die Motorsteuerungssoftware bewusst und gewollt so programmiert war, dass die gesetzlichen Abgasgrenzwerte mittels einer unzulässigen Abschalteinrichtung im Sinne des Art 5 Abs. 2 VO (EG) 715/2007 nur auf dem Prüfstand eingehalten wurden. Damit ging einerseits eine erhöhte Belastung der Umwelt mit Stickoxiden und andererseits die Gefahr einher, dass bei einer Aufdeckung dieses Sachverhalts eine Betriebsbeschränkung oder -untersagung hinsichtlich der betroffenen Fahrzeuge erfolgen könnte. Ein solches Verhalten ist im Verhältnis zu einer Person, die eines der bemakelten Fahrzeuge in Unkenntnis der illegalen Abschalteinrichtung erwirbt, besonders verwerflich und mit den grundlegenden Wertungen der Rechts- und Sittenordnung nicht zu vereinbaren (BGH a.a.O. Tz 16).

aa) Das Landgericht hat zutreffend die Behauptung des Klägers, in seinem Fahrzeug komme 56 eine - an die Vorkonditionierung des Fahrzeugs für den Prüfstandslauf gebundene - Prüfstandserkennungssoftware zur Anwendung, als nicht beweiserhebliche Behauptung "ins Blaue hinein" zurückgewiesen.

Dabei wird nicht verkannt, dass strenge Anforderungen an eine solche Zurückweisung von 57 Vorbringen zu stellen sind. 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 (st. Rspr. s. nur BGH, Beschl. v. 28.01.2020, VIII ZR 57/19, NJW 2020, 1740, Tz 8 m.w.N.).

Greifbare Anhaltspunkte für die Annahme, in seinem Fahrzeug komme eine 58 Prüfstandserkennung zur Anwendung, die dazu führe, dass nach erkanntem Prüfstandslauf die Abgassteuerung anders geregelt werde als im realen Straßenbetrieb, hat der Kläger nicht benannt. Wie das Landgericht zu Recht anmerkt, sind insbesondere die vom Kläger angeführten Messungen der Deutschen Umwelthilfe an Fahrzeugen der Schadstoffklasse EU 6 insoweit ohne Aussagekraft. Ebenso wenig ergeben sich diesbezügliche Anhaltspunkte aus dem zur Akte gereichten Rechtsgutachten des Prof. Dr. D vom 26.09.2016.

bb) Dass in dem streitgegenständlichen Fahrzeug eine anhand mehrerer Parameter 59 gesteuerte Abgasnachbehandlung stattfindet, rechtfertigt den Vorwurf eines Sittenverstoßes nicht.

Der Senat folgt auch insoweit der aktuellen Rechtsprechung des BGH, der für den Einsatz 60 einer temperaturabhängigen Steuerung des Emissionskontrollsystems entschieden hat, dass

diese nicht mit dem Einsatz einer Umschaltlogik zu vergleichen ist, wie sie dem o.b. Urteil vom 25.05.2020 zugrunde lag. Arbeitet die Steuerung der Abgasrückführung auf dem Prüfstand und im normalen Fahrbetrieb im Grundsatz in gleicher Weise, so dass unter den für den Prüfzyklus maßgebenden Bedingungen (Umgebungstemperatur, Luftfeuchtigkeit, Geschwindigkeit, Widerstand etc.) die Rate der Abgasrückführung im normalen Fahrbetrieb derjenigen auf dem Prüfstand entspricht, lässt sich der Vorwurf der Sittenwidrigkeit nur rechtfertigen, wenn zu dem – unterstellten – Verstoß gegen die VO (EG) 715/2007 weitere Umstände hinzutreten, die das Verhalten der für die Fahrzeugherstellerin handelnden Personen als besonders verwerflich erscheinen lassen. Die Annahme von Sittenwidrigkeit setzt jedenfalls voraus, dass diese Personen bei der Entwicklung und/oder Verwendung der temperaturabhängigen Steuerung des Emissionskontrollsystems in dem Bewusstsein handelten, eine unzulässige Abschaltvorrichtung zu verwenden, und den darin liegenden Gesetzesverstoß billigend in Kauf nahmen. Fehlt es hieran, ist bereits der objektive Tatbestand der Sittenwidrigkeit nicht erfüllt. Dabei trägt die Darlegungs- und Beweislast für diese Voraussetzung nach allgemeinen Grundsätzen der Anspruchsteller (BGH, Urt. v. 09.03.2021, VI ZR 889/20, NJW 2021, 1814; Urt. v. 13.07.2021, VI ZR 128/20, zit. nach juris).

(1) Die im streitgegenständlichen Fahrzeug vorhandene Steuerung des Emissionsverhaltens anhand verschiedener Parameter, u.a. der Außentemperatur und der Motordrehzahl, beruht nicht auf einer Prüfstandserkennung. Die Abgasrückführung funktioniert vielmehr auf dem Prüfstand und im Betrieb auf der Straße im Ansatz gleich. Daher bedarf es im Fall der Qualifizierung dieser Funktionalität als unzulässig im Sinne des Art 5 Abs. 2 VO (EG) 715/2007 der Feststellung weiterer Umstände, die das Verhalten der für die Beklagte handelnden Personen also besonders verwerflich erscheinen lassen. 61

Entgegen der Berufung hat das Landgericht nicht festgestellt, dass die Ausgestaltung der Motorsteuerungssoftware im streitgegenständlichen Fahrzeug von dem Ausnahmetatbestand des Art 5 Abs. 2 VO (EG) 715/2007 gedeckt ist, weil die verwendeten Vorrichtungen zum Bauteilschutz erforderlich seien. Das Landgericht hat diese Frage vielmehr ausdrücklich offen gelassen. 62

Auch der Senat lässt dies offen. Auch dann, wenn dem Kläger darin zu folgen sein sollte, dass – auf der Grundlage der Entscheidung des EuGH vom 17.12.2020 zu Az. C 693/18 (NJW 2021, 1216) – der Aspekt des Motorschutzes vor Verschleiß oder Verschmutzung keinen Rechtfertigungsgrund im Sinne des Art 5 Abs. 2 VO (EG) 715/2007 für die Verwendung einer Abschaltvorrichtung im Emissionskontrollsystem begründet und deswegen der Einsatz einer parametergesteuerten Abgasrückführung als unzulässige Abschaltvorrichtung zu qualifizieren ist, ließe sich ein sittenwidriges Verhalten der Beklagten nicht feststellen. 63

Die Frage nach dem Vorliegen einer unzulässigen Abschaltvorrichtung und die Feststellung eines sittenwidrigen Verhaltens sind getrennt voneinander zu bewerten. Die Beurteilung, unter welchen Voraussetzungen eine ggfls. auch unter „normalen Betriebsbedingungen“ wirkende Abschaltvorrichtung unzulässig oder ausnahmsweise nach Art 5 Abs. 2 S. 2 VO (EG) 715/2007 als zulässig zu qualifizieren ist, lässt an sich noch keinen Rückschluss darauf zu, ob das Verhalten der Beklagten sittlich zu beanstanden ist oder nicht. Nach der o.b. Rechtsprechung bedarf es hierfür vielmehr weiterer Umstände, für die - entgegen der in der Berufung vertretenen Ansicht - der Kläger darlegungs- und beweispflichtig ist. 64

(2) Solche Umstände lassen sich vorliegend nicht feststellen. Belastbare Anhaltspunkte dafür, dass die Beklagte in dem Bewusstsein handelte, mit dem Einsatz der von verschiedenen Parametern gesteuerten Abgasrückführung gegen gesetzliche Vorschriften zu verstoßen, und 65

diesen Gesetzesverstoß billigend in Kauf nahm, um die Genehmigung für den streitgegenständlichen Fahrzeugtyp zu erwirken, hat der Kläger nicht dargetan.

Jedenfalls bis zur o.b. Entscheidung des EuGH war es eine vertretbare – und offensichtlich von den Genehmigungsbehörden geteilte – Gesetzesauslegung, den Schutz des Motors vor Verschleiß und Verschmutzung durch Versottung und Verrußung als einen technischen Rechtfertigungsgrund für ein u.a. temperaturabhängiges Abgasrückführungssystem einzuordnen. Dass diese – möglicherweise in der Rückschau nicht aufrechtzuhaltende - Sichtweise auch dem Handeln der Beklagten zugrunde lag, lässt sich nicht ausschließen. 66

(a) Anderes käme in Betracht, wenn die konkrete Ausgestaltung der parametergesteuerten Abgasnachbehandlung im streitgegenständlichen Fahrzeugtyp spezifisch auf die Prüfstandsbedingungen zugeschnitten und sie bei verständiger Betrachtung ersichtlich nicht mit dem Gedanken eines Bauteilschutzes zu begründen (gewesen) ist. 67

Das will der Kläger wohl geltend machen, weshalb er auf Einholung eines Sachverständigengutachtens zur Feststellung der technischen Einzelheiten der in seinem Fahrzeug wirkenden Abgassteuerung besteht. Eine solche Beweisaufnahme wäre indessen unzulässige Ausforschung. Denn der Kläger hat für seine Annahme keine greifbaren Anhaltspunkte benannt. Die Beklagte hat ihm zu Recht entgegen gehalten, dass sein Vortrag zu Untersuchungen an anderen von ihr hergestellten Fahrzeugen, die mit anderen Motoren bzw. anderer Motorsteuerungssoftware ausgestattet und in die Schadstoffklasse EU 6 eingeordnet sind, an dieser Stelle ohne Relevanz ist. Auch in Zusammenschau damit, dass unstreitig auch in seinem Fahrzeug ein Dieselmotor verbaut und eine von verschiedenen Parametern (u.a. der Außentemperatur) abhängige Steuerung der Abgasrückführung zum Einsatz kommt, genügt dies nicht, um seine Darstellung als beweiserheblich anzusehen. 68

Anderes ergibt sich auch nicht aus dem Beschluss des BGH vom 28.01.2020 zu Az VIII ZR 57/19 (NJW 2020, 1740). Dort ist darauf abgestellt worden, dass ein Kläger mangels eigener Sachkunde und hinreichenden Einblicks in die Konzeption und Funktionsweise des in seinem Fahrzeug eingebauten Motors einschließlich des Systems zur Verringerung des Stickoxidausstoßes keine genauen Kenntnisse von der konkreten Wirkung einer Abschalteinrichtung haben kann, weshalb für die Rechtserheblichkeit der Behauptung der Verwendung einer unzulässigen Abschalteinrichtung als ausreichend erachtet wurde, dass der Kläger vortrug, der in seinem Fahrzeug verbaute Motorentyp sei – eingesetzt in anderen Fahrzeugmodellen – deswegen Gegenstand eines Rückrufs des KBA geworden. 69

Darum geht es im vorliegenden Fall nicht. Der Kläger stellt vielmehr willkürlich die Dieselmotoren der Beklagten unter einen Generalverdacht. 70

(b) Anhaltspunkt für einen wissentlichen und willentlichen Einsatz einer gesetzwidrigen Abschalteinrichtung im Rahmen der Emissionssteuerung kann sein, wenn diese Funktionalität im Prüfverfahren erkennbar verschleiert oder geheim gehalten wurde. 71

Es lässt sich nicht feststellen, dass die Beklagte im Verfahren zur Erlangung der Typp Genehmigung falsche Angaben zu der im streitgegenständlichen Fahrzeugtyp wirkenden Emissionssteuerung gemacht oder gezielt Informationen zurückgehalten hat. 72

Der Kläger bringt vor, die Beklagte habe erkennbar erforderliche Angaben zum Funktionieren des AGR-Systems nicht gemacht, und vertritt die Ansicht, durch die Erklärung, die Abgasrückführung erfolge temperaturgesteuert, habe die Beklagte konkludent erklärt, bei niedrigen Temperaturen weiche die Arbeitsweise der Abgasrückführung nicht nennenswert 73

ab.

Dem ist nicht zu folgen. Zur Zeit der Einholung der Typgenehmigung bestand keine normierte Pflicht, die konkrete Bedatung des Emissionskontrollsystems im Prüfverfahren anzugeben. Eine solche ergab sich auch nicht aus Art 3 Nr. 9 VO (EG) 692/2008. Dass im Rahmen des Typgenehmigungsverfahrens weitere Angaben seitens des KBA angefordert wurden, die die Beklagte verweigert oder zurückgehalten hat, macht der Kläger nicht geltend. Es gibt keinen Anlass, der Beklagten (nach § 142 ZPO) aufzugeben, Unterlagen aus dem Genehmigungsverfahren vorzulegen. 74

(c) Der Kläger macht auch ohne Erfolg geltend, die Programmierung des OBD-Systems, welches keine Störung des Abgasverhaltens anzeige, weise auf einen wesentlich-willentlichen Einsatz unzulässiger Steuerungsmechanismen hin. Dass die Arbeitsweise des OBD-Systems mit der Arbeitsweise der Abgasnachbehandlung korrespondiert, lässt insoweit keine Rückschlüsse zu. 75

(d) Sonstige Anhaltspunkte für einen bewussten Einsatz unzulässiger Abschaltseinrichtungen im Rahmen der Abgassteuerung seines Fahrzeugs hat der Kläger nicht benannt und sind auch nicht ersichtlich. 76

Damit scheidet ein Anspruch aus § 826 BGB aus. 77

cc) Nur der Vollständigkeit halber sei angemerkt, dass die Berechnung des Schadensersatzanspruchs fehlerhaft überhöht erscheint. Der Kläger hat sämtliche nach dem Vertrag vorgesehen 54 Darlehensraten sowie eine weitere „Sonder-Schlussrate“ in Höhe von 1.494,09 EUR in seine Schadensberechnung eingestellt, obwohl er nach eigenem Vortrag das Darlehen bereits nach Zahlung der 50. Rate mit dem im Schreiben der Bank vom 02.08.2017 benannten Ablösebetrag von 1.494,09 EUR vorzeitig abgelöst hat. 78

b) Die übrigen vom Kläger angeführten Rechtsgrundlagen sind gleichfalls nicht tauglich, sein Schadensersatzbegehren zu begründen. 79

Dass § 823 Abs. 2 BGB iVm § 263 StGB als Anspruchsgrundlage ausscheidet, wenn ein Gebrauchtfahrzeugkäufer den Hersteller wegen Verwendung unzulässiger Abschaltseinrichtungen auf Schadensersatz in Anspruch nehmen will, ist bereits höchststrichterlich entschieden. Gleiches gilt für die Vorschriften der § 823 Abs. 2 BGB iVm Art 4 und 5 VO (EG) 715/2007 bzw. §§ 6, 27 EG-FGV (BGH, Urt. v. 25.05.2020, VI ZR 252/29, BeckRS 2020 10555; Urt. v. 30.07.2020, VI ZR 5/20, BeckRS 2020, 19146).). 80

c) Ist folglich das Hauptbegehren des Klägers unbegründet, gilt das ebenso für die Zinsforderung sowie den (etwaig aufrechterhaltenen) Antrag auf Feststellung des Annahmeverzugs. 81